CODIGO CIVIL

PORTUGUEZ

ANNOTADO

POR

JOSÉ DIAS FERREIRA

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

Bernardo [illegible] Gaudêncio Pinto Monteiro

VOLUME III Co. 9 Is. Nov.º 1884

LISBOA
IMPRENSA NACIONAL
1872

TITULO II

DOS CONTRATOS EM PARTICULAR

CAPITULO I

DO CASAMENTO

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1056.º O casamento é um contrato perpetuo feito entre duas pessoas de sexo differente, com o fim de constituirem legitimamente a familia.

Art. 1057.º Os catholicos celebrarão os casamentos pela fórma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, com as condições, e pela fórma estabelecida na lei civil.

(Vid. artigos 1069.º, 1070.º, 1072.º e 1090.º) Duas innovações fundamentaes introduziu o codigo civil na materia do casamento — a secularisação do matrimonio — e o processo especial para a separação dos conjuges, e para a simples separação judicial de bens.

A separação completa do contrato e do sacramento é uma das grandes conquistas das modernas liberdades politicas. É o maior triumpho sobre a legislação matrimonial dos ultimos seculos, que se fundava no principio de que não havia contrato matrimonial, que não tivesse a sua base no sacramento.

Dois são os systemas reconhecidos nas legislações dos povos, que procuraram separar o contrato do sacramento: ou reconhecer, como legitimos, os matrimonios, que se celebrarem conforme os ritos de qualquer religião positiva, que não viole as regras universaes da moral e do direito; ou prescindir da sancção religiosa no matrimonio, organisando-o exclusivamente como instituição civil. O nosso codigo participa até certo ponto de um e de outro systema. É evidente que o segundo systema é o mais liberal, e o mais conforme ao principio da igualdade perante a lei.

A nova lei considera o matrimonio unicamente pelo lado de contrato, e debaixo d'este ponto de vista trata d'elle primeiro que dos outros contratos particulares.

O codigo, afastando-se completamente do systema do projecto primitivo, não exigiu a intervenção da religião no casamento; separou inteiramente da essencia do matrimonio a sancção religiosa.

Mas tambem não secularisou o matrimonio para os catholicos, como fez o codigo civil francez. Procurou transigir entre as opiniões politicas avançadas, e os sentimentos da escola reaccionaria. Assim o nosso codigo não adoptou nenhum dos dois systemas exclusivos.

Talvez rasões politicas de grande consideração determinassem os poderes publicos em Portugal a seguir um systema de transição.

Para os catholicos o matrimonio, alem de contrato, é um sacramento; mas as condições e fórma da administração do sacramento são do dominio exclusivo do direito canonico, e inteiramente estranhos á competencia da legislação civil, artigo 1070.º

Para os catholicos o matrimonio é sempre um sacramento, embora haja divergencia entre theologos e canonistas sobre a sua materia, e sobre os ministros do mesmo sacramento; questões inteiramente alheias ao nosso proposito.

Por isso a definição contida no artigo 1056.º, verdadeiramente só ao casamento entre portuguezes não catholicos é que póde quadrar; porque no casamento catholico *a essencia* é o sacramento.

A maior parte dos codigos e escriptores de direito tratam do casamento no capitulo das pessoas, ou pelo menos tratam, no capitulo do direito pessoal, das condições requeridas para o matrimonio, e dos deveres dos conjuges, reservando para o direito real o exame das doutrinas juridicas, relativas ao regimen dos bens.

Não entra porém no nosso proposito apreciar estas questões de methodo, nem mesmo a definição de casamento, dada pelo codigo, ou as innumeraveis definições, que ácerca d'este objecto se encontram nas differentes leis, e escriptores de direito.

O projecto primitivo definia *casamento* — um contrato de direito natural e civil, que a lei da igreja abençoa e santifica — porque não reconhecia o casamento civil.

No projecto da commissão revisora de 1864 define-se *casamento* — um contrato feito entre duas pessoas de differente sexo, com o fim de estabelecer entre os contrahentes uma communhão perpetua de vida physica e moral.

O projecto do codigo, comquanto reconhecesse que devia legislar-se de differente modo para os catholicos e para os não catholicos, partia de um principio commum — a intervenção da religião dos nubentes — porque exigia *a benção da igreja para a sua santificação*, artigo 1113.º No projecto da commissão revisora de 1863, comquanto se conservasse a interferencia do elemento religioso «*um contrato de direito natural e civil, que a lei da igreja abençoa e santifica*», artigo 1086.º; reproduzindo-se assim a definição do projecto primitivo, já se estabeleceram as bases da nova doutrina, hoje consignada no codigo, segundo se mostra das notas ao referido artigo 1086.º

A *perpetuidade* é um dos elementos essenciaes do casamento; ou, como diz a lei hespanhola de 17 de junho de 1870 no artigo 1.º, o matrimonio *é por sua natureza* perpetuo e indissoluvel.

A perpetuidade é a base necessaria da moralidade no lar domestico. A destruição da indissolubilidade do vinculo importaria a destruição da sociedade familiar, que é a base da sociedade civil. É a indissolubilidade matrimonial que distingue o matrimonio da prostituição legal, reconhecida n'algumas nações.

O fim do casamento é tambem, como diz o codigo, a constituição legitima da familia, e não, como diziam alguns, a procreação dos filhos, que não é o unico, nem talvez o principal fim do matrimonio; poisque são tão importantes, como elle, a educação da prole, e a mutua cooperação dos conjuges para o complemento do seu destino.

O casamento catholico produz effeitos civis, se for celebrado em harmonia com as leis da igreja, e se verificarem cumulativamente as duas seguintes circumstancias: 1.ª, de estarem recebidas no reino essas leis da igreja; 2.ª, de não irem de encontro ás disposições da lei civil, que abrangem o casamento catholico, artigo 1069.º

Faltando qualquer d'estes requisitos o casamento catholico produzirá effeitos espirituaes, artigo 1070.º, mas não effeitos civis.

O nosso fim no exame d'estes artigos é discutir principalmente as seguintes questões: 1.ª, o casamento civil é permittido só aos não catholicos ou tambem aos catholicos? 2.ª, o casamento entre um catholico e um não catholico será permittido pela fórma instituida na lei civil?

O projecto de codigo civil apresentado ás côrtes, tal como saiu das mãos da commissão revisora, permittia o casamento civil aos cidadãos portuguezes, catholicos ou não catholicos, indistinctamente.

As côrtes porém, sobre proposta do governo, introduziram as modificações que vamos passar em revista, e que deixam logar á questão, se os catholicos podem ou não contrahir matrimonio pela fórma instituida na lei civil.

Foi em virtude d'essa proposta que se introduziu no codigo o artigo 1057.º, que não vinha no projecto apresentado ás côrtes, e contra o qual salta logo á primeira vista a seguinte objecção. Como ha de celebrar-se o casamento entre duas pessoas, uma das quaes é catholica e a outra não? Mas, antes de desenvolver este ponto, fixemos a doutrina do codigo.

Pelo artigo 1057.º os catholicos casam canonicamente, e os não catholicos civilmente, isto é, aos catholicos não é permittido casar civilmente; e o casamento catholico só produz effeitos civis, celebrado em conformidade das leis canonicas, artigos 1069.º e 1070.º De reforço a este artigo vem ainda o argumento *a contrario sensu* derivado da provisão do artigo 1072.º, que reconhece effeitos civis ao casamento civil entre subditos portuguezes *não catholicos*, parecendo assim nega-los ao casamento civil entre *catholicos*.

E que o pensamento do codigo era negar effeitos civis ao casamento civil entre catholicos deprehende-se da modificação feita no artigo 1072.º, que no projecto apresentado ás côrtes se achava redigido nos seguintes termos:

«O casamento entre subditos portuguezes, seja qual for a sua religião, que não são obrigados a declarar, produz tambem todos os effeitos civis, se tiverem sido observados os requisitos essenciaes dos contratos, as disposições do artigo 1058.º e as seguintes.»

Vê-se pois, que a idéa do legislador, negando aos subditos catholicos o casamento civil, era negar tambem os effeitos civis ao casamento celebrado em contravenção d'este preceito.

No parecer da commissão de legislação da camara dos deputados justificam-se as alterações feitas ao projecto n'esta parte nos seguintes termos:

«De outro modo, e n'um paiz onde ha uma religião do estado, com exclusão de todos os outros cultos publicos, deixar de lado o sacra-

mento e permittir que todos os cidadãos possam casar civilmente, o mesmo fôra que esquecer as obrigações do estado para com a igreja, desde que adoptou por sua a religião catholica».

N'outra parte do mesmo parecer lê-se o seguinte:

«Pelo projecto de codigo permittia-se o casamento civil, não só aos não catholicos, mas ainda aos catholicos. Ahi estava a offensa á religião do estado. E não se invoque para a defender a liberdade de consciencia, que não implica a liberdade de cultos, e que fica salvaguardada na alteração que a commissão propõe, pois que só os catholicos são obrigados a casar segundo as leis da igreja».

No entretanto dos artigos 1081.º e 1090.º combinados resulta, que os catholicos podem casar civilmente, e que o preceito do artigo 1057.º os obriga unicamente em consciencia, ficando ao seu alvedrio o cumprirem-n'o ou deixarem de o cumprir; e que portanto o casamento civil celebrado entre catholicos produz todos os effeitos legaes, como se tivesse logar entre subditos não catholicos.

O artigo 1081.º não só não permitte que o official do registo civil pergunte aos contrahentes pela sua religião, ou faça qualquer inquerito a tal respeito; mas nem lhe permitte o recusar-se a celebrar o casamento, ainda mesmo que os contrahentes declarem que são catholicos!

A unica pergunta que o official do registo civil póde fazer aos contrahentes é se elles permanecem na resolução de casar civilmente; e a unica resposta a que tem que attender, é a restricta á pergunta.

Se, depois da leitura dos artigos 1056.º e 1057.º, os contrahentes declararem que são catholicos, mas que persistem na resolução de celebrarem o casamento pela fórma instituida na lei civil, o official do registo civil ha de casa-los, porque o unico obstaculo, de que o official póde valer-se para não os casar, é a declaração d'elles de que não permanecem na resolução de casar civilmente.

N'esta parte, pois, pouco se alterou na sua essencia o artigo do projecto, apresentado ás côrtes. Apenas na segunda parte era differente a redacção do artigo 1081.º, que se achava concebida nos seguintes termos: «Na presença dos contrahentes ou de seus representantes, e das testemunhas, o official do registo civil perguntará a cada um d'aquelles, se sabe que o contrato que vae celebrar é o contrato de casamento, e que este é perpetuo, e recebida de cada um d'elles resposta affirmativa e a declaração expressa de que têem contratado entre si casar pela fórma determinada na lei civil, lavrará o assento de casamento com as formalidades prescriptas n'este codigo.»

Assim o projecto da commissão revisora permittia francamente aos subditos portuguezes o casar civilmente, qualquer que fosse a sua religião. O codigo estabelece o preceito de que os catholicos hão de casar canonicamente, mas para os auctorisar a transgredir esse mesmo preceito, quando elles queiram casar civilmente.

Conseguintemente o codigo, como o projecto, deixa ao arbitrio dos subditos portuguezes o casarem civilmente, qualquer que seja a sua religião, com a differença unica de que o codigo não quiz que elles usassem d'esta faculdade sem transgredirem um preceito de lei, para cuja trangressão não ha penalidade.

A religião do contrahente nem póde ser allegada, como impedimento do matrimonio civil, vista a expressa disposição do artigo 1076.º, que só admitte como impedimentos legaes os mencionados nos artigos 1058.º e 1073.º, e não o preceito do artigo 1057.º

Portanto o artigo 1081.º veiu destruir a doutrina do artigo 1057.º, assim como o artigo 1090.º veiu destruir a doutrina do artigo 1072.º

Do artigo 1072.º infere-se que só produz effeitos civis o casamento civil, quando celebrado entre subditos portuguezes *não catholicos*. Pelo artigo 1090.º mostra-se que o casamento civil produz effeitos civis, ainda celebrado entre subditos catholicos, vistoque o casamento civil não se annulla por motivo da religião dos contrahentes.

Ora não se annullar o casamento equivale a produzir todos os effeitos civis, que é a consequencia logica da sua validade.

Portanto a reforma feita no projecto da commissão revisora, sem alterar as garantias que o mesmo projecto concedia aos catholicos, quanto a celebrarem casamento civilmente, veiu apenas confundir e difficultar a intelligencia de algumas das suas disposições.

O governo propoz ás côrtes estas modificações no projecto da commissão revisora para desarmar as irritações do *beaterio*, que parecia auxiliado por um vulto politico importante.

O artigo 1057.º não regulou o modo do casamento entre duas pessoas, uma das quaes fosse catholica, e a outra não. Nem podia faze-lo. Desde que determinou que os catholicos casariam canonicamente, e os não catholicos civilmente, virtualmente impossibilitou o casamento entre dois individuos, um dos quaes fosse catholico e o outro não.

Mas o artigo 1081.º, permittindo aos catholicos o casamento civil, cortou tambem aquella difficuldade.

Supponhâmos porém que os contrahentes nem podem celebrar o casamento catholico, porque não são catholicos, nem querem celebra-lo segundo a forma instituida na lei civil, mas que pretendem casar segundo o rito da sua religião? Ficarão impedidos de casar assim?

Para os subditos portuguezes, residentes nas nossas possessões ultramarinas, da India, Macau, Timor, Guiné e Moçambique, providenceiou o decreto de 19 de novembro de 1869, que, applicando o codigo civil ás provincias do ultramar, resalvou, com relação áquellas possessões, os usos e costumes nos termos instituidos no seu artigo 8.º

Ha subditos portuguezes no ultramar, para os quaes a polygamia, por exemplo, é religiosamente permittida e até ordenada.

Mas supponhâmos que ha no continente e ilhas adjacentes, e mesmo nas possessões de alem mar, em que o codigo não resalvou os usos e costumes, cidadãos portuguezes ou subditos estrangeiros, que professam religião differente da catholica, e que não querem casar civilmente, mas sim segundo o rito da sua religião; poderão faze-lo?

Em virtude do principio «*locus regit actum*» poderão alguns dizer que não póde celebrar-se em territorio portuguez casamento algum, senão pela *fórma* reconhecida na lei do paiz.

Por isso, talvez para esclarecer este ponto, o sr. Martens Ferrão nas sessões da commissão revisora de 7 e de 18 de dezembro de 1861, declarou que votava por que na hypothese de matrimonio entre portuguezes não catholicos podessem estes no acto civil estipular, como condição necessaria para a sua validade, a celebração conforme o rito da religião que professassem; mas que unicamente fosse exigida como indispensavel a celebração do contrato civil, e que a celebração conforme a crença dos contrahentes fosse só considerada como facultativa.

A primeira indicação do sr. Martens Ferrão com justa rasão não foi approvada. Mas a proposito d'aquellas propostas podia consignar-se o preceito de que fosse valido o casamento, celebrado por estrangeiros segundo o rito da sua religião; o que ia de accordo com a provisão contida no artigo 6.º da carta constitucional, que é e continua a ser o direito vigente no nosso paiz.

Tambem se votou na ultima das referidas sessões, que no casamento entre portuguezes, dos quaes um fosse catholico e o outro não, bastasse o casamento civil, e não fosse indispensavel o catholico; resolução esta que se acha virtualmente reconhecida nos preceitos legaes do codigo, comquanto ali não fosse expressamente consignada.

D'aqui derivâmos as seguintes conclusões: 1.ª, perante os officiaes do registo civil não podem os cidadão nacionaes ou estrangeiros casar conforme o rito da sua religião; 2.ª, é valido em Portugal o casamento dos estrangeiros conforme o rito da sua religião, feito em harmonia com as leis do seu paiz; 3.ª, não é valido em Portugal o casamento de portuguezes que não seja celebrado pela fórma instituida na lei canonica, ou na lei civil nos termos do codigo.

Entre nós, para o casamento catholico de cidadão catholico com individuo de outra religião costuma obter-se dispensa do impedimento. *Cultus disparitas.*

SECÇÃO II

DISPOSIÇÕES COMMUNS A AMBAS AS ESPECIES DE CASAMENTO

Art. 1058.º É prohibido o casamento:

1.º Aos menores de vinte e um annos, e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, emquanto não obtiverem o consentimento de seus paes ou d'aquelles que os representam, nos termos do artigo 1061.º

2.º Ao tutor, e aos seus descendentes, com a pessoa tutelada, emquanto não finda a tutela, e as contas d'esta não estão approvadas, excepto se o pae ou a mãe fallecidos o tiverem permittido em seu testamento, ou em outro escripto authentico;

3.º Ao conjuge adultero com o seu cumplice condemnado como tal;

4.º Ao conjuge condemnado como auctor, ou como cumplice do crime de homicidio, ou de tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa que, como auctor ou como cumplice, haja perpetrado aquelle crime, ou concorrido para elle;

5.º Aos que tiverem o impedimento da ordem, ou se acharem ligados por voto solemne reconhecido pela lei.

Art. 1059.º A infracção das disposições contidas no artigo precedente, nenhum outro effeito produz senão sujeitar os infractores ás penas abaixo declaradas.

Art. 1060.º O menor não emancipado, ou o maior debaixo de tutela, casando sem licença de seus paes, ou d'aquelles que os representam, incorre nas penas seguintes:

§ 1.º O menor não emancipado não póde pedir a entrega da administração dos seus bens, sem que chegue á maioridade, ficando-lhe só o direito de pedir os alimentos necessarios, até onde chegarem os rendimentos d'esses bens.

§ 2.º Os maiores debaixo de tutela só podem haver a administração dos seus bens, cessando a causa da interdicção, observando, quanto ao mais, o que fica disposto em relação aos menores.

§ 3.º Os casamentos contrahidos por menores não emancipados, ou por maiores sob tutela, sem o necessario consentimento, consideram-se sempre como contratados com separação de bens.

(Vid. artigos 1063.º e 1064.º) A validade do matrimonio depende de um conjuncto de circumstancias, relativas á aptidão dos contrahentes e ás solemnidades internas e externas da celebração do casamento.

A lei porém não exige com o mesmo rigor o cumprimento de todas as formalidades que estabelece. A falta de umas não affecta a validade do matrimonio, e a de outras affecta-o radicalmente. As primeiras denominam-se impedimentos *impedientes*, e as segundas impedimentos *dirimentes*.

Vamos examinar n'estes artigos os impedimentos denominados *impedientes*, isto é, os que obstam ao casamento, mas que não produzem o effeito de o annullar, se elle se verifica apesar d'aquelles impedimentos.

Dos impedimentos *dirimentes*, isto é, dos que não só obstam á celebração do casamento, mas que o annullam, no caso de se verificar apesar da existencia d'elles, havemos de tratar no artigo 1073.º Os impedimentos, consignados no artigo 1058.º, são communs a ambas as especies de casamento, tanto ao catholico, como ao civil. Os impedimentos mencionados no artigo 1073.º referem-se unicamente ao casamento civil. Os impedimentos dirimentes do casamento catholico omittiu-os o codigo, limitando-se n'esta parte a reconhecer o que se acha estabelecido nas leis da igreja.

Deve notar-se que em Portugal não regem leis canonicas senão tendo sido recebidas por disposição do imperante civil; mas tambem depois de reconhecidas pelo poder competente obrigam como as leis civis. Os canones do concilio de Trento são leis do reino, e até por elles se regulavam os nossos tribunaes, como por qualquer outra ordenação; mas só foram observados depois de reconhecidos pelo governo portuguez.

Em harmonia com estes principios o artigo 1069.º declara obrigatorias as leis canonicas recebidas n'este reino ou n'elle reconhecidas.

O direito canonico admitte quinze impedimentos ao matrimonio, comprehendidos nos seguintes versos:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas
Amens, affinis, si clandestinus et impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto.

O codigo enumera cinco impedimentos impedientes, que são communs tanto ao casamento civil, como ao casamento catholico. No casamento civil nenhum outro impedimento é admissivel, e no casamento catholico tambem nenhum outro impedimento póde admittir-se, alem dos mencionados n'este artigo, salvo os comprehendidos em lei canonica, expressamente recebida no reino, artigo 1069.º, e que não sejam incompativeis com as provisões do artigo 1058.º

Assim no casamento catholico continua a ser impedimento, não só impediente, mas dirimente, a *impotencia physica* para a procreação, comtantoque seja *anterior* e *perpetua*, isto é, que exista ao tempo do casamento e seja incuravel, capitulos III e VIX *de frig. et malef.*

Se a impotencia sobreveiu depois de consummado o matrimonio, não póde ser causa de annullação. Considera-se como qualquer outra enfermidade ou infortunio superveniente.

Para apreciar o facto da impotencia physica não póde fazer-se obra simplesmente pela asseveração dos esposados ou dos conjuges. É preciso recorrer tambem ao exame de peritos, que são os competentes para reconhecer a falta ou o defeito, que priva o nubente da aptidão necessaria para preencher as funcções da procreação.

Não podem casar, porque lhes obsta impedimento impediente:

1.º Os menores de vinte e um annos e os maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, sem consentimento dos paes ou dos que os representam. A rasão é porque a maioridade só tem logar aos vinte e um annos de idade, e se os menores não podem praticar validamente actos de administração sem consentimento dos superiores legitimos, muito menos poderiam per si sós praticar o acto mais importante da vida civil, que é o casamento.

Os curadores geraes dos orphãos não podem intervir e outorgar em escripturas antenupciaes de menores sem despacho e auctorisação do juizo.

Os maiores inhibidos de reger as suas pessoas e bens estão no caso dos menores, e subordinados ás mesmas regras geraes.

Em a nota ao artigo 97.º tratámos nós já a questão, se o n.º 1.º do artigo 1058.º comprehendia ou não os menores emancipados, isto é, se os menores de vinte e um annos, não só os não emancipados, mas tambem os emancipados, careciam de auctorisação nos termos d'aquelle numero, para poderem celebrar o casamento.

Todavia é tão frequente esta especie, e tem sido tão debatida na imprensa juridica, que não será fóra de proposito apresentar mais algumas considerações em reforço da nossa opinião.

Recorrendo-se ás actas das sessões da commissão revisora sobre a materia de casamento, não restará duvida alguma sobre a verdade da doutrina que sustentámos na referida nota.

Em sessão de 22 de abril de 1864 apresentava o sr. Ferreira Lima a seguinte proposta: «É illegal o casamento dos menores de vinte e um annos, ainda quando maiores de dezeseis ou dezoito annos, sem precedencia de auctorisação dos paes, tutores ou do juizo»; a qual foi approvada na sessão de 25 do mesmo mez, nos seguintes termos: «é prohibido: 1.º, o casamento dos menores de vinte e um annos, ainda que maiores de dezeseis ou dezoito, sem precedencia de auctorisação de seus paes ou do conselho de familia».

Não se fez distincção, nem na proposta, nem na approvação da proposta, entre menores emancipados e não emancipados.

Verdade seja que n'esta mesma sessão approvou a commissão revisora o seguinte artigo: «No caso do n.º 1.º do artigo antecedente, (referindo-se ao artigo que tinha por objecto aquella proposta) se o casamento for contrahido sem auctorisação dos paes, não produzirá effeitos civis *quanto á emancipação* do menor casado e á administração de seus bens, até que este perfaça a idade de vinte e um annos.»

Parece pois que a commissão revisora, referindo-se n'este caso aos menores de vinte e um annos, se referia só aos menores não emancipados.

Todavia o que tira todas as duvidas são as actas das sessões de 30 de novembro de 1864 e de 18 de fevereiro de 1865.

N'aquella sessão apresentava o sr. Seabra o seu projecto em materia de matrimonio, e dizia:

«Não podem contrahir matrimonio: 1.º, os menores de vinte e um annos *não emancipados*, ou maiores que não gosem da livre administração de sua pessoa e bens, sem o consentimento de seus paes ou d'aquelles que os representam, nos termos do artigo 1061.º»; numero este que foi approvado na mesma sessão sem modificação de especie alguma.

Na sessão de 18 de fevereiro de 1865 apresentou o sr. José Julio a organisação da doutrina do projecto em materia de casamento, que na parte agora sujeita ao nosso exame foi approvada tal qual, passando assim para o projecto de 1865, levado pelo governo, como proposta de lei, ás côrtes, e para o codigo civil, declarando que mantinha as doutrinas votadas, dando-lhes apenas uma collocação differente, e dizia assim:

«É prohibido o casamento: «1.º, aos menores de vinte e um annos e aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, emquanto não obtiverem o consentimento de seus paes ou d'aquelles que os representam, nos termos do artigo 1061.º»

Resulta pois d'esta exposição que a commissão revisora, supprimindo as palavras «*não emancipados*» quizera abranger nos menores de vinte e um annos, tanto os emancipados, como os não emancipados.

Não podia ser outra a mente da commissão, eliminando aquellas palavras do projecto ultimamente apresentado pelo sr. Seabra.

Nem admira que a commissão revisora assim procedesse, porque ainda ultimamente em Hespanha no projecto apresentado ás côrtes em 12 de maio de 1869 se exigia a auctorisação para poderem casar, não só os menores emancipados, mas até os maiores em dadas circumstancias; comquanto este preceito não fosse convertido em lei.

Por esta fórma parece que o codigo voltou até certo ponto na materia sujeita ao systema da lei de 6 de outubro de 1784, que no § 7.º exigia que os filhos ainda maiores de vinte e cinco annos pedissem indispensavelmente o consentimento dos paes, para os esponsaes e para o matrimonio, em cumprimento dos importantes e religiosos officios de obediencia e respeito; mas que, sendo-lhes denegado, permittia que podessem proceder á celebração d'estes actos sem tal consentimento, e sem incorrerem nas penas a que a falta d'elle sujeitaria os menores.

A prohibição do casamento aos *maiores, inhibidos de reger sua pessoas e bens*, abrangerá tambem os prodigos e os surdos-mudos sujeitos a tutela limitada?

Os prodigos não abrange de certo, porque esses não estão inhibidos de reger *sua pessoa e bens*, segundo o preceito do artigo 1038.º n.º 1.º mas só de reger os bens nos termos da sentença, artigo 344.º, e ainda porque os prodigos não estão *debaixo de tutela*, e só aos tutelados se refere o § 2.º do artigo 1060.º Quanto aos surdos-mudos ha de observar-se o decretado na sentença, em conformidade do disposto no artigo 338.º

O casamento dos dementes sem licença dos seus superiores não devia ser impedimento meramente impediente, como fica sendo para o matrimonio civil, vista a disposição do artigo 1059.º

Este impedimento tem a naturéza de dirimente, na legislação canonica, como é impedimento dirimente nos termos do artigo 1072

n.º 4.º a menoridade de quatorze ou de doze annos, segundo o individuo é do sexo masculino ou do feminino.

Tão evidentes são estes principios, que alguns têem julgado que a disposição do n.º 1.º, relativa aos maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens, se refere unicamente aos prodigos, porque os dementes estão excluidos de celebrarem o contrato do matrimonio ou qualquer outro, pela força do disposto nos artigos 643.º e 1072.º, por lhes faltar a capacidade para contratar, não podendo verificar-se com respeito a elles o mutuo consenso.

Mas o demente, auctorisado para casar, ficará inhibido de requerer a annullação do casamento, logoque recobre o bom uso das suas faculdades, em vista do disposto nos artigos 334.º e 335.º do codigo? De certo não. O maior, que recobrou o bom uso das suas faculdades não poderá impugnar o casamento contrahido durante o estado de demencia, com fundamento nos impedimentos do matrimonio, mas poderá impugna-lo com fundamento na nullidade dos actos do individuo, cuja interdicção está já decretada ou é notoria.

Cremos que igual direito compete aos seus herdeiros.

Os prodigos porém, se casarem com escriptura antenupcial relativamente ao regimen dos bens, carecerão de auctorisação? E esta auctorisação ha de ser dada pelo curador do prodigo, ou pelo juizo?

Parece que é necessaria auctorisação, não só do curador do prodigo, mas tambem do juizo. Pelo menos já vimos praticar assim n'uma das varas de Lisboa.

Poderia dizer-se que igual auctorisação era necessaria no casamento segundo o costume do reino, em que o prodigo póde ser tambem gravemente prejudicado: e nós igualmente seguimos a affirmativa n'este caso.

Em qualquer das hypotheses porém o curador e o juizo não podem intervir senão na determinação do regimen matrimonial.

E o maior debaixo de tutela, pelo facto de ser auctorisado para o casamento, fica tambem auctorisado para administrar os bens, sendo-lhe assim levantada a interdicção da administração de pessoa e bens pelo facto da auctorisação para o casamento?

Quem comparar o artigo 1059.º com o § 2.º do artigo 1060.º dirá que os maiores debaixo de tutela, casando, só ficam inhibidos da administração de seus bens, tendo celebrado o casamento sem licença de seus paes ou de quem os representa, porque o objecto do artigo 1060.º parece ser a designação das penas, que cabem aos que infringiram as disposições do artigo 1058.º, penas que não cabem a quem não as infringiu; e não as infringiu o maior sob tutela, que casou com licença de seus paes ou de quem os representa.

Mas por outro lado é certo tambem que a simples auctorisação, dada ao maior sob tutela para casar, pelas pessoas a quem incumbe a direcção da pessoa e a administração dos bens, não lhe levanta a interdicção, porque esta não se levanta, senão cessando a causa da interdicção, artigo 1060.º § 2.º; e cessando a causa da interdicção, não póde esta ser levantada senão por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescriptas para o seu julgamento, artigo 336.º

Será que os paes ou pessoas encarregadas da direcção da pessoa e da administração dos bens do maior sob tutela não possam conceder-lhe a auctorisação para casar, senão instaurando primeiro o processo para o levantamento da interdicção, e esperando que transite em julgado a sentença que lh'a levantar? Não; porque depois de levantada por sentença a interdicção, não carece o rehabilitado de auctorisação de ninguem para casar; fica restituido ao goso pleno dos seus direitos, e na mesma posição como se nunca tivesse soffrido a interdicção.

Todas estas complicações resultam da disposição absurda do codigo, que permitte o casamento aos maiores sob tutela, logoque obtenham licença dos paes ou das pessoas que os representam.

Todavia desde que o preceito está escripto no codigo é preciso acceita-lo e explica-lo.

Em nosso entender os maiores sob tutela, ou casem com licença ou sem licença das pessoas que os representam, nem por isso ficam gosando da administração dos bens, sem ser proferida sentença que os rehabilite, julgando-os aptos para a administração dos bens; assim como não ficam tambem gosando do direito de reger a sua pessoa.

Comprehende-se o caso de um individuo ser incapaz de reger a sua pessoa e bens, e de carecer todavia de casar, no interesse da sua saude, e para bem da sua conservação physica.

Talvez que para este caso sómente a lei faculte aos superiores do maior sob tutela o auctorisarem-n'o a casar, comquanto o interdicto, mesmo depois de casado, continue privado da administração de sua pessoa e bens, até que uma sentença judicial o venha rehabilitar.

Se o maior sob tutela casa sem licença, julgâmos que o casamento póde ser annullado, não só pelas disposições dos artigos 1058.º a 1060.º, mas tambem em rasão do disposto nos artigos 643.º e seguintes.

No nosso modo de ver a auctorisação para o maior sob tutela casar não tem o effeito de lhe entregar a direcção da sua pessoa e a administração de seus bens, mas unicamente o de obstar a que seja requerida depois a annullação do matrimonio com fundamento no impedimento da interdicção; podendo todavia ser annullado o matrimonio com fundamento na incapacidade pessoal por demencia.

As provisões contidas no artigo 1058.º não vão até alterar as condições fundamentaes que constituem os contratos. Pelo contrario, os preceitos d'aquelle artigo são subordinados aos principios que regem a validade das convenções.

O erro, a violencia e a demencia são em todo o caso motivos geraes de annullação do casamento, como de quaesquer outros contratos. Os impedimentos impedientes ou dirimentes do casamento são unicamente motivos especiaes, que não prejudicam os geraes, antes com elles subsistem e têem validade.

É mesmo natural que o codigo, permittindo o casamento aos maiores sob tutela, se refira unicamente aos maiores tutelados por motivo estranho a demencia, como aos surdos-mudos. Poderá tambem referir-se o n.º 1.º do artigo 1058.º aos interdictos de direitos civis por sentença proferida em processo criminal nos termos do artigo 356.º

Verdade seja que o artigo 1060.º refere-se aos maiores *debaixo de tutela*, e os interdictos dos direitos civis por sentença, proferida em processo criminal, dá-se *curador*.

Porém as palavras «*maior debaixo de tutela*» empregadas no artigo 1060.º significam o mesmo que as palavras «*maiores inhibidos de reger suas pessoas e bens*» empregadas no artigo 1058.º n.º 1.º Provavelmente a commissão revisora apenas mudou de linguagem para variar o *estylo*, segundo o seu costume.

O que para nós é evidente é que o codigo não quiz de certo revogar com a disposição estatuida em o n.º 1.º do artigo 1058.º o principio geral da nullidade dos contratos por incapacidade dos contrahentes; o que bem se mostra do disposto no artigo 1072.º, que só dá effeitos civis ao casamento civil, se tiverem sido observados *os requisitos especiaes dos contratos*, e as disposições do artigo 1058.º

E não é natural que o legislador exigisse para o casamento civil, alem do cumprimento dos preceitos do artigo 1058.º, a observancia dos requisitos especiaes dos contratos, e dispensasse essa observancia no casamento catholico.

A lei hespanhola declara inhabeis para contrahir matrimonio os que não estão em seu perfeito juizo no momento de celebrar o contrato, equiparando-os, para este fim, aos impuberes.

Effectivamente a primeira condição para contratar é a aptidão moral dos pactuantes, porque só n'esta posição o homem póde exercer direitos e contrahir obrigações; e o matrimonio é fonte dos direitos e das obrigações mais importantes e mais transcendentes em todas as espheras da vida social.

Quem está privado da liberdade *racional*, sobre que descansa a personalidade juridica, carece da aptidão necessaria para contrahir matrimonio. E está privado da liberdade *racional* o imbecil e o demente, ou seja temporario ou permanente o desarranjo mental.

É de notar que o codigo nas palavras «*que os representam*», empregadas em o n.º 1.º do artigo 1058.º, se refere unicamente ao avô sendo tutor, ou ao conselho de familia, com relação aos filhos legitimos ou legitimados, artigo 1061.º, ao conselho de vizinhos com relação aos filhos perfilhados voluntariamente, artigo 276.º, ao juiz dos orphãos com relação aos filhos espurios e aos perfilhados judicialmente, artigo 282.º, e á tutela especial determinada nos artigos 284.º e seguintes.

Para a transgressão do preceito, que prohibe o casamento aos maiores tutelados, não ha penalidade, nem mesmo com relação ao conjuge que estava no bom uso das suas faculdades, salvo com relação aos officiaes do casamento, se os casarem sem a precisa licença.

O codigo porém tomou a respeito dos bens, não só dos maiores sujeitos á tutela, mas dos menores não emancipados, que casaram sem consentimento dos seus superiores, uma providencia importante, determinando que estes casamentos se considerem contratados com separação de bens, para castigar os que só por ambição casaram com individuos n'aquellas circumstancias.

No casamento com menor não emancipado poderá ainda influir o nobre sentimento do amor. Mas o casamento com demente raro será determinado por outro sentimento que não seja o da ambição.

O impedimento a que se refere este numero só póde ser opposto no casamento civil pelas pessoas cujo consentimento é necessario para a celebração do contrato, artigo 1076.º § unico.

As palavras «*ser oppostos*», em nosso entender, significam que só podem figurar como partes, no processo dos impedimentos, artigo 1078.º, as pessoas cujo consentimento seria necessario para a celebração do casamento, a que se refere o citado n.º 1.º do artigo 1058.º; mas não que não possam ser denunciados por qualquer outra pessoa esses impedimentos, poisque, ainda que não sejam oppostos por pessoa alguma os impedimentos de menoridade ou de interdicção, o official do registo civil não deverá proceder á celebração do casamento sem exigir dos contrahentes os documentos precisos da sua capacidade legal para este importantissimo acto da vida civil.

Para dar conhecimento do impedimento ao official do registo civil todos são competentes; nem elle carece de *legitimar* a participação de impedimento. Basta que elle o *conheça*, seja de que modo for, segundo dispõe o artigo 1078.º, para não dever proceder á celebração do casamento.

Conseguintemente, ainda que os superiores dos menores ou dos tutelados não opponham ao casamento d'estes o impedimento estabelecido no artigo 1058.º n.º 1.º, ainda que outra qualquer pessoa o não noticie ao official de registo civil, basta que elle o saiba, independentemente de qualquer participação, para não dever proceder ao casamento do impedido sem a previa auctorisação legal.

2.º, etc. O n.º 2.º do artigo 1058.º tende a evitar um abuso que desgraçamente se ia tornando muito frequente no nosso paiz. O tutor de menor rico muitas vezes se prevalecia da sua posição para casar elle mesmo, ou fazer o casamento de algum de seus filhos com o tutelado, no intuito de lhe ficar com a fortuna, ou mesmo para evitar o exame rigoroso das contas que tivesse que prestar pela tutela.

O codigo por isso prohibe ao tutor e aos seus descendentes o casamento com a pessoa tutelada, emquanto não finda a tutela e as contas não são approvadas, isto é, emquanto não estão completamente quebradas as relações entre o tutelado e o tutor, para evitar que a posição d'este influa na realisação do casamento.

A lei exceptua unicamente o caso em que o pae ou a mãe, conhecedores do estado intimo da sua familia, e das qualidades do que pretende o orphão para casar, auctorisaram o casamento em escripto *authentico*. O profundo respeito, que ao legislador mereceu o patrio poder, justifica esta excepção.

A lei com estas providencias não fechou a porta a todos os abusos, porque evita-los todos é milagre que as forças humanas não alcançam. O tutor ainda póde aproveitar algum collateral, ou mesmo ascendente, para casar com a pessoa tutelada; mas por outro lado tambem ha a garantia do conselho de familia, a quem compete dar a licença para o casamento, e não será tão facil o conluio ou a fraude do tutor para casar o tutelado com um ascendente ou collateral seu.

A transgressão d'este preceito é punida pelo artigo 1063.º nos termos seguintes:

Em primeiro logar considera-se celebrado o casamento com separação de bens pela mesma rasão já dada, porque se consideram contrahidos com separação de bens os casamentos de menores não emancipados e de maiores sob tutela, feitos sem licença dos seus superiores; e em segundo logar fica o tutor immediatamente privado da administração dos bens, e elle, ou seu descendente, que casou com a pessoa tutelada, inhibido de receber d'esta qualquer cousa, ou *inter vivos*, ou *mortis causa*, tudo para castigar a ambição manifestada pelo tutor ou descendente no facto do casamento.

É formal a contradicção entre o disposto nos artigos 1060.º § 3.º e 1063.º e no artigo 1098.º, emquanto que aquelles declaram contrahidos *com separação de bens* os casamentos celebrados com quebra do disposto nos dois n.ºs 1.º do artigo 1058.º, e o artigo 1098.º declara os casamentos n'estas circumstancias celebrados com *simples communhão de adquiridos*; poisque são diversos os systemas de casamento com separação de bens, ou com simples communhão de adquiridos, artigos 1100.º e 1101.º

Os casamentos celebrados com quebra do disposto nos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 1058.º são evidentemente contrahidos com separação de bens, porque assim o dispõe o artigo 1064.º, sem outra provisão legal em contrario.

Mas quanto aos celebrados com quebra do preceituado nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1058.º, acha-se determinada uma cousa nos artigos 1060.º § 3.º e 1063.º, e outra muito differente no artigo 1098.º

Esta contradicção deve-se á commissão revisora. Não vinha no projecto primitivo, o qual, se no artigo 1141.º continha a base da doutrina, que hoje se lê no artigo 1098.º, não continha n'outra parte disposição

alguma que correspondesse aos preceitos dos artigos 1060.º § 3.º e 1063.º?

No meio d'estas disposições encontradas julgâmos que devem ser preferidos os preceitos dos citados artigos 1060.º § 3.º e 1063.º ao estatuido no artigo 1098.º: 1.º, porque é n'aquelles artigos que se trata determinadamente do assumpto, a que o artigo 1098.º só por incidente se refere; 2.º, porque assim fica a pena correspondente ás transgressões dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1058.º identica á das transgressões dos n.ºs 3.º e 4.º, nos termos do preceito do artigo 1064.º; 3.º, porque em collisão entre duas disposições deve preferir-se a mais rasoavel, e nós julgâmos castigo mais condigno para os que casam contra o disposto no artigo o regimen da separação de bens, do que o da simples communhão de adquiridos.

3.º e 4.º, etc. Estas prohibições são dictadas por um forte motivo de moralidade social, que a sociedade deve respeitar.

A consciencia publica revoltar-se-ia contra o casamento do adultero com o seu cumplice, condemnado como tal nos tribunaes, e contra o casamento do conjuge condemnado pelo crime de homicidio consummado, frustrado ou tentado contra o seu consorte, com a pessoa que tivesse sido tambem auctora ou cumplice n'esse homicidio.

A palavra «*cumplice*» empregada em o n.º 3.º do artigo tem de certo uma significação diversa da que se lhe liga na legislação penal, e mesmo em o n.º 4.º, que se lhe segue.

A palavra «*cumplice*» em o n.º 3.º refere-se ao individuo com quem teve logar a cohabitação do conjuge adultero. N'esta hypothese, a pessoa que cohabitou com o conjuge adultero não póde dizer-se só *cumplice*, isto é, que apenas *concorreu* para o facto do adulterio; é, pelo contrario, co-réu *auctor*, que tambem por acto immediato tomou parte na execução do facto.

A palavra «*cumplice*» n'aquelle numero, longe de significar a idéa que em direito penal se lhe attribue, significa a idéa que a palavra «*auctor*» exprime n'aquella legislação. Igual significação tem no artigo 1771.º

O codigo no termo «*cumplice*» não póde deixar de referir-se ao co-réu do conjuge adultero. E talvez os auctores do codigo, considerando o adulterio menos em relação ao facto do que em relação á pessoa offendida, só reputassem auctor o conjuge adultero, e não a outra pessoa que com elle cohabitou. O que se nos afigura como mais certo é que houve descuido de redacção da parte dos redactores do codigo.

No crime de homicidio porém, ou consummado, ou frustrado, ou de mera tentativa, é prohibido o casamento entre o conjuge condemnado e os co-réus, não só entre os que foram auctores, nos termos do artigo 25.º do codigo penal, mas entre os que foram cumplices, nos termos do artigo 26.º do mesmo codigo.

N'este caso a prohibição estende-se até aos cumplices, por ser o crime de homicidio incomparavelmente mais grave do que o de adulterio.

Por direito canonico os que commetteram adulterio *entre si* são impedidos de casar nos dois casos seguintes: 1.º, se um, ou ambos, com o fim de casar, concorreram para a morte do conjuge; 2.º, se ainda em vida d'este, e depois do adulterio, prometteram casar-se, ainda que elle morresse naturalmente.

Entendem os praxistas que no caso de adulterio com machinação para a morte do conjuge não ha dispensa, e que portanto este impedimento é, não só impediente, mas dirimente tambem, Coelho da Rocha, *Direito civil*, § 219.º Mas o codigo, ao passo que nos artigos 1069.º e 1070.º manda guardar as leis da igreja com relação ao casamento catholico, nos artigos 1058.º e 1059.º declara este impedimento impediente. Entendemos por isso que n'esta collisão deve preferir a disposição do codigo, consignada no artigo 1059.º, ás opiniões dos escriptores de direito canonico.

D'este n.º 4.º se infere tambem, e com justa rasão, que não é impedimento ao casamento a condemnação ainda ás penas mais graves, que a nossa legislação criminal reconhece.

Sustentámos sempre esta opinião em face do direito anterior, que não vemos alterado pelo codigo civil.

5.º, etc. Aos que tiverem o impedimento da ordem, ou se acharem ligados por voto solemne, reconhecido pela lei. Esta disposição não se encontrava no projecto apresentado ao parlamento tal qual saiu das mãos da commissão revisora. Foi introduzida pelas côrtes sob proposta do governo. A falta d'este preceito dava com justa rasão logar á interpretação de que aos clerigos de ordens sacras e a quaesquer pessoas ligadas por voto solemne ficava sendo permittido o casamento civil, vistoque nem no artigo 1058.º nem no artigo 1073.º a ordem ou o voto solemne eram contados entre os impedimentos do matrimonio.

Mas o disposto em o n.º 5.º do artigo 1058.º só produz o effeito de obstar ao casamento civil, ou tambem o de o annullar se o casamento chega a effeituar-se apesar d'aquella prohibição?

Em vista do artigo 1059.º os impedimentos mencionados no artigo 1058.º são apenas impedientes e não dirimentes. Se o pensamento do legislador fôra considerar, como dirimente, o impedimento de ordem e de voto solemne, tê-lo-ia collocado no artigo 1073.º

Para as transgressões dos preceitos consignados em os n.ºs 1.º a 4.º do artigo 1058.º estabeleceu o codigo differentes penas nos artigos 1060.º, 1063.º, 1064.º e 1098.º As penas estabelecidas n'aquelles artigos eram indispensaveis; aliás facilmente podiam ser illudidos os preceitos do artigo 1058.º, não só obtendo os conjuges que lhes celebrassem o casamento no paiz, mas indo casar a paiz estrangeiro, onde mais facilmente podessem ser illudidos os officiaes do registo civil.

As côrtes porém, introduzindo um novo preceito em o n.º 5.º, esqueceram-se completamente de estabelecer a penalidade respectiva contra a transgressão d'esse preceito.

Qual será pois a pena correspondente á transgressão do preceito consignado em o n.º 5.º?

Será nullo o casamento dos padres e dos monges, como contrario á religião catholica apostolica romana, que, nos termos do artigo 6.º da carta, é a religião do estado?

O codigo civil não podia estabelecer disposições contrarias aos dogmas da religião catholica, nem ás leis disciplinares ligadas com o dogma; mas podia regular sem offensa da religião tudo quanto é *temporal*, como é o contrato para a constituição da familia.

O codigo civil não se intromette nas condições da administração do sacramento do matrimonio, que é isso peculiar das leis da igreja; mas regula, sem attenção ás crenças religiosas, politicas ou scientificas de cada um, as condições fundamentaes para a constituição da familia.

Será porém nullo o casamento celebrado contra o disposto n'este numero, em virtude do preceito do artigo 10.º do codigo, que fulmina de nullidade os actos praticados contra a disposição da lei prohibitiva? Não.

O mesmo artigo 10.º salva os c[illegible] em que a lei ordenar o contrario, e effectivamente o artigo 1[illegible] ordena que as transgressões

dos preceitos consignados no artigo 1058.º não importem nullidade do acto, e apenas sujeitem os infractores ás penas expressamente declaradas no codigo.

Ora contra os que casaram infringindo o preceituado em o n.º 5.º do artigo 1058.º não ha pena expressada no codigo, como a não ha contra o menor emancipado que casou sem licença dos seus superiores. N'estes casos não ha outra garantia de respeito á lei senão a penalidade comminada no artigo 1082.º contra o official do registo civil que proceder á celebração do casamento.

Mas deixará de produzir effeitos civis o casamento n'estas circumstancias, nos termos do artigo 1072.º, visto ser celebrado entre subditos portuguezes catholicos? De certo não. No casamento civil não produzir effeitos civis equivale á sua completa nullidade. Comprehende-se a validade do matrimonio ecclesiastico, sem effeitos civis, pela perfeita administração do sacramento: porque subsiste o laço religioso creado pela administração do sacramento.

Porém no casamento civil não é possivel separar a sua validade dos seus effeitos civis. Em que consistiria a *validade* de um matrimonio civil que não produzisse effeitos civis?

Demais o matrimonio civil não póde annullar-se por motivo da religião dos contrahentes.

Ainda que a palavra «*religião*», empregada no artigo 1090.º do codigo, se refira á *crença* religiosa dos contrahentes, e não ao *estado* sacerdotal ou monastico, é todavia certo, em vista do artigo 1059.º, que os casamentos feitos com infracção do artigo 1058.º não são por isso feridos de nullidade.

Se o artigo 1072.º fosse applicavel em todo o seu rigor ao disposto em o n.º 5.º do artigo 1058.º, deveria applicar-se do mesmo modo aos restantes numeros do mesmo artigo, o que não podia ser da mente do legislador.

Mas o argumento fundamental a favor da nossa opinião é a determinação positiva do artigo 1059.º, de que as infracções do preceituado no artigo 1058.º não envolvem nullidade.

Convem todavia notar que o ministro da justiça, interrogado na camara dos dignos pares do reino sobre o assumpto, por occasião da discussão do codigo, declarou que o casamento civil dos padres era nullo. Dos diarios da camara consta que o ministro dissera o seguinte:

«Quanto aos ecclesiasticos e áquelles que estão ligados por votos de castidade, são expressos, a respeito d'elles, tanto a proposta do governo como o parecer da commissão. Esses são impedidos de casar civilmente. Pergunta a este respeito o digno par qual é a penalidade para aquelles que, escondendo a sua qualidade, se apresentarem perante o magistrado civil para contrahir casamento. Essa penalidade está estabelecida nas leis canonicas e no codigo penal. Esse casamento é *nullo*».

Consta igualmente do *Diario* que o orador não reviu o seu discurso, o que é singular em assumpto tão grave.

Demais, não ha penalidade relativa ao casamento civil no codigo penal, que não previu esta especie: e, ainda que a previsse, ficava revogado, como a legislação canonica, pelas disposições posteriores do codigo civil nos termos da lei de 1 de julho de 1867.

Seja porém como for, é certo que as explicações do ministro não podem prevalecer sobre a letra expressa da lei, que no artigo 1059.º não annulla os casamentos feitos contra as disposições do artigo 1058.º, e apenas sujeita a certa penalidade os infractores d'essas disposições.

Tambem da acta da sessão da commissão revisora de 10 de novembro de 1864 consta que o sr. Mártens Ferrão propozera que se declarasse nullo o casamento de pessoas ligadas por votos solemnes, e que a commissão approvára esta proposta. Mas o certo é que no projecto de 1865, que o governo apresentou como proposta de lei ás côrtes, não se consignou disposição alguma a este respeito, e que as résoluções da commissão revisora não significam preceitos legaes, e servem apenas de commentario ou de explicação ás provisões contidas no codigo.

A lei hespanhola declara inhabeis para casar os catholicos, que estiverem ordenados *in sacris*, ou que tenham professado n'alguma ordem religiosa, canonicamente approvada, tendo feito voto solemne de castidade, a não ser que uns e outros obtivessem a competente dispensa canonica.

A ordenação e o voto solemne pois são no paiz vizinho um impedimento dirimente do matrimonio.

Este preceito póde reputar-se em absoluto um ataque á liberdade individual, mas desculpavel nos paizes, onde a religião catholica é a religião do estado.

Cessa porém este impedimento, mesmo entre nós, desde que o clerigo ou o religioso apostatam, abandonando a communhão catholica.

O nubente pois que escondeu a sua qualidade de religioso, ou ao official do registo civil para contrahir o matrimonio, ou ao outro nubente, que penas tem? Pelo codigo penal, nenhuma; e as penas ecclesiasticas não produzem effeito algum civil, comquanto seja certo que a igreja não consinta o exercicio do ministerio sagrado áquelles que casaram sem obterem dispensa do impedimento de ordem ou de voto solemne.

Póde todavia ser questionado se o catholico, que contrahe casamento pela fórma instituida na lei civil, deve considerar-se apostata ou renunciante publicamente á religião, para o effeito de ser processado e punido com a pena da perda dos direitos politicos, ou expulsão do reino para sempre, nos termos do artigo 135.º do codigo penal; porque o matrimonio é um dos sete sacramentos instituidos por Christo.

Este dogma foi definido pela igreja no concilio de Trento, sessão 24.ª, canon 1.º, que é lei do estado, porque, logoque chegou a Lisboa com a bulla pontificia de 26 de janeiro de 1564, foi admittido, publicado e mandado guardar inteiramente pelo cardeal infante D. Henrique, regente do reino em nome de el-rei D. Sebastião, e por este ratificado em 1569, depois que tomou as redeas do governo.

Por isso o casamento de taes nubentes importará o crime de apostasia, previsto no artigo 135.º do codigo penal? Não, porque a apostasia, de que falla o codigo penal, consiste na renuncia publica á religião, e o casamento civil só por si não tem esta significação; e ainda porque toda a legislação penal com relação á materia sujeita está hoje substituida pelas penas a que se refere o artigo 1059.º, visto o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força de lei ao codigo.

Aos catholicos, que contrahirem casamento civil, ou sejam leigos, ou clericos, ou ligados por voto solemne, tambem não são applicaveis as disposições do codigo penal contra os que faltam ao respeito á religião do reino por qualquer fórma, apostatando ou renunciando a ella publicamente.

Os que contrahem matrimonio civil contra os preceitos do codigo civil não ficam sujeitos a outras penas, senão ás prescriptas no mesmo codigo. A lei de 1 de julho de 1867 revogou toda a legislação anterior, tanto geral, como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

Todavia no referido parecer da commissão de legislação da camara dos deputados lê-se o seguinte:

«Assim o catholico casará catholicamente, e o não catholico achará no casamento civil a garantia indispensavel da sua liberdade de consciencia e do direito de professar a religião que mais lhe aprouver. Haverá só uma fórma de casamento para o catholico, e outra para o não catholico. Não haverá inquerito previo sobre a religião dos contrahentes, nem por tal motivo poderá ser annullado o casamento. É livre a todos casar civilmente, *assumindo a responsabilidade do seu acto,* e limitando-se a declarar perante o official civil a sua vontade expressa de contrahir civilmente o matrimonio. Será d'este modo garantida a todos a liberdade de consciencia, assegurada a religião do estado, e regulada a constituição da familia catholica ou não catholica».

Vê-se pois que o pensamento da commissão era prohibir o casamento civil aos catholicos, mas que não houve coragem para lhes impôr claramente responsabilidade pela transgressão do preceito, ou pelo menos para declarar qual era essa responsabilidade. Cremos que será nenhuma. O governo e a commissão, convidados na camara a declarar qual era essa responsabilidade, nunca deram a mais pequena explicação a tal respeito.

O caso do nubente induzir o outro em erro, com relação á qualidade da sua pessoa, é regulado pelo artigo 660.º e seguintes do codigo civil.

Hoje tambem não é preciso o consentimento do rei para casarem os membros da familia real, que aliás antigamente era exigido, sob pena de perderem honras e graças; assim como é absolutamente escusada a licença que os nobres pediam para casar, comquanto ainda esteja em pratica o solicitar-se e conceder-se.

Explicava-se a necessidade d'esta licença emquanto havia donatarios da corôa, vistas as disposições da ordenação, livro II, titulo XXXVII, e leis de 23 de março de 1646 e de 29 de janeiro de 1739; hoje porém não tem o rei poder para dar ou negar taes licenças.

Tambem está revogado pelo codigo o preceito da ordenação, livro I, titulo XCV, ha muito em desuso, em virtude do qual era prohibido aos magistrados de vara branca o casarem com mulher da sua jurisdicção.

A lei hespanhola no artigo 5.º tambem inhibe a viuva de casar durante os trezentos e um dias seguintes á morte do marido, ou antes do parto se tiver ficado gravida, e a mulher cujo matrimonio foi annullado, nos mesmos casos e termos, a contar desde a sua separação legal, a não ter obtido a competente dispensa.

Art. 1061.º Havendo dissentimento entre os paes sobre a concessão da licença para o casamento, prevalecerá a opinião do pae. Se existir só um d'elles, ou se o outro se achar legalmente impedido, bastará o consentimento do que sobreviver, ou não estiver impedido, excepto se, sobrevivendo a mãe, esta passar a segundas nupcias, e não for confirmada na administração dos bens dos filhos; porque em tal caso esta faculdade pertencerá ao conselho de familia.

§ 1.º Se, na falta ou impedimento dos paes, o avô exercer a tutela, a este pertencerá a concessão ou a denegação da licença.

§ 2.º Na falta ou impedimento dos paes e dos avós, pertencerá esta faculdade ao conselho de familia.

Art. 1062.º Da concessão ou denegação de licença em nenhum caso ha recurso.

(Vid. artigo 224.º n.º 18.º) O filho menor não póde ser admittido a contrahir matrimonio sem apresentar licença do pae e da mãe, prevalecendo sempre o voto do pae no caso de divergencia entre os dois. Do artigo 1061.º deprehende-se evidentemente que não basta só a licença do pae, que é precisa tambem a licença da mãe, ou provar que a recusa d'esta foi sanada pela vontade do pae.

A necessidade de pedir tambem o consentimento da mãe é uma consequencia do disposto nos artigos 137.º e 138.º do codigo.

Ha quem sustente que a auctorisação para casamento, concedida pelos paes ou pelo avô, nos termos do artigo 1061.º, ha de ser dada em juizo. Emquanto porém se não publicar o co[illegible] de processo, e na falta de lei a este respeito, entendemos que o official ou ministro do casamento o póde celebrar logoque lhe conste de modo seguro essa auctorisação.

Nos termos das portarias de 20 de janeiro e de 26 de outubro de 1868, para se provar o consentimento do superior do menor, não é indispensavel documento authentico, ou diploma de alvará do juizo, em virtude d'esse consentimento, manifestado nos autos. Basta até que o superior preste o consentimento de viva voz; e, assistindo ao casamento, ainda que não saiba escrever para assignar o assento, basta declarar o ministro do casamento que o reconhece como tal, e que não assigna por não saber escrever.

A portaria de 26 de outubro de 1868 declarou que «emquanto não for instituido o registo civil, nem revogado o decreto de 2 de abril de 1862, os parochos, ou ecclesiasticos que legalmente os substituirem, continuem a observar nos casamentos de menores e a fazer nos assentos de taes casamentos as prescripções e declarações contidas no artigo 14.º e seu § 2.º do citado decreto, e na portaria de 20 de janeiro do mesmo anno de 1868». E a portaria de 20 de janeiro de 1868 dispõe que «quando o superior de algum nubente de menor idade assistir ao casamento, e como tal for reconhecido pelo parocho ou ecclesiastico, que legitimamente o substituir, e der o seu consentimento, poderá presta-lo de viva voz, embora não saiba escrever para assignar o assento, uma vez que n'este se declare que estava presente, que deu o consentimento, que era reconhecido pelo parocho ou substituto legal, como superior legitimo do nubente menor, e que não assigna por não saber escrever».

Emquanto não for instituido e não estiver em vigor o registo determinado no artigo 2457.º do codigo, hão de continuar a observar-se nos casamentos as prescripções consignadas no decreto de 2 de abril de 1862, nos termos da referida portaria de 26 de outubro de 1868.

A mãe que passa a segundas nupcias, sem embargo de conservar o poder materno no que diz respeito ás pessoas dos filhos, segundo o disposto no artigo 162.º, revela menos amor pelos filhos do primeiro matrimonio, enfraquecendo assim com este facto a presumpção de que ella é a mais zelosa em apreciar os interesses do filho na realisação do importante acto do casamento: presumpção que fica completamente destruida quando o conselho de familia a não confirma na administração dos bens do filho.

Demais, esta disposição é *in odium* da binuba, e para prevenir os effeitos da influencia do padrasto do menor.

Ainda assim, não perdendo a mãe o patrio poder pelo facto de passar a segundas nupcias, postoque lhe seja tirada a administração dos bens dos filhos, porque o patrio poder só se suspende ou perde nos casos marcados nos artigos 168.º e 170.º, é pouco coherente o tirar-lhe o direito de auctorisar o casamento, direito que é uma consequencia do patrio poder; e tanto mais que fica nas mãos do conselho de familia o transferir ou não para si a faculdade de auctorisar estes casamentos, segundo confirmar ou não a mãe binuba na administração dos bens dos filhos menores; o que não nos parece justo.

Porém a mãe binuba, a quem se tirou a administração dos bens, e que por esse facto fica inhibida de auctorisar o casamento do filho, não fica todavia privada do direito de o emancipar, direito que lhe concede o artigo 304.º

A mãe binuba, ainda privada da administração dos direitos do patrio poder, emquanto nega á mãe a faculdade de auctorisar o casamento dos filhos, mas não lhe nega o direito de os emancipar.

O juizo é que não intervem senão cumprindo a decisão do conselho de familia, salvo com relação aos filhos espurios, artigo 282.º

Se a tutela está confiada ao avô, é a elle que pertence dar a licença para o casamento. O codigo em toda a parte dá preferencia ao sexo masculino; e alem d'isso a consideração de que o avô tem tanto e ás vezes mais amor aos netos do que aos filhos, justifica o direito que a lei lhe confere de auctorisar o casamento, direito que já se não confere á avó, talvez porque a sua situação de mulher, e n'uma idade já avançada, não inspire tanta confiança de bem zelar os interesses dos netos.

A commissão revisora no seu projecto de 1864, artigo 1062.º, conferia este direito ao avô, só quando elle era tutor legitimo. Depois alterou o pensamento, dando-lhe este direito em todos os casos e com justa rasão; porque se o avô pelo facto de ser chamado *pela lei* á tutela, dá garantias de zelar a pessoa e bens do neto, por maioria de rasão a dá, quando é chamado a exercer este encargo por disposição dos paes do tutelado ou por escolha do conselho de familia.

Da denegação de licença para casar não ha recurso algum, diz o artigo 1061.º, copiando uma disposição barbara do projecto de codigo civil hespanhol, artigo 33.º

No projecto do sr. Seabra não se encontrava esta monstruosidade juridica.

Combatido por nós o preceito do artigo 1062.º nas côrtes, por occasião de se discutir o codigo civil, respondeu o relator da commissão nos seguintes termos:

«Muito resumidamente mostrarei qual a presumpção em que se fundamenta o artigo do projecto, e é que a tutela mais benefica, mais santa, mais justa, mais zelosa e mais solicita n'esta questão é a do pae.

«Ninguem é mais competente para conhecer desinteressadamente qual o caminho que melhor convem seguir o filho, quando trata de se constituir familia, do que o pae.

«Ninguem póde ser melhor e mais desinteressado conselheiro do filho do que o proprio pae, quando aquelle trata de se estabelecer na sociedade de uma maneira duravel, constituindo familia.

«Portanto, estabelecendo o codigo a tutela do pae como a mais justa e mais desinteressada para o filho, entendeu-se que este não devia dispensar-se dos conselhos e da intervenção benefica do pae n'um caso tão grave como aquelle de que se trata, e que portanto não devia o filho ter liberdade de appellar para outrem que podesse ser influenciado por interesses ou paixões que dessem em resultado o prejuizo do proprio filho.

«Eis-aqui o motivo por que a commissão achou preferivel a doutrina do codigo áquella que se propõe como emenda.

«Ainda mais. Em pontos de liberdade politica nós dizemos que a liberdade conquista novos fóros e novas regalias, de modo que á medida que o individuo se vae adiantando em faculdades de acção, o estado vae entregando parte das suas regalias á iniciativa individual.

«Nas relações de familia porém não póde ser assim, e considerando a lei como o melhor conselheiro do filho o proprio pae, é claro que em materia tão grave como a do casamento, a lei não podia intervir n'isso por meio de auctoridades suas, e deixa ao pae, como chefe natural da familia, o direito de aconselhar e guiar o filho no melhor modo de constituir a familia».

Estas rasões são de tal maneira contraproducentes, ou fóra de proposito, que não é necessario discuti-las.

As rasões verdadeiras, que justificam esta disposição, dá-as Goyena no commentario ao projecto de codigo civil hespanhol.

O fim d'este artigo, segundo refere Goyena, «foi cortar recursos escandalosos, e as diffamações de pessoas ou familias, que em ultima analyse vinham a identificar-se, porque raros eram os casos em que os tribunaes confirmavam a denegação de licença, sendo facilimo a uma menina de quinze annos, movida por um seductor habil, zombar da lei e da natureza; que reduzida a epocha da maioridade, o legislador deve descansar inteiramente no amor e na prudencia das pessoas, cujo consentimento se requer; e que completa essa idade prevalecem os interesses da sociedade e a liberdade individual para exercer um dos seus mais preciosos direitos».

Sem desconhecermos o peso d'estas rasões, não podemos accommodar-nos, no seculo em que vivemos, e no estado de civilisação em que nos achâmos, com a idéa da restauração do antigo *pater familias* dos romanos.

Que os paes, não só no que respeita ás pessoas, mas até no que respeita aos bens dos filhos, estejam sujeitos á fiscalisação judiciaria, artigos 141.º, 150.º e 151.º, e que no exercicio do direito mais importante dos filhos, como é o direito do casamento, disponham absolutamente e sem recurso da sorte d'elles, é o que não se comprehende nem se explica!

Á mais insignificante pendencia de interesses que se levante entre o pae e o filho, é dado a este tutor especial que o defenda, artigo 153.º Na questão do casamento, em que o pae póde negar ao filho a realisação de immensa fortuna, e a satisfação de uma necessidade de coração, que completa o homem n'este mundo, só para continuar a usufruir-lhe os bens, nos termos do artigo 149.º, é o pae juiz e parte ao mesmo tempo, e sem haver recurso das suas decisões!

Mais. Póde a mãe, a quem pertence tambem o patrio poder, dominada por influencias immoraes e escandalosas, negar o consentimento aos seus filhos para casarem; e a lei não dá remedio para conjurar esta tyrannia!

Nós já tivemos até certo ponto na nossa velha legislação esta famosa aberração dos principios juridicos e da liberdade individual.

A lei de 19 de junho de 1775 applicava a pena de desherdação e desnaturalisação das familias aos filhos que casassem sem consentimento dos paes, tutores e curadores, providencia que n'essa epocha não podia taxar-se de desarrasoada, porque não estavam vedados os contratos esponsalicios sem escriptura, o que dava logar a immensos abusos, que careciam de correctivo. Tornaram-se porém os paes de tal maneira despotas, que no mesmo anno, cinco mezes depois, foi indispensavel publicar a lei de 29 de novembro de 1775, para corrigir aquelles excessos.

Aqui offerecemos aos *progressistas*, que têem a responsabilidade do preceito do artigo 1062.º, o preambulo, onde vem claramente desenvolvidos os seus motivos, para n'elles se reverem:

«Sendo-me presente em consulta da mesa do desembargo do paço que, havendo eu pela minha lei de 19 de junho d'este presente anno, auxiliado e sustentado a inviolavel observancia da disciplina, louvavelmente excitada pelos prelados ecclesiasticos d'estes meus reinos, de não admittirem aos matrimonios os filhos ou filhas familias sem o consentimento de seus paes ou de seus curadores, com as penas que são da minha temporal competencia; quando podia esperar-se que munidos os paes de familias com a força de uma e outra auctoridade, para conservarem toda a que tem o poder paternal, fariam d'elle, em beneficio dos mesmos filhos, aquelle justo e bem regulado uso a que elle pela sua natureza se dirige; tinha muito pelo contrario mostrado a experiencia que, *esquecidos até d'aquelles affectos* que inspiram os notissimos principios de direito natural a todos os paes para promoverem os interesses de seus filhos, *lhes negavam absoluta e obstinadamente os consentimentos, ainda para os matrimonios mais uteis*, correspondentes ás suas qualidades, *erigindo no seu particular e domestico poder um despotismo para impedirem os mesmos matrimonios*, em notorio prejuizo da familia e da povoação, de que depende a principal força dos estados:

«Que, competindo-me como pae commum dos meus vasallos, não só moderar os abusos e tyrannias do poder particular, mas tambem o privativo conhecimento das causas e rasões por que os paes negavam a sua licença para os matrimonios dos filhos...

«E que, sendo justo e sempre conforme ás minhas paternaes intenções que os effeitos da minha real protecção cheguem desde a primeira até á ultima classe dos meus vasallos, se fazia indispensavel uma providencia geral que, cohibindo tão perniciosos abusos, *fazendo conter o poder paterno nos seus justos e racionaveis limites*, desembarace os matrimonios, em publico e particular beneficio; e conformando-me com o parecer da dita mesa, sou servido ordenar aos ditos respeitos o seguinte, etc.»

Depois estabelece os recursos de que podem lançar mão os menores no caso de seus paes, tutores ou curadores se recusarem a auctorisar o casamento.

Esta providencia liberal do tempo do governo absoluto condemna irremissivelmente a providencia despotica do governo liberal, consignada no artigo 1062.º

Convem em todo o caso observar que o sr. Seabra ainda concedia aos menores recurso da decisão dos paes para o conselho de familia. Esta providencia era insufficiente, mas em todo o caso era melhor que a doutrina da commissão revisora, a que o sr. Seabra consignára no artigo 144.º, que se seguia ao artigo correspondente ao 143.º do codigo, com respeito ao recurso da decisão do pae, e que era redigido nos seguintes termos:

«Os filhos menores não emancipados, que se casarem contra vontade expressa de seus paes, *e não supprida por decisão do conselho de familia*, poderão ser desherdados em metade da sua legitima, e perderão o direito de exigir alimentos».

O artigo 1062.º vem a ser grande fonte de immoralidade, porque não é a barbaridade da lei que obsta á realisação do amor, quando este sentimento toma as proporções de uma paixão violenta, aggravada ainda com o desespero que ha de causar a crueldade das disposições legaes.

É claro que, não havendo recurso das decisões de denegação de licença, escusado é fundamentar essa denegação; e melhor é assim; poisque seria de pessimas consequencias a exposição de rasões, que a ninguem podiam ser agradaveis, sem que d'ahi proviesse compensação ou vantagem alguma. A denegação de licença pois é simples e absoluta.

E a licença para casar, a fim de ser considerada precedente pelo official do casamento, deverá indicar a pessoa com quem o menor ha de casar?

Têem alguns dito que esta indicação é escusada, porque a licença para casar dada ao menor significa o reconhecimento de que elle está apto para reger a sua pessoa e bens, e para não se deixar perder pelas paixões; e que por isso deve deixar-se á sua prudencia a escolha da pessoa a quem haja de ligar os seus destinos.

É todavia certo que similhante doutrina não póde acceitar-se, porque o consentimento para o casamento não póde fundar-se só no reconhecimento da capacidade do menor contrahente, senão ainda nas qualidades pessoaes, posição e fortuna da pessoa com quem elle pretenda casar; e até póde inferir-se esta opinião por argumento do disposto no artigo 1068.º

Concordâmos tambem com a doutrina dos escriptores que sustentam que o consentimento, ainda depois de dado, póde ser revogado até á celebração do matrimonio, e que, se a pessoa que auctorisa o casamento morre antes da celebração d'este, é preciso pedir o consentimento de quem a substituir.

Ainda que o pae e a mãe do menor estejam interdictos por motivo de prodigalidade, conservam o direito de auctorisar o casamento, porque o prodigo não perde nenhum dos direitos que a natureza lhe confere com relação ás pessoas dos filhos.

No casamento, ou seja precedido ou não de escriptura antenupcial, deve intervir tambem o administrador dos bens do menor, artigo 346.º § unico, sendo previamente auctorisado por despacho judicial.

O poder que têem os paes de auctorisarem os filhos para o casamento estende-se até aos filhos perfilhados, quando estes se acham sujeitos ao patrio poder, nos termos do artigo 166.º; mas ao avô já não pertence o mesmo direito, porque os filhos perfilhados com respeito á tutela são estranhos á familia, artigo 277.º

Com relação aos filhos espurios, não tem o avô direito algum, e os paes não têem outro direito senão o de lhes nomearem tutor nos casos em que são obrigados a dar-lhes alimentos, artigo 279.º

Art. 1063.º O tutor, ou o seu descendente, que casar com a pessoa tutelada, contra o disposto no artigo 1058.º n.º 2.º, ficará inhibido de receber d'ella cousa alguma por doação ou por testamento, e o casamento será considerado como contrahido com separação de bens.

§ unico. O tutor será, alem d'isso, privado da administração dos bens, durante a menoridade da pessoa tutelada.

Art. 1064.º O que fica disposto no artigo precedente é applicavel a todas as pessoas mencionadas no artigo 1058.º n.ºs 3.º e 4.º, que contrahirem casamento contra o que determina o mesmo artigo.

(Vid. nota ao artigo 1058.º)

Art. 1065.º O casamento contrahido em paiz estrangeiro, entre portuguezes, não produz effeitos civis n'este reino, não sendo contrahido em conformidade da lei portugueza, salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do artigo 24.º quanto á fórma externa do contrato.

Art. 1066.º O casamento contrahido em paiz estrangeiro, entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeira e portuguez, produz effeitos civis n'este reino, verificando-se, relativamente ao conjuge portuguez, as condições requeridas pela lei portugueza.

N'estes dois artigos estabelece o codigo as condições necessarias para a validade dos casamentos, celebrados no estrangeiro entre portuguezes ou entre portuguezes e estrangeiros. Em harmonia com o disposto nos artigos 24.º, 26.º e 27.º, determina que se observem com relação aos nubentes as condições da lei do paiz de cada um, e com relação ás formalidades externas o que estiver determinado nas leis do paiz, onde é celebrado o casamento.

O distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, julga que o artigo 1066.º estabelece doutrina pouco juridica com relação á mulher portugueza, que casa com estrangeiro, poisque ficando ella estrangeira pelo facto do casamento vista a provisão do artigo 22.º n.º 4.º, devia a validade do matrimonio, tambem por parte d'ella, ficar inteiramente sujeita ás leis da nacionalidade do marido, devendo ser applicada a disposição do artigo 1066.º unicamente á estrangeira que casa com portuguez, porque essa fica desde logo naturalisada nos termos do artigo 18.º n.º 6.º

A lei de Hespanha no artigo 41.º exige que nos casamentos, celebrados em paiz estrangeiro entre hespanhol e estrangeiro, tenham ambos os contrahentes as condições requeridas pela legislação hespanhola.

O ministro que submetteu ás córtes o respectivo projecto de lei reconhece no relatorio, que o precede, que este preceito contém um desvio das regras do direito nacional privado, vistoque a capacidade dos contrahentes é regulada pelo estatuto pessoal, e que aquelle artigo modifica esta regra geral.

Justifica-o porém com o fundamento de manter a igualdade dos direitos e deveres, a que devem estar sujeitos todos os hespanhoes; vistoque, do contrario, se algum estivesse sujeito, nos termos da lei do seu paiz, a impedimento que não o fosse segundo a lei estrangeira, poderia illudi-la, indo casar ao paiz, onde esta lei vigorasse.

Tambem a citada lei Hespanha, no artigo 40.º, [illegible]ões que o casamento celebrado em paiz estrangeiro entre estrangeiros, segundo as leis do paiz dos nubentes, produz em Hespanha todos os effeitos civis. Em Portugal observa-se a mesma jurisprudencia, sem embargo do silencio do codigo a este respeito.

(Vid. nota ao artigo 24.º)

Art. 1067.º O consentimento dos contrahentes, para o casamento, só póde prestar-se irrevogavelmente no proprio acto da celebração d'elle. São, portanto, nullos os contratos, em que as partes se obrigam para o futuro, debaixo do titulo de esponsaes, desposorios ou qualquer outro, a contrahir casamento, quer haja, quer não, estipulação de clausulas penaes.

§ unico. A disposição d'este artigo não obsta, comtudo, a que a pessoa, que, sob promessa de casamento, recebeu n'esse intuito quaesquer donativos, ou auctorisou alguma despeza, seja obrigada á restituição d'aquelles, ou á indemnisação d'esta, se lhe for exigida.

Eram admittidos os esponsaes por direito romano e canonico, e entre nós por lei expressa, a de 6 de outubro de 1784. Para justificar este contrato argumentava-se com a necessidade de dar tempo aos nubentes para reflectirem.

O nosso codigo adoptou o systema, geralmente seguido nos codigos modernos, não reconhecendo a irrevogabilidade de taes contratos antes do casamento, porque essa irrevogabilidade podia ser o meio de estabelecer coacção, por via da pena convencional, sobre os contrahentes que quizessem arrepender-se.

A absoluta liberdade de que devem gosar os nubentes ao prestar o seu consentimento no proprio acto da celebração do casamento, é incompativel com a obrigação contrahida nos esponsaes.

Esta obrigação viria a ser a negação da liberdade do contrahente no momento de constituir-se o vinculo matrimonial.

Não póde restringir-se a liberdade do cidadão exactamente no acto em que elle mais necessita de ser livre, porque n'elle dispõe do seu futuro, e dos seus destinos; e porque similhante restricção poderia ser um elemento funesto, posto ao serviço da immoralidade contra a innocencia. Por isso já o pontifice Lucio III dizia: «*Sponsus qui fidem datam sine justa causa recusat adimplere monendus est, potius quam cogendus; si quidem coacta matrimonia tristes ac infelizes exitus habere solent*».

A disposição d'este artigo foi tambem dictada no intuito de obstar a abusos muito frequentes, com que os paes e tutores, ás vezes para satisfazer as suas ambições, compromettiam os menores nos contratos esponsalicios, e tambem para evitar que mesmo os contrahentes maiores celebrassem n'um momento de paixão contratos antenupciaes, de que não podessem arrepender-se mais tarde sem gravissimo prejuizo.

Mesmo por direito anterior, o consentimento dos contrahentes para casar só se prestava irrevogavelmente no proprio acto da celebração do matrimonio, mas os que se arrependiam depois das convenções matrimoniaes, e tinham estipulado alguma pena para o caso de arrependimento, haviam de soffrer as consequencias do não cumprimento da convenção.

Pedro, por exemplo, compromettido a casar com Maria, podia arrepender-se até ao proprio acto da celebração do matrimonio; mas se tivesse estipulado o pagar-lhe, por exemplo, 10:000$000 réis, para o caso de faltar áquelle compromisso, havia de paga-los.

Ora o codigo, partindo do principio de que o consentimento para o matrimonio só se presta irrevogavelmente no proprio acto da celebração do casamento, declara nullos todos os contratos em que as partes se obrigam para o futuro a contrahir matrimonio.

A moderna lei de Hespanha tambem nega, no artigo 3.º, effeitos civis á promessa da celebração do matrimonio, quaesquer que sejam as solemnidades, de que se revista o contrato, e as clausulas que o acompanhem.

Como porém ninguem deva tirar proveito do seu dolo, e como cada um deva responder pelos damnos a que deu causa por culpa sua, póde ser exigida a restituição de quaesquer donativos que um dos noivos tenha dado ao outro sob intuito de casamento, e do valor de qualquer despeza que um tivesse feito auctorisado pelo outro.

No exemplo acima posto, se Maria recebeu joias ou qualquer outro donativo de Pedro, ou o auctorisou a proceder ás diligencias necessarias para contrahirem o matrimonio, *verbi gratia*, encarregando-o de diligenciar a dispensa do casamento no caso de serem parentes em grau em que a dispensa é necessaria, e depois se recusa a casar, Pedro póde exigir d'ella, não só os donativos que lhe fez, mas tambem o valor da despeza a que em consequencia da promessa d'ella se sujeitou.

Tem direito á restituição dos presentes mesmo o que se arrependeu, e não quiz casar, porque o contrario seria limitar a sua liberdade; mas á indemnisação das despezas feitas não tem direito o que se arrependeu, porque foram feitas por culpa sua.

Art. 1068.º O consentimento para o casamento póde ser dado por procurador, comtantoque a procuração seja especial, e contenha expressa designação da pessoa, com quem o casamento ha ser contrahido.

A doutrina d'este artigo é a conclusão do preceituado no artigo anterior. Como resumo e consequencia da prohibição dos esponsaes, deduz-se a regra de que o consentimento dos nubentes só póde prestar-se de uma maneira irrevogavel no acto da celebração do casamento, embora o casamento se realise por intermedio de procurador.

A celebração do casamento em si não é acto meramente pessoal que não possa ser feito por procurador, nos termos do artigo 1332.º A celebração do casamento é a realisação de um contrato, que póde ser commettido a terceiro, com a unica circumstancia de que, sendo o casamento o acto mais importante da vida do homem, acompanha o codigo esta procuração de solemnidades especiaes.

Assim a procuração do nubente deve ser *especial* para aquelle acto, e deve conter expressamente a designação da pessoa com quem o casamento deve ser contrahido. O mandante não póde deixar ao arbitrio do procurador a escolha da pessoa com quem ha de ser celebrado o matrimonio. É negocio gravissimo para se commetter ao arbitrio de terceiro, por maior confiança que elle mereça.

A lei de Hespanha, no artigo 35.º, reproduz a disposição d'este artigo do nosso codigo, acrescentando apenas as palavras: «*Pero siempre habrá de concurrir personalmente á la celebracion el contrayente domiciliado ó residente en el territorio del juez que haya de autorisar el matrimonio*».

Assim, pelas disposições da lei de Hespanha é sempre necessaria a concorrencia pessoal de um dos contrahentes. Este desvio das regras

geraes, que determinam a validade dos contratos, é dictado de certo pela gravidade do acto, cujos effeitos abrangem os ultimos limites do futuro dos pactuantes.

Os poderes do procurador findam segundo as regras estabelecidas no codigo, com respeito ao termo do mandato.

SUB-SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES ESPECIAES RELATIVAS AO CASAMENTO CATHOLICO

Art. 1069.º O casamento catholico só produz effeitos civis, sendo celebrado em conformidade com as leis canonicas recebidas n'este reino, ou por ellas reconhecido, salvas as seguintes disposições.

Art. 1070.º A lei canonica define e regula as condições, e os effeitos espirituaes do casamento; a lei civil define e regula as condições, e os effeitos temporaes d'elle.

(Vid. nota ao artigo 1057.º)

Art. 1071.º O ministro da igreja, que celebrar algum casamento contra o que dispõe o artigo 1058.º, incorre nas penas comminadas na lei penal.

(Vid. nota ao artigo 1058.º) O supremo tribunal de justiça em accordão de 11 de maio de 1865, publicado no *Diario* n.º 139 d'aquelle anno, decidiu em harmonia com o direito antigo que o parocho, que casasse menores sem licença expressa do respectivo juizo orphanologico, incorria nas penas do artigo 136.º § 2.º do codigo penal, pela transgressão, entre outras leis, dos decretos de 19 de agosto, artigos 15.º e 17.º, e de 2 de abril de 1862, artigos 14.º n.º 8.º e 26.º

SUB-SECÇÃO II

DISPOSIÇÕES ESPECIAES RELATIVAS AO CASAMENTO FEITO PELA FÔRMA INSTITUIDA NA LEI CIVIL

Art. 1072.º O casamento entre subditos portuguezes, não catholicos, produz tambem todos os effeitos civis, se tiverem sido observados os requisitos essenciaes dos contratos, as disposições do artigo 1058.º e as seguintes.

(Vid. nota ao artigo 1057.º)

Art. 1073.º Não podem contrahir casamento:

1.º Os parentes por consanguinidade ou affinidade na linha recta;

2.º Os parentes em segundo grau na linha collateral;

3.º Os parentes em terceiro grau na linha collateral, salvo se obtiverem dispensa;

4.º Os menores de quatorze annos, sendo do sexo masculino, e de doze, sendo do feminino;

5.º Os ligados por casamento não dissolvido.

§ unico. A dispensa, a que se refere o n.º 3.º, será concedida pelo governo, occorrendo motivos ponderosos.

Art. 1074.º A infracção do que fica disposto no artigo precedente produz a nullidade do casamento.

O artigo 1073.º enumera os impedimentos *dirimentes* do matrimonio civil, isto é, os que obstam não só á celebração do matrimonio, mas que o annullam depois de contrahido, se existiam já ao tempo da sua celebração.

Alem do impedimento por falta de idade ha ainda outros com fundamento na natureza. Mas a maior parte dos impedimentos á celebração do casamento são fundados em regras da mais profunda moralidade social.

É absolutamente prohibido o casamento entre ascendentes e descendentes, consanguineos ou affins, e entre irmãos, pela repugnancia que deve haver á cohabitação entre estas differentes pessoas, e porque a permissão do casamento entre pessoas tão conjunctas, e que vivem em tanta intimidade, não só lançaria suspeitas sobre a honra das familias, mas difficultaria os casamentos entre estranhos, que são os mais convenientes, pelo cruzamento do sangue, á propagação da especie.

A grave difficuldade porém com que se luta no exame d'este artigo pende de saber se a affinidade, que na linha recta é equiparada á consanguinidade como impedimento dirimente do matrimonio, é igualmente comparada á consanguinidade na linha collateral para o mesmo effeito.

Na linha recta não póde casar o pae com a filha, nem o genro com a sogra. Mas na linha collateral, assim como o irmão não póde casar com a irmã, será prohibido de casar com a cunhada? Assim como o tio não póde casar sem dispensa com a sobrinha, ficará obrigado a igual dispensa para casar com a viuva do sobrinho? A palavra «*parentes*» abrangerá tanto os consanguineos, como os affins?

É a questão.

Dizem alguns que n'esta hypothese ha que attender a que o n.º 1.º do artigo emprega a palavra «*parentes*» para ligar tanto os consanguineos, como os affins, e que o melhor meio de interpretar os numeros seguintes é o primeiro, até porque este artigo foi todo introduzido de novo pela commissão revisora, e os outros artigos supracitados, em que a palavra «*parentes*» é empregada para significar só os consanguineos, achavam-se no projecto primitivo, e subordinados talvez a outro pensamento.

Alem d'isso, recorrem á fonte do artigo, que é indubitavelmente o codigo civil francez, artigos 161.º a 164.º, os quaes encaminham a esta opinião, apesar das differenças que se encontram entre o original e a copia.

Diz o codigo civil francez:

Art. 161.º *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendents et descendents légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.*

Art. 162.º *En ligne collaterale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur legitimes ou naturelles, et les alliés au même degré.*

Art. 163.º *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.*

Art. 164.º *Néanmoins il est loisible au governement de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162.º aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163.º, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu*, artigo este que foi modificado pela lei de 16 de abril de 1832 nos seguintes termos:

Néanmoins il est loisible au roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées au précédent article.

O n.º 1.º do artigo 1073.º é exactamente o artigo 161.º do codigo civil francez, e o n.º 2.º parece ser o artigo 162.º Ora o artigo 162.º do codigo civil francez prohibe o casamento entre os parentes no segundo grau da linha collateral, ou sejam consanguineos, ou affins, e não admitte em caso algum dispensa entre elles, ainda que sejam affins, como se vê do artigo 164.º; e o nosso codigo tambem não admitte dispensa entre os parentes no segundo grau da linha collateral.

Devemos porém notar que a lei de 16 de abril de 1832 veiu alterar o artigo 164.º do codigo civil francez, no sentido de permittir a dispensa para o casamento entre affins no segundo grau da linha collateral, e que até Rogron já apresenta o artigo 164.º com a redacção accommodada ao disposto na lei de 16 de abril de 1832.

Mas, ainda que os redactores do nosso codigo tivessem presente a disposição da lei franceza de 16 de abril de 1832, é certo que elles nos impedimentos do casamento não foram até onde os principios mais avançados da escola liberal os chamavam; e quem ler o artigo 1062.º ahi encontra o thermometro das opiniões da commissão revisora sobre liberdade de familia.

O legislador francez não adoptou, nem de longe, idéa parecida com a que se acha reconhecida no artigo 1062.º

Por isso não nos admirariamos de que o nosso codigo fosse buscar ao velho direito francez o que havia de mais rigoroso, ficando ainda áquem do direito canonico, que admitte a dispensa entre os affins em qualquer grau da linha collateral, e áquem do direito francez, que admitte aquella dispensa entre os affins no segundo grau, e já não considera impedimento a affinidade no terceiro grau, como se mostra do artigo 163.º do codigo civil Napoleão.

Todavia, ou se recorra aos artigos parallelos do codigo, ou á historia d'este preceito, chega-se á conclusão de que o codigo, quando emprega a palavra «*parentes*» sem limitação, se refere unica e exclusivamente aos consanguineos, e de que modifica aquella palavra accrescentando «*affins*» ou «*affinidade*» quando quer referir-se aos affins.

Não ha duvida de que nos differentes artigos do codigo em que se emprega a palavra «*parentes*», como nos artigos 200.º, 201.º, 207.º a 209.º e 1206.º, etc., ella abrange unicamente os parentes por consanguinidade, e não os affins; e no artigo 2311.º n.os 2.º e 3.º distingue o codigo perfeitamente entre os parentes e os affins.

Verdade seja que o artigo 122.º, que encerra doutrina parallela á do artigo 1073.º, porque n'um trata-se dos impedimentos á perfilhação, e no outro dos impedimentos ao casamento, não é muito favoravel á nossa opinião.

O artigo 122.º § 2.º n.º 2.º, para significar os parentes consanguineos sómente, serve-se da phrase «*parentes por consanguinidade*», e por isso parece que se o legislador, no artigo 1073.º n.os 2.º e 3.º, quizesse referir-se só aos parentes por consanguinidade, teria usado da mesma phrase, e que se o codigo n'este artigo não quizesse comprehender os affins na generalidade do termo «*parentes*», teria redigido o n.º 1.º do seguinte modo: «*os parentes e os affins na linha recta*»; e que, se quizesse em os numeros seguintes referir-se unicamente aos parentes por consanguinidade, tê-lo-ia dito expressamente, como no artigo 122.º § 2.º n.º 2.º

No entretanto é certo que em nenhum dos artigos do codigo, em que se emprega a palavra «*parentes*» simplesmente, ella significa os *affins*, mas sim os consanguineos.

Acresce ainda que no projecto da commissão revisora de 1864, artigo 1059.º, se declarava civilmente nullo na linha collateral o casamento *dos irmãos* sómente, e que das propostas apresentadas no seio da commissão revisora sobre este assumpto, nem uma só mencionava os *affins* na linha collateral.

As propostas do sr. Ferreira Lima, apresentadas nas sessões de 13 e de 22 de abril de 1864, não mencionavam os affins, nem na linha recta; e em seguida ao numero relativo aos ascendentes e descendentes mencionavam determinadamente os *irmãos*.

A proposta do sr. Alexandre Herculano, apresentada em sessão de 11 do mesmo mez e anno, tambem declarava nullo o casamento: 1.º, entre descendentes e ascendentes; 2.º, entre *irmãos*, sem se referir aos *affins*.

E a proposta do sr. José Julio, apresentada em sessão de 18 de fevereiro de 1865, de que é copia fiel o artigo 1073.º, referindo-se á *affinidade* na linha recta, e não a mencionando na linha collateral, é prova decisiva de que não reputava a affinidade na linha collateral, nem como impedimento, nem como motivo de nullidade do matrimonio.

Desde que o codigo não fallou em affinidade quanto aos collateraes, como fizera com relação aos ascendentes e descendentes, de certo não considerou como impedimento ao casamento civil o parentesco por affinidade na linha collateral.

4.º, etc. A idade póde ser uma causa irrecusavel de impotencia physica e moral. O codigo adoptou, quanto á idade para casar, o disposto em quasi todas as legislações modernas, que tiveram a sua fonte no direito canonico, assim como este foi modelado no assumpto pelo direito romano.

A puberdade não se revela em todos os individuos no mesmo momento, porque se adianta ou atrasa com relação a cada um debaixo da influencia de mil circumstancias. Não podia deixar-se, porém, sem violação da moral e do decoro publico, a declaração da idade para casar dependente de investigações judiciaes; systema que, mesmo na Roma primitiva, pouco tempo póde durar. Por isso adoptou-se uma idade, aconselhada pelos principios de sciencia, e pela pratica das nações.

Verdade seja que na idade da puberdade não gosam ainda os individuos da plenitude das suas faculdades intellectuaes; mas tambem não póde dizer-se que não tenham n'esta idade o discernimento necessario para o cumprimento dos deveres conjugaes.

Por outro lado com a idade da puberdade coincide o desenvolvimento da paixão do amor que, não sendo legalisada pela união matrimonial, produziria inevitavelmente tristes consequencias para a moralidade familiar.

Finalmente seria inconveniente introduzir n'esta parte uma alteração fundamental em doutrina já reconhecida, sem reclamação de ninguem, nos nossos costumes e nas leis de tantos povos.

N'este ponto a nossa lei apenas se separa da legislação canonica, em não permittir antes da puberdade a dispensa para casar, que aliás continuará a conceder-se no casamento catholico.

Todavia era bem digna de ser adoptada no nosso direito a disposição da lei hespanhola, que declara revalidado *ipso facto*, e sem necessidade de declaração expressa, o matrimonio contrahido por impuberes, se depois de chegarem á puberdade legal continuarem a viver juntos sem reclamarem em juizo contra a sua validade, ou se a mulher houver concebido antes da puberdade legal, ou de proposta em juizo a acção de reclamação.

No primeiro caso a falta de reclamação quando já havia a liberdade racional para manifestar o consentimento suppõe a ratificação do casamento, e no segundo caso o facto da concepção é prova evidente de que a natureza se adiantou alem dos calculos do legislador.

Pela legislação canonica, igualmente recebida na lei de Hespanha, é tambem impedimento dirimente a impotencia physica para a procreação, anterior ao matrimonio, patente, perpetua e incuravel.

A procreação, se não é o unico, é todavia um dos importantes fins do matrimonio. Porém o que soffre de enfermidade passageira, ou sobre que a sciencia póde exercer acção benefica, tem aptidão para contrahir matrimonio, porque na perpetuidade da união matrimonial poderá cumprir-se o fim da procreação.

5.º etc. Não póde contratar-se segundo matrimonio sem se ter verificado a dissolução do primeiro, ou pela sua annullação, ou pela morte de um dos conjuges. Os nossos habitos e costumes não permittiriam outra cousa; e até a bigamia é punida com graves penas pela nossa legislação penal.

O governo póde conceder dispensa no caso do n.º 3.º por motivos graves, como quando, tendo sido desmentida pelos factos a prescripção da lei, se tratar no interesse das familias de reparar a offensa feita á honra d'ellas, e de prevenir o escandalo, etc.

Não podia deixar de conceder-se ao estado, como se concede á igreja, o direito de dar dispensas matrimoniaes, que deverão ser concedidas sem emolumentos ou direitos fiscaes, porque não é justo, nem conveniente dificultar a celebração dos casamentos.

No regulamento para a execução do casamento civil devem especificar-se algumas das causas pelas quaes o governo póde conceder as dispensas n'este caso. O governo não deve exercer este direito de um modo absoluto e arbitrario. A dispensa não deve ser concedida, senão por causa justa, e plenamente provada. Tambem convirá determinar-se o ministerio pelo qual hão de ser concedidas estas licenças, que deverá ser o da justiça.

Nos termos do regulamento de 13 de dezembro de 1870, para a execução da lei de Hespanha, o requerimento para a dispensa é dirigido ao ministro da justiça, mas apresentado ao presidente do tribunal de partido do julgado municipal, onde ha de celebrar-se o casamento, que depois de ouvido o fiscal o remette com informação sua ao respectivo ministerio, acompanhando-o de alguma investigação testemunhal, se assim o julgar necessario.

Pelo citado regulamento são causas de dispensa:

1.ª A conveniencia dos filhos de anteriores matrimonios, pela esperança de encontrarem no conjuge, que pretende entrar na familia, a protecção e desvelo de que ficaram privados pelo fallecimento do pae ou da mãe;

2.ª Proporcionar em consequencia do casamento meios de subsistencia aos requerentes, para algum d'elles, ou para seus paes pobres ou enfermos;

3.ª Facilitar arranjos de familia, que ponham termo a questões ou pleitos, ou produzam outras vantagens analogas;

4.ª Evitar escandalo, por haverem relações entre os requerentes com prole já nascida ou concebida;

5.ª A difficuldade dos matrimonios, por falta de povoação, ou por outras causas geraes ou especiaes;

6.ª A utilidade do estado se o casamento for entre principes, ou com algum principe;

7.ª Quaesquer outras causas, que se reputem de interesse publico ou particular das familias dos requerentes.

A resolução do ministerio da justiça, ou concedendo ou negando a dispensa, é tambem communicada officialmente ao presidente do tribunal do partido, o que é muito conveniente, porque evita aos interessados as despezas e os inconvenientes do solicitador.

O codigo parecia ter alterado a distincção que o direito velho fazia entre homens e mulheres quanto á idade da puberdade, á qual ligava importantes direitos, e que a marcava aos quatorze annos para os varões, e aos doze para as mulheres, porque estabelece a mesma idade, quatorze annos, para homens e mulheres, como já vimos em a nota ao artigo 97.º Todavia, como impedimento dirimente do casamento, guardou em todo o seu rigor a doutrina do direito canonico, permittindo o casamento aos homens aos quatorze annos, e ás mulheres aos doze.

Como o casamento só se dissolve pela morte de algum dos conjuges ou pela annullação do matrimonio, emquanto não se der algum d'estes dois factos, não póde o casado passar a outras nupcias.

Os impedimentos mencionados no artigo 1073.º abrangem só os parentes legitimos e os perfilhados, e não os outros, que se consideram inteiramente estranhos á familia, artigo 134.º

O estrangeiro divorciado, e que póde casar, vivo o primeiro conjuge, segundo a lei do seu paiz, poderá ser admittido a casar em Portugal, ou ser-lhe-hão reconhecidos effeitos civis ao casamento feito lá fóra?

Rogron cita decisões dos tribunaes francezes em sentido affirmativo e negativo; mas a nossa opinião é que, sendo a capacidade civil do estrangeiro regulada pela lei do seu paiz, não deve entrar em duvida que lhe deverão ser aqui reconhecidos effeitos civis ao casamento assim contrahido n'outro paiz.

Art. 1075.º Quem pretender contrahir casamento, pela fórma instituida na lei civil, apresentará ao official do registo civil do seu domicilio, ou da sua residencia, uma declaração assignada por ambos os contrahentes, a qual deve especificar:

1.º Os nomes e appellidos, a idade, a profissão, o domicilio ou a residencia dos contrahentes;

2.º Os nomes e appellidos, a profissão e o domicilio ou a residencia de seus paes.

§ 1.º Se o official do registo civil, escolhido para a celebração do contrato, não for o do domicilio de ambos os contrahentes, a declaração supramencionada será apresentada ao official do registo civil do domicilio de cada um, com a designação d'aquelle que elegeram para a celebração do contrato.

§ 2.º A declaração deve tambem ser acompanhada das certidões de idade dos contrahentes, e de documentos que provem o consentimento dos seus superiores legitimos, se d'elle carecerem, bem como da dispensa, a que se referem o n.º 3.º e o § unico do artigo 1073.º, quando seja necessaria.

O codigo determina n'este e nos artigos seguintes as condições necessarias para a publicação do matrimonio, para a opposição ao matrimonio, e para a sua celebração legal.

Estabelece ao mesmo tempo as diligencias preliminares indispensaveis para evitar a celebração de matrimonios illegitimos; e n'estas providencias toma por typo o disposto no direito canonico.

O official do registo civil é o competente para celebrar o contrato do casamento civil. O regulamento respectivo determinará qual é esse official, e estabelecerá a sua competencia.

O regulamento não deixará de entregar o desempenho d'estas funcções a uma auctoridade parochial, porque seria gravissimo incommodo para as partes o commetter similhante serviço ao administrador do concelho.

No entretanto pelo codigo administrativo, artigo 254.º n.º 1.º, é o administrador de concelho o official do registo civil; e a commissão revisora, nas primeiras resoluções sobre esta materia, commettia a celebração dos casamentos ao presidente da camara municipal.

Pela ultima legislação em Hespanha foi commettido este serviço ao juiz municipal. Entendeu-se que estas funcções pela sua alta importancia não podiam ser entregues a empregados que andassem envolvidos nas lutas da politica.

A declaração para o casamento ha de ser apresentada ao official do registo civil do domicilio de qualquer dos contrahentes, se não tiverem ambos o mesmo domicilio. E, se elles não souberem escrever, poderá ser assignada por alguem a seu rogo, o que deverá acautelar-se no regulamento.

Todas as circumstancias mencionadas n'este artigo são precisas para se conhecer se os contrahentes estão ao abrigo do disposto nos artigos 1058.º e 1073.º; e se podem assim contrahir matrimonio. É preciso saber o domicilio ou residencia dos contrahentes, e o dos paes, que póde ser o d'elles, a fim de fazer ahi os annuncios para prevenir as pessoas que tenham interesse em se oppor ao matrimonio; e tambem porque é ahi que melhor póde saber-se de qualquer impedimento ao casamento. As falsas declarações dos contrahentes devem ser punidas com as penas de falsidade, nos termos da nossa legislação penal. Convem tambem notar que as formalidades, que nos termos d'este e dos artigos seguintes são prescriptas, como preparatorio para o matrimonio, são applicaveis unicamente ao casamento civil.

Apresentado o requerimento ou declaração dos nubentes, seguem-se os proclamas, ou *banhos* como diz a ordenação, livro v, titulo XIX, § 2.º No casamento civil consistem esses proclamas, como prescreve o artigo 1076.º, em o official do registo civil mandar affixar em logar publico á entrada da sua repartição um edital em que se annuncie a pretensão dos contrahentes, com todas as indicações feitas pelos nubentes, convidando todas as pessoas que souberem de algum dos impedimentos legaes a virem declara-los no praso de quinze dias.

O codigo tambem não previne a hypothese, aliás prevista no artigo 15.º da lei de Hespanha, de serem estrangeiros os nubentes, e de não terem residencia em Portugal. N'este caso manda a lei hespanhola, que elles apresentem certidão da auctoridade competente, segundo as leis do seu paiz, legalisada com todas as circumstancias, que requerem as leis de Hespanha para sua authenticidade e validade, que comprove o ter sido feita a publicação do matrimonio com as solemnidades exigidas no territorio onde os nubentes tiveram a sua residencia no anno anterior á sua vinda para Hespanha; e em todo o caso certidão de estado livre.

Esta providencia é digna de ser adoptada no regulamento, que se publicar para execução d'esta parte do nosso codigo.

Art. 1076.º Os officiaes do registo civil, a quem for apresentada a declaração especificada no artigo antecedente, farão affixar em logar publico, á entrada das suas repartições, um edital, em que se annuncie a pretensão dos contrahentes, com todas as indicações mencionadas no mesmo artigo, convidando as pessoas, que souberem de algum dos impedimentos legaes mencionados nos artigos 1058.º e 1073.º, a virem declara-los no praso de quinze dias.

§ unico. Os impedimentos legaes, mencionados no artigo 1058.º n.º 1.º, só podem ser oppostos por aquelles, cujo consentimento é necessario para a celebração do contrato.

(Vid. artigos 1057.º e 1058.º) O regulamento do nosso codigo deverá determinar, como determina a legislação hespanhola, os recursos a interpor da decisão do official do registo civil, que se negar a dar andamento á declaração para o matrimonio.

Tambem deverá determinar, a exemplo d'aquella legislação, e do que se acha providenciado em direito canonico, as causas, pelas quaes o governo póde dispensar a affixação dos editos.

Deve igualmente conceder ao official do registo civil a faculdade de dispensar a publicação dos editos, e a apresentação dos documentos, a que se refere o artigo anterior, nos casamentos *in articulo mortis*.

A honra da familia, o provir da prole desgraçada e innocente, a reparação devida á mulher, e sobretudo o respeito, que merece a vontade dos que se acham á beira da sepultura, requerem que não se ponha o mais pequeno embaraço aos casamentos em artigo de morte.

O matrimonio dos moribundos reputa-se condicional, e dependente da prova de que os casados n'estas circumstancias tinham a aptidão necessaria para contrahir matrimonio.

Nos termos da legislação hespanhola os militares em activo serviço, que quizerem contrahir matrimonio, são dispensados da publicação dos editaes, apresentando certidão de estado livre, passada pelo commandante do respectivo corpo; e os commandantes dos corpos são os competentes para auctorisar em campanha, na falta de juiz municipal, os casamentos dos militares *in articulo mortis*.

Art. 1077.º Decorridos os quinze dias, não havendo declaração de impedimento legal, e não tendo o official do registo civil conhecimento de algum, procederá o mesmo official á celebração do casamento nos termos declarados no artigo 1081.º

§ 1.º Quando tenha havido publicações em mais de uma repartição de registo civil, exigirá o official, que tiver sido escolhido para a celebração do contrato, certidão que mostre, que perante o outro ou outros officiaes não houve opposição ao casamento, nem elle ou elles sabem de impedimento legal, que obste ao dito casamento.

§ 2.º Em todo o caso, passado um anno desde a publicação sem que o casamento se tenha effeituado, não poderá este celebrar-se sem nova publicação.

Art. 1078.º Se, durante o praso da publicação ou antes da celebração do casamento, apparecer declaração de algum impedimento legal, ou este for conhecido do official do registo civil, que n'esse caso o declarará por escripto, não poderá fazer-se a celebração do casamento, sem que o dito impedimento seja julgado improcedente, nos prasos e pelo modo estabelecido no codigo do processo.

As disposições relativas á celebração do casamento carecem de ser desenvolvidas por um regulamento, que o governo ainda não publicou. Passado um anno depois dos annuncios sem se ter celebrado o casamento, é preciso repeti-los, porque depois de tão longo praso é de presumir que elles tivessem já esquecido, ou que as circumstancias dos nubentes tivessem mudado. Convem pois avivar a lembrança d'elles, repetindo-os.

São dignas de se adoptarem no nosso regulamento as disposições sobre o assumpto, que se encontram no regulamento para a execução da lei de Hespanha.

Art. 1079.º A declaração de que tratam os artigos antecedentes deve especificar o impedimento, indicar o domicilio ou a residencia da pessoa que a faz, e ser datada e assignada.

§ unico. A assignatura será reconhecida por tabellião.

Art. 1080.º As declarações de impedimento, julgadas falsas, obrigam o declarante a perdas e damnos, alem das penas em que incorrer, se tiver procedido dolosamente.

As formalidades que devem acompanhar qualquer denuncia de impedimento, nos termos do artigo 1079.º, são indispensaveis para depois impor a responsabilidade ao falso denunciante, nos termos do artigo 1080.º

Art. 1081.º Para a celebração do casamento devem os contrahentes, ou seus procuradores, comparecer na repartição do registo civil, cujo official haja de exarar o assento do contrato, salvo se, por motivo de doença, algum dos contrahentes não comparecer pessoalmente e não se fizer representar por procurador, porque em tal caso irá o official do registo civil ao logar onde este contrahente estiver. Na presença dos contrahentes, ou de seus representantes, e das testemunhas, o official lerá os artigos 1056.º e 1057.º do codigo, e perguntará em seguida a cada um dos contrahentes, se permanece na resolução de celebrar o casamento por aquella fórma, e, com resposta affirmativa de ambos, lavrará o assento do casamento com as formalidades prescriptas n'este codigo, sem que possa haver inquerito previo ácerca da religião dos contrahentes.

§ unico. Na repartição do registo civil será o casamento celebrado perante duas testemunhas, e fóra d'ella perante seis.

(Vid. nota ao artigo 1037.º e artigo 2455.º) Ao passo que no artigo 2455.º se declara que os assentos do registo civil poderão ser lavrados na residencia das partes interessadas, quando estas assim o requererem, no artigo 1081.º dispõe-se que o official do registo civil só será obrigado a ir a casa do contrahente, quando este por motivo de doença não poder comparecer, e não constituir procurador.

Não ha outro meio de conciliar os dois artigos, senão consignando o preceito de que comquanto as partes possam em todo o caso requerer ao official do registo civil para este ir a casa d'ellas praticar os actos da sua competencia, todavia póde elle indeferir essa pretensão, sendo apenas *obrigado* a ir no caso unico de doença, como tambem se infere do artigo 2459.º

Da doutrina do artigo 2455.º mostra-se igualmente que os livros do registo civil podem sair da repartição competente, sempre que as partes requeiram que os assentos sejam lavrados na sua residencia, o que só poderá ter logar, quando na residencia se effectuar o casamento.

No regulamento para o codigo deverá acautelar-se, como se acha providenciado no regulamento para a lei de Hespanha, que o official do registo civil não poderá delegar as suas attribuições, assim como é preciso determinar quem ha de substitui-lo nos seus impedimentos.

Providenceia tambem aquelle regulamento quanto á designação da hora e do dia em que ha de effectuar-se o matrimonio, e quanto á escolha das testemunhas. Se as partes não souberem assignar deverá o official do registo civil fazer essa declaração, porque ha de gosar de fé publica nos actos que praticar, relativos ao seu ministerio.

Se algum dos contrahentes for surdo-mudo, expressará por signaes a sua vontade; e, se não conhecer a lingua portugueza, será auxiliado por interprete.

Celebrado o casamento pela fórma instituida na lei civil, poderá effectuar-se de novo pela fórma instituida na lei canonica, e viceversa? O casamento catholico produz todos os effeitos civis, sendo celebrado em conformidades das leis canonicas, e das leis do reino, e por isso não poderá repetir-se pela fórma instituida na lei civil. Mas não ha inconveniente em que os casados civilmente vão santificar a sua união com a benção da igreja.

Art. 1082.º Os officiaes do registo civil, que procederem á celebração de contratos de casamento contra o disposto n'esta secção, na parte que lhes diz respeito, incorrerão nas penas comminadas aos ministros da igreja no artigo 1071.º

(Vid. nota ao artigo 1058.º)

SECÇÃO III

DA PROVA DO CASAMENTO

Art. 1083.º A celebração de casamento contrahido no reino só póde provar-se por certidão, extrahida do registo competente, excepto provando-se a perda d'este, porque em tal caso é admissivel qualquer outra especie de prova.

(Vid. artigo 686.º) O codigo n'este artigo refere-se unicamente á prova do casamento civil. O casamento catholico prova-se pelos assentos parochiaes, e na falta d'estes por uma justificação processada no juizo ecclesiastico. O artigo 1083.º reproduz o disposto no artigo 2441.º

O codigo fez, como não podia deixar de ser, separação entre os matrimonios contrahidos antes, e os matrimonios contrahidos depois de estarem em execução as suas disposições. Os primeiros hão de ser provados em conformidade do registo, estabelecido na lei então vigente, artigo 2442.º

A falta de uniformidade das legislações dos povos sobre o modo de celebrar e constatar a celebração do casamento, obriga a prescindir, com respeito aos matrimonios celebrados no estrangeiro, das regras estabelecidas para a prova dos que são celebrados em Portugal; e de harmonia com esta doutrina vae o artigo 1085.º

Art. 1084.º Ninguem póde, porém, contestar o casamento de pessoas fallecidas na posse d'esse estado em prejuizo dos filhos de taes pessoas, fundando-se em falta de certidão do casamento, se os fallecidos não declararam o logar onde o celebraram, salvo se se provar, por outra certidão, que algum dos conjuges era a esse tempo casado com outrem.

A posse d'estado, por analogia do disposto no artigo 115.º, consiste no facto de terem sido sempre reputados e tratados os paes como casados.

A posse de estado resulta de uma reunião de circumstancias, que indicam o respectivo estado legal, como o ter a mulher o appellido do homem com quem vivia, o ser tratada por elle como mulher, o passar assim no publico, etc.

Aindaque se ache na posse de estado, ninguem póde reclamar o titulo de conjuge sem apresentar a certidão do registo de casamento. A posse d'estado bem póde encobrir um longo concubinato, que não póde considerar-se matrimonio sem a prova da celebração d'este. Os conjuges devem ser tanto mais obrigados a apresentar esta prova, quanto que elles devem saber onde casaram, e onde está portanto o registo da celebração do seu matrimonio.

Aos conjuges pois não aproveita a posse de estado sem a prova do casamento. Quando porém o homem e a mulher viveram publicamente como casados, e na posse d'esse estado falleceram, presumem-se legitimos os seus filhos. Tratando-se só do interesse dos filhos seria injusto e barbaro exigir d'elles a mesma prova.

Os paes não podiam ignorar o logar onde celebraram o acto mais importante da sua vida. Os filhos, muitas vezes transportados em tenra idade a paizes longinquos, podem rasoavelmente ignora-lo, porque se trata de facto alheio, e passado antes do seu nascimento.

Aos filhos pois basta provar a posse de estado de seus defunctos paes, e provar a sua qualidade de filhos pelos registos do nascimento.

Esta prova constitue a sua presumpção de legitimidade, que só póde ser destruida com a allegação da falta de certidão do casamento, se os fallecidos declararam o logar onde o celebraram; ou com a certidão do registo, que prova por exemplo que um dos paes era casado com outra pessoa ao tempo da concepção do filho.

Os herdeiros dos filhos podem prevalecer-se d'esta mesma presumpção, segundo julgou um tribunal francez, cuja decisão é citada

por Rogron em a nota ao artigo 197.º do codigo civil francez. Parece que a disposição do artigo não estabelece para os filhos um direito meramente pessoal, que não se estenda aos mais descendentes e herdeiros.

A posse d'estado de casado porém, quando confirmada pelo assento do respectivo registo, não poderá ser impugnada em caso algum, como não o póde ser tambem no caso do nascimento, segundo determina o artigo 117., e expressamente dispõe o artigo 99.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso n'esta parte.

O principio consignado n'este artigo soffre excepção apenas quando se provar que algum dos conjuges fallecidos era casado com outro ao tempo da concepção do pretendido filho.

Art. 1085.º O casamento contrahido em paiz estrangeiro poderá provar-se por qualquer meio de prova, se n'esse paiz taes actos não estiverem sujeitos a registo regular e authentico.

(Vid. notas aos artigos 686.º e 1065.º)

SECÇÃO IV

DA ANNULLAÇÃO DO CASAMENTO E DOS EFFEITOS D'ELLA

Art. 1086.º O casamento catholico só póde ser annullado no juizo ecclesiastico, e nos casos previstos nas leis da igreja, recebidas n'este reino.

(Vid. artigo 1089.º) O matrimonio póde ser dissolvido, ou por annullação do casamento, ou por morte de algum dos conjuges. Dissolvido o matrimonio pela annullação ficam os conjuges habilitados para celebrar novo consorcio, como na dissolução por morte.

O matrimonio póde ser annullado não só pelos motivos geraes e communs a todos os contratos, como erro, dolo, coação, etc., mas tambem por laborar n'algum dos impedimentos especificados no artigo 1073.º, ou por faltar alguma das solemnidades ordenadas no artigo 1075.º e seguintes, como indispensaveis para a legal celebração do casamento.

Todavia nos termos do nosso codigo, indo assim de accordo com o direito canonico, e com as leis das nações civilisadas, os impedimentos dirimentes só dão logar á dissolução do casamento, sendo anteriores, e não supervenientes á celebração do matrimonio.

Se porém já existiam ao tempo da casamento, ainda que ignorados de ambos os conjuges, determinam a dissolução da sociedade matrimonial, com a unica differença de que n'este caso os effeitos do casamento nullo serão os mesmos do casamento legitimo nos termos dos artigos 1091.º e 1092.º

E a ausencia prolongada, sem do ausente haver noticias, que determina a presumpção de morte quanto aos bens nos termos do artigo 78.º, tendo decorrido vinte annos depois das ultimas noticias, ou tendo elle completado noventa e cinco annos, tambem será causa de dissolução do casamento? A lei de Hespanha no artigo 90.º declara dissolvido o matrimonio pela presumpção de morte do ausente, quando elle completou a idade de cem annos.

O nosso codigo porém não consigna disposição alguma em virtude da qual a ausencia, por mais prolongada que seja, determine a dissolução do matrimonio.

Pelo contrario o codigo reconhece, mesmo em relação aos bens, a possibilidade do regresso do conjuge, ainda depois de decorridos vinte annos desde as ultimas noticias, ou depois de elle ter completado noventa e cinco annos, como se mostra dos artigos 80.º, 81.º e 89.º Que é necessaria a certeza da morte do conjuge mostra-se das X livro IV, titulo XXI, capitulo II, e titulo I, capitulo XIX.

A disposição d'este artigo não é nova no nosso direito. Já a novissima reforma judicial reproduzindo no artigo 192.º a legislação de 1832 limitou a jurisdicção ecclesiastica ao conhecimento das materias puramente espirituaes. Como o casamento catholico é um verdadeiro sacramento, só a igreja póde conhecer se se observaram todas as formulas e solemnidades necessarias para a administração do mesmo sacramento. O exame porém dos effeitos resultantes da annullação do matrimonio no juizo ecclesiastico é já da competencia do fôro civil. A jurisdicção do fôro ecclesiastico é restricta ao julgamento da nullidade do sacramento.

Assim como o casamento catholico, ou seja celebrado entre portuguezes sómente, ou entre estrangeiros, ou entre portuguezes e estrangeiros, só no juizo ecclesiastico póde ser annullado, igualmente o casamento civil só póde ser annullado nos tribunaes civis; e isto ou fosse celebrado entre *subditos portuguezes*, como dispõe o artigo 1089.º, ou entre estrangeiros sómente, ou entre portuguezes e estrangeiros e qualquer que seja a religião dos casados.

O julgamento da interrupção da sociedade conjugal de pessoas e bens, que versa principalmente sobre materia de facto, é attribuição do conselho de familia; mas as causas de annullação, que são principalmente questões de direito, são apreciadas pelos tribunaes ordinarios.

No caso de ser posta a demanda no tribunal civil ou ecclesiastico para a annullação do matrimonio, poderá a mulher requerer o deposito provisorio *a simili* do disposto no artigo 1206.º § 4.º, e conforme determina expressamente o artigo 91.º do projecto de codigo civil hespanhol, uma das fontes do nosso n'esta materia?

A rasão para requerer o deposito provisorio é a mesma; e portanto, argumentando por analogia, segundo o preceito do artigo 16.º do nosso codigo, entendemos que o § 4.º do artigo 1206.º é igualmente applicavel ao caso de requerimento para a annullação do matrimonio.

O requerimento para o deposito, quando o pleito corre no fôro ecclesiastico, póde ser dirigido ao juiz do feito, mas a diligencia do deposito ha de ser deprecada ao magistrado civil, porque é assumpto temporal e profano, completamente desligado do conhecimento da nullidade do sacramento.

Art. 1087.º A jurisdição do juizo ecclesiastico limita-se, todavia, ao conhecimento e julgamento da nullidade; e todas as diligencias ou actos de indagação, que devam praticar-se, serão deprecados á competente auctoridade judicial civil.

Art. 1088.º Proferida no juizo ecclesiastico sentença que annulle o casamento, será executada pela auctoridade civil, a quem será officialmente communicada; e á auctoridade ecclesiastica só competirá transmittir ao parocho, perante quem

tiver sido celebrado o casamento, uma certidão da sentença, para ser averbada á margem do respectivo registo.

(Vid. artigos 2450.º e 2480.º) O juizo civil ha de executar a sentença da annullação do matrimonio, proferida pelo juizo ecclesiastico, sem se intrometter a avaliar da sua justiça ou injustiça, porque não tem jurisdicção para isso.

Logo no começo da execução do codigo se levantou a duvida—se na acção de nullidade do matrimonio perante o juizo ecclesiastico eram os escrivães d'este juizo os officiaes competentes para continuarem a fazer as citações e intimações ás partes, ou se tambem estes actos deviam ser deprecados á competente auctoridade judicial, para serem desempenhados pelos officiaes do juizo civil.

A duvida nasce principalmente da ambiguidade da significação das palavras do artigo 1087.º «*e todas as diligencias ou actos de indagação*». A palavra «*diligencias*» significará aqui o mesmo que «*actos de indagação*», e será assim restricta a sua significação aos actos probatorios, como inquirição de testemunhas, e outros, que possam ter logar nas questões de nullidade do matrimonio ecclesiastico, ou tambem abrangerá as citações e intimações?

Em nosso entender a palavra «*diligencias*», não só significa os actos de indagação, que lá estão representados n'outras palavras, mas quaesquer outros actos *temporaes* do processo.

É preciso considerar aquellas palavras não desligadas do pensamento geral dos dois artigos. A mente do legislador foi limitar a jurisdicção ecclesiastica ao *conhecimento e julgamento da nullidade*. Ora as intimações ás partes são actos totalmente estranhos ao conhecimento da nullidade, e sem ligação juridica com ella. Os actos probatorios é que estão, especialmente n'alguns casos, essencialmente ligados com a causa principal; e se todos concordam em que estes actos são da competencia da auctoridade civil, por maioria de rasão devem concordar em que as intimações ás partes, como actos mais estranhos e accessorios, não podem ser da competencia do fôro ecclesiastico.

O juizo ecclesiastico nem a sentença executa. Proferida ella communica-a officialmente á auctoridade civil para esta a executar, expirando assim toda a sua jurisdicção com o julgamento da nullidade.

Verdade seja que tambem a execução das sentenças do fôro commercial são executadas pelos tribunaes civis, e todavía são os officiaes do juizo commercial que fazem todas as intimações antes de se passar a carta de sentença, que é a base da execução no juizo civil.

No entretanto a segunda parte do artigo 1088.º diz expressamente que julgada a nullidade do matrimonio á auctoridade ecclesiastica *só* competirá transmittir ao parocho, perante quem tiver sido celebrado o casamento, a certidão da sentença para este a averbar á margem do respectivo assento, corroborando assim o argumento de que a jurisdicção ecclesiastica se limita ao julgamento da nullidade do casamento, sem abranger outros actos postoque accessorios e derivados d'aquelle.

Reforça ainda a nossa opinião a redacção do artigo (1131.º) correspondente no projecto primitivo do sr. Seabra, que dizia assim: «*e todas as diligencias ou actos temporaes*».

Portanto, no entender do sr. Seabra, tudo quanto fosse acto *temporal* era da competencia do fôro civil; o que não deixava de ser util, em rasão da maior regularidade e promptidão que póde haver n'estas diligencias sendo incumbidas ao fôro secular.

A commissão revisora substituiu as palavras «*actos temporaes*» por «*actos de indagação*», provavelmente para evitar repetições escusadas, poisque nas palavras «*actos temporaes*» se comprehendia já a significação da palavra «*diligencias*», e não quereria a commissão cair no erro, que pretendeu evitar, (quando os melhoramentos mais importantes que lhe devemos são de redacção), conservando a palavra «*diligencias*» com a mesma significação da phrase «*actos de indagação*». Demais, em vista da redacção do projecto primitivo, é indubitavel que a jurisdicção ecclesiastica, no julgamento da nullidade do matrimonio, não se estendia a acto algum temporal.

E ninguem dirá, conhecendo as opiniões dos membros da commissão revisora que predominavam na revisão do projecto, que elles n'alguma parte o emendassem no sentido de augmentar as faculdades jurisdiccionaes da igreja.

Verdade seja que, commettidas ao fôro civil as intimações e citações aos interessados, hão de ser muito frequentes as precatorias emanadas do juizo ecclesiastico, com grande despeza para as partes; mas tambem é certo por outro lado que, no estado actual de organisação dos tribunaes ecclesiasticos, é difficil, especialmente fóra da séde d'estes tribunaes, realisar as intimações por intermedio dos officiaes do juizo ecclesiastico.

O regulamento para estes processos, que o governo já devia ter publicado, e que ainda não publicou, é que virá pôr termo a todas estas duvidas.

Annullado o casamento, será a sentença annullatoria averbada ao lado do respectivo assento, declarando-se a sua data, o juizo onde foi proferida, e o cartorio por onde correu o processo, artigos 2450.º e 2480.º

Para se fazer o registo ou averbamento da sentença do juizo ecclesiastico não é indispensavel despacho do juizo civil, vista a disposição do artigo 2469.º, que legisla para outra hypothese.

Alterações nos assentos do registo civil tambem só podem ser feitas em virtude das sentenças dos tribunaes civis, salvo o caso de annullação do matrimonio no juizo ecclesiastico, porque então é feita a alteração em virtude unicamente da sentença d'este juizo, citados artigos 2480.º e 2450.º

Art. 1089.º A annullação do casamento, contrahido entre subditos portuguezes pela fórma instituida na lei civil, só póde ser proferida pelos tribunaes civis.

(Vid. nota ao artigo 1086.º)

Art. 1090.º Este casamento não póde ser annullado por motivo da religião dos contrahentes.

(Vid. nota ao artigo 1057.º)

Art. 1091.º Qualquer casamento, ainda que annullado seja, não deixará de produzir effeitos civis, desde o dia da sua celebração, em relação tanto aos conjuges como a seus filhos, se houver sido contrahido em boa fé, por ambos os conjuges.

Art. 1092.º Se um só dos conjuges tiver estado em boa fé, só a elle e aos filhos aproveitarão os ditos effeitos.

(Vid. artigo 1168.º) N'estes artigos reproduz o codigo a doutrina do nosso velho direito, que era o direito dos canones, e o dos codigos das nações cultas.

No antigo direito denominava-se *putativo* o matrimonio contrahido com todas as solemnidades legaes, mas eivado de um impedimento occulto, ignorado de ambos, ou de um dos conjuges. Em rigor só o matrimonio legal e verdadeiro póde legitimar a prole e crear os direitos e relações legaes entre os dois conjuges, e entre estes e os filhos.

Mas por considerações de favor para com os filhos, e em attenção á boa fé dos conjuges, estabeleceu-se por equidade que, annullado o matrimonio em virtude de impedimento que existia ao tempo da sua celebração, e que os contrahentes haviam ignorado, elles conservassem o nome e as prerogativas de conjuges e os filhos nascidos d'esta união a qualidade de filhos legitimos, porque uns se uniram, e outros nasceram á sombra de matrimonio verdadeiro, como se um individuo, cujo conjuge estava ausente, tendo-lhe chegado noticias authenticas da sua morte, foi casar com outro, e depois lhe appareceu vivo o primeiro conjuge, que se reputava defunto.

Annullado o matrimonio n'estas condições, cada um dos conjuges recobra os seus bens, e ametade dos adquiridos, e cada um conserva as doações e vantagens pactuadas por força do matrimonio, conservando o patrio poder sobre os filhos, e o direito de successão reciproca.

Os conjuges, separando-se, regularão seus interesses segundo as convenções matrimoniaes, e os filhos serão legitimos, e gosarão de todos os direitos de legitimidade.

A regra geral é que, qualquer que seja a natureza da doação matrimonial, ou comprehenda bens presentes ou futuros, como não é feita senão em favor do matrimonio, fica sem effeito se este não tem logar, pela regra: *Sublata causa cessat effectus.* Pelo mesmo motivo fica sem effeito se é annullado o casamento.

Esta regra porém tem excepção, no caso de annullação de matrimonio, com relação ao conjuge ou conjuges de boa fé, como é expresso no artigo 1168.º

A excepção abrange unicamente as doações entre esposados, como parece indicar a collocação do artigo 1168.º sob a sub-secção que tem por epigraphe: *Das doações entre esposados,* ou abrangerá tambem as doações feitas por terceiros aos esposados, de que se trata logo em seguida na secção immediata?

Abrange tanto umas como as outras, não só em vista da redacção do artigo 1168.º, apesar das duvidas a que dá logar a epigraphe da subsecção, sob que elle está collocado, mas tambem porque onde ha a mesma rasão deve presumir-se a mesma disposição, e finalmente porque assim se infere do estatuido nos artigos 1091.º e 1092.º

O assento da materia são os artigos 1091.º e 1092.º, que o artigo 1168.º ainda resalva expressamente.

Supponhamos porém que só um dos conjuges está de boa fé. Se um homem, por exemplo, occulta o seu primeiro matrimonio, e esposa uma segunda mulher que ignorava o impedimento, é nullo o matrimonio; mas a mulher, que estava de boa fé, gosará dos direitos civis de esposa legitima, tanto a respeito dos filhos, como a respeito do marido, e os filhos gosarão dos direitos de filhos legitimos, tanto para com o pae, como para com a mãe.

O marido porém não póde reclamar os effeitos civis do matrimonio; não gosa do direito de esposo legitimo: não terá o patrio poder sobre os filhos; nem será herdeiro necessario dos filhos, apesar d'estes o serem delle, e de ser regra geral a reciprocidade em materia de successões.

O conjuge de má fé rehavê os seus bens proprios, mas nada tem nos adquiridos, perde todas as doações e vantagens matrimoniaes, e fica responsavel por perdas e damnos, alem da sujeição ás penas criminaes.

Sustenta Rogron em a nota ao artigo 201.º do codigo civil francez, que não basta que haja boa fé *ao tempo* da celebração do matrimonio, porque desde que ella cessa, cessam os effeitos que ella produzia, tendo os direitos de filhos legitimos os filhos concebidos durante a boa fé, e não os podendo reclamar os concebidos durante a má fé.

Em nosso entender porém a doutrina de Rogron é inadmissivel. Tanto o codigo civil francez, como o projecto de codigo civil hespanhol, se servem da mesma redacção do artigo 1091.º do nosso codigo «*se houver sido contrahido em boa fé*». Basta pois que haja boa fé ao tempo da celebração do matrimonio.

A boa fé presume-se sempre, segundo os principios geraes reconhecidos no nosso codigo, e segundo dispõe muito expressamente o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 93.º, fonte d'estes dois.

A ignorancia de direito constituirá boa fé? O casamento, por exemplo, de parentes no terceiro grau, sem dispensa dos poderes competentes, pela julgarem desnecessaria, constituirá boa fé?

Rogron, em as notas ao artigo 201.º do codigo civil francez, com relação á hypothese de ter sido celebrado o casamento perante official estranho ao domicilio de ambos os conjuges, decide-se pela negativa, pela regra: *Ignorantia juris neminem excusat.*

Não julgâmos porém orthodoxa esta doutrina. A ignorancia de direito não salva da responsabilidade em que porventura se tenha incorrido, mas não é incompativel com a boa fé, que na especie sujeita significa a *persuasão* de não haver impedimento que obstasse á celebração do matrimonio.

Ainda que a annullação do matrimonio seja decretada no fôro ecclesiastico, esta questão da boa fé é da exclusiva competencia do fôro civil, que a ha de apreciar no processo de separação de bens, visto que a jurisdicção ecclesiastica é restricta ao conhecimento e julgamento da nullidade do sacramento.

É evidente em vista das disposições do codigo que se ambos os conjuges contrahirem o matrimonio de má fé, este deixa de produzir effeitos civis, não só em relação a elles, mas tambem em relação aos filhos, comquanto fructo innocente de uma união reprovada.

Art. 1093.º Se os conjuges separados não chegarem amigavelmente a um accordo quanto aos filhos, será convocado um conselho de familia, organisado nos termos do artigo 1206.º A este conselho competirá prover nos termos do artigo 1207.º n.º 3.º

Art. 1094.º Se ambos os conjuges separados tiverem estado em boa fé, não poderá o pae apartar as filhas da companhia da mãe, contra vontade d'esta.

O artigo 1093.º deveria referir-se ao caso unicamente de terem estado em boa fé os conjuges separados, comquanto a redacção do artigo seguinte indique o contrario. Ou se attenda á fonte do artigo 1093.º, que é o projecto de codigo civil hespanhol, no artigo 94.º, ou á sua collocação em seguida aos artigos 1091.º e 1092.º, e sobretudo aos principios geraes sobre a materia, o artigo deveria comprehender unicamente a separação por sentença annullatoria, em que ha boa fé da parte de ambos os conjuges.

No entretanto a redacção do artigo leva-nos á conclusão contraria; e a lei de Hespanha, que n'esta parte seguiu quasi textualmente o nosso codigo, dá aos paes, no artigo 98.º, o direito de se accordarem a respeito dos filhos, ou estivessem em boa ou em má fé.

Realmente se ambos estiveram de má fé nenhumas relações juridicas deviam ter com os filhos, nem direito algum podem reclamar sobre estes. Se só um esteve de má fé, deveriam ficar ao cuidado e debaixo do poder do conjuge de boa fé os filhos, sem que tivesse de proceder a accordo algum com o outro conjuge; e, só para o caso de serem de boa fé ambos os conjuges separados, que ambos conservassem então o patrio poder, e de não se accordarem sobre o destino a dar aos filhos, e ácerca de qual dos dois os havia de ter em sua companhia é que devia organisar-se o conselho de familia para este fim.

Não ha porém remedio senão seguir as disposições da lei, que deixou aos paes separados, ainda que tivessem contrahido matrimonio em má fé, o proverem sobre a sorte dos filhos, postoque nenhum direito possam reclamar sobre as pessoas e bens d'elles.

Se ambos tiverem estado em boa fé, ficará o pae com os filhos, e a mãe com as filhas, como consequencia da differença do sexo, porque os homens são mais competentes para a educação dos homens, e as mulheres para a educação das mulheres.

O pae não póde apartar por seu simples arbitrio as filhas da companhia da mãe, se esta esteve em boa fé. Mas poderá aparta-las o conselho de familia? De certo, se as conveniencias e interesses dos filhas assim o exigirem, e por argumento do que se acha disposto nos artigos 141.º, 161.º e 1207.º n.º 3.º No entretanto interpretando-se o artigo 1094.º no sentido de poder o conselho de familia apartar as filhas da companhia da mãe, que esteve em boa fé, escusado era similhante preceito, porque o pae só por si, em vista do artigo 1093.º, nada póde fazer sem accordo com a mãe. O preceito do artigo 1094.º é igualmente applicavel, e por maioria de rasão ao caso de só a mãe e não o pae ter estado em boa fé.

O projecto de codigo civil hespanhol, no artigo já citado, fonte d'estes, bem como o projecto primitivo do sr. Seabra no artigo 1136.º, dispõem que os filhos menores de tres annos se conservarão em todo o caso ao cuidado da mãe, até completarem aquella idade, e isto pela rasão de que as mães são as mais competentes pela natureza para cuidarem, mesmo dos filhos varões, durante o periodo da lactação.

A commissão revisora porém supprimiu esta parte do artigo. No entretanto, como a lei não dispõe que os filhos varões não possam ser apartados da companhia do pae, se este se não accordar com a mãe, o conselho de familia decidirá qual dos paes ficará com elles a seu cuidado; e em a nota ao artigo 138.º vem publicado um accordão do supremo tribunal de justiça, proferido muito depois de se achar em vigor o codigo, que resalva sempre á mãe o direito de cuidar dos filhos durante os tres annos da lactação.

E no caso de nenhum dos conjuges estar de boa fé, como deve ser regulada a administração das pessoas dos filhos? Se os paes, assim como estavam inhibidos de contrahir matrimonio, estiverem inhibidos de os perfilhar, ou não os perfilharem, deverão ser tutelados, como espurios, vistoque a lei não reconhece senão filhos legitimos, perfilhados e espurios.

Art. 1095.º A annullação do casamento produz, quanto aos bens dos conjuges, os mesmos effeitos, que tem a dissolução por morte.

Os artigos anteriores regulavam as consequencias da annullação do casamento quanto ás pessoas dos filhos e ás dos conjuges, e este artigo regula as consequencias da annullação quanto aos bens. Para esta hypothese não distingue o codigo entre a boa ou má fé de ambos ou de um só dos conjuges, ao menos como nos artigos anteriores fizera com relação ás pessoas.

É de notar que o artigo 1095.º é copia fiel do artigo 1138.º do projecto primitivo, e que com a mesma redacção apparece no projecto da commissão revisora de 1863, artigo 1111.º

Mas no projecto de 1864, o artigo 1083.º, correspondente ao artigo 1095.º do codigo, terminava pelas seguintes palavras «*salvo o disposto no artigo 1081.º*» (correspondente ao artigo 1091.º do codigo).

Parece pois que em 1864 entendia a commissão revisora que, quanto aos bens, era tambem necessario ter em conta a boa ou a má fé dos conjuges, annullado o casamento; e que, eliminando mais tarde aquellas palavras, deu a entender que já não era preciso ter em conta aquella circumstancia.

Cremos porém que a commissão revisora supprimira a final as palavras que havia acrescentado ao artigo do projecto de 1864, por estar prevenida no artigo 1168.º a hypothese, que ellas regulavam.

Se os conjuges estavam de boa fé, é evidente que sáe cada um com o que entrou, com ametade dos adquiridos, e com todas as vantagens matrimoniaes. Se porém algum estava de má fé, ou de nada vale o disposto nos artigos 1091.º e 1168.º, ou esse ha de perder todas as vantagens matrimoniaes, nos termos d'aquelles artigos e do artigo 96.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Ha de a mulher, em vista d'aquellas disposições, levantar-se com o dote, constituido pelo marido, se a boa fé esteve da parte d'este, e a má fé da parte d'ella? Ha de ella n'este caso levantar-se com os bens que lhe foram doados em attenção ao marido?

Entendemos que com relação ás doações estipuladas no contrato antenupcial deve ter-se em conta a boa ou a má fé dos conjuges; que os bens, com que cada um entrou para o casal, voltam ao patrimonio do respectivo conjuge, verificada a annullação do casamento; e que a partilha das dividas e dos bens adquiridos deve ser feita segundo as regras por que se fazem as partilhas nas sociedades ordinarias.

SECÇÃO V

DA CONVENÇÃO DOS ESPOSOS RELATIVAMENTE A SEUS BENS

SUB-SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1096.º É licito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens.

(Vid. artigos 1103.º, 1105.º, 1141.º, 1166.º, 1173.º e 1239.) A disposição do artigo bem podia dispensar-se, porque se limita a reconhecer uma faculdade inherente ao homem no goso dos seus direitos, em virtude da qual póde elle fazer tudo o que a lei não prohibir.

Reproduz no entretanto a doutrina do nosso velho direito, consignada na ordenação livro 4.º, titulo 46.º, que nos contratos ante-nu-

pciaes mandava guardar o que entre as partes fosse *accordado* e *contratado*.

A generalidade do artigo abrange não só o direito de estipular qual ha de ser o regimen matrimonial dos bens, mas tambem o direito de fazer doações ou deixas, nos termos dos artigos 1168.º e 2042.º

Na falta de convenção são regidos pelo systema da communhão legal os bens dos conjuges, tanto os bens com que elles entraram para o casal, como os adquiridos posteriormente. É logica esta presumpção legal. Nada mais natural do que presumir o legislador que os conjuges, que estabelecem communhão perfeita na sua vida physica e moral, estendem essa communhão tambem aos bens materiaes. Nem o amor, fundamento principal do matrimonio, permitte presumir que os conjuges estabeleçam alguma cousa de exclusivo e de individual, sem constar expressamente a sua intenção.

Por effeito da lei é restringida a communhão aos bens adquiridos apenas, quando o casamento é celebrado com quebra das disposições do artigo 1058.º, não só nas especies dos seus n.ºs 1.º e 2.º, como indicam os artigos 1060.º, § 3.º, 1063.º e 1098.º, mas tambem nas especies dos seus n.ºs 3.º e 4.º, como expressamente dispõe o artigo 1064.º

As hypotheses dos n.ºs 3.º e 4.º do artigo 1058.º, que não eram reconhecidas no artigo correspondente do projecto primitivo, lembrou-se a commissão de as acautelar no artigo 1064.º, e esqueceram-lhe no artigo 1098.º; quando as hypotheses dos n.ºs 1.ºs e 2.º do artigo 1058.º não só foram acauteladas nos artigos 1060.º e 1063.º, mas vêem prevenidas no artigo 1098.º ainda que com alguma incoherencia, que já explicámos em a nota ao artigo 1058.º

O certo é que a separação de bens, estabelecida pela lei para os casamentos celebrados com quebra do disposto no artigo 1058.º, é uma excepção, que confirma o principio em contrario do regimen da communhão legal. Por isso em caso de duvida sobre a intelligencia dos pactos antenupciaes, interpreta-se sempre a favor do systema da communhão.

O codigo pois, conservando o disposto na velha ordenação quanto á plena liberdade de estipular nas convenções antenupciaes, permitte aos esposos o estabelecer as clausulas que bem lhes aprouver ácerca dos bens. Não devia negar-se ao matrimonio, tão digno de favor, a mesma liberdade de contratar que se permitte nas outras convenções. Pelo contrario, a haver differença com respeito ao matrimonio devia ser na ampliação da liberdade de contratar, differença que o legislador reconhece admittindo n'este contrato clausulas que n'outras convenções proscreve.

É assim que, sendo revogaveis até á morte todos os actos em que se dispõe dos bens para depois da morte, nos pactos antenupciaes podem estipular-se irrevogavelmente a arbitrio dos conjuges todas as condições e reservas, tanto para a vida, como para a morte. Por isso é valida e irrevogavel a clausula, pela qual os conjuges estipularem a favor de ambos ou de um d'elles para depois da sua morte as doações ou deixas que bem lhes parecer, artigo 1166.º

Assim são irrevogaveis os pactos antenupciaes, embora tenham de ser executados depois da morte dos conjuges.

A irrevogabilidade porém das clausulas antenupciaes não comprehende terceiros, a quem respeite ou se refira a convenção, mas que n'ella não intervieram. Assim o esposo que se comprometteu no pacto antenupcial a deixar o usufructo dos seus bens ao outro esposo, e a propriedade a terceiro, não póde mais revogar a clausula relativa ao usufructo em favor do consorte, mas póde dispor á vontade da propriedade de seus bens em beneficio de outrem, como mostraremos em a nota ao artigo 2042.º

As *doações* entre conjuges em vida, e as *deixas* por morte, que fizerem um ao outro são irrevogaveis. Mas as deixas a favor de terceiro, que não interveiu no contrato, e que não têem o caracter de doações, para poderem ser acceites por elle, são revogaveis a arbitrio do doador.

O codigo não só dá aos esposados inteira liberdade de estipularem as clausulas e condições que bem lhes aprouver, mas estabelece quatro typos para o regimen matrimonial dos bens, ficando aos contrahentes o direito de escolher qualquer d'elles, ou mesmo de escolher um mixto de todos ou de alguns.

As convenções relativamente aos bens têem um caracter particular, que a lei póde respeitar, sem com isso serem feridos os principios de ordem publica. Esta liberdade de contratar é igualmente applicavel ao matrimonio posterior, artigo 1239.º, salvas as restricções expressas na lei.

Mas por mais que a lei favoreça os contratos matrimoniaes sobre os bens dos conjuges, não póde auctorisar as convenções que entendem com objectos de interesse publico, como são a ordem da successão, e os direitos de paes e de conjuges, artigo 1103.º

Assim, seria nulla a estipulação de que os ascendentes herdariam de preferencia aos descendentes, de que os conjuges, tendo herdeiros legitimarios, poderiam dispor alem da quota legal, de que a mulher seria o chefe da familia, de que qualquer dos paes renunciaria ao poder paternal, de que o divorcio e a emancipação teriam logar fóra dos casos prescriptos na lei, etc.

Estas clausulas são de tal maneira contrarias, já ás indicações da propria natureza, e já aos bons costumes, ao decoro social e á ordem publica, tão intimamente ligados com a boa organisação da familia, que a lei não poderia admitti-las sem ferir profundamente a constituição da sociedade familiar, base da sociedade em geral.

A prohibição de alterar nos contratos antenupciaes a ordem da successão nao obsta todavia a que os conjuges possam estipular de commum accordo ácerca das suas terças.

Tambem não ha lei que obste a que os nubentes ajustem com terceiro na convenção antenupcial o ceder-lhe a administração de todos os seus bens, emquanto durar a sociedade matrimonial.

Esta convenção não é contraria á lei nem aos bons costumes, e portanto é valida em conformidade dos artigos 671.º e 672.º do codigo.

Mesmo com relação aos bens ha condições que a lei não admitte, como são a da renuncia á herança de pessoa viva, artigo 2042.º O favor com que a lei contemplava as convenções antenupciaes tinha introduzido o uso da renuncia á herança de pessoa viva n'estes contratos. Especialmente nos casamentos de pessoas da primeira sociedade, e sobretudo nos casamentos dos chamados filhos segundos, era frequente a clausula pela qual o filho se contentava com o que os paes lhe davam em casamento, renunciando á sua legitima, para o filho mais velho, ou chamado successor da casa, ficar com o casal dos paes inteiro, e sem partilha.

O codigo porém não permitte a renuncia de uma successão sem ella estar aberta; haveria grave inconveniente em repudiar antecipadamente a herança de homem vivo.

Nem sequer por contrato antenupcial, diz o artigo 2042.º alludindo á antiga jurisprudencia, segundo a qual os esposados, especialmente

os filhos segundos de casas vinculadas, recebendo um dote, renunciavam ordinariamente, no contrato de casamento, aos direitos que deviam ter á successão paterna.

Não é hoje permittida a renuncia a uma successão emquanto não se é chamado a ella.

Por isso os parentes ulteriores do auctor da herança não podem repudiar valiosamente a successão antes de ella ser repudiada pelos parentes de grau anterior.

N'esta especie não é permittido repudiar a cousa sem se ter tornado *effectivo* o direito de acceita-la.

O codigo pois proscreveu completamente o direito de estabelecer similhante renuncia. Os esposos têem inteira liberdade de contratar *dentro dos limites da lei*, e por isso não podem ajustar condições impossiveis e contrarias aos bons costumes, ou ás leis imperativas ou prohibitivas, artigos 10.º, 643.º, 670.º e 671.º

Entre as estipulações legalmente impossiveis em contratos antenupciaes contam-se: a da renuncia que a mulher faça ao direito de registar, e a qualquer outro direito proveniente de registo, artigos 908.º e 928.º; a da renuncia ao arrependimento de casar até ao acto do casamento, artigo 1067.º, etc.

No artigo 1067.º tambem se consigna, em beneficio de herdeiros legitimarios, uma restricção ao direito de contratar em pacto antenupcial.

A estipulação de successão reciproca entre os conjuges, na falta de descendentes, e existindo ascendentes, que se julgava valida por direito anterior, consentindo estes, deixou de o ser pelo codigo, porque altera a ordem legal da successão dos herdeiros legitimarios ascendentes, e envolve da parte d'estes renuncia á herança de pessoa viva.

Assim são hoje reprovadas pelo codigo civil as seguintes estipulações, que se tinham como permittidas pelo antigo direito: 1.ª, a de que o conjuge sobrevivo não succederá ao filho commum nos bens herdados do outro conjuge; 2.ª, a de que os esposos contentes com os dotes renunciam ás futuras legitimas, se não houver lesão; 3.ª, a de que a mulher poderá administrar todos os seus bens, contribuindo proporcionalmente para os encargos do matrimonio, etc.

Tambem hoje não vale a clausula de que na falta de descendentes seja o conjuge sobrevivo usufructuario dos bens do predefuncto, ainda que haja ascendentes, se elles concordarem; vale porém, independentemente de accordo, se os ascendentes não são pae ou mãe, porque então tem estes direito unicamente a metade dos bens da herança; e o usufructo de toda a herança representa apenas a metade do valor d'ella.

Era tambem permittida pelo nosso antigo direito, e até frequente nos pactos antenupciaes, a clausula, em virtude da qual, na falta de filhos ao tempo da dissolução, e salvas as disposições testamentarias, revertiam aos seus herdeiros legitimos os bens do conjuge predefuncto.

Essa clausula produzia de per si só a existencia de um regimen provisorio de incommunicabilidade, com excepção dos adquiridos, até á dissolução do matrimonio; tornando-se n'esta occasião esse regimen em definitivo, do casamento não ficassem descendentes, ou sendo substituido pelo de communhão, no caso de ficar descendencia.

Ainda que ha uma certa irregularidade n'este regimen *provisorio* de incommunicabilidade, não o prohibe o codigo, que permitte o estipular nos contratos antenupciaes todas as clausulas que não sejam contrarias á lei.

Nas convenções antenupciaes é tão grande a liberdade dos pactuantes, que até os menores sujeitos á tutela podem fazer doação de seus bens ao esposado, como se fossem maiores; intervindo porém a approvação d'aquelles a quem, nos termos do artigo 1061.º e seus §§, compete auctorisar o casamento, artigo 1173.º

Mas as condições relativas aos bens na sociedade matrimonial, para serem validas, hão de ser feitas *antes da celebração do casamento*. Depois de celebrado o casamento não podem já ser alteradas nem modificadas, artigo 1108.º Nem mesmo interrompida a sociedade conjugal, e que depois se restabeleça, póde alterar-se o regimen matrimonial, porque a sociedade conjugal ha de ser restabelecida *nos termos em que tinha sido constituida*, artigo 1218.º

A provisão, consignada n'estes artigos, foi introduzida no interesse dos conjuges, dos filhos e de terceiros.

Se depois de celebrado o casamento fosse licito modificar as convenções matrimoniaes, quasi sempre estabelecidas no intuito de garantir a satisfação dos encargos do matrimonio, e de obviar ás leviandades e prodigalidades dos conjuges, poderiam estes tirar o caracter de inalienabilidade ao que o tinha, e habilitarem-se para dissipar os recursos com que nas convenções antenupciaes se teve em vista assegurar a subsistencia e o futuro da familia.

Por outro lado é claro que, se individuos casados sob o regimen da communhão, em que todos os bens são alienaveis, podessem depois submetter-se ao regimen dotal, sob cujo imperio os bens podem tornar-se inalienaveis, seriam fraudados os terceiros com quem elles tivessem contratado, porque não poderiam exercer os seus direitos sobre bens, que a principio podiam reputar como penhor dos contratos que celebravam com os conjuges.

Verdade seja que este inconveniente dá-se até certo ponto nos dotes constituidos em bens futuros, nos termos do artigo 1136.º, mas n'este caso o advento dos bens ao casal não póde reputar-se augmento de dote, porque o caso foi positivamente previsto na convenção antenupcial, não havendo depois mais do que a realisação de uma clausula acceite antes da celebração do casamento.

Convem todavia notar que a regra geral estatuida no artigo 1105.º, de que as convenções antenupciaes não podem ser alteradas depois de celebrado o matrimonio, não é tão absoluta que não soffra algumas modificações.

Assim, no caso especial do regresso do conjuge ausente, depois de decorridos vinte annos desde as ultimas noticias, ou depois de ter concluido noventa e cinco annos de idade, não fica estabelecida a communhão de bens entre elle e o conjuge presente, se porventura existiu, sem elles assim o ajustarem de novo por escriptura publica, artigo 89.º

Não quiz o legislador que houvesse communhão de bens n'uma sociedade em que, por virtude da ausencia prolongada de um dos socios, não tinha havido communhão de vida, nem de trabalho.

Para outro effeito podem ser ainda alteradas as convenções matrimoniaes depois de celebrado o casamento, que é para tirar o encargo dotal a bens, que com elle foram onerados por força do contrato antenupcial, registo do respectivo onus, como é permittido nos termos do artigo 1149.º

Portanto as convenções matrimoniaes não podem ser alteradas, depois de celebrado o matrimonio, no sentido de se escolher um regimen matrimonial de bens, differente do estipulado na escriptura de casamento, comquanto na especie unica do artigo 89.º seja necessaria

nova convenção para se *conservar* o antigo typo de bens, se o regimen era o de communhão.

Mas póde tirar-se aos bens dotaes o onus real que sobre elles pesa, e ha até o meio de augmentar o dote, depois de constituido e de celebrado o matrimonio, sem embargo do disposto no artigo 1141.º, subrogando-o por bens de *maior* valor, como permitte o citado artigo 1149.º no seu n.º 6.º

E quando se julga celebrado o casamento para se marcar o tempo depois do qual não póde já revogar-se a convenção antenupcial?

No casamento civil reputa-se celebrado o casamento, lavrado que esteja o registo do respectivo acto juridico, e devidamente assignado pelas partes; no casamento catholico, porém, julga-se celebrado o casamento, logoque esteja administrado devidamente o sacramento do matrimonio.

No entretanto alguns doutores, e entre elles o insigne jurisconsulto o sr. Bruschi, entendem, fundados no direito canonico, que no casamento catholico se exige tambem a copula para de todo se tornar irrevogavel o matrimonio, dando esta opinião logar á continuação da duvida, se basta a copula anterior, ou se é indispensavel a posterior, para ter logar a communhão de bens.

Para nós é fóra de duvida depois da promulgação do codigo que no casamento catholico, como no casamento civil, nada influe a copula, nos effeitos do casamento, nem a anterior nem a posterior ao matrimonio.

Tambem alguns téem sustentado que, ainda depois de effectuado o casamento, póde alterar-se o contrato antenupcial quando essa alteração tiver por fim o estabelecer a communhão de bens; e fundam-se em quatro argumentos: 1.º, em que a renuncia de um privilegio para entrar no direito commum é em regra permittida, e que portanto podem os conjuges renunciar ao regimen excepcional para entrarem na regra geral; 2.º, em que os filhos não soffrem prejuizo com a mudança, porque tanto herdam do casal commum, como dos bens proprios dos paes, e que os credores lucram, porque a separação de bens diminue as seguranças ao pagamento dos seus creditos; 3.º, em que o artigo 1105.º o que prohibe é que uma convenção posterior revogue a convenção antenupcial, mas que não dependendo de convenção alguma a communhão de bens, não póde dizer-se que haja convenção revogatoria; 4.º, em que se os conjuges podem fazer-se mutuamente doações, artigo 1178.º, não póde ser vedada a renuncia ao dote, que equivale a doar a mulher ao marido metade dos bens dotaes, sem que a isto obste o artigo 1183.º, porque effectivamente a renuncia do privilegio dotal torna metade do dote do outro conjuge.

São porém improcedentes as rasões, porque são dadas contra a expressa disposição do codigo. O artigo 1105.º não se presta a similhantes distincções; estabelece uma regra absoluta, que ao interprete não é dado modificar: e a mulher não póde fazer ao marido doação dos bens dotaes, vistos os preceitos do artigo 1149.º

Os conjuges depois de casados não podem já contratar, porque formam uma e a mesma pessoa; e a revogação dos contratos antenupciaes, depois de celebrado o casamento, foi prohibida exactamente para obstar a que os conjuges tornassem communs e alienaveis bens, que tinham sido onerados com o caracter de inalienabilidade para manter sempre seguro o sustento da familia.

No registo das escripturas antenupciaes deve o conservador extractar todas as condições, por mais secundarias que lhe pareçam, como deve proceder com relação a quaesquer outros titulos sujeitos a registo.

Quando da convenção antenupcial resultar um dominio condicional e restricto entre os conjuges quanto aos effeitos da futura successão, deve no entretanto registar-se a favor d'elles o dominio com a clausula restrictiva; e os chamados á successão, quando se verificar a condição restrictiva, terão o cuidado de registar a seu favor a transmissão. O conservador não póde fiscalisar os actos juridicos sujeitos a registo senão nos casos [illegible]ativamente prescriptos nos artigos 980.º e 981.º do codigo civil, e [illegible] e 157.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Art. 1097.º Estas convenções não terão validade, se não forem celebradas em escriptura publica.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 1098.º Na falta de qualquer accordo ou convenção, entende-se, que o casamento é feito segundo o costume do reino, excepto se for contrahido com quebra das disposições do artigo 1058.º n.ºs 1.º e 2.º, porque, n'esse caso, entender-se-ha que os conjuges são casados com simples communhão de adquiridos.

Art. 1099.º Se os esposos declararem simplesmente em seu contrato que pretendem casar-se segundo o costume do reino, observar-se-hão as disposições dos artigos 1108.º a 1124.º

Art. 1100.º Se os esposos declararem simplesmente, que querem casar-se com simples communhão de adquiridos, observar-se-hão as disposições dos artigos 1130.º a 1133.º

Art. 1101.º Se os esposos declararem simplesmente, que pretendem casar-se com separação de bens, observar-se-hão as disposições dos artigos 1125.º a 1129.º

Art. 1102.º Se os esposos pretenderem casar-se segundo o regimen dotal, observar-se-hão as disposições dos artigos 1134.º a 1165.º

(Vid. artigos 1108.º, 1125.º a 1127.º, 1130.º, 1134.º e 1153.º a 1155.º) Relativamente aos bens, póde o regimen matrimonial revestir quatro fórmas diversas, com effeitos juridicos differentes: 1.ª, costume do reino; 2.ª, simples communhão de adquiridos; 3.ª, separação de bens; 4.ª, regimen dotal.

D'estas quatro fórmas de regimen matrimonial approximam-se as tres primeiras, e distinguem-se todas da ultima em não envolverem inalienabilidade nem imprescriptibilidade dos bens; mas differençam-se entre si principalmente em que na communhão geral é regra tornarem-se communs os bens dos conjuges, emquanto que na communhão restricta aos adquiridos e na separação de bens a regra é o contrario.

Cada uma d'estas fórmas de casamento tem caracteristicos que a distinguem da outra. A primeira e ultima ninguem as confunde, visto ser a caracterista de uma a communhão geral e a alienabilidade dos bens, e a caracteristica da outra a *incommunicabilidade* de todos os bens, e a *inalienabilidade* dos dotaes.

Com as outras duas fórmas de casamento já não succede o mesmo.

A commissão revisora parece ter considerado que não havia differença de direitos nos casamentos com simples communhão de adquiridos, e com separação de bens, applicando indifferentemente ás mesmas hypotheses as duas phrases, como se evidenceia da comparação dos artigos 1063.º e 1098.º, que se acham em certa desharmonia, sobre a qual já dissemos o bastante em a nota ao citado artigo 1058.º

A maior parte dos doutores que têem escripto sobre esta materia julgam tambem que o codigo só estabeleceu tres fórmas de regimen matrimonial, sendo a primeira a communhão mais ou menos restricta, a segunda a separação de bens, e a terceira o regimen dotal.

O que mais concorre para confundir as duas fórmas de casamento é a consideração de que não sendo essencial no regimen da separação de bens a exclusão da communhão de adquiridos, sempre que não se excluir a communhão dos adquiridos, ha em ambas estas fórmas de casamento communhão de adquiridos, e separação de outros bens; e tambem o acharem-se tratadas sob a mesma secção, e com varias disposições communs a um e ao outro regimen.

Contra esta opinião porém protestam formalmente os artigos 1099.º a 1102.º, que estabelecem quatro regimens differentes de sociedade matrimonial, e a cada um d'elles applicam artigos diversos.

Nos dois systemas de separação de bens e de simples communhão de adquiridos ha uma differença importante e fundamental. No casamento com separação de bens conserva a mulher o dominio de tudo quanto lhe pertence, artigo 1127.º, e póde dispor livremente, sem auctorisação do marido, com as condições prescriptas no artigo 1118.º, dos bens mobiliarios que não sejam capitaes a juros, e da terça parte dos seus rendimentos, artigo 1128.º, sem embargo da administração pertencer ao marido, artigos 1104.º, 1117.º e 1189.º No casamento com simples communhão dos adquiridos não dispõe a mulher de capitaes nem de rendimentos alguns, artigo 1126.º O codigo não torna applicavel ao casamento com simples communhão de adquiridos o disposto nos artigos 1127.º, 1128.º e 1129.º com relação ao casamento com separação de bens.

Que o regimen da separação de bens é differente do regimen da simples communhão dos adquiridos se mostra ainda do artigo 1198.º, que distingue entre o casamento com simples communhão de adquiridos, em que o marido responde pelas obrigações contrahidas pela mulher com auctorisação sua, e o casamento *por outra fórma*, em que o marido não responde pelas obrigações, que a mulher casada contrahiu sobre bens ou interesses privativamente seus.

Ora o regimen em que a mulher póde contrahir obrigações sobre bens ou interesses privativamente seus, e em que o marido não responde por ellas, aindaque as auctorisasse, se não se obrigou conjunctamente, é exactamente o *da separação dos bens*, nos termos do artigo 1129.º

Esta é a differença capital entre o casamento com separação de bens, e as outras fórmas de casamento.

Conseguintemente o regimen de separação de bens é essencialmente differente do regimen da simples communhão dos adquiridos, ainda quando n'aquelle não haja expressa exclusão dos adquiridos.

No que porém podem levantar-se grandes difficuldades é em conhecer se o casamento foi feito com separação de bens, ou com simples communhão de adquiridos, quando os conjuges apenas estipularem — *que todos os seus bens havidos, e por haver, são proprios, havendo só communhão nos adquiridos* —; vistoque tanto nos casamentos com separação de bens, como no regimen da simples communhão de adquiridos, ha bens proprios, e communhão de adquiridos.

Nós entendemos que aquella simples fórma, ou outra equivalente, não importa a estipulação do regimen de separação de bens, sem que os conjuges declarem de um modo positivo que querem casar com separação de bens. N'esta fórma de casamento o elemento preponderante é a separação de bens; e por isso não se julga constituido o matrimonio por esta fórma, sem aquelle principio ser expressa e positivamente convencionado.

Por analogia do disposto no artigo 1123.º entendemos tambem que, quando o regimen matrimonial é com separação de bens, não por assim ter sido estipulado pelos conjuges, mas por assim o determinar a lei, como nas especies previstas nos artigos 1063.º, § 3.º, 1063.º-1.º e 1064.º, o casamento reputa-se celebrado sem exclusão de communhão nos adquiridos.

Nos artigos 1100.º e 1101.º menciona o codigo em primeiro logar, como o projecto primitivo, o regimen do casamento com simples communhão de adquiridos, e depois o regimen do casamento com separação de bens, methodo logico no systema do projecto primitivo, que adiante tratava tambem em primeiro logar do casamento com simples communhão dos adquiridos, e depois do casamento com separação de bens, em duas secções distinctas.

A commissão revisora porém, collocando estas duas materias na mesma secção, artigo 1125.º e seguintes, e a doutrina da separação de bens antes da communhão dos adquiridos, devia por methodo fazer preceder a materia do artigo 1101.º á do artigo 1100.º

Á primeira fórma de regimen matrimonial dá-se o nome de casamento *segundo o costume do reino*, por ser o regimen mais commum, e historicamente o mais antigo entre nós, e sobretudo porque não era necessario estipular-se: era o regimen que se observava na falta de convenção, ordenação livro IV, titulo XLVI.

No uso vulgar e na phraseologia das nossas antigas leis tambem se encontram muitas vezes empregadas como synonymas as phrases: *costume do reino, carta de ametade, mieiros, etc.*

No casamento *segundo o costume do reino* estabelece-se entre os conjuges a communhão de todos os bens, não só d'aquelles com que cada um entra para o casal, mas de todos os que de futuro se adquirirem, por cabeça de um ou de outro, a titulo gratuito ou oneroso, e que não estejam expressamente exceptuados na lei, artigo 1108.º

A communhão geral é o contrato que a lei presume ter sido acceito pelos conjuges que não fizeram contrato expresso em contrario, e assim vem a ser o mais frequente dos regimens matrimoniaes.

A communhão de bens é a fórma mais accommodada á natureza do matrimonio, porque torna communs na boa e na má fortuna os bens dos conjuges, e d'aqui nasce que, na falta de estipulação expressa em contrario, rege o systema da communhão legal.

Nem é uso fazer escriptura sobre o regimen matrimonial dos bens desde que se acceita o costume do reino, salvo para serem dotados os esposos pelos paes ou por outras pessoas, ou para especificar os bens com que cada um entra para o casal; especificação que ainda tem sua utilidade para o caso de simples separação judicial dos bens por má administração do marido, vista a disposição do artigo 1220.º

Nos termos da ordenação manuelina, livro IV, titulo VII, copiada pela filippina, livro IV, titulo XLVI, a falta de convenção expressa faz subentender que o casamento é *segundo o costume do reino*, isto é, com a communhão de bens, o que se reproduz no artigo 1098.º

Nenhuma differença ha, quanto aos effeitos juridicos, entre a communhão estipulada por contrato, a que se refere o artigo 1099.º, e a communhão, que se subentende exactamente por falta de contrato, a que se refere o artigo 1098.º: só se distinguem quanto á fórma, por haver n'um caso contrato expresso, e n'outro não.

No casamento segundo o costume do reino, tanto os bens vindos por parte do marido, como os vindos por parte da mulher, como os rendimentos de uns e de outros, e de todos os bens do casal, e os fructos do trabalho e da economia dos conjuges, qualquer que seja a quantidade, qualidade e valor d'esses bens, e ainda que só um os tenha, constituem um fundo social, que responde pelas dividas que ambos contrahirem, e sobre o qual cada um dos conjuges tem igual direito de propriedade e de posse, artigo 1117.º, salvas as excepções reconhecidas no artigo 1109.º, e que se dividem igualmente por ambos ou por seus representantes no caso de dissolução do matrimonio, ou de separação de pessoas e bens.

N'este systema, como em todos os outros, é o marido o administrador dos bens do casal; mas no casamento segundo o costume do reino póde elle dispor livremente dos bens mobiliarios, salva a obrigação de soffrer em conta na sua meação o valor dos que obrigar ou alhear sem consentimento da mulher, por contratos gratuitos, artigo 1118.º, salvas as modificações determinadas no artigo 1471.º

Os bens immobiliarios, esses, em caso nenhum podem ser onerados ou alienados sem consentimento de ambos os conjuges, ou supprimento judicial, artigo 1119.º, salvo o que determina o artigo 1191.º com respeito ás alienações em contrario d'este artigo.

No casamento segundo o costume do reino tambem ha bens *proprios* do marido ou da mulher exceptuados da communhão, artigos 1109.º e 1220.º

Poderá estipular-se tambem n'este systema que certos bens sejam *proprios* do marido ou da mulher, sem que o regimen matrimonial perca a natureza de regimen da communhão, e vá ser subordinado ás regras que regulam a separação de bens?

Da redacção do artigo 1108.º infere-se que a exclusão de alguns bens da communhão feita, não pela lei, mas por convenção entre os esposos, tira ao regimen matrimonial o caracter de casamento segundo o costume do reino. No entretanto, salva estipulação em contrario, o casamento n'estas circumstancias reputa-se por carta de ametade, exceptuando-se os bens excluidos da communhão, que serão regidos pelas regras relativas aos bens proprios.

O codigo mesmo allude a duas estipulações n'este sentido: a de reservar a mulher para si a recepção até um terço do rendimento liquido dos seus bens, artigo 1104.º, e a de se ajustar a extensão da communhão a dividas anteriores ao casamento artigo 1110.º n.º 1.º

São admissiveis no regimen da communhão ainda muitas outras modificações, tanto de extensão da communhão aos vestidos e roupas do uso pessoal dos conjuges, e ás joias esponsalicias dadas pelo esposo, como de restricção de communidade por exclusão de certos bens, que sem essa clausula restrictiva seriam communs, e já estipulando-se uma partilha desigual do fundo da sociedade, e até o pagamento da meação por uma somma fixa.

As doações entre vivos feitas entre esposos não significam nem communhão legal entre os conjuges, nem renuncia a essa communhão. Já era assim por direito antigo. As doações entre casados tambem não alteram o regimen matrimonial, artigo 1105.º, e apenas os bens doados tomam a natureza de *proprios* do donatario, artigo 1183.º

Convem notar que para serem meeiros os conjuges nos bens do casal não é indispensavel que se verifique o requisito da copula carnal, que aliás se exigia pela velha ordenação para este effeito.

Tambem era muito disputado por direito antigo se para se verificar a communhão era indispensavel a copula posterior ao matrimonio, ou se bastava a copula anterior. Muitas vezes acontecia que, tendo os paes vivido em concubinato, e casando depois de terem filhos, e quando um se achava *in articulo mortis*, não chegava a haver copula carnal depois de celebrado o matrimonio, em rasão do fallecimento, ou impossibilidade physica do conjuge enfermo para cohabitar.

Vale a pena tratar ainda hoje esta questão, porque muitas especies sobre o assumpto terão de ser resolvidas pelo velho direito, mesmo depois da promulgação do codigo civil.

Para a legitimação dos filhos é que não se tornava essencial a copula posterior. Para o effeito da legitimação dava a lei a mesma importancia á copula anterior. Dizia a ordenação, livro II, titulo XXXV, § 12.º: «porém se tal filho fosse legitimado *por matrimonio seguinte* celebrado entre seu pae e sua mãe *depois do seu nascimento*, porque este legitimado é em tudo perfeitamente legitimo».

A legitimação dos filhos tirava, como ainda hoje tira, a sua força *só do facto* do matrimonio, nota ao artigo 119.º

Com relação porém a serem meeiros os conjuges, outra era a linguagem da ordenação.

A ordenação, livro IV, titulo XLVI, que se inscreve: *Como o marido e mulher são meeiros em seus bens*, dizia no § 1.º: «E quando o marido e mulher forem casados por palavras de presente á porta da igreja, ou por licença do prelado fóra d'ella, *havendo copula carnal*, serão meeiros em seus bens e fazenda».

A mesma ordenação, livro IV, no titulo XCV, *pr.*, diz o seguinte: «E pois que tanto que o casamento é *consummado per copula*, he a mulher feita meeira em todos os bens que hão ambos».

Em presença d'estes textos, unicos que se encontram para resolver a duvida, que elles mesmos levantam, sustentam uns que, para serem meeiros os conjuges basta a copula anterior, emquanto que outros são de parecer que para aquelle fim é indispensavel a copula posterior.

Os que sustentam a opinião de que basta a copula anterior para tornar meeiros os conjuges soccorrem-se aos seguintes argumentos em defeza da sua doutrina:

1.º Que nem a ordenação, livro IV, titulo XLVI, § 1.º, exigindo a copula carnal, determina que só valha a posterior para este effeito, nem a ordenação, livro IV, titulo XCV, *pr.*, exigindo que o casamento se consumme pela copula, preceitua que só a copula posterior, e não a anterior, consumma o casamento; e concluem que, onde a lei não distingue, não é licito ao interprete distinguir.

2.º Que a propria ordenação, livro II, titulo XXXV, § 12.º, contentando-se com a copula anterior para legitimar os filhos havidos de concubinato, serve de argumento para se entenderem no mesmo sentido as ordenações, livro IV, titulo XLVI, § 1.º, e titulo XCV, *pr.*

3.º Que a disposição da lei, que exige a copula para a consummação do matrimonio, é fundada na necessidade de realisar o preceito: *Duo in carne una*, reconhecido nas sagradas letras; e que o preceito fica executado logoque haja a copula, ou seja posterior, ou anterior.

4.º Que devendo seguir-se, na ausencia de disposição expressa, a interpretação mais rasoavel, deve adoptar-se uma opinião, que evita questões e investigações escandalosas, que necessariamente se hão de dar, julgada que seja indispensavel a copula posterior.

Nós seguimos esta mesma opinião, mas por motivos differentes.

Lendo-se attenta e despreoccupadamente as disposições da ordenação, livro IV, titulo XLVI, § 1.º, e titulo XCV, *pr.*, ha de reconhecer-se que o legislador, exigindo a copula carnal entre os conjuges, se referia á copula posterior ao casamento.

A ordenação falla da copula carnal entre pessoas casadas, e não do casamento entre pessoas que tiveram copula, e declara que o casamento se consumma pela copula, e não que a copula fica santificada ou consummada pelo casamento.

Acresce ainda que as ordenações foram redigidas em tempo em que as formalidades *materiaes* eram tidas em grande conta para a validade dos actos juridicos; e era natural que o legislador, extremamente imbuido n'um falso espirito religioso, não reconhecesse effeitos juridicos na copula que não estivesse legitimada pelo casamento anterior.

Todavia a praxe do fôro, segundo attestam Gama, *Decis.* CXXIV, e Guerreiro, *De division.*, tratado II, livro VI, capitulo I, n.ºs 99.º e 100.º, e o illustrado redactor da *Gazeta dos tribunaes*, n.º 3:412, era uniforme em interpretar as ordenações no sentido de bastar a copula anterior para serem meeiros os conjuges. Esta praxe tão longa reunia já os requisitos precisos para ter força de lei, nos termos do direito anterior; e alem d'isso é a praxe o melhor intreprete das leis: *Optima legum interpres consuetudo*, lei 37.ª *Dig. de legibus.*

Os praxistas mesmo já tinham inventado algumas excepções ao principio geral da necessidade da copula, para serem meeiros os conjuges. E estava em uso o dispensar-se a copula, para serem meeiros os conjuges, nos dois seguintes casos: 1.º, nas concessões regias feitas ás mulheres para os homens; 2.º, se a copula se não tinha verificado por culpa de algum d'elles.

Mas, em regra, sem se verificar a copula anterior ou posterior, o casamento segundo o costume do reino, ainda legitimamente celebrado, não produzia a communicação de bens entre os conjuges: e n'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 21 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 216. A copula posterior ao matrimonio presumia-se pelo facto da cohabitação dos esposos: a anterior carecia de ser provada.

No casamento *com simples communhão de adquiridos* só são communs os bens adquiridos durante a constancia do matrimonio por titulo oneroso, como troca, compra, aforamento, etc., artigos 1125.º e 1130.º Os bens que cada um tenha ao tempo da celebração do casamento, ou adquirir depois por direito anterior ao matrimonio, ou por titulo gratuito, são *proprios* d'aquelle por cuja cabeça vierem ao casal.

Já por direito antigo, comquanto fosse duvidoso se no casamento por dote, mas com communhão dos adquiridos, se communicavam ou não entre os conjuges os bens advindos a um d'elles por herança ou legado, era mais seguida a opinião de que não se communicavam; opinião que tinha seu fundamento na ordenação livro IV, titulo XLVII.

Esta doutrina acha-se hoje consagrada por lei, tanto com respeito ao regimen dotal, como em relação aos casamentos com separação de bens e com simples communhão de adquiridos, artigos 1130.º, 1153.º e 1155.º

Assim, a simples communhão dos adquiridos não tem os resultados que a significação grammatical das palavras indica, porque não abrange todos os adquiridos por qualquer titulo, mas só os adquiridos por titulo oneroso, excluindo da communhão os adquiridos por titulo gratuito.

Este systema é uma especie de transição entre o da communhão completa e o da nenhuma communhão, dando a parte dos bens a natureza de incommunicaveis, e mantendo nos outros a communicabilidade.

O regimen da simples communhão de adquiridos não póde estabelecer-se sem declaração expressa, visto ser uma excepção ao direito commum. Este principio é ainda consequencia da regra contraria, estabelecida no artigo 1125.º, porque se pelo facto de declararem os dois esposos que casam com separação de bens, não se fica entendendo que excluem a communhão dos adquiridos, segue-se que esta exclusão da communhão dos adquiridos só póde ter logar mediante expressa declaração dos esposos.

N'este regimen o activo commum começa a formar-se unicamente dos rendimentos dos bens dos conjuges e dos fructos do seu trabalho e economia.

Todos os outros bens, que não sejam esses, ou com elles adquiridos, ficam sendo proprios ou pessoaes do conjuge, por cujo lado advieram ao casal, artigo 1130.º; e, para os distinguir dos adquiridos, é indispensavel que os anteriores ao casamento sejam inventariados antes d'este, e que os supervenientes sejam igualmente inventariados dentro de seis mezes depois da sua acquisição ou liquidação, sob pena de serem considerados como adquiridos, e portanto communs, artigo 1131.º

A estes bens, como bens communs, são applicaveis as regras que regem a administração dos bens no systema da communhão geral.

Póde estipular-se communhão ainda mais restricta, communhão restricta só a certos adquiridos, como, por exemplo, só aos bens immoveis.

Os adquiridos, que forem excluidos da communhão por este contrato, ficam sendo proprios do marido, como chefe e administrador do casal, salvo convenção em contrario; mas devem entrar, com os bens communs, na contribuição proporcional para as dividas a que ambos os conjuges forem obrigados, artigo 1129.º

Póde estipular-se tambem a exclusão completa da communhão, não só nos adquiridos por titulo oneroso, como nos adquiridos por titulo gratuito, e n'aquelles com que cada um dos conjuges entrou para o casal.

N'este contrato todos os adquiridos por titulo oneroso pertencem ao marido, pelas rasões já dadas, salva convenção em contrario. É uma desvantagem, sem compensação de especie alguma, para a mulher, porque os bens d'ella, como na communhão geral, ficam alienaveis, prescriptiveis, na administração do marido, e apesar de proprios d'ella, responsaveis pelas dividas em que ella consentir, artigo 1120.º É raro este regimen, e difficilmente é acceito, a não ser por mulheres de muito pequena fortuna e de triste condição.

A estipulação da incommunicabilidade nos adquiridos durante a constancia do matrimonio importa a declaração de que os conjuges não são meeiros, como decidiu a relação do Porto em accordão de 5 de julho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 143.

No *casamento com separação de bens* não ha communhão n'aquelles com que os conjuges entrarem para o casal, mas sim só nos adquiridos, artigo 1125.º

N'este regimen, que é o terceiro mencionado no codigo, conserva a mulher o dominio exclusivo dos seus bens, artigo 1127.º; tem a livre disposição dos bens mobiliarios, e de um terço dos rendimentos de

todos os seus bens, nos termos do artigo 1128.º; sem o seu consentimento não podem ser alienados os capitaes postos a juros, citado artigo 1128.º § unico; partilha nos adquiridos, não se ajustando a incommunicabilidade d'elles, artigos 1123.º e 1125.º; e primeiro por estes, do que pelos bens separados, se pagarão as dividas contrahidas por ambos os conjuges, artigo 1113.º n.º 1.º

Este regimen matrimonial é preferido pelas mulheres que, não receiando a alienabilidade dos seus bens, desejam comtudo conservar independente a disposição de uma parte do seu patrimonio; e, para distinguir dos adquiridos os bens proprios, é indispensavel que se faça inventario d'estes, como na communhão restricta aos adquiridos, artigo 1126.º

No *casamento por dote* a caracteristica principal é a inalienabilidade dos bens dotaes.

Sobre as condições e caracteristicas do dote, vid. nota ao artigo 1135.º

Comquanto a communhão seja a regra, e o dote a excepção, é certo que se encontram entre nós muitos vestigios do systema dotal, desde o principio da monarchia.

Os bens *dotaes* distinguem-se dos bens *proprios*, em que estes não se communicam, mas são alienaveis, emquanto que os *dotaes* nem são communicaveis, nem alienaveis. Ha bens proprios, mesmo no systema da communhão de bens, como são todos os mencionados no artigo 1109.º

O principio da conservação ou da amortisação do dote não importa a exclusão da administração dos bens dotaes pelo marido, que até n'alguns casos tem o direito de os alienar, respondendo apenas pelo seu valor, artigo 1148.º

O regimen dotal importa não só absoluta incommunicabilidade nos bens com que entra cada um dos conjuges para o casal, mas tambem completa exclusão de communhão nos adquiridos por titulo gratuito.

Os bens da mulher, tanto presentes como futuros, não comprehendidos no dote, são considerados como proprios, sendo apenas communs os rendimentos, artigo 1153.º

As palavras «*mas os rendimentos d'elles serão communs*», empregadas no artigo citado 1153.º, não significam que os rendimentos dos bens dotaes sejam *proprios* da mulher, mas sim que os rendimentos d'aquelles bens não ficam *proprios*, apesar de o ficarem os bens d'onde elles provém. No regimen dotal dispõe dos rendimentos o marido, tanto dos rendimentos dos bens dotaes como dos rendimentos dos bens proprios da mulher, salvo o disposto nos artigos 1104.º e 1128.º; e o codigo quiz consignar claramente a idéa de que pelo facto de no regimen dotal ficarem *proprios* os bens da mulher não dotaes, não o ficavam os rendimentos.

Durante o casamento a inscripção de dominio dos bens dotaes não póde ser feita senão a favor da mulher, vistoque lhe pertence a propriedade d'estes bens.

Para terem porém a natureza de *proprios* os bens é preciso que sejam descriptos em documento authentico, nos termos do artigo 1131.º, aliás considerar-se-hão communs, como communs se consideram os bens dotaes, em que não se preenche aquella formalidade, artigo 1137.º, bem como os bens incommunicaveis nos casamentos com separação de bens e com simples communhão de adquiridos, artigos 1126.º e 1131.º

No regimen dotal, que representa absoluta incommunicabilidade de bens, são tambem considerados como proprios os do marido, artigo 1155.º, que póde dispor livremente dos bens mobiliarios. Porém os bens proprios da mulher, que não são dote, em nada participam dos privilegios e garantias dotaes.

Assim a mulher, que tem hypotheca legal nos bens do marido para segurança dos valores mobiliarios *dotaes*, não tem a mesma hypotheca, se a não estipulou, para pagamento dos valores mobiliarios *proprios*. Os bens proprios da mulher não gosam de mais garantias por ser dotal o regimen do matrimonio.

Não teem estes bens outros privilegios senão os que lhes provém da sua natureza geral de bens proprios, artigo 1154.º

Approxima-se pois o regimen dotal do regimen da separação de bens, sem communhão nos adquiridos, especialmente em que os conjuges no regimen dotal conservam o dominio do que lhes pertence; mas distingue-se pelas garantias com que a lei segura o dote da mulher. São estas: a inalienabilidade e a imprescriptibilidade dos bens immobiliarios, artigos 1149.º e 1150.º; a hypotheca nos bens do marido para segurança da restituição dos bens mobiliarios, artigo 906.º n.º 3.º; a irresponsabilidade do dote, e mesmo dos seus rendimentos, nos termos do artigo 1230.º, por dividas que não sejam anteriores ao casamento, e proprias da mulher ou de quem a dotou, artigo 1149.º n.º 3.º; e a caducidade do arrendamento feito pelo marido, no anno em que tenha logar a morte de um dos conjuges ou a separação de bens, artigo 1601.º

Póde todavia estipular-se a inalienabilidade dos bens mobiliarios dotaes, artigo 1148.º

O regimen dotal, se por um lado prende a mobilidade e transmissibilidade dos bens, tem por outro lado a vantagem de segurar sempre a subsistencia da familia contra as imprudencias ou infelicidade do marido.

Uma das modificações mais frequentes, que se fazem no regimen dotal puro, é a estipulação da communhão nos adquiridos.

No regimen dotal puro é o marido o administrador e usufructuario do dote da mulher, com as unicas obrigações de occorrer ás despezas do matrimonio e aos encargos ordinarios dos bens dotaes, artigo 1164.º, e de partir na proporção do tempo os fructos e rendimentos pendentes no ultimo anno do matrimonio, artigo 1162.º; mas entende-se excluida a communhão dos adquiridos, logoque não seja estipulada expressamente.

Estipulada esta communhão regula-se pelas regras da communhão restricta aos adquiridos.

No codigo pois estão prescriptas as regras que regem cada um dos quatros typos de regimen matrimonial. Quando os esposos acceitam puramente um d'aquelles typos, seguem-se as disposições respectivas consignadas no codigo; quando se misturam dois ou mais typos, cada parte se regula pelos preceitos que lhe são respectivos; quando se estipulam clausulas imprevistas no codigo, mas não contrarias a direito, são ellas a sua lei reguladora.

Só quando os esposos nada estipulam, ou estipulam nulla ou insufficientemente, ou com tal obscuridade, que seja impossivel perceber o regimen que ajustaram, é que a lei suppre pelas regras da communhão geral a falta de contrato, ou a nullidade, incerteza ou insufficiencia do contrato feito.

Vê-se pois que a natureza dotal dos bens não se presume, que é necessario constar de documento authentico, e que a incommunicabilidade de bens, estatuida nas escripturas de casamento, não é sufficiente para constituir o regimen dotal.

O mesmo era por direito antigo, segundo se lê no accordão do supremo tribunal de justiça de 9 de dezembro de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º [illegible] de 26 do mesmo mez e anno, sobre uma acção intentada em 1861, o qual diz assim:

« Considerando porém que, segundo o costume do reino, e na fórma da ordenação, livro IV, titulo XLVI, *pr.*, todos os casamentos são e se consideram feitos por carta de ametade, *salvo quando entre as partes outra cousa for accordada e contratada;*

« Considerando que os casamentos por dote, e sem communicação de bens, como *excepção á regra geral* estabelecida na citada ordenação, não se presumem, sem que sejam expressamente estipulados, *porque então*, diz aquella ordenação, *se guardará o que... for contratado;*

« Considerando por isso, e pelo disposto na ordenação, livro IV, titulo LXV, *pr.*, e titulo XCVI, *pr.* e § 24.º, que em caso de duvida se presume o matrimonio contrahido conforme o costume do reino;

« Considerando que na escriptura antenupcial e dotal de fl. não se estipulou expressamente a incommunicabilidade de bens entre os conjuges, para o caso de haver filhos do seu matrimonio, e apenas se declarou que no caso contrario voltariam os bens dotados, por morte de cada um, á linha d'onde provieram, importando assim esta declaração o mesmo que a estipulação da communicação de bens quando houvesse filhos, como na hypothese dos autos houve, e o mostra a legitimidade das partes litigantes;

« Considerando que bens dotaes não são o mesmo que bens incommunicaveis;

« Considerando que, quando fossem incommunicaveis (que não são) os bens, em tempo dotaes, da conjuge viva, incommunicaveis deviam ser os do conjuge fallecido e inventariado, e conseguintemente não podia a viuva ter meação ou direito algum sobre os bens do marido para não haver contradicção no julgado;

« Considerando que a legislação apontada vigorava ao tempo da escriptura dotal do casamento, do inventario e da installação da acção, e é o direito regulador sobre a especie sujeita », etc.

Pela legislação do codigo pois são quatro os differentes typos de regimen matrimonial, que podem revestir muitas e variadas fórmas, podendo o regimen ser até um mixto de todos ou de alguns.

Por direito antigo, segundo se mostra da ordenação, livro IV, titulos XLVI e XLVII, tres eram as fórmas do regimen matrimonial — casamento segundo o costume do reino, — casamento por contrato, e casamento por dote e arrhas. Este systema era muito mais simples e mais natural.

Desde que se deu aos esposos inteira liberdade de contratar, artigo 1096.º, como já lhes dava a ordenação do reino, livro IV, titulo XLVI, não podem explicar-se senão pelo luxo de legislar as variadas providencias e distincções que o codigo estabelece sobre o regimen matrimonial dos bens.

Art. 1103.º Ter-se-ha por não escripta qualquer convenção, que altere a ordem legal da successão dos herdeiros legitimarios, ou os direitos e obrigações paternaes e conjugaes, consagrados por lei.

(Vid. artigo 1096.º)

Art. 1104.º A mulher não póde privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal; mas

póde reservar para si o direito de receber, a titulo de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor d'ella livremente, comtantoque não exceda a terça dos ditos rendimentos liquidos.

(Vid. artigos 1117.º, 1189.º e 1194.º) Em nenhuma das quatro fórmas de regimen matrimonial dos bens, de que acima fallámos, póde estipular-se que a mulher fique na administração de todos ou de parte dos bens do casal.

Só o marido, *vir et caput mulieris*, os póde administrar.

Por isso, comquanto o dominio e a posse dos bens proprios pertença ao conjuge, cujos são os bens, e o dominio e posse dos bens communs pertença a ambos os conjuges, a administração de todos pertence ao marido, artigos 1117.º e 1189.º

Assim, é o marido a pessoa legitima para demandar os devedores de rendimentos dos bens dotaes, e para exigir o reembolso dos respectivos capitaes. É o marido o senhor dos rendimentos de todos os bens do casal para sustentar os encargos do matrimonio; e, conseguintemente, é elle o unico competente para administrar os bens, cujos rendimentos lhe pertencem.

Introduziu-se esta doutrina no artigo 1240.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este artigo, como meio necessario para sustentar a ordem e a disciplina no seio da familia.

Pareceu que a posição da mulher, que administra seus bens e dispõe das suas rendas, mal se compadece com a obediencia, que ella deve ao marido.

Por isso a administração dos bens em todo e qualquer regimen é do marido, mas póde a mulher estipular o direito de receber, para dispor á sua vontade, até á terça parte dos rendimentos dos bens proprios, artigo 1128.º, direito que póde estipular em qualquer dos quatro regimens de administração conjugal. É até muito frequente esta estipulação entre pessoas de elevada condição, designando-se como alfinetes a importancia dos rendimentos a receber. A doutrina d'este artigo é uma alteração profunda, senão nos nossos habitos, pelo menos no direito constituido antes do codigo, doutrina contraria á legislação franceza, e derivada unicamente do systema do projecto de codigo civil hespanhol.

Sempre nos pareceu anti-liberal a doutrina da prohibição consignada n'este artigo, e como tal a combatemos nas côrtes. Nada mais natural do que a convenção, em virtude da qual a mulher, em vez de receber do marido os seus alfinetes ou mezadas, administrasse ella mesma os bens d'onde proviessem esses rendimentos, para não ficar n'esta parte dependente do marido. A prohibição á mulher de não poder privar por contrato antenupcial o marido, nem da administração dos seus bens proprios, recorda-nos a jurisprudencia dos tempos em que a mulher era considerada serva do marido.

É preciso não perder de vista o principio de que o marido e a mulher são iguaes nos direitos do matrimonio, e de que se ao marido se dá o direito e o titulo de chefe da familia, é porque não ha sociedade que bem possa governar-se com muitos chefes. Mas este principio não ficava prejudicado com a permissão dada á mulher de privar o marido, por contrato antenupcial, da administração de parte dos bens do casal; antes esta prohibição dá logar á incoherencia de que a mulher, que no systema de separação dos bens póde alienar os bens mobiliarios, artigo 1128.º, que é mais, não póde todavia administra-los, que é menos!

No entretanto, para ficar completamente livre de quaesquer obstaculos por parte do marido, póde ella receber essas rendas directamente de quem seja obrigado a paga-las, sem as haver por intermedio do marido. Assim póde a mulher estipular o receber juros de certas inscripções da junta do credito publico, mediante *recibo seu*.

É o que se infere do artigo 1240.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este, que é redigido nos seguintes termos:

«*Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa ó indirectamente al marido de la administracion de los bienes del matrimonio.*

«*Sin embargo, podrá estipularse en favor de la muger la facultad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo, una parte de la rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres.*»

A disposição do artigo porém não obsta a que sejam doados ou deixados á mulher bens com exclusão da administração do marido, *a simili* do que se acha disposto nos artigos 146.º n.º 1.º, 147.º n.º 3.º, e 1109.º n.º 2.º

Esta condição, ou seja imposta n'uma doação entre vivos, ou em disposição de ultima vontade, não offende os bons costumes, nem principio algum de ordem publica.

Bem póde pois ser commettida a administração dos bens pelo doador ou pelo testador, á propria mulher ou a terceiro.

Ella é que não póde privar o marido por contrato ou acto *seu* da administração dos bens do casal.

Para não ser sophismado este principio, prohibe o codigo que o marido dê á mulher auctorisação geral para praticar todos os actos, que carecem da sua outorga, devendo auctorisar elle especialmente cada um, artigo 1194.º Exceptua este artigo apenas o caso de ser a mulher auctorisada para commerciar, porque então é sufficiente uma auctorisação geral, pela impossibilidade em que estaria o marido de apreciar e approvar acto por acto, sem com isso prejudicar o trafico mercantil da mulher.

A auctorisação dada á mulher para commerciar envolve a faculdade, não de alienar, mas de hypothecar os bens immobiliarios, proprios, para negocios do seu trato, e de propor as competentes acções no fôro mercantil. O projecto primitivo do sr. Seabra, no artigo 1241.º, correspondente a este, ainda exigia que a mulher se munisse de auctorisação especial do marido para propor acções em juizo por litigio procedente do seu commercio. A commissão revisora porém com rasão acabou com esta restricção.

Desde que a mulher foi julgada apta para se envolver em operações mercantis, e até para hypothecar bens em segurança d'estas operações, não podia negar-se-lhe a faculdade de por si apreciar a conveniencia de propor acções em juizo por motivo do seu trafico.

Por direito anterior tambem o marido era o administrador dos bens do casal, ainda mesmo que ao matrimonio se seguisse a separação de facto, e não houvesse copula, porque a copula só se exigia para serem *meeiros* os conjuges, e não para ser administrador dos bens do casal o marido. Podia todavia estipular-se o contrario por força do disposto na ordenação, livro IV, titulo XLVI, *pr.*

Tambem por direito antigo era o marido senhor dos rendimentos dos bens dotaes para sustentar os encargos do matrimonio; mas lei nenhuma obstava a que a mulher por convenção antenupcial podesse priva-lo d'esses rendimentos, satisfazendo ella as despezas da sociedade matrimonial.

A mulher, comquanto em caso nenhum possa privar o marido da administração dos bens do casal, aindaque sejam proprios d'ella, póde todavia no regimen dotal estipular que os rendimentos dos bens extradotaes não sejam communs, artigo 1153.º, e que fiquem assim considerados proprios d'ella.

Mas do facto de poder estipular que esses rendimentos sejam considerados como proprios, não se infira que ella póde *dispor* d'elles, se excederem a terça parte dos rendimentos de *seus* bens. O preceito do artigo 1153.º está subordinado ao disposto no artigo 1104.º

Essa terça parte dos rendimentos, qualquer que seja a fórma do regimen matrimonial, computa-se unica e exclusivamente com relação aos bens *seus*, isto é, aos bens proprios d'ella.

Se houver só bens proprios do marido, ou bens *communs* do casal, não tem a mulher direito a dispor de porção alguma de rendimentos.

No regimen dotal a mulher, assim como póde privar, por convenção, o marido do usufructo dos bens extradotaes, póde-o privar igualmente do usufructo dos bens dotaes, assim como o póde privar do usufructo dos bens proprios no casamento com separação de bens, e com simples communhão dos adquiridos, porque o regimen dotal importa sempre o casamento com separação de bens; é da natureza do casamento por dote o excluir o regimen da communhão.

O que deve ficar bem entendido é que a estipulação da incommunicabilidade dos rendimentos nao importa para a mulher a faculdade de dispor, em caso algum, de mais da terça parte dos rendimentos dos seus bens proprios.

Art. 1105.º As convenções ante-nupciaes não podem ser revogadas, nem alteradas por nova convenção, depois da celebração do casamento.

(Vid. artigo 1096.º)

Art. 1106.º As convenções ante-nupciaes, estipuladas em paiz estrangeiro, entre subditos portuguezes, regulam-se pelas disposições da presente secção; podendo, todavia, as ditas convenções ser redigidas ou pela fórma authentica, estabelecida n'esse paiz, ou perante os agentes consulares do governo portuguez que ahi existirem.

Art. 1107.º Se o casamento for contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, e nada declararem nem estipularem os contrahentes relativamente a seus bens, entender-se-ha, que casaram conforme o direito commum do paiz do conjuge varão, sem prejuizo do que se acha disposto n'este codigo relativamente aos bens immoveis.

(Vid. nota ao artigo 24.º)

SUB-SECÇÃO II

DO CASAMENTO, SEGUNDO O COSTUME DO REINO

Art. 1108.º O casamento, segundo o costume do reino, consiste na communhão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei.

(Vid. nota ao artigo 1099.º)

Art. 1109.º São exceptuados da communhão:

1.º Os prazos de livre nomeação, emquanto não tomarem a natureza de phateosins hereditarios, como se dirá no titulo respectivo;

2.º Os bens doados ou legados com a condição de incommunicabilidade, ou os subrogados em logar d'elles;

3.º Os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte do filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido;

4.º As duas terças partes dos bens que possuir o conjuge, que passar a segundas nupcias, ou dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior matrimonio, filhos ou outros descendentes;

5.º Os vestidos e roupas do uso pessoal dos esposos, e as joias esponsalicias dadas pelo esposo antes do casamento.

§ unico. A incommunicabilidade dos bens, mencionados n'este artigo, não abrange os fructos e rendimentos dos ditos bens, o valor das bemfeitorias, nem o preço de prazo comprado na constancia do matrimonio.

(Vid. artigos 1183.º, 1235.º a 1238.º, 1697.º a 1700.º, 1993.º e 2001.º Ha bens que pela sua natureza (n.ºs 1.º e 5.º), ou pelas condições da sua acquisição, n.º 2.º, ou pelas circumstancias em que se effectua o casamento, n.ºs 3.º e 4.º, são excluidos da communhão, mesmo no casamento contrahido por costume do reino; excepções estas que confirmam a regra geral da communhão de bens n'esta fórma de matrimonio.

Não menciona o codigo, entre os bens excluidos da communhão por sua natureza, os bens vinculados, que aliás mencionava o projecto primitivo, porque na revisão do projecto se assentou em deixar para uma lei especial tudo quanto fosse relativo á materia de vinculação; e hoje, depois da lei de 19 de maio de 1863, que aboliu os vinculos, não haveria logar a regular similhante assumpto, salvas as hypotheses previstas na mesma lei, de algumas das quaes fallaremos logo.

1.º, etc. Os prazos de livre nomeação eram uma especie de morgados irregulares, que passavam precipuos ao successor, chamado ou por nomeação do emphyteuta, ou por vocação da lei, ao contrario do que succedia com os prazos phateosins, como teremos occasião de ver em a nota ao artigo 1653.º Acabou o codigo com os aforamentos de vidas, reduzindo todos os prazos a phateosins; mas estabeleceu ao mesmo tempo algumas providencias para facilitar a transição do velho para o novo systema, as quaes teem levantado grandes difficuldades, e sido objecto de porfiadas controversias na imprensa juridica.

Este numero declara que os prazos se não communicam emquanto não tomarem a natureza de phateosins hereditarios; o artigo 1697.º dispõe que elles tomarão essa natureza em poder dos emphyteutas que o forem ao tempo da promulgação do codigo, e os artigos 1699.º e 1700.º dispõem que, se ao tempo d'esta promulgação houver nomeações já feitas irrevogavelmente, mas com reserva de usufructo, ou nomeações revogaveis em instrumento authentico, que não forem revogadas, só se tornarão hereditarios os prazos em poder dos nomeados.

N'estes termos, se o senhor do prazo, que o tinha nomeado antes da promulgação do codigo civil, o nomear de novo na vigencia do codigo por ter caducado a primeira nomeação, tem a segunda nomeação os effeitos apenas de um legado, mas não conserva ao predio a natureza de prazo de vidas.

Se os prazos se achavam nomeados ou transferidos irrevogavelmente, *e por instrumento authentico, mas com reserva de usufructo*, só revestem a natureza de phateosins quando vierem ao poder dos nomeados.

A transmissão da propriedade separada do usufructo, dando ao nomeado a posse indispensavel ao exercicio do direito de propriedade, deixa tambem ao usufructuario a posse necessaria para o goso do seu usufructo. Póde dizer-se que o prazo está n'este caso em poder de ambos; mas como o verdadeiro proprietario é o nomeado, é em poder d'este que o codigo declara phateosins os prazos.

Para proceder esta provisão exige-se a transmissão irrevogavel com reserva de usufructo, porque se tal reserva não houvesse, é claro que os prazos ficavam logo phateosins em poder dos nomeados, em cuja posse completa se achavam já.

É porém indispensavel que a nomeação ou transferencia tenha sido feita por *instrumento authentico*, para evitar as transmissões dolosas e simuladas que poderiam fazer-se, ainda depois da promulgação do codigo.

O legislador levou tão longe o seu respeito pelos nossos costumes de seculos e pelos habitos inveterados de se respeitar, como instituição civil, os prazos de vidas, que deixou de pé as nomeações ainda revogaveis, feitas antes da promulgação do codigo, comtantoque não fossem revogadas, e se achassem feitas por instrumento authentico.

Para o unico e exclusivo fim de prolongar por mais uma vida ou geração a existencia dos prazos de vidas, ou antes para transigir com os preconceitos dos povos, reconheceu o codigo effeito á disposição testamentaria ainda antes da morte do testador, contra a regra geral de que as disposições de ultima vontade não produzem effeitos alguns juridicos antes da morte do seu auctor.

Esta excepção, que aliás reputâmos contraria aos principios, e sujeita a graves difficuldades praticas, mas que respeitâmos, por isso que é lei, tem dado occasião ás mais cerebrinas interpretações. Alguns doutores, suppondo que o meio mais proficuo e seguro de interpretar o codigo, não é ler o que lá está, mas suppor que elle reproduz o que se achava escripto na velha ordenação, ou o que os principios juridicos ensinam, combatem a existencia d'esta innovação, declarando que a nova disposição não existe no codigo, porque nem existia no velho direito, nem existe nos principios juridicos; quando os redactores do codigo estavam no seu plenissimo direito de ir de encontro, não só ás provisões da velha ordenação, mas mesmo ás indicações dos principios geraes de direito.

É por isso que têem feito todos os esforços para declararem excluidos os testamentos da significação das palavras «*instrumento authentico*» usadas no artigo 1699.º

Dizem que as palavras «*como dito é*» significam que a nomeação revogavel deve ser feita, não só em instrumento authentico, mas com reserva do usufructo, e que, como nos testamentos não póde ter logar a reserva de usufructo, as palavras «*instrumento authentico*» não comprehendem os testamentos.

Aquelles mesmos que se conformam a final com a doutrina de que tanto os testamentos cerrados, como os publicos, são instrumentos

authenticos, vistas as disposições dos artigos 2422.º e 2423.º, e ainda em presença do disposto nos artigos 978.º n.º 4.º, 1753.º § unico, e 1762.º, insistem todavia em que as palavras «*como dito é*» se referem ás duas circumstancias mencionadas no artigo 1698.º, de ser feita a nomeação por *instrumento authentico, e com reserva de usufructo.*

Este argumento porém é contra a grammatica e contra a logica.

É contra a grammatica, porque o legislador, acrescentando ás palavras «*como dito é*» est'outras «*por instrumento authentico*», evidentemente limitou a exigencia do artigo 1699.º com relação ao disposto no artigo 1698.º, só á condição do «*instrumento authentico*». É como se dissesse: se a nomeação feita por instrumento authentico, como dito é, etc.

Se o codigo, nas palavras «*como dito é*», quizesse, contra a força dos principios, contra a logica, e contra a grammatica, abranger as duas circumstancias de «*instrumento authentico*» e de «*reserva de usufructo*», não acrescentaria ás palavras «*como dito é*» as outras «*por instrumento authentico*».

O acrescentamento das palavras «*por instrumento authentico*» é uma limitação ou explicação das palavras «*como dito é*».

É contra a logica, e envolve absurdo, porque as idéas de nomeação revogavel e de reserva de usufructo não podem combinar-se. Na nomeação revogavel *reserva-se* tudo — usufructo e propriedade. É incompativel, ou pelo menos, sem rasão de ser, a reserva do usufructo em nomeação revogavel.

Nem a grammatica pois, nem a logica, permittem que as palavras «*como dito é*» se refiram tambem á circumstancia da reserva do usufructo, mencionada no artigo 1698.º

É portanto necessario affrontar a grammatica e a logica para não ver, de uma maneira lucida e superior a todas as controversias, comprehendidos os testamentos no artigo 1699.º Nós destruimos todos os argumentos das opiniões em contrario com duas simples perguntas, a que os adversarios da nossa interpretação não poderão de certo dar resposta:

1.ª Se o artigo 1699.º não se refere aos testamentos, quaes são os instrumentos authenticos *revogaveis* a que se refere?

2.ª E comprehendendo outros instrumentos authenticos revogaveis, que não os testamentos, quaes são esses actos revogaveis em que se dá a reserva do usufructo?

Pelo codigo civil, artigo 1457.º, as doações que tiverem de produzir effeito só depois da morte dos doadores têem a natureza de disposição de ultima vontade, e já pelo nosso direito velho as escripturas *mortis causa* tinham o mesmo caracter e quasi as mesmas solemnidades dos testamentos.

Referir-se-ha o artigo 1699.º, como alguns pretendem argumentando até com a ordenação, livro IV, titulo XXXVII, ás escripturas *inter vivos*, em que ha a liberdade de revogar até á morte? Mas todos os actos em que ha o direito de revogar, qualquer que seja o nome que se lhes dê, são por sua natureza revogaveis, e portanto *mortis causa.*

Não é o *nome*, mas o *conteúdo* do acto, que determina a sua natureza. Actos *inter vivos*, com o caracter de revogabilidade, não se comprehendem, porque são incompativeis com os principios e disposições de direito.

A causa por que não se abraça sem reluctancia a opinião que sustentâmos, é por não parecer possivel que o codigo sanccionasse, ainda assim em excepção, doutrina contraria aos principios geraes de direito. A nós parece-nos repugnante aos principios que se equiparem, aindaque para um caso excepcional, as nomeações irrevogaveis com reserva do usufructo ás nomeações revogaveis. Mas desde que a lei legitima e consagra essa *repugnancia*, acceitâmo-la no terreno legal, como verdadeira *consonancia.*

No sentido da nossa interpretação julgou a relação do Porto em accordão de 21 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 227.

Na pratica tem sido muito discutido se as palavras «*reserva de usufructo*», empregadas no artigo 1698.º, se referem unicamente ao nomeante, ou tambem a terceiro, a quem aquelle dê o usufructo. Não ha duvida de que os prazos de vidas, nomeados irrevogavelmente antes da promulgação do codigo, reservando o doador *para si* o usufructo, só em poder do nomeado se transformam em phateosins.

Supponhamos porém que o emphyteuta, nomeando a Pedro o prazo de vidas antes da promulgação do codigo, longe de reservar para si o usufructo, o doa a Paulo: tambem n'esta especie só em poder de Pedro se torna phateosim o prazo? Decidimo-nos sem hesitação pela affirmativa. O referido artigo 1698.º não limita a reserva do usufructo só ao nomeante; e a *reserva* póde dizer respeito a tambem *terceiro*, artigo 807.º § unico.

Igualmente se disse que o testamento só póde considerar-se instrumento authentico depois de aberta a herança, o que se verifica só pela morte do testador, artigo 2009.º, e que antes d'isso não é meio de prova.

N'este argumento porém ha manifesta confusão entre o testamento, acto juridico, e a abertura da herança, em que elle vem a produzir os seus effeitos. Do artigo 1739.º mostra-se que o testamento, como acto juridico, se conclue na occasião em que é feito, e não na occasião da abertura da herança. As solemnidades marcadas para os testamentos são todas estabelecidas para a epocha em que elle é feito, de modo que vale aindaque se encontre aberto no espolio do testador, ou de terceiro, artigo 1939.º, apesar de no artigo 1933.º se estabelecerem as solemnidades precisas para a abertura; e nos artigos 1753.º e 1762.º se respeitam os testamentos existentes ao tempo da promulgação do codigo, aindaque não tenham as solemnidades por elle marcadas, se tiverem as formalidades requeridas pela lei vigente ao tempo da sua feitura.

De todas estas disposições resulta que os testamentos são actos juridicos completos logoque estão lavrados com as solemnidades legaes, embora não produzam effeito senão depois da morte do testador.

O codigo, no artigo 1699.º, estabeleceu uma excepção ao principio geral consignado no artigo 1697.º Garantiu os actos consummados á sombra da legislação anterior. Se o acto consistia n'um documento irrevogavel, assegurou ao nomeado o direito ao prazo. Se consistia n'um documento revogavel, conservou ao nomeante o direito de manter a nomeação.

Para os effeitos juridicos tanto importa que a nomeação esteja n'um documento, que se chame doação *mortis causa*, como n'um testamento.

É a mesma possibilidade de revogação, a mesma dilação de acquisição para depois da morte do nomeante, e a mesma incerteza de direito, que só acaba na abertura da herança.

Finalmente ainda favorece a nossa opinião o principio de que em caso de duvida deve opinar-se pela validade do acto, *interpretatio in dubio semper tenenda est, quæ validitatem actus inducat*, como se exprime a lei VIII *Dig. de verb. signific.*

Tambem se tem dito que o artigo 1762.º, reconhecendo a validade dos testamentos, feitos antes da promulgação do codigo, quanto a *formulas* ou *solemnidades exteriores*, e não quanto á fórma interna, contraria a nossa opinião, porque um dos preceitos do codigo é que os prazos de vidas revestem a natureza de phateosins em poder dos emphyteutas, e por conseguinte que a nomeação de um prazo em testamento com data authentica anterior ao codigo é valida, mas que a natureza do prazo não póde deixar de ser phateosim.

Este argumento facilmente se destroe com a provisão do artigo 1699.º, que resalvou *especialmente* a natureza dos prazos já nomeados ao tempo da promulgação do codigo.

Mas vejamos agora o modo de cumprir o preceito do codigo com relação aos testamentos que n'esta parte têem de produzir alguns effeitos antes da morte do testador.

Supponhamos que um homem casado nomeou por testamento um prazo de vidas n'um filho antes da promulgação do codigo civil, e depois d'esta falleceu a mulher, e se procedeu a inventario. Hão de partir-se os prazos de vidas, ou guardar-se precipuos para o nomeado, se o testador apresentar o testamento? E poderá ser aberto o testamento n'esta occasião?

Se porventura não apparece o testamento, que só o testador, e mais ninguem, poderá apresentar, para ser aberto, é fóra de duvida que os prazos se par i.! n, como bens allodiaes, porque no momento da promulgação do codigo se tornaram communs, se outra cousa não foi estipulada em convenção antenupcial.

Mas se á morte do pae o filho podér apresentar o testamento, invalidar-se-ha a partilha para o effeito do nomeado poder ir buscar o prazo precipuo, visto o preceito expresso e positivo do artigo 1699.º?

O pae póde apresentar o testamento para ser aberto, e ser tomado em consideração na partilha. Verdade seja que a lei, artigo 1933.º, não admitte que se abra o testamento cerrado senão por morte do testador, ou em caso de presumpção de morte na especie do artigo 66.º

Mas como a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio, artigo 12.º, e no silencio da lei ha de recorrer-se aos casos analogos, artigo 16.º, devemos proceder n'esta hypothese como na especie do artigo 66.º

Nem o legislador feriu de nullidade os testamentos cerrados, que appareçam abertos. Pelo contrario até permittiu que o testador prescin.l. das formalidades de ser o testamento cosido e lacrado pelo tabel. .., como se vê dos artigos 1922.º § 2.º, 1939.º, 1940.º e 1942.º; d'onde se infere que não é da essencia do testamento cerrado o achar-se fechado no momento da morte do testador, e que, consentindo este, póde abrir-se.

Assim decidiu o juiz de direito de Armamar em despacho, publicado no *Jornal de jurisprudencia*, n.º 35, 4.º anno, nos seguintes termos:

« Attendendo a que, sendo a questão momentosa, nem por isso, e segundo a discussão publica ha já mostrado a melhor interpretação do artigo 1699.º do citado codigo, deixa conduzir á conclusão de que nas palavras « *instrumento authentico* », empregadas no mesmo artigo, se comprehendem os testamentos; vindo d'este modo e na especie dos autos os prazos a fl., e quando nomeados d'aquella fórma, a serem (com excepção das bemfeitorias) estranhos á presente partilha, tomando, na fórma do artigo 1698.º do dito codigo a natureza de phateosins hereditarios, quando vierem a poder dos nomeados.

« Attendendo finalmente a que do exposto, e quando os interessados não prescindam, será consequencia necessaria a *abertura* do referido testamento appenso, abertura que não é impugnada, e pelo contrario encontra apoio na doutrina do artigo 1922.º § 2.º do citado codigo», etc.

Tambem o codigo não previne a hypothese de haver testamento cerrado que tenha de ser aberto ao terminar a curadoria definitiva dos bens do ausente, por não ter sido aberto ao tempo da installação d'essa curadoria; e em a nota ao artigo 64.º sustentámos nós que esse testamento devia ser aberto n'aquella occasião, *a simili* do disposto no artigo 66.º, e com as mesmas formalidades.

Demais, se o testamento é valido, mesmo tendo sido encontrado aberto, sem formalidades algumas, artigo 1939.º, apesar de na abertura haver algum *viciamento*; e se a abertura do testamento e o facto de se achar feito em pedaços ainda assim não viciam o testamento, senão nos termos dos artigos 1940.º a 1943.º: por maioria de rasão deve julgar-se valido, quando é aberto, na conformidade do artigo 1933.º, e pela necessidade de tornar effectivas disposições legaes.

Mesmo os que se esforçam por demonstrar que os prazos de vidas não se communicam entre os conjuges, ainda que não estejam nomeados ao tempo da promulgação do codigo, e que julgam que elles se tornam allodiaes unicamente por morte do emphyteuta, tambem no intuito de evitarem os inconvenientes de se abrir o testamento antes da morte do testador, reconhecem a necessidade de se abrir o testamento, em vida do testador, em casos excepcionaes.

Figuram, por exemplo, a hypothese do emphyteuta ter feito a nomeação do prazo antes da promulgação do codigo, de ter casado depois sem contrato restrictivo da communhão legal, e de lhe ter fallecido a mulher; e dizem que n'este caso, para evitar o dar partilha aos herdeiros d'ella, é indispensavel exibir o testamento cerrado, feito anteriormente á promulgação do codigo.

Alguns quizeram evitar todas estas difficuldades, sustentando que o n.º 1.º do artigo 1109.º se referia unicamente aos casamentos posteriores ao codigo, e não aos anteriores, que eram factos consummados, e consummados portanto tambem os direitos d'elles resultantes.

É porém inadmissivel similhante explicação, porque as disposições da lei civil relativamente aos direitos e obrigações dos conjuges casados segundo o costume do reino são applicaveis, tanto aos casamentos anteriores, como aos posteriores á sua promulgação; aliás tambem haviamos de chegar á conclusão impossivel de que as disposições comprehendidas nos artigos 1109.º a 1124.º não são applicaveis aos casamentos segundo o costume do reino, celebrados antes da execução do codigo.

As leis respectivas á capacidade pessoal abrangem mesmo os factos anteriores á sua promulgação, comtantoque que d'ahi não resulte offensa de direitos adquiridos.

No entretanto, como a apresentação do testamento não inhibe o testador de revogar mais tarde a nomeação, se a partilha se fizer tendo em attenção o testamento, invalidar-se-ha depois tarde com a revogação do mesmo testamento.

Por isso deverão os juizes fazer partilha addicional dos bens do prazo, para no caso de ser revogada a nomeação não haver necessidade de alterar toda a partilha.

Já era pratica nos inventarios, quando se allegava que certos bens eram de vinculo, por exemplo, e o juiz remettia a decisão d'esta contenda para os meios ordinarios, o dividir igualmente por todos os coherdeiros os bens *pretendidos* de vinculo, paraque, julgando-se depois

procedente a acção de vinculação, não se alterasse totalmente a partilha, mas ficasse sem effeito só n'aquella parte.

Parece-nos que esta jurisprudencia deve fixar-se, como a melhor.

Se caducar a nomeação do prazo pela morte do nomeado antes da do nomeante, deve o direito dos coherdeiros retrotrahir-se até á epocha da morte do auctor da herança, indo cada um tomar conta da sua quota parte, como iria, se a nomeação ficasse sem effeito pela revogação do testamento?

O prazo, pela circumstancia de estar nomeado antes da promulgação do codigo, não revestia o caracter de phateosim emquanto não viesse ao poder do nomeado; mas dependia isto da condição *resolutiva*, — se não fosse revogado, porque revogado ficava logo allodial; mas allodial com relação á epocha da revogação, ou com relação á epocha da promulgação do codigo?

Cremos que com relação á epocha da promulgação do codigo; e por analogia applicâmos a mesma doutrina ao caso de caducidade pela morte do nomeado antes da morte do nomeante.

A opinião contraria, de que os effeitos da revogação do testamento cerrado não podem retrotrahir-se até á morte do conjuge fallecido, para o effeito de serem seus herdeiros contemplados com metade do valor do prazo, funda-se em que a revogação do testamento produz effeitos juridicos só desde que se effectuou, e que se o testamento foi revogado só depois da morte do conjuge, não podem os seus herdeiros pretender um direito que não chegou a adquirir aquelle a quem succederam, e que até ao momento da revogação estavam os prazos sujeitos á legislação anterior ao codigo, artigo 1700.º

Esta doutrina encontra a opinião dos que sustentam que a communicação dos prazos, não nomeados antes da promulgação do codigo, só tem logar por morte do conjuge, por cuja cabeça vieram ao casal, para o effeito de serem partilhados entre os seus herdeiros e o conjuge sobrevivo, ou herdeiros d'este. Entendem estes que, por exemplo, se Pedro era senhor de prazos de vida, não nomeados ao tempo da promulgação do codigo, e depois d'elle falleceu sua mulher Paula, não são considerados como bens allodiaes por morte d'esta para serem partilhados com os seus herdeiros, mas sim por morte de Pedro.

Dizem que o codigo, ordenando a allodialidade d'estes bens *em poder dos emphyteutas*, não marca a epocha em que a allodialidade ha de ter logar, e que por isso em respeito pelos direitos do emphyteuta os deve este conservar intactos até á sua morte.

Argumentam que, as palavras «*em poder dos emphyteutas*» significam a intenção do legislador de não dar direito sobre os prazos a outra pessoa que não seja o emphyteuta, que os tinha á data da promulgação do codigo; e que, se o legislador não quizesse excluir a idéa de communicação e partilha dos prazos em vida dos mesmos emphyteutas, teria empregado, em vez d'aquellas palavras, est'outras «*tomarão desde já* a natureza de phateosins hereditarios puros».

Argumentam ainda com o que se tem julgado a respeito dos bens desvinculados pela lei de 30 de julho de 1860, a qual diz no artigo 21.º: «Os bens desvinculados em virtude das disposições d'esta lei tomam a natureza de livres e allodiaes *em poder do administrador*, que até então os tinha como vinculados...»; e concluem que, se a linguagem do codigo é a mesma que se acha n'aquella carta de lei, a intelligencia e o julgamento não devem ser differentes.

Não desconhecem que o n.º 1.º do artigo 1109.º vem modificar o disposto no artigo 1697.º, mas acrescentam que aquelle artigo se refere a este, e por este deve ser entendido.

Dizem finalmente que o artigo 1662.º no § 1.º manda repartir o valor do prazo entre os *herdeiros*, e que o conjuge não é herdeiro senão no caso especial regulado no artigo 2003.º, e que n'esse mesmo caso é herdeiro *unico*, sem ter que dar partilha a outrem.

Argumentam ainda que, comquanto nos termos do artigo 2.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força legal ao codigo, tivessem os emphyteutas, que não queriam communicados os prazos, seis mezes para os nomearem ou transferirem, e todos tivessem usado d'esse direito, podiam dar-se circumstancias que frustrassem irremediavelmente os seus desejos, prevalecendo a opinião de que esses bens se tornam allodiaes logo em vida do emphyteuta, e não unicamente á sua morte; indicam, como exemplos, os seguintes casos:

1.º Se o emphyteuta casou sem contrato antenupcial á sombra da lei que tornava incommunicaveis os prazos de vidas, cáe depois em demencia, antes de ter feito a nomeação dos prazos, e n'esse estado se achava ao tempo da publicação e da promulgação do codigo, torna-se-lhe assim impossivel prevalecer-se e usar da faculdade que lhe concedia a nova lei;

2.º Se o emphyteuta nomeou irrevogavelmente, mas com reserva de usufructo, os prazos em individuo já casado, ou que depois casou, na intenção de que a mulher não partilhasse n'elles, e não acautelou isto na occasião da doação, que fazia á sombra da lei, que declarava incommunicaveis os prazos de vidas, vê contrariada sem remedio a sua vontade e os seus desejos;

3.º Se o emphyteuta, para evitar que o conjuge tivesse meação nos prazos, trata de os nomear em testamento, logoque se publicou a lei de 1 de julho de 1867, e depois, já na vigencia do codigo civil, morre o nomeado antes do nomeante, caducando assim a nomeação, não tem elle meio algum de impedir a communicação do conjuge n'estes valores.

Podem realmente dar-se estas e muitas outras hypotheses analogas, que na transição de um para outro systema de legislação nem sempre a intelligencia, ainda a mais previdente, póde evitar. Porém todas estas considerações, que poderiam ter muito valor tratando-se *de jure constituendo*, não são argumento decisivo contra as disposições claras e preceptivas da lei, que determinou o contrario, sem se importar com aquelles inconvenientes.

Esta doutrina porém é contraria ás disposições do codigo, devidamente combinados os artigos 1109.º n.º 1.º e 1697.º Se os prazos de vidas se communicam logoque tomam a natureza de *phateosins hereditarios*, artigo 1109.º n.º 1.º, e se os prazos de vidas tomam esta natureza em poder dos emphyteutas que o forem ao tempo da promulgação do codigo, artigo 1697.º, é claro que os prazos de vidas se communicaram em poder dos emphyteutas no momento da promulgação do codigo.

Os prazos de vidas *communicam-se*, isto é, ficam pertencendo ao casal como *bens communs*; esta communicação não se verifica senão entre marido e mulher.

Mais adiante mostraremos tambem que os bens vinculados, que não foram registados no praso legal, se communicaram entre marido e mulher no momento em que o referido praso expirou. *Em poder* dos emphyteutas é em vida d'elles, e não por morte. Verificado este acontecimento, todo o poder sobre os bens acabou, pela regra: *Mors omnia solvit*.

Alguns mesmo dos que sustentam, que os bens desvinculados por força do disposto na lei de 30 de julho de 1860 são incommunicaveis

entre os conjuges, qualquer que seja o contrato antenupcial, entendem que se communicam os bens de prazo, tornados phateosins, se a isso não obstam as clausulas antenupciaes, porque não encontram na referida lei uma disposição analoga á do n.º 1.º do artigo 1109.º, que modifique o disposto no seu artigo 21.º, como o n.º 1.º do artigo 1109.º modifica o disposto no artigo 1697.º, e porque entendem que as rasões philosophico-juridicas, que determinam a incommunicabilidade dos bens desvinculados não são applicaveis aos prazos de vidas, convertidos em phateosins hereditarios puros.

O argumento deduzido do § 1.º do artigo 1662.º tambem não colhe. As partilhas fazem-se entre os herdeiros, e o conjuge tem apenas a *meação*, ou bens proprios, tudo em conformidade com o regimen matrimonial. Para se ver que aquelle argumento é de todo improcedente basta attender a que o artigo 1662.º se refere tanto aos prazos de vidas como aos hereditarios, e a que nunca ninguem duvidou de que os prazos phateosins são communicaveis entre os conjuges no valor ou na estimação.

No sentido da nossa opinião julgou a relação de Lisboa em accordão de 4 de outubro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 4, 4.º anno.

O supremo tribunal de justiça, em accordão de 14 de outubro de 1871, proferido no processo de revista n.º 13:262, negou, por cinco votos conformes, a revista interposta contra o accordão da relação do Porto de 29 de março de 1870, que havia decidido, que tendo marido e mulher sido nomeados primeira e segunda vida n'um prazo antes da promulgação do codigo civil, e tendo o marido fallecido em outubro de 1868, a mulher levantava precipuo o prazo.

Esta decisão porém não resolve a questão sujeita.

Supponhamos agora (hypothese que já foi discutida na imprensa juridica) que o individuo casado ao tempo da promulgação do codigo, e senhor de um prazo de vidas, que não nomeára antes d'esta epocha, e a quem a mulher falleceu posteriormente, não dá parte ao escrivão de fazenda dentro de trinta dias, contados desde o fallecimento da mulher, nos termos do artigo 17.º do regulamento de 30 de junho de 1870, por não haver mais bens no casal, e por elle julgar que não tem a pagar contribuição de registo por ametade do prazo, como herdeiro da mulher, persuadido de que elle lhe pertence todo: incorre por esse facto na multa comminada no § unico do mesmo artigo?

Nos termos do § 5.º do artigo 96.º do mesmo regulamento, o contribuinte póde recorrer para a junta dos repartidores da decisão do escrivão de fazenda que desattender a reclamação do que nega a obrigação do pagamento da contribuição de registo, e da decisão da junta dos repartidores ha ainda recurso, sem effeito suspensivo, para o supremo tribunal administrativo. Ora desde que o contribuinte tenta estes recursos, emquanto elles não estiverem decididos definitivamente, não póde impor-se-lhe a multa comminada no regulamento pela falta de declaração.

Se porventura o poder judicial declarasse communicavel ou incommunicavel o prazo, o poder administrativo havia de conformar-se com esta decisão, como é de rasão, e se deduz do artigo 119.º do referido regulamento. Mas sem a decisão do poder administrativo ou do poder judicial, havendo reclamação pendente, não póde impor-se a multa ao contribuinte.

O ministerio publico não póde requerer inventario para este effeito, salvo havendo coherdeiros, como bem se infere dos artigos 17.º e 18.º do citado regulamento, nas palavras «*cujos interessados* forem *todos maiores*».

É necessario ainda completar o n.º 1.º do artigo 1109.º pela disposição do artigo 1697.º Aquelle numero declara communicaveis, quando tomarem a natureza de phateosins, os prazos de *livre nomeação*, parecendo não incluir os de nomeação *restricta* ou de *pacto e providencia*, que o artigo 1697.º claramente distingue e comprehende. Porém a este respeito não se têem levantado duvidas; todos estão de accordo em que o n.º 1.º do artigo 1109.º se refere a todos os prazos de vidas, quer de livre nomeação, quer de nomeação restricta.

Tambem o n.º 1.º do artigo 1109.º falla de prazos *phateosins hereditarios*, e o artigo 1697.º de prazos phateosins hereditarios *puros*, sem que esta differença de linguagem influa no pensamento, comquanto o legislador devesse ser mais cauteloso no emprego dos termos juridicos.

Os prazos nomeados ao tempo da promulgação do codigo, emquanto não vem ao poder dos nomeados, conservam por isso a natureza de prazos de vidas, e são regulados pela legislação anterior ao codigo, artigo 1700.º

Portanto podem ainda hoje verificar-se hypotheses, que tenham de ser regidas pela lei antiga, porque havendo nomeação feita conservam a natureza de prazos de vidas até passarem á effectiva posse dos nomeados; e, independentemente d'essa circumstancia, tendo sido comprados na constancia do matrimonio, communica-se o preço, que saiu da massa commum, pertencendo ametade d'elle ao conjuge, que não communica no prazo.

Tambem já se tem dito que o artigo 1700.º se refere unicamente ao artigo 1698.º, interpretação que póde seguir-se, lendo-se isoladamente o artigo 1700.º, mas que se abandona logoque se leiam os tres artigos com alguma attenção.

O artigo 1699.º garante expressamente ás nomeações, de que trata, o *mesmo effeito* que ás irrevogaveis garante o artigo 1698.º

E como poderia o codigo, garantindo a antiga natureza dos prazos nomeados ou transferidos revogavelmente, nos termos do artigo 1699.º, applicar-lhes, antes da revogação pelo nomeante ou transferente, as novas disposições que extinguem e transformam essa natureza?

A redacção do projecto do sr. Seabra, no artigo 1833.º, correspondente ao artigo 1700.º do codigo, era melhor, por isso estava concebida nos seguintes termos: «Os prazos de vidas, convertidos em phateosins, ficarão sujeitos ás disposições relativas a esta especie de prazos; no entretanto serão regidos pela legislação existente».

É para notar que esta redacção foi sempre conservada nas diversas alterações por que passou o projecto na commissão revisora, e apenas na ultima revisão, nos trabalhos propriamente de redacção, é que foi alterada, nos termos em que hoje se encontra no codigo civil.

O projecto primitivo, no artigo 1832.º, em seguida ao artigo correspondente ao artigo 1699.º do codigo, continha a seguinte doutrina: «Os senhorios serão obrigados a fazer a renovação do contrato nos termos sobreditos, mas terão direito a exigir o augmento do fôro, que parecer justo, em compensação da conversão do prazo. § 1.º Este augmento poderá ser estipulado amigavelmente pelos interessados, e se não se podérem accordar, será fixado por arbitros, nomeados a aprazimento das partes. § 2.º Este augmento não terá logar nos prazos do estado, e de quaesquer outros estabelecimentos publicos».

No projecto primitivo pois, como transacção com os senhorios, consignava-se ainda a idéa de estes fazerem a renovação dos prazos de vidas em phateosins, e de poderem exigir augmento de fôro.

A commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou esta segunda concessão, conservando porém a obrigação de renovar com a despeza da renovação a cargo do emphyteuta, como tudo se mostra do artigo 1740.º do projecto de 1863. Mas este mesmo preceito da renovação foi logo eliminado, e já não apparece no projecto de 1864.

Os prazos de vidas ficam convertidos em phatcosins só pela força da lei, independentemente de renovação, ou de qualquer intervenção do senhorio.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 146.º n.º 1.º) Podem ser doados ou legados ao homem ou á mulher casada, segundo o costume do reino, bens com a condição de ficarem excluidos da communhão.

Esta clausula, como não ataca os direitos conjugaes ou paternaes, nem offende principio algum de ordem publica, é admittida; e abrange não só os bens propriamente legados ou doados, mas tambem os que os substituirem em qualquer fórma de subrogação. A expressão «*legados*», empregada n'este numero, deve reputar-se, n'este caso, synonyma de «*deixados*», para abranger tanto o legado, como a herança por identidade de rasão, vistoque onde ha a mesma rasão deve presumir-se a mesma disposição.

3.º, etc. (Vid. artigos 1236.º e 1993.º) Os legisladores trataram sempre com desfavor as segundas nupcias, sendo mais rigorosos para com a mulher, do que para com o marido, em attenção á posição especial d'ella, mas não deixando de estender ao marido as medidas de desapprovação.

Relativamente aos binubos, ha duas ordens de disposições no codigo, uma que respeita aos interesses da filiação, e que tende a obviar á incerteza da prole, outra que procura obstar á leviandade ou imprudencia com que os binubos com filhos de leito anterior não duvidam arriscar e comprometter os interesses d'estes filhos, indo entrar em nova associação familiar, e crear novas relações juridicas.

Para obviar á incerteza da prole decretou o legislador todas as providencias contidas nos artigos 1233.º e 1234.º, que já examinámos conjunctamente com o artigo 101.º

Já n'esse logar condemnámos, como indecente, o exame feito á mulher viuva, que pretende contrahir segundas nupcias dentro dos trezentos dias depois da morte do marido; e não seria mesmo bastante este exame, porque, sendo recente, a prenhez difficilmente poderia ser affirmada pelos peritos; e, existindo a gravidez, e não a achando os peritos, se a viuva casasse, e lhe nascesse um filho, decorridos cento e oitenta dias depois de casada, mas sem terem passado trezentos depois da morte do primeiro marido, teriamos uma paternidade dupla, com damno do filho ou dos paes, e com perturbação nas relações de familia.

O codigo dispensa á viuva o tempo marcado no artigo 1233.º, quando o parto, ou a gravidez manifesta, antes de decorrido aquelle periodo, tornam certa a paternidade do posthumo, que deve pertencer ao marido anterior, verificando-se o facto por exame de peritos.

É porém indecoroso que a mulher case segunda vez emquanto traz no ventre o fructo das relações com outro marido, ou logo em seguida ao facto de dar á luz o filho do homem com quem primeiro cohabitou.

As leis pois não prohibem absolutamente as segundas nupcias, porque, dissolvido o matrimonio, adquirem os conjuges a liberdade que d'antes tinham, e mal poderia a lei conservar ligados os que a morte desligára.

Mas estabelece penalidade civil para a viuva, que casa sem que pelo lapso do tempo, ou pelo cumprimento das condições prescriptas

no artigo 1233.º, haja a certeza da paternidade dos filhos nascidos depois da dissolução do primeiro matrimonio; e essa penalidade está marcada na primeira parte do artigo 1234.º

A referida penalidade porém só terá logar se o predefunto marido deixou herdeiros legitimos, porque se não deixou herdeiros legitimos, ainda que os deixasse testamentarios, não soffre a binuba aquella pena, e continua a gosar das vantagens recebidas por parte do primeiro marido.

A viuva casando segunda vez, ainda dentro das condições prescriptas no artigo 1233.º, soffre a rigorosa penalidade estatuida no artigo 1234.º

O homem, que casa com mulher viuva sem ella ter satisfeito as condições prescriptas no citado artigo 1233.º, sujeita-se á penalidade marcada na segunda parte do artigo 1234.º

Vejamos agora as disposições communs aos binubos, tanto ao varão como á mulher.

O n.º 3.º do artigo carece de ser combinado com o artigo 1236.º para ser devidamente emendido, e para se resolverem varias questões que o assumpto suscita. O codigo exclue da communicação os bens que o pae binubo houve de filho de outro matrimonio, se o filho fallecido deixou irmãos germanos, vistoque a esses deve pertencer a propriedade dos bens, que o fallecido houve do pae predefucto, sem parilha com os irmãos de matrimonio differente.

Mas a disposição generica do n.º 3.º do artigo deve ser combinada com o disposto no artigo 1236.º, em virtude do qual os irmãos germanos do fallecido não têem direito a *todos* os bens d'este, incluindo os *adquiridos* por elle, mas só aos que elle houve do pae ou mãe fallecido, não podendo comprehender-se nos bens havidos do pae ou mãe fallecido, nem sequer os havidos por parte d'este, ainda que provenientes dos seus ascendentes, como aliás dispunha a ordenação, livro IV, titulo XCI, § 2.º

O pensamento da ordenação, reproduzido com ligeiras modificações no artigo 1236.º, era entregar os bens do pae predefunto só aos *seus filhos*, e não aos que o pae superstite tivesse de outro matrimonio, podendo aliás os bens adquiridos pelo filho, que lhe não proviessem do pae defunto, ou por parte d'este, transmittir-se ao pae superstite, e aos filhos d'este de outro leito.

Esta providencia da nossa legislação civil tem a sua origem no direito romano e no antigo direito portuguez; mas é reconhecida no codigo com profundas modificações. No direito romano o assento d'esta materia era a novella 2.ª, capitulo IV, e a novella 22.ª, capitulo XLVI, e na ordenação era o livro IV, titulo XCI.

A ordenação, ainda que não empregava, como o codigo, as palavras «*irmãos germanos*», todavia só a estes se referia, como se mostra das palavras «*Se ella do primeiro marido tiver outro filho ou filhos, irmãos do filho defunto*».

São todavia importantes as differenças entre o direito da ordenação e o do codigo sobre este assumpto. Em primeiro logar a providencia da ordenação era na sua letra restricta aos filhos do primeiro matrimonio, comquanto por analogia se applicasse tambem aos filhos de matrimonios posteriores; emquanto que a legislação do codigo abrange expressamente os filhos de qualquer dos matrimonios.

A segunda differença consistia em que a providencia da ordenação era *expressamente* restricta ao caso de o pae binubo ter succedido *ab intestato* ao filho predefunto, ao passo que no codigo não ha vestigios de similhante restricção, comquanto ella se deduza da natureza das suas disposições, e dos principios geraes de direito.

A terceira differença estava em que as providencias da ordenação estendiam-se igualmente aos bens, que o filho morto houvesse herdado dos avós, emquanto que o codigo só abrange os bens que esse filho houvesse herdado directamente do pae fallecido.

A quarta differença, e a mais importante, consistia em que as restricções da ordenação ao direito de succeder do pae binubo não tinham logar se ao tempo do fallecimento d'este não ficavam irmãos germanos do filho predefunto, ainda que ficassem filhos d'elles, porque só para aquelles o pae era obrigado a *reservar* esses bens; quando pelo codigo, se existe irmão germano do filho fallecido ao tempo do fallecimento d'este, adquire logo o direito á propriedade da herança do irmão; propriedade, que transmitte a seus herdeiros, ainda que falleça em vida do pae binubo.

Nos termos do projecto primitivo do sr. Seabra, artigo 1286.º, correspondente ao artigo 1236.º do codigo, o pae binubo tinha só o usufructo dos bens herdados de filho de *anterior* matrimonio, que deixasse irmãos germanos, qualquer que fosse a proveniencia dos bens, isto é, ou o filho fallecido os tivesse havido do pae predefunto ou por parte d'elle, ou de outro qualquer modo, estando assim aquelle artigo 1286.º de perfeita harmonia com o n.º 3.º do artigo 1152.º do mesmo projecto, correspondente ao n.º 3.º do artigo 1109.º do codigo.

Assim se conservou nas differentes edições revistas pela commissão a doutrina do artigo 1286.º do referido projecto, até que na edição de 1864, no artigo 1226.º, appareceu a doutrina que hoje se lê no artigo 1236.º, comquanto envolvida n'alguma obscuridade. No entretanto conciliam-se as disposições dos dois artigos nos seguintes termos: Quanto aos bens havidos de filho de leito anterior, que deixou irmãos germanos, o pae binubo succede no usufructo dos que esse filho fallecido houve directamente do pae predefunto, e no dominio pleno dos que elle houve de qualquer outro modo; mas com o seu conjuge não communica nenhuns d'estes bens, nem os havidos em usufructo, nem os havidos em propriedade perfeita. Assim, os bens que o pae binubo houve do filho do leito anterior, que deixou irmãos germanos, em caso nenhum vão engrossar a fortuna do conjuge com quem elle casou segunda vez, ainda que alguns d'esses bens hajam de ser partilhados com os filhos de outro leito.

O pae binubo herda em usufructo e propriedade todos os bens havidos do filho de leito anterior, que este não houvesse do pae predefunto, ainda que os houvesse dos irmãos ou de outros parentes, mas não os communica com o seu conjuge, nem lh'os póde doar alem da terça parte.

Portanto, ainda que devam ser incommunicaveis com o conjuge, por força do disposto no artigo 1109.º n.º 3.º, *todos* os bens que o pae binubo houver de filho de anterior matrimonio, que deixasse irmãos germanos ao tempo do seu fallecimento, é todavia certo que esta incommunicabilidade não prejudica o principio de que nos bens, que houve do pae predefunto o filho fallecido com irmãos germanos, tem o pae superstite só o usufructo, e de que em todos os outros tem o pae sobrevivo a propriedade, vista a expressa disposição do artigo 1236.º

Tambem o n.º 3.º do artigo 1109.º, dispondo que o pae binubo tem como proprios os bens herdados de filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos, não diz que elle os tem como proprios só emquanto existirem os irmãos germanos, poisque elle nem mesmo depois do fallecimento d'estes os communica com o outro conjuge, artigo 1235.º Em todo o caso o pae binubo só succede no usufructo dos bens havidos do pae predefuncto, em conformidade do disposto no artigo

1236.º, como vamos ver, e não na propriedade, comquanto resoluvel, como era pela ordenação.

É pouco consentaneo com o systema do codigo que o pae binubo não possa herdar a *propriedade* dos bens do filho fallecido, havidos do pae ou mãe predefuncto, e possa pelo contrario herda-la quando esses bens provém de outros ascendentes do filho, ou de outros parentes, ou mesmo de estranhos em contemplação para com o pae ou mãe predefuncto.

No entretanto é tão expressa a redacção do artigo 1236.º, que não podemos comprehender nos bens havidos de pae ou mãe os havidos por parte d'estes.

O distincto jurisconsulto, o sr. Bruschi, julgava mais acertado que o binubo ficasse privado da propriedade de todos os bens do filho fallecido, de leito anterior, sempre que este deixasse irmãos successiveis, não só para evitar o inconveniente de o pae binubo succeder na propriedade dos bens, que o filho fallecido tivesse havido de quaesquer parentes, que não fossem os ascendentes em primeiro grau, mas tambem para evitar que fossem preferidos os irmãos germanos do filho fallecido, nas veias dos quaes gira o sangue do binubo, aos irmãos consanguineos ou uterinos, em cujas veias gira só o sangue do outro conjuge morto.

Esta excepção ás regras da successão, que faz preferir os ascendentes aos collateraes, foi determinada *in odium* aos binubos; considerando-se n'esta hypothese, e para os effeitos da successão, os paes binubos menos parentes dos filhos que têem irmãos germanos do que estes entre si.

Tambem já se tem dito, com fundamento no artigo 149.º n.º 1.º do codigo, que o pae binubo perde o usufructo dos bens havidos de filho de anterior matrimonio, logoque os irmãos germanos d'este alcançam a maioridade ou a emancipação.

No entretanto o artigo 1236.º dá o usufructo ao pae binubo, *quer sejam maiores, quer menores,* os irmãos germanos do filho fallecido; e o artigo 149.º não se refere aos bens de que trata o artigo 1236.º, mas sim aos bens dos filhos menores, em que o pae tem o usufructo por considerações d'outra ordem.

Se porventura o filho fallecido não deixar irmãos germanos, mas filhos d'estes, já não tem logar a disposição que restringe os direitos de successão do pae binubo. N'esta parte seguiu o codigo a doutrina que já era expressa na citada ordenação, livro IV, titulo XCI, § 2.º N'este caso succede o pae binubo em todos os bens do filho fallecido, qualquer que fosse a proveniencia d'elles. As excepções não se ampliam. O legislador, que restringiu o direito de successão do pae binubo em *beneficio* dos irmãos germanos do fallecido, não quiz estender o beneficio a parentes mais remotos d'este.

Pela mesma rasão é só para o pae esta restricção. Se o avô for o herdeiro, ainda que tenha elle mesmo passado a segundas nupcias, não fica excluido da successão dos bens do neto, que lhe provieram da linha do pae predefunto. A pena de exclusão da successão é imposta só ao pae, porque se reputa o seu acto muito mais grave do que se fôra praticado pelo avô; e demais entra a regra: *Favorabilia ampliando, odiosa restringenda.*

A ordenação dizia no livro IV, titulo XCI, § 4.º *in fine*: «E não haverá logar a segunda disposição d'esta lei, nos avós ou nas avós, que segunda vez se casarem».

O codigo estabelece a mesma doutrina no artigo 1236.º, nas palavras «*se ao dito varão ou mulher*», referindo-se ao artigo 1235.º, que

diz: «o varão ou a mulher que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros *descendentes successiveis* de anterior matrimonio».

Portanto nos bens do neto succede o avô sem restricção alguma, ainda que elle deixe irmãos germanos. Mas na propriedade dos bens do filho de primeiro grau havidos do pae predefuncto não succede o pae superstite havendo irmãos germanos.

Se o filho fallecido deixar irmão germano e filhos de irmão germano já morto, concorrerão estes com o tio vivo á herança da *propriedade* dos bens do tio fallecido?

Assim era pela citada ordenação, livro IV, titulo XCI § 2.º; e assim deve ser pelo codigo civil, que no artigo 1982.º dá o direito de representação na linha collateral aos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão d'este.

A ordenação, livro IV, titulo XCI, §§ 2.º e 3.º, parecia fallar só dos filhos do primeiro matrimonio, e conceder só a esses o direito de haverem a propriedade dos bens dos irmãos germanos fallecidos, de preferencia ao pae binubo, que ficava só com o usufructo. Porém o codigo, empregando no artigo 1236.º, em vez das palavras «filhos do *primeiro* matrimonio», de que usava a ordenação, est'outras «filhos de *qualquer* dos matrimonios», equiparou expressamente os filhos dos matrimonios posteriores aos do primeiro matrimonio, de modo que os filhos do primeiro matrimonio tambem não podem ter parte nos bens dos filhos dos matrimonios posteriores que falleçam, vivo o pae, e deixando irmãos germanos.

As palavras «filhos de *qualquer* dos matrimonios», empregadas no artigo 1236.º, resolvem expressamente a outra difficuldade, que resultava da citada ordenação dispor apenas para a hypothese de ter havido *segundo* matrimonio, esquecendo o caso de ter havido *terceiro*, ou mais, em que se davam as mesmas rasões; se bem que, por analogia e identidade de rasão, devia applicar-se ao terceiro e posteriores matrimonios o que a ordenação dispunha com relação ao segundo.

Comquanto da doutrina da ordenação resultasse que, morrendo algum dos filhos do segundo ou de outro posterior matrimonio, o pae binubo devia herdar os bens d'elle sem restricção, e á morte do pae deviam succeder igualmente os filhos do primeiro e dos posteriores matrimonios, vindo aquelles filhos a ter quinhão nos bens dos filhos dos matrimonios posteriores, quando estes, morrendo algum dos filhos do primeiro matrimonio, não tinham parte nos bens d'elle, porque lhe succedia o pae binubo no usufructo apenas, ficando a propriedade aos irmãos do mesmo leito, na pratica era já applicada a ordenação nos termos hoje preceituados no codigo.

Tambem a secção XI do capitulo I, titulo II, livro II do codigo se inscreve «*Das segundas nupcias*», e todavia comprehende as terceiras e quartas e todas as nupcias posteriores. Na linguagem juridica chamam-se *segundas nupcias* todos os casamentos que forem precedidos de outro ou de outros.

Assim a redacção do artigo 1236.º, e a do § unico do artigo 1993.º, cortaram as duvidas a que podia dar logar a redacção imperfeita da ordenação, livro IV, titulo XCI, §§ 2.º e 4.º A primeira duvida era se se restringia só aos filhos do primeiro matrimonio, ou comprehendia tambem os de qualquer outro anterior ao ultimo, a disposição de que o pae que passava a segundas nupcias não herdava dos filhos de leito anterior, que tivessem irmãos germanos, senão o usufructo dos bens havidos do pae predefuncto, pertencendo aos irmãos a propriedade. A segunda duvida era, se esta mesma disposição respeitava só aos irmãos germanos, ou abrangia tambem os consanguineos e os uterinos.

A citada ordenação, tanto no § 1.º como no 4.º, fallava só de filhos do primeiro matrimonio; mas, como onde se dão as mesmas rasões devem dar-se as mesmas disposições, foi sempre entendida a palavra «*primeiro*» como meio unico de excluir o ultimo, e como comprehendendo por isso todos os anteriores, porque o mesmo principio, que se applicava na especie do primeiro matrimonio, devia applicar-se na de qualquer outro anterior ao ultimo.

Tambem no § 4.º da citada ordenação, livro IV, titulo XCI, applicando-se ao pae as disposições do § 2.º relativas á mãe, se fallava apenas de *irmãos do defunto*, ficando logar á duvida se na palavra «*irmãos*» se comprehendiam unicamente os germanos, ou igualmente os uterinos e os consanguineos. Esta duvida porém tambem se resolvia comparando o § 4.º com o § 2.º, onde se fallava dos bens que o filho houve do patrimonio, ou herança de seu pae, ou avô por parte do pae, nos quaes succedesse, e se acrescentava «*se ella do primeiro marido tiver outro filho, irmão do filho defunto*». Estas palavras não podem deixar de significar a idéa de irmão germano, porque as expressões «*ella tiver*» significam indubitavelmente o mesmo que *filho d'ella*, e as outras palavras «*do primeiro marido*» restringem a especie ao filho do mesmo pae e da mesma mãe, que é a significação de *irmão germano*, como já acima dissemos.

Porém, comquanto a redacção do artigo 1236.º resolvesse bastantes duvidas, a que dava logar a redacção da ordenação, livro IV, titulo XCI, deixou todavia ainda de pé algumas difficuldades.

As palavras iniciaes «se *ao dito* varão ou mulher», empregadas no artigo 1236.º, referindo-se evidentemente á especie do artigo antecedente, no qual a estas mesmas palavras se seguem est'outras «*que contrahir segundas nupcias*» parecem reproduzir a doutrina da velha ordenação, que exigia, como impreterivel condição, que o pae tornasse a casar.

Todavia reflectindo-se, conhece-se evidentemente que para se dar a hypothese do artigo basta que o pae tenha casado *duas* vezes, e que as suas disposições são applicaveis mesmo áquelles filhos que forem oriundos de matrimonio, a que nenhum outro se tenha seguido, comtantoque tenha havido pelo menos dois casamentos.

Os bens havidos de filho de anterior matrimonio, que deixou irmãos germanos, são incommunicaveis, e o pae binubo só tem a propriedade plena dos que elle não houve do pae predefunto, ou a successão pela morte do filho se verifique, sendo o pae superstite ainda viuvo, ou sendo já casado, ou outra vez viuvo, como se infere dos bons principios, e dos artigos 1109.º n.º 3.º e 1236.º, e como era expresso na citada ordenação, livro IV, titulo XCI, § 2.º

No emtanto as palavras «se ao *dito* varão ou mulher», empregadas no artigo 1236.º com referencia ao artigo 1235.º, têem dado logar a que se sustente que a disposição d'aquelle artigo é applicavel só aos bens herdados *depois de contrahidas* as segundas nupcias, vistoque o *dito varão ou mulher*, a que se refere o artigo 1236.º, é o *que contrahir segundas nupcias*, mencionado no artigo anterior.

Limitada assim a disposição do artigo 1236.º, o conjuge sobrevivo que passasse a segundas nupcias não perdia a propriedade dos bens que tivesse herdado de algum filho *antes de contrahido* o segundo casamento.

A redacção do codigo porém, ou se examinem separadamente, ou se confrontem os dois artigos 1235.º e 1236.º, não se presta a similhante distincção. Os bens, que *ficarem* de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios de individuo que *contrahir segundas nupcias*,

havidos do pae predefuncto, pertencem em propriedade aos irmãos germanos, se os ha, e em usufructo ao pae binubo, ou sejam herdados antes, durante, ou depois do segundo casamento.

É o pensamento que resulta claramente do preceituado no artigo 1236.º, especialmente comparado com o n.º 3.º do artigo 1109.º; e a rasão é a mesma. O fundamento de todas estas disposições é não passarem os bens a familia estranha á do filho fallecido, tendo este deixado irmãos germanos.

Esta opinião mais se confirma, recorrendo-se á sua fonte, que é a ordenação, livro IV, titulo XCI, que no § 2.º diz assim: «Porém se o filho, ou filha, que tiver bens, que houve do patrimonio ou herança de seu pae, ou avô de parte do pae, se finar *ab intestato* e sem descendentes, e sua mãe lhe succeder nos ditos bens, e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo que succedeu era casada, se ella do primeiro marido tiver outro filho ou filhos, irmãos do filho defunto, haverá sua mãe o usufructo sómente dos ditos bens em sua vida, os quaes não poderá alheiar, nem obrigar, nem haverá o segundo marido parte da propriedade d'elles. E por fallecimento d'ella os haverão livremente os filhos do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãe ficarem vivos, sem os filhos do segundo matrimonio em os ditos bens poderem succeder, nem haver d'elles parte alguma. E se ao tempo do fallecimento de sua mãe não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio, postoque fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haverá logar a disposição d'esta lei».

A disposição d'este § 2.º é igualmente applicavel ao pae, segundo se determina no § 4.º do mesmo titulo.

Aquelle preceito da ordenação tem dado logar, pela sua equivoca redacção, a uma questão que ainda não ficou completamente resolvida mesmo depois da promulgação do codigo civil, e cuja resolução é da mais alta importancia. A questão é a seguinte. O pae binubo herda apenas o *usufructo* dos bens do filho fallecido que deixa irmãos germanos, transmittindo-se logo a propriedade a estes, ou herda em usufructo e propriedade os bens, aliás onerados com a condição de os entregar por morte aos irmãos germanos do fallecido, se então existirem?

Alguns jurisconsultos, fundados nas palavras da ordenação «*haverá sua mãe o uso e fructo sómente dos ditos bens em sua vida*», entendiam que o pae binubo que tinha filhos do primeiro matrimonio, e que por fallecimento de algum d'estes succedia em seus bens, tinha apenas o *usufructo* da herança, e que a propriedade se transmittia immediatamente aos irmãos germanos do fallecido, sem que esta transmissão fosse dependente do facto da morte do pae do auctor da herança.

Diziam aquelles jurisconsultos que a acquisição do *simples usufructo* presuppunha a transferencia da propriedade para outrem, porque o usufructo se dava só em cousa alheia.

Acrescentavam que esta doutrina não era contrariada pelo preceito da ordenação, — se ao tempo do fallecimento da mãe não existissem filhos vivos do primeiro matrimonio, postoque ficassem netos, — porque esta disposição mostrava que o direito dos filhos estava sujeito *á condição resolutiva* de não sobreviver algum filho do primeiro matrimonio, mas não que a *acquisição* do direito estava dependente do facto da morte do pae binubo.

Asseveravam que tanto era verdade transmittir-se a propriedade dos bens do filho fallecido aos irmãos germanos logo ao tempo do fallecimento d'elle, e em vida ainda do pae binubo, que o § 3.º da citada

ordenação dizia assim: «E sendo a tal fazenda, em que assi a dita mãe succeder, do filho em bens moveis, ou dinheiro, será a mãe obrigada *dar fiança* a elles de ficarem em salvo ao tempo de sua morte para o filho ou filhos, a que hão de vir»; e que, se a propriedade dos bens não tivesse passado logo aos filhos, não seria o pae binubo obrigado a dar esta fiança.

Entendiam porém que caducava este principio se porventura o filho, que devia herdar do irmão predefunto com exclusão do pae, viesse a fallecer antes d'este, embora deixasse posteridade, á qual não era já applicavel o beneficio da lei.

Aquella opinião porém é inadmissivel. A successão defere-se na epocha do fallecimento do auctor da herança, sem que os factos posteriores deroguem a applicação d'estes principios, salva disposição especial da lei em contrario; e por isso se a herança do filho, que deixa irmãos germanos e pae casado em segundas nupcias, passa logo áquelles, fallecendo o irmão germano depois de ter adquirido a successão, e deixando descendentes, embora o pae lhe sobreviva, áquelles e não a este toca a propriedade dos bens herdados.

A ordenação dava ao pae binubo não só o usufructo, mas tambem a propriedade dos bens, havidos dos filhos do primeiro matrimonio, sem embargo das palavras da ordenação «*haverá o uso e fructo sómente*», as quaes devem explicar-se e entender-se por est'outras «os quaes não poderá alhear, nem obrigar, nem haverá o segundo marido parte da *propriedade* d'elles».

Tanto o pensamento da ordenação era não tornar proprietarios em vida do pae os irmãos germanos do filho fallecido, que logo em seguida dizia: «*e por fallecimento d'elle os haverão livremente* os filhos do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãe ficarem vivos».

O direito pois dos filhos do primeiro matrimonio era todo eventual durante a vida do pae.

Nem obstava a isso a obrigação, que tinha o pae, de prestar fiança, sendo moveis ou dinheiro os bens da successão. O pae binubo possuia os bens do filho fallecido, emquanto existissem irmãos germanos d'este, como em fidei-commisso.

Tinha o pae binubo durante a vida dos irmãos germanos do filho fallecido a propriedade dos bens d'este restricta e resoluvel, e por isso era equiparado, como o herdeiro fiduciario, ao usufructuario.

Se o pae binubo ficasse só com o usufructo dos bens, que a propriedade se radicasse logo nos irmãos germanos, não negaria a ordenação aos netos o direito de serem chamados á successão d'aquelles bens, que pertenceriam a seus paes, se vivos fossem. E esta era a doutrina seguida no fôro.

A disposição do artigo 1236.º será n'esta parte a reproducção do preceito da ordenação, ou altera-lo-ia?

Dizem os que sustentam que pelo direito da ordenação a propriedade dos bens do filho fallecido se transmittia immediatamente aos irmãos germanos mesmo em vida do pae binubo, dependente apenas da condição resolutiva de não sobreviver a este algum filho do primeiro matrimonio, que o codigo acabou com esta condição, que pelo codigo a propriedade dos bens passa desde logo aos irmãos germanos de um modo incondicional, e que elles a transmittem por sua morte aos seus descendentes, ainda que o pae lhes sobreviva.

Não haveria mesmo duvidas sobre a exactidão de similhante opinião, que seria incontroversa com relação á interpretação do codigo, se o artigo 1236.º dissesse «e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido» *ao tempo do fallecimento* d'este. Mas a redacção do

artigo deixa logar á duvida, se, para pertencer aos irmãos germanos a propriedade da herança do filho fallecido, devem elles existir *ao tempo do fallecimento* do irmão, ou *ao tempo do fallecimento* do pae binubo.

No emtanto da redacção «*ficarem* de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios bens, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e *existirem*», etc., mostra-se que os dois verbos se referem á mesma occasião, parecendo que o artigo falla dos bens do fallecido, que *existirem*, quando *ficarem* os bens ao pae ou á mãe binubos; referindo-se portanto ambos ao tempo da morte do irmão predefunto.

Tambem não póde deixar de entender-se que os irmãos germanos devem existir ao tempo do fallecimento do irmão, sem ser necessario que vivam ao tempo do fallecimento do pae binubo, vistoque o artigo 1236.º dá a este o usufructo. Por morte do pae binubo radica-se no irmão germano com a propriedade o usufructo.

Portanto, se fallece o filho achando-se o pae no estado de viuvez, succede este tanto na propriedade, como no usufructo, sem embargo de o filho fallecido deixar irmãos germanos; mas a successão na propriedade dos bens havidos do pae predefunto é dependente da condição resolutoria, — se contrahir novo casamento —; porque, celebrado outro casamento, fica então conservando só o usufructo, passando a propriedade, pelo simples facto do casamento, aos irmãos germanos do fallecido.

Se porém o pae binubo já estava de novo casado ao tempo do fallecimento do filho, desde logo passa a propriedade aos irmãos germanos d'este, deferindo-se ao binubo unicamente o usufructo.

Portanto, aindaque o pae binubo pelo fallecimento do segundo consorte volte ao estado vidual, não recobra a propriedade dos bens que ja se *radicou* nos irmãos do filho fallecido, como aliás recobra o usufructo e a administração dos bens dos filhos a mãe, que o perdeu pelo segundo casamento, se torna a enviuvar, porque para isso ha disposição expressa no artigo 164.º

Alguns sustentam que os bens herdados pelos paes binubos antes de passarem a segundas nupcias lhes pertencem inteiramente, podendo aliena-los, e dispor d'elles como se foram puramente seus, porque o codigo se refere unicamente aos bens herdados, depois do pae passar a segundas nupcias, e não aos herdados no estado de viuvez, aos quaes tambem se referia a ordenação.

Dizem que, sendo os paes, nos termos do direito commum, os herdeiros legitimarios dos filhos que não têem descendentes successiveis, não póde admittir-se restricção áquelle principio que não seja expressa na lei, e que o codigo se occupa sómente da herança dos filhos dos paes *binubos*, julgando sufficiente para os outros filhos esta garantia, auxiliada com o preceito que inhibe em tal caso a communicação dos bens com o outro conjuge alem da terça parte.

Por direito antigo a restricção legal abrangia tanto os bens herdados no estado de viuvez, como os adquiridos na constancia do segundo matrimonio, porque a ordenação dizia no § 2.º: «*e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo em que succedeu era casada*»; e a nov. 22.ª significava o mesmo nas palavras «*sive prius, sive postea veniens nuptias*». Pelo codigo porém tem-se levantado divergencias a este respeito, e alguns entendem que elle estabeleceu doutrina inteiramente opposta á da ordenação.

Não nos parece todavia ser esta a melhor opinião. Nem o artigo 1236.º, nem o n.º 3.º do artigo 1109.º se referem á hypothese de se

abrir a herança do filho depois de ser já binubo o pae. O artigo 1109.º n.º 3.º declara incommunicaveis os bens *herdados* pelo viuvo por morte de filho de outro matrimonio, sem distinguir entre os que o viuvo tivesse já alienado, ou ainda conservasse, parecendo assim que os abrange a todos. O artigo 1236.º dispõe que se ao pae binubo *ficarem* bens de filho de outro matrimonio herdados do pae predefunto, deixando este irmãos germanos, aos irmãos germanos pertence a propriedade; e não ha rasão para comprehender n'este preceito só os que *restarem*, e não os anteriormente alienados.

Demais, não póde presumir-se que o codigo, que em geral foi mais rigoroso com os paes binubos do que a ordenação, n'esta parte lhes fosse mais favoravel.

Por isso, se o viuvo alienou os bens havidos do filho, que fallecia deixando irmãos germanos, e depois passou a segundas nupcias, ha de indemnisal-os do valor d'esses bens, podendo elles ir até contra o adquirente, vista a regra: *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

Póde porém ser obrigado pelos filhos o pae binubo a prestar caução pelo usufructo nos termos dos artigos 148.º n.º 1.º e § unico, e 2221.º § 1.º, como dissemos em a nota ao artigo 58.º

Por direito velho ainda havia quem sustentasse que as restricções legaes impostas aos binubos cessavam, tendo o conjuge predefunto permittido expressamente ao seu consorte as segundas nupcias. Porém esta opinião era tão cerebrina em face da ordenação, como o é em face do codigo. A ninguem é licito dispensar as provisões legaes estatuidas no interesse publico.

Os irmãos germanos do filho do fallecido é que podem renunciar á successão d'elle, mas só depois de adquirirem definitivamente o direito successorio, vistoque nos termos do artigo 2042.º ninguem póde renunciar á herança de pessoa viva.

Estabelecido porém o principio de que pela ordenação o pae binubo herdava, alem do usufructo, a propriedade, aindaque resolvavel, dos bens de filho de anterior matrimonio havidos do pae predefunto, deixando o fallecido irmãos germanos, e de que pelo codigo civil só herda o usufructo, qual é o direito applicavel ao pae binubo, a quem falleceu um dos filhos de anterior matrimonio antes da promulgação do codigo, deixando irmãos germanos, que falleceram todos depois da mesma promulgação?

Por exemplo. A, casado com B, teve d'este consorcio C e D. Falleceu B, posteriormente passou A a segundas nupcias, e na constancia d'este matrimonio falleceu C, tendo logar todos estes factos antes da promulgação do codigo.

Depois da promulgação do codigo falleceu D, deixando de legitimo matrimonio dois filhos, E e F.

Se houver de reger o direito novo, por morte de A passa a successão de C para os filhos de D, vistoque pertencendo a A apenas o usufructo, logo á morte de C a propriedade dos bens se radicou em D, que a transmittiu a seus filhos por occasião do seu fallecimento. Se reger o direito velho transmitte A aos seus herdeiros a successão de C, como quaesquer outros bens, vistoque a propriedade que tinha, como resolvel durante a vida de D, ficou perfeita pela morte d'este.

Em nosso entender ha de ser regida a especie pelo direito velho. A possuia a propriedade, comquanto resolvel, da herança de C, em virtude das disposições da ordenação, livro IV, titulo XCI, § 2.º, e por isso não póde a nova lei priva-lo d'esse direito adquirido sem offender o principio da não retroactividade. Conseguintemente por morte de D

radicaram-se estes bens em propriedade perfeita na pessoa de A, que os communica com o seu consorte nos termos da lei velha.

Entendem tambem alguns que a citada ordenação, livro IV, titulo XCI, se referia unicamente aos bens livres, e não aos prazos de vidas. Porém a generalidade do preceito, tanto d'aquella ordenação, como do artigo 1236.º do codigo, não permitte similhante limitação.

Em vista d'estes principios por fallecimento do pae binubo não é o seu conjuge cabeça de casal da herança do filho fallecido, que tem irmãos germanos, vistos os artigos 2068.º n.º 1.º e 2082.º do codigo.

Estes, para exigirem judicialmente a entrega dos bens, não carecem de recorrer á acção ordinaria de petição de herança, podendo servir-se apenas da acção possessoria, visto que, nos termos dos artigos 483.º e 2011.º, para elles passou desde logo a posse á morte do auctor da herança.

Nem carecem de registar a posse para intentarem a acção possessoria, vista a disposição do artigo 952.º § unico.

Vão a juizo com uma petição similhante á que se acha descripta por Correia Telles no formulario dos libellos, § 89.º, juntando documentos que comprovem quaes os bens da legitima que o filho fallecido houve do pae predefunto, a sua qualidade de irmãos germanos, com as certidões do primeiro e do segundo casamento do pae binubo, e certidões de baptismo d'elles e do irmão fallecido, a certidão de obito d'este e do pae binubo, concluindo por pedir a posse dos bens da alludida legitima com os rendimentos desde a morte do pae binubo.

É de notar que o disposto n'estes artigos é só para o caso do filho se ter finado *ab intestato*, porque fallecendo com testamento tem o pleno direito de deixar herdeiro o pae na propriedade e no usufructo de todos os seus bens.

O artigo 1236.º não importa de modo algum a privação da facção testamentaria quanto ao filho que chegou á idade legal. O segundo matrimonio do pae, em que elle não tem responsabilidade, longe de cercear-lhe o direito de testar, alarga-lh'o quanto ao direito de dispor da propriedade. O legislador dispõe para o caso unico de não dispor o proprietario. Alguns entendem até que o filho póde dispor da propriedade de todos os bens, e da terça do usufructo. É porém inadmissivel similhante opinião quanto ao usufructo. O filho não póde dispor do usufructo, que pertence todo em *legitima* ao pae binubo. A lei deu aos paes binubos uma legitima especial, que nem póde offender, legitima que consiste no usufructo dos bens do filho.

Se o pae é apenas viuvo, e ainda não binubo, o filho só póde priva-lo da propriedade das duas terças de seus bens para o caso de elle passar a segundas nupcias, porque a exclusão de suceder na propriedade só é admissivel dando-se o facto de passar o pae a segundas nupcias.

Outros porém sustentam que, segundo os principios da ordenação, a qual regulava unicamente o caso de successão legitima, nunca o filho podia dispor de mais da terça parte, porque a ordenação no final do § 2.º estabelecia que, *se o filho que se finou, de cuja successão se trata, se finar com testamento, guardar-se-ha o direito commum n'este caso;* e segundo o direito commum na Auth. *ex testamento Cod. de secundis nuptiis*: «*Ex testamento quidem succedit mater liberis suis, quae convolavit ad secundas nuptias, sicut institutus quilibet*».

No § 1.º dispunha a ordenação: «E fallecendo o filho ou filha com testamento... *deve necessariamente deixar as duas partes de seus bens a seu pae, ou a sua mãe, se os tiver, e da terça parte poderá ordenar, como lhe aprouver*».

D'aqui concluem que o pae ou mãe binubos nunca perdiam os direitos de herdeiros necessarios, e que sobre a legitima a unica restricção, que pesava, era a obrigação da reserva, quando existiam filhos de anterior matrimonio.

Sustentam que igual doutrina é admissivel no systema do codigo, e fundam-se para isso nos seguintes argumentos:

1.º Que o fim da lei é favorecer os filhos de anterior matrimonio, o que não se consegue, senão negando ao binubo os direitos de herdeiro legitimario na propriedade das duas terças partes dos bens do filho, e reservando-a para os irmãos do filho predefunto;

2.º Que na especie sujeita estão elles subrogados pela lei nos direitos do pae binubo, porque o pensamento do legislador fôra transferir os direitos do binubo para os filhos, e não para pessoas estranhas;

3.º Que não ha um só artigo em que ao individuo com herdeiros legitimarios ascendentes seja licito dispor de mais da terça ou de metade, artigos 1784.º, 1786.º e 1787.º, e que se houvesse algum caso, em que o testador com herdeiros legitimarios ascendentes podesse dispor alem da quota marcada no artigo 1784.º, tê-lo-ia dito o codigo quando trata das *legitimas* e das *disposições inofficiosas*.

Não podemos porém subscrever a similhante opinião.

É puramente gratuita a asserção de que a lei pelo facto de privar o pae binubo da propriedade dos bens de filhos de leito anterior, a quem ficam irmãos germanos, transferiu para estes o direito á *legitima* na propriedade d'esses bens.

Se não ha no codigo artigo que permitta ao testador o dispor n'algum caso alem da quota legitima marcada no artigo 1784.º, tambem não é previsto no codigo um só caso, em que os irmãos sejam herdeiros *legitimarios*.

O certo é que a faculdade de dispor só era restricta ao filho pelos direitos do pae. Desde que estes foram cerceados, ha de resultar esse cerceamento em beneficio do filho, e não em beneficio de terceiro, salvo disposição expressa de lei em contrario, que não ha.

E o irmão germano, que succede na propriedade dos bens do irmão predefunto quando o pae lhe succede no usufructo, e que fallece sem descendentes successiveis antes do pae, poderá privar este d'essa propriedade por testamento?

A lei não o permitte. O pae é herdeiro necessario d'elle; e como a successão lhe proveiu, não do pae predefunto, mas do irmão predefunto, ha de devolver-se ao pae superstite, sem embargo de ser binubo.

O codigo fez profunda alteração no direito existente quanto á successão dos irmãos de posterior matrimonio nos bens de irmãos de outro leito.

Pelo direito anterior, havendo irmãos do mesmo leito, e que sobrevivessem ao pae binubo, em caso nenhum os bens de qualquer irmão que fallecesse, e havidos do pae commum, ou por parte d'este, podiam ir a irmãos de outro leito: porquanto, se o fallecimento tinha logar durante a vida do pae binubo, este tinha só o usufructo, pertencendo a propriedade aos irmãos germanos; se o fallecimento tinha logar depois da morte do pae binubo, os irmãos de outro leito nada herdavam, por força do disposto na novella CXVIII, capitulo III, recebida entre nós, em virtude da qual os irmãos germanos excluiam os consanguineos e os uterinos.

Não se alterava pois o principio de que a propriedade dos bens do irmão fallecido, havidos do pae predefunto ou por parte d'este, pertenciam aos irmãos germanos, ou o irmão fallecesse em vida, ou depois da morte do pae binubo.

Pelo codigo civil segue-se a mesma doutrina, se o pae binubo ainda vive ao tempo da morte do irmão; mas reparte-se a herança com os filhos de outro leito, se o pae é já morto, artigo 2001.º

Assim, emquanto vive o pae binubo, *e só porque este vive,* morto um dos filhos de outro matrimonio com irmãos germanos, repartem estes só entre si a propriedade dos bens que o fallecido houve do pae predefunto; e se o pae binubo é já fallecido, quando morre o filho de anterior matrimonio, ainda que deixe irmãos germanos, os bens do fallecido, incluindo os que houve do pae predefunto e por parte d'este, são repartidos entre os filhos de todos os leitos, com a unica differença de os irmãos germanos terem o dobro do que toca aos consanguineos e uterinos. É o que resulta da combinação dos artigos 1236.º e 2001.º

Será que o artigo 1236.º limite a disposição do artigo 2001.º, de modo que este não se refira aos bens que o filho com irmãos germanos herdou do pae predefunto ou por parte d'este, e não abranja os incluidos no artigo 1236.º?

Ha quem sustente que, ainda fallecendo o irmão depois da morte do pae binubo, os irmãos germanos levantam por inteiro os bens que o irmão fallecido houve por parte do pae ou mãe predefunto, e têem o dobro na herança dos adquiridos.

Esta opinião porém, alem de contraria aos artigos 1236.º e 2001.º combinados, não é justa, desde que o codigo proscreveu a doutrina do direito anterior, que preferia os irmãos germanos aos consanguineos e uterinos.

Se os irmãos de leito anterior concorrem com os irmãos germanos de leito posterior do fallecido, tendo direito a ametade da herança, vista a expressa disposição do artigo 2001.º, não seria justo que os irmãos de leito posterior fossem excluidos de concorrer com os irmãos germanos de leito anterior á herança do fallecido.

O artigo 1236.º regula a successão dos irmãos durante a vida do pae superstite. O artigo 2001.º regula a successão dos filhos, *não havendo ascendentes.* São duas hypotheses differentes, que o direito não regula por igual.

Grandes difficuldades suscita tambem a intelligencia das palavras «*dobrada parte da herança*», que se lêem no citado artigo 2001.º

O *dobro* da herança ha de calcular-se com relação a cada um dos irmãos *individualmente,* ou com relação ás duas classes em geral de irmãos bilateraes e unilateraes?

Por exemplo. Á morte do irmão fica um irmão germano e tres irmãos unilateraes. Ha de o irmão germano receber dois terços da herança, e os irmãos unilateraes um terço para ser dividido por todos tres, ou o quinhão do irmão germano deve ser apenas o dobro do quinhão de cada um dos irmãos unilateraes?

Entendemos que o quinhão do irmão germano deve ser apenas o dobro do quinhão de qualquer dos irmãos unilateraes. O pensamento do legislador foi que os irmãos germanos, como estavam vinculados por dois lados ao auctor da herança, tivessem n'esta o dobro do que tocasse aos que lhe estavam vinculados só por um lado.

Demais, se o *dobro* da herança se calculasse, não com relação a *cada um* dos irmãos, mas com relação ao *grupo* de irmãos, segundo estes fossem germanos ou unilateraes, podia dar-se até o caso d'estes ficarem com uma quota hereditaria muito maior do que aquelles.

Na hypothese acima posta, *mutatis mutandis,* se fosse só um o irmão unilateral, e tres os irmãos germanos, e se dessem dois terços da herança a estes para os dividirem por todos tres, e um terço ao irmão unilateral, ficava este com uma quota muito maior do que cada um d'aquelles, o que seria de certo contra o pensamento do legislador.

Finalmente, o artigo 1971.º diz expressamente que a successão dos parentes no mesmo gran é por *cabeça,* isto é, individual, preferindo assim o nosso codigo a successão por individuo á successão por linhas, adoptada no codigo francez, artigos 733.º e 732.º, que é a ausencia de todo o systema, vistoque ali o acaso do *numero,* e não a *qualidade* de irmãos, é que determina a porção de cada um.

Conseguintemente se um individuo fallece, com uma successão no valor, por exemplo, de 90:000$000 réis, deixando quatro irmãos germanos e um consanguineo, divide-se a herança em nove partes, das quaes tocam duas a cada um dos germanos e uma ao consanguineo.

N'esta hypothese a nona parte da herança são 10:000$000 réis, e por isso dando duas partes a cada irmão germano, fica cada um com 20:000$000 réis, e dando uma ao consanguineo fica este com réis 10:000$000, e por isso cada um d'aquelles com dobrada parte da herança, que toca a este.

O processo para esta partilha é sommar o numero dos irmãos, contando cada um dos irmãos germanos por dois, dividir pelo resultado da somma o valor da herança, e dar a cada irmão unilateral a importancia de um quociente, e a cada irmão bilateral a importancia de dois quocientes.

Tambem na hypothese do artigo 2001.º se dá o direito de representação com relação aos filhos de irmão já morto.

Com respeito ao usufructo do pae superstite estabelecia o projecto de 1864 em § unico ao artigo 1226.º, correspondente ao artigo 1236.º do codigo, que lhe eram applicaveis as disposições dos artigos 2225.º a 2282.º d'aquella edição, correspondentes aos artigos 2197.º a 2253.º do codigo. Este § unico porém foi eliminado do projecto definitivo que o governo apresentou ás côrtes, provavelmente por se julgar desnecessaria, comquanto exacta, a sua materia.

4.º, etc. (Vid. artigos 1235.º, 1237.º e 1238.º) As nossas leis viram nos casamentos das mulheres de mais de cincoenta annos, quando já não ha esperança de prole, e quando é já difficil a acção das paixões, uma especie de pacto successorio encoberto com as nupcias, e por isso trataram de providenciar por fórma que este casamento não lesasse os filhos de anterior matrimonio.

A lei anterior só punha restricções á communicação de bens do conjuge binubo, quando este era mulher quinquagenaria com descendentes successiveis, ordenação, livro IV, titulo CV.

A ordenação do reino prohibia ás mulheres binubas quinquagenarias, e com descendentes, a alheação das duas partes dos bens que tinham na occasião do casamento, e que depois houvessem dos descendentes ou ascendentes.

A respeito das mulheres binubas é muito digno de ler-se sobretudo o que estava providenciado na legislação anterior, ordenação livro IV, titulos XCI e CV, leis de 25 de junho de 1766, de 9 de setembro de 1769, de 23 de novembro de 1770, e decreto de 17 de julho de 1778.

O codigo porém fez importantes modificações n'esta doutrina. Exclue da communhão as duas terças partes dos bens que o conjuge possuia ao tempo do casamento, e que depois houvesse por doação, legado ou herança, não só de ascendentes e descendentes, mas de quaesquer outros parentes; e amplia esta prohibição tanto á mulher, como ao homem viuvo, com descendentes successiveis de anterior matrimonio, e qualquer que seja a idade dos nubentes, ainda que não tenham cincoenta annos.

O conjuge binubo com descendentes de anterior matrimonio, qualquer que seja a sua idade, nem communica nem póde por qualquer titulo doar ao outro conjuge mais do que a terça dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que depois adquira dos seus parentes por titulo gratuito, artigo 1235.º Póde doar ou alienar por qualquer fórma a favor de terceiro. A favor do outro conjuge porém é que não póde doar nem communicar aquelles bens alem da terça.

Note-se que as palavras «*por nenhum titulo doar*» abrangem tanto a doação propriamente dita, entre vivos, como a doação em testamento.

Esta prohibição de alienar a favor do conjuge, não ampliada a respeito de terceiro, parece ter sido inspirada em odio ao que vae casar com pessoa que tem descendentes de outro leito, por haver todas as presumpções de que em regra só a ambição póde conduzir a similhantes consorcios.

Mas póde alienar a favor de terceiro nas mesmas condições, em que poderia alienar, se não fosse binubo, porque não é obrigado a conservar as duas terças dos bens *em reserva* para os filhos de leito anterior, como já se tem sustentado sem o mais leve fundamento. De *alienar* só fica prohibida a viuva quinquagenaria binuba, nos termos do artigo 1237.º: na hypothese do artigo 1235.º, só o binubo fica inhibido de *communicar* as duas terças partes dos bens com o consorte, e de lh'as doar, mas não de as alienar a titulo gratuito ou oneroso, nos termos das leis.

A disposição do artigo 1235.º é mais em castigo do conjuge, que casa com o binubo, do que em beneficio dos filhos d'este.

Para as disposições testamentarias, que não são feitas a favor do conjuge, devem ser computados todos os bens que o binubo tinha quando contrahiu o segundo matrimonio, e os que depois adquiriu por doação ou herança de seus parentes, embora as duas terças partes d'esses bens não entrem na communhão, nem devam ser comprehendidas em quaesquer doações que o binubo faça ao seu conjuge.

Se o conjuge binubo com filhos ou descendentes é a mulher, e tem mais de cincoenta annos, então não só não póde communicar, nem doar ao marido alem da terça dos referidos bens, mas nem sequer póde alienar por titulo gratuito ou mesmo oneroso a favor de terceiros as duas terças d'esses bens, artigo 1237.º Poderá alienar a titulo oneroso, ou a titulo gratuito, os bens adquiridos de pessoas, que não fossem seus parentes, mas dos bens que tivesse ao tempo do casamento, e dos posteriormente adquiridos dos seus parentes a titulo gratuito, não póde dispor senão da terça.

Assim, a mulher binuba de mais de cincoenta annos, e com descendentes successiveis, fica sujeita, não só ás disposições genericas do artigo 1235.º, que respeita em geral ao varão ou mulher que contrahe segundas nupcias tendo descendentes successiveis de anterior matrimonio, mas tambem ás disposições especiaes do artigo 1237.º

O codigo conservou em todo o seu rigor as disposições odiosas da ordenação, livro IV, titulo CV, com relação ás mulheres binubas quinquagenarias que tinham descendentes successiveis, com a simples modificação de lhes permittir o dispor de todos os seus bens, *inter vivos* ou *mortis causa*, a titulo gratuito ou oneroso, logoque faltem os descendentes, em attenção aos quaes tambem foi dictada esta disposição; quando a ordenação philippina, que tivera por origem a ordenação manuelina, livro IV, titulo LXXV, § 7.º, não lhes permittia similhante faculdade, ainda que ellas ao tempo da morte não tivessem filhos ou outros descendentes, e mandava que ficassem essas duas partes da herança para os parentes mais chegados.

Pela citada ordenação pois a mulher quinquagenaria que casou, tendo descendentes, ainda que os não tenha nem ascendentes ao tempo da sua morte, não póde dispor das duas terças partes dos seus bens, que ficarão para os herdeiros mais chegados. Alem das doações ou disposições testamentarias a favor de pessoa torpe, era o unico caso, pelo nosso velho direito, em que havia herdeiros necessarios na linha collateral.

Mas por outro lado a disposição do codigo comprehende na sua prohibição mais bens, do que comprehendia a ordenação, porque abrange todos os bens adquiridos depois do casamento, quer provenham de ascendentes e descendentes, quer de outros *parentes*, quando a ordenação sómente comprehendia, dos adquiridos os que a viuva adquiria de seus ascendentes ou descendentes.

Effectivamente a legislação civil, tratando com o maximo rigor a viuva quinquagenaria que contrahe segundas nupcias, tendo descendentes successiveis, não faz mais do que reproduzir o echo do sentimento publico, que se revolta contra estes consorcios, que significam quasi sempre na mulher a fragilidade do espirito alliada com o desamor pelos filhos.

A commissão revisora ainda supprimiu o artigo 1288.º do projecto primitivo, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 1237.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «E se a quinquagenaria tiver prazos, que haja de nomear, em nenhum d'elles poderá nomear o marido, excepto não tendo ascendentes, nem descendentes».

Realmente o preceito d'este artigo podia julgar-se comprehendido no artigo 1237.º; e depois do codigo, que acabou com os prazos de vidas, pequena applicação devia ter.

Se porém a viuva quinquagenaria, que passa a segundas nupcias, não tem descendentes successiveis, não só communica com o segundo marido, salvo convenção em contrario, os bens em geral communicaveis, mas fica com inteira liberdade de dispor, como nos casamentos ordinarios, sem estar sujeita ás restricções prescriptas nos artigos 1235.º a 1237.º

Por direito antigo era questionado se a quinquagenaria, não tendo descendentes, communicava ou não com o marido os bens, que trazia para o casal. Esta duvida porém não tinha rasão de ser. Em vista das palavras da ordenação «*tendo filhos, ou outros descendentes, que por direito lhe possam succeder*» era evidente que todas as vezes que a viuva não tivesse filhos ou outros descendentes, que por direito podessem succeder-lhe, já não tinha logar a disposição da ordenação.

Outra gravissima duvida suscita ainda a redacção do artigo 1237.º, sobretudo comparada com a dos artigos 1235.º e 1236.º, e é a seguinte: Estará a quinquagenaria binuba sujeita ás disposições do artigo 1237.º, mesmo quando os *filhos e descendentes* não sejam de anterior matrimonio, mas apenas *perfilhados?*

É certo que, ao passo que nos artigos 1235.º e 1236.º se falla de filhos ou outros descendentes successiveis de *anterior matrimonio*, e de filhos de *qualquer dos matrimonios*, no artigo 1237.º se falla, não de filhos de anterior ou de qualquer dos matrimonios, mas sim de filhos e descendentes, que os *(bens) possam haver*, isto é, de filhos e descendentes que sejam *successiveis*; e, salva a differença na quota legitimaria, tão successiveis são os perfilhados, como os legitimos ou legitimados.

Verdade seja que, lendo-se attentamente não só a epigraphe, mas os artigos da respectiva secção, parece que o legislador só cogitou dos filhos de justas nupcias, cujos paes contrahiam segundo matrimonio,

sem se lembrar dos filhos perfilhados, aliás deveria applicar o preceito do artigo 1237.º tambem á hypothese de a viuva quinquagenaria contrahir primeiras nupcias tendo filhos perfilhados.

Se a quinquagenaria, que contrahe segundas nupcias, ha de ficar sujeita ao preceito do artigo pelo facto de ter descendentes perfilhados, pela mesma rasão devia estar sujeita a esses preceitos no caso de contrahir primeiro matrimonio, existindo descendentes perfilhados; e todavia o artigo exclue abertamente esta hypothese.

Não ha duvida de que, qualquer que fosse o pensamento do legislador, e quaesquer que sejam as incoherencias da lei, ha de observar-se o que está no codigo, e que o artigo 1237.º prohibe á quinquagenaria, que contrahiu segundas nupcias, o alhear por titulo algum a propriedade das duas terças dos bens mencionados no artigo 1235.º emquanto tiver descendentes *que os possam haver*, isto é, emquanto tiver descendentes por legitimidade, legitimação ou perfilhação, que todos são successiveis.

No entretanto sem isolar as differentes disposições legaes umas das outras, e do principio geral, que as domina, não póde chegar-se a esta conclusão. É certo que o codigo na secção, em que está comprehendido o artigo 1237.º, trata unicamente *das segundas nupcias*, e até é essa a epigraphe da secção. Portanto a solteira quinquagenaria póde communicar com o marido todos os bens, sem que ao [illegible] perfilhado assistam outros direitos, [illegible] não sejam o de succeder a sua mãe na conformidade dos artigos 1785.º e 1989.º a 1992.º do codigo.

Já por direito anterior havia quem sustentasse que a ordenação, livro IV, titulo CV era applicavel ás mulheres quinquagenarias solteiras, que tivessem filhos, porque as primeiras palavras da citada ordenação são «*quando alguma mulher se casar*», etc., sem que a palavra «*viuva*» appareça uma só vez em todo o decurso do respectivo titulo. Não perfilhamos porém similhante opinião, porque a doutrina do titulo ha de entender-se em harmonia com a respectiva rubrica, que está formulada nos seguintes termos: «*Das mulheres viuvas, que casam de cincoenta annos, tendo filhos*»; e em accordão de 23 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 173, julgou a relação de Lisboa que o facto de uma mulher quinquagenaria ter ao tempo do casamento um filho natural não prejudica os direitos do marido ou seus herdeiros á meação da mulher, *porque essa doutrina só é applicavel ás viuvas, que passarem a segundas nupcias, como determina o artigo 1237.º do codigo civil, e já o determinava a legislação anterior.*

Ao viuvo quinquagenario, que casava, tendo descendentes, não punha o nosso velho direito restricções algumas, nem lhe põe o codigo senão as peias a que fica sujeito qualquer binubo com descendentes. Esse não communica nem póde doar ao seu conjuge mais da terça parte dos bens que tinha ao tempo do casamento, e dos que depois houve dos seus parentes por titulo gratuito, como succede em geral ao que contrahe segundas nupcias, artigo 1235.º, mas as outras duas partes bem póde aliena-las, não só a titulo oneroso, mas a titulo gratuito, guardadas as solemnidades reconhecidas em direito.

O homem binubo que tem descendentes fica sujeito unicamente ás restricções impostas no artigo 1109.º n.ºs 3.º e 4.º, e nos artigos 1235.º e 1236.º, qualquer que seja a idade em que case; e finalmente, fóra do alcance das disposições odiosas do artigo 1237.º, que foram prescriptas unica e exclusivamente para a mulher que contrahia segundas nupcias tendo mais de cincoenta annos e descendentes successiveis.

A restrição imposta no artigo 1237.º á mulher quinquagenaria binuba cessa logoque deixam de existir os filhos ou descendentes, vistoque o fim d'aquelle preceito legal é unica e exclusivamente o interesse d'estes.

Mas assim como a quinquagenaria binuba, que casa tendo descendentes successiveis, póde alhear, logoque falleçam os descendentes, as duas terças partes dos bens que durante a existencia d'elles era inhibida de alienar, segundo o disposto no artigo 1237.º, tambem os binubos, que, tendo descendentes de matrimonio anterior, não podiam communicar nem doar ao conjuge mais da terça parte dos seus bens, segundo o preceito do artigo 1235.º, communicarão todos os bens, e poderão fazer doação ao conjuge sem a restricção á terça parte ali prescripta, logoque falleçam os descendentes do leito anterior?

Opinam alguns pela affirmativa, com o fundamento de que, sendo a prohibição da communic[illegible] das duas terças dos bens dictada no interesse dos descendentes do matrimonio anterior, como expressamente se deprehende das palavras dos artigos 1109.º n.ºs 3.º e 4.º, e 1235.º, logoque cessasse aquella causa devia cessar a prohibição; que ha a mesma rasão para se permittir essa communicação, faltando os descendentes, que para permittir á binuba quinquagenaria o dispor no mesmo caso das duas terças de seus bens; e que, comquanto por motivos especiaes, as convenções matrimoniaes não possam alterar-se depois do matrimonio, visto o preceito do artigo 1105.º, aqui o caso é differente, porque se trata de acabar com as consequencias de um facto que deixou de existir.

Nós porém seguimos opinião contraria, vista a letra do codigo. Se o legislador quizesse estabelecer communicabilidade das duas terças partes dos bens logoque fallecessem os descendentes de leito anterior, em vez de dizer nos artigos 1109.º n.º 4.º e 1235.º «*tendo* filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio», diria, como no artigo 1237.º «*emquanto* tiver filhos e descendentes que os possam haver»; e esta linguagem, empregada no projecto primitivo, foi conservada em todas as edições como se acha no codigo.

Nem é de presumir que o illustrado auctor do codigo e a commissão revisora pretendessem, com uma redacção grammatical differente, significar o mesmo pensamento, nem que lhes passasse despercebido este objecto, estando tão proximos os artigos em que se contêem estas differentes disposições.

O que nos parece é que o legislador, comquanto desse ao conjuge binubo, que tinha descendentes, inteira liberdade de dispor de seus bens, inclusive á viuva que tinha casado de mais de cincoenta annos, logoque lhe fallecessem os descendentes, fazendo cessar, com relação a esta, a restricção ao direito de dispor assim que cessou a causa que a motivára, conservou comtudo a incommunicabilidade em desfavor ao conjuge que se ligára ao viuvo com descendentes.

Decretar a communicação ou o direito de doar mais da terça parte, fallecidos que fossem os descendentes do matrimonio anterior, era conceder por virtude da lei, ao conjuge que se ligou ao binubo com filhos, um favor que nenhuma rasão reclamava. Libertar a mulher binuba de mais de cincoenta annos, que casou tendo descendentes, para poder dispor sem restricções das duas terças partes dos seus bens, é acabar com uma limitação ao direito de dispor, que não tem rasão de ser logoque cessou a causa que a motivára.

A *lei* não concede favor ao conjuge, que se ligou ao binubo com descendentes, pelo facto d'estes terem fallecido, nem deixa *á vontade* d'este o beneficia-lo entre vivos ou por sua morte alem da terça dos

bens mencionados no artigo 1235.º Prohibe a lei a communicação ou a doação, *inter vivos* ou por morte, dos bens do binubo a favor do outro conjuge, alem da terça, nos bens que o conjuge binubo houve por titulo lucrativo dos seus parentes depois de contrahido o matrimonio, ou já tinha ao tempo d'este, mas não inhibe o conjuge não binubo de dispor a favor do seu consorte de todos os seus bens em vida ou para o tempo da morte.

Todas estas difficuldades se resolvem logoque se attenda a que as restricções consignadas nos artigos 1235.º e 1237.º não foram estabelecidas unicamente em *favor* dos filhos de anterior matrimonio, mas tambem em *odio* ao conjuge que se associou ao binubo com filhos.

A incommunicabilidade porém não é absoluta. Quiz o legislador que o binubo communicasse com o seu consorte os bens adquiridos por successão do filho do primeiro matrimonio, que falleceu sem descendentes e irmãos germanos, e communicasse todos aquelles que não são expressamente exceptuados da communhão, nos termos dos artigos 1109.º, 1235.º a 1237.º

Esta é tambem a opinião da illustrada redacção da *Gazeta dos tribunaes*, aliás combatida pela da *Revista de legislação e jurisprudencia*, fundando-se n'um argumento poderoso, que é o seguinte: «Tanto são incommunicaveis as duas terças partes dos bens que possue o conjuge que passa a segundas nupcias, como as dos bens herdados de seus parentes; e se fosse verdadeiro o principio da incommunicabilidade em toda a sua extensão, seriam tambem incommunicaveis os bens herdados pelo conjuge de seus parentes depois da morte dos filhos, o que é contrario ao disposto no artigo 1109.º n.º 4.º».

Todavia ha quem sustente que as duas terças partes dos bens da viuva quinquagenaria entram na communhão, logoque falleçam os descendentes do leito anterior e posterior, não se lembrando de que a binuba quinquagenaria está sujeita não só ás disposições do artigo 1237.º, mas tambem ás do artigo 1235.º

Não é explicito o citado n.º 4.º do artigo 1109.º sobre se os filhos de leito anterior, para excluir a communicação das duas terças havidas dos parentes do pae binubo, basta existirem quando elle passa a segundas nupcias, ou se é indispensavel que existam no momento da herança ou doação.

Combinados porém os dois n.ºs 3.º e 4.º do artigo 1109.º com os artigos 1235.º e 1236.º, conhece-se que ainda não existindo os irmãos germanos, nem havendo outros descendentes ao tempo da doação ou herança, o pae binubo comquanto herde em propriedade e usufructo todos os bens para serem repartidos depois por filhos de outro leito, não communica com o conjuge senão a terça parte d'esses bens, vista a disposição do artigo 1235.º

Lido isoladamente o n.º 3.º do artigo 1109.º parece que os bens do filho do leito anterior fallecido se communicam, não deixando elle irmãos germanos, mas comparando-se com o artigo 1235.º vê-se que apenas a terça parte se communica, visto provir esta acquisição ao conjuge binubo *de um parente*. Pela leitura do artigo 1235.º se reconhece que o n.º 3.º do artigo 1109.º não tem a latitude que á primeira vista indica.

É todavia certo que os conjuges bem podem sophismar a restricção da incommunicabilidade preceituada no artigo 1235.º, alheando as duas terças partes dos bens, e comprando com o seu producto outros que, como adquiridos a titulo oneroso, se communicam, sem ficar aos interessados nenhum recurso contra este gravame, alem da acção de simulação e de fraude.

Tambem se têem levantado duvidas sobre a intelligencia do artigo 1238.º, notando-se contradicção com o artigo 1235.º, contradicção porém que facilmente se levanta.

Por direito anterior era muito questionado, se o segundo marido communicava com a viuva quinquagenaria todos os seus bens, ou simplesmente a terça parte d'elles.

A ordenação, livro IV, titulo CV, não prohibia expressamente a communicação de bens da viuva quinquagenaria com seu marido, havendo por isso quem sustentasse que o preceito da ordenação se referia unicamente á disposição de bens, feita pela viuva a favor de terceiras pessoas.

Na pratica porém sempre se entendeu que aquella ordenação estabelecia a incommunicabilidade dos bens da mulher, salvo com relação á terça.

É a opinião adoptada na pratica era racional e juridica. Se esta ordenação estabelecia rigor especial era contra o marido, como se vê do final do titulo: «*E tendo bens, em que haja de nomear, em nenhum d'elles poderá nomear o marido, com que na tal idade casar*».

Sustentavam porém alguns que, assim como a quinquagenaria binuba communicava com o marido só a terça parte dos seus bens, tambem elle só a terça communicava com a mulher, e fundavam-se nas seguintes rasões:

1.ª Que a idéa de communicação é reciproca, e que, se communicando a mulher só um terço, o marido communicasse todos os seus bens, degeneraria a sociedade em leonina;

2.ª Que fôra sempre esta a praxe do fôro, e que Phebo na decisão 93.ª refere dois julgados n'este sentido, proferidos, um em 1612, e outro em 1604;

3.ª Que a ordenação, livro IV, titulo XLVI, não póde ser applicada á hypothese, vistoque ahi se trata dos conjuges que são meeiros, ou do casamento celebrado por carta de ametade, e no caso da ordenação, livro IV, titulo CV, só um conjuge fica meeiro, o que é absurdo.

Estas rasões porém são improcedentes. No *Jornal de jurispruencia*, 1.º anno, n.º 48, já nós sustentámos que a ordenação, livro IV, titulo XLVI, relativa á communhão era a regra geral, que não admittia excepção sem lei expressa que a reconhecesse, e que por isso o marido, que casasse com viuva quinquagenaria com filhos, communicava com ella todos os bens que levasse para o casal.

A reciprocidade da idéa de communhão lá apparece no casamento da quinquagenaria binuba com descendentes, em que ella communica a terça dos seus bens, e o marido todos os que possue, salvas as convenções permittidas pelas leis.

A reciprocidade da communicação não significa que os conjuges entrem para o casal com bens de igual valor, aliás o casamento por carta de ametade só poderia ter logar, quando os conjuges tivessem exactamente a mesma propriedade.

Se esta sociedade é leonina por um dos conjuges entrar com maior valor na communhão, leoninos são todos os casamentos em que os esposos não entram com haveres de igual valor.

Nem o marido, que casa com quinquagenaria binuba com filhos, póde queixar-se das restricções consignadas na ordenação, livro IV, titulo CV, e no codigo civil, artigo 1238.º, vistoque elle não póde ignorar as disposições da lei; e se, sem embargo d'isso, quiz por interesse e por ambição entrar em uma união desfavorecida pela lei, *sibi imputet*.

Ha tambem erro de apreciação emquanto se sustenta que não sendo meeiros pela ordenação, livro IV, titulo CV, os conjuges, fica excluida

a idéa da communicação; porque esta ordenação nem prohibe a meação, nem a communicação, e apenas prohibe que a viuva quinquagenaria com descendentes communique com o consorte as duas terças partes dos seus bens.

Em conformidade da nossa opinião julgou a relação de Lisboa, em accordão de 22 de fevereiro de 1851, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 1:154, e em accordão de 17 de março de 1860, publicado no mesmo jornal, n.º 3:094.

No entretanto em sentido contrario julgou a relação do Porto, em accordão de 21 de março de 1862, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 3:081.

Diz o accordão: «E comquanto a prohibição da communicação e alheação n'ella prescripta seja só expressa a respeito dos bens da mulher, e não dos do marido, nem por isso póde d'ahi inferir-se que ácerca d'estes não existe a mesma prohibição, e que por consequencia a communicação deve operar-se: e não só porque uma tal conclusão estava em manifesta opposição com a doutrina, e pratica mais geral de julgar, que é a melhor interprete das leis, e que não deve abandonar-se por algum julgado recente em contrario; mas porque ella destruiria pela raiz esse inconcusso principio da mutua reciprocidade em que assenta necessariamente a communicação entre os conjuges, e nos levaria ao absurdo de julgar, que uma lei civil póde admittir o principio de uma sociedade, ou de um contrato em que um dos socios ou contrahentes tem tudo a ganhar, e o outro tudo a perder, como aconteceria necessariamente n'este, e em casos identicos».

A doutrina consignada no accordão é, em nosso entender, contraria ao disposto na ordenação. Mas em todo o caso o artigo 1238.º veiu terminar o estado de incerteza da jurisprudencia sobre este ponto.

O pensamento do legislador n'aquelle artigo foi remover a duvida que havia pelo direito anterior, — se, communicando o binubo com filhos apenas o terço dos bens, o outro conjuge devia communicar tambem só o terço ou a totalidade d'elles; e o codigo firmou a opinião de que o conjuge, que não tem filhos, communica todos os seus bens, salva convenção em contrario, comquanto o outro só communique o terço, em conformidade do disposto no artigo 1235.º, que *será sempre mantido*.

Assim, se não houver pacto dotal, ou qualquer outra convenção, que por alguma fórma importe separação de bens, o casamento entre dois individuos, um dos quaes tem descendentes de anterior matrimonio, e o outro não, é segundo o costume do reino, com a unica restricção de que o que tem filhos não póde communicar nem doar *inter vivos* ou por morte ao outro, aindaque posteriormente falleçam os seus descendentes, mais da terça dos bens, que tinha ao tempo do casamento, e depois houve dos seus parentes por titulo gratuito.

O fim da lei é desfavorecer os casamentos contrahidos pelos binubos, que se reputam celebrados mais pelo desejo de riqueza, do que por affecto dos esposos, como largamente se exprime a lei de 9 de setembro de 1769 no § 29.º

De outro modo parece que se estabelecia n'este artigo um novo typo de regimen matrimonial, que o codigo não previu nas hypotheses mencionadas, artigos 1098.º a 1102.º

As restricções estabelecidas no artigo 1235.º pois respeitam só ao conjuge que casou segunda vez, tendo descendentes, ou a ambos, se ambos os tinham, mas não ao que não tinha descendentes.

Pela liberdade de convenção, que o artigo 1238.º deixa aos conjuges em harmonia com o artigo 1096.º, póde estipular-se até que seja

commum só a terça do binubo com descendentes, e que seja dotal, ou inteiramente alheio á communhão o patrimonio do outro, que não tem descendentes; aindaque sem embargo de todas as restricções não é possivel tambem coarctar tanto a liberdade de contratar, que não haja logar a alguns dos muitos abusos, que o legislador quiz evitar.

O artigo 1238.º pois não veiu alterar o artigo 1235.º, nem estabelecer hypothese diversa da ali regulada, mas apenas declarar que devem presumir-se celebrados segundo o costume do reino os casamentos a que se refere o artigo 1235.º

Como n'esta secção se tratava de um casamento especial, e podia levantar-se duvida ácerca da lei por que devia reger-se, na falta de pacto antenupcial, veiu o artigo 1238.º ordenar que esse casamento seria regulado segundo o costume do reino, debaixo da clausula porém de que o varão ou a mulher que tivesse filhos de anterior matrimonio só poderia communicar com o outro conjuge a parte em que era possivel a communicação, isto é, a terça, como determina o artigo 1235.º

Portanto se os binubos casam sem contrato antenupcial, e ambos têem descendentes successiveis, só communicam entre si a terça de seus respectivos bens, artigo 1235.º

Se um d'elles tem descendentes, e o outro não, entram em communhão todos os bens d'este, e a terça d'aquelle.

Todas estas duvidas nascem de parecer repugnante que sejam *incommunicaveis* os bens do conjuge com filhos de anterior matrimonio, e *communicaveis* os bens do conjuge sem descendentes de leito anterior.

Póde porém dar-se este regimen matrimonial por força do disposto no artigo 1096.º, aindaque nenhum dos conjuges seja binubo com filhos de anterior matrimonio, se assim o convencionarem. Permitte de certo o artigo 1096.º e não é contrario aos artigos 1103.º e 1104.º, o estipular-se na convenção antenupcial que os bens de um dos conjuges serão incommunicaveis, e os do outro não. Pela força da lei só são incommunicaveis os bens de ambos os conjuges no regimen de separação de bens, artigo 1126.º, na simples communhão de adquiridos, artigo 1130.º, e no regimen dotal, artigos 1153.º e 1155.º Mas não ha repugnancia alguma juridica, em que por effeito de contrato se declarem communicaveis os de um conjuge e incommunicaveis os do outro, comquanto deva ser pouco usada similhante convenção.

Se um dos conjuges tem descendentes de anterior matrimonio, e o outro não, determina o artigo 1238.º que o casamento, salva convenção em contrario, se rege segundo o costume do reino.

Suppunhamos porém que ambos os conjuges têem descendentes de anterior matrimonio, e que casaram sem contrato, qual é o regimen matrimonial dos bens? Deve reputar-se celebrado tambem segundo o costume do reino, com as modificações estabelecidas nos artigos 1235.º a 1237.º, vista a regra prescripta no artigo 1098.º Todos os casamentos a que se referem os artigos collocados sob a secção, que tem por epigraphe «*Das segundas nupcias*», se reputam feitos segundo o costume do reino com as unicas modificações determinadas na respectiva secção, se não houve contrato antenupcial.

Na expressão «*filhos*» empregada no artigo 1238.º devem julgar-se comprehendidos, por analogia e identidade de rasão, os descendentes d'esses filhos. Os redactores do codigo, seguindo o seu costume de variarem constantemente a linguagem juridica para significarem a mesma idéa, fallam no artigo 1235.º do binubo com *filhos* ou *outros descendentes successiveis de anterior matrimonio*, no artigo 1238.º do

binubo com *filhos de anterior matrimonio*, omittindo as expressões «*outros descendentes*», e no artigo 1237.º da binuba quinquagenaria *com filhos e descendentes*, sem se distinguir, se são de anterior matrimonio, ou perfilhados!

O artigo 1239.º contém a acertada disposição de que, salvas as excepções prescriptas na respectiva secção, é applicavel ao segundo matrimonio o que se legislou para o primeiro; e assim, como complemento d'esta regra, é applicavel ao terceiro e seguintes matrimonios o que se legislou para o segundo.

Mas d'aqui não se segue, como já se tem entendido que o *trinubo* não poderá trazer para a communhão senão a terça da terça, porque elle não ficou privado das outras duas terças pela celebração do segundo matrimonio; e com a dissolução do segundo matrimonio a restricção da incommunicabilidade acabou. Em qualquer dos matrimonios subsequentes ao primeiro elle communica sempre a terça dos bens communicaveis, com que entrar para o casal.

Das palavras do artigo 1238.º «*não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino, salvo o disposto n'esta secção, que será sempre mantido*» conclue-se que os esposos podem casar com separação de bens, com simples communhão de adquiridos, ou pelo regimen dotal, uma vez que façam as necessarias declarações; mas que, se as não fizerem, entende-se que casam segundo o costume do reino, *salvo o disposto na secção em que se trata das segundas nupcias*; e como, segundo o disposto n'esta secção, o conjuge binubo não póde doar ao outro, nem communicar com elle as duas terças partes dos seus bens, segue-se que em tudo o mais o casamento é contrahido na conformidade do costume do reino, e por isso com a communhão de todos os bens do conjuge não binubo.

Demais, o artigo 1239.º manda applicar ao segundo matrimonio *tudo o mais que fica disposto relativamente ao primeiro*; e, como não se prohibe n'esta secção a communhão de todos os bens do marido, infere-se que esta materia está sujeita á disposição geral do contrato matrimonial, que estabelece a communhão na totalidade dos bens dos conjuges.

Se o codigo quizesse exceptuar, n'estas circumstancias, da communhão as duas terças dos bens do marido, não deixaria de o indicar no artigo 1109.º Ora este artigo só exceptua de communhão as duas terças partes dos bens que possuir o conjuge que passar a segundas nupcias, ou dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior matrimonio, filhos ou outros descendentes, comprehendendo assim as duas terças partes dos bens, que tiver a quinquagenaria binuba, as quaes ella não póde communicar, porque as não póde alhear *por titulo algum*, artigo 1237.º, e não exceptua de communhão as duas terças partes dos bens do esposo, que com ella casa, se elle não é viuvo com filhos de anterior matrimonio, porque n'este caso tambem não communica com a quinquagenaria binuba mais do que a terça dos seus bens por força do disposto no artigo 1235.º

Por direito anterior havia quem sustentasse que o casamento da viuva quinquagenaria com descendentes de leito anterior, era contrahido com inteira separação de bens, não havendo communicação, nem mesmo da terça; e adduziam-se em reforço d'esta opinião as seguintes rasões:

1.ª Que a ordenação, livro IV, titulo CV, nas palavras «*não poderá alhear por titulo algum que seja em sua vida nem ao tempo da sua morte as duas partes dos bens*» dava a entender que podia a mulher na constancia do matrimonio alhear a outra terça parte, o que só-

mente se podia realisar, sendo o casamento contrahido com separação de bens;

2.ª Que a ordenação, livro IV, titulo LXXXI, permittindo ás binubas quinquagenarias a livre disposição da terça, manifestamente provava que essa terça se não communicava.

Porém o facto de ser permittido á binuba quinquagenaria a alheação da terça prova que ella se communica, porque a communicação é uma fórma especial de alienação.

A ordenação, livro IV, titulo LXXXI, especificando as pessoas, a quem não é permittido fazer testamento, não menciona a binuba quinquagenaria.

Portanto, ainda mesmo que a binuba quinquagenaria tivesse descendentes de anterior matrimonio, bem podia dispor da sua terça, e por isso nada embaraçava que ella a communicasse.

No entretanto a relação do Porto, no citado accordão de 21 de março de 1862, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 3:081, julgou que ella nem a terça communicava com o marido, porque permittindo a ordenação á mulher dispor da terça, como lhe aprouver, «poderá testar á vontade», diz a mesma lei, *essa communicação é impossivel*, porque tanto a póde testar ao marido, como a qualquer outra pessoa, ainda estranha.

Tambem depois da promulgação do codigo se levantou a duvida se o casamento da binuba quinquagenaria com descendentes de outro leito é celebrado com separação de bens, sendo incommunicavel com o marido mesmo a terça, vistoque o artigo 1237.º emprega as palavras «*não poderá alhear*», e não as palavras «*não poderá communicar*», usadas no artigo 1235.º, vista a disposição do artigo 1109.º

Não póde realmente negar-se esta diversidade de redacção, que já se encontrava no projecto primitivo nos artigos 1285.º e 1287.º, correspondentes aos artigos 1235.º e 1237.º do codigo.

Porém esta diversidade de redacção não é de ordem a influir no pensamento. O artigo 1235.º foi introduzido de novo. E o artigo 1237.º, reproduzindo a doutrina da ordenação, livro IV, titulo CV, deixou-se influenciar da sua redacção.

O artigo 1109.º, fallando dos bens exceptuados da communhão, não se refere ás duas terças partes dos bens da viuva quinquagenaria, nem d'isso necessitava; porque, desde que a lei lhe prohibia a alienação, prohibida estava a communhão d'elles.

Finalmente os artigos 1238.º e 1239.º tiram todas as duvidas sobre a verdade da nossa opinião.

Quando o codigo prohibe a doação e a alheação, nos termos dos artigos 1235.º e 1237.º, abrange n'esta prohibição a disposição nos pactos antenupciaes.

A obrigação, que tem o pae binubo, de deixar aos filhos de qualquer matrimonio o que houve do respectivo consorte, tem por fim menos o vingar a injuria feita á memoria do defunto, do que proteger os filhos do anterior matrimonio, ordinariamente desfavorecidos pelo pae binubo.

Convem notar que a disposição d'estes numeros do artigo 1109.º e a do artigo 1235.º é applicavel unicamente aos casamentos celebrados depois da promulgação do codigo. Se um viuvo com filhos do primeiro matrimonio contrahiu segundas nupcias antes do codigo, sem pactos exclusivos de communhão, ainda que falleça na vigencia do codigo, communica todos os seus bens [illegible] municaveis com o conjuge, sem embargo do disposto no artigo 1235.º, cuja doutrina restrictiva não existia no direito anterior. Os direitos provenientes do matrimonio,

que são relativos aos bens, devem ser regulados pela lei vigente ao tempo da celebração do casamento.

5.º, etc. Os vestidos e roupas do uso pessoal do conjuge, pela sua natureza propria, não podem servir perfeitamente senão para uso do conjuge a quem pertencem, e por isso são declarados incommunicaveis.

As joias esponsalicias estão quasi nas mesmas circumstancias dos vestidos e roupas; e alem d'isso têem a natureza de bens proprios os bens doados pelos esposados um ao outro, como a têem os doados pelos conjuges na constancia do matrimonio, artigo 1183.º, porque de outro modo inutil e sem effeito seria a doação.

Os bens doados entre conjuges não podem deixar de ser tidos como proprios. Como *dotaes* não podem ser considerados, porque o dote não póde ser augmentado durante o casamento, artigos 1105.º e 1151.º, salvo o caso especial previsto em o n.º 6.º do artigo 1149.º; nem tambem como bens *communs*, porque n'esse caso o conjuge doador doaria a si proprio metade da doação, o que seria absurdo.

O distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, sustenta que ainda hoje se acha em vigor o decreto de 17 de julho de 1778.º, que determinou que as prendas e joias, que o esposo dá á esposa antes do matrimonio, não possam exceder o valor de 3:200$000 réis.

Effectivamente esta providencia fôra introduzida para evitar nos casamentos aristocraticos o excessivo luxo de presentes de noivado, que muitas vezes acarretavam a ruina das casas nobres que os faziam.

Não podemos porém subscrever a similhante opinião. Não só a lei que approvou o codigo revogou toda a legisl .. .. anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, mas tambem o artigo, que exclue da communhão só os vestidos e roupas do *uso pessoal* dos esposos, com relação ás joias esponsalicias não faz restricção alguma.

Em todo o caso essas *joias*, a que tambem se dá o nome de *presentes*, *dadivas* e *prendas*, restituem-se, se o casamento não chega a realisar-se, entregando cada um as que recebeu, qualquer que fosse o que desse causa á não realisação do casamento.

§ unico, etc. A incommunicabilidade refere-se unicamente ao capital. Os rendimentos existentes, por exemplo, ao tempo da morte de um dos conjuges, e provenientes só dos seus bens, são igualmente partidos entre os seus herdeiros e o outro conjuge.

Estes rendimentos e fructos foram vencidos na constancia do matrimonio, quando estava em vigor o systema da communhão, e por isso hão de repartir-se em attenção á sua natureza de valores communs.

As *bemfeitorias*, quando são ordinarias e destinadas á conservação da cousa, com ella se confundem, e seguem a sua natureza. Porém, se são extraordinarias e tendem a augmentar o valor do predio, como se são representadas por edificações sobre o solo, são consideradas á parte, como distinctas do valor principal, para o effeito da communicabilidade e das partilhas, nos termos dos artigos 2075.º, 2097.º e 2113.º

O preço do prazo é igualmente communicavel, comquanto o prazo passe precipuo ao successor. Assim o prazo comprado por 1:000$000 réis na constancia do matrimonio passa precipuo ao successor, sem elle ser obrigado a repor ao casal, aindaque o praso valha 100:000$000 réis, mais do que o preço que elle realmente *custou*, isto é, mais do que o valor em que o casal foi desfalcado pela acquisição do prazo; e se o valor do prazo for menor do que o custo, não é obrigado a conferir mais do que o valor, nos termos do artigo 2114.º

Porém esta doutrina, como applicavel unicamente aos prazos de vidas que foram extinctos pelo codigo civil, só póde referir-se aos nomeados com reserva de usufructo, ou por acto revogavel antes da promulgação do codigo, e que foram ou têem de ser tomados em conta em partilhas feitas posteriormente á sua publicação. Todos os prazos comprados depois da publicação do codigo ficam com a natureza de bens allodiaes, e ha de calcular-se na partilha, não o preço da compra, ou seu valor, mas o seu valor real ao tempo da mesma partilha.

Não concluiremos o exame das doutrinas contidas n'este artigo sem tocarmos uma questão muito importante, e de frequente applicação na pratica. A questão é a seguinte: os bens desvinculados, em virtude das disposições da lei de 30 de julho de 1860, ou seja por falta de registo, ou por falta de rendimento legal, ou por effeito do disposto nos artigos 1.º, 15.º e 22.º da mesma lei communicam-se com o outro conjuge, no caso de ter sido celebrado o casamento sem pactos exclusivos de communhão?

As disposições da lei, a que havemos de soccorrer-nos para resolver a questão, são as seguintes:

«Artigo 1.º Ficam *desde já* livres e allodiaes *no dominio e posse dos actuaes administradores:*» etc.

Art. 4.º *Ficam abolidos* todos os morgados ou capellas que não tiverem de rendimento liquido annual 400$000 réis, ou d'ahi para cima.

Art. 6.º *Ficam abolidos* todos os morgados ou capellas, ou a parte dos mesmos, constituidos em dominios uteis de prazos, quer precedesse quer não licença dos senhorios directos.

Art. 9.º *Ficam abolidos* todos os morgados e capellas que não forem registados no praso de dois annos no registo que se deve fazer nos governos civis dos districtos onde os bens estão situados.

Art. 12.º Todos os bens desvinculados em virtude das disposições dos artigos 1.º, 4.º e 6.º ficam *desde já livres e allodiaes.*

Art. 13.º Os bens desvinculados em virtude dos artigos 15.º e 22.º ficam, logoque assim sejam declarados, *livres e allodiaes em poder* dos actuaes administradores.

§ 1.º Se porém estes, ao tempo da promulgação da presente lei, tiverem immediatos successores maiores ou por qualquer fórma *sui juris*, metade dos ditos bens continuará a conservar a natureza vincular até que passando, pela morte dos actuaes administradores, para os que hoje são seus immediatos successores, se torne *então livre e allodial.*

§ 2.º Se o immediato successor tiver filhos ao tempo da promulgação da presente lei, os ditos bens conservarão na sua totalidade a natureza vincular até que passando, pela morte do actual administrador, para o que hoje é seu immediato successor, se torne *então livre e allodial.*

Art. 15.º É permittido a qualquer administrador de vinculo abolir a sua natureza vinenlar.

Art. 20.º Em caso que seja decretada a expropriação por utilidade publica de qualquer predio, ou parte de predio pertencente a qualquer vinculo, os bens que tenham de ser expropriados ficam *desde logo livres e allodiaes*, e ser-lhes-hão applicaveis as disposições do artigo 2.º

Art. 21.º Os bens desvinculados em virtude das disposições d'esta lei tomam a natureza de *livres e allodiaes em poder do administrador*, que até então os tinha como vinculados, salvas as excepções marcadas n'esta mesma lei.

Art. 22.º, § unico. Extincta esta ordem de successão, os bens dos vinculos ficam *livres e allodiaes em poder do ultimo administrador.*

Examinemos agora, em presença das disposições transcriptas da lei de 30 de julho de 1860, se os bens desvinculados por força do disposto na mesma lei se communicam ou não entre os conjuges que casaram sem contrato antenupcial.

Os que seguem a negativa dizem:

1.º Que o casamento segundo o costume do reino confere a cada um dos conjuges direito á meação dos bens livres e allodiaes *existentes ao tempo da sua celebração*, e de todos os *adquiridos* na constancia do matrimonio, e que os bens desvinculados não se communicaram ao tempo do casamento, porque eram então incommunicaveis; nem podem communicar-se como *adquiridos*, porque a desvinculação não é verdadeira *acquisição*, mas a *isenção* de um onus, ou uma *modificação no modo de ser da propriedade d'estes bens*.

2.º Que o artigo 7.º da referida lei, designando as pessoas competentes para requererem a abolição dos vinculos, menciona o administrador do morgado ou capella, e quaesquer dos seus legitimos e presumptivos herdeiros na linha ascendente, descendente ou collateral, e não falla no *conjuge* do administrador do morgado; d'onde se infere que o legislador não o reputou directamente interessado n'estas abolições.

3.º Que o artigo 13.º da lei de 30 de julho de 1860 determina que os bens desvinculados, em virtude dos artigos 15.º e 22.º, ficam desde logo livres e allodiaes *em poder dos actuaes administradores*, e que a palavra «*administradores*» mostra que a lei restringiu só a estes o direito aos bens do vinculo declarados livres e allodiaes; e que finalmente o artigo 21.º se exprime nos mesmos termos e com a mesma redacção.

4.º Que a lei de 19 de maio de 1863 dispõe, no § 1.º do artigo 6.º, que ao conjuge do administrador do vinculo não compete direito á meação nos bens desvinculados; e que, comquanto não tenha effeito retroactivo a lei, póde todavia considerar-se este § como interpretação authentica da lei de 30 de julho de 1860.

5.º Finalmente, que nunca foi estylo do reino communicarem-se entre os conjuges, casados por carta de metade, os bens de vinculos, abolidos por falta de rendimento legal, estylo que deverá observar-se, no silencio da lei, apesar de não se encontrar nos rigorosos termos da lei de 18 de agosto de 1769, § 14.º

Nós porém seguimos opinião contraria. As palavras «*em poder dos actuaes administradores*» não significam que fique restricto a estes o direito sobre os bens, mas sim que o administrador deixa de ter um direito limitado sobre os bens para ter o *dominio* e a *posse*, como determina o artigo 1.º

Em varios artigos dispõe a mesma lei que os bens vinculados se tornarão livres e allodiaes, sem acrescentar as palavras «*em poder dos administradores*», o que bem significa que o pensamento do legislador fôra apenas decretar a allodialidade dos bens, deixando ás disposições do direito commum o regular as consequencias d'essa allodialidade.

Demais, o que obstava á communicabilidade d'esses bens era a circumstancia de estarem onerados com o encargo vincular. Portanto, desapparecendo este devem communicar-se, como se communicam os prazos de vidas, desde que perdem este caracter e revestem a natureza de hereditarios puros.

Recorrendo-se, no silencio das leis de 30 de julho de 1860 e de 19 de maio de 1863 a este respeito, aos casos analogos, vemos que o codigo, declarando phateosins os prazos de vidas *em poder* dos emphytentas ao tempo da promulgação do codigo, artigo 1697.º, os declara desde logo communicaveis, artigo 1109.º n.º 1.º

O juiz de direito de Angra do Heroismo em despacho de 10 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 220, declara, referindo-se a Lobão, *Morg.* cap. 6.º § 8.º, que foi sempre esta a praxe de julgar.

Tambem n'este mesmo despacho aquelle juiz declara que em hypotheses identicas tem assim ordenado as partilhas, sendo estas approvadas superiormente e até pelo supremo tribunal de justiça.

Finalmente, os jornaes juridicos, como a *Gazeta dos tribunaes*, o *Jornal de jurisprudencia*, cuja publicação está suspensa, e o *Direito*, sustentam esta mesma opinião.

Todavia o supremo tribunal de justica, em accordão de 22 de dezembro de 1868, por unanimidade negou a revista interposta contra o accordão da relação do Porto de 21 de junho de 1867, que havia julgado que o conjuge não communicava nos bens desvinculados em virtude das disposições da lei de 30 de junho de 1860.

Convem igualmente notar que a existencia dos bens vinculados para este effeito se prova independentemente de certidão do registo vincular. Seria absurdo exigir a certidão do registo vincular para provar a existencia de bens, que foram vinculados, e que actualmente se acham desvinculados exactamente por não se ter feito o competente registo.

Portanto, para provar a vinculação de bens, que forem desvinculados, é escusado, e até impossivel, apresentar a certidão do registo. Para provar que a vinculação dos bens continuou ainda depois de findo o praso marcado pela lei de 30 de julho de 1860 e regulamento de 19 de janeiro de 1861, é que é absolutamente indispensavel apresentar certidão do registo vincular; registo que admitte prova em contrario, mas que subsiste e produz todos os seus effeitos emquanto não for devidamente cancellado, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 3 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 43 do mesmo anno.

Diz o accordão: «Provando-se pelo registo vincular a natureza vincular dos bens onerados com o mencionado legado, sem admissão e com exclusão de outra prova em contrario, lei de 30 julho de 1860, artigo 36.º;

«E devendo o referido registo considerar-se valido e sortir plenamente, emquanto não for competentemente julgado nullo e mandado cancellar e effectivamente cancellado»; etc.

A questão se o conjuge tem ou não meação nos bens, desvinculados por falta de registo, deve ser decidida no juizo do inventario em conformidade do disposto no artigo 2087.º; e n'este sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 12 de novembro de 1871.

Diz o accordão: «Attendendo outrosim a que a questão se a viuva devia ou não ter meação nos bens desvinculados é puramente um ponto de direito, que deve ser resolvido em vista da lei, ou na sua falta *segundo as regras preceitadas* no artigo 16.º do codigo civil, e não em juizo controverso, por isso que as partes se achavam de accordo sobre a materia do facto a que inconvenientemente se refere o artigo 299.º § 3.º da reforma judiciaria, bem como o artigo 2087.º do codigo»; etc.

Só quando as partes não estão de accordo sobre o facto de existirem no casal bens desvinculados, nos termos da lei de 30 de julho de 1860, e elle não está provado, em conformidade do artigo 2087.º, é que são remettidas as partes para o juizo contencioso.

Tambem em juizo controverso se ha de averiguar *quaes* são esses bens desvinculados, se não podérem apurar-se no processo do inventario com o auxilio da prova determinada no citado artigo 2087.º

Art. 1110.º São igualmente incommunicaveis as dividas dos esposos, anteriores ao matrimonio, excepto:

1.º Se o outro consorte estiver pessoalmente obrigado, ou quizer obrigar-se ao pagamento d'ellas;

2.º Se tiverem sido applicadas em proveito commum dos conjuges.

Art. 1111.º Comprehendem-se entre as dividas anteriores, as que resultam de qualquer facto anterior dos consortes, ainda que a obrigação de pagar só venha a tornar-se effectiva na constancia do matrimonio.

Art. 1112.º Os credores pelas dividas mencionadas nos artigos precedentes podem, todavia, fazer-se pagar, não chegando os bens trazidos para o casal pelo devedor, pela sua metade dos adquiridos, mas só depois de dissolvido o matrimonio, ou havendo separação.

(Vid. artigos 1129.º n.º 1.º, 1133.º e 1246.º) É importantissima a doutrina d'estes e dos artigos immediatos, porque comprehende um assumpto que se refere a especies muito frequentes na pratica. Era difficil esta materia no velho direito, e em clareza nada adiantou o codigo á legislação anterior, comquanto tratasse com mais largueza este objecto.

Para se conhecer a deficiencia da lei nova a este respeito basta attender a que o codigo, regulando a responsabilidade pelas dividas contrahidas pelos conjuges antes, ou depois do casamento, se refere unicamente ás dividas contrahidas no regimen da communhão, artigo 1110.º e seguintes, e ás dividas contrahidas no regimen da separação de bens, artigo 1129.º

Ácerca das dividas contrahidas no regimen da simples communhão dos adquiridos, e no regimen dotal, ou é omisso o codigo, ou são tão obscuras e deslocadas as suas disposições, que só por argumentos de inducção e de analogia podem ser resolvidas as duvidas levantadas a este respeito.

As dividas anteriores ao casamento, ou no regimen da communhão, artigo 1110.º, ou no regimen da separação, artigo 1129.º n.º 1.º, são incommunicaveis, e serão pagas pelos bens do conjuge devedor. Os encargos nascidos antes da sociedade matrimonial não podem pesar sobre esta, por mais privilegiados que sejam.

Se algum dos conjuges tinha contrahido dividas antes do casamento, ainda que o praso do vencimento chegue só depois de celebrado o matrimonio, tambem não pesam sobre o outro conjuge.

No mesmo sentido providenciava já a nossa antiga legislação, porque a ordenação, livro IV, titulo XCV, § 4.º, determinava que os credores por taes dividas durante o matrimonio só poderiam penhorar os bens com que o conjuge devedor entrasse para o casal, e a sua ametade nos adquiridos.

O fim de similhante disposição é evidentemente obstar a que um dos conjuges traga para o casal mais dividas do que valores, e a que o outro veja consumidos os seus bens por dividas com que não lucrou; e apoia-se no principio de que quem tem os commodos deve ter os incommodos.

Esta regra tem apenas duas excepções. A primeira é se o conjuge não devedor se obrigou ou quizer obrigar-se ao pagamento d'ellas; a segunda é, se foram applicadas em proveito commum dos conjuges, como em despezas com a dispensa para o casamento, etc.

No primeiro caso o consorte, que se obriga, contrahe uma divida sua, e no segundo caso dá-se a justa retribuição de haver auferido vantagem da divida.

As dividas quanto ao capital são pessoaes; contrahiu-as o devedor, ha de o devedor paga-las. Um dos conjuges é devedor, ao tempo da celebração do casamento, de um credito hypothecario com estipulação de juros: o pagamento do capital, e dos juros vencidos antes do matrimonio, fica a cargo d'elle; mas os juros vencidos depois de constituida a sociedade matrimonial são por conta da communhão.

Os juros vencidos posteriormente ao casamento communicam-se, porque representam os lucros que o devedor aufere dos valores em divida, e sobretudo porque são encargos vencidos periodicamente, e portanto dividas já contrahidas na constancia do matrimonio, artigo 1115.º n.º 2.º

Para ser sujeita ás dividas contrahidas antes do matrimonio a meação nos adquiridos do conjuge devedor, exige o codigo duas condições: 1.ª, que os bens por elle trazidos para o casal não cheguem para o pagamento das dividas; 2.ª, que haja dissolução do matrimonio, ou separação de bens.

Na sociedade universal de todos os bens presentes e futuros a communhão vae ainda mais longe do que na sociedade matrimonial segundo o costume do reino, porque ali communicam-se, e ficam pesando sobre a sociedade todas as dividas dos socios, até as anteriores ao contrato social, artigo 1246.º, pela rasão dada por Rogron, e para nós mais especiosa do que solida, de que levando cada socio todos os seus bens para a sociedade, a cargo d'esta devem ficar tambem todas as dividas. Apenas se exceptuam d'esta communhão as provenientes de delicto ou de facto reprovado pelas leis, citado artigo 1246.º, como no casamento por costume do reino, artigo 1115.º n.º 1.º

A nossa ordenação dispunha de outro modo, determinando no liv. 4.º, tit. 44.º, §§ 10.º e 11.º, que as dividas feitas por causa da sociedade d'ella se haviam de pagar, ainda que a esse tempo estivesse já acabada, assim como da sociedade havia de sair a perda, que houvesse nas cousas d'ella, ou que qualquer socio soffresse nas suas por causa d'ella, e que a sociedade havia de pagar toda a despeza feita em seu beneficio, mas não o que qualquer socio gastasse fóra da companhia, ainda que fosse em algum acontecimento que tivesse origem por occasião da companhia.

Os credores não podem executar em pagamento dos creditos, que pesam sobre um dos conjuges sómente, senão os bens proprios d'este, e a sua ametade dos adquiridos, mas não podem requerer inventario para se verificar e liquidar esta meação. Hão de esperar que o inventario se faça ou pela dissolução do matrimonio, quer por morte de algum dos conjuges, quer por annullação do casamento, ou pela interrupção da sociedade conjugal tanto com separação de pessoas e bens, como com simples separação judicial de bens, vista a generalidade do final do artigo 1112.º, ainda entendido em harmonia com o final do § 1.º do artigo 1114.º

Assim o codigo torna exequivel o seu preceito em condições mais

desfavoraveis do que as prescriptas na ordenação, livro IV, titulo XCV, que não restringia o direito dos crédores a exigirem o pagamento só n'aquelles dois casos, e que os auctorisava a fazerem liquidar em qualquer occasião a meação do conjuge devedor para n'ella se fazer execução.

A citada ordenação liv. 4.º, tit. 95.º dispunha assim no § 4.º «E declarâmos que, postoque os bens sejam communicados entre o marido e a mulher, tanto que casam simplesmente, ou por carta de metade, se ao tempo que casaram cada um d'elles tinha dividas, que devesse a credores, não será obrigado o outro ás ditas dividas em tempo algum, nem se fará execução nos bens, que trouxer, em parte, nem em todo, emquanto o matrimonio entre elles durar: sómente se poderá pôr execução, durando o matrimonio, nos bens, que aquelle, que assim era devedor, trouxe comsigo ao tempo, que casou, e na metade dos bens, que depois de casados forem adquiridos».

Na pratica já vimos julgar, com fundamento n'esta mesma ordenação, que os bens adquiridos pelo conjuge não devedor eram responsaveis, depois de dissolvido o matrimonio, pelas dividas contrahidas pelo outro antes da celebração do casamento; decisão abertamente contraria ao espirito da lei.

Em virtude dos mesmos principios reconhecidos no artigo 1110.º tambem no casamento com simples communhão de adquiridos as dividas contrahidas por algum dos conjuges antes do matrimonio, e pagas pelos adquiridos, serão levadas em conta na meação do conjuge devedor, artigo 1133.º

Por maioria de rasão no regimen dotal só os bens do conjuge devedor respondem pelas dividas anteriores ao matrimonio, argumento dos artigos 1149.º, 1153.º e 1155.º

O artigo 1112.º, fallando dos bens trazidos para o casal pelo conjuge devedor, e da sua metade dos adquiridos, não allude aos bens *proprios* que podem advir ao conjuge durante a constancia do matrimonio, ou por doação, ou por disposição de ultima vontade, ou por qualquer outro titulo, e que estão sujeitos ás suas dividas, como os por elle trazidos para o casal, podendo fazer-se n'elles desde logo execução, independentemente da dissolução do matrimonio ou da separação.

As palavras «*pelos bens*» empregadas em o n.º 1.º do artigo 1129.º, referem-se igualmente, não só aos bens *proprios* do conjuge devedor, tanto trazidos para o casal, como supervenientes na constancia do matrimonio, mas tambem á sua meação nos adquiridos, isto é, referem-se a todos os bens comprehendidos no artigo 1112.º, segundo a explicação que lhe démos. E esta nossa opinião até vae de accordo com o preceituado no artigo 1220.º

As duas excepções mencionadas nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1110.º são applicaveis só ao regimen da communhão, ou tambem ao da separação de bens, da simples communhão dos adquiridos, e do systema dotal?

A primeira excepção é, em vista dos principios que determinam e regulam a materia de contratos, evidentemente applicavel a todos os regimens matrimoniaes; e a segunda é de rasão que se applique tambem aos outros systemas de casamento, salvo apenas, no regimen dotal, o principio consignado no artigo 1149.º n.º 3.º

Esta doutrina, que é expressa com relação aos casamentos segundo o costume do reino, e com separação de bens, artigo 1129.º, é igualmente applicavel ás outras fórmas de regimen matrimonial em conformidade dos principios geraes de direito.

Art. 1113.º As dividas contrahidas na constancia do matrimonio por acto ou contrato de ambos os conjuges, ou pelo marido, com outorga da mulher, ou pela mulher, com auctorisação do marido, ou pela mulher só, nos casos em que é permittido pelo artigo 1116.º, são communicaveis.

§ 1.º Se os bens communs não forem sufficientes para o pagamento das dividas de que trata este artigo, ficarão a elle sujeitos os bens proprios de qualquer dos conjuges.

§ 2.º O conjuge que for obrigado a pagar pelos seus bens proprios qualquer das referidas dividas, ou a maior parte d'ellas, terá regresso contra o outro, para ser indemnisado pelos bens proprios d'este, se os tiver, do que pagou alem da metade que lhe pertencia.

Art. 1114.º Ás dividas contrahidas pelo marido na constancia do matrimonio, sem outorga da mulher, ficam obrigados os bens proprios do marido.

§ 1.º Na falta de bens proprios do marido, as referidas dividas serão pagas pela meação d'elle nos bens communs. N'este caso, porém, o dito pagamento só poderá ser exigido depois de dissolvido o matrimonio, ou havendo separação de bens entre os conjuges.

§ 2.º Mas, se as dividas tiverem sido applicadas em proveito commum dos conjuges, ou contrahidas na ausencia ou no impedimento da mulher, não permittindo o fim para que foram contrahidas, que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento, ficam os bens communs obrigados ao pagamento d'ellas.

Art. 1115.º Tanto em relação ao marido, como em relação á mulher, o que fica disposto no artigo antecedente é tambem applicavel:

1.º Ás dividas provenientes de crimes ou de factos illicitos, praticados por algum dos conjuges;

2.º Ás dividas que onerarem bens incommunicaveis, não sendo por juros, fóros, censos ou quinhões, vencidos depois da acquisição d'esses bens.

Art. 1116.º A mulher não póde contrahir dividas sem auctorisação do marido, excepto estando elle ausente ou impedido, e se o fim para que a divida foi contrahida, não permitte que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento.

(Vid. artigos 1129.º n.ºs 2.º a 4.º, 1193.º, 1198.º, 1199.º, 1230.º, 1285.º n.º 2.º e § unico, e 2376.º) No regimen da communhão era rasoavel que fossem communs as dividas contrahidas na constancia do matrimonio; e tão longe vae esta disposição, que ao pagamento da divida commum não só estão sujeitos os bens communs, mas não chegando

estes, ficam sujeitos os bens proprios de cada um dos conjuges; e assim os bens *proprios*, que em regra estão isentos dos encargos da communhão, vem a communicar-se para o pagamento das dividas contrahidas na constancia do matrimonio. Torna-se porém indispensavel para que tanto os bens communs, como os bens proprios, fiquem obrigados ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, que se verifiquem as circumstancias previstas e especificadas nos artigos 1113.º, 1114.º e 1116.º

Já no artigo anterior notámos que o codigo, regulando a responsabilidade dos conjuges pelas dividas anteriores e posteriores ao casamento, se refere clara e positivamente n'este objecto unicamente ao regimen matrimonial segundo o costume do reino, e com separação de bens. Pelo disposto nos artigos 1113.º a 1124.º e 1129.º pois é que havemos de entender os poucos e deficientes artigos que respeitam ás dividas contrahidas antes ou durante a constancia do matrimonio, nos casamentos pelo regimen dotal, e com simples communhão dos adquiridos: e as provisões dos artigos 1113.º e 1114.º são tanto mais applicaveis ao regimen dotal, e ao regimen com simples communhão de adquiridos, quanto que determinam a responsabilidade dos bens *proprios* dos conjuges pelas dividas; e esses bens *proprios* existem ainda mais nos outros tres regimens, do que no casamento segundo o costume do reino.

As conclusões votadas pela commissão revisora, e que vem mencionadas em a nota ao artigo 1131.º da edição de 1863, e nas actas das sessões da commissão revisora de 12 e de 14 de dezembro de 1861, regulando a responsabilidade dos conjuges pelas dividas contrahidas na constancia do matrimonio, ou só pelo marido, ou só pela mulher, com ou sem auctorisação um do outro, são a base e o mais eloquente commentario a estes artigos.

N'este ponto fez o codigo profundissimas alterações no direito velho, em virtude do qual podia o marido, no casamento por carta de ametade, contrahir livremente dividas, e obrigar os bens do casal, sendo-lhe apenas necessaria, segundo o parecer mais geral, outorga da mulher para garantir com *hypotheca* essas dividas.

O codigo porém, comquanto conservasse ainda grandes desigualdades entre o marido e a mulher quanto ao direito de contrahir dividas, porque a mulher em regra não póde contrahir dividas sem outorga do marido; e o marido, qualquer que seja o regimen matrimonial, póde contrahir dividas por si sem outorga da mulher, responsabilisando os bens proprios, e a sua meação nos adquiridos, deu todavia a esta importantes garantias para a premunir contra os abusos e dissipações do marido.

As dividas contrahidas na constancia do matrimonio são *communs* ou *proprias*. Trataremos de umas e de outras.

São *communs*: 1.º, as dividas contrahidas, ou pelo marido com outorga da mulher, ou pela mulher com auctorisação do marido.

A 7.ª conclusão votada pela commissão revisora foi — que não ha rasão para fazer differença entre a contracção de dividas pelo marido com outorga da mulher, e a contracção de dividas pela mulher com auctorisação do marido.

As dividas assim contrahidas, e segundo a conclusão 8.ª, são pagas *primeiro* pelos bens communs; não havendo bens communs sufficientes, e, segundo a conclusão 9.ª, havendo-os proprios de ambos os conjuges, devem ser pagas por ambos igualmente; e não tendo (conclusão 10.ª) algum dos conjuges bens proprios, ou não os tendo sufficientes, mas tendo-os o outro, devem as dividas ser pagas por este, ficando-lhe salvo o direito de regresso em qualquer tempo em que o outro conjuge os venha a ter; e na hypothese da conclusão 9.ª, e segundo o votado na conclusão 11.ª, o credor póde fazer-se pagar pelos bens proprios de qualquer dos conjuges, salvo o regresso pela acção de indemnisação de ambos entre si.

2.º As dividas contrahidas, ou só pela mulher, ou só pelo marido, achando-se o outro ausente ou impedido, e não permittindo o fim para que são contrahidas que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do seu impedimento, artigos 1113.º, 1114.º § 2.º e 1116.º

3.º As dividas contrahidas só pelo marido, mas applicadas em proveito commum de ambos os conjuges, citado § 2.º do artigo 1114.º Esta doutrina do § 2.º do artigo 1114.º é uma transacção entre o velho direito, que obrigava os bens communs ás dividas contrahidas só pelo marido sem outorga da mulher, e os bons principios juridicos, que dão igual posição na sociedade matrimonial á mulher e ao marido, salva a este a posição de chefe.

Pela ordenação do reino as dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher obrigavam os bens communs. Pelo codigo civil as dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher só obrigam os bens communs nos mesmos casos em que os obrigam as dividas contrahidas pela mulher sem auctorisação d'elle, salva a hypothese de as dividas por elle só contrahidas terem sido applicadas em proveito commum do casal; porque estas tambem obrigam os bens communs.

4.º As dividas contrahidas no casamento com separação de bens por ambos os conjuges, que a ellas se obrigaram *conjunctamente*, artigo 1129.º n.º 2.º

N'esta fórma de casamento as obrigações contrahidas pela mulher, ainda com auctorisação do marido, se este não se obrigou *conjunctamente*, pesam unicamente sobre os bens *proprios* da mulher, citado artigo 1129.º n.º 3.º A simples auctorisação do marido para a mulher contrahir dividas, n'esta fórma de casamento, sem elle se obrigar *conjunctamente*, não o responsabilisa. Reputa-se *meramente formularia* essa auctorisação, como se infere do artigo e dos artigos 1198.º e 1199.º, e se mostra da resolução da commissão revisora, que vem mencionada em a nota ao artigo 1146.º do projecto de 1863.

Assim o marido não responde pelas obrigações que a mulher casada com separação de bens contrahiu sobre interesses privativamente seus, artigos 1129.º n.ºs 3.º e 4.º e 1198.º A auctorisação do marido n'este caso é meramente formularia, e não tem o effeito de o ligar ás obrigações resultantes do acto praticado em virtude da sua auctorisação.

O marido só responde pelas obrigações contrahidas pela mulher com auctorisação sua, se o regimen dos bens é o costume do reino, ou a simples communhão de adquiridos. O artigo 1198.º, apesar da sua collocação, não se refere só ás obrigações contrahidas por actos commerciaes, mas ás obrigações resultantes de quaesquer actos auctorisados pelo marido.

Do mesmo modo, quando a mulher praticar qualquer acto a que o marido recuse a auctorisação, e que esta seja supprida pelo juiz, fica o marido obrigado unicamente se as obrigações eram communs ou reverteram em proveito do casal, artigo 1199.º; mas no casamento com separação de bens não fica o marido responsavel pelos actos que a mulher, com auctorisação judicial, praticar sobre interesses privativamente seus, como não ficaria se fosse elle mesmo quem auctorisasse o acto.

A regra é que o marido fica responsavel em todos os actos que a mulher praticar com auctorisação judicial, sempre que elle ficaria obrigado se fosse elle mesmo quem a auctorisasse.

A contrario sensu se infere d'estes artigos que, nos casamentos com separação de bens, a outorga da mulher nas dividas contrahidas pelo marido a responsabilisa sempre, porque essa outorga nunca é formularia, vistoque o marido para contrahir dividas, em que responsabilise os seus bens, em caso nenhum carece do consentimento da mulher.

Sobre esta materia porém graves difficuldades se têem levantado na imprensa juridica. Tem-se dito, que as disposições dos artigos 1129.º n.º 3.º e 1130.º só são applicaveis ao casamento com separação de bens, quando n'elle houver tambem absoluta exclusão de communhão nos adquiridos, adduzindo-se as rasões seguintes:

1.º Que sendo applicaveis ao casamento com separação de bens as disposições do artigo 1130.º do codigo, por força do disposto no artigo 1126.º, e mandando aquelle considerar e reger os bens separados, como os proprios no casamento segundo o costume do reino, sendo assim applicavel a esses bens separados o artigo 1113.º, que sujeita, na falta de bens communs, os proprios de qualquer dos conjuges ás dividas contrahidas por ambos elles, ou pelo marido com outorga da mulher, ou pela mulher com auctorisação do marido; d'ahi se deduz que, se não se estipulou a exclusão de communhão nos adquiridos, ha a responsabilidade do marido pelas dividas contrahidas pela mulher com sua auctorisação, mesmo no casamento *com separação de bens;*

2.º Que logoque haja communhão no systema de separação de bens, já das obrigações contrahidas pela mulher póde resultar algum beneficio para casal, e portanto para o marido, e que só quando não se dê communhão alguma, é que será justa a irresponsabilidade do marido pelas dividas contrahidas pela mulher, para não soffrer em seus bens prejuizo directo, alem do indirecto, que soffre, resultante da perda dos bens da mulher, em que se tornou effectiva a responsabilidade procedente da obrigação por ella contrahida;

3.º Que permittindo o artigo 1125.º que no casamento com separação de bens haja ou não communhão nos adquiridos, ao interprete pertence applicar as disposições subsequentes, conforme as condições em que se verificar o contrato;

4.º Que no casamento por carta de ametade tambem póde haver bens proprios com rendimentos communs, artigo 1109.º § unico, e no casamento com simples communhão de adquiridos igualmente, de modo que no casamento segundo o costume do reino, e com simples communhão de adquiridos, em que ha bens proprios e rendimentos communs responde o marido pelas obrigações contrahidas pela mulher com sua auctorisação, quando no casamento com separação de bens, mas sem exclusão da communhão nos adquiridos, em que ha igualmente bens proprios e rendimentos communs, não responde o marido pelas obrigações contrahidas pela mulher com sua auctorisação!

De todas estas considerações concluem que não ha meio de harmonisar os artigos 1129.º n.º 3.º e 1198.º, entre si, e com outros artigos do codigo, senão entendendo que o marido só não responde pelas obrigações contrahidas pela mulher com a sua auctorisação no casamento com separação de bens, quando este tiver sido estipulado com absoluta exclusão de communhão nos adquiridos.

Acrescentam que não se apresenta casamento, em que haja bens ou interesses privativamente da mulher, senão quando são unicamente

seus os rendimentos dos bens proprios, e que a esta hypothese se referem as expressões *bens ou interesses privativamente seus;* porque se o legislador não quizesse exceptuar só aquelles casos, diria, como sempre tem feito, *bens proprios.*

Dizem finalmente que o artigo 1199.º leva a esta conclusão, porque responsabilisa o marido pelas obrigações contrahidas pela mulher com supprimento judicial da sua auctorisação, logoque revertam em beneficio commum, sem excluir fórma nenhuma do casamento; e que não póde admittir-se, que não haja isenção de responsabilidade, quando interveiu supprimento judicial, em que o consentimento aliás é forçado, e que a haja quando o consentimento é voluntario, isto é, que não se exceptue nenhuma especie de casamento no primeiro caso, e se exceptue no segundo.

Concluem que nem se diga que, por haver communhão nos adquiridos nos casamentos exceptuados pelo artigo 1198.º, os actos auctorisados da mulher revertem em beneficio commum; porque isto tambem tem logar nos casamentos segundo o costume do reino, e com simples commuhão de adquiridos.

No entretanto, combinando os differentes artigos do codigo, relativos ao assumpto, mostra-se, que os artigos 1127.º a 1129.º são applicaveis unicamente ao casamento *com separação de bens,* e que os artigos 1130.º a 1132.º são tambem applicaveis a este regimen matrimonial, mas só nas disposições que não contrariarem os preceitos contidos nos artigos 1127.º a 1129.º Não subscrevemos pois á opinião de que os casamentos com separação de bens só deixam de ser regidos por todas as regras relativas ao systema de matrimonio *com simples communhão de adquiridos,* quando n'elle se estipula a absoluta exclusão de communhão.

A grande duvida, que estes artigos suscitam, e que é mais difficil de remover, é se os artigos 1127.º a 1129.º, assim como são applicaveis ao casamento com separação de bens, são igualmente applicaveis ao regimen dotal, vista a redacção do artigo 1198.º, que determina que a mulher casada *por outra fórma* que não seja o costume do reino, ou a simples communhão dos adquiridos, não responsabilisa o marido nas obrigações para que este a auctorisa, se ellas foram contrahidas sobre bens ou interesses privativamente seus.

Parece assim evidente que o artigo 1198.º abrange e equipara para este effeito os dois regimens, *o da separação de bens e o dotal.*

Cremos no entretanto, sem embargo da redacção do artigo 1198.º, aliás textualmente copiada do artigo (1246.º) correspondente do projecto primitivo, que os artigos 1127.º a 1129.º só serão applicaveis ao regimen dotal, quando este reunir tambem as condições de regimen com separação de bens, visto não haver inconveniente algum em se accumularem estas duas fórmas de casamento no regimen matrimonial, e em regra o casamento com dote presume-se contrahido com separação de bens.

N'estas quatro hypotheses pois as dividas são, não só communicaveis, mas até certo ponto solidarias para marido e mulher, ficando responsaveis não só os bens communs, mas ainda os proprios de cada um, se aquelles não chegarem. Não póde conseguintemente a mulher isentar-se da obrigação pelas dividas, que a lei lhe impõe, pelo facto de renunciar á sua meação, para evitar que os credores possam obriga-la pelas referidas dividas alem das forças d'aquella.

Todas estas providencias, tendentes a limitar a responsabilidade da mulher, e a defender os seus bens contra a má administração do marido, prejudicam a faculdade que pela legislação franceza tem em certos

casos a mulher de renunciar á sua meação, para evitar a responsabilidade das dividas; faculdade que pelo nosso direito fica assim limitada.

Nem do direito de repudiar a herança póde deduzir-se argumento para justificar a renuncia á meação, porque os que repudiam a herança não têem responsabilidade alguma pelas dividas d'esta.

Quanto ás dividas contrahidas só pelo marido, ou só pela mulher, ha uma singularidade notavel. As dividas contrahidas só pela mulher, ainda em proveito commum dos conjuges, não são validas, não se dando algum dos casos previstos no artigo 1116.º, porque o § 2.º do artigo 1114.º é só applicavel ao marido, e não á mulher.

Assim os bens communs ficam obrigados ás dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher em dois casos: 1.º, de serem applicadas em proveito commum dos conjuges; 2.º, de ausencia ou impedimento da mulher, não se podendo esperar pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento.

A mulher só póde contrahir dividas sem auctorisação do marido, achando-se elle ausente ou impedido, e não permittindo o fim para que a divida é contrahida, que se espere pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento, artigos 1113.º e 1116.º; mas n'este caso ficam responsaveis tanto os bens communs, como os bens proprios de ambos os conjuges.

Em iguaes circumstancias, isto é, sendo o marido o que contrahe as dividas sem outorga da mulher, por ella estar ausente ou impedida, não obriga elle senão os bens communs e os seus proprios, mas em caso nenhum os bens proprios da mulher, como se infere do § 2.º do artigo 1114.º O artigo 1116.º não é expresso em determinar se as dividas contrahidas pela mulher na ausencia ou no impedimento do marido obrigam, alem dos bens communs, os bens proprios d'elle. Todavia o artigo 1116.º está subordinado ao artigo 1113.º, que a elle faz expressa referencia, e por isso o artigo 1113.º e seus §§ são em tudo applicaveis á hypothese prevista no artigo 1116.º

Portanto a mulher, nas dividas que contrahir sem auctorisação do marido, nos termos do artigo 1116.º, responsabilisa não só os bens communs, mas os proprios de ambos os conjuges.

Se porém as dividas são contrahidas só pelo marido, sem outorga da mulher, ainda que n'aquelles dois casos de ausencia ou de impedimento, sem que seja possivel esperar, em attenção ao destino da divida, pelo seu regresso, ou pela cessação do impedimento, ficam apenas obrigados os bens communs, e os proprios do marido, e nunca os proprios da mulher, artigo 1114.º § 2.º A responsabilidade dos bens n'estes dois casos é a mesma que se o marido sem outorga da mulher tivesse contrahido as dividas em proveito commum dos conjuges.

Deve notar-se que as dividas contrahidas pelo marido, nos termos do § 2.º do artigo 1114.º, só deixam de pesar sobre a meação da mulher nos bens communs desde o annuncio do requerimento para separação de pessoas e bens, em conformidade do artigo 1225.º do codigo, e do artigo 14.º do regulamento de 12 de maio de 1868.

É porém necessario fixar com exactidão a significação juridica das palavras «*ausencia*» e «*impedimento*».

O codigo toma aqui a *ausencia* no sentido em que se acha regulada nos artigos 55.º e seguintes, e o *impedimento* nos termos em que se acha definido nos artigos 326.º e 327.º? Entendemos que não.

Os direitos do conjuge presente, no caso de ausencia do outro julgada por sentença, estão regulados nos artigos 55.º e seguintes, assim como os direitos do conjuge tutor, no caso de interdicção do outro conjuge, estão determinados nos citados artigos 326.º e 327.º

Escusado era pois regular agora de novo esse assumpto. Mesmo a idéa de não se poder esperar *pelo regresso* do ausente indica que se sabe da sua existencia, e que d'elle ha noticias.

No nosso modo de ver, a *ausencia*, nos artigos 1114.º e 1116.º, significa apenas a não presença do conjuge no seu domicilio. Se o conjuge não está no seu domicilio, e o outro levantar dinheiro de emprestimo, por exemplo, para pagar as contribuições nos dias marcados, responsabilisa os bens communs n'aquella divida, e os proprios de ambos, se foi contrahida pela mulher, ou os communs do casal e os proprios do marido, se foi contrahida por este.

O mesmo succede se um dos conjuges está *impedido*, não por motivo de interdicção, mas por uma doença gravissima, por exemplo, que não lhe permitte intervir no emprestimo, e o outro o faz sem a sua acquiescencia. Esta especie cáe tambem dentro dos preceitos dos artigos 1113.º, 1114.º e 1116.º

Os direitos do conjuge, quando administra os bens do casal na ausencia do seu consorte, julgada por sentença, ou no impedimento, por interdicção judicial do mesmo, estão regulados já n'outra parte. Não é de certo a essas hypotheses que se referem os artigos que estamos analysando.

São dividas *proprias*:

1.º As contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, fóra dos casos previstos no § 2.º do artigo 1114.º A este respeito votou a commissão revisora as seguintes conclusões, que se acham consubstanciadas n'estes artigos: 1.º, que se o marido contrahir dividas sem outorga da mulher, só ficam obrigados ao pagamento os seus bens proprios; 2.º, que tambem ficam sujeitos os bens communs; 3.º, que porém os proprios ficam sujeitos em primeiro logar; 4.º, que todavia os bens communs não ficam obrigados durante a constancia do matrimonio, mas só depois d'elle dissolvido ou havendo separação; 5.º, que estes ficam só obrigados quanto á meação do marido.

2.º As contrahidas pela mulher sem auctorisação do marido, no regimen da separação dos bens. Só n'esta fórma de casamento é que a mulher póde contrahir dividas *proprias* sem auctorisação do marido, apesar do disposto no artigo 1193.º, que, não lhe permittindo contrahir dividas sem auctorisação do marido, salva todavia as disposições especiaes da lei. Porém n'este caso não obriga a sua meação nos bens communs. Responsabilisa apenas os seus bens mobiliarios, excepto sendo capitaes *postos a juros*, e a parte que para si houver separado dos rendimentos dos seus bens, artigos 1118.º, 1128.º e 1129.º n.º 4.º

Dividas *proprias*, sem auctorisação do marido, em nenhum outro regimen matrimonial póde contrahi-las a mulher, comquanto possa contrahir por si só, sem outorga do marido, dividas communicaveis no caso de ausencia ou de impedimento do consorte, nos termos do artigo 1116.º

Mesmo no caso em que a mulher póde contrahir dividas proprias, sem outorga do marido, não só não obriga a sua meação dos bens communs, mas nem sequer todos os bens proprios, e simples e unicamente a terça parte dos rendimentos, e os seus bens mobiliarios, exceptuados ainda os capitaes postos a juros, citados artigos 1128.º e 1129.º n.º 4.º

Do mesmo modo é nulla a confissão de divida feita por mulher casada, cujo regimen matrimonial não é o da separação de bens, e que não tem bens proprios, cuja alienação lhe seja permittida, nos termos do artigo 1128.º

São *nullas* as dividas contrahidas pela mulher sem outorga do marido, salvos os casos acima mencionados. O marido, competente para

contrahir dividas sem outorga da mulher, pela sua qualidade de chefe de familia, obriga só os bens proprios, e a sua meação nos bens communs. A mulher sem direito de administrar, e na posição de obediencia ao marido, é julgada *incapaz* para contrahir dividas, sendo assim nulla a obrigação que contrahir, e não responsabilisando nem os seus bens proprios, salvo no regimen de separação de bens.

Note-se porém que para a mulher contrahir obrigações basta a auctorisação tacita, sem ser necessaria a expressa, do marido.

Assim presume-se a auctorisação do marido na compra dos objectos naturalmente destinados ao consumo ordinario da familia; ou sejam comprados a credito, ou a prompto pagamento.

A lei não deve tratar a mulher de modo que a impossibilite de attender só por si á alimentação de seus filhos.

Não se presume esta auctorisação na compra de objectos preciosos, que não são de uso ordinario, salvo provando-se que foram empregados no uso da mulher ou da familia com conhecimento e sem reclamação do marido, como tambem se lê nos artigos 49.º a 51.º da lei hespanhola de 17 de junho de 1871.

O marido que tem conhecimento do excessivo luxo, a que a vaidade arrasta a sua consorte, e que não protesta contra elle, e antes o tolera ou consente, não tem direito á protecção da lei em prejuizo de terceiro.

A mulher nem doações condicionaes ou onerosas póde acceitar sem auctorisação do marido, e apenas no caso de recusa por parte d'este póde impetrar o supprimento judicial.

São *nullas* as obrigações contrahidas pela mulher sem auctorisação do marido fóra dos casos expressos no artigo 1116.º, mas no regimen matrimonial da communhão de bens; porque no regimen de separação de bens são validas, comquanto não responda por ellas a meação da mulher nos bens communs, mas sim e unicamente os bens mobiliarios d'ella, e a terça dos seus rendimentos, nos termos dos artigos 1128.º e 1129.º n.º 4.º

Assim a mulher casada não póde contrahir, sem auctorisação do marido, dividas *communicaveis* senão nos casos do artigo 1116.º, e dividas *proprias* senão nos precisos termos do artigo 1129.º n.º 4.º

O marido, contrahindo dividas sem outorga da mulher no casamento segundo o costume do reino, não só obriga os bens *proprios*, mas o seu quinhão nos communs, artigo 1114.º; e se se obriga sem outorga d'ella no casamento com separação de bens, apenas responsabilisa pelas obrigações assim contrahidas os bens *proprios*, e não a sua parte nos communs, artigo 1129.º n.º 3.º

A mulher casada, que só póde contrahir dividas *proprias* no regimen de separação de bens, em caso nenhum obriga o seu quinhão nos bens communs. Se as contrahe com auctorisação formularia do marido obriga todos os bens proprios; se as contrahe sem essa auctorisação, nem os bens proprios obriga todos, mas só aquelles a que se refere o artigo 1129.º n.º 4.º Porém a sua parte nos bens communs nunca fica sujeita ao pagamento de dividas *proprias*.

3.º As dividas provenientes de crimes ou de responsabilidade civil por factos illicitos, nos termos do livro I, titulo IV, capitulo I do codigo penal. Já o codigo penal no artigo 109.º eximia os bens proprios da mulher e a sua meação nos bens communs de responsabilidade pelo damno resultante do crime do marido. A rasão da doutrina do n.º 1.º do artigo 1115.º, repetida no artigo 2376.º, é porque a responsabilidade deve ser tão pessoal como é o facto d'onde dimana.

As dividas provenientes de factos illicitos não affectam os bens proprios do conjuge não criminoso; pesam unicamente sobre os bens proprios do conjuge condemnado. N'estas dividas estão comprehendidas as multas impostas pelos tribunaes; como julgou a relação do Porto em accordão de 6 de agosto de 1872, publicado no jornal o *Direito*, 4.º anno, n.º 37.

Mesmo com relação ao conjuge devedor, a pena de multa, na falta de bens proprios do conjuge condemnado, só póde ser executada depois de dissolvido o matrimonio, ou depois de verificada a separação de bens.

Na regra dos factos illicitos devem julgar-se incluidas as despezas com perdas do jogo, libertinagem, e outros vicios.

Em compensação, segundo entendem alguns jurisconsultos, tambem não devem communicar-se os lucros provenientes de factos illicitos, *verbi gratia*, dos jogos de azar, que são prohibidos, assim como não se communicam as perdas resultantes d'esses factos. Porém esses lucros communicam-se porque o codigo não estabelece a respeito d'elles providencia alguma especial.

Tem-se notado que o codigo não regulasse expressamente a hypothese prevista na ordenação, livro IV, titulo LX, que isentava a mulher de responsabilidade pelas fianças ou contratos feitos pelo marido, de que só desvantagem, e nunca proveito, podia advir ao casal.

Esta hypothese porém está claramente provenida no artigo 1114.º § 2.º, porque só nos casos taxativamente marcados n'este § é que os bens da mulher, e ainda assim os bens communs, respondem pelas dividas contrahidas pelo marido sem a intervenção d'ella.

4.º As dividas que oneram bens incommunicaveis, como as que pesam sobre bens doados com a condição de incommunicabilidade. Só respondem os bens proprios do conjuge pelo *capital* annexo a bens incommunicaveis, e pelos juros vencidos antes da celebração do matrimonio, em que o outro conjuge nada lucrava com a existencia d'essa obrigação.

Porém pela mesma rasão por que os *fructos* e *rendimentos* dos bens incommunicaveis se communicam, artigo 1109.º § unico, não seguindo, n'esta parte, como accessorio, a natureza do capital, pesam sobre a communhão os juros, censos e quinhões vencidos depois da acquisição dos bens, vistoque se gastam em proveito do casal os rendimentos destinados a pagar esses encargos, e é de direito que a quem pertence a vantagem do goso dos bens pertença o incommodo dos encargos.

A respeito da responsabilidade pelas dividas contrahidas durante a constancia do matrimonio, no casamento com simples communhão dos adquiridos e no regimen dotal, é inteiramente omisso o codigo.

Póde o marido tambem n'estes casos contrahir dividas sem outorga da mulher? Póde a mulher contrahi-las com auctorisação meramente formularia do marido, e mesmo sem esta auctorisação?

Sendo o regimen da simples communhão dos adquiridos perfeitamente analogo ao da separação, e tendo o regimen dotal mais analogia com o da separação dos bens do que com o do costume do reino, porque no regimen dotal os bens que a mulher possuir ou adquirir depois do casamento, e que não forem havidos como dotaes, lhe ficam pertencendo como *proprios*, artigo 1153.º, e *como proprios* são havidos os bens do marido casado segundo o regimen dotal, artigo 1155.º, poderia sustentar-se que devem ser applicadas ás dividas contrahidas no casamento por dote as disposições estabelecidas para o casamento com separação de bens.

Nós porém seguimos outra opinião. O disposto no artigo 1129.º é applicavel unica e exclusivamente ao casamento com separação de

bens, não podendo applicar-se, vista a disposição do artigo 11.º, a outro regimen especial tambem, nem mesmo ao da simples communhão dos adquiridos. Todos os principios que determinam este regimen são applicaveis ao systema da separação de bens, mas nem todas as regras relativas á separação de bens são applicaveis ao regimen da simples communhão dos adquiridos.

Não providenciando pois o codigo quanto ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, nos casamentos por dote e com simples communhão dos adquiridos, devem observar-se as disposições relativas ao casamento segundo o costume do reino, que se considera a regra geral, salva convenção em contrario.

Acresce ainda que, nos termos do artigo 1098.º, na falta de qualquer accordo ou convenção presume-se feito segundo o costume do reino o casamento; e por isso, por igualdade de rasão, na falta de disposição especial, que excepcionalmente regule por differente fórma os direitos e as obrigações dos conjuges, devem ser estes determinados pelas prescripções estabelecidas para o casamento segundo o costume do reino.

Por outro lado as disposições dos artigos 1113.º, 1114.º e 1116.º, relativas a dividas no casamento segundo o costume do reino, são muito mais rasoaveis do que as disposições do artigo 1129.º n.ºs 2.º a 4.º relativas a dividas no casamento com separação de bens.

No regimen dotal porém deve attender-se a que, qualquer que seja a responsabilidade dos conjuges pelas dividas, não podem ser alienados os bens immobiliarios dotaes para pagamento d'ellas, sem auctorisação judicial, artigo 1149.º § 2.º

A primeira condição e caracteristica dos bens dotaes é a *inalienabilidade*. Os bens dotaes não são obrigados ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, nem mesmo depois de dissolvido o casamento, aindaque ambos os conjuges n'ellas tivessem consentido.

As novas disposições introduzidas pelo codigo sobre a responsabilidade dos conjuges pelas dividas contrahidas antes ou depois de celebrado o matrimonio, obrigam-nos a fazer algumas considerações sobre a execução judicial nos bens do devedor para pagamento d'estas dividas.

Tanto com relação ás dividas contrahidas antes do matrimonio, como a respeito das contrahidas na constancia do casamento, sempre que é obrigada a elles a meação nos bens communs do conjuge devedor, não póde executar-se esta meação senão depois de dissolvido o matrimonio, ou de verificada por qualquer fórma a separação de bens, artigos 1112.º e 1114.º § 1.º Como o conjuge não devedor tem posse e usufructo na meação dos bens communs, pertencente ao conjuge devedor, não póde ser prejudicado o seu direito por causa das dividas d'este; e por isso só quando acaba o seu direito pela dissolução do matrimonio, ou pela separação de bens, é que aquella meação póde ser executada.

Os bens communs e os bens proprios dos conjuges podem ser livremente executados, assim na raiz como nos rendimentos, para pagamento das dividas communicaveis. Para pagamento de dividas proprias executam-se tambem livremente os bens proprios, mas a meação dos communs fica dependente, para a sua execução n'este caso, da dissolução do matrimonio, ou da separação de bens.

Os bens dotaes, ou sejam immobiliarios ou mobiliarios, não estão sujeitos a execução por dividas. Podem porém executar-se os rendimentos, nos termos do artigo 1230.º, porque os rendimentos são bens communs, § unico do artigo 1109.º

Antes da promulgação do codigo civil não havia jurisprudencia uniforme sobre a execução dos bens dotaes Sem legislação patria que seguir, estavamos entregues ás disposições do direito romano e dos codigos estrangeiros, e as opiniões dos jurisconsultos, o que tornava esta parte da jurisprudencia extremamente variavel.

Segundo uns, os rendimentos dos bens dotaes pertenciam, durante a sociedade conjugal, absolutamente ao marido, que d'elles podia dispor livremente, sem que a mulher podesse allegar direito algum sobre elles. Em conformidade com esta doutrina podiam os credores do casal executar os seus creditos sobre os rendimentos dos bens dotaes, sem que a mulher tivesse recurso algum para obstar á execução.

Segundo outros, os rendimentos dos bens dotaes não pertenciam ao marido, que d'elles tinha apenas a administração, e ainda assim restricta, porque lhe cumpria applica-los aos encargos do matrimonio. A mulher conservava sempre a posse effectiva n'estes rendimentos, e podia embargar de terceiro para fazer levantar quaesquer penhoras feitas por dividas do marido.

Outros finalmente, dividindo, por assim dizer, o direito aos rendimentos dos bens dotaes entre o marido e a mulher, consideravam o marido como legitimo senhor e administrador d'esses rendimentos, mas concediam á mulher o direito especial de ser alimentada pelos proventos do seu dote. Por isso, quando as execuções sobre estes rendimentos chegavam até ao ponto de prejudicar os alimentos da mulher, podia esta embargar de terceiro na parte que lhe fosse necessaria para os seus alimentos. Era esta a opinião mais geral.

O codigo seguiu nas suas disposições esta ultima opinião, conforme se mostra do disposto no artigo 1230.º

A relação do Porto, em accordão de 12 de fevereiro de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 47, julgou, como se vê da primeira tenção «que a mulher tem direito a oppor-se á execução com embargos de terceiro pelo seu dote, como era opinião geral dos nossos doutores, e seguida constantemente nos tribunaes; achando-se esta opinião hoje convertida em lei pelo artigo 1230.º do codigo civil; provando-se ainda pelo depoimento de algumas das testemunhas que estes rendimentos eram necessarios para sustentar os encargos do matrimonio, o que é tambem especie do citado artigo».

Assim o codigo, dando ao marido os rendimentos dos bens dotaes, reserva entretanto para a mulher um direito especial na parte que for necessaria para os seus alimentos, direito que póde fazer vingar por embargos de terceiro. Os rendimentos dos bens dotaes bem podem ser executados como bens communs, poisque como taes são considerados nos artigos 1109.º § unico e 1162.º

Se estiverem consignados ao executado para alimentos, não deve este oppor-se a penhora com embargos de terceiro, mas deduzir o seu direito em concurso de preferencias. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 25 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 221.

Porém este direito da mulher poderá ser exercido só com relação ás dividas contrahidas pelo marido, ou tambem com relação ás contrahidas só por ella, ou com outorga d'ella?

O artigo 1230.º deixa grandes duvidas sobre esta questão, por se achar completamente deslocado no logar onde se encontra, que é aliás o mesmo que tinha no projecto primitivo; e por estar em desaccordo com outras provisões do codigo.

Custa a crer que na secção, que se inscreve *Da simples separação*

judicial de bens, se inserisse uma disposição extremamente importante, que regula os direitos da mulher com respeito aos seus rendimentos, exactamente fóra d'essa separação.

Como o codigo no logar proprio nada prevenin a respeito da execução nos rendimentos do dote, consignou no artigo 1230.º uma providencia tendente a salvaguardar-lhe os alimentos. E no mesmo artigo incluiu a disposição relativa aos bens proprios.

Quanto aos rendimentos dos bens dotaes não ha duvida nem questão. Não ha disposição no codigo que contrarie a faculdade, que este artigo dá á mulher, de embargar a execução nos rendimentos dos bens dotaes, que forem necessarios para os seus alimentos. Mas com relação aos bens *proprios*, como ha de conciliar-se o preceito do artigo 1230.º, que dá igual faculdade á mulher para embargar, com o disposto no artigo 1121.º, em virtude do qual *todos os bens proprios* da mulher respondem pelas obrigações que ella contrahiu com auctorisação do marido?

Pois se a mulher não póde embargar a execução nos *bens proprios* pelas dividas que contrahir, nos termos do artigo 1129.º n.ºs 3.º e 4.º, ha de pode-la embargar quando correr, não sobre o capital, mas sobre os *rendimentos*, como dispõe o artigo 1230.º?

Sem absurdo não póde comprehender-se juridicamente que o credor possa tirar á mulher, por execução em pagamento de uma divida, o capital dos bens, e não possa tirar-lhe os rendimentos necessarios para os alimentos d'ella, quanto mais que dos bens proprios não é caracteristica nem condição a inalienabilidade.

Assim, ninguem promoveria execução sobre os rendimentos dos bens proprios sempre que podesse seguil-a sobre o capital d'esses bens.

O artigo 1230.º é realmente inconciliavel com as outras disposições do codigo, em virtude das quaes os bens proprios da mulher respondem todos pelas obrigações por ella contrahidas com auctorisação do marido. Julgâmo-lo pois uma modificação, ou excepção áquelles preceitos geraes; e, sem embargo das provisões legaes, que negam o caracter de *inalienabilidade* aos bens proprios da mulher, que não são dotaes, sustentâmos que a execução sobre os rendimentos de bens proprios, que não são administrados pela mulher, mas sim pelo marido, póde ser embargada de terceiro por esta, quando a execução a prive dos necessarios alimentos.

Por estas rasões entendem alguns que o preceito do artigo 1230.º é só applicavel ás dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher.

Porém a disposição generica do artigo 1230.º protesta contra esta opinião, que aliás poderia desculpar a contradicção ou incoherencia entre aquelle preceito e varias outras disposições do codigo.

Para nós é evidente que a mulher póde embargar a execução nos rendimentos dos bens proprios logoque por ella fique privada dos necessarios alimentos, ou as dividas fossem contrahidas só por ella, ou só pelo marido, ou por ambos, comquanto não possa embarga-la, quando ella correr sobre o capital dos bens. Esta é a disposição da lei, que ha de respeitar-se, qualquer que seja a incoherencia nos preceitos legaes.

Nem era possivel, sem contradicção com outras disposições do codigo, que o artigo 1230.º se referisse ás dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, porque a execução por essas póde a mulher embargar mesmo sem necessidade de provar que fica pela execução privada dos necessarios alimentos, bastando-lhe o fundamento de que pelas dividas contrahidas pelo marido sem a sua outorga não póde fazer-se execução nos bens communs sem estar dissolvido o matrimonio ou feita a separação de bens, artigo 1114.º

A clausula pois do artigo 1230.º não póde referir-se á hypothese de serem contrahidas as dividas sem outorga da mulher; refere-se certamente, ou ás contrahidas com a sua outorga, ou á especie prevista no § 2.º do artigo 1114.º, isto é, quando contrahidas só pelo marido, mas em proveito de ambos os conjuges, ou na ausencia e no impedimento da mulher, e sem que se podesse esperar pelo seu regresso, ou cessação do impedimento.

Em favor da nossa opinião está tambem a redacção generica do artigo, que dá á mulher *sempre*, isto é, em todos os casos, o direito de embargar de terceiro *qualquer* execução feita sobre os rendimentos dos seus bens dotaes e proprios, administrados pelo marido, se por essa execução for privada dos necessarios alimentos.

Qual é porém o direito do marido sobre os rendimentos dos bens *communs* do casal, dos *proprios* da mulher, e dos bens *dotaes*?

Dos rendimentos dos bens communs claro é que póde o marido dispor á vontade, e parece que sobre os rendimentos de quaesquer bens, na falta de disposição expressa de lei, tem o mesmo direito que sobre os bens moveis, poisque os rendimentos devem considerar-se bens moveis conforme o artigo 376.º, vistoque pelo artigo 375.º n.º 1.º os productos e partes integrantes dos predios rusticos e urbanos só se reputam immoveis no caso de não poderem ser separados sem prejuizo do serviço util que devem prestar.

Quanto aos rendimentos que a mulher para si reservar a titulo de alfinetes, artigos 1104.º e 1128.º, é indubitabel que nem d'elles póde dispor o marido, nem podem ser penhorados por dividas por elle contrahidas. Mas o resto dos rendimentos dos bens *proprios*, e o rendimento dos bens *dotaes*, poderá ser penhorado? Emquanto aos rendimentos dos bens *proprios*, e dos bens communs é evidente que podem ser executados. Os rendimentos dos bens dotaes tambem podem ser executados, visto o artigo 1162.º, que manda partir os *rendimentos* dos bens dotaes pela dissolução do matrimonio, e em presença do artigo 1164.º, que manda compensar com os rendimentos dos bens dotaes as despezas e encargos ordinarios dos mesmos bens.

É verdade que alguns dizem que o artigo 1153.º, considerando *communs* os rendimentos dos bens que a mulher casada, segundo o regimen dotal, adquire á parte do dote, dá logar ao argumento *a contrario sensu* de que não são communs os rendimentos dos bens dotaes, poisque se o fossem inutil era aquella disposição especial, porque ninguem podia ignorar que os bens assim adquiridos não podiam nem deviam ter mais privilegios do que os bens propriamente dotaes.

Porém, como já n'outro logar ponderámos, a determinação do artigo 1153.º, de que os rendimentos dos bens proprios no regimen dotal são communs, não significa que os rendimentos dos bens dotaes são proprios, mas sim e simplesmente que os rendimentos dos bens proprios são communs, e não proprios, como os bens d'onde dimanam.

O que porém resolve a questão é o disposto no artigo 1230.º Em vista d'este artigo os rendimentos dos bens dotaes, ou dos bens proprios, de que a mulher não tenha feito reserva a titulo de alfinetes, nos termos dos artigos 1104.º e 1128.º, estão sujeitos a qualquer execução até onde ella não fique privada dos necessarios alimentos.

A realisação d'este direito ha de ser sujeita a gravissimas difficuldades, porque a mulher, para provar que os rendimentos penhorados lhe são necessarios para os seus alimentos, carece de proceder a uma

liquidação demorada e difficil, pouco compativel com a natureza do processo das execuções.

E a mulher só poderá salvar da execução os rendimentos strictamente indispensaveis para os *seus* alimentos, ou tambem os necessarios para os alimentos do marido e dos filhos? Attendendo aos fins do dote, e ao systema do regimen dos bens proprios, cremos, apesar da disposição da letra do artigo, que a mulher só terá os precisos alimentos quando os rendimentos chegarem para os filhos e marido, porque ninguem póde suppor que a mulher deixasse os filhos e o marido na miseria para se alimentar só a si, e que não repartisse com elles o muito ou pouco que tivesse. Se lhe dessem unicamente os alimentos precisos para o seu sustento, ficaria a mulher de certo sem os necessarios alimentos, porque iria repartir pelos filhos e pelo marido o que lhe dessem. O dote é para sustentar os *encargos* do matrimonio, que devem abranger pelo menos os alimentos dos paes e dos filhos. As dividas de alimentos são tão privilegiadas, que nem admittem compensação. Os alimentos nem podiam ser penhorados, ainduque as dividas fossem contrahidas pela mulher, artigo 767.º n.º 3.º

Portanto devem computar-se nos alimentos da mulher os alimentos da familia. Não póde dizer-se que a mulher tem os precisos alimentos quando ella se vir na triste condição de, por assim dizer, tirar o alimento da bôca para o dar aos filhos; nem o dote é destinado só a garantir a subsistencia da mulher, mas tambem a dos filhos, e até a do marido.

Ao marido é que o codigo não dá o direito de embargar de terceiro a execução, para salvar os seus alimentos e da familia.

E a quem incumbe provar a necessidade e valor dos alimentos, para sobre os rendimentos respectivos não correr a execução, ao exequente ou á embargante?

Dizem alguns que a prova incumbe ao exequente, porque se o credor podesse fazer penhorar os rendimentos dos bens dotaes ou proprios, sem liquidar primeiro os alimentos, podia comprometter a subsistencia da mulher, abrangendo na penhora todos os rendimentos d'aquelles bens, e tanto mais que a liquidação dos alimentos é por sua natureza morosa.

Esta opinião porém é manifestamente contraria ao preceito do artigo 1230.º, que torna o direito de embargos de terceiro, que concede á mulher, dependente da condição — *se por essa execução for privada dos necessarios alimentos.*

Sendo pois o unico fundamento do embargo a allegação d'este facto, é a quem o allega que incumbe prova-lo, artigo 2405.º, e *auctore non probante reus absolvitur*. Os inconvenientes da execução da lei não são argumento contra o pensamento claramente consignado na mesma lei.

A liquidação dos alimentos pois deve fazer-se no processo de embargos, allegando a mulher, no respectivo articulado, os rendimentos dos seus bens, a quantia em que devem ser taxados os alimentos, nos termos dos artigos 171.º e seguintes, e que pela execução fica privada dos necessarios alimentos.

Para a mulher embargar de terceiro a execução nos rendimentos dos bens dotaes carece tambem de allegar e provar em continente a natureza dos bens, acompanhando a allegação, da escriptura de dote e da certidão do respectivo registo, quando houvesse logar a elle.

Se a execução correr, não sobre os rendimentos, mas sobre o casco, por maioria de rasão lhe deve ser permittido este meio de impedir a alienação dos bens, visto o disposto no artigo 16.º do codigo.

A mulher só fica inhibida de embargar a execução quando esta corre sobre os rendimentos por ella administrados, que vem a ser a terça parte, a que se referem os artigos 1104.º, 1128.º e 1129.º n.º 3.º

A mulher não póde, por convenção antenupcial, administrar os bens d'onde provém a terça parte dos rendimentos, mas póde administrar estes rendimentos, que o mesmo é *recebe-los* e *dispor* d'elles *livremente*, nos termos do artigo 1104.º

Se porventura o marido empenhar, sem auctorisação da mulher, algum objecto em segurança da divida, vende-se, no caso de falta de pagamento, para solução do credito, sem esperar pela dissolução do matrimonio, ou pela separação de bens; vistoque este *empenho* está dentro das faculdades do marido.

A mulher porém não póde vir com embargos de terceiro á execução, com o fundamento de que ella é privada dos necessarios alimentos, senão quando a execução versar sobre rendimentos de bens dotaes ou proprios, administrados pelo marido. Ainduque os rendimentos dos bens dotaes são communs, artigo 1153.º e 1162.º, não póde applicar-se aos rendimentos dos bens communs o preceito do artigo 1230.º, que é privativo dos rendimentos dos bens dotaes e proprios.

Qual é porém o meio juridico de que póde usar a mulher para evitar a execução nos bens communs por dividas contrahidas pelo marido, nos termos do artigo 1114.º, os quaes não podem ser executados senão depois de dissolvido o matrimonio, ou depois de feita separação de bens? Qual é o meio de que póde usar, tanto a mulher, como o marido, para obstar á execução dos bens communs na hypothese prevista no artigo 1112.º? Hão de recorrer tambem aos embargos de terceiro.

Dos embargos do executado não póde lançar-se mão senão nas hypotheses taxativamente marcadas no artigo 617.º da novissima reforma judicial, como expressamente declarou a lei de 16 de junho de 1855.º, artigo 9.º

Embargos de terceiro póde deduzi-los quem provar effectiva posse na cousa penhorada, ou na que se mandar entregar ao exequente, não tendo sido ouvido nem convencido na causa principal, citada reforma judicial, artigo 635.º

Ora a mulher casada está n'estas condições, porque tem com o marido effectiva posse nos bens do casal, artigo 1117.º, e não foi ouvida nem convencida na causa principal, porque se foi ouvida lá podia allegar a sua irresponsabilidade pelas dividas contrahidas pelo conjuge devedor; e, se ainda assim foi convencida, nenhum remedio lhe resta então para obstar ao andamento da execução.

Alguns porém sustentam que o codigo acrescentou n'estas disposições mais um meio de annullar as execuções alem dos modos determinados no artigo 617.º da novissima reforma judicial, vistoque estes bens são pelo codigo excluidos da penhora. Todavia emquanto não se publicar o novo codigo de processo não aconselhâmos o uso d'este remedio juridico.

Alem d'isso têem estas hypotheses toda a analogia com a prevista no artigo 1230.º, devendo por isso seguir-se o mesmo remedio, sanecionado n'aquelle artigo.

Pelas mesmas rasões póde o marido embargar de terceiro a execução que corre sobre os bens communs, ou sobre os seus proprios, por dividas contrahidas só pela mulher sem a sua devida e legal auctorisação, se não foi ouvido nem convencido na causa principal.

Ainda assim ha quem sustente que n'esta hypothese são admissiveis os embargos do executado, nos termos do artigo 617.º da novis-

sima reforma judicial, e do artigo 9.º da lei de 16 de junho de 1855, com o fundamento de nullidade de citação, por ser feita contra o disposto nos artigos 1113.º e 1114.º do codigo; e aconselha-se mesmo de preferencia este meio, vistoque os embargos do executado, ainda quando sejam julgados improcedentes, não prejudicam os embargos de terceiro, que podem ser offerecidos depois.

Tambem nos inclinâmos a esta opinião, se se verificar exactamente a hypothese prevista em o n.º 2.º do citado artigo 617.º da novissima reforma judicial.

Mesmo nas expropriações hypothecarias póde a mulher deduzir embargos de terceiro, se não interveiu na constituição da hypotheca.

Como com rasão decidiu o juiz de direito de Agueda em sentença de 1 de abril de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 214, o recurso competente é o de embargos de terceiro, e não o de embargos do executado, que são taxativos nos termos do artigo 617.º da novissima reforma judicial, e do artigo 9.º da lei de 16 de junho de 1855.

Para deduzir embargos de terceiro n'este caso não carece a mulher de auctorisação do marido, vista a disposição do artigo 1192.º n.º 3.º, e por argumento do disposto no artigo 1230.º

A doutrina, que não permitte a execução da meação nos bens communs do conjuge devedor senão verificada a dissolução do matrimonio ou a separação de bens, ha de offerecer em muitos casos na pratica graves difficuldades, especialmente porque em regra os bens do casal são bens communs: a existencia de bens proprios é excepção. Em virtude d'estes principios o prejudicado pela annullação de um testamento, por exemplo, e com direito a exigir perdas e damnos do respectivo tabellião, nos termos dos artigos 1919.º e 1925.º, não póde exercer o seu direito senão depois de dissolvido o matrimonio, ou de interrompida a sociedade conjugal.

Peior ainda. A viuva do assassinado, que tem direito a haver alimentos do assassino de seu marido, nos termos do artigo 2384.º, só póde exercer este direito quando for separado o casal do assassino, ou pela dissolução do matrimonio, ou pela interrupção da sociedade conjugal; isto é, a viuva da victima só poderá receber os alimentos do assassino se sobreviver a este ou á mulher d'este, não se dando o caso de separação de bens! N'esta hypothese a viuva e os parentes da victima com direito a alimentos ainda poderão exercel-o, visto ser tão grave a pena imposta ao delinquente que dá logar ao inventario dos seus bens, como incapaz de reger-se e de administrar-se, codigo penal, artigo 54.º: e a execução póde fazer-se logoque haja bens separados, qualquer que seja o motivo que determine essa separação.

No caso de se verificar a separação de pessoas, mas sem separação de bens, o que póde ter logar na especie do § unico do artigo 1210.º, não ha logar a execução nos bens communs do conjuge devedor, porque não se separou a sua meação. Porém a meação da mulher nos bens communs obrigada a dividas commerciaes d'ella, nos termos do artigo 24.º do codigo de commercio, executa-se desde logo, sem se esperar pela dissolução do matrimonio, ou pela interrupção da sociedade conjugal, porque as disposições do codigo civil não revogaram aquelles provisões do codigo commercial.

Ás dividas da mulher commerciante ficam obrigados igualmente os seus bens dotaes, ainda que a escriptura antenupcial esteja lançada no registo publico do commercio. Porém se o dote está registado nas conservatorias civis não fica obrigado ás dividas da mulher commerciante, porque é regido pelas disposições dos artigos 1134.º a 1165.º do codigo civil, e portanto irresponsavel por dividas, ou ellas sejam civis ou commerciaes.

Se o conjuge não devedor for demandado na causa principal deve allegar a illegitumidade de pessoa em excepção, que deverá ser julgada procedente, se por outro lado não se allegar e provar alguma das circumstancias que o tornam solidario na obrigação.

N'esta especie têem decidido os tribunaes, ora que a mulher quer quizer oppor-se ao pagamento pelos bens communs do casal das dividas contrahidas pelo marido, sem a sua outorga, deve provar que essas dividas não foram applicadas em proveito commum dos conjuges, ora que a prova incumbe aos credores, como se mostra das decisões da relação do Porto em accordão de 24 de outubro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 7, 4.º anno, em accordão de 14 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 209, e em accordão de 23 de janeiro de 1872, publicado no referido jornal *O Direito* n.º 9, do mesmo anno.

O pensamento do primeiro accordão, que obriga a essa prova a mulher, acha-se desenvolvido n'uma das tenções, que fizeram vencimento, que vem publicada na mesma folha, e que diz assim:

«Parece-me que, em vista da natureza da divida que se executa, e da disposição do § 2.º do artigo 1114.º do codigo civil, não podia ser outro o fundamento dos embargos oppostos á acção senão mostrar e provar que a divida contrahida pelo marido da embargante não fôra consumida no casal, ou em proveito d'elle.

«Mas isto não se diz, não se allega que o marido seja dissipador, nem que entre os conjuges haja desintelligencias, e então de tudo resulta necessariamente a natural, justa e bem fundamentada presumpção de que o dinheiro pedido fôra gasto no casal, em proveito d'elle, vistoque o contrario se não allega, e menos se prova...

«Mas separo-me dos mesmos doutos juizes emquanto querem que fique o direito salvo á embargante para imputar o pagamento d'esta divida na meação do marido, e não posso concordar, porque segundo as considerações que acabo de fazer, o que dispõe o artigo citado, ou antes o seu § 2.º, o casal é obrigado ao pagamento d'aquella divida, sem que haja logar á imputação lembrada: penso mesmo que haveria contradicção se assim se ordenasse».

O pensamento do segundo accordão, que obriga a essa prova os credores, acha-se desenvolvido n'uma das tenções que fizeram vencimento, que vem publicada na mesma folha, e que diz assim:

«Vem a appellação da sentença, que julgou provados os embargos pelos quaes a embargante appellada se oppõe á penhora feita aos bens communs d'ella e de seu marido em execução da sentença contra este obtida para pagamento de uma divida para que ella não prestou o seu consentimento.

«O juiz de primeira instancia fundou-se para assim julgar — em que supposto a letra constante da sentença exequenda não seja um documento authentico por não ter sido exarado por um official publico, é comtudo escripto particular assignado pelas partes e reconhecido por ellas, e assim comprehendido nas disposições do artigo 2508.º do codigo civil, para excluir a prova testemunhal contra, ou além do seu conteúdo; que o auctor não provou que a letra, cuja importancia se executava, era a reforma de outras anteriores ao casamento da appellante com o executado seu marido, e á publicação do codigo civil.

«Confirmaria a sentença appellada, porquanto mostra-se que a divida exequenda fôra contrahida pelo marido da appellada, quando já

casado com esta, sem outorga d'ella, e não se prova que fosse applicada em proveito commum dos conjuges».

A jurisprudencia consignada n'esta tenção e no respectivo accordão e reproduzida no referido accordão de 23 de janeiro de 1872, parece-nos evidentemente a mais rasoavel e mais legal.

Ao marido é que compete provar, ou aos credores, que as dividas foram applicadas em proveito commum dos conjuges *a simili* do disposto no artigo 1285.º n.º 2.º e § unico, que impõe ao socio da sociedade familiar o onus da prova de que as dividas foram contrahidas em proveito commum, para poderem pesar sobre os bens da sociedade, e não unicamente sobre os bens do socio.

Tambem julgou n'este sentido o juiz de direito de Agueda em sentença de 1 de abril de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, n.º 214.

Porém as dividas contrahidas pela mulher sem auctorisação do marido só obrigam os bens communs no segundo caso previsto no § 2.º do artigo 1114.º, e não no primeiro. Os credores não podem allegar, para obterem o embolso das quantias emprestadas á mulher sem auctorisação do marido, que as dividas contrahidas pela mulher foram applicadas em proveito do casal, se não se dava o caso de ausencia ou de impedimento do marido.

Supponhamos porém que a penhora, por dividas contrahidas sem outorga da mulher, recáe sobre bens mobiliarios communs: póde ainda assim a mulher embargar de terceiro a execução?

Opinam alguns pela negativa, com o fundamento de que dos bens mobiliarios, postoque sejam dotaes, póde o marido livremente dispor por contratos onerosos ou gratuitos, artigos 1118.º e 1148.º, e de que por isso, por maioria de rasão, podem ser-lhe penhorados, vistoque quem contrahe uma divida *ipso facto* obriga ao pagamento d'ella os bens de que póde dispor.

Dizem que o direito de dispor livremente é mais do que o direito de sujeita-los a dividas, porque a alienação por causa d'ellas é *eventual*, pois podem ser pagas de outro modo, e a alienação é perda certa dos bens sobre que recáe.

Acrescentam ainda que o cod[illegible] em vista das disposições dos citados artigos 1118.º e 1148.º, pro[illegible]ndo ao marido contrahir dividas sem outorga da mulher, ou pondo pelo menos graves restricções á livre faculdade de elle poder comprometter todos os bens do casal, quizera abranger n'essa provisão só os *bens immobiliarios*.

Notam finalmente que de outro modo não é possivel salvar a contradicção que existe entre o artigo 1118.º, que dá ao marido a livre disposição dos bens mobiliarios do casal, comprehendendo mesmo os dotaes, artigo 1148.º, e o artigo 1114.º, que declara que ás dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher só ficam obrigados os bens proprios d'elle, e a sua meação nos bens communs, e não os mobiliarios da mulher, ou da sua meação.

Somos porém de opinião contraria. Nos citados artigos do codigo encontram-se as palavras «*bens proprios e bens communs*», sem distincção entre bens mobiliarios e immobiliarios; e portanto se a mulher póde embargar a execução que corre sobre uns, igual faculdade lhe pertence quando a execução corre sobre os outros, sem distinguir entre a natureza de mobiliarios ou de immobiliarios.

Demais, não ha contradicção entre a faculdade concedida ao marido, de alienar por si só os bens mobiliarios communs, e o direito concedido á mulher de embargar a execução d'elles para pagamento de dividas contrahidas pelo marido sem a outorga d'ella, porque

legislador partiu de certo do principio de que o marido mais facilmente se abalançaria a compromettter esses valores na contracção de dividas, a que elles ficassem sujeitos, do que pelo modo directo da alienação.

Logo, uma vez que os credores que obtiverem sentença condemnatoria contra o marido, que contrahiu a divida sem outorga da mulher, não podem penhorar os bens que são da mulher, nem mesmo os do marido communs, sem embargo do disposto no artigo 690.º da novissima reforma judicial, que deve julgar-se modificado pelas provisões do codigo.

A mulher pois póde oppor-se com embargos de terceiro á execução, quando tenham sido penhorados bens mobiliarios proprios d'ella ou communs por divida contrahida só pelo marido fóra dos casos do § 2.º do artigo 1114.º do codigo.

E se o marido, para illudir as disposições do codigo civil relativas á responsabilidade da mulher pelas dividas por elle contrahidas sem a sua outorga, levantasse o emprestimo por via de letras, dando assim á divida o caracter de commercial?

Ainda que a natureza do titulo da divida dê logar ao rapido processo estabelecido no codigo de commercio para a condemnação do devedor, podia a mulher invocar na execução perante os tribunaes civis todas as provisões que se acham consignadas no codigo civil. O marido que contrahir qualquer emprestimo por meio de uma letra de cambio ou de terra não obriga a meação da mulher nos bens communs, nem mesmo a sua, senão depois de dissolvido o matrimonio, ou de effectuada a separação de bens. N'este sentido decidiu a relação do Porto no accordão de 23 de janeiro de 1872 acima citado.

Ainda mesmo que o devedor seja commerciante, e as letras destinadas ao seu giro commercial, não se presume contra a mulher, sem se provar, que a obrigação foi contrahida no interesse commum de ambos os conjuges, nos termos do art. 1114.º § 2.º

As letras endossadas já depois de vencidas hão de ser demandadas no fôro civil, codigo commercial, artigos 354.º e 360.º Era esta a doutrina corrente.

A relação de Lisboa julgou o contrario em accordão de 25 de novembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 4.º anno. Diz o accordão:

«Attendendo que a disposição do artigo 360.º do codigo commercial — o endosso de letras de cambio já vencidas tem o simples effeito civil da cessão ordinaria de creditos — nao alterou a natureza mercantil dos contratos de que são instrumento, e nem as obrigações dos sacadores e acceitantes das ditas letras, e apenas definiu e regulou as do endossante e as do endossatario, collocando este nas mesmas circumstancias dos cessionarios civis: termos em que, pelo motivo d'aquella disposição, não perdeu a letra ajuizada a natureza de acto mercantil que lhe dão os artigos 2.º do codigo commercial e o artigo 1.º da lei de 27 de julho de 1850, e nem perdeu o privilegio de ser demandada no fôro commercial, que lhe concedeu a citada lei e os artigos 206.º e 1021.º do codigo, pelo que revogam a sentença appellada, que interpretando de outra fórma aquelle artigo 360.º, julgou incompetente o fôro commercial para esta demanda, pois ao contrario o julgam competente», etc.

O supremo tribunal de justiça porém, em accordão de 16 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 55 do mesmo anno, restabeleceu a verdadeira doutrina. Diz o accordão:

«Considerando porém que estas ultimas palavras da lei (de 27 de julho de 1850) claramente indicam que o legislador só teve em vista alterar os artigos 438.º e 439.º do codigo commercial, equiparando em

tudo ás letras de terra á ordem ás letras de cambio, emquanto umas e outras não tinham perdido a natureza de letras, prejudicadas por falta de protesto e endosso em tempo: porque embora se chamem depois letras, são na realidade puras obrigações civis, conforme os artigos 360.º, 399.º e 429.º do mesmo codigo, que aquella lei não revogou, definindo por modo diverso o que eram e deixavam de ser letras, e como taes actos de commercio, ou não;

« Considerando que o artigo 360.º do codigo citado é expresso a declarar que o endosso de quaesquer letras prejudicadas nos termos d'elle, feito depois de vencidas, só tem effeito civis, e sempre inoffensivos de terceiros que n'elle não intervierem, não podendo por isso prejudicar o recorrente, que está n'esse caso, e arranca-lo do seu fôro natural, privando-o de poder deduzir toda a defeza e de se conhecer d'ella conjunctamente com o pedido na acção;

.....

« Considerando que, se duvida podesse haver no caso sujeito sobre a competencia, era ainda a regra geral o fôro civil e commum que se deveria applicar, e não a excepção, porque não ha lei expressa que a auctorise;

.....

« Portanto, concedendo a revista, e julgando definitivamente, annullam o processado e julgado n'estes autos, salvos os documentos, declaram competente o fôro civil para conhecer do objecto de que n'elles se tratava, e incompetente o fôro commercial, visto serem os endossos feitos em letras prejudicadas, e depois de vencidas, e não poderem produzir senão effeitos civis, segundo as lei citadas », etc.

As dividas contrahidas só pelo marido antes da promulgação do codigo civil, e vencidas ou executadas só depois d'esta, ficam tambem subordinadas ao disposto no artigo 1114.º e § 1.º, de modo que só possam ser executadas nos bens do marido, e, na falta d'estes, na sua meação nos bens communs, depois d'esta *liquidada* pela dissolução do matrimonio ou pela separação de bens? Opinâmos pela negativa.

O credor tinha um direito *adquirido*, em virtude da lei anterior, de ser pago pelos bens communs do casal, que a lei posterior não podia destruir. O vencimento ou a execução não podiam influir na *natureza* do direito, que estava perfeito e consummado.

O *processo* para a execução podia ser alterado por lei posterior ao contrato; mas o *direito* de execução estava de tal modo ligado com o direito do emprestimo, de que derivava, que não podia deixar de ser regulado pela mesma lei que reconheceu aquelle direito.

Se a divida era da natureza d'aquellas, que mesmo pelo direito anterior contrahida sem a outorga da mulher, não obrigava a ametade dos bens communs d'esta, como no caso de fiança, prevenido na ordenação, livro IV, titulo LX, poderá o credor, depois da promulgação do codigo, executar desde logo, não só os bens proprios do marido, mas a sua ametade dos bens communs, ou ha de esperar tambem pela dissolução do matrimonio ou pela separação de bens para poder ir contra a meação do marido nos bens communs?

É mais difficil a resolução d'esta hypothese. Applicando porém os mesmos principios de que o direito do credor a executar a meação dos bens communs do marido, sem esperar pela dissolução do matrimonio ou pela separação de bens, estava perfeito e consummado antes da promulgação do codigo, opinâmos pela negativa. A lei anterior não sujeitava o crédor a similhante moratoria.

Verdade seja que a meação mal póde apurar-se antes do inventario a que dá logar a dissolução do matrimonio, ou a separação de bens.

No entanto, regulando-nos pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, nos termos do artigo 16.º do codigo, e permittindo a lei de 4 de junho de 1859 a execução na *legitima provavel* do mancebo recrutado para o serviço militar, não vemos impossibilidade em que se prosiga na execução até ao montante dos bens communs do marido seguindo-se o mesmo processo que ha de observar-se para calcular a *legitima provavel* do mancebo recrutado para o serviço do exercito.

Tambem na imprensa juridica se tem já discutido se a mulher casada póde comprar validamente bens sem auctorisação de seu marido. Porém o artigo 1193.º dispõe de modo terminante, que a mulher casada não póde, sem auctorisação do marido, adquirir ou alienar bens, nem contrahir obrigações; e esta regra geral só tem as excepções marcadas na lei, entre as quaes não se acha mencionada a de compra de bens no caso de o marido se achar em paizes longinguos.

O interesse da sociedade conjugal exige que todos os actos de maior importancia para o casal, taes como os de acquisição e de alienação de bens de raiz, não sejam praticados pela mulher sem o expresso consentimento do marido com relação a cada um d'esses actos.

Todavia a nullidade resultante do acto juridico da compra só póde ser allegada pelo marido ou por seus herdeiros ou representantes, artigo 1200.º

O juiz de direito respectivo não póde, salva a hypothese prevista no artigo 1201.º, supprir n'este caso a auctorisação do marido, porque o § unico do artigo 1193.º exige, para se dar este supprimento: 1.º, que haja recusa do marido; 2.º, audiencia d'este acerca da recusa. Nem d'esta disposição resultam grandes inconvenientes, visto que o artigo 1201.º permitte que a nullidade por falta de auctorisação marital seja sanada pela confirmação do marido, não se achando proposta em juizo, por terceiro, acção nenhuma a este respeito, podendo assim o marido, se approvar a acquisição feita pela mulher, torna-la valida pela confirmação posterior.

O marido não póde dar á mulher auctorisação geral para ella praticar só por si quaesquer actos, para que a lei requer o consentimento marital, porque o marido ha de manifestar o seu consentimento com relação a cada um d'esses actos em especial; mas póde dar-lhe procuração geral para ella comprar e vender em nome d'elle.

Deve tambem notar-se que, comquanto nos termos do § 2.º do artigo 1113.º o conjuge, obrigado a pagar pelos bens proprios as dividas a que se refere o artigo, tenha regresso contra o outro, para ser indemnisado do que pagou alem da ametade que devia, deve no entretanto julgar-se modificada esta disposição pela do artigo 1121.º, que dá á mulher o direito de se pagar de seus creditos primeiro que o marido, e que o responsabilisa pelos bens proprios, sendo-lhe inquitavel a divida quando os bens communs não chegarem para sua inteira indemnisação, e que não dá ao marido igual regresso contra os bens proprios da mulher.

Art. 1117.º O dominio e posse dos bens communs está em ambos os conjuges, emquanto subsiste o matrimonio: a administração, porém, dos bens do casal, sem excepção dos proprios da mulher, pertence ao marido.

§ unico. A mulher só póde administrar por consentimento do marido, ou no seu impedimento ou ausencia.

(Vid. nota aos artigos 55.º e 1104.º)

Art. 1118.º O marido póde dispor livremente dos bens mobiliarios do casal: mas se, sem consentimento da mulher, os alhear, ou obrigar por contratos gratuitos, será a importancia dos bens assim alheados, levada em conta na meação d'elle.

Art. 1119.º Os bens immobiliarios, quer sejam proprios de algum dos conjuges, quer sejam communs, não podem ser alheados, ou obrigados por qualquer fórma, sem consentimento e accordo commum.

§ unico. Nos casos de divergencia, e de opposição mal cabida, póde o consentimento do consorte dissidente ser supprido por decreto judicial.

(Vid. artigos 1128.º, 1148.º, 1191.º, 1193.º, 1200.º, 1201.º, 1215.º, 1216.º, 1471.º, 1480.º e 1668.º) Os bens mobiliarios, a que respeita o artigo 1118.º, são os bens mobiliarios *communs*, conforme se infere da collocação das materias, e segundo a expressa disposição do artigo 1128.º Dos bens mobiliarios communs póde o marido dispor absolutamente, assim como dos dotaes, artigo 1148.º, não havendo convenção em contrario, devendo notar-se que pelo valor dos bens dotaes, como proprios da mulher, ha de elle responder, assim como a alienação dos mobiliarios communs a titulo gratuito ha de ser imputada na sua meação.

A commissão revisora, segundo se lê em a nota ao artigo 1166.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1148.º do codigo, resolveu: 1.º, que consistindo o dote em bens moveis estimados fica o marido obrigado para com a mulher ou herdeiros á sua restituição ou valor; 2.º, que este dote quando não haja hypotheca convencionada, não póde prejudicar a terceiros; 3.º, que se fizesse um additamento emquanto aos bens moveis immobilisados.

A propriedade dos bens mobiliarios dotaes pois passa em regra para o marido, visto ficar elle auctorisado a dispor d'estes bens livremente, artigo 1148.º Por este motivo o valor dos bens mobiliarios dotaes deve ser declarado no contrato dotal, artigo 1138.º, para depois se liquidar a sua responsabilidade.

Ainda mesmo que a mulher concorde na alheação dos bens dotaes, nem por isso o marido fica desobrigado de pagar-lhe o valor dos bens alheados, artigo 1150.º e § 1.º Nem a mulher tem direito de rehaver de terceiro os bens mobiliarios dotaes, salvo dando-se conjunctamente as duas seguintes circumstancias: 1.ª, de não ter o marido bens para a indemnisar, artigo 1150.º § 1.º, n.º 1.º; 2.º, de terem sido alienados a titulo gratuito, ou mesmo a titulo oneroso, mas com má fé, isto é, sabendo os adquirentes que os bens eram dotaes, citado artigo 1150.º § 1.º, n.º 2.º

A *má fé*, de que falla o n.º 2.º § 1.º do artigo 1150.º, refere-se ao adquirente, como se vê do projecto primitivo, que no artigo 1196.º, na parte correspondente áquelle § 2.º, se acha [illegible]ido nos seguintes termos: «Com esta differença, que se os bens alheados forem moveis, só os poderá reivindicar, emquanto se acharem em poder do primeiro adquirente, ou de outrem que haja procedido de má fé, ou os haja recebido por simples doação».

Sobre este ponto votou a commissão revisora, segundo se lê em a nota ao artigo 1168.º da edição de 1863, as seguintes conclusões, que estão consignadas no artigo 1150.º: 1.º, que a reivindicação dos bens

mobiliarios dotaes, em poder de terceiro, fosse subsidiaria na falta de bens do marido; 2.º, que só tivesse logar nos dois casos seguintes: 1.º, quando a alienação do marido para com terceiro, e subsequentemente entre terceiros, tivesse logar por titulo meramente gratuito; 2.º, quando a alienação do marido para com terceiros, e de terceiros entre si, tivesse logar por má fé.

Aquellas conclusões votadas pela commissão revisora foram logo incluidas no projecto de 1864, no artigo 1140.º, correspondente ao artigo 1150.º do codigo.

Por esta fórma o marido fica e não fica com o direito de dispor livremente dos bens mobiliarios dotaes, porque taes são as restricções a esta faculdade, e tantos os casos, em que a mulher tem o direito de os reivindicar de terceiros, que estes difficilmente os comprarão, logoque saibam que são dotaes.

Entendemos porém que as provisões do § 1.º do artigo 1150.º não são applicaveis aos bens dotaes cuja alienação é permittida ao marido, pela regra geral consignada no artigo 1148.º Quem adquire bens mobiliarios dotaes, de que o marido podia livremente dispor, adquire bem. Ficará n'este caso a mulher com a ac[illegible] de indemnisação contra o marido, mas não com acção de reivindicação contra terceiros, ainda que a acquisição tivesse sido feita a titulo oneroso.

O preceito do artigo 1150.º deve julgar-se inteiramente subordinado ás prescripções do artigo 1148.º

Dos bens mobiliarios dotaes, cuja alienação foi prohibida ao marido, nem com outorga da mulher elle poderá dispor sem auctorisação judicial, segundo se infere do § 1.º do artigo 1149.º

Mas pelos prejuizos que á mulher advierem da alienação dos bens mobiliarios dotaes, ou a titulo gratuito ou a titulo oneroso, responde sempre o marido.

O marido só fica isento de responsabilidade pelo producto dos bens mobiliarios dotaes, tanto d'aquelles, cuja alienação lhe é permittida, como dos inalienaveis, quando ao seu producto se der o destino marcado em os n.os 1.º a 4.º do artigo 1149.º, segundo o disposto no § 1.º do mesmo artigo, e em conformidade com os bons principios juridicos reconhecidos no artigo 16.º

Pela alienação ou hypotheca de bens immobiliarios dotaes fica o marido tambem responsavel não só para com a mulher, mas igualmente para com terceiros, vista a disposição do artigo 1151.º

Este artigo foi redigido em desharmonia com as novas doutrinas sobre o registo predial. Devia entender-se com relação a terceiros só dos bens mobiliarios inalienaveis, porque emquanto aos immobiliarios, como não gosam de privilegio algum antes de registados, se o adquirente não investigasse nos livros da conservatoria os encargos que sobre elles pesavam, entrava a regra: *sibi imputet*. O adquirente não poderia justificar-se com a simples declaração do marido, tendo o meio de recorrer ao registo das inscripções. No entretanto ha de observar-se o que está no artigo, que é lei.

Se a alheação foi consequencia de prescripção, não tem a mulher em caso algum acção contra terceiros, mas só contra o marido, artigo 1152.º

Assim a mulher que tem o dominio dos bens dotaes immobiliarios póde reivindicar os alienados com quebra do disposto no artigo 1151.º, bem como os seus herdeiros. Ao marido não concede o codigo similhante faculdade, mas sim, e sómente á mulher, ainda que ella tenha consentido na alheação; e a reivindicação póde ter logar durante o matrimonio, como depois de dissolvido, ou havendo separação, sem

que os possuidores possam oppor prescripção alguma, que só póde opporse com relação aos mo[illegible], artigo 1[illegible].º Igualmente póde fazer annullar as hypothecas sobre elles constituidas.

Poderá o marido, como senhor dos rendimentos do dote, aliena-los para sempre, ou temporariamente com o consentimento da mulher? Similhante alienação importaria a alienação fraudulenta dos bens dotaes, que é prohibida por este artigo. No entretanto podem dispor d'esses rendimentos, comtantoque não prejudiquem os alimentos de familia, argumento do artigo 1230.º

Não responde porém o marido pela alienação dos bens mobiliarios communs a titulo oneroso, porque n'este caso recebe um equivalente, que se presume redundar em beneficio da sociedade. Apenas se lhe imputa na sua meação o valor dos alienados a titulo gratuito, sem consentimento da mulher.

O projecto primitivo, em vez das palavras «*contratos gratuitos*», que se lêem no artigo 1118.º do codigo, empregava estoutras no artigo (1162.º), correspondente «*contratos, que de sua natureza só possam prejudicar*». O pensamento é o mesmo.

Porém a doutrina de que seriam imputados na meação do marido todos os bens mobiliarios communs, por elle alienados por contratos gratuitos sem outorga da mulher, que era absolutamente exacta no systema do projecto primitivo, soffre uma modificação no systema do codigo, em virtude do artigo 1471.º, cuja doutrina foi introduzida de novo pela commissão revisora, em sessão de 18 de março de 1862, sob proposta do sr. Seabra, e que apparece pela primeira vez no projecto de 1863, no artigo 1503.º, correspondente ao artigo 1471.º do codigo.

Assim póde o marido dispor de moveis e de dinheiro a titulo gratuito, independentemente de outorga da mulher, e sem que os valores doados lhe sejam imputados na sua meação, quando as doações forem em remuneração de serviços, ou de pouca importancia, citado artigo 1471.º

Realmente conceder ao marido faculdade ampla de dispor dos bens mobiliarios sem consentimento da mulher, seria perigoso. Mas tambem negar-lhe absolutamente o direito de doar por si só á custa do casal, seria muitas vezes injusto, e algumas até indecoroso. Por mais que se diga que dar é perder, a verdade é que a liberalidade moderada e com causa é uma virtude, e não poucas vezes uma obrigação impreterivel. Ha serviços ou favores, cuja remuneração o interesse do proprio casal aconselha.

Fica porém ao prudente arbitrio do juiz o apreciar a importancia da doação, tendo em vista a fortuna do casal, e o valor dos serviços a remunerar.

Se a doação for de grande importancia não se imputa toda na meação do marido, mas só o excesso. Se a doação for, por exemplo, do valor de 1:000$000 réis, e se reconhecer que até 500$000 réis está ao abrigo do disposto no artigo 1471.º, imputam-se apenas 500$000 réis na meação do marido.

Já não é applicavel o artigo 1118.º na sua segunda parte ás alienações a titulo gratuito, que a mulher faça dos seus bens mobiliarios, aindaque ella, alienando a titulo gratuito estes bens, ou a terça parte dos seus rendimentos, prive o casal de meios para occorrer a despezas que não deveriam pesar unicamente sobre o marido.

As alheações que o marido fizer a titulo gratuito dos *seus* bens mobiliarios tambem não têem que ser imputadas na sua meação.

Em nenhum d'estes dois casos ha que fazer imputação dos bens doados na meação do doador, porque os bens proprios estão por sua natureza excluidos da communhão, não sendo por isso chamados a fazer cumulo na partilha do casal.

Se forem os rendimentos, ou dos bens communs ou dos bens proprios, que o marido aliene, a titulo gratuito, tambem hão de ser imputados na sua meação?

O codigo no artigo 1118.º só imputa na meação do marido o valor dos *bens* mobiliarios alienados a titulo gratuito, e não falla dos *rendimentos*, mas os rendimentos são tambem verdadeiramente bens mobiliarios, que se acham sem duvida comprehendidos na provisão generica do artigo 1118.º

A concubina é que o marido não póde fazer doações de especie alguma, por mais insignificantes que sejam, nem ainda dos seus bens proprios, artigo 1480.º Se as fizer, são nullas.

A declaração da nullidade porém só póde ser requerida pela mulher do doador ou pelos herdeiros legitimarios d'ella, e não pelos outros herdeiros legitimos, nem pelos testamentarios; e póde ser requerida durante o matrimonio, e até depois d'este dissolvido, mas dentro de dois annos depois da dissolução. Ainda mesmo que as doações sejam de bens de raiz communs, nos termos do artigo 1191.º § 3.º, póde ser requerida a annullação não só durante a constancia do matrimonio, mas ainda dentro de dois annos, depois d'elle dissolvido; e, por mais longa que seja a posse dos bens em poder da concubina, nunca prescreve senão passados dois annos depois da dissolução do matrimonio; assim como a prescripção procede, por mais curto que seja o periodo da posse, decorridos que sejam os dois annos depois da dissolução do casamento.

Parece que o supremo tribunal de justiça já decidiu que o preceito do artigo 1771.º, que exige, para a exclusão do adultero do beneficio das disposições testamentarias, a prova judicial do adulterio em vida do testador, não é applicavel ás doações em vida. Porém na nota ao artigo 1480.º trataremos este ponto.

Se os bens doados á concubina forem immobiliarios, e a doação tiver sido feita sem outorga da mulher, alem do direito de requerer a nullidade com fundamento no artigo 1480.º, póde a mulher requere-la com fundamento no artigo 1191.º Se a doação á concubina for feita com outorga da mulher julgamo-la irrescindivel.

A nullidade prevista no artigo 1480.º não prejudica a nullidade resultante da inobservancia das formalidades legaes na constituição da doação, como a de não ter sido feita por escripto particular ou escripto publico, nos casos e nos termos dos artigos 1[illegible].º e 1459.º

O artigo 1191.º não previne a hypothese de serem proprios da mulher os bens immobiliarios alienados pelo marido sem a sua outorga. Mas n'este caso é evidente que a mulher ou seus herdeiros podem reclamar absolutamente contra a alienação.

Depois de separados de pessoas e bens os conjuges, póde cada um dispor livremente dos bens mobiliarios, que em consequencia da separação lhe pertencerem, artigo 1[illegible].º

Têem alguns dito que as palavras «*disposição entre vivos*», empregadas no artigo 1216.º, não abrangem os contratos onerosos, porque ainda ninguem chamou juridicamente disposição entre vivos aos contratos de compra e venda e similhantes, mas sim ás doações com immediata transferencia de dominio para as distinguir das que são feitas por morte.

Entendem assim que a palavra «*dispor*», empregada no artigo 1215.º, se refere unicamente ás disposições por morte: 1.º, porque no artigo seguinte já se falla, não de dispor, mas de dispor entre vivos;

2.º, porque no artigo 1215.º se resalva o *direito dos filhos*. os quaes não têem direito de reclamar contra os contratos onerosos, feitos pelos paes, mas simples e unicamente contra as disposições a titulo gratuito, que compromettam as legitimas que lhes são devidas.

Similhante opinião porém é inadmissivel.

A palavra «*dispor*» sem limitação comprehende todas as fórmas de transferir o dominio, e a tutela reciproca dos conjuges é tão necessaria nos contratos gratuitos, como nos contratos onerosos.

Demais, podem vender todas as pessoas, que não são legalmente inhibidas de dispor dos seus bens.

No artigo 1215.º emprega-se a palavra «*dispor*», e no artigo 1216.º as palavras «*disposição entre vivos*», porque com relação a bens mobiliarios concede o codigo ampla faculdade a cada um dos conjuges de dispor d'elles, sem intervenção do outro, ou por vida ou por morte.

As palavras «*salvo o direito dos filhos*» são de mais; nem aproveitam nem prejudicam, porque o assumpto das doações e disposições inofficiosas está previsto em varios artigos do codigo. No projecto primitivo, em que a materia dos artigos 1215.º e 1216.º vinha englobada n'um só, applicavam-se as palavras «*salvo o direito dos filhos*», tanto á disposição dos bens mobiliarios, como á dos immobiliarios.

A commissão revisora porém, desdobrando aquelles preceitos em dois artigos, só se lembrou, e inutil e escusadamente, de resalvar o direito dos filhos com respeito á disposição dos bens mobiliarios, providencia esta que se acha acautelada em muitas disposições do codigo, com relação á doação de bens, ou sejam mobiliarios ou immobiliarios.

Com a separação judicial de pessoas e bens, até os bens [illegible] perdem esta natureza, como se infere dos artigos 1150.º, 1211.º e 1224.º, podendo assim a mulher dispor á vontade dos bens mobiliarios dotaes.

Dos bens *mobiliarios* no casamento por separação dos bens dispõe o marido dos seus e dos communs, e dispõe a mulher da terça dos seus rendimentos, e dos bens proprios, salvo dos capitaes postos a juro, artigo 1128.º

Pela disposição dos artigos 1125.º e 1128.º, e seu § unico, mostra-se que póde haver incommunicabilidade quanto aos rendimentos no systema de casamento por separação de bens, apesar de em regra serem bens communs os rendimentos segundo o disposto no § unico do artigo 1109.º, e conforme se deprehende do artigo 1104.º, e que n'esta fórma de matrimonio não são destinados os rendimentos dos bens da mulher para sustentar os encargos do matrimonio, porque da terça parte dispõe a mulher, e dos outros dois terços só póde dispor o marido com as mesmas restricções a que está sujeita a alienação dos bens immobiliarios.

No casamento, segundo o costume do reino, com simples communhão de adquiridos, e no regimen dotal, tambem é a mulher quem dispõe dos bens mobiliarios, que estiverem separados da communhão?

O artigo 1128.º diz expressamente que, quanto aos seus bens mobiliarios *separados da communhão*, é applicavel á mulher o que o artigo 1118.º dispõe relativamente ao marido quanto aos bens mobiliarios communs.

O artigo 1128.º porém é unica e exclusivamente applicavel ao casamento com separação de bens, e não ás outras fórmas de casamento, comquanto n'estas haja e possa haver bens proprios da mulher.

Entendem alguns que quem dispõe dos bens proprios da mulher no casamento segundo o costume do reino, na simples communhão dos adquiridos e no regimen dotal, é o marido, nos termos dos artigos 1118.º e 1119.º, argumentando com o que succede com os bens mobiliarios dotaes, cuja alienação é da competencia do marido, e não da mulher, artigo 1148.º

Parece-nos porém mais rasoavel que mesmo nas outras fórmas de casamento seja a mulher quem disponha dos bens proprios com auctorisação formularia do marido, ou o marido com outorga da mulher. Repugna ao espirito que se conceda ao marido a faculdade de alienar livremente só por si os bens mobiliarios proprios da mulher.

Os bens immobiliarios, qualquer que seja o regimen matrimonial, é que não podem ser alienados sem accordo de ambos os conjuges, ou supprimento judicial do consentimento do consorte dissidente, devendo ser [illegible] á outorga de ambos os conjuges a auctoridade de justiça, se elles são dotaes, artigo 1149.º

Já na imprensa juridica se tem discutido se no casamento com separação de bens, póde o marido alienar, sem outorga da mulher, os seus bens immobiliarios.

Dá logar á duvida o preceito do artigo 1127.º, que declara que nos casamentos feitos com separação de bens cada um dos conjuges conserva o dominio de *tudo* quanto lhe pertence, podendo *dispor dos respectivos bens livremente*, sem distinguir entre bens mobiliarios e immobiliarios.

Verdade seja que esta regra geral tem uma excepção nas palavras «*salva a restricção imposta no artigo seguinte*»; mas a excepção estabelecida no artigo 1128.º respeita só á mulher, e não ao marido, e portanto parece que a este é licito dispor dos seus bens immobiliarios, independentemente do consentimento da mulher, ou de supprimento judicial.

Accrescenta-se ainda que o proprio artigo 1191.º § 2.º vem em reforço d'esta doutrina, determinando que a alienação dos bens immobiliarios, proprios do marido, por elle feita sem outorga da mulher, só póde ser annullada a requerimento d'esta ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituido em responsabilidade para com ella, ou para com elles, e não tendo outros bens pelos quaes responda.

Não nos parece porém legal similhante opinião. A disposição do artigo 1191.º § 2.º é generica; refere-se a todos os bens proprios do marido, qualquer que seja o regimen matrimonial. É certo que o legislador deu ao marido mais liberdade ácerca da disposição dos bens proprios do que á mulher, permittindo-lhe alienar os bens immobiliarios proprios sem outorga d'ella; mas deixou a nullidade d'essa alienação dependente da condição resolutoria, que se lê no mesmo § 2.º do artigo 1191.º, acima citado. Portanto a disposição absoluta do artigo 1191.º não serve de argumento especial para regular os direitos do marido no casamento com separação de bens.

O artigo 1127.º ha de subordinar-se aos outros artigos do codigo, que formam um systema ligado e harmonico. Ora o artigo 1130.º, applicavel ao regimen de separação de bens por força do disposto no artigo 1126.º, determina que os bens, que cada um dos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão, ou por qualquer outro titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, serão considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é feito segundo o costume do reino, e no casamento segundo o costume do reino não póde o marido alienar ou obrigar os bens immobiliarios proprios, sem outorga da mulher, como é expresso no artigo 1119.º

Demais, se a disposição entre vivos dos bens immobiliarios não

póde ter logar mesmo depois de separados os conjuges, senão por consentimento de ambos, ou supprimento judicial, artigo 1216.º, qualquer que seja a fórma de casamento; porque o artigo 1216.º não resalva nenhuma fórma de casamento; por maioria de rasão o accordo de ambos é indispensavel para ser feita a alienação durante a communhão de pessoas e bens.

Por outro lado, se os casados nem emprazar podem os seus bens, sem commum consentimento, qualquer que seja o seu contrato de casamento, artigo 1668.º, como hão de poder aliena-los?

Finalmente o marido nem sequer póde acceitar validamente ou repudiar herança, sem consentimento da mulher, artigos 1120.º e 2024.º

Entendemos pois que o marido, mesmo no systema de separação de bens, não póde alienar nem por qualquer fórma obrigar os bens immobiliarios proprios, sem outorga da mulher.

Esta era já a doutrina da antiga legislação, como póde ver-se na ordenação philippina, livro IV, titulo XLVIII, *pr.*, com fundamento na ordenação affonsina, livro IV, titulo XI, e livro III, titulo XLV e XLVI, que não permittiam ao marido obrigar ou alienar de qualquer fórma os bens de raiz, quer communs, quer pessoaes, sem consentimento da mulher ou supprimento judicial.

Ha apenas a notar as profundas modificações n'esta doutrina feitas pelo artigo 1191.º, que manteve a inviolabilidade das alienações de bens immobiliarios do marido, feitas por este sem outorga da mulher, quando não fossem offendidos os direitos d'esta.

O marido que pretender supprir judicialmente o consentimento da mulher deve provar que a transacção é de reconhecida vantagem para o casal, porque só assim é que póde conhecer-se se é mal cabida, e sem justo motivo, a opposição da mulher, unico caso em que os artigos 1119.º e 1191.º do codigo permittem supprir o consentimento d'ella. Assim o julgou a relação de Lisboa em accordão de 31 de maio de 1870, publicado no jornal *O Direito*, n.º 25, 2.º anno.

Esta decisão é igualmente applicavel ao caso de supprimento do consentimento do marido, vistas as provisões dos artigos 1119.º e 1193.º

Aquelle dos conjuges, que pretender o supprimento judicial do consentimento do outro, ha de dirigir-se ao juiz respectivo, allegando que quer alienar ou obrigar o predio, e que o consorte não presta o seu consentimento, e requerendo que elle seja citado para prestar o consentimento, ou allegar as rasões que tiver para o negar, e que no caso de recusa infundada o juiz o suppra por seu despacho.

O despacho que supprir o consentimento substitue para todos os effeitos a outorga do conjuge, que o recusava.

Em juizo mesmo não póde estar o marido sobre questões de propriedade ou de posse de bens immobiliarios, sem outorga da mulher, a qual póde todavia ser supprida por decreto judicial, artigo 1191.º

É necessaria a citação da mulher do executado, ainda que não tenha sido parte na causa, se a execução tiver de correr em bens de raiz. Assim julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 12 de novembro de 1870, como se mostra dos respectivos considerandos, que são verdadeira conclusão do artigo 1191.º do codigo, que lhes é applicavel. Os considerandos são os seguintes:

«Attendendo a que a citação das mulheres dos executados é necessaria, ainda que não tenham sido partes na causa, se a execução tiver de correr em bens de raiz, como é expresso no artigo 574.º § 2.º da reforma judiciaria;

«Attendendo a que a referida citação se não fez, como os autos mostram negativamente;

«Attendendo a que, havendo hypotheca especial, ou consignação de certos bens para pagamento, como consta dos autos, por elles deve começar a penhora, segundo o artigo 566.º § unico da mesma reforma, etc.»

Desde que em virtude do artigo 1191.º do codigo não é licito ao marido estar em juizo por causa de questões de propriedade ou de posse de bens immobiliarios sem outorga da mulher, é claro que ella tem de ser citada, sempre que não figurar como auctora, com o marido, tanto nas acções, como nas execuções.

Supponhamos porém que o conjuge não se recusa a dar o seu consentimento, mas que não está nas circumstancias de o prestar em rasão de incapacidade mental, poderá o consorte requerer por este motivo o supprimento judicial, ou devera primeiro promover a interdicção do conjuge por demencia?

A lei não obriga o conjuge do desasisado a requerer a interdicção do seu consorte, e o artigo 1191.º reconhece a legalidade do supprimento judicial da outorga da mulher, se esta estiver impossibilitada para a dar, o que por analogia deve applicar-se ao marido. Ora impossibilitado está o conjuge que é demente, ainda que não esteja sob a sentença de interdicção legal.

Verdade seja que o conjuge do demente não é competente para por si só julgar da demencia do seu consorte, e que é preciso verificar este estado pelos meios competentes. Mas quaes são esses meios competentes? Serão unicamente os indicados nos artigos 314.º e seguintes?

Cremos que não. O processo indicado n'estes artigos é absolutamente necessario quando se trata de promover o julgamento da interdicção; mas estas disposições não obstam a que o juiz, allegada por um conjuge a impossibilidade de dar o outro o consentimento necessario para um acto juridico, não verifique, sem fórma especial de processo, ouvindo o pretendido demente, ou precedendo mesmo a exame, ou inquerito de vizinhos, a verdade do allegado, e não suppra por decreto judicial a outorga, que o conjuge está impossibilitado de dar.

Entendemos pois que o artigo 1191.º, § 1.º «*ou se estiver impossibilitada para a dar*» se refere tanto aos impedimentos por interdicção, previstos nos artigos 326.º e 327.º, como aos impedimentos permanentes ou temporarios de incapacidade mental, em que não está todavia julgada a interdicção.

Infere-se esta mesma doutrina do artigo 335.º do codigo, que annulla os actos juridicos por demencia, mesmo antes de julgada, (e, por analogia, se nunca foi julgada), desde que a demencia é notoria ou conhecida do outro pactuante.

Porém a nullidade da alienação dos bens immobiliarios, feita pelo marido sem outorga da mulher, não é absoluta, e *ipso jure*, como poderia inferir-se da redacção do artigo 1119.º «*não podem ser alheados, ou obrigados por qualquer fórma*». Carece de ser allegada essa nullidade para ser julgada procedente.

O marido não póde alienar nem obrigar os bens immobiliarios, ou proprios ou communs, sem auctorisação da mulher, mas os effeitos da alienação de uns ou de outros sem consentimento d'ella não são exactamente os mesmos.

Assim se os bens alheados forem *proprios* do marido, não póde ser annullada a alienação senão a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, e verificando-se cumulativamente as duas seguintes con-

dições: 1.º, de ter o marido responsabilidade aberta para com a mulher ou para com os herdeiros d'ella; 2.º, de não ter outros bens, pelos quaes se desonere d'essa responsabilidade, artigo 1191.º, § 2.º

Se os bens forem *communs*, como a mulher tem outros direitos sobre os bens da *communhão*, do que sobre os *proprios* do marido, póde ella ou seus herdeiros requerer, em todo o caso, independentemente de qualquer d'aquellas condições, a annullação da alienação, citado artigo 1191.º § 3.º, assim como a podem requerer os herdeiros legitimarios do marido.

Alienando o marido, sem outorga da mulher, bens immobiliarios communs, em que ella tem tanto direito como elle, fica á mulher o direito de requerer a annullação das alienações, sem estar sujeita ás condições prescriptas no § 2.º do artigo 1191.º, com relação aos bens immobiliarios proprios do marido.

Os herdeiros não pedem a annullação da alienação só na parte relativa á meação da mulher, como sustentavam muitos doutores pelo direito anterior ao codigo; pedem a annullação completa do acto, comquanto depois repartam com os herdeiros do marido os bens que lhes reverterem em consequencia da acção.

Os herdeiros do marido é que não podem requerer a annullação da alienação de bens immobiliarios, feita sem outorga da mulher, salvo verificando-se cumulativamente os dois requisitos: 1.º, de serem *communs* os bens alienados; 2.º, de serem *legitimarios* os herdeiros do marido.

Pelo nosso antigo direito, ainda conservado no projecto primitivo, em caso nenhum os herdeiros do marido, fossem ou não legitimarios, podiam requerer a annullação da alienação de bens immobiliarios, feita pelo marido sem outorga da mulher, qualquer que fosse a natureza d'esses bens. A commissão revisora porém deu esse direito aos herdeiros necessarios do marido, quando os bens alienados fossem communs.

Conseguintemente o artigo 1119.º consigna o preceito de que não podem ser obrigados nem alienados bens immobiliarios, proprios ou communs, sem o consentimento de ambos os conjuges; mas não declara radicalmente nulla a alienação fóra d'essas condições. É o artigo 1191.º que determina os effeitos da transgressão do preceito contido no artigo 1119.º, e diz que a transgressão do preceito consignado no artigo 1119.º, no caso de serem vendidos bens immobiliarios, seus ou communs, não envolve nullidade, e apenas tem os effeitos designados nos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo, isto é, que não podem ser annulladas essas alienações sem haver reclamação.

Só a alienação de bens immobiliarios proprios da mulher, sem consentimento de ambos os conjuges, é que é absolutamente nulla.

Por isso o conservador a quem for apresentado um titulo de hypotheca, ou de transmissão de bens immobiliarios, feito por homem casado, sem intervenção da mulher, não póde recusar-lhe o registo por aquella simples falta, que não annulla o acto juridico sem haver reclamação. Exceptuâmos unicamente o caso de os bens immobiliarios, objecto da hypotheca ou da transmissão, serem proprios da mulher, constando esta circumstancia do proprio documento sujeito a registo.

Os conservadores não são juizes, nem o registo diminue ou augmenta o valor dos direitos, que constam dos documentos registados; o registo serve apenas para *conservar* os direitos com relação a terceiros.

Com fundamento na irregularidade dos documentos só podem recusar-se ao registo os conservadores quando os titulos forem *manifestamente* nullos ou illegaes, artigo 981.º

Note-se que as doutrinas do artigo 1191.º são applicaveis ás alienações de bens immobiliarios, feitas pelo marido sem outorga da mulher, qualquer que seja o regimen matrimonial. A base das doutrinas, que hoje se lêem nos §§ do artigo 1191.º, não vinha no artigo correspondente (1237.º) do projecto primitivo, mas sim no artigo (1201.º) correspondente ao artigo 1155.º do codigo. Parecia pois que, nos termos do projecto primitivo, só regiam no systema dotal estas regras relativas á annullação da alienação de bens immobiliarios sem outorga da mulher. A collocação porém que a commissão revisora deu áquellas disposições tornou claro o seu pensamento de as applicar á alienação de todos os bens immobiliarios sem outorga da mulher, qualquer que fosse o regimen matrimonial.

Os bens *proprios*, a cuja venda se refere o artigo 1191.º § 2.º, são os bens proprios do marido, e não os proprios da mulher, como bem se mostra da acta da sessão da commissão revisora de 20 de janeiro de 1862, e da redacção do proprio artigo.

O codigo, regulando no artigo 1191.º o direito de reclamar a annullação da transmissão dos bens immobiliarios *alheados* pelo marido sem outorga da mulher, não regula a hypothese de elles terem sido, não alheados, mas *obrigados*, hypothese que devia tambem regular, vistoque a ambos se refere o artigo 1119.º

Em nosso entender, tudo o que nos differentes §§ do artigo 1191.º se legisla com relação á *alienação* dos bens immobiliarios sem outorga da mulher, deve applicar-se, por analogia, ao caso de *hypotheca* dos mesmos bens, sem outorga d'ella, vista a disposição do artigo 894.º

Dos bens immobiliarios pois não póde um dos conjuges dispor validamente sem consentimento do outro, ou supprimento judicial, mesmo que esteja interrompida já a sociedade conjugal pela separação de pessoas e bens, artigo 1216.º

Aindaque em presença dos artigos 1210.º e 1211.º parece que, á parte o vinculo proveniente do sacramento, os conjuges nada mais têem um com outro, depois da separação de pessoas, da qual deriva necessariamente a separação de bens, deixa-os o codigo ainda até certo ponto n'uma tutela reciproca, consignando no artigo 1216.º o principio de que a disposição entre vivos de bens immobiliarios depende do consentimento de ambos.

Contra esta doutrina porém está o preceito do artigo 1564.º, o qual determina que os casados, que estão separados judicialmente de pessoas e bens, podem comprar e vender reciprocamente, sem distincção entre bens mobiliarios e immobiliarios; e portanto parece que podem os casados, n'estas circumstancias, vender bens immobiliarios a terceiro sem consentimento um do outro.

No projecto primitivo não havia esta contradicção, porque ao passo que no artigo 1628.º se continha exactamente o mesmo preceito que se encontra no artigo 1564.º do codigo, estabelecia-se no artigo 1264.º, correspondente ao artigo 1216.º do codigo, a provisão de que os conjuges podiam dispor livremente dos bens separados, ou fossem mobiliarios ou *immobiliarios*, salvo o direito dos filhos.

A commissão revisora emendou o artigo 1264.º do projecto no sentido que hoje se vê no artigo 1216.º do codigo, resolvendo quanto aos bens immobiliarios, conforme se lê em a nota ao artigo 1234.º do projecto de 1863, que a disposição entre vivos ficasse dependente do consentimento do outro conjuge, ou do supprimento judicial, se aquelle fosse recusado.

Esqueceu-se porém a commissão de emendar o artigo 1628.º do projecto, em harmonia com a alteração feita no artigo 1264.º, e por isso ficou a desharmonia que se nota entre o artigo 1216.º e o artigo 1564.º do codigo.

Respeitando-se pois as prescripções do codigo, como n'elle se encontram, chegâmos á seguinte conclusão. Os conjuges, separados de pessoas e bens, não podem dispor entre vivos dos bens immobiliarios, um sem consentimento do outro, a favor de terceiro; podem porém obter um do outro por venda ou por troca, artigos 1564.º e 1594.º, quaesquer bens immobiliarios sem necessidade de intervenção alguma estranha.

Portanto á regra geral de que os bens immobiliarios não podem ser alienados sem consentimento de ambos os conjuges, ainda que estejam separados de pessoas e bens, ha a excepção, em que elles, separados judicialmente de pessoas e bens, podem vender um ao outro, sem necessidade de intervenção de justiça. É pelo menos este o unico meio de conciliar as disposições dos artigos 1216.º e 1564.º

Se tratarem de adquirir um do outro bens immobiliarios, por titulo oneroso, que não seja venda ou troca, será necessaria a ratificação judicial. Alguns porém entendem que nos contratos feitos entre os dois não é precisa ratificação judicial, porque elles intervindo juntamente, juntamente se auctorisam.

Se os conjuges fizerem entre si doações entre vivos, como aos casados permitte o artigo 1178.º, póde a todo o tempo o doador revoga-las livremente, nos termos do artigo 1181.º, sem consentimento do donatario.

Supponhamos porém que, sem embargo do disposto no artigo 1216.º, a mulher, judicialmente separada de pessoas e bens, vendeu bens immobiliarios sem consentimento do marido, poderá ella mesma vir requerer a rescisão do acto juridico com fundamento na falta de auctorisação marital?

Não, em vista do artigo 1200.º, que se desviou da doutrina do artigo 1248.º do projecto primitivo, do artigo 225.º do codigo civil francez e do projecto do codigo civil hespanhol, para evitar que a mulher casada tirasse proveito da sua propria culpa, quando praticasse, sem auctorisação do marido, actos juridicos para que esta auctorisação era necessaria, rasão que procede igualmente, ou a mulher viva com o marido, ou esteja separada d'elle judicialmente.

A nullidade dos actos praticados pela mulher sem auctorisação do marido, nos casos em que esta é precisa, não é absoluta, mas relativa, isto é, só póde ser arguida pelos interessados, que são o marido, ou os seus herdeiros ou representantes. O projecto primitivo dava tambem á mulher e aos credores o direito de arguir esta nullidade, mas logo na primeira revisão se eliminou este direito com relação aos credores, conservando-se, como no codigo civil francez, este direito á mulher e seus herdeiros, nas edições de 1863 e 1864, e sendo tambem eliminado na ultima revisão, como se vê do projecto apresentado ás côrtes.

Os credores deveriam ter exigido todas as garantias para a segurança das suas dividas, para não intervirem depois nos actos de gerencia matrimonial, salvo o caso de dolo da parte dos conjuges. Não vemos porém rasão para negar á mulher o direito de arguir essa nullidade, salvo havendo dolo da parte d'ella, *a simili* do disposto no artigo 299.º, e tanto mais que por não se conceder ao marido em casos identicos igual faculdade, não devia ampliar-se a mesma prohibição á mulher, que é mais fraca e inexperiente.

O projecto apresentado pelo governo hespanhol ás côrtes constituintes em 1869, no artigo 93.º, facultava ao marido e á mulher, e aos herdeiros de um e de outro, o reclamar contra os actos por ella praticados sem auctorisação do marido, nos casos em que era necessaria esta auctorisação; mas a respectiva lei de 17 de junho de 1870, em que foi convertido aquelle projecto, no artigo 55.º concede só ao marido ou seus herdeiros o direito de reclamar a nullidade dos actos praticados pela mulher sem a auctorisação competente, para evitar que a mulher se utilise da fraude que commetteu.

Em todo o caso o preceito do artigo do nosso codigo é lei, e ha de por isso respeitar-se como tal.

Esta nullidade porém póde ser sanada pelo marido, ou expressamente; ou mesmo tacitamente, *verbi gratia*, começando elle a executar o acto praticado pelo mulher sem a sua auctorisação.

O marido póde tambem confirmar o acto praticado pela mulher sem a sua auctorisação, emquanto não for proposta em juizo alguma acção por terceiro a esse respeito, artigo 1201.º, porque depois da proposição da acção está a lide contestada, e por isso adquirido um direito á discutir a nullidade do acto por falta de auctorisação. No entretanto o n.º 1.º do artigo 1201.º, que tinha rasão de ser no projecto primitivo, onde se permittia aos *credores* o arguir a nullidade por falta de auctorisação marital, inutilmente foi conservado pela commissão revisora, que negou a terceiros, e inclusivamente á propria mulher, o direito de arguir aquella nullidade.

Considerará o codigo como *terceiro*, em o n.º 1.º do artigo 1201.º, o individuo que com ella contraton sem exigir a auctorisação do marido?

Se a mulher fez um emprestimo hypothecario sem auctorisação do marido, ou comprou alguns bens sem consentimento d'elle, póde considerar-se terceiro, para o effeito de vir propor-lhe a acção de nullidade, o mutuario, que recebeu o dinheiro, ou o vendedor, que lhe transmittiu a propriedade?

Poderão estes invocar como nullidade uma falta, que parece *pessoal*, e que em boa jurisprudencia só póde ser invocada por aquelles em favor de quem foi estabelecida? Em vista da letra do artigo o pactuante, que com ella celebrou o acto juridico, não póde prevalecer-se da nullidade resultante da incapacidade pessoal da mulher, para reclamar contra o acto juridico.

Quem figurou, como interessado, no acto juridico, não póde dizer-se *terceiro*.

O legislador portuguez entendeu que, tendo a auctorisação marital por fundamento o interesse da sociedade conjugal, só o marido ou quem o representasse, e nunca o ministerio publico, ou terceiro, poderia allegar a nullidade resultante da falta de auctorisação.

Em todo o caso o que com a mulher negociou tem direito a reclamar do casal aquillo em que elle se locupletou.

A acção tambem prescreve decorrido um anno depois da dissolução do matrimonio, a qual só tem logar por um de dois modos, ou pela annullação do casamento, ou pela morte de algum dos conjuges.

Tambem fica sanado o acto pela prescripção, como se foi venda de bens de raiz, e o adquirente os possuiu pelo tempo preciso para a prescripção, nos termos dos artigos 526.º a 529.º

Supponhamos porém que o contrato em que não interveiu a outorga de um dos conjuges, e em que essa outorga era aliás necessaria, labora em nullidade por ter sido feito em fraude dos direitos da fazenda nacional, poderá o proprio conjuge que o celebrar, requerer a rescisão com este fundamento?

Parece-nos indubitavel a affirmativa, em vista da ordenação, livro I, titulo LXXVIII, § 14.º, que ainda está em vigor, porque a sua materia não foi regulada no codigo. Esta ordenação, declarando nullas as escripturas em que não se transcreva de teor a certidão do pagamento da siza, concede ás partes ou seus herdeiros o direito de as annullar por aquelle motivo.

O legislador, querendo mais uma garantia a favor dos interesses da fazenda, deu ás partes o direito de requerer a rescisão do contrato em que ellas proprias figuraram, se a certidão do pagamento da siza não foi transcripta no instrumento do contrato.

O direito de arguir esta nullidade, dado ás proprias partes, funda-se nas conveniencias publicas e no interesse da fazenda; quando o direito de requerer a nullidade do contrato por falta de auctorisação de um dos conjuges só podia conceder-se ao lesado, vistoque o fundamento d'este direito é simplesmente o interesse particular.

No entretanto boas auctoridades sustentam que hoje não é licito ás proprias partes o requerer a rescisão dos contratos com o fundamento de terem sido feitos em fraude da fazenda nacional.

Recibos de tornas de partilhas, ainda que provenham de bens de raiz, póde o marido passar sem intervenção da mulher.

Ainda que a torna sirva para preencher desfalque nos bens de raiz, é em todo o caso *cousa mobiliaria*, porque como tal se considera o dinheiro em que ella deve ser paga.

Porém os capitaes postos a juros, pertencentes á mulher no casamento com separação de bens, e as duas terças dos seus rendimentos só podem ser alienados por accordo de ambos os conjuges, artigo 1128.º § unico.

Mais se confirma esta opinião, lendo-se os artigos do projecto primitivo, e do projecto da commissão revisora de 1863, correspondentes ao artigo 1128.º do codigo.

Diz o projecto primitivo no artigo 1176: «A mulher não poderá alienar sem consentimento do marido, ou supprimento judicial, em caso de opposição: 1.º, os bens de raiz, ou capitaes collocados a interesse; 2.º, nem mais que a terça dos seus rendimentos».

Diz o projecto da commissão revisora de 1863, no artigo 1145.º: «É applicavel á separação de bens o disposto no artigo 1136.º (artigo 1113.º do codigo). A mulher não poderá alienar sem consentimento do marido ou supprimento judicial, em caso de opposição: 1.º, os capitaes collocados a interesse; 2.º, nem mais que a terça dos seus rendimentos».

Vê-se pois que o direito de dispor dos seus bens, no casamento com separação de bens, é sempre dado á mulher com ou sem intervenção do marido, carecendo de auctorisação se se trata de bens immobiliarios, de capitaes postos a juro, e das duas terças partes dos rendimentos, e independentemente de auctorisação do marido, se se trata dos bens mobiliarios, e da terça dos rendimentos.

Este pensamento não foi alterado na nova redacção, porque, segundo se lê em a nota ao referido artigo 1145.º do projecto de 1863, apenas *ficou salva a redacção do artigo*.

É pois a mulher quem dispõe em todo o caso mesmo dos bens proprios immobiliarios, e dos capitaes postos a juro, e d'estas duas terças partes dos seus rendimentos, e não o marido, devendo ella apenas pedir a este o seu consentimento, que póde ser supprido por despacho judicial, como se mostra dos artigos 1127.º e 1128.º

São estes os casos especiaes em que a mulher póde alienar bens sem consentimento do marido, artigo 1193.º; porque em regra não

póde alienar bens alguns sem auctorisação do marido, nem mesmo adquiri-los ainda que seja a titulo lucrativo. Nas doações podem impor-se condições, cujo alcance a mulher não possa apreciar devidamente, e ainda porque a moral publica, a paz da familia, e a santidade do matrimonio exigem que a mulher não receba doações sem consentimento e approvação do marido.

No caso porém do marido se recusar a auctorisa-la para contrahir dividas, alhear ou adquirir alguns bens, póde ella requerer o supprimento judicial, e o juiz deferirá com audiencia do marido.

A redacção do § unico do artigo 1193.º não exclue do processo para o supprimento do consentimento do marido a inquirição de testemunhas para esclarecimento do juizo e prova da intenção e defeza das partes.

O preceito obrigatorio da audiencia previa do marido tambem não exclue os outros meios de indagação; torna aquelle apenas indispensavel.

Igual disposição e adoptavel no casamento com simples communhão dos adquiridos, com relação aos capitaes postos a juro, pertencentes á mulher, e com relação ás duas terças dos seus rendimentos?

É omisso a este respeito o codigo, que tornando applicaveis ao casamento com separ... de bens todos os artigos relativos ao casamento com communhão dos adquiridos, não declara applicavel ao casamento com communhão dos adquiridos, nem um só dos artigos que regem o casamento com separação de bens.

Portanto deve seguir-se a este respeito o direito geral, estatuido nos artigos 1118.º e 1119.º

Por morte é que nem o marido nem a mulher podem dispor de bens determinados mobiliarios ou immobiliarios, salvo se são bens proprios, que não entraram em communhão, ou se couberem a algum d'elles em partilha, artigo 1766.º

Art. 1120.º O marido não póde repudiar herança alguma, sem outorga da mulher: mas a responsabilidade da acceitação pura, sem outorga da mulher, só pesará sobre a meação e bens proprios d'elle.

(Vid. artigo 2024.º) Se o marido acceitar a herança sem outorga da mulher, e o passivo exceder o activo, soffrerá só o marido pelos seus bens proprios e pela meação nos communs as consequencias da acceitação. Porém, sem outorga da mulher ou supprimento judicial é que não póde repudiar herança. A disposição d'este artigo é consequencia do principio de que o marido não póde prejudicar a mulher só pelo seu facto cujas consequencias pesarão unicamente sobre elle, quando não for auctorisado pela mulher.

Se em virtude da convenção ante-nupcial, a herança fizer parte dos bens proprios do marido, tambem o repudio ou acceitação está sujeito ao disposto n'este artigo?

Da logar á duvida o achar-se collocado o artigo na secção que tem por epigraphe «do casamento segundo o costume do reino», parecendo que a sua disposição abrange unicamente as heranças que vem fazer parte dos bens communs.

Todavia em nosso entender as condições prescriptas no artigo com relação ao repudio ou acceitação da herança, por parte do marido, abrangem todas e quaesquer heranças, ou ellas venham fazer parte dos bens communs, ou dos proprios do marido, porque em qual-

quer dos casos a mulher fica prejudicada com o acto do marido pela falta dos rendimentos que os bens produziriam. Demais, os preceitos estabelecidos com relação ao regimen matrimonial, segundo o costume do reino, que é a regra, devem applicar-se ás outras fórmas da administração dos bens no que não for contrario ás respectivas secções do codigo, ou ás clausulas das convenções antenupciaes; e finalmente a disposição do artigo 2024.º é generica e applicavel a todos os casos seja qual for o regimen matrimonial.

A renuncia á herança por parte do marido equivaleria a uma doação, que elle não póde fazer em prejuizo da mulher.

O artigo pois refere-se tanto ás heranças, que vem por parte do marido como ás que vem por parte da mulher, e qualquer que seja o regimen matrimonial.

As duvidas, que porventura suscitasse o exame isolado do artigo 1120.º, quanto á generalidade das suas disposições, caíam diante da sua comparação com o artigo 2024.º, que é amplissimo, e se refere a todas e quaesquer heranças, ou provenham por parte do marido ou por parte da mulher, e qualquer que seja o regimen matrimonial, como acima dissemos.

Por outra rasão [illegible] convem comparar e harmonisar o artigo 1120.º com o artigo [illegible], cujas disposições são até certo ponto contradictorias.

O artigo 2024.º não permitte que o marido acceite validamente herança alguma sem consentimento da mulher, ou supprimento judicial.

O artigo 1120.º, pelo contrario, permitte-lhe acceitar a herança, tanto puramente, como a beneficio de inventario, artigo 1120.º, com a unica differença de que acceitando-a puramente, os encargos resultantes d'este facto pesam só sobre o marido nos seus bens proprios, e no seu quinhão nos communs; porque, se a acceitar a beneficio de inventario, então, como o herdeiro beneficiario não é incommodado por encargos alem das forças da herança, não pesa a responsabilidade sobre os bens do casal, nem sobre os do marido nem sobre os da mulher.

Na meação do marido tambem não póde proceder-se a execução pela responsabilidade resultante da acceitação pura de uma herança sem outorga da mulher senão nos dois casos de dissolução de matrimonio ou separação de bens, vistas as disposições do artigo 1114.º

A acceitação pura da herança, feita pela mulher sem auctorisação do marido ou supprimento judicial, é que não responsabilisa nem o casal, nem sequer os bens proprios da mulher.

Hoje mesmo não é de tão grande momento, como antigamente, a circumstancia de se ter acceitado uma herança puramente, ou a beneficio de inventario, porque, qualquer que seja a fórma da acceitação, em caso nenhum o herdeiro é obrigado a encargos alem das forças da herança, artigo 2049.º

Hoje a acceitação da herança a beneficio de inventario serve apenas para dispensar o herdeiro de prova de que na herança não ha mais bens, alem dos inventariados, citado artigo 2019.º

Conseguintemente: 1.º, póde o marido repudiar herança, mesmo sem outorga da mulher, sem embargo do disposto no artigo 1120.º, havendo supprimento judicial, como expressamente determina o artigo 2024.º; 2.º, se o marido aceitar puramente herança sem outorga da mulher ou supprimento judicial, nem por isso responsabilisa a sua meação ou bens proprios por encargos da herança, quando excedam o seu valor, vista a disposição do artigo 2049.º; 3.º, a mulher,

porque não é administradora do casal, nem chefe de familia, não póde acceitar ou repudiar validamente herança sem auctorisação do marido ou supprimento judicial.

Art. 1121.º A communhão acaba pela dissolução do matrimonio, ou pela separação, em conformidade da lei.

(Vid. artigo 1132.º) A communhão, ou abranja todos os bens do casal, ou só os adquiridos, ou só parte de uns ou de outros, termina pela dissolução do matrimonio ou pela morte ou pela annullação, e pela interrupção da sociedade conjugal, pela separação de pessoa e bens, ou pela simples separação judicial de bens. A communhão dos adquiridos acaba nos mesmos casos em que termina a communhão universal, artigo 1132.º Mesmo antes das partilhas, logoque se verifique o facto que destroe a communhão, quaesquer bens, que venham de novo ao casal, seguem a respectiva linha sem entrarem de modo algum em communicação.

Este preceito funda-se no principio de que cessando a causa cessou o effeito.

O distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, fundando-se na opinião de Lobão, entende que devem considerar-se adquiridos para a communhão os que o conjuge sobrevivo adquiriu, ignorando a morte do outro conjuge, por se presumir que era pensamento do conjuge adquirente o adquirir em nome de ambos, emquanto julgava vivo o consorte.

Os lucros dos negocios realisados antes da dissolução da sociedade pertencem tambem á communhão, ainda que o capital não faça parte d'ella, pela mesma rasão por que dos rendimentos dos bens communs sáe o pagamento dos juros de dividas antenupciaes, ainda que esses bens não estejam obrigados á solução do capital.

Art. 1122.º Fallecendo um dos conjuges, continuará o sobrevivo na posse e administração do casal, emquanto se não ultimarem as partilhas, excepto:

1.º Pelo que tocar aos bens incommunicaveis do fallecido; n'este caso, porém, se o legitimo successor for menor, continuará o pae ou a mãe na administração;

2.º Nos casos em que possa haver direito de retenção, por bemfeitorias ou communicação de preço.

(Vid. artigos 2067.º, 2068.º n.ºs 1.º e 2.º, 2070.º, 2073.º, 2078.º e 2082.º) Um dos modos por que a communhão termina é a dissolução do matrimonio pela morte. Mas, como entre a morte do conjuge e a investidura dos herdeiros na posse real da herança, ha de haver um intervallo para se proceder á descripção, inventario e partilhas; e como durante este periodo os bens não podiam estar em abandono, proroga o codigo a posse e a administração dos bens communs ao conjuge sobrevivo, até serem ultimadas as partilhas.

É o conjuge sobrevivo o cabeça de casal nos bens da communhão, artigo 2068.º n.º 1.º, não só como o mais competente para dar á descrição com fidelidade os bens do casal, artigo 2073.º, mas por ser o mais interessado na boa administração da herança.

Pela sua parte cada coherdeiro é cabeça de casal, quanto aos bens da herança de que está de posse, artigo 2070.º, como o mais compe-

tente para os descrever, ficando assim o conjuge sobrevivo, cabeça de casal, unicamente dos bens communs, que não são possuidos pelos coherdeiros.

A regra geral é que o conjuge, como cabeça de casal, continúa na administração da herança, até se ultimarem as partilhas, salvo no que toca a bens não partiveis, que hão de passar precipuos a outros herdeiros ou successores, artigo 2082.º; como são os bens que pertenciam ao casal só em usufructo, os prazos doados com reserva do usufructo antes da promulgação do codigo, que o cabeça de casal deve entregar, sem esperar pela ultimação da partilha, aos herdeiros ou successores, a quem esses bens pertencerem.

1.º, etc. Tomada á letra a disposição d'este numero, e comparada ainda com os n.os 1.º e 2.º do artigo 2068.º, parece que, junto que seja ao inventario o contrato antenupcial, pelo qual se mostre que a communhão dos bens não é completa, immediatamente fica mais de um cabeça de casal, que é o conjuge sobrevivo nos bens da communhão, e um outro nos bens incommunicaveis.

Já a ordenação do reino, livro IV, titulo XCV, § 1.º, privava o conjuge sobrevivo da posse e cabeça de casal de bens da corôa do reino, ou de morgado, ou de emprazamento, em que o sobrevivo não fosse nomeado, e de *outros similhantes*. Estes bens deviam passar logo precipuos para o verdadeiro successor.

Porém hoje não ha bens da corôa, nem de morgado senão a reserva a que se refere a lei de 19 de maio de 1863, nem prazos de vidas senão os que estivessem nomeados antes da promulgação do codigo.

O que ha de ser frequente é a existencia de bens, nos quaes o auctor da herança só tinha usufructo, e que por isso á morte d'elle hão de passar a terceiro, a quem pertença a propriedade; e alem d'isso ha os bens proprios em todas as fórmas de regimen matrimonial.

Os bens incommunicaveis não podem ser entregues aos seus herdeiros ou successores logo á morte do auctor da herança. Primeiramente hão de elles ser arrolados, artigo 2078.º, e depois hão de ser decididas as duvidas que porventura se suscitem sobre a natureza dos bens e sobre a designação do proprietario.

Logoque estejam devidamente arrolados os bens, e resolvidas as duvidas, se as houver, sobre os direitos do respectivo successor, podem os interessados reclamar a sua entrega, que só depende da circumstancia do arrolamento, para se saber quaes são os bens incommunicaveis, e da resolução das duvidas sobre o proprietario, para se saber a quem hão de entregar-se, citados artigos 2078.º e 2082.º

Portanto, ainda que o codigo estabelece que no intervallo entre a morte de um dos conjuges e a ultimação das partilhas, o conjuge sobrevivo só fica na posse e cabeça de casal dos bens communs, e excluido da administração dos incommunicaveis, esta exclusão ha de ser a maior parte das vezes impraticavel, especialmente durante o intervallo que vae até se concluir a descripção.

O que se infere dos artigos 2078.º e 2082.º é que a entrega d'estes bens não depende da *ultimação* da partilha, como depende a entrega dos quinhões hereditarios.

Mesmo durante a legislação anterior era já na maxima parte dos casos impraticavel a idéa de privar o conjuge sobrevivo da posse e administração d'estes bens antes de se ultimarem as partilhas, pelas difficuldades que se levantavam, ou sobre a natureza juridica dos bens, ou sobre o valor das bemfeitorias, ou do custo do prazo a conferir; e ordinariamente na sentença final que julgava as partilhas é que se resolviam a maior parte d'estas questões, adjudicando a cada coherdeiro o seu quinhão, e os bens precipuos e incommunicaveis áquelles a quem pertenciam.

Primeiramente para se saber quantos e quaes são os bens incommunicaveis, se não estão devidamente descriptos e confrontados em documento authentico, é preciso descreve-los no inventario, ou arrolal-os em separado, artigo 2078.º Depois da descripção segue-se a separação, ou a avaliação e a partilha entre os coherdeiros. A regra absoluta de tirar ao conjuge sobrevivo, mesmo depois de feita a descripção, a administração dos bens incommunicaveis, para a entregar durante o periodo da avaliação e da partilha a outrem, n'alguns casos ha de offerecer graves difficuldades.

Verdade seja que o codigo, no intuito de fazer entregar aos respectivos successores os bens incommunicaveis, independentemente de partilha, manda, artigo 2078.º, que sejam *arrolados separadamente*, e não inventariados. Porém este arrolamento em separado só tem logar quando a natureza de incommunicaveis for evidente, ou a esse respeito não houver opposição. Mas desde que haja duvida ácerca da natureza dos bens, ou que algum interessado no inventario levantar opposição, já não poderá ter logar o arrolamento em separado sem se decidir essa questão, como a boa rasão ensina.

Se os bens incommunicaveis pertencerem a um herdeiro só, que não haja por isso necessidade de avaliação nem de partilha, devem entregar-se-lhe logo, independentemente de descripção, para que a entrega não fique dependente de actos sem utilidade alguma. Se porventura os herdeiros do conjuge fallecido forem dois ou mais, pelos quaes tenham de ser partidos os bens incommunicaveis, é então necessario escolher um para cabeça de casal. Em todo o caso quem requerer a citação do cabeça de casal para fazer a descripção dos bens da herança deve desde logo requerer que elle seja intimado para descrever os bens partiveis, e arrolar em separado os que devam passar precipuos. Havendo opposição da parte d'elle, e não podendo provar-se desde logo por documento quaes são os bens que devem passar precipuos, serão todos descriptos no inventario, resolvendo-se a final sobre a sua natureza.

Talvez que o legislador, excluindo o conjuge sobrevivo da posse e administração dos bens *incommunicaveis*, tivesse em vista referir-se principalmente aos bens de morgado e prasos de vidas, que passam *precipuamente* a outros herdeiros e successores, segundo o disposto no artigo 2082.º

No entretanto a redacção generica do artigo 1122.º abrange tambem os incommunicaveis do conjuge predefuncto.

Não determina o codigo quem ha de ser o cabeça de casal na formação do inventario, a que se procede, dissolvendo-se o matrimonio pela separação de pessoas e bens, artigo 1211.º, ou pela annullação do casamento, que tem os mesmos effeitos da annullação por morte, artigo 1095.º

N'estes casos é o marido, como legitimo administrador dos bens do casal, artigos 1104.º e 1117.º, quem deve inventariar os bens, que administra; e com relação á primeira hypothese assim se deprehende do § 2.º do artigo 1209.º

Entre as disposições dos artigos 1122.º e 2068.º ha uma verdadeira contradicção.

Pela disposição do artigo 2068.º, n.º 1.º, o conjuge sobrevivo é o cabeça de casal de todos os bens da herança, communicaveis ou incommunicaveis, nos casamentos por communhão; emquanto que pelo artigo 1122.º n.º 1.º o conjuge sobrevivo, mesmo nos casamentos, se-

gundo o costume do reino, só é cabeça de casal quanto aos bens *communicaveis*. E esta questão é importante, porque o cabeça de casal não tem a seu cargo só descrever os bens da herança, mas tambem gosar dos direitos mencionados nos artigos 2082.º a 2086.º

A commissão revisora, introduzindo de novo a disposição, que se encontra em o n.º 1.º do artigo 2068.º, e que não vinha no projecto primitivo, esqueceu-se de certo de que nos casamentos, segundo o costume do reino, ha tambem bens incommunicaveis, artigo 1109.º, como póde haver bens communicaveis em todas as fórmas de casamento.

Conciliando e combinando os artigos 1122.º e 2068.º, em face dos artigos 2078.º e 2082.º, entendemos que, ou o casamento fosse por communhão de bens, ou por qualquer outra fórma celebrado, o conjuge sobrevivo continua na administração e posse de todos os bens do casal, em que elle tenha alguma parte; devendo passar a administração dos incommunicaveis, descriptos e arrolados que sejam, aos respectivos successores ou para se lhes fazer logo a entrega, ou para em poder d'elles se fazer a avaliação e a partilha.

Se, porém, o conjuge sobrevivo não tem parte alguma nos bens do casal é desde logo excluido de cabeça de casal, passando estas funcções a quem de direito for. O projecto primitivo, artigo 2235.º correspondente ao artigo 2068.º do codigo, chamando sempre o conjuge sobrevivo a exercer as funcções de cabeça de casal, salvo achando-se separado de pessoa e bens, evitava muitas d'estas difficuldades.

Supponhamos, agora, que n'um casamento em que se estipulou absoluta incommunicabilidade dos bens, e em que os bens eram só de um, fallece este, e deixa a terça ao outro, tem o sobrevivo direito a ser cabeça de casal, visto ter pelo testamento parte nos bens, que eram aliás incommunicaveis?

Pela affirmativa decidiu o juiz da primeira vara de Lisboa, por despacho de 16 de abril de 1871, com o fundamento de que o conjuge sobrevivo, comquanto casado por escriptura dotal, era herdeiro da terça, tendo por tanto partilha nos bens do fallecido, vistoque é expresso no artigo 2068.º, que o encargo de cabeça de casal incumbe ao conjuge sobrevivo nos casamentos por communhão, e nos outros, na parte em que elle póde ter partilha.

Porém, a relação de Lisboa, em accordão de 9 de maio do mesmo anno, como tudo se mostra do jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 31, revogou aquelle despacho do juiz, adduzindo os seguintes fundamentos:

«Attendendo a que é expresso no n.º 1.º do artigo 2068.º do codigo civil, que o encargo de cabeça de casal incumbe ao conjuge sobrevivo nos casamentos por communhão, e nos outros apenas na parte em que podér ter *partilha*;

«Attendendo a que a segunda parte da predita disposição sómente se póde referir aos bens adquiridos e communicados, e nunca á terça, poisque nos juizos divisorios só se procede *á partilha* depois de deduzidos todos os encargos com que o defunto onerou a herança, um dos quaes é sem duvida a terça, que por isso não faz parte do acervo dividendo, objecto *da partilha*, etc.»

Tão legal nos parece a doutrina do juiz de primeira instancia, como contrarios ás disposições do codigo os fundamentos do accordão. Não póde duvidar-se, em face do codigo, de que a terça é objecto de partilha, e de que o terceiro póde ser herdeiro.

No entretanto interpondo-se recurso de revista, foi esta negada pelo voto unanime de cinco juizes, por accordão do supremo tribunal de justiça, de 21 de junho do mesmo anno.

É tambem de notar que o conjuge sobrevivo não fica na administração dos bens do casal por morte do outro, se estavam já separados judicialmente de pessoas e bens, ou só de bens, porque n'essa hypothese já a communhão tinha acabado; e expressamente o declarava o n.º 1.º do artigo 2235.º do projecto primitivo, correspondente ao n.º 1.º do artigo 2068.º do codigo, no caso de separação de pessoas e bens.

O n.º 1.º do artigo 2235.º do projecto primitivo, correspondente ao n.º 1.º do artigo 2068.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Ao conjuge sobrevivo, excepto no caso de separação de pessoas e bens».

A commissão revisora substituiu esta redacção. No entretanto o pensamento está comprehendido claramente no artigo 1122.º do codigo, que manda *continuar* o conjuge sobrevivo na posse e administração do casal. E o conjuge separado judicialmente de pessoas e bens não póde *continuar* n'uma posse que não tinha.

Se o legitimo successor dos bens incommunicaveis for menor, e filho do conjuge sobrevivo, continua este na posse e administração d'esses bens, não pelos direitos de cabeça de casal, mas em rasão da faculdade que lhe confere o patrio poder. Mostra-se do n.º 1.º do artigo 1122.º, e resolveu a commissão revisora em sessão de 10 de novembro de 1864, que se consignasse bem claramente, que estando os herdeiros sujeitos ao patrio poder, passava para elles a posse, mas não a administração.

A palavra «*successor*» empregada n'este numero, bem mostra que o codigo na referencia aos bens *incommunicaveis* teve principalmente em vista os morgados e os prazos de vidas.

2.º, etc. Se o successor dos bens incommunicaveis tiver que conferir com o conjuge sobrevivo o valor de bemfeitorias, como o custo de um edificio feito em bens de morgado, ou o preço da compra de um prazo de vidas, em que fosse nomeado, retem o conjuge sobrevivo a administração dos bens até que por sentença final lhe seja garantido o pagamento do seu quinhão nas bemfeitorias, ou no preço da compra do prazo, ou elle seja inteirado nos outros bens, ou condemnando o successor em pagamento de tornas, para que o conjuge sobrevivo possa haver os bens, ou registar sobre elles o onus das tornas, a que tenha direito.

Em accordão de 21 de janeiro de 1870, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4388, decidio a relação de Lisboa, que o despacho, que nomeia inventariante e cabeça de casal, não tem a natureza de definitivo, nem qualquer das outras qualidades designadas no artigo 681.º da novissima reforma judiciaria, cabendo d'elle, por consequencia, o recurso de aggravo de petição ou de instrumento, e não o de appellação.

Tambem a relação de Lisboa julgou em 7 de junho de 1870, como se lê na *Revista juridica*, do Funchal, n.º 5, que o individuo demandado para fazer inventario póde oppôr-se a petição com embargos no proprio processo em que é demandado para proceder a inventario.

Art. 1123.º Os bens da communhão serão repartidos entre os conjuges ou seus herdeiros, com a devida igualdade, conferindo cada um o que dever á massa commum.

(Vid. artigo 1248.º) Dissolvida qualquer sociedade partem-se entre os socios os bens por igual, salva estipulação em contrario, artigo 1248.º, e por isso os bens da communhão conjugal são divididos por igual entre os conjuges no caso de annullação de matrimonio, ou de

separação de bens, e entre o conjuge sobrevivo e os herdeiros do outro no caso de dissolução por morte. Cada um ha de conferir o que dever á massa commum, para haver perfeita igualdade na partilha. Assim ha de metter-se em conta na meação de um o que elle dever ao outro nos termos do § 2.º do artigo 1113.º O codigo nada providenceia com relação á partilha dos bens no caso de annullação de matrimonio, ou de interrupção da sociedade conjugal com separação de bens; mas devem applicar-se a esta partilha por analogia, e na parte em que forem compativeis, as regras estabelecidas no artigo 2064.º e seguintes, com relação á divisão nas successões, e as regras da sociedade em geral.

No systema da communhão póde haver bens proprios, bens communs adquiridos na constancia do matrimonio, ou trazidos para o casal por qualquer dos conjuges na occasião do casamento, e dividas ou indemnisações a satisfazer por causa de dividas contrahidas por um dos conjuges, sem consentimento do outro na constancia do matrimonio.

Se ha bens proprios no casal, a primeira cousa, depois do inventario, é separar esses bens, para o conjuge ou seus representantes, a quem elles deverem passar. Confere cada um á massa o que lhe dever, e partem-se com a devida igualdade os bens e as dividas communs.

Art. 1124.º A mulher será paga, primeiro que o marido, de seus creditos, e se os bens communs não chegarem para a sua inteira indemnisação, responderá o marido pelos seus proprios, salvo se a divida lhe não for imputavel. O marido não gosará de igual regresso contra os proprios da mulher.

(Vid. nota ao artigo 1113.º)

SUB-SECÇÃO III

DA SEPARAÇÃO DE BENS OU DA SIMPLES COMMUNHÃO DE ADQUIRIDOS

Art. 1125.º Se os esposos declararem, que querem casar-se com separação de bens, não se haverá por excluida a communhão nos adquiridos, sem expressa declaração.

Art. 1126.º São applicaveis a este contrato as subsequentes disposições dos artigos 1130.º, 1131.º e 1132.º

(Vid. nota ao artigo 1101.º)

Art. 1127.º Nos casamentos feitos com separação de bens, cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence, podendo dispor dos respectivos bens livremente, salva a restricção imposta no artigo seguinte.

Art. 1128.º É applicavel á mulher, quanto aos seus bens mobiliarios separados da communhão, e á terça parte dos seus rendimentos, o que no artigo 1118.º fica disposto, relativamente ao marido, ácerca dos bens mobiliarios communs.

§ unico. Exceptuam-se d'esta disposição os capitaes postos a juros, aos quaes, bem como ás outras duas terças partes dos rendimentos, e aos bens immobiliarios, é applicavel o que fica disposto no artigo 1119.º

(Vid. notas aos artigos 1101.º e 1118.º)

Art. 1129.º Ácerca das dividas dos conjuges, observar-se-ha o seguinte:

1.º As dividas anteriores ao casamento serão pagas pelos bens do conjuge devedor;

2.º As dividas contrahidas durante o matrimonio serão pagas por ambos os conjuges, se conjunctamente a isso se obrigaram;

3.º Se se tiver obrigado só o marido, ou só a mulher com auctorisação d'elle, respondem pelas obrigações contrahidas todos os bens proprios do conjuge que se obrigou;

4.º Se a mulher se tiver obrigado sem auctorisação do marido, só respondem pelas obrigações contrahidas os bens proprios d'ella, cuja livre alienação lhe é permittida pelo artigo 1128.º

(Vid. notas aos artigos 1110.º e 1113.º)

Art. 1130.º Se os esposos declararem, que pretendem casar-se com simples communhão de adquiridos, os bens, que cada um dos mesmos conjuges tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão, ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, serão considerados e regidos como o são os bens proprios, quando o casamento é feito segundo o costume do reino.

(Vid. notas aos artigos 1098.º e 1118.º)

Art. 1131.º Os esposos com simples communhão de adquiridos devem antes do seu casamento, inventariar ou no contrato ante-nupcial, ou em outra escriptura, ou auto publico, os bens que levam para o casal, sob pena d'estes serem havidos como adquiridos.

§ unico. A anterior disposição abrangerá os bens supervenientes, mencionados no artigo precedente, se o inventario d'elles não for feito dentro de seis mezes, depois que vieram ao poder do conjuge a quem pertencem.

(Vid. notas aos artigos 686.º e 1137.º)

Art. 1132.º A communhão dos adquiridos acaba nos mesmos casos, em que termina a communhão universal.

(Vid. nota ao artigo 1121.º)

Art. 1133.º As dividas dos conjuges socios nos adquiridos, sendo anteriores ao casamento, se forem pagas pelos adquiri-

dos, serão levadas em conta na parte respectiva ao conjuge devedor.

(Vid. nota ao artigo 1110.º)

SUB-SECÇÃO IV

DO REGIMEN DOTAL

Art. 1134.º Se os esposos pretenderem casar-se segundo o regimen dotal, e assim o declararem em seu contrato, observar-se-hão as seguintes disposições.

(Vid. nota ao artigo 1098.º)

Art. 1135.º A mulher póde dotar-se a si propria com os seus bens, ou ser dotada por seus paes ou por outrem, comtanto que todos os interessados intervenham, por si ou por seus procuradores, no mesmo contrato.

Art. 1136.º Podem ser objecto de dote tanto os bens mobiliarios, como os immobiliarios, e tanto os bens, que a mulher já possue, como os que de futuro venha a adquirir por testamento ou ab-intestato.

O codigo regula miudamente o regimen dotal, supprindo assim a deficiencia das ordenações, que eram quasi omissas n'esta materia, comquanto o systema dotal seja muito antigo no nosso paiz, e a este regimen alludam as ordenações em muitos logares.

N'esta materia, antes da promulgação do codigo, estavamos verdadeiramente reduzidos ao direito romano, aos usos e costumes, e ás opiniões dos praxistas.

Combatem alguns esta fórma de regimen matrimonial, que tende a evitar que a mulher seja victima da ignorancia ou da maldade do marido, e da sua propria fraqueza, porque entendem que esta circumstancia não compensa o inconveniente da immobilidade da fazenda, e porque julgam o regimen dotal contrario ao principio da perfeita communhão, que deve existir na vida conjugal.

É todavia certo que os bens dotaes, mesmo os immobiliarios, podem ser alienados, comquanto por excepção, nos casos, e guardadas as formalidades prescriptas no artigo 1149.º; e que os principios absolutos, em que assenta a sociedade conjugal, não podem deixar de ser modificados em harmonia com os interesses do casal e da familia.

Por direito anterior muitas eram as distincções e divisões do dote, herdadas todas do direito romano, que hoje não tem importancia legal em vista das provisões do codigo, e por isso nos abstemos de as mencionar.

Convem igualmente notar que o codigo, inspirando-se a este respeito nos principios da legislação anterior, tambem não reconhece dotes obrigatorios.

Dizia o sr. dr. Paes nas suas observações ao artigo 1217.º do projecto de codigo:

«Resta-me ainda observar, em materia de dotes, que é mister decidir, se o pae é obrigado a dotar a filha e o filho, como entende o sr. Correia Telles, *Digesto portuguez*, tomo II, artigos 102.º e 103.º Do artigo 140.º do projecto (artigo 140.º do codigo) parece deduzir-se, que sim, poisque diz, que o pae é obrigado a dar destino aos filhos, segundo as suas posses e estado. Todavia é preciso, que isto se declare expressamente, porque no fôro a acção, que mais geralmente se tem intentado, n'este caso, não tem sido a de dote, mas a de alimentos; e este não uso da acção de dote não convem ao fim dos matrimonios. É por isso necessario, que o codigo seja expresso».

A estas ponderações respondia o sr. Seabra:

«Primeiramente observaremos, que a intelligencia, que o nosso illustre revisor deduz do artigo 140.º, não é na realidade conforme com a nossa doutrina a este respeito. O assento d'esta materia é propriamente a sub-secção, que trata do *regimen dotal*, e no artigo 1179.º (1135 do codigo) se diz que o menor (aliás a mulher) *póde ser dotado por seus paes*, mas não que o *deva ser*. O *destino*, a que se refere o artigo 140.º, não importa necessariamente a prestação de um dote, e a obrigação de alimentos que se estabelece no mesmo artigo, e mais desenvolvidamente na secção 10.ª, preenche o fim essencial do mesmo dote, sem os graves inconvenientes que resultam d'esta obrigação.

«N'esta parte conformámo-nos com a pratica geralmente seguida no paiz, postoque a acção dotal estabelecida no direito romano, bem poderia ser invocada subsidiariamente, mas sem a distincção que o mesmo direito romano fazia entre pae e mãe, que tinha seu fundamento nos costumes e theorias juridicas, privativas d'aquelle povo, e que não se compadece com os dictames da boa rasão.

«A doutrina que seguimos acha-se sanccionada na maior parte dos codigos modernos, taes como os de Hollanda, Duas Sicilias, Luiziana, Sardenha, Vaud, Bavera e França.

«Uma consideração mais poderosa (observa Toullier, fallando da disposição do codigo francez) determinou os legisladores: reflectiram que a dureza dos paes para com os filhos, tem logar raramente, e é de algum modo uma excepção na ordem natural das cousas; e entenderam dever dar mais attenção aos inconvenientes mais frequentes da doutrina contraria.

«É preciso que haja todo o cuidado em não armar os filhos contra seus paes: a acção que n'esta parte se lhes concedesse, tornar-se-ia um meio de os vexar e embaraçar as suas especulações. Talvez recusariam acceder a um casamento indiscreto, e seriam forçados a prestar o seu consentimento, vendo-se postos na alternativa de annuir, ou de ver assoalhado o estado da sua fortuna e dos seus negocios privados. Foi pois com muita sabedoria, que o codigo recusou aos filhos uma acção, que é em certo modo contraria á piedade filial, sem comtudo prejudicar a obrigação natural.»

«São literalmente as rasões apresentadas por Tronchet na discussão do conselho d'estado.

«Ninguem poderá impedir a filha (dizia Regnaud na mesma discussão) de intentar a sua acção depois de casada, e depois de achar-se sob a influencia de um marido, que naturalmente não terá para com o pae o mesmo respeito e ternura da filha. Aconteceria pois que um homem interesseiro esposaria uma filha sem dote, na esperança de o exigir depois, inquietando o pae sem piedade em nome da filha. De outro lado, vendo-se o pae exposto ás perseguições de filhos, que por sua idade e sexo são mais susceptiveis de serem arrastados por maus conselhos, não hesitará em desnaturar o seu patrimonio. A acção de que se trata se tornaria assim uma causa de envilecimento das propriedades, obrigando muitos cidadãos a metter a sua fortuna na carteira, á fim de se procurarem a possibilidade de dotar seus filhos segundo a satisfação que receberem do seu comportamento.»

«Hoje, accrescentava Portalis, o poder paternal não é o que foi. Depois de o ter enfraquecido, não o aviltemos ao menos. Despojando os paes dos meios de defeza, não conservemos aos filhos os meios de ataque. Não rompâmos todos os laços da familia, já tão relaxados pelas occorrencias do tempo.»

É frequente declarar-se nos contratos ante-nupciaes, que o noivo *se dota* com certos e determinados bens.

Por isso o sr. dr. Paes da Silva nas suas *Observações* ao projecto do sr. Seabra, dizia: «Ao artigo 1179.º (1135.º do codigo), em que se trata dos dotes, entendo ser preciso declarar, se é permittido ao marido estabelecer privilegios dotaes, nos seus proprios bens, bem como ao pae, mãe, ou extranho nos que derem ao marido; por isso que se não dá uma idéa de dote differente da recebida até aqui, a qual só comprehende os bens que a mulher dá ao marido para sustentar os encargos do matrimonio, com a clausula de incommunicaveis.

«Os bens do marido, que se não communicam, são proprios d'elle, como diz o artigo 1201.º (1155.º do codigo), mas não têem os privilegios dotaes; e por isso entendo, que é preciso se declare, se é permittido estipular isto.

«Parece-me que sim, segundo a generalidade do artigo 1139.º (1096.º do codigo).

«No entanto convem se declare; bem como se o marido poderá dotar a mulher; o que julgo perigoso, porque dá occasião a fraudes, especialmente entre pessoas, que entram em negocios, e em rendas; e no artigo 1236.º do codigo de commercio se ordena, que a mulher não possa, na fallencia, exercer acção derivada de vantagens estipuladas no contrato de casamento.»

A estas observações respondia o sr. Seabra nos seguintes termos:

«Ao artigo 1179.º (1135.º do codigo). *É preciso declarar se ao marido é permittido estabelecer privilegios dotaes nos seus proprios bens.*

«Se o illustre revisor se refere á dotação que o marido faz á mulher com bens seus, não póde haver duvida, em vista dos artigos 1179.º (1135.º do codigo) e 1139.º (1096.º do codigo); se se refere á faculdade de dar aos proprios bens a natureza dotal, tambem a declaração é desnecessaria, em vista do artigo 1179.º, que define o que se entende por dote.»

Effectivamente que o marido póde dotar a mulher não só se infere do artigo 1135.º, como já se inferia do artigo correspondente (1179.º) do projecto primitivo, mas está expressamente consignado no artigo 1140.º; e que só aos bens da mulher póde dar-se o caracter dotal, infere-se do artigo 1135.º, segundo a explicação do sr. Seabra; e resulta dos principios geraes de direito.

O dote com relação aos bens do marido toma-se na sua mais ampla accepção, não produz os effeitos juridicos dos que as leis reconhecem nos bens dotaes. O marido não póde estipular dote para si, nem outrem o póde estipular para elle. Se o regimen matrimonial for sujeito ás leis dotaes *em consequencia* do dote da mulher, os bens do marido apenas se consideram, como proprios, artigo 1155.º, sem privilegio algum dotal.

É dote, como geralmente se define, toda a doação feita em contrato ante-nupcial para satisfazer aos encargos do matrimonio. O dote é cercado de muitos privilegios em attenção ao favor com que é tratado o matrimonio. Porém o dote propriamente dito, de que aqui se trata, e que gosa de privilegios em virtude das leis, são aquelles bens, com que é dotada a esposa, por ella mesma, por seus paes, pelo esposo, ou por outrem, para sustentar os encargos do matrimonio, com a clausula de não se communicarem, de não serem sujeitos a dividas, e de serem regulados pelas leis dos dotes.

Não basta a declaração no contrato ante-nupcial de que os esposos se *dotam*, ou de que alguem os dota com certos e determinados bens, para os bens ficarem gosando do privilegio dotal. O regimen dotal não deriva o nome de haver dote constituido, que póde constituir-se até no casamento, segundo o costume do reino, mas da maneira particular por que o dote se governa no regimen dotal. A declaração de que os bens da mulher são *dotaes* é insufficiente para constituir o regimen dotal.

Não ha palavras sacramentaes para significar a estipulação do regimen dotal, mas é preciso que conste claramente do contrato ante-nupcial a intenção das partes de submetterem o dote ao regimen dotal.

É indispensavel estipular expressamente a incommunicabilidade de bens, a sua inalienabilidade e isenção de dividas, e que o casamento não é por costume do reino, mas por contrato de dote.

É notavel sobre esta materia um accordão do supremo tribunal de justiça, de 15 de janeiro de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 28, de 6 de fevereiro do mesmo anno, redigido ainda sob a influencia da lei anterior, mas inteiramente applicavel ao systema do codigo, que n'esta parte nada innovou.

Diz o referido accordão.

«Considerando, porém, que pelo costume e lei do reino, todos os casamentos se entendem feitos por carta de ametade, salvo quando entre as partes outra cousa for accordada e contratada;

«Considerando que os casamentos por dote, como *excepção á regra geral* estabelecida na ordenação, livro IV, titulo XLVI *pr.*, *não se presumem*, devendo ser expressamente convencionados na fórma que a mesma lei permitte, nas palavras «salvo quando entre as partes outra cousa for accordada e contratada, porque então se guardará o que entre ellas for contratado;

«Considerando que na escriptura de fl. não ha a *declaração formal* feita pelas partes de que o casamento não é *pelo costume do reino mas por contrato de dote, nem a estipulação expressa da inalienabilidade dos bens e isenção de dividas, e nem ainda a da incommunicabilidade d'elles em termos que excluam toda a idéa de communhão, faltando por isso os elementos constitutivos do regimen dotal*,

«Considerando que, ainda quando as clausulas e condições da escriptura fossem incompativeis com a communicação de bens, não era isto bastante para elles poderem ser considerados dotaes, como foram, por isso que *bens incommunicaveis* não são o mesmo que *bens dotaes*, mórmente em materia, e para o effeito de isenções e privilegios, etc.»

Os elementos constitutivos do regimen dotal constam do penultimo considerando aqui transcripto e sublinhado.

Para a constituição do dote devem as partes declarar *formalmente*, que o casamento não é por costume do reino, mas por contrato de dote, e estipular *expressamente* a incommunicabilidade e inalienabilidade dos bens e isenção de dividas, ou declarar, como já temos visto n'alguns contratos ante-nupciaes, que o casamento será regido pelos artigos 1134.º a 1165.º do codigo civil.

Supponhamos, porém (hypothese, que é aliás muito frequente), que na escriptura ante-nupcial se estipulou que os bens da noiva tivessem a natureza dotal, sem responsabilidade alguma por quaesquer dividas, ainda que contrahidas na constancia do matrimonio, e que fallecendo ella com filhos se considerasse o casamento contrahido se-

gundo o costume do reino, e que effectivamente ella falleceu, deixando filhos: respondem os bens, declarados dotaes, pelas dividas contrahidas durante o matrimonio?

Vem tratada esta questão na *Gazeta dos tribunaes*, n.ºs 4596, 4597 e 4599. Um juiz de primeira instancia decidiu, que os bens n'este caso não eram obrigados ás dividas, fundamentando a sua sentença, alem de outras rasões, nos seguintes termos:

« Considerando que, começando a communicação sómente na hypothese prevista da morte do conjuge, ficando filhos vivos, tendo por isso logar unicamente entre o conjuge superstite, e esses filhos, não póde a meação d'estes estar sujeita ás dividas contrahidas pelo conjuge, que sobreviveu, na constancia do matrimonio, vistoque ao tempo da sua contracção não existia a communhão, que é a base da responsabilidade, como se deriva da ordenação, livro IV, titulo XCV, § 4.º, etc.»

E diz o illustrado redactor d'aquella folha, que tem toda a lembrança de que assim foi decidido a final nos tribunaes superiores.

Parece-nos rasoavel a decisão, e que deve servir de aresto para questões identicas, ainda que nascidas e julgadas depois da promulgação do codigo civil.

Effectivamente só as dividas contrahidas depois de verificado o facto, que determinou a dissolução do dote, é que deveriam pesar sobre os bens dotaes.

As dividas, contrahidas na occasião em que os bens não tinham perdido ainda a natureza de dotaes, não podem recair sobre elles se só posteriormente perderam o caracter de inalienabilidade e irresponsabilidade por dividas. Para a obrigação recair sobre os bens dotaes é preciso que elles tenham perdido esta natureza quando a divida é contrahida.

Podem ser objecto de dote os bens presentes e os futuros, ou parte d'uns e parte d'outros, ou um objecto individual determinado; porém os bens futuros nunca se julgam comprehendidos no dote sem d'elles se fazer expressa menção.

Portanto a declaração de que ficam sujeitos ao regimen dotal todos os bens da mulher não comprehende os bens futuros, se d'isso não se faz expressa menção. Os bens futuros, que lhe advierem já depois de dissolvido o matrimonio, não se reputam dotaes, e ficam obrigados ás dividas por ella contrahidas legalmente durante o matrimonio.

Em sessão da commissão revisora de 21 de dezembro de 1861 votaram os srs. Silva Ferrão, Simas e Ferreira Lima, por que se comprehendessem no dote futuro os bens havidos *por doação*. Mas prevaleceu a op i ... da maioria, votando, sem modificação ao pensamento, o artigo 1130.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1136.º do codigo.

Realmente não se comprehende a rasão por que possam ser objecto de dote os bens havidos de futuro por testamento, ou ab-intestado, e não os bens havidos por qualquer outro titulo gratuito. É uma restricção sem fundamento, e contraria ao pensamento que dictou a provisão do artigo 1036.º

Entendemos porém que a redacção do artigo 1136.º não obsta a que se comprehendam no dote tambem os bens futuros, adquiridos por doação, e na pratica assim se observa. Raro é o contrato dotal em que a noiva se não dote com todos os bens, que lhe advierem por titulo gratuito, ou seja testamento, ou doação entre vivos.

Por direito antigo tambem podiam ser objecto de dote tanto os bens presentes como os futuros.

Não ha inconveniente em figurarem no dote bens mobiliarios, ainda que de facil alienação, desde que se póde estipular caução á restituição dos respectivos valores, e que independentemente de estipulação a mulher póde requerer hypotheca nos bens do marido para segurança d'esses valores, artigo 906.º, n.º 3.º

Demais os valores mobiliarios, que consistem em dinheiro, devem ser logo empregados productivamente nos termos do artigo 1140.º

A fundamental differença entre os bens proprios e os dotaes, é que aquelles ficam sujeitos ás dividas, e estes não, e que aquelles podem ser alienados livremente, e estes só com auctorisação de justiça, salvo o que dispõe o artigo 1148.º com relação aos mobiliarios.

Se a mulher passar a outro matrimonio, o dote assignado no matrimonio anterior não se julga reconstituido tacitamente É a doutrina consignada no codigo civil italiano, artigo 1590.º, e que julgâmos applicavel entre nós, vistos os principios geraes, que regem a materia dos dotes.

Art. 1137.º Consistindo o dote em bens presentes liquidos, serão estes especificados no contrato do casamento, ou em qualquer documento ou auto publico, anterior ao mesmo contrato; e, sendo illiquidos, mencionar-se-ha no contrato a procedencia do direito a elles, devendo, n'este caso, especificar-se, quando se liquidarem, sob pena de serem havidos como bens communs.

§ unico. Abrangendo o dote bens futuros, serão estes devidamente especificados dentro de seis mezes depois que vierem a poder do dotado; alias serão tambem havidos como bens communs.

Art. 1138.º Se o dote consistir em bens moveis, será declarado o valor d'elles no contrato dotal, sob a mesma comminação expressa no artigo precedente.

(Vid. notas aos artigos 686.º, 1131.º e 1140.º) O principio fundamental da doutrina consignada n'estes artigos é que no casamento pelo regimen dotal, como no casamento com separação de bens, e com simples communhão de adquiridos, artigo 1131.º, é preciso que constem de documento authentico, e feito antes do casamento, os bens *incommunicaveis*, tanto proprios, como dotaes, para evitar os conluios e as fraudes empregados depois pelos conjuges com o fim de prejudicarem os credores. A especificação dos bens não só deve constar de documento authentico, mas de documento authentico anterior ao contrato antenupcial, se n'este não for feita.

Porém a falta de especificação dos bens componentes do dote exigida pelo artigo 1137.º não prejudica, entre as proprias partes, a qualidade dotal dos bens, que já constassem de formal de partilhas, ainda que não se tenha feito registo do dote, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 9 de julho de 1870, publicado em o n.º 37, 2.º anno, do jornal *O Direito*.

Diz o accordão:

« Attendendo a que quanto aos bens que a appellada pertenceram por obito de sua avó, não póde tambem duvidar-se de que elles estavam comprehendidos no contrato dotal em que se ajustou, que seriam dotaes todos os bens, que a mesma appellada adquirisse por u-

tulo gratuito depois do seu casamento, e a que supposto dentro do semestre posterior á morte da avó da appellada se não fizesse a especificação exigida pelo § unico do artigo 1137.º do codigo civil, já a esse tempo em vigor, essa omissão não prejudica a qualidade dotal dos bens, que já constavam do formal de partilhas da fallecida, e que se acha a fl. d'estes autos, porque a respeito d'esses bens havia já uma especificação que preenchia o fim da lei; não obstando ainda a falta de registo, porque este é para com *terceiro*, ao passo que a especificação regula as relações entre as proprias partes, etc.»

O que a relação de Lisboa julgou com respeito á hypothese de constarem de formal de partilhas os bens dotaes é applicavel a todos os casos em que a natureza dos bens conste de documento authentico.

Por direito commercial não são privilegiados os bens dotaes, que não forem logo especificados na carta de dote, artigo 1230.º, n.º 1.º do codigo de commercio, a qual deve ser registada, dentro de quinze dias da sua data, ou desde a matricula do commerciante nos termos do artigo 214.º do mesmo codigo. O dote constituido e registado nos termos do codigo civil salvaguarda os direitos da mulher, ainda que o marido seja commerciante, independentemente do registo no tribunal do commercio, porque a lei, garantindo os privilegios dotaes á mulher, não distingue se o marido é ou não commerciante. O que poderia entrar em duvida era se o simples registo no tribunal de commercio, sem o registo na conservatoria, dava algum privilegio, visto ter a lei, que approvou o codigo, revogado toda a legislação, tanto geral, como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

Para gosar dos privilegios commerciaes porém, em harmonia com o que deixámos exposto em a nota ao artigo 3.º, entendemos que basta o registro no tribunal de commercio, comquanto aconselhemos que quem quizer estar livre de todas as duvidas não deverá contentar-se com o simples registo commercial, prescindindo da inscripção nos livros da conservatoria, quando houver logar a ella.

Póde tambem haver bens presentes, que estejam ainda illiquidos, como n'uma successão *pro indiviso*, e que por isso não possam ser especificados antes do facto do casamento, por não estarem ultimadas as partilhas. N'este caso ha de mencionar-se a proveniencia dos bens, isto é, declarar-se em acto authentico a *successão*, que abrange esses bens; devendo especificar-se os bens, logo que se conclua a liquidação, e especificar-se em auto *publico*, por analogia do que se dispõe com relação aos *liquidos*.

O artigo 1131.º com relação aos bens presentes *illiquidos*, nos casamentos com separação de bens e com simples communhão dos adquiridos, [illegible] estabelece *expressamente* a providencia de se declarar logo no contracto ante-nupcial a proveniencia dos bens presentes illiquidos; mas deve adoptar-se a mesma doutrina por analogia, visto o artigo 16.º do codigo.

O codigo não marca praso para a liquidação dos bens illiquidos presentes, nem podia marca-lo, porque a liquidação póde depender de diligencias judiciaes ou administrativas, que não esteja em poder dos interessados abreviar.

Com relação aos bens *futuros*, isto é, aos que vierem a poder dos conjuges, posteriormente ao casamento, devem, nos termos do § unico dos artigos 1131.º e 1137.º, ser inventariados dentro de seis mezes, mas em auto *publico* por analogia do que dispõem aquelles artigos com relação aos bens *presentes* liquidos.

Já no fôro se têem levantado duvidas sobre a intelligencia das palavras «*seis mezes depois que vierem a poder do dotado*» que se lêem no § unico do artigo 1137.º, cujo pensamento se acha reproduzido no § unico do artigo 1131.º, com applicação á especie d'aquelle artigo.

Quando começa a contagem do praso? Supponhamos que esses bens provém de uma herança aberta depois do casamento, passando assim por força do disposto no artigo 483.º do codigo immediatamente o dominio e a posse para o dotado: os seis mezes hão de contar-se desde a morte do auctor da herança, ou desde a liquidação e posse *real* e *effectiva* dos bens?

Hão de contar-se desde a posse real e effectiva dos bens, porque póde demorar-se a liquidação, e haver grande intervallo entre a morte do auctor da herança e a especificação e definitiva posse dos bens herdados. Conta o distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, que já vira julgados n'este sentido dois casos na primeira instancia. Nem poderia julgar-se de outro modo, sem contrariar abertamente o fim da lei, e o pensamento do legislador.

N'este ponto a unica differença entre os casamentos com separação de bens ou com simples communhão de adquiridos e os casamentos por dote, consiste segundo alguns em que n'aquelles podem ser considerados como proprios todos os bens futuros adquiridos por *qualquer* titulo *gratuito*, artigo 1130.º, e n'estes só podem considerar-se como dotaes os adquiridos por titulo de successão testamentaria ou ab-intestado, artigo 1136.º, e não os adquiridos *por doação*. Porém em nosso entender, segundo acima dissemos, tambem podem ser objecto de dote os bens futuros adquiridos por doação.

Cremos tambem que no regimen dotal podem ser considerados como bens *futuros*, para ficarem subordinados ao regimen dotal, os bens havidos depois do casamento, por direito proprio *anterior*, como nos casamentos com separação de bens e com simples communhão de adquiridos, impropriamente se dizem *futuros* no artigo 1130.º e § unico do artigo 1131.º os bens havidos depois do casamento por direito proprio *anterior*.

Até a commissão revisora resolveu em sessão de 10 de novembro de 1864, que no § unico do artigo 1121.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1131.º do codigo, se consignasse doutrina igual á que ficasse no § unico do artigo 1127.º do mesmo projecto, correspondente ao artigo 1137.º do codigo.

Dizem alguns que, tomada á letra a disposição d'este artigo e § unico, parece que não póde estabelecer-se a incommunicabilidade dos rendimentos, nem dos bens adquiridos por titulo oneroso em nenhum regimen matrimonial, nem no casamento com separação de bens, visto que não ha obrigação de os inventariar por aquelles artigos. Não vemos porém inconveniente em que se descrevam ou inventariem a proporção que se forem arrecadando.

No regimen dotal deve declarar-se no contrato ante-nupcial o valor dos bens moveis, para não prejudicar os credores, porque tendo o marido o direito de dispor d'elles, salva estipulação em contrario, artigo 1148.º, se estivesse na mão dos conjuges o fixar depois o valor dos moveis, poderia a mulher, a titulo de pagamento do dote, absorver todos os bens communs, e mesmo os proprios do marido, com prejuizo de terceiros, que tivessem direitos sobre o casal.

Em sessão da commissão revisora de 10 de novembro de 1864, propoz o sr. Ferreira Lima, que se estabelecesse a obrigação de *especificar* os moveis dotaes; mas não foi approvada a proposta. A proposta de sr. Ferreira Lima tinha perfeita rasão de ser para quando no contrato se estabelecesse a excepção, reconhecida no artigo 1148.º, de não poder o marido dispor livremente dos bens mobiliarios dotaes.

Sem a especificação dos moveis, e coarctada ao marido a faculdade de dispor d'elles, póde muito bem ser enganado o adquirente, comprando, como não dotaes, bens mobiliarios, que o são, e ficando assim sujeito á acção de reclamação por parte da mulher.

Se no dote for incluido dinheiro deve ser immobilisado, empregando-se, dentro de tres mezes a contar do casamento, em bens immoveis, inscripções de assentamento, acções ou obrigações de companhias, ou em emprestimos a juros com hypotheca, artigo 1140.º

Alguns combatem a doutrina do artigo 1140.º com o fundamento de que os seus preceitos atacam o direito de propriedade, obrigando o proprietario a empregar em certo e determinado capital o dote em dinheiro, sob pena de perder logo ametade, visto ficarem do contrario communs os bens, e de que se o marido se oppozer á conversão, e a mulher ainda assim a requerer, sob maus auspicios começará o casamento, e porque finalmente, registadas as escripturas ante-nupciaes, todos podiam saber os encargos que pesavam sobre o casal, e que primeiro tinham de ser satisfeitos pelos bens d'elle.

Este registo geral porém era incompativel com o principio da *especialidade*, base fundamental do novo systema de registo, e o legislador, longe de dar destino forçado ao dinheiro dos conjuges, fixa apenas as condições com que esse dinheiro ha de ser dote, quando os esposados quizerem que elle gose d'esta qualidade.

A conversão do dote, constituido em dinheiro, não póde fazer-se em inscripções ao portador, mas sim e unicamente nas de assentamento, porque as clausulas dotaes e outras similhantes, com duração temporaria ou indefinida, não se removem, emquanto por sentença não forem extinctas, por haver cessado a applicação a certo e determinado fim, ou a certa e determinada pessoa; e a immobilisação dos fundos é incompativel com a natureza dos titulos ao portador.

O fim d'esta disposição é evitar os dotes phantasticos, obrigando os conjuges a empregar o dote em bens de tal natureza que não possam fraudar-se mais tarde os direitos dos credores.

As providencias estabelecidas no artigo 1140.º, obrigando a converter o dote em bens de natureza tal que a sua identidade possa a todo o tempo ser conhecida, tendem a assegurar o direito dotal sem perigo de burla ou de prejuizo para os legitimos credores do casal.

Sem estas providencias, como o dinheiro se confunde com outro dinheiro, não podendo por isso ser especificado no contrato dotal nos termos do artigo 1137.º, e tornando-se impossivel o reconhecer mais tarde a sua identidade, ou podia tornar-se irrito o dote, ou dar-se logar á fraude em prejuizo dos credores, declarando-se dotaes valores que o não eram.

Na pratica porém está-se introduzindo o abuso de simular primeiro uma escriptura de emprestimo a juros com hypotheca nos bens d'aquelle que ainda não figura como futuro noivo, e depois no contrato ante-nupcial dotar-se a noiva com o credito hypothecario que já tem nos bens do futuro marido. Nem sempre será possivel provar a simulação do emprestimo, mas logoque se prove não póde o phantastico dote prejudicar os direitos de terceiro sobre o casal.

Não havendo porém prejuizo para os credores, é valido o dote constituido pela mulher n'um credito hypothecario, de que o futuro marido era devedor á noiva ao tempo da celebração do contrato dotal.

Sustentam alguns que o emprestimo e a hypotheca continuam, mesmo depois de celebrado o casamento, vistoque n'estes contratos se exclue a communidade de direitos e de interesses, e a identificação das duas personalidades na parte relativa aos bens, e especificadamente se excluiu a communhão da divida, em que foi constituido o dote.

Porém, depois de celebrado o matrimonio deixa o emprestimo de ter este caracter, não sendo já obrigado a manifesto, nem a decima de juros; e a hypotheca continua, não em segurança do emprestimo, mas em segurança do dote. O credito hypothecario, longe de ser emprestimo a terceiro, constitue bens do casal, comquanto proprios e dotaes da mulher.

Nos proprios bens hypothecados póde constituir-se o dote com a circumstancia unica de preferir o encargo hypothecario ao onus dotal no caso de execução judiciaria, nos termos dos artigos 1022.º e 1023.º

Porém ao dote em bens d'esta especie não são applicaveis as prescripções do artigo 1140.º; n'outros termos este credito não carece de ser invertido ou collocado nos termos do artigo 1140.º, como o dote em dinheiro, segundo alguns pretendem.

O credito ou divida activa, comquanto seja proveniente em regra do emprestimo de dinheiro, é cousa differente do dinheiro.

Segundo o artigo 376.º do codigo civil, o *dinheiro* comprehende-se nos bens moveis *por natureza*, emquanto que o direito a haver a divida de dinheiro pertence á categoria dos bens moveis *por disposição da lei*.

O dote, segundo o artigo 1136.º do codigo civil, póde ter por objecto bens mobiliarios, e como a expressão «*mobiliarios*» comprehende tanto os moveis por natureza, como os moveis por disposição da lei, segue-se que o dote póde constituir-se tanto n'estes, como n'aquelles, e consequintemente em quaesquer direitos não inherentes a immoveis, como são as dividas activas.

Se alguma duvida ainda restasse a este respeito, desvanece-la-ia o artigo 1161.º, que expressamente se refere a dote constituido em dividas activas, e estabelece, quanto á restituição d'esta especie de dote, providencias especiaes alem das que nos artigos 1158.º e 1159.º, estabeleceêra em geral para a restituição de quaesquer bens mobiliarios. Demais, o dinheiro n'este caso estava já invertido.

Portanto este dote não está sujeito ás disposições do artigo 1140.º do codigo. O artigo 1140.º do codigo refere-se expressamente ao dote, ou parte do dote, que consistir *em dinheiro*, e não póde por isso applicar-se ao dote constituido em bens de qualquer outra especie.

É uma disposição especial, que não póde applicar-se a hypotheses differentes d'aquella para que legisla.

Nem as providencias do artigo 1140.º têem rasão de ser quando o dote consiste em dividas activas, as quaes, bem como os titulos ou documentos, de que constarem, podem logo ser especificadas no contrato dotal, sem que depois haja duvidas sobre a sua identidade ou valor.

Quando o dinheiro dado em dote for convertido em inscripções, ou acções ou obrigações de companhias, ha de fazer-se o averbamento com a clausula de bens dotaes, nos respectivos estabelecimentos, onde se averbam esses titulos.

Se o dinheiro se comprehender em successão illiquida, aberta ao tempo do casamento, ou vier posteriormente ao casamento por successão testamentaria ou *ab-intestato*, deverá ser immobilisado dentro de tres mezes tambem, que serão contados desde a liquidação e especificação, nos termos do artigo 1137.º e § unico.

E o que dispõe o artigo 1138.º com relação aos moveis, e o artigo 1140.º com relação ao dote em dinheiro, é igualmente applicavel aos

moveis e dinheiro no casamento com separação de bens, e simples communhão dos adquiridos? Parece que não, vistoque o marido, apesar do direito que lhe confere o artigo 1113.º, § 2.º, não poderá fraudar os credores com igual responsabilidade para com a mulher, como nos bens dotaes.

A avaliação dos moveis tem o resultado de que o marido não é depois obrigado senão ao pagamento do valor declarado. A avaliação dos immoveis significa apenas maior clareza, mas não importa venda, salvo declaração em contrario.

Art. 1139.º Os esposos podem estipular na escriptura dotal fiança, ou qualquer outra caução, ou designar os bens em que deve recair a hypotheca.

(Vid. nota ao artigo 906.º)

Art. 1140.º Se no dote, quer este seja constituido pela mulher, quer pelo marido, quer por outrem, for incluido dinheiro, será este convertido, dentro de tres mezes, contados desde o casamento, em bens immoveis, inscripções de assentamento, ou acções de companhias, ou dado a juros, por escriptura publica, com hypotheca. O dote em dinheiro, que não for convertido na fórma sobredita, ter-se-ha como não existente, e entrará na communhão.

(Vid. nota ao artigo 1137.º)

Art. 1141.º Durante o matrimonio não póde constituir-se dote, nem augmentar-se o constituido, salvo se for por effeito de accessões naturaes.

(Vid. nota ao artigo 1096.º)

Art. 1142.º Se o dote tiver sido constituido pelos paes ou pelos avós da dotada, serão os dotadores responsaveis pela importancia d'elle, no caso de evicção.

Art. 1143.º Se o dote tiver sido constituido por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção, se houver procedido de má fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada.

(Vid. nota ao artigo 1046.º)

Art. 1144.º O dote estipulado é devido com todos os seus rendimentos desde a celebração do casamento, se outra cousa não tiver sido convencionada.

Se não for marcado o praso, em que começa a obrigação de entregar o dote e os seus rendimentos, conta-se desde a celebração do matrimonio, porque deve presumir-se que fôra intenção dos contrahentes que esta obrigação corresse ao mesmo tempo, que os encargos matrimoniaes, os quaes começam com a celebração do casamento.

A providencia, que fixa a epocha em que os rendimentos do dote começam de ser devidos, é utilissima para evitar ao donatario o desgosto de instaurar processos contra seus paes e bemfeitores.

Corre a obrigação desde a celebração do casamento, e não desde o pacto ante-nupcial, porque os encargos matrimoniaes começam sómente com a celebração do matrimonio.

Por isso, se foi entregue ao noivo algum predio entre a convenção dotal e a celebração do matrimonio, e n'esse intervallo elle cobrou algum rendimento, vae este acrescer ao capital do dote, pertence ao dotador, ou que destino segue? Salva convenção em contrario, dizem alguns que deve pertencer ao dotador, e Rogron é de opinião, em a nota ao artigo 1548.º do codigo civil francez, que devem acrescer ao capital, augmentando o dote.

Nem uma nem outra opinião nos parece verdadeira. Não podem pertencer ao dotador os rendimentos de um predio, que elle entrega ao dotado de certo para os disfructar. Nem podem acrescer ao dote, porque a lei não reconhece este meio de augmentar o dote. Os rendimentos ficam pertencendo ao dotado, ou para as despezas preparatorias do casamento, ou para sustentar depois os encargos do matrimonio. Se porém o casamento não se verifica, é o dotado obrigado a restituir ao dotador o capital e os rendimentos, salva convenção em contrario.

Mas os rendimentos do dote devem-se, na falta de estipulação em contrario, desde a celebração do casamento, ainda que se tenha estipulado praso posterior para a *entrega* do dote?

Alguns deduzem a affirmativa da redacção do artigo, comparando-o com as suas fontes, os artigos 1440.º e 1548.º do codigo civil francez. Dizem que o nosso codigo, n'esta parte, se separou visivelmente do projecto de codigo civil hespanhol, que é a sua fonte mais abundante, e que no artigo 1274.º marcou, para começarem a correr os rendimentos, o dia estipulado para a *entrega* do dote; e argumentam que pouca reflexão é precisa para se ver que a redacção do nosso artigo indica ter por fonte os citados artigos 1440.º e 1548.º do codigo civil francez, e não o artigo 1274.º do projecto de codigo civil hespanhol, assim como o artigo seguinte é a traducção fiel do artigo 1569.º do codigo civil francez.

Na falta de explicação poderia effectivamente presumir-se, que as partes quizeram, que os interesses do dote corressem com os encargos matrimoniaes, que começam com a celebração do casamento.

Parece no entretanto mais rasoavel que, na falta de declaração, na especie sujeita se entenda que os juros do dote correm desde o dia fixado para a entrega do capital.

Se o nosso codigo quizesse adoptar a doutrina excepcional do codigo civil francez, te-la-ia consignado expressamente em preceito legal, como fez aquelle codigo.

Demais a redacção do artigo dá bem a entender que a obrigação da entrega dos rendimentos anda *pari passu* com a obrigação da entrega do capital.

Até as palavras «*com os seus rendimentos*» foram introduzidas pela commissão revisora, e logo nos trabalhos da primeira revisão; não vinham no projecto primitivo.

Art. 1145.º Se o casamento durar dez annos, contados desde o vencimento dos prasos assignados para o pagamento do dote, a mulher ou os seus herdeiros poderão exigir do marido a restituição d'elle, no caso de dissolução do casamento

ou de separação de bens, sem que sejam obrigados á prova de que o dote foi effectivamente pago, excepto se o marido provar, que fez inuteis diligencias para o receber.

Pela presumpção de que o marido não deixaria decorrer o longo periodo de dez annos, desde o dia assignado para pagamento do dote, sem o ter recebido, e para evitar processos dispendiosos e provas difficeis, estabeleceu o legislador o preceito de que decorridos os dez annos, a mulher ou os seus herdeiros não careciam de provar que effectivamente o marido recebêra o dote, salvo se elle mostrasse que tinham sido inuteis as diligencias que empregára para o receber.

Tão forte é aquella presumpção, que o codigo não admitte que ella possa ser destruida pelo marido com prova em contrario, se não nos termos restrictos, marcados pelo artigo.

A mulher ou os herdeiros só são obrigados, decorrido aquelle periodo, a provar o pagamento do dote, se o marido mostrar que foram inuteis as diligencias que empregára para o receber. Mas se o marido não allegar este facto, ou não fizer esta prova preliminar, não lhe é licito adduzir outras rasões para destruir a presumpção ou prova de pagamento que milita a favor da mulher o dos herdeiros. Não o salva da responsabilidade o allegar a insolvabilidade dos dotadores, sem provar que essa insolvabilidade prejudicou as suas diligencias, como julgou um tribunal francez segundo a decisão citada por Rogron em suas notas ao artigo 1569.º do codigo Napoleão. Ainda mesmo que fosse a mulher a devedora do dote, ficava desobrigada da prova do pagamento, porque o artigo é amplissimo, e não se presta a essa distincção, sustentada por Rogron no logar citado.

Quaes são os actos, que a lei qualifica de *diligencias*, de que o marido possa valer-se para lançar sobre a mulher ou sobre seus herdeiros o onus da prova de pagamento do dote, depois de decorridos os dez annos? É o processo judicial para obter o pagamento, segundo a opinião de Rogron: *Poursuites*.

Logo nos trabalhos da primeira revisão se levantaram duvidas sobre o artigo respectivo do projecto do sr. Seabra; e depois deliberou a commissão revisora, segundo se lê em a nota ao artigo 1163.º do projecto de 1863, que a doutrina do referido artigo do codigo civil francez ficasse substituindo a do artigo (1189.º) correspondente do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «O dote presume-se recebido passados dez annos desde a data da celebração do matrimonio, e incumbe a quem o negar a prova do seu asserto».

Parece que era este tambem já o nosso direito velho, vistoque nos termos da novella c, capitulos I e II, a prova da recepção do dote incumbia á mulher ou a seus herdeiros, emquanto não passassem dez annos desde o matrimonio, ou desde a epocha fixada para a solução, e passado este praso a presumpção era contra o marido, Coelho da Rocha, § 277.º

Porém esta desobrigação da prova do pagamento do dote é favor concedido só á mulher e a seus herdeiros; porque terceiros, como credores, por exemplo, que se julguem com algum direito sobre os bens dotaes, para procederem contra o marido pelo valor d'elles, carecem de provar que elle effectivamente os recebeu, qualquer que seja o periodo decorrido desde que o dote é devido.

O projecto primitivo em seguida ao artigo correspondente a este, continha o artigo 1190.º, que dizia assim: «As fraudes ou simulações ácerca da constituição e entrega do dote serão punidas, sem prejuizo da responsabilidade por perdas e damnos, com as penas comminadas no artigo 450.º do codigo penal».

Logo na primeira revisão a commissão revisora eliminou este artigo. Não ha duvida que são frequentes as fraudes e simulações na constituição e entrega do dote; mas sendo estes actos de natureza propriamente civil, deve ser-lhes estranha quanto possivel a legislação penal.

Art. 1146.º Se o dote for constituido por pae e mãe conjunctamente, sem declaração da parte com que cada um contribue, entender-se-ha, que cada um d'elles se obrigou por metade.

(Vid. artigo 2108.º) Os conjuges, dotando os filhos *conjunctamente*, não os dotam *solidariamente*, salvo pacto expresso. É principio geral em materia de obrigações que a solidariedade não se presume; e portanto, se os paes dotaram conjunctamente, sem nenhuma outra declaração, fica obrigado cada um ao dote, só por *ametade*, e não pelo todo.

Se o dote, feito conjunctamente por ambos os conjuges, foi constituido em bens pessoaes só de um, tem este direito sobre os bens do outro para haver ametade do valor que deu, como expressamente determina o codigo civil francez, no artigo 1438.º, fonte d'este.

Em virtude do mesmo principio, consignado n'este artigo, as doações feitas por ambos os conjuges, conferem-se por ametade por morte de cada um; e, se a doação tiver sido feita por um só d'elles, só no inventario por morte d'este se fará a collação, artigo 2108.º

Art. 1147.º Se os paes não declararem, que dotam por suas terças, será o dote levado em conta na legitima da dotada, e só se deduzirá da terça dos paes aquillo, em que o dito dote exceder a legitima.

(Vid. artigos 1149.º, § 4.º, 1492.º, 1497.º, 1498.º, 1500.º, 1789.º, 1790.º, 2107.º e 2111.º) É a doutrina do nosso direito velho, ordenação, livro IV, titulo XCVII, § 3.º Se não consta expressamente da intenção das partes, nunca se presume que os paes fizessem o dote á custa das suas terças, e não á conta da legitima do doado. A presumpção juridica é de que os paes, contemplando um dos filhos, não quizeram beneficia-lo com prejuizo dos outros.

Mesmo a doação para patrimonio ecclesiastico não tem privilegio algum. Imputa-se tambem na legitima do donatario, se não se declarou expressamente, que era feita á conta da terça; assim como ha de ser conferida no caso de haver collações.

Sendo feita á conta da legitima a doação, só entra pela terça dos doadores até onde for preciso para ser preenchida. Mas alem da legitima do filho e da terça dos paes, não póde ir a doação com prejuizo dos outros herdeiros legitimarios. Se a doação não podér ser preenchida pela legitima do donatario, e pela terça do doador, fica reduzida por inofficiosa a este valor, artigo 1492.º, ou a doação fosse dada para casamento, ou para qualquer outro fim. Nem os paes nem outros doadores podem prejudicar a legitima dos herdeiros legitimarios, qualquer que seja o fim da doação, salvo o que dizemos em a nota ao artigo 1169.º

Antes da promulgação do codigo civil, que existiam prazos de vidas, podiam os paes doar, alem da sua terça nos bens partiveis, os prazos de vidas, porque estes bens transmittiam-se por fórma especial, não entravam no computo da terça; e apenas, se tinham sido comprados ou bemfeitorisados na constancia do matrimonio, o preço da compra e o preço ou valor das bemfeitorias tinham a mesma natureza dos bens allodiaes.

Os bens desvinculados, em virtude das disposições da lei de 30 de julho de 1860, tambem são tomados em conta para o computo da terça do proprietario, visto seguirem, por effeito da desvinculação, a natureza dos bens allodiaes. N'este sentido respondeu a associação dos advogados de Lisboa em 16 de novembro de 1870, como se mostra do boletim da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, tomo II, pag. 123.

As palavras «*seja quem for o donatario*», empregadas no artigo 1492.º, significam que a revogação ou reducção das doações, para o effeito de garantir as legitimas, abrangem, não só as doações feitas a parentes, mas as feitas a estranhos, como bem se mostra da nota ao artigo 1521.º do projecto de 1863.

O projecto primitivo no artigo 1552.º, correspondente ao artigo 1492.º do codigo, não continha aquellas palavras, que, em rigor, nem eram necessarias.

Mas em a nota ao citado artigo 1521.º do projecto de 1863 lê-se o seguinte: «Resolveu-se que a este artigo se acrescentasse outro §, declarando que esta revogação ou reducção comprehendia tambem as doações feitas a estranhos».

Não se acrescentou o §, como se tinha resolvido, mas acrescentaram-se, como significando de certo o mesmo pensamento, as palavras «*seja quem for o donatario*», que já se lêem, com insignificante differença de redacção, no projecto de 1864, artigo 1496.º

O calculo da terça para o effeito da revogação ou reducção das doações por inofficiosidade faz-se do mesmo modo que para a reducção das disposições testamentarias, artigos 1492.º § 3.º, 1789.º e 1790.º

Para fixar a quota disponivel, que póde ser a terça, ou a metade, artigo 1784.º, comquanto os artigos 1492.º e 1790.º se refiram só á terça, esquecendo-se ali talvez o legislador da innovação, introduzida no artigo 1784.º, attende-se ao valor dos bens, que ficaram por morte do auctor da herança. *Mortis tempus inspicitur, quia nulla viventis successio, nulla haereditas est.*

Somma-se o valor de todos os bens da herança, que o auctor deixa por sua morte, e deduzem-se as dividas e os encargos, porque só se reputa bens o valor liquido, sem se comprehenderem n'estes encargos os impostos em testamento, que ficam sujeitos a reducção, tambem no caso de offenderem as legitimas. As despezas do funeral são igualmente comprehendidas nos encargos da herança, artigo 2116.º

Ao remanescente do activo, se o houver, aggrega-se o valor das doações feitas, se o auctor tem herdeiros legitimarios, cuja legitima não póde offender por liberalidades entre vivos, porque sem a obrigação da collação viria a ser illusoria a legitima dos descendentes.

As doações entre vivos que podem offender a legitima dos herdeiros do doador, e que por isso podem vir a ser taxadas de inofficiosas, estão em suspensão até á morte do doador.

A reducção nas doações ou nas disposições testamentarias, pois, ha de effectuar-se na occasião da abertura da successão, porque para saber se uma doação é inofficiosa, não se compara a sua importancia

no momento da doação, mas na epocha da abertura da successão, que é quando começam os direitos dos herdeiros.

A reducção não póde ser requerida senão pelos herdeiros legitimarios, e não pelos donatarios, legatarios, ou credores do auctor da herança, porque o fim da reducção é manter intacta a reserva destinada para os herdeiros legitimarios.

Nem os donatarios, nem os legatarios podem queixar-se de serem prejudicados por doações anteriores; e nem os credores do auctor da herança têem outros direitos, com relação ás doações n'este caso, senão os que lhes conferem os artigos 1030.º a 1035.º

A expressão «*inofficiosa*» adoptada do nosso direito anterior, é derivada do direito romano, que declarava *in officium*, ou contra os deveres da piedade, as disposições que iam atacar a legitima dos herdeiros necessarios.

Supponhâmos, por exemplo, que os bens existentes no patrimonio do auctor da herança, ao tempo da sua morte, montam ao valor de 12:000$000 réis, que as dividas attingem a somma de 4.000$000 réis, e que as doações representam o valor de 7:000$000 réis, é a herança do valor de 15:000$000 réis, importando a terça em 5:000$000 réis.

Quando as dividas não excederem o activo dos bens existentes no patrimonio do auctor da herança, podem sommar-se com os valores existentes os valores dos bens doados, e deduzir-se d'esta somma geral as dividas e os encargos. Assim no exemplo supra sempre vinham a ficar as legitimas no mesmo valor de 10:000$000 réis, e a terça no mesmo valor de 5:000$000 réis, ou se sommassem primeiro os valores existentes no patrimonio do auctor da herança e os valores dos bens doados, deduzindo-se depois do monte commum a importancia das dividas na quantia de 4.000$000 réis, ou se sommassem á parte os valores existentes no patrimonio do auctor da herança, e d'estes valores se deduzissem logo as dividas, e ao remanescente de 8:000$000 réis se addicionasse o valor dos bens doados.

Se, porém, os valores existentes na successão representam a quantia de 12:000$000 réis, e os bens doados a somma de 7:000$000 réis, e as dividas, em vez de importarem em 4.000$000 réis, importam em 20:000$000 réis, ficariam as legitimas e a quota disponivel reduzidos a zero, se as dividas não fossem deduzidas só dos bens existentes na successão, mas sim do cumulo d'estes bens com os doados conjunctamente.

É portanto erronea e contraria aos principios e á disposição expressa do artigo 1790.º a opinião dos que sustentam que, para se fixar a terça, se sommam os valores da herança juntamente com as doações que tiverem de vir á collação, deduzindo-se d'este *todo* as dividas passivas, e sendo o saldo a herança, d'onde deve sair a terça.

As dividas não se deduzem do todo, mas só dos bens existentes na successão, e o saldo d'esses bens, se o ha, é que se somma com as doações conferiveis, sendo esta somma a herança para o effeito de garantir as legitimas dos herdeiros legitimarios.

Por outro modo de contar quem aproveitaria com a reducção seriam os credores, e não os herdeiros legitimarios, em beneficio dos quaes *exclusivamente* se introduziu o principio das reducções, como bem pondera Rogron nas notas ao artigo 922.º do codigo civil francez, e se explica o sr. Seabra na resposta ás observações do sr. Paes da Silva ao artigo 2276.º do projecto primitivo (2103.º do codigo).

Como diz o sr. Seabra, no logar citado «aqui não ha restituição effectiva dos bens doados á massa dividenda; ha sómente um calculo ficticio para achar o excesso da terça, e por consequencia a reducção,

que as doações devem soffrer; nem os crédores da herança podem tirar proveito algum d'este augmento ficticio; porquanto, ou os crédores 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 têem contra as transmissões anteriores».

O computo da quota disponivel, pois, não se faz para a trazer á massa, a fim de sobre ella exercerem os crédores os seus direitos; mas unicamente para refazer as legitimas, que são defraudadas.

Sempre que o passivo exceder o activo deixado na herança, os bens existentes no patrimonio do auctor da herança reputam-se zero, e a massa dividenda compõe-se unicamente dos bens doados entre vivos.

Conseguintemente é preciso não confundir o calculo, que se faz ficticiamente dos bens da herança, para achar o importe das legitimas e da terça, com a restituição effectiva das doações, que venham augmentar a terça, e portanto o direito de dispor de que o auctor da herança tenha usado em testamento.

A reducção nas doações só tem logar quando a terça dos bens existentes não chega para supprir as liberalidades do testador, e algum herdeiro legitimario se acha desfalcado.

Os legatarios ou crédores não lucram absolutamente nada com estas reducções. Nem o auctor da herança podia dispor da terça, que estava antecipadamente absorvida pelas liberalidades entre vivos, artigo 2111.º § 2.º

Supponhâmos, por exemplo, que ao fallecimento do auctor da herança não existem bens alguns no seu patrimonio, que ha dividas no valor de 20:000$000 réis, que elle dispõe da sua terça a favor de Pedro, e que deixou dois herdeiros legitimarios, um dos quaes tinha recebido d'elle uma doação de 24:000$000 réis, e outro nada.

Ha de o donatario repor ao outro herdeiro legitimario 8:000$000 réis, que tanto é o valor da sua legitima, e fica com os 16:000$000 réis, ametade, que é a sua legitima, e outra ametade, que é a terça do testador, de que este já não podia dispor, em conformidade do preceito do § 2.º do artigo 2111.º, visto que o excesso do valor dos bens doados é sempre imputado na terça, como determina o referido artigo.

Os crédores nada levantam da massa dos bens doados.

Quanto á fórma de computar a terça fez tambem o codigo uma alteração profunda na doutrina corrente no fôro por direito anterior, em que os bens doados vinham á collação para a igualdade das legitimas, mas não para o calculo da terça, porque mandava computa-la com relação tambem aos bens doados, artigos 1492.º, 1784.º, 1790.º e 2098.º

Antes da promulgação do codigo civil, comquanto alguns entendessem que para o computo da terça deviam ter-se em conta tambem os bens doados, não era todavia essa a opinião seguida.

Segundo o estylo e praxe do fôro calculava-se a terça só com relação aos bens existentes em poder do auctor da herança ao tempo da abertura d'esta; de modo que os valores doados ou conferidos eram tidos em conta para o augmento das legitimas, mas não para o augmento da terça.

Alguns jurisconsultos sustentam ainda hoje, em presença das disposições do codigo, que esta doutrina continúa a vigorar.

O codigo, porém, alterou positiva e claramente aquella jurisprudencia. O artigo 2098.º define collação a restituição que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o *calculo da terça* e igualação da partilha.

É igualmente terminante o artigo 2111.º, determinando que, se os valores conferidos excederem a legitima do conferente, o excesso sairá da terça, e se excederem legitima e terça, o conferente reporá esse excesso, e *n'este caso ficará sem effeito a disposição da terça, que o auctor da herança tiver feito em proveito de outrem.*

Finalmente não é menos clara e terminante a disposição do artigo 1790.º, emquanto que, prescrevendo o modo de fazer a reducção das *doações inofficiosas*, manda calcular a terça do auctor da herança, não só com relação aos bens existentes n'esta, ao tempo da sua abertura, mas tambem com relação aquelles que o mesmo houvesse doado.

A respeito da pratica segunda, e da innovação introduzida pelo sr. Seabra, diz este insigne jurisconsulto, no logar acima citado, em resposta ao sr. Paes da Silva: «A pratica segunda entre nós é outra. A terça calcula-se unicamente sobre os bens existentes, deduzidas as dividas, e se as doações valem mais que a terça, o beneficiado a maior indemnisa os prejudicados na sua legitima. Este systema parece á primeira vista simples e sufficiente, e que não haveria rasão para introduzir outro, mas effectivamente não é assim

«Supponhâmos que não ha bens existentes, sobre que se forme o calculo, e só ha doações. N'este caso necessariamente se ha de formar o calculo sobre o importe das doações.

«Mas dir-se-ha que n'este presupposto não ha precisão de formar a terça, porque basta que os legitimarios dividam com igualdade entre si o importe das doações, e restituam o que tiverem de mais.

«Nem sempre será assim. Supponhâmos que alem dos legitimarios ha estranhos beneficiados. É fóra de duvida que estas doações podem ser annulladas ou reduzidas

«Mas em que proporção? Que estas doações não podem ser interamente annulladas é evidente, pois que a legitima só se determina por morte, e a quota disponivel é uma idéa connexa com a de legitima. O mais que a lei admitte em favor dos legitimarios é a reducção, o que já não é pouco.

«É pois indispensavel proceder ao calculo da terça.

«Este calculo faz-se, como dito fica, sobre a massa das doações. Exemplo: massa da herança, 9:000 cruzados; dividas 34:000.

«Os bens da herança tornam-se em zero, porque são absorvidos pelas dividas

«É forçoso portanto recorrer ás doações.

«1.º legitimario	14 000	cruzados
«2.º legitimario	—5—	»
«3.º estranho	10:000	»
Total	24:000	»

«Vem á legitima dos dois 16:000 cruzados, e será o terço 8 000 cruzados.

«Haverá pois logar á reducção para inteirar o segundo legitimario, que nada recebeu dos seus 8.000 cruzados.

«Resta saber como devem contribuir os donatarios. É o que se acha regulado no artigo 1567.º (1493.º do codigo). Recorrer-se-ha ás doações emquanto for preciso, segundo a sua data, começando pela ultima.

«Assim no exemplo dado, suppondo que a doação mais recente é a do estranho, ficará sómente com 2:000 cruzados. Se for a doação do

legitimario, deduzir-se-ha do excesso de sua legitima, que são 6:000 cruzados; e como ainda ha falta, será supprida pelo estranho, que ficará com 8:000 cruzados.

«De fórma que os beneficiados nunca podem lucrar mais que a terça.»

Desde que os bens doados são chamados ao computo da terça, não em beneficio dos credores, nem das liberalidades feitas pelo testador em testamento, mas unica e exclusivamente para compor as legitimas dos herdeiros legitimarios, não ha inconveniente em sommar os valores doados com o remanescente do patrimonio do auctor da herança, depois de deduzidas as dividas, para computar a terça.

Tambem já vimos noticiada na imprensa juridica a cerebrina opinião de que, haja ou não doações conferiveis, se deve abater da herança a importancia das dividas passivas, e do restante calcular-se a terça, pagando esta depois a terça parte das dividas. Por exemplo:

Herança	9:000$000
Dividas passivas	3:000$000
Herança livre	6:000$000
Terça	2:000$000
Pagando esta de dividas	1:000$000
Ficando por conseguinte reduzida a	1:000$000
Pagando os herdeiros de dividas	2:000$000
Ficando livres para elles	5:000$000

Tão extravagante é esta opinião que não merece as honras da discussão. Por este modo de calcular vinha a terça a pagar dois terços das dividas, um que lhe fôra tirado no primeiro abatimento, e que recebêra de menos em bens, e o outro que tinha de dar aos crédores, ficando a herança com 5:000$000 réis, quando só deviam ficar-lhe 4:000$000 réis.

Nos termos do codigo civil francez, artigo 922.º, os bens doados são avaliados segundo o seu estado na epocha da doação, e o seu valor ao tempo da morte do testador. Entende-se que os objectos doados, se o doador não se tivesse despojado d'elles, e elles fossem encontrados na sua successão, seriam estimados sobre este valor.

Supponhâmos que o objecto doado era por exemplo um edificio, estimar-se-ha, segundo o valor da casa na epocha da morte do auctor da herança, o que ella valeria se estivesse exactamente no mesmo estado que na occasião da doação.

A lei n'este caso não distingue entre moveis e immoveis, nem remette, com relação a estes, para o valor que se lhes assignou no contrato de doação.

Parece que considerou o donatario, que devia julgar-se proprietario, em posição mais favoravel, que o herdeiro, que conhecia a sua obrigação de conferir; assim o donatario de um movel, que valia 10:000$000 réis na occasião da doação, não responde senão por réis 5:000$000, se se decidir, em presença do seu estado no momento da morte, que elle não valia mais do que esta somma.

O nosso codigo, porém, decide outra cousa. Manda calcular o preço dos bens doados pelo que valiam ao tempo da doação, sem attenção ás suas bemfeitorias ou deteriorações. É o que dispõem com relação aos bens em geral o § 2.º do artigo 1790.º, e o artigo 2107.º, e com relação aos bens mobiliarios em especial o artigo 1497.º É n'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 20 de junho de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 31.

No projecto primitivo o § 2.º do artigo 1922.º, correspondente ao artigo 1790.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «O valor dos bens doados será o que tivessem na epocha da doação, e o valor dos bens legados o que tiverem ao tempo da morte do testador».

Foi o sr. Seabra o primeiro a propor, na sua resposta ás observações do sr. Paes da Silva ao artigo 2276.º do projecto primitivo (2103.º do codigo), que se supprimissem as palavras «e o valor dos bens legados o que tiverem ao tempo da morte do testador», porque os bens legados são comprehendidos nos bens existentes no patrimonio do auctor da herança ao tempo da abertura d'esta.

Levantam-se, porém, graves duvidas sobre o modo de conciliar o § 2.º do artigo 1790.º com o § 2.º do artigo 1498.º Aquelle dispõe que o valor dos bens doados, em geral, sem distinguir entre mobiliarios e immobiliarios, ha de ser calculado com relação á epocha da doação, e este dispõe que o valor dos bens *immobiliarios* doados ha de ser calculado com relação á epocha em que houver de fazer-se a reducção, e ninguem duvida de que a epocha em que se faz a reducção é a da abertura da herança.

Não ha, porém, antinomia entre aquellas duas disposições, porque cada uma d'ellas se dirige a fim diverso. No artigo 1790.º trata-se de calcular a terça, e attende-se, n'este caso, ao valor dos bens ao tempo da doação, porque foi d'esse valor, que o doador se privou, vistoque a regra é que o augmento ou diminuição posterior do valor da cousa doada corre por conta do donatario.

No artigo 1498.º manda-se calcular o valor dos bens immobiliarios doados com relação á epocha da reducção; mas este calculo não é para determinar a terça, é para operar a reducção, que com relação aos bens immobiliarios tem de ser feita *em especie*.

São pois duas operações inteiramente distinctas no tempo e no fim.

Primeiro que tudo é preciso determinar em quanto a doação offendeu as legitimas, ou a parte em que é inofficiosa, e para isso avaliam-se os bens doados pelo valor que tinham ao tempo em que a doação produziu os seus effeitos, não só porque é desde então que o doador se privou de um *certo* valor, mas tambem porque é desde esse tempo que em regra corre por conta do donatario o augmento ou diminuição do mesmo valor.

Feito isto acha-se determinado o *quantum* da inofficiosidade, e só resta praticar a reducção.

Mas desde que a lei quer que esta se faça em *especie* com relação aos bens immobiliarios, é precisa nova avaliação ao tempo da reducção, para tirar em *especie* o que baste para perfazer aquelle *quantum*, aliás graves injustiças se poderiam fazer, prejudicando já os herdeiros, já o donatario, se o valor dos bens doados tivesse soffrido alteração no periodo decorrido entre a acceitação da doação e a sua reducção por morte do doador.

Assim esta determinação de valor, longe de destruir a regra prescripta no § 2.º do artigo 1790.º, é o unico meio seguro de a realisar.

Por exemplo. Um proprietario com herdeiros descendentes, e com uma fortuna de 12:000$000 réis, doou um predio que valia 6:000$000 réis, ao tempo da doação, doando assim mais 2:000$000 réis alem do que podia doar. Augmentou o predio de preço, mesmo livre de bemfeitorias, valendo ao tempo da morte do doador 9:000$000 réis.

Com a reducção *em especie*, se attendessemos ao valor do predio ao tempo da doação, entregaria o donatario um terço do predio que

tinha recebido no valor de 2:000$000 réis, e que hoje valia 3:000$000 réis, isto é, daria a mais do que recebeu 1:000$000 réis.

Attendendo-se, porém, ao valor actual, longe de restituir um terço da propriedade, restitue $^2/_9$, que é a parte do predio que representa o valor de 2:000$000 réis, que elle recebeu.

Ás avessas, se o predio doado, tendo o doador uma fortuna de 18:000$000 réis, valia 9:000$000 réis, sendo assim a doação inofficiosa em 3:000$000 réis, e se ao tempo da reducção valesse só réis 6:000$000, entregando o donatario em *especie* apenas a terça parte do predio, os herdeiros legitimarios vinham a receber só 2:000$000 réis em vez de 3:000$000 réis, e o donatario vinha a pagar só com 2:000$000 réis o valor de 3:000$000 réis, que tinha recebido em doação.

Não póde ser outra a interpretação d'estas disposições legaes. Seguida opinião contraria á nossa, offendia-se radicalmente o principio, em virtude do qual todo o augmento ou diminuição de valor dos bens doados corre por conta do donatario.

O codigo civil francez não dá logar a estas duvidas, porque manda attender *ao estado dos bens na occasião da doação, e ao seu valor na occasião da morte do testador*.

Entendeu o legislador francez que devia abstrahir-se de todos os melhoramentos e deteriorações, supervenientes á doação, e que não existiam, quando o auctor da herança se privou dos bens, os quaes não podiam provir de facto do doador; e que se devia attender ao seu valor no tempo da successão, porque se o doador se não tivesse despojado d'elles, e estivessem no seu patrimonio ao tempo da morte, era n'esse valor, que haviam de ser estimados. Assim, se o objecto da doação é um predio urbano, calculava-se, segundo o valor da casa ao tempo da morte, o que ella valeria se estivesse exactamente no mesmo estado em que se achava ao tempo da doação.

O que é, porém, mais difficil de conciliar é o disposto no artigo 1500.º comparado com a provisão do artigo 2107.º Pelo artigo 1500.º se o immovel doado ao filho, bem como a outro qualquer donatario, que for coherdeiro, não exceder a sua legitima e a terça do doador, bem póde o donatario ficar com elle, sem ser obrigado a traze-lo á massa commum, no caso de partilhas, artigo 1500.º

Pelo artigo 2107.º a collação mesmo dos bens immobiliarios não é feita em *especie* ou *substancia*, mas no valor ao tempo da doação, ainda que então não tivessem sido estimados.

Com o § 2.º do artigo 1498.º facilmente se concilia o artigo 2107.º, porque este refere-se á hypothese excepcional de o donatario ser descendente successivel legitimo, legitimado ou perfilhado, unica classe de coherdeiros, em que ha collação, artigo 2102.º, e aquelle a todo o qualquer donatario que não fosse descendente successivel.

Mas como concilia-lo com o artigo 1500.º, que se refere exactamente á hypothese de ser coherdeiro, e coherdeiro descendente, o donatario, poisque os outros coherdeiros não são obrigados á collação, citado artigo 2102.º?

Pelo artigo 2107.º o coherdeiro descendente confere todos os bens doados, sem distincção entre mobiliarios e immobiliarios, unicamente no valor, e não em substancia. Pelo artigo 1500.º o coherdeiro donatario ha de conferir em substancia o immovel doado, logoque elle não caiba na sua legitima e na terça do doador.

Nao ha outro meio de conciliação, senão considerar o artigo 1500.º como excepção e modificação do artigo 2107.º Assim combinados os artigos 1500.º e 2107.º sáe a seguinte conclusão: «O coherdeiro conferе todos os bens doados pelos seus valores, e não em substancia, artigo 2107.º, salvo com relação aos bens immobiliarios, se lhe tiver sido doado algum predio, que exceda o valor da sua legitima, e o da terça do doador, porque n'esse caso ha de conferi-lo em substancia, artigo 1500.º

É pois insustentavel o alvitre dos que, para conciliarem os artigos 1500.º e 2107.º, affirmam que só conferem em valor os donatarios que são herdeiros legitimarios, e que os donatarios, que não são herdeiros legitimarios, conferem em especie, substancia ou natureza; pois que o artigo 1500.º refere-se, como o artigo 2107.º, aos herdeiros legitimarios.

Os bens doados são avaliados, ou para o effeito das reducções, ou para o effeito das collações, abstrahindo completamente de todas as modificações, augmentos ou deteriorações supervenientes, porque quando o doador se despojou dos bens, não tinham elles estes augmentos ou deteriorações, que poderiam ter provindo de facto de quem os recebeu.

Pelo direito francez, codigo civil, artigo 868.º, variam os effeitos da collação, segundo são moveis ou immoveis os bens doados. Presume-se que os bens immoveis foram dados para o donatario os gosar e os trazer depois á successão, e que os moveis foram dados em toda a propriedade, a cargo sómente de trazer á collação o seu valor.

Por isso é computado o valor dos moveis no tempo da doação, sem ter em conta a deterioração ou perda superveniente, porque se deterioram ou perdem por conta do donatario, pela regra *res suo domino perit*.

Pelo projecto de codigo civil hespanhol, artigo 887.º, não vem á collação as cousas doadas, mas sim o valor que ellas tinham ao tempo da doação, sendo o augmento ou deterioração posterior, e ainda a sua perda total, casual ou culposa, por conta do donatario, porque os redactores d'aquelle projecto partiram do principio de que a doação, ou fosse de moveis ou de immoveis, transferia para o donatario a propriedade das cousas doadas, correndo d'ahi por diante todo o risco por conta d'elle.

Pelo nosso codigo, artigos 1497.º § unico, 1498.º § 2.º, 1790.º § 3.º, e 2107.º § unico, os augmentos da cousa, posteriores a doação revertem, em favor do donatario, mas não as deteriorações que não lhe sejam imputaveis.

Na palavra «*deteriorações*» comprehendem-se apenas os prejuizos causados *directamente* nos objectos, e não os prejuizos resultantes das variações de valores, ou de quaesquer disposições legaes. Assim, reputa-se deterioração, por exemplo, a molestia das vinhas; mas não se reputa deterioração o prejuizo que soffreu um dominio directo, doado antes da promulgação do codigo civil, em que as contribuições relativas ao dominio eram por conta do foreiro, por terem passado agora a cargo do senhorio.

Estes differentes artigos, porém, segundo o systema invariavelmente seguido pelos redactores do codigo, servem-se de linguagem differente, e ás vezes pouco harmonica, para significar a mesma idéa.

Não é imputada a perda ou deterioração de objectos mobiliarios, quando tiverem desapparecido ou estiverem deteriorados por *causa fortuita ou força maior*, § unico do artigo 1497.º

A diminuição de valor dos bens immobiliarios doados não se inclue no calculo para a avaliação d'estes, quando for precedida de deteriorações *imputaveis* ao mesmo donatario, § 2.º do artigo 1498.º

Não sera comprehendida na massa da herança para o calculo das

legitimas a cousa doada, se houver perecido sem que o donatario para isso *concorresse directamente*, § 3.º do artigo 1790.º

Não é por conta do donatario a deterioração ou perda da cousa, se resultar *de causa fortuita, de força maior, ou do natural uso da cousa* doada ou dotada, § unico do artigo 2107.º

Ha, em todas estas provisões, a mesma variedade de linguagem que ha nas disposições que regem todos os assumptos graves do codigo, como na designação de formalidades differentes para cada escripto particular, etc.

Em todo o caso o § unico do artigo 1497.º concorda com o § 3.º do artigo 1790.º, em não imputar ao donatario a perda ou deterioração dos bens mobiliarios por força maior, e o § 1.º do artigo 1498.º concorda igualmente a este respeito com o citado § 3.º do artigo 1790.º com relação aos bens immobiliarios.

Verdade seja que, nos termos do § 3.º do artigo 1790.º, parece que só não é imputavel ao donatario a *perda total*, para que elle não concorreu; mas, pelo disposto no § unico do artigo 1497.º, tambem a *deterioração* lhe não é imputavel quando os objectos doados são mobiliarios, e pelo § unico do artigo 2107.º não lhe é imputavel a *deterioração*, ou sejam mobiliarios ou immobiliarios os bens doados.

O artigo 1497.º concorda ainda com o § 2.º do artigo 1790.º, mandando avaliar os bens mobiliarios pelo valor que elles tinham ao tempo da doação, e com o mesmo § do artigo 1790.º concorda o § 2.º do artigo 1498.º, mandando calcular o valor dos bens immobiliarios doados pelo tempo da doação, não se mettendo em conta, nem o augmento nem a diminuição de valor, imputavel ao donatario.

Deve notar-se que, se a cousa doada perecer sem ser por culpa do donatario, não se lhe imputa para o calculo da legitima, e unicamente para este effeito. É a conclusão que resulta da combinação dos artigos 1497.º, 1498.º e 1790.º e seus §§.

Conseguintemente se a cousa doada pereceu sem culpa do donatario não se computa para o calculo das legitimas. Se a cousa doada a um coherdeiro, no valor por exemplo de 7:000$000 réis, pereceu por accidente independente da sua vontade, não lhe é mettida em conta, e elle vae levantar do patrimonio do auctor da herança, na hypothese de serem dois os herdeiros, e 8:000$000 réis o valor da successão, 4:000$000 réis, quando levantaria apenas 500$000 réis, se porventura respondesse pelo valor da cousa doada, que pereceu por causa estranha á sua vontade.

E contar-se-ha para o effeito da terça o valor da cousa perdida? A redacção do § 3.º do artigo 1790.º presta-se a este argumento *a contrario*, que nos levaria a conclusões inacceitaveis; porque, se assim fosse, na hypothese referida, por exemplo, a quota disponivel do auctor da herança seriam 5:000$000 réis, e ficariam para as legitimas 3:000$000 réis apenas, o que não póde admittir-se, attendendo ao favor com que a lei trata os herdeiros legitimarios.

Seria o completo transtorno do direito ensinado pelos nossos velhos praxistas, e seguido ainda pelo codigo, em virtude do qual os bens conferidos se contam para o computo da legitima, e não para augmento da terça, de modo que se os bens existentes são todos absorvidos pelas dividas, e ha doações conferiveis, formam estas a massa das legitimas, e não ha terça disponivel n'este caso, artigo 1211.º § 2.º

É para notar uma singularidade que se lê no artigo 1207.º § unico. Em nenhum dos outros artigos se empregam as expressões «*ou do natural uso da cousa doada ou dotada*», de que se serve o artigo 2107.º Desde que o codigo manda conferir os valores, e não a substancia, o

perecimento da cousa, qualquer que fosse a causa, deveria recair sobre o donatario, pela regra: *Res suo domino perit.* O donatario não é devedor de um objecto *determinado*, mas de certo valor; e por isso póde alienar, salvo convenção em contrario, os bens doados, sem que as alienações possam ser rescindidas, aindaque elle não tenha os valores necessarios para vir á collação.

Todavia, aindaque sejam validas todas as alienações dos bens doados feitas pelos donatarios, salvo dos immobiliarios, que têem de ser reduzidos em *especie*, não se lhes imputa, por equidade, o valor das deteriorações, que não procedem de culpa sua.

Imputa-se-lhes porém a deterioração resultante do *uso natural da cousa doada*, salvo no caso excepcional das collações, as quaes só tem logar entre herdeiros descendentes, os quaes não respondem pela deterioração filha d'esta causa, como expressamente determina o § unico do artigo 2107.º

Para calcular pois a inofficiosidade das doações attende-se *sempre*, sem excepção alguma, ao valor dos bens doados ao tempo da doação, comparando-se com o valor dos bens do doador ao tempo da sua morte, com a unica excepção do dote dado para casar ou estabelecer filhos communs.

Para se calcular se o dote excede a legitima do dotado e a terça do dotador ha de attender-se ao valor dos bens dotados e ao dos bens do dotador ao tempo da constituição do dote, artigo 1149.º § 4.º, se a doação foi constituida para dotar e estabelecer filhos *communs*, como indica este §, e não para dotar e estabelecer filhos *proprios* do doador, como alguns entendem, por analogia do que o § dispõe.

Como porém o § 4.º do artigo 1149.º consigna uma excepção, não póde applicar-se a outros casos que não sejam os previstos expressamente na lei, artigo 11.º Não é pois já applicavel aos dotes dados a outros descendentes que não sejam filhos communs, e muito menos a estranhos.

A ordenação, livro IV, titulo XCVI, § 4.º, estabelecia a este respeito doutrina differente, e em parte muito mais favoravel, porque nas doações para casamento mandava calcular o valor dos bens do doador pelo tempo da doação, ou pelo tempo da morte, á escolha do donatario, e nas outras doações feitas aos filhos mandava calcular o valor dos bens do doador sempre pelo tempo da morte.

Art. 1148.º O marido póde dispor livremente dos bens mobiliarios dotaes, salvo se outra cousa for estipulada; mas responderá pelo seu valor.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

Art. 1149.º Os bens immobiliarios são inalienaveis, excepto se for:

1.º Para dotar e estabelecer os filhos communs, consentindo ambos os conjuges;

2.º Para alimentos da familia, aos quaes se não possa prover de outro modo;

3.º Para pagamento de dividas da mulher, ou de quem a dotou, anteriores ao casamento, se constarem de documento authentico ou authenticado, e não podérem ser pagas por outros bens;

4.º Para a reparação indispensavel de outros bens dotaes;

5.º No caso de serem por sua natureza inseparaveis de bens não dotaes;

6.º Por troca de outros bens de valor igual ou maior, ficando os ditos bens subrogados em logar dos alheados;

7.º Nos casos de expropriação por utilidade publica.

§ 1.º O que se dispõe n'este artigo, n.os 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, é applicavel aos bens immobiliarios dotaes, ficando, n'esses casos, o marido exonerado de toda a responsabilidade por elles. Igualmente fica isento da responsabilidade, quando o producto da alienação dos bens mobiliarios dotaes, que pelo artigo antecedente é permittida ao marido, tiver applicação a algum dos fins especificados nos referidos numeros.

§ 2.º Nos casos dos n.os 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º não poderá ter logar a alienação sem auctorisação judicial.

§ 3.º A venda dos bens dotaes, quando venha a occorrer, será feita em hasta publica.

§ 4.º A alienação, de que trata o n.º 1.º, não excederá a legitima do filho, que se quizer dotar ou estabelecer, accrescentando a essa legitima a terça de seus paes, tudo calculado em relação á epocha, em que a alienação houver de fazer-se, pelo modo por que o seria, se, por morte dos paes, n'esse tempo se dissolvesse o matrimonio.

§ 5.º Nos casos dos n.os 5.º e 7.º o producto dos bens alheados será applicado á acquisição de outros de igual valor, que lhes ficarão subrogados.

(Vid. artigos 1554.º n.º 2.º e 1666.º) Veiu o codigo civil estabelecer tambem o principio da inalienabilidade dos bens dotaes, admittindo todavia mais algumas excepções alem das que eram reconhecidas por direito antigo.

Os bens immobiliarios dotaes não podem ser alienados só pelo mutuo consentimento dos conjuges sem auctorisação judicial. Este é um dos principaes caracteres do regimen dotal, e que o distingue do regimen matrimonial com separação de bens. O systema dotal foi introduzido no interesse do matrimonio, para que os conjuges e a familia conservassem sempre este ultimo recurso ainda na occasião da adversidade, e para premunir a mulher contra a sua propria fraqueza.

Tantos rigores a lei estabelece contra a alienação dos bens dotaes, que não podem ser alienados, qualquer que seja a fórma do titulo, sem auctorisação do poder judicial; e que a venda dos bens dotaes inalienaveis, não só dos immobiliarios, mas tambem dos mobiliarios, não póde ser feita senão em hasta publica, artigo 1149.º § 3.º

Por isso tambem não podem ser alienados senão nos casos expressamente taxados no artigo. D'aqui vem que a mulher, podendo fazer doações ao marido nos termos do artigo 1183.º, em caso nenhum póde doar-lhe bens dotaes.

A iguaes formalidades está sujeito o emprazamento dos bens dotaes, artigo 1666.º Os bens dotaes tambem não podem ser emprazados senão em hasta publica, e com auctorisação judicial.

Os bens dotaes não são responsaveis pelas dividas contrahidas na constancia do matrimonio, nem mesmo depois d'este dissolvido, que os bens perdem a natureza de dotaes, não só porque o dote tambem é destinado a assegurar aos filhos a conservação do patrimonio materno, mas principalmente porque, para determinar os effeitos da obrigação, é preciso attender á epocha em que ella foi contratada, e não á epocha da sua execução.

Mas pelas dividas contrahidas depois de dissolvido o matrimonio é o dote responsavel, porque os bens dotaes perdem com a dissolução do casamento o caracter de inalienabilidade.

Se um dos conjuges quizer alienar o predio dotal para algum dos casos e effeitos previstos n'este artigo, e o outro recusar o seu consentimento, poderá aquelle recorrer ao supprimento judicial? Decidem-se alguns pela negativa com o fundamento de que se na alienação de bens de raiz não dotaes o poder judicial, supprindo o consentimento de um, completa a capacidade do outro, no regimen dotal o poder judicial completa a capacidade de ambos; e que se difficulta assim a alienação dos bens dotaes immobiliarios, exigindo-se o consentimento de ambos os conjuges, e ainda, alem d'isso, a auctorisação judicial.

Se porém o marido negar o seu consentimento, póde ser este supprido judicialmente, como declarou a commissão revisora, segundo se mostra da nota ao artigo 1167.º do projecto de 1863, e bem se deduz dos artigos 1119.º e 1193.º, sendo este generico, e applicavel a todas as fórmas de regimen matrimonial.

Verdade seja que a acta da sessão da commissão revisora, de 4 de janeiro de 1862, reza de ter sido approvado um additamento do sr. Marreca para que, na hypothese do n.º 1.º do artigo, quando o marido recusasse o seu consentimento, fosse este supprido pela auctoridade judicial; e que em parte nenhuma ha indicios de ter sido attendida esta resolução na redacção do projecto. Porém a rejeição do additamento do sr. Marreca tambem podia explicar-se pela sua desnecessidade, vistos os preceitos dos citados artigos 1119.º e 1193.º

Ás condições a que o codigo subordina a alienação dos bens dotaes está igualmente sujeita a sua hypotheca, porque só póde hypothecar quem póde alienar, e só podem ser hypothecados os bens que podem ser alienados, artigo 894.º, devendo apenas, com relação á hypotheca, dispensar-se a hasta publica.

Se o juiz concede auctorisação para alienar ou hypothecar os bens dotaes n'um caso differente dos previstos na lei, ficará nulla a alienação? É pela negativa a decisão de um tribunal francez, citada por Rogron em as notas ao artigo 1558.º do codigo civil Napoleão.

Effectivamente, desde que foram observadas todas as formulas necessarias para a alienação d'estes bens, não compete a terceiros arvorarem-se em julgadores da decisão judicial. Se os juizes errarem na apreciação do caso, esses erros são inseparaveis do poder de apreciação attribuido exclusivamente ao julgador. Quem comprou bens dotaes inalienaveis com consentimento dos respectivos conjuges, approvado pelo juiz, comprou bem. Não póde ser impugnada a compra com o fundamento de que a auctorisação de alienar foi dada para um caso não previsto na lei.

Parece realmente duro que não possa annullar-se uma *doação*, de bens immoveis dotaes feita para fim diverso do prescripto, nos differentes numeros do artigo 1149.º Todavia, como a auctorisação judicial é concedida em processo competente, e com audiencia do ministerio publico, não é provavel que se auctorise a alienação de bens dotaes

fóra dos casos expressos nas leis. Mas ainda que se auctorise illegalmente a alienação dos bens, ha um termo em que o legislador deve descansar na auctoridade do juiz.

1.º, etc. São tão privilegiados e tão justos os fins a que se destina a alienação dos bens dotaes para casar um filho commum, ou para lhe dar outro qualquer estabelecimento ou modo de vida, que a lei permitte a alienação d'elles n'este caso.

Podem ser alienados os bens dotaes, não só para dote de casamento de um filho, mas para lhe dar outro estabelecimento, como para uma empreza industrial, etc.

Alguns doutores admittem a alienação dos bens dotaes para *dotar* os filhos em casamento, vistoque os bens continuam a ter a natureza de inalienaveis, e podem ser conferidos chegado o momento das collações; mas julgam perigoso distrahir o dote para *estabelecer* os filhos com outro destino, por verem n'esta faculdade o meio de dissipação dos bens dotaes, que por sua natureza são destinados a sustentar os encargos do matrimonio.

Todavia como a doação para esse estabelecimento não póde ir alem da legitima do doado e da terça dos paes, tudo calculado com relação á epocha da alienação, ainda que o donatario os dissipe, e não os possa trazer á collação por morte dos paes, não soffrem os outros filhos prejuizo na sua legitima, calculada com respeito á epocha da doação.

Apesar do disposto no § 2.º do artigo, a doação de bens dotaes em dote de casamento aos filhos, na pratica, continua a ser feita, mesmo depois da publicação do codigo civil, sem auctorisação judicial. Mas a doação sem aquella formalidade é nulla, vista a disposição do artigo 10.º do codigo.

É singular que os bens dotaes não possam ser alienados senão para dotação e estabelecimento dos filhos communs, e não para dotação e estabelecimento dos filhos de leito anterior do conjuge, cujos são os bens dotaes. Não ha rasão para esta exclusão. No entretanto é tão expresso o codigo em permittir a alienação dos bens dotaes só para dotação e estabelecimento dos filhos communs, que não é licito ampliar esta disposição a favor dos filhos de leito anterior do conjuge, cujos são os bens dotaes.

Talvez o legislador partisse do principio de que, sendo os rendimentos dos bens dotaes destinados a sustentar os encargos do matrimonio, só para dote dos filhos d'este casamento podiam ser distrahidos.

2.º, etc. Quaes são as pessoas da *familia* para cujos alimentos podem ser alienados os bens dotaes? É omisso a este respeito o codigo, mas parece referir-se aos parentes, a quem são devidos os alimentos, nos termos dos artigos 171.º e seguintes.

Leva-nos a esta conclusão a confrontação do n.º 2.º do artigo com o artigo 1558.º do codigo civil francez, sua fonte, onde se permitte a alienação do immovel dotal «para prestar alimentos á familia nos casos previstos pelos artigos 203.º, 205.º e 206.º»

Ora estes artigos no codigo civil francez correspondem, pouco mais ou menos, aos artigos 172.º a 177.º do nosso codigo, ou antes, no titulo do codigo francez, onde estão collocados aquelles artigos, trata-se a mesma materia que na secção do nosso codigo, que comprehende os artigos 171.º a 184.º Portanto a familia, a que se refere o n.º 2.º, são os parentes a quem são devidos alimentos *jure sanguinis*, e não simplesmente as pessoas que habitam na mesma casa com o alimentante. Esses parentes porém não podem requerer execução nos bens dotaes. Os bens dotaes só podem ser alienados para satisfação da obrigação

de alimentos de familia, querendo os conjuges, e com auctorisação da justiça.

Sem accordo dos conjuges e auctorisação de justiça apenas poderão ser executados os *rendimentos* dos bens dotaes pelos alimentados, e sem que a execução prejudique os alimentos da mulher, segundo o disposto no artigo 1230.º

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1033.º) O que a dotada ou os dotadores deviam antes do casamento não póde figurar no dote, o qual, bem como a herança, está sujeito á regra: *Deducto aere alieno.*

Quaesquer outros bens, tanto os *proprios* do conjuge devedor, mas sem caracter dotal, como os trazidos por elle para o casal, ainda que communs, estão sujeitos ás dividas anteriores, mas nunca os adquiridos, como tudo se mostra do disposto no artigo 1112.º

O preceito do n.º 3.º era já conhecido no direito romano e no nosso antigo fôro, e está admittido no codigo civil francez, artigos 1556.º e seguintes.

Os credores podem exercer o seu direito sobre os bens dotaes, ainda que a acção não estivesse em juizo ao tempo do casamento, e qualquer que seja o titulo dos creditos, isto é, ou sejam credores privilegiados, ou credores communs.

Os bens dotaes ficam sujeitos até ás dividas dos dotadores que, para enriquecerem a dotada, não podiam fraudar os seus credores, e faltar á regra juridica: *Nemo liberalis nisi liberatus.*

4.º, etc. Como para reparar um edificio que ameaça ruina, e para cujas despezas é indispensavel a venda de alguns bens dotaes. A alienação n'este caso é feita no interesse do proprio dote, e deve fazer-se de modo que o rendimento e capital do dote não fiquem desfalcados com esta operação. No nosso antigo direito, ou antes na praxe do fôro, era tambem já admittido este caso de alienação dos bens dotaes.

O producto dos bens alienados fica verdadeiramente dotal por ser encorporado no melhoramento de bens dotaes.

5.º, etc. Se os bens dotaes constituem parte de um todo inseparavel não dotal, como se são parte de um edificio que está *pro indiviso*, e que não admitte commoda divisão, podem ser alienados, com a condição de ser empregado o seu producto n'outros de igual valor, § 5.º

N'esta especie, em que os bens dotaes são accessorios dos bens livres, devem seguir a natureza dos principaes.

6.º, etc. Póde a troca ser aconselhada por conveniencia do patrimonio dotal, como se se recebem bens de maior valor, ou ainda de igual, mas com a vantagem, por exemplo, de serem mais proximos da fortuna dotal os recebidos do que os doados em troca. Em todo o caso os bens subrogados ficam com o mesmo encargo dotal que os alheados.

Por este modo, como já tivemos occasião de ver, póde augmentar-se o dote, mesmo depois de celebrado o matrimonio, verificando-se n'esta especie uma excepção ao disposto no artigo 1104.º, em virtude do qual não podem ser revogadas, nem alteradas por novo contrato, depois da celebração do casamento as convenções antenupciaes.

Dizem alguns que, comquanto sejam expressamente permittidas as trocas de bens dotaes por outros de igual ou de superior valia, não póde ser permittida a troca com bens do marido, vistoque, por força do disposto no artigo 1564.º, não podem comprar nem vender reciprocamente os casados, excepto achando-se judicialmente separados de pessoas e bens, disposição applicavel igualmente ás trocas em virtude da provisão do artigo 1594.º

Porém a apparente antinomia que se nota entre o disposto no artigo 1149.º n.º 6.º e as provisões dos artigos 1564.º e 1594.º resolve-se

perfeitamente attendendo a que a inalienabilidade dos bens dotaes é uma materia especial e de excepção, e a que aquelle artigo falla em geral da troca ou subrogação dos bens dotaes na maior generalidade, sem referencia ao marido. O artigo 1149.º n.º 6.º póde considerar-se uma excepção ao disposto nos artigos 1564.º e 1594.º, ou as disposições d'estes artigos considerarem-se excepção ao preceituado n'aquelle.

Alem de que a subrogação dos bens dotaes da mulher por bens proprios do marido não póde reputar-se uma transmissão de bens, mas sim uma transferencia de *onus real* de uns para outros bens do casal.

Verdade seja que o regulamento de 30 de junho de 1870, declarando que entre os actos de transmissão de propriedade immobiliaria, sujeitos á contribuição de registo, se comprehendem as subrogações de bens dotaes por bens proprios do marido, ou por bens communs do casal na parte relativa á meação do marido nos subrogados, deu a esta transferencia de onus real a significação de transmissão immobiliaria. Todavia a sujeição d'este acto, por uma providencia fiscal, ao imposto, que só recáe sobre as transmissões de bens immobiliarios, não póde tirar-lhe o caracter juridico de simples transferencia de onus real.

Demais, poderá com rasão duvidar-se, sem embargo do disposto no referido regulamento, da legalidade com que se exige a contribuição de registo por taes subrogações, mas não da legitimidade da subrogação de bens dotaes da mulher pelos proprios do marido, ou pelos bens communs do casal.

O referido regulamento, ordenando que se pagasse contribuição de registo pela subrogação dos bens immobiliarios dotaes por bens proprios do marido, ou pelo quinhão d'este nos communs, deu caracter de transmissão ao que só representa a transferencia de um onus real, offendendo assim os principios geraes de direito.

As subrogações dos bens vinculados por inscripções não eram sujeitas á contribuição de registo, vistas as disposições do artigo 3.º da lei de 28 de junho de 1854, e do § 3.º do artigo 3.º da lei de 30 de junho de 1860.

7.º, etc. No caso de expropriação não tem logar a auctorisação judicial, porque para a expropriação nem o consentimento dos conjuges é necessario. Faz-se em virtude da lei, e pela força do interesse publico sómente. Ainda que os interessados se oppozessem, a expropriação havia de fazer-se. Mas é necessario subrogar o producto em bens de igual valor, que fiquem com o encargo dotal.

Vê-se reconhece o codigo a alienação dos bens dotaes admittida na legislação romana, no direito francez e na nossa praxe anterior, para livrar o conjuge de processos crimes e da prisão por dividas.

E na nossa legislação se conserva ainda a prisão por dividas em varias hypotheses: como no caso de infiel depositario; para remir as custas quando o condemnado não tem bens sufficientes para pagar, novissima reforma judicial, artigo 615.º; contra o executado insolvente, condemnado em artigos de dolo ou fraude, citada novissima reforma judicial, artigos 623.º e §§; contra o arrematante que não pagou dentro de tres dias o preço da arrematação, lei de 20 de junho de 1774, artigo 16.º, e novissima reforma judicial, artigo 606.º; contra o devedor fiscal alcançado, citada reforma judicial, artigo 657.º; contra o tutor alcançado, citada reforma judicial, artigo 1141.º, e codigo civil, artigo 255.º; contra o condemnado em pena pecuniaria que se acha insolvente, citada reforma judicial, artigos 615.º e 623.º § unico, e ordenação, livro IV, titulo LXXVI § 4.º; contra o negociante fallido fraudulentamente, codigo commercial, artigos 1151.º e 1266.º, e ordenação, livro IV, titulo LXXIV, § 7.º, e livro V, titulo LXVI; etc.

Era justo reconhecer mais este caso de alienação dos bens dotaes, que é muito justificado para evitar a desgraça de um processo crime e o mal de prisão; e tanto mais que as despezas para os processos civeis por causa do dote sáem dos bens dotaes.

§ 1.º, etc. Se no contrato antenupcial forem declarados inalienaveis tambem os bens mobiliarios dotaes, como permitte o artigo 1148.º, ficará sujeita a sua alienação ás mesmas regras prescriptas no artigo 1149.º para a alienação dos immobiliarios? Os argumentos de analogia nos levam evidentemente á conclusão affirmativa.

O codigo não providenceia expressamente sobre esta especie. A primeira parte d'este § não resolve a duvida. Não diz cousa que não esteja prevenida já na primeira linha do artigo. O que era indispensavel era providenciar com relação aos bens mobiliarios dotaes, cuja alienação se estipulou, nos termos do artigo antecedente, que não fosse permittida ao marido.

Este § dispõe, com relação aos immobiliarios dotaes, o que já estava disposto em o n.º 1.º do artigo, e com relação aos mobiliarios dotaes, cuja alienação é permittida ao marido. Mas nada dispõe com relação aos mobiliarios dotaes, cuja alienação foi prohibida ao marido, nos termos do artigo 1148.º, hypothese que vinha aliás prevenida no projecto primitivo no § 1.º do artigo 1195.º, que tornava applicavel a quaesquer sommas dotaes e moveis inalienaveis o disposto em os n.os 1.º a 4.º d'este artigo, e doutrina que nós por analogia julgâmos subsistente, apesar de o citado § ter sido proscripto pela commissão revisora, como já dissemos.

Nas palavras do § 1.º «applicavel aos bens *immobiliarios* dotaes», o que ha é um erro sem explicação. Que os n.os, não só 1.º a 4.º, mas 5.º, 6.º e 7.º se referem aos bens *immobiliarios dotaes*, é claro em vista da primeira linha do artigo. Não era preciso repeti-lo no § 1.º

No projecto primitivo § 1.º do artigo 1195.º dizia-se «o disposto n'este artigo, n.os 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º, é applicavel a quaesquer sommas dotaes, ou *moveis* inalienaveis».

Repete-se a mesma disposição, e com igual redacção no § 1.º do artigo 1167.º do projecto de 1863.

E a commissão revisora, em sessão de 27 de novembro de 1863, querendo estabelecer um additamento quanto aos bens moveis immobilisados, conforme se lê em a nota ao referido artigo 1167.º do projecto de 1863, redigiu o § 1.º pelo modo seguinte: «O disposto n'este artigo n.os 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, é applicavel aos bens *mobiliarios dotaes inalienaveis*, ficando n'esses casos o marido isento de toda a responsabilidade por elles» e conclue, como se acha no codigo.

Mas em logar de apparecer o artigo assim redigido no projecto de 1864, apparece, como se acha no codigo, o que não tem explicação.

Os bens mobiliarios dotaes são alienaveis, ou inalienaveis nos termos do artigo 1148.º Dos alienaveis trata-se na 2.ª parte do § 1.º, e dos inalienaveis tratava-se na 1.ª parte. Porém a redacção do codigo está feita por fórma que se regula a alienação dos immobiliarios dotaes, a dos mobiliarios *alienaveis*, e não a dos mobiliarios *inalienaveis*! Conseguintemente ou se julguem comprehendidos os mobiliarios dotaes *inalienaveis* na 1.ª parte do § 1.º, ou fiquem sujeitos a essa disposição por analogia, devemos crer que o § 1.º abrange tanto os mobiliarios dotaes *alienaveis*, como os mobiliarios dotaes *inalienaveis*. Houve de certo erro ou equivoco em se empregar no § 1.º a palavra *immobiliarios*, em vez da palavra *mobiliarios*.

Julgâmos applicaveis tambem os n.os 5.º, 6.º e 7.º aos bens mobiliarios dotaes, sem embargo do silencio do § 1.º, ou antes do argu-

mento em contrario que d'elle parece deduzir-se. Têem aqui todo o logar as regras de analogia e os principios geraes de direito.

Não se descobre rasão plausivel pela qual não seja applicavel aos bens mobiliarios dotaes o disposto em os n.os 5.º, 6.º e 7.º, como lhes é applicavel o preceituado em os n.os 1.º, 2.º, 3.º e 4.º

§ 2.º, etc. Pelo direito anterior ao codigo exigia-se licença dos poderes publicos para a alienação de bens dotaes nos casos de subrogação ou hypotheca, e não para o caso de dote aos filhos. A licença pertencia antigamente ao desembargo do paço, pelo § 40.º do seu regimento, e como pela extincção d'este tribunal as suas attribuições de justiça passaram para o poder judicial, e as de graça para o ministerio do reino, decreto de 3 de agosto de 1833, a pratica foi considerar estas licenças como acto de *graça*, e serem concedidas pela secretaria do reino, mediante o imposto de séllo e direitos de mercê, que se acham fixados pela primeira vez no decreto de 31 de dezembro de 1836, e tabella annexa. Por excepção julgaram-se competentes alguns juizes para auctorisar a subrogação dos bens dotaes, assim como a secretaria do reino, especialmente nos ultimos tempos, indeferia todas as pretensões em que se pedia auctorisação para a hypotheca de bens dotaes.

Como a especie do pagamento do imposto n'estes actos juridicos póde ainda discutir-se com relação a factos já passados, indicaremos aqui summariamente a historia das providencias legislativas relativas ao assumpto, para cada um poder avaliar por si a importancia da questão, e decidir-se pela opinião que lhe parecer preferivel.

A legislação mais antiga que temos a este respeito, não fallando no direito romano, encontra-se no regimento novo do desembargo do paço, que no § 40.º exigia, para a validade de qualquer subrogação de bens immoveis dotaes, licença do imperante, expedida por aquelle tribunal.

Considerava-se esta licença como derogação especial da lei geral, e portanto como verdadeira graça ou mercê do imperante.

Como graça e mercê foi esta licença considerada no § 11.º do titulo II do regimento dos novos direitos de mercê de 11 de abril de 1661, cuja observancia foi determinada pelos decretos de 19 de novembro do mesmo anno, e de 3 de agosto de 1678.

Tendo passado, com a publicação do decreto de 3 de agosto de 1833, as attribuições de graça do desembargo do paço para a secretaria dos negocios do reino, e as de justiça para o poder judicial, continuou a ser considerada acto de graça a licença para a subrogação dos bens dotaes, e era expedida pelo ministerio do reino.

Por isso os decretos de 31 de dezembro de 1836, que regulavam a arrecadação dos direitos de mercê e a cobrança do imposto de séllo das mercês, papeis forenses e outros, inseriram na sua tabella regulamentar, sob a epigraphe «mercês» os direitos de mercê e séllo que se deviam pagar pela licença para venda, hypotheca ou subrogação de quaesquer bens dotaes.

A novissima reforma judicial nenhuma provisão inseriu d'onde podesse sequer levemente inferir-se que estas licenças eram da competencia do poder judicial.

Levantaram-se todavia duvidas a este respeito, e com o fim de as resolver publicou-se a portaria de 9 de abril de 1842, que declarou ser da competencia da secretaria dos negocios do reino a concessão dos alvarás de licença para hypotheca e subrogação dos bens immoveis dotaes, e mais tarde a portaria de 26 de março de 1853 regulou o processo administrativo para a impetração da referida licença.

Era esta a doutrina seguida na pratica ao tempo da promulgação do codigo.

O certo é que a questão da competencia está hoje terminada em vista d'este § 2.º, e as duvidas que se levantam é sobre o imposto a pagar pelos alvarás de auctorisação emanados do poder judicial. A primeira duvida é se subsiste ainda hoje o imposto de 1 por cento a titulo de direitos de mercê, e o séllo de 12 réis.

Esta questão foi suscitada no jornal a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, por um assignante, que sustentava que estes impostos eram devidos pelo alvará do poder judicial, com o fundamento de que este alvará veiu substituir o do poder executivo, opinando aliás a redacção pela extincção de um e de outro imposto.

Nós sustentavamos esta opinião, porque aquelle imposto era devido pela licença, que se considerava um acto de *mercê* e de *graça*, emquanto que hoje a auctorisação do poder judicial se considera um acto de justiça, relativo a interesses privados. A lei não só alterou a jurisdicção que deve conceder as licenças, mas alterou tambem a natureza do acto, como consequencia da alteração da jurisdicção, e em materia de impostos a interpretação é sempre restricta, comquanto nas subrogações feitas pelo poder judicial antes da promulgação do codigo se pagasse o mesmo imposto de direitos de mercê e de séllo, como se o alvará fosse expedido pela secretaria do reino.

A redacção do jornal *O Direito* seguia um meio termo, concordando em que o imposto de mercê ficou abolido, desde que a auctorisação deixou de ser acto de *graça*, e passou a ser acto de justiça, mas argumentando que o imposto de séllo se deve ainda, porque não recáe sobre a existencia da mercê, mas sobre o diploma, documento ou papel, que não muda de natureza por ser differente a repartição por onde é expedido.

No entretanto, como o imposto não é determinado pela qualidade do documento, mas pela natureza do acto, e como a natureza d'este variou, deixando de ser acto de graça, para ser acto de justiça, e os impostos não podem ampliar-se a actos de differente natureza, ainda que produzam os mesmos effeitos, entendiamos que as rasões pelas quaes se sustentava a abolição do imposto de direitos de mercê procediam para se julgar extincto o imposto de séllo.

O codigo, limitando-se a exigir, para a validade das subrogações de bens dotaes, a auctorisação judicial, tira-lhe completamente o caracter de graça, considerando a intervenção da auctoridade publica unicamente como meio de evitar que os bens dotaes da mulher sejam desbaratados pelo marido, abusando da fraqueza d'ella.

Portanto a auctorisação do desembargo do paço, e depois da secretaria do reino, que se exigia para a subrogação dos bens dotaes, era uma derogação de lei, e assim um acto de graça ou mercê, pelo qual deviam pagar-se direitos de mercê e de séllo.

A auctorisação judicial, que pelo codigo se exige para a subrogação dos referidos bens, não significa uma graça ou mercê, mas uma especie de protecção concedida á mulher, para lhe completar a sua capacidade em negocio para ella de tanto momento, não se devendo conseguintemente, por este acto, impostos de especie alguma.

Tendo pois cessado a rasão da lei, cessou, como consequencia necessaria, a sua disposição.

Não ha analogia alguma entre o acto da licença regia, que antigamente se exigia para a subrogação dos bens dotaes, e a auctorisação judicial que, para o mesmo fim o codigo agora exige. Pelo contrario, a antiga licença significava a *dispensa* da lei geral, quando a auctori-

sação judicial de hoje significa a *execução* da lei n'alguma das suas disposições.

Não se diga que os alvarás de emancipação, apesar de serem concedidos pelas auctoridades judiciaes, estão sujeitos a um sêllo especial, porque para esses alvarás ha lei expressa que os sujeita ao pagamento do sêllo, o que não acontece com a auctorisação judicial exigida para a subrogação dos bens dotaes.

Por outro lado, mesmo pela legislação vigente ao tempo da promulgação do codigo, a subrogação dos bens dotaes não era sujeita ao imposto do sêllo.

O decreto de 10 de dezembro de 1861, na tabella n.º 1, classe 8.ª, menciona, como sujeitos ao imposto de sêllo, os diplomas para *hypotheca* de bens dotaes, sem dizer cousa alguma a respeito de *subrogação*.

A mesma disposição e o mesmo silencio se encontra nas tabellas da lei de 1 de julho de 1867, e do respectivo regulamento de 4 de setembro do mesmo anno.

No regulamento vigente de 2 de dezembro de 1869 porém alterou-se esta doutrina, consignando-se na tabella n.º 1, secção 2.ª, classe 8.ª, n.º 15, o seguinte preceito: «Alvará ou diploma judicial concedendo auctorisação para a subrogação de bens dotaes, 12$000 réis». Em vista d'esta disposição é actualmente fóra de duvida que pela auctorisação judicial para a subrogação de bens dotaes se paga o imposto de sêllo no valor de 12$000 réis.

A relação de Lisboa, em accordão de 10 de dezembro de 1870, publicado no jornal *O Direito* n.º 13, 3.º anno, decidiu que pela subrogação dos bens dotaes não se deviam direitos de mercê, adoptando, como fundamento da sua decisão, o seguinte periodo da 1.ª tenção:

«Os direitos de mercê parecem-me aqui inexigiveis: acto de graça nos tempos antigos e modernos, em dispensa da lei commum, era a subrogação dos bens dotaes sujeita áquelle imposto, na parte da tabella annexa ao decreto de 31 de dezembro de 1836, mas tendo cessado a sua natureza pelo artigo 1149.º do codigo civil, passando a ser um acto de justiça, falta o fundamento do imposto — graça ou mercê — e mesmo o diploma sobre que recaia, sem que em materia de tributos procedam rasões de analogia e paridade».

O juiz de direito de Oliveira de Azemeis, em sentença de 31 de maio de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 164, decidiu que não se deviam hoje direitos de mercê pela auctorisação para a subrogação dos bens dotaes, mas que se devia o imposto do sêllo estabelecido na tabella vigente, n.º 1, secção 2.ª, classe 8.ª, n.º 19. Esta jurisprudencia é a que nós seguimos depois da publicação do regulamento de 2 de dezembro de 1869, e cremos ter sido já reconhecida pelo supremo tribunal de justiça.

Art. 1150.º Os bens immobiliarios dotaes, alheados com quebra do que fica disposto no artigo precedente, podem ser reivindicados pela mulher, tanto na constancia do matrimonio, como depois da sua dissolução, ou depois de haver separação, aindaque ella consentisse na alienação.

§ 1.º Se os bens alheados forem mobiliarios, a reivindicação, de que trata este artigo, só será admittida dadas as seguintes circumstancias:

1.º De não ter o marido bens, com que responda pelo valor dos bens alheados;

2.º De terem sido, tanto as alienações feitas pelo marido como as subsequentes entre terceiros, por titulo gratuito ou com má fé.

§ 2.º O direito de reivindicação passa aos herdeiros da mulher.

Art. 1151.º O marido, que alhear ou obrigar os bens dotaes, nos casos em que não lhe é permittido fazê-lo, fica responsavel por todas as perdas e damnos, tanto para com a mulher, como para com terceiros, a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

Art. 1152.º Os bens immoveis dotaes não podem ser prescriptos durante o matrimonio, conforme o que fica disposto no artigo 551.º Os moveis dotaes podem ser prescriptos, mas responde por elles o marido.

(Vid. nota ao artigo 551.º)

Art. 1153.º Os bens, que a mulher, casada segundo o regimen dotal, possuir, ou adquirir depois, e que não forem havidos como dotaes, ficarão pertencendo exclusivamente á mulher como proprios, mas os rendimentos d'elles serão communs, salvo havendo estipulação em contrario.

Art. 1154.º A mulher não gosa do direito de hypotheca quanto aos bens mencionados no artigo precedente, nem de privilegio, que lhe não possa competir por direito commum.

Art. 1155.º Os bens do marido, casado segundo o regimen dotal, são havidos como proprios.

(Vid. nota ao artigo 1102.º)

Art. 1156.º Dissolvido o matrimonio, ou havendo separação, será o dote restituido á mulher, ou a seus herdeiros, com quaesquer outros bens, que direitamente lhes pertencerem.

Art. 1157.º O marido, ou os seus herdeiros, não serão responsaveis pela restituição, mencionada no artigo precedente, se os bens da mulher se perderem por accidente, que lhes não seja imputavel.

(Vid. artigo 1165.º) É obrigatoria a entrega do dote á mulher ou a seus herdeiros, logoque tenha logar a dissolução do matrimonio pela morte ou pela annullação, e pela separação ou de pessoas e bens, ou ainda simplesmente de bens, porque o codigo não faz distincção, como se infere do artigo 1223.º do projecto de codigo civil hespanhol, e é expresso nos artigos 1223.º e 1224.º do codigo.

A regra é que dissolvida ou interrompida a sociedade conjugal passa o dote ao poder da mulher ou de seus herdeiros, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 8 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 184.

O marido ou os seus herdeiros restituem todos os bens dotaes, ou o seu valor, salvo o que se perder por accidente, que não lhes seja imputavel. A perda dos bens que constituiam o dote, sem culpa do marido, é um dos modos de extinguir o dote. Assim, o valor dos bens dotaes, que se consumiram com o uso a que eram destinados, não o restituem nem o marido nem os seus herdeiros, assim como não respondem por quaesquer deteriorações que os bens soffressem n'este uso.

A obrigação de restituir, bem como os effeitos juridicos d'essa obrigação, são iguaes tanto para os bens dotaes, como para os bens proprios ou communs da mulher, segundo é expresso no artigo 1156.º, e se acha repetido no artigo 1165.º

Á mulher ou seus herdeiros ha de ser restituido o dote ou o seu valor com *quaesquer outros bens* que directamente lhes pertencerem.

A data da entrega obrigatoria é que varia segundo a natureza dos bens, como se mostra dos artigos seguintes.

No inventario não póde recusar-se a entrega ou a separação do dote ou doação a pretexto de nullidade da escriptura, em que foi estipulado, emquanto essa escriptura não for julgada nulla, salvo se a nullidade for *ipso jure*, que possa ser apreciada sem mais indagações no processo summarissimo do inventario nos termos do artigo 2087.º

Art. 1158.º Se fizerem parte do dote bens immobiliarios, serão restituidos, logoque sejam pedidos; mas os bens mobiliarios, que fizerem parte do mesmo dote, só podem ser exigidos passado um anno depois da dissolução do matrimonio, ou depois de legalmente se effeituar a separação.

§ unico. D'esta moratoria ficam exceptuados os moveis conservados em poder do marido.

Art. 1159.º A mulher ou seus herdeiros podem, todavia, exigir os juros legaes das sommas demoradas na fórma sobredita.

Art. 1160.º Se o dote consistir em usufructo, censos, fóros ou quinhões, a restituição se fará com a entrega dos respectivos titulos, cessando de fruir ou receber as prestações.

§ unico. A esta especie de bens não é applicavel a moratoria concedida na ultima parte do artigo 1158.º

Art. 1161.º Se o dote consistir em dividas activas, responderá o marido pelas quantias recebidas, e pela importancia d'aquellas que se perderem, ou acharem prescriptas por sua culpa ou negligencia. Quanto ás demais, satisfará com restituir os titulos que tiver em seu poder.

Os bens immobiliarios que fazem parte do dote, bem como os mobiliarios que o marido tiver em seu poder, devem ser entregues á mulher ou aos seus herdeiros, immediatamente que sejam pedidos. O marido devia ter sempre em seu poder os bens immobiliarios, que não podia alienar, bem como os mobiliarios inalienaveis; e devia conservar os alienaveis que tivesse em seu poder ao tempo da morte da mulher que elle já não podia alienar depois da morte d'ella, e por isso não havia inconveniente em o obrigar a entregar immediatamente todos esses bens. No entretanto o codigo providenciou de outro modo,

Em sessão de 10 de novembro de 1864 propoz o sr. Simas a eliminação do § unico do artigo 1148.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1158.º do codigo, *por não ver a rasão da differença entre estes moveis e os outros*, isto é, entre os moveis comprehendidos no artigo, e os moveis comprehendidos no § unico.

O projecto primitivo obrigava a restituir, immediatamente que fossem pedidos, não só os bens immobiliarios dotaes, mas os mobiliarios inalienaveis, e apenas concedia a moratoria de um anno para a restituição dos mobiliarios dotaes alienaveis, que o marido não tivesse em seu poder, disposição mais rasoavel do que a do codigo, porque o marido tinha obrigação de conservar os mobiliarios dotaes inalienaveis, como os immobiliarios, não tendo por isso direito ao beneficio da moratoria de um anno, por ter faltado ao cumprimento de um dever estipulado na escriptura antenupcial, se porventura os alienou.

No entretanto a doutrina do projecto primitivo foi alterada n'esta parte logo nos trabalhos da primeira revisão.

Nas palavras «*bens mobiliarios*», empregadas no artigo 1158.º, comprehende-se o *numerario*, como se mostra da redacção do artigo (1204.º) correspondente do projecto primitivo, redacção conservada nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864.

Porém o numerario só conserva a qualidade de dotal, n'esta especie, se a separação teve logar dentro de tres mezes desde a celebração do matrimonio, ou desde que o dinheiro veiu a poder da dotada, porque posteriormente a essa epocha o dinheiro que não tiver sido convertido, nos termos do artigo 1140.º, entra na communhão.

Conseguintemente nos termos do codigo para a restituição dos valores em dinheiro, ou do producto de moveis, por cujo valor o marido é responsavel, dá-lhe o codigo um anno, a fim de elle ter o tempo sufficiente para liquidar e levantar os capitaes, que se presume que estariam collocados productivamente para sustentar os encargos do matrimonio. Mas o marido ou seus herdeiros hão de pagar em compensação os juros d'estas sommas á mulher ou a seus herdeiros, a quem pertencem não só os bens, mas os rendimentos desde a dissolução do matrimonio, ou desde a separação, e que são compensados com os juros legaes d'essas sommas.

O anno para a entrega dos bens mobiliarios dotaes, que o marido não conserva em seu poder, deve contar-se, não desde a dissolução do matrimonio, ou do decretamento da separação, mas desde que em inventario legal foram devidamente liquidados e descriminados, como é de rasão, e se infere da decisão do supremo tribunal de justiça que citámos adiante em a nota ao artigo 1162.º Só desde esta epocha é que se conta a mora.

Dos bens, que consistem em usufructo, censos, fóros e quinhões, faz-se a entrega com os respectivos titulos, sem que o marido responda por depreciação que não lhe seja imputavel, devendo todavia pagar os que se perderam ou foram prescriptos por culpa sua. D'estes, como bens immobiliarios, deve fazer-se a restituição immediatamente por meio da tradição symbolica, entregando-se os respectivos titulos.

No projecto primitivo, em vez das palavras «*fóros ou quinhões*» que se lêem no artigo 1160.º, vinham as palavras «*fóros ou rendas*», redacção ainda conservada nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864. Consta porém da acta da sessão da commissão revisora de 10 de novembro de 1864, que *por proposta do sr. José Julio foi resolvido, em harmonia com o que se encontra em outros logares do codigo, que em logar de «fóros ou rendas» se diga «fóros, rendas ou pensões»*.

Todavia, como se mostra da redacção do artigo, aquella resolução não foi consignada em preceito legal; e realmente os censos, fóros e quinhões abrangem todas as especies de bens immobiliarios.

Quanto ás dividas activas, não recebidas, tambem o marido satisfaz a restituição com a entrega dos titulos. O codigo, que responsabilisa o marido pelos bens dotaes, salvo se se perderam *por accidente que lhe não seja imputavel*, artigo 1137.º, usa de outra linguagem com relação aos bens que consistem em dividas activas, porque n'este caso o responsabilisa por todos os que se perderam ou prescreveram *por sua culpa ou negligencia*. Porém esta variedade de linguagem não importa diversidade de pensamento.

Art. 1162.º Os fructos pendentes, e os rendimentos de quaesquer bens dotaes, serão partilhados entre o marido e a mulher ou seus herdeiros, em proporção do tempo que tiver durado o matrimonio no ultimo anno.

O artigo estabelece a regra a seguir na partilha dos fructos pendentes e dos rendimentos dos bens dotaes, quando pela dissolução do matrimonio, ou pela interrupção da sociedade conjugal houver de restituir-se o dote á mulher ou a seus herdeiros. A regra estabelecida pelo codigo é que os fructos pendentes e os rendimentos serão partilhados em proporção do tempo que tiver durado o matrimonio no ultimo anno.

A rasão do disposto no artigo é que o dote é destinado a sustentar os encargos do matrimonio. O marido faz seus os fructos para obviar ás despezas do casamento, e por isso justo é que fique com a parte dos fructos correspondente ao tempo que supportou os respectivos encargos. O anno conta-se desde o dia correspondente ao do matrimonio, como se declara em todos os codigos, e ainda no moderno codigo italiano, artigo 1416.º, e como se declarava no projecto primitivo e nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864, declaração que ella eliminou a final, talvez por a julgar desnecessaria.

Supponhamos, por exemplo, que se celebrou um casamento no 1.º de novembro de 1860, e que se dissolveu no 1.º de fevereiro de 1864, tendo assim durado tres mezes no ultimo anno; então o marido ou seus herdeiros terão direito á quarta parte dos fructos e dos rendimentos, porque a quarta parte do anno se passou durante o matrimonio, e as outras tres quartas partes pertencerão á mulher ou a seus herdeiros.

A legislação franceza, artigo 1570.º do codigo civil francez, regula de differente modo a restituição do dote, segundo ella tem logar por morte do marido, ou por morte da mulher.

Para o regimen da communhão não estabelece o codigo regras quanto á divisão dos fructos e dos rendimentos entre os conjuges ou seus representantes, poisque apenas o artigo 1123.º manda dividir os bens da communhão com perfeita igualdade. Porém n'este caso dispensaveis eram as regras, vistoque na communhão tudo é partido por igual. Fructos, ou bens, tudo entra na massa commum.

Por direito francez os fructos naturaes pertencem á communhão ou aos herdeiros, segundo ella acabou antes ou depois d'elles estarem recolhidos, porque a communhão era usufructuaria.

Todavia no regimen da communhão pelo nosso direito, vista a disposição do citado artigo 1123.º, ha de repartir-se tudo, bens e fructos pendentes, ou não pendentes, com absoluta igualdade.

Se os fructos se vencem, não annualmente, mas n'um periodo mais largo, applica-se por analogia a esse periodo o que se dispõe com relação ao vencimento annual. Assim, consistindo os fructos em córtes de madeira, que costumem fazer-se de cinco em cinco annos, se o matrimonio durou, por exemplo, quatro annos, pertencem ao marido quatro quintos do valor do córte, ainda que alguns escriptores entendem que n'este caso não ha que repartir, visto ser zero o rendimento no ultimo anno conjugal.

No nosso direito porém não póde admittir-se similhante opinião. As expressões «*fructos pendentes*» na sua generalidade abrangem todos os fructos não recebidos, qualquer que seja o tempo de demora para serem colhidos; e demais, não dar ao a marido parte n'esses fructos correspondente ao tempo do matrimonio, seria fraudar o principio de que os rendimentos do dote são destinados a satisfazer aos encargos do matrimonio.

Por outro lado, ainda que pelo facto de serem umas vezes temporãs, e outras vezes serodias as colheitas, se passe o anno conjugal sem se ter effectuado uma colheita, ha de se ter em conta o tempo da duração do matrimonio para se repartir a colheita futura.

Por exemplo, celebrou-se o casamento em 16 de setembro de 1870, tendo-se feito a colheita do vinho em 15 do mesmo mez, e dissolveu-se o casamento em 20 de setembro do anno de 1871, fazendo-se a colheita do vinho n'esse anno no 1.º de outubro. Qual é a porção de fructos que n'este caso deve pertencer ao marido?

Da colheita de 1870 nada elle póde receber, porque estava vencida e percebida antes do casamento, e por isso ha de receber da de 1871 a porção correspondente ao tempo que durou o matrimonio com respeito á essa colheita. Sempre que os annos das colheitas não coincidirem com o anno conjugal ha de fazer-se a partilha dos fructos pendentes em proporção da duração do ultimo anno do matrimonio dentro do anno da colheita.

Esta é a doutrina que nos parece mais legal.

Não póde a mulher, pelo simples facto de se decretar a separação, pedir em requerimento avulso a entrega dos fructos pendentes e rendimentos de quaesquer bens dotaes separadamente do inventario a que a lei manda proceder, artigo 1211.º, porque os fructos e rendimentos hão de ser liquidados e descriminados no inventario, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 26 de agosto de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 190, do mesmo anno.

Em vez das palavras «*de quaesquer bens dotaes*», empregadas no artigo, dizia-se no projecto primitivo «*dos immoveis ou moveis dotaes*», redacção conservada nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864. Porém a nova redacção não alterou o pensamento.

O codigo, afastando-se da legislação romana, que só admittia dotes nos bens do fundo italico, e da legislação franceza, que ainda a segura, applica o preceito da partilha dos fructos pendentes e dos rendimentos dos bens dotaes, tanto aos bens mobiliarios como aos immobiliarios, vistoque uns e outros podem ser objecto de dote, artigo 1136.º, e porque uns e outros são rendosos.

O codigo, nas expressões «*fructos pendentes*», comprehende de certo só os fructos naturaes, e não os civis, que se comprehendem na palavra rendimentos; e parece que o marido, com relação aos fructos pendentes, e com respeito aos rendimentos ou percepiendos ou recebidos, gosa dos mesmos direitos que o usufructuario quanto aos fructos civis, isto é, com relação á todos os rendimentos, percebidos ou pendentes, vence dia por dia.

Com relação porém aos fructos pendentes são muito diversos os direitos do marido e os do usufructuario. O usufructuario faz seus todos os fructos naturaes ou industriaes pendentes ao tempo do começo do usufructo, assim como passam integralmente ao proprietario iguaes fructos pendentes ao tempo do acabamento do usufructo, nos termos do artigo 2202.º

Por esta fórma o usufructuario, cujo usufructo começou em 1 de julho e acabou em 31 de dezembro, faz seus todos os fructos pendentes em 1 de julho, e todos os rendimentos colhidos até 31 de dezembro. Pelo contrario, o marido que casou em 1 de julho, e cujo matrimonio foi dissolvido em 31 de dezembro, dos fructos e rendimentos dos bens dotaes faz seus *ametade* d'elles apenas.

Art. 1163.º O marido, ou seus herdeiros, têem direito de serem pagos, pela mulher ou por seus herdeiros, das bemfeitorias necessarias e uteis, mas só na importancia do valor acrescido ao tempo da restituição. As bemfeitorias voluptuarias só podem ser levantadas pelo marido ou pelos seus herdeiros, nos termos do artigo 500.º

Art. 1164.º As despezas, e os encargos ordinarios dos bens dotaes, reputam-se compensados com o rendimento dos mesmos bens.

(Vid. nota ao artigo 498.º)

Art. 1165.º As regras, ácerca da restituição dos bens dotaes, são applicaveis á restituição dos proprios da mulher.

(Vid. nota ao artigo 1157.º)

SUB-SECÇÃO V

DAS DOAÇÕES ENTRE ESPOSADOS

Art. 1166.º É licito aos esposados estipular, no seu contrato ante-nupcial, a favor de um d'elles ou de ambos, as doações ou deixas que bem lhes parecer, salvas as seguintes restricções.

(Vid. nota ao artigo 1096.º)

Art. 1167.º Se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e algum d'estes for vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dita doação ou deixa exceder a importancia da terça dos bens, que então possuir.

(Vid. artigos 1774.º, 1784.º, 1786.º e 1787.º) As doações entre conjuges podem ser consideradas debaixo de dois pontos de vista, ou feitas entre esposados antes do casamento e para o casamento, ou feitas na constancia do matrimonio; e, segundo estas differentes circumstancias, assim estão sujeitas a regras diversas. Estão igualmente sujeitas a regras especiaes as doações feitas por terceiros aos esposados para o fim do casamento, mas não as feitas posteriormente ao casamento.

As doações de que se trata n'esta sub-secção e nas duas secções seguintes, distinguem-se do dote em que os bens de que ellas se compõem não gosam da inalienabilidade; nem para regular a responsabilidade d'estes bens pelas dividas do casal se applicam os principios que regulam o regimen dotal, mas sim as disposições relativas ás doações, artigo 1174.º: salvo n'um e n'outro caso se foram estipuladas com o caracter dotal.

Parecem-se apenas com os dotes, em que, como estes, artigo 1136.º, podem comprehender bens futuros, vista a generalidade do artigo 1166.º, o preceito do artigo 1170.º, e a disposição do artigo 1171.º, que auctorisa a doação da totalidade da herança, a qual comprehende bens futuros, no que vae de accordo o artigo 1175.º

A nossa antiga legislação tambem já auctorisava os esposos a fazerem entre si no pacto antenupcial doações simples ou reciprocas para a vida ou para a morte, ordenação, livro IV, titulo XLVI, *pr.* Portanto já tinhamos no direito velho doações entre esposados, simples, ou propriamente taes, e reciprocas, tanto entre vivos, como por morte, as quaes especies ambas o codigo tambem admitte no artigo 1166.º, dizendo «*a favor de um d'elles ou de ambos*», «*doações ou deixas*».

Ninguem que tenha herdeiros legitimarios póde dispor *inter vivos* ou *mortis causa* dos seus bens em prejuizo da legitima d'elles, artigos 1492.º e 1774.º A quota disponivel do testador, no caso de ter herdeiros legitimarios, é a terça, artigos 1784.º e 1786.º, salvo se estes herdeiros forem ascendentes, que não sejam pae ou mãe, porque então a quota disponivel é ametade, artigo 1787.º

Se porventura a doação ou a disposição de ultima vontade exceder aquella quota disponivel, podem os herdeiros legitimarios requerer a sua reducção, artigo 1789.º

A leitura isolada porém do artigo 1167.º leva á conclusão de que nos contratos antenupciaes, ou os ascendentes dos esposados sejam pae ou mãe, ou estejam em grau mais remoto, só da terça podem dispor os esposados um a favor do outro, o que é contra a generalidade do disposto nos artigos 1784.º, 1786.º, 1787.º e 1789.º, e outros, que fixam em ametade da herança a legitima devida aos ascendentes que não são pae ou mãe.

Esta desharmonia entre o disposto no artigo 1167.º e os outros artigos acima citados não se encontrava no projecto primitivo do sr. Seabra, que no artigo 1213.º, correspondente a este, em logar da palavra «*ascendentes*» dizia «*pae ou mãe*», redacção conservada ainda nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864, e apenas alterada no projecto de 1865, nos trabalhos propriamente de redacção.

No entretanto não é de presumir que o legislador, que aliás favoreceu extraordinariamente as doações e deixas para casamento, como se mostra dos artigos 1167.º a 1183.º, e de muitos outros artigos do codigo, quizesse restringir o principio geral de ser ametade a quota disponivel no caso de os herdeiros legitimarios serem ascendentes, que não fossem pae ou mãe, exactamente nas doações entre os proprios esposados, que são muito mais favorecidas do que as doações a terceiros. Provavelmente esta redacção foi filha de descuido da commissão revisora, porque das respectivas actas consta que em sessão de 1 de fevereiro de 1862 foi approvado o referido artigo 1213.º, correspondente ao artigo 1167.º do codigo, reservando-se para outra occasião a hypothese do marido ou mulher ter pae ou mãe vivo ao tempo da dissolução do matrimonio. E na nota ao artigo 1185.º da edição de

1863 declara-se que a commissão revisora nunca mais tornou a tratar d'este assumpto. Mas consta da acta da sessão da commissão revisora de 20 de fevereiro de 1865, que o artigo 1157.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1167.º do codigo, e que conservava a redacção do projecto primitivo, fôra approvado; e não se allude a modificação alguma.

Portanto a commissão revisora de certo se esqueceu na redacção do artigo 1167.º não só da resolução tomada n'aquella sessão, mas do disposto no artigo 1787.º, que não se refere unicamente ás disposições testamentarias, mas que é igualmente applicavel ás doações *inter vivos*, porque, sem se lhe attribuir visivel absurdo, não póde suppor-se que ella estabelecesse uma excepção odiosa para o caso, que tinha mais a peito favorecer.

Não póde pois attribuir-se senão a descuido aquella redacção, e deve entender-se que se não forem pae ou mãe os ascendentes que existirem ao tempo do casamento e da dissolução do matrimonio, póde a doação abranger até ametade dos bens da herança do doador.

Deve porém notar-se que a reducção das doações entre esposados só póde ser requerida pelos herdeiros legitimarios que reunam as duas condições cumulativamente de existirem ao tempo do casamento, e de serem ainda vivos ao tempo da dissolução.

Se os descendentes successiveis sobrevierem ao doador depois do casamento, não podem reclamar contra a doação. Por isso os filhos illegitimos, que forem perfilhados posteriormente á doação não podem reclamar contra a inofficiosidade d'estas doações. É mais um favor ás doações entre esposados, favor garantido igualmente pela lei, ou ellas sejam entre vivos, ou por morte.

A terça calcula-se com relação *ao tempo* da dissolução do matrimonio, como dispõe o artigo 1167.º, e se acha expressamente preceituado no artigo 1790.º

As palavras «que *então* possuir» referem-se ao tempo da dissolução e não ao tempo da celebração do casamento.

Art. 1168.º As doações ou deixas, estipuladas no contrato ante-nupcial, ficarão sem effeito, não se verificando o matrimonio ou sendo annullado, salvo o que fica disposto no artigo 1091.º

(Vid. nota ao artigo 1091.º)

Art. 1169.º As doações ante-nupciaes não podem ser annulladas:

1.º Por falta de acceitação expressa;

2.º Por superveniencia de filhos;

3.º Por causa de ingratidão.

(Vid. artigos 1482.º, 1483.º e 1489.º) Este artigo menciona os favores e privilegios que são concedidos ás doações entre esposados, e de que aliás não gosam as doações feitas para outro fim que não seja o casamento.

1.º, etc. (Vid. artigos 1176.º, 1456.º, 1465.º, 1466.º, 1478.º e 2032.º) Pelo nosso direito anterior, ordenação, livro IV, titulo LXIII, *pr.*, achava-se estabelecido que para a validade da doação, pura e simplesmente feita, sem condição, ou causa, passada, presente ou futura, não era indispensavel a acceitação do doado, bastando a acceitação do tabellião em nome dos ausentes a quem a doação podesse tocar, e tanto que em todos os intrumentos publicos de doação lavrados por tabellião, se escrevam escriptas as palavras tabelliães, de que acceitam em nome dos presentes e dos ausentes, e de todas as pessoas a quem tocar possa.

A ordenação no logar citado diz assim: «As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente, ou futura, tanto que são feitas por consentimento de que as fazem, e acceitação d'aquelles, a que são feitas, ou do tabellião, ou pessoa, que por direito em seu nome póde acceitar, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas».

O codigo porém estabeleceu o principio geral, de que as doações entre vivos só são irrevogaveis depois de acceites expressamente, artigo 1456.º, devendo a acceitação constar do proprio documento, ou do contexto d'elle, se tiver logar no proprio acto, ou por averbamento, se tiver logar depois, artigo 1466.º

A simples intervenção do doado na escriptura de doação, que de per si importa a acceitação tacita, não é sufficiente para authenticar a acceitação da doação. É preciso que do instrumento da transmissão conste, que elle declarou positiva e expressamente, que acceitava a doação. A presença do doado, acompanhada do silencio, e da sua assignatura, não prova acceitação para os effeitos legaes.

A acceitação, quando for feita em acto separado, ha de ser averbada no proprio documento da doação, até para esta poder ser registada, se comprehende bens immobiliarios, porque antes d'esse averbamento póde o doador continuar a onerar os seus bens, e até aliena-los, como se não estivessem doados.

A acceitação pois é absolutamente necessaria á existencia da doação, e só desde esse momento ella produz effeitos juridicos, porque o contrato não se forma senão quando se reune o consentimento das duas partes. Toda a acceitação depois da morte do doador seria nulla, porque o concurso das vontades já não poderia ter logar artigo 1461.º Demais os bens que se achavam na successão passaram logo, no instante mesmo da morte do doador, aos seus herdeiros, os quaes não podiam ser despojados d'elles pela acceitação tardia dos donatarios.

Caduca tambem a doação, ainda que o donatario a não tenha acceitado por falta de conhecimento d'ella. Nem a ignorancia do facto releva o donatario da perda da doação se a não acceitou antes da morte do doador.

Goyena, no commentario ao artigo 947.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso n'esta materia, sustenta que o donatario, mesmo em vida do doador, a não póde acceitar, se este perdeu o uso da rasão, ou se tornou incapaz de doar antes da acceitação. Não subscrevemos porém a esta doutrina, não só porque é contraria á disposição do artigo 1465.º do nosso codigo, mas porque a vontade do doador estava já devidamente manifestada, restando apenas a acceitação do donatario, que não era essencial fazer-se no mesmo acto, artigo 1466.º, comtantoque fosse feita em vida do doador, citado artigo 1465.º

Se o donatario morrer sem ter acceitado a doação caduca esta, ou passa aos seus herdeiros o direito de a acceitar? O direito de acceitar ou repudiar a herança, se o herdeiro fallece sem a ter repudiada ou acceitado, passa aos herdeiros, como é expresso no artigo 2032. do codigo, mas é pela rasão de que o herdeiro recebeu o direito logo á morte do auctor da herança, independentemente de praticar qualquer acto. Na doação porém o donatario que não chegou a acceitar não pôde transferir aos seus herdeiros um direito que não chegou a adquirir por falta de acceitação.

Esta é que é a verdadeira rasão por que, fallecendo o donatario sem ter acceitado a doação, não póde já transferir o direito de acceitação aos seus herdeiros, e não a que dá Goyena, o qual, sustentando tambem a doutrina de que a doação já não póde ser acceite pelos herdeiros do donatario, tendo este fallecido sem a acceitar, dá como rasão o ter sido feita a doação só por considerações pessoaes ao donatario, rasão que não colhe nas doações feitas sem a clausula de reversão.

A este principio geral da necessidade de acceitação expressa das doações ha apenas duas excepções:

1.ª As doações entre esposados. Estas subsistem independentemente de acceitação, artigo 1169.º n.º 1.º, pelo favor concedido ao matrimonio.

O codigo emprega em o n.º 1.º do artigo as palavras «acceitação *expressa*», porque acceitação tacita das doações entre esposados não póde deixar de a haver nos contratos antenupciaes, vistoque intervêem nas escripturas doador e donatario.

Por esta mesma rasão as doações feitas por terceiro aos esposados no contrato antenupcial não carecem de acceitação expressa, artigo 1176.º As doações entre conjuges na constancia do matrimonio, essas, aindaque tenham sido expressamente acceites, podem a todo o tempo ser revogadas, artigo 1181.º

2.ª As doações simples e puras, isto é, não ligadas a condição, nem oneradas com encargos, feitas a favor de pessoas incapazes de contratar. Essas subsistem independentemente de acceitação, em tudo o que for util aos donatarios, artigo 1478.º, pelo favor concedido a estas pessoas, inhibidas de se regerem e de administrarem os seus bens, que não deviam ficar privadas do beneficio da doação pelo desleixo dos seus administradores.

A mulher casada, se o marido lhe negar auctorisação para acceitar doações condicionaes ou onerosas, artigo 1478.º, ainda póde recorrer ao poder judicial para supprir a falta da auctorisação marital, artigo 1193.º Porém os outros incapazes, como menores e dementes, se os paes, ou os respectivos tutores, com a jurisdicção orphanologica, artigos 224.º n.º 17.º e 282.º, forem negligentes em acceitar a doação, e ella caducar por isso, não têem outro recurso senão a acção de perdas e damnos contra quem por dolo ou culpa lhes deixou perder os bens doados.

E as acções de perdas e damnos, fundadas no dolo ou na culpa do demandado, alem de complicadas e dispendiosas, são quasi sempre de resultado muito duvidoso.

Se o doado, capaz ao tempo da doação, se tornou incapaz antes da acceitação em vida do doador, é-lhe applicavel pela sua generalidade o artigo 1478.º do codigo, gosando assim da doação, independentemente de acceitação.

2.º, etc. (Vid. artigos 1182.º, 1760.º, 1814.º e 1815.º) Já pelo nosso direito anterior se admittia a revogação da doação pela superveniencia dos filhos. A regra geral para a revogação das doações pela superveniencia de filhos, estabelecida no codigo, depende das seguintes condições cumulativamente: 1.ª, que os filhos supervenientes sejam legitimos; 2.ª, que o doador seja casado ao tempo da doação; 3.ª, que o doador não tenha descendente legitimo, vivo ao tempo da mesma doação.

Em sessão de 14 de novembro de 1864 propoz o sr. Marreca a suppressão de todos os numeros do artigo 1486.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1482.º do codigo, declarando que o artigo devia redigir-se de modo que só se revogasse a doação como outro qualquer contrato; e o sr. José Julio propoz a suppressão do n.º 1.º

Pelo contrario o sr. Mártens Ferrão propunha que se eliminassem as palavras «*sendo o doador casado*»; e fossem substituidas pelas seguintes «*ou legitimados por subsequente matrimonio*». Porém não só foram conservadas, mas ainda se acrescentaram n'aquella mesma sessão, sob proposta do sr. Ferreira Lima, as outras «*ao tempo da doação*».

Nós somos pela doutrina consignada na proposta do sr. Marreca. O legislador, assim como deve garantir ao proprietario a maxima liberdade para dispor de seus bens entre vivos, assim deve manter escrupulosamente as resoluções da vontade, uma vez manifestada. A revogação das doações por superveniencia de filhos, sobretudo, é insustentavel. O nascimento de um filho vem assim destruir esperanças que a doação creára; e para favorecer filhos supervenientes ao acto da doação, ás vezes contra toda a espectativa, vão ser despojados os filhos nascidos de um casamento, determinado talvez pela doação.

Desde que se faculta ao proprietario o fazer doações revogaveis e irrevogaveis; quando elle fizer uma doação irrevogavel, é preciso tirar-lhe os meios de perturbar e transtornar expectativas fundadas na liberalidade por elle feita.

O codigo porém seguiu outro systema, que era já o do nosso direito velho.

Dizem alguns, fundados na ordenação, livro IV, titulo LXV, *pr.*, que por direito anterior só eram revogaveis por superveniencia de filhos as doações feitas por um ao outro conjuge, e sendo o filho nascido d'entre ambos; e parece tel-o declarado assim a relação do Porto em accordão de 4 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de Jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 185.

Se o doador for solteiro ao tempo da doação, ou mesmo se for casado, mas tiver descendente legitimo na occasião de doar, não se annulla a doação, pelas causas especificadas no artigo 1482.º do codigo. A superveniencia de filhos annulla a doação pela presumpção de que o doador não teria doado se os affectos paternos o prendessem já na epocha da doação. Porém, se elle tinha já algum descendente ao tempo da doação, e apesar d'isso doou, cessa a presumpção, pela certeza de que o amor paternal o não demoveu de praticar aquelle acto de beneficencia a favor de parente ou de estranho.

O legislador decreta a revogação do testamento pela superveniencia de filhos legitimos, partindo da presumpção de que o pae a ninguem póde ter mais amor do que ao proprio filho, e de que o pae, se já tivesse o filho legitimo quando fez o testamento, não tiraria a este para dar a outrem.

Por isso a velha ordenação, interpretando este principio em todo o seu rigor, decidia pela caducidade total do testamento.

A mesma presumpção vigora com relação aos legitimados. A legitimação faz presumir esse amor, e não póde perder-se de vista o facto de que muitas vezes é o desejo de legitimar os filhos que obriga os paes a celebrarem o casamento, sujeitando-se para isso a todas as difficuldades e sacrificios que possa trazer comsigo o matrimonio.

A legitimação superveniente de um filho nascido ou por nascer ao tempo da doação annulla igualmente a doação, assim como a existencia do legitimado ou do seu descendente ao tempo da doação obsta a que ella seja annullada pela superveniencia de filhos legitimos. É expresso o codigo, artigo 121.º, em que os filhos legitimados são em tudo equiparados aos legitimos. Para o effeito de romper a instituição de herdeiro são os legitimados completamente equiparados aos legitimos no artigo 1814.º; e não poderia dizer-se com verdade que os legiti-

mados eram perfeitamente equiparados aos legitimos, quando o facto da legitimação não podesse revogar a doação, como a revoga o nascimento de filhos legitimos.

Mesmo por direito anterior, em que não era expressa disposição igual á que hoje se encontra no artigo 1814.º do codigo, os legitimados eram perfeitamente equiparados aos legitimos para o effeito de romperem as disposições testamentarias, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 2 de julho de 1872, publicado no *Diario de Lisboa* n.º 167, de 29 do mesmo mez e anno.

Diz o accordão: «Considerando porém que a ordenação, livro IV, titulo LXXXII, § 5.º, determina expressamente que se o pae ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legitimo, e depois lhe sobreveiu, ou o tinha e não era d'isso sabedor, e é vivo ao tempo da morte do pae ou mãe, assim o testamento como os legados n'elle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor;

«Considerando que o filho recorrente foi legitimado por subsequente matrimonio depois de feito o testamento;

«Considerando que o filho assim legitimado é em tudo perfeitamente legitimo, como declara a ordenação, livro II, titulo XXXV, § 12.º, sem mesmo fazer excepção relativamente á successão de bens da corôa;

«Considerando que, comquanto o filho legitimado já existisse ao tempo do testamento, pois n'elle foi reconhecido, não tinha comtudo a qualidade de legitimo, em que unicamente se funda o beneficio concedido pela lei;

«Considerando que, tendo a lei sómente em vista a existencia ou não existencia de filho legitimo, não é licito distinguir o que a lei não distingue;

«Considerando que segundo a opinião dos interpretes do direito, tanto patrio como romano, de que a nossa ordenação é derivada, o legitimado faz-se por virtude da lei no momento que se celebra o subsequente matrimonio, da mesma fórma que o legitimo nasce naturalmente, sendo absurdo, inepto e sem fundamento legal a retroacção de legitimidade imaginada por alguns, como judiciosamente observa o nosso douto mestre Paschoal José de Mello;

«Considerando que, esta mesma doutrina se acha consignada no codigo civil, artigo 1814.º»; etc.

Da regra geral da annullação das doações pela superveniencia de filhos são só exceptuadas as doações para casamento feitas entre os esposados no contrato antenupcial, artigo 1169.º n.º 2.º, e ainda as doações feitas por terceiros aos esposados, vista a generalidade da disposição do n.º 2.º do artigo 1483.º, e as feitas entre conjuges depois do casamento, artigo 1182.º

As doações entre casados não se annullam por superveniencia de filhos, como aliás se annullam as doações feitas a terceiro, porque com a doação entre casados não soffrem os filhos, que são herdeiros igualmente do conjuge doador e do conjuge donatario.

Reduzem-se porém por inofficiosidade, vistoque é muito facil a lesão dos filhos, no caso de o conjuge sobrevivo passar a segundas nupcias. Por exemplo, A, casado com B, de quem tem o filho C, faz valiosa doação a B. Morre A, e B passa a segundas nupcias, e tem filhos. Se não se reduzisse por inofficiosidade a doação viriam os irmãos unilateraes de C a ter parte n'uma successão, que só a elle devia pertencer.

Supponhamos que o filho morre antes de proposta em juizo a acção para revogar a doação pela sua superveniencia, perderá o doador o direito de rescindir a doação por aquelle motivo? Inclinâmo-nos á affirmativa, vistoque elle ainda não tinha tornado *effectivo* em juizo o seu direito quando falleceu o filho. Se porém a acção se achava já installada, quando o filho falleceu, póde o doador continual-a.

A superveniencia de filhos, quando annulla as doações, annulla-as totalmente, não as deixando subsistir nem emquanto á terça do doador, ao contrario do que succede nas disposições testamentarias, artigo 1760.º

A superveniencia dos filhos legitimos não rompe em caso algum a disposição testamentaria na sua totalidade; fica sempre salva a terça, mas a terça a titulo de legado, citados artigos 1760.º e 1814.º § 2.º A terça a titulo de herança não se defere n'este caso; a instituição de herdeiro fica completamente inutilisada pela superveniencia de filhos legitimos, e o instituido fica apenas com a terça, mas não com a terça a titulo de herdeiro, e sim com a terça a titulo de legado. A perfilhação, essa, não annulla a instituição de herdeiro, apenas a limita á terça.

Portanto o herdeiro instituido fica sempre com a terça, ainda que sobrevenham filhos legitimos, ou se legitimem ou se perfilhem os illegitimos, com a unica differença de que, sobrevindo os legitimos, ou legitimando-se os illegitimos, fica com a terça a titulo de legatario, e perfilhando-se os illegitimos fica com a terça a titulo de herdeiro.

E não é indifferente o receber a terça á titulo de herdeiro, ou a titulo de legatario. O herdeiro recebe uma quota da herança, não só da existente, mas de qualquer direito que mais tarde appareça, e o legatario fica reduzido ao valor certo que lhe foi legado; o herdeiro gosa do direito de acrescer, o legatario não, etc.

Apesar de ser esta a interpretação natural e unica do disposto nos artigos 1760.º e 1814.º do codigo, têem-se levantado grandes duvidas sobre o modo de os conciliar, chegando alguns a declara-los antinomicos, e a sustentar que por força do disposto no artigo 1814.º a superveniencia dos filhos annulla totalmente a disposição testamentaria sem salvar sequer a terça, se não tinha sido deixada a titulo de legado.

A historia porém da discussão e approvação dos respectivos artigos, tal qual se acha exposta nas actas das sessões da commissão revisora, esclarecerá completamente o assumpto, e não deixará duvida alguma sobre a verdade da nossa interpretação.

O artigo 1760.º não vinha no projecto primitivo do sr. Seabra. Por occasião da discussão do artigo 1891.º d'aquelle projecto, correspondente ao artigo 1759.º do codigo, propoz o sr. Seabra, diz a acta da sessão da 28 de maio de 1862, e lê-se em a nota ao artigo 1798.º da edição de 1863, — que se resolvesse até que ponto devia considerar-se nullo o testamento, se totalmente revogado, se emquanto aos dois terços sómente, nos casos: 1.º, de existirem unos ou outros descendentes do testador, que elle julgasse mortos ou não conhecesse; 2.º, de que lhe sobreviessem filhos em sua vida ou posthumos: e a commissão decidiu que em todos estes casos subsista a disposição testamentaria até á terça, e que n'este sentido se redijam os artigos necessarios, declarando os srs. Simas e Martens Ferrão, que votavam contra, excepto no caso de superveniencia de filhos em vida do testador.

D'aqui resulta: 1.º, que o artigo 1760.º foi introduzido exactamente para revogar o preceito da ordenação, livro IV, titulo LXXXII, § 5.º, em virtude do qual a superveniencia de filhos annullava totalmente o testamento, sem salvar sequer a terça; 2.º, que os proprios vogaes, srs. Simas e Martens Ferrão, que votaram contra o preceito geral do artigo 1760.º, o acceitavam no caso de superveniencia de filhos em vida do testador.

A minoria da commissão partiu de certo do principio de que o testador, a quem sobrevinham filhos em sua vida, e que sem embargo d'isso não revogava o testamento, queria de certo priva-los da terça. Mas a maioria foi mais longe, e determinou que, mesmo sendo posthumos os filhos supervenientes, ou existindo descendentes que o testador julgasse mortos, ou não conhecesse, ficasse salva a favor do instituido a quota disponivel do testador.

Aqui está pois enunciado com a maxima clareza o pensamento fundamental da commissão revisora; e por este artigo é que hão de interpretar-se quaesquer outros relativos ao ponto questionado.

Alem do disposto no artigo 1760.º, e da provisão do § 2.º do artigo 1814.º, mostra-se ainda que este artigo revoga pela superveniencia de filhos, não a disposição da terça do testador em geral, mas a disposição da terça a titulo de herança, comparando-o com o artigo 1948.º do projecto primitivo, e avaliando a força das alterações feitas no mesmo projecto.

O artigo 1948.º tinl. · exactamente a mesma redacção que o artigo 1814.º, com a unica :ıf·rença de que começava pelas palavras «*A disposição por titulo universal*», que foram substituidas pelas que hoje se lêem no artigo 1814.º «*A instituição de herdeiro*».

Portanto o pensamento do artigo não foi validar ou annullar a disposição quanto á *terça*, ponto este que já estava tratado no artigo 1760.º, mas validar ou annullar a disposição quanto á *instituição de herdeiro*, isto é, quanto á disposição a titulo universal.

Se ainda restasse alguma duvida a este respeito bastava examinar as alterações feitas no § unico do artigo 1948.º, que correspondia ao § 1.º do artigo 1814.º; poisque o § 2.º foi introduzido de novo pela commissão revisora.

Dizia o § unico do artigo 1948.º: «A superveniencia de outros quaesquer filhos, ou a sua perfilhação, não importará a *annullação do testamento*, salvos os direitos que a lei concede aos filhos naturaes.

E sobre a votação d'este § lê-se nas actas da sessão da commissão revisora de 9 de junho de 1862 o seguinte: «Foi approvado, dizendo-se «*de filhos illegitimos*» em logar «*de outros quaesquer filhos*» e «*annullação da instituição de herdeiro*» em logar de «*annullação do testamento*».

Ve-se pois que no artigo 1814.º não se tratou da annullação das disposições testamentarias, o que ficára já prevenido no artigo 1760.º, mas da annullação da «*instituição de herdeiro*».

Logoque se considere que não é uma e a mesma cousa o receber a terça a titulo de *legado*, ou a titulo de *herança*, poisque n'um caso não ha direito de acrescer, e no outro sim, está descoberto o meio de conciliar os dois artigos.

Nem era de presumir que a commissão, logo doze dias depois, isto é, em 9 de junho, viesse alterar o resolvido em 28 de maio, e sem reclamação do sr. Seabra, que tambem n'aquella sessão estava presente.

No entretanto, contra a opinião que deixâmos consignada, julgou a relação de Lisboa, em accordão de 4 de outubro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 4, 4.º anno, onde se lê a seguinte tenção, que fez vencimento no accordão:

«E passando ao objecto principal da appellação, entendo que entre os artigos 1760.º e 1814.º do codigo civil não existe antinomia, antes as suas disposições facilmente se conciliam.

«No artigo 1760.º estabeleceu-se uma disposição geral, cuja applicação, nas differentes hypotheses previstas no artigo 1814.º e seus paragraphos, se determina especialmente n'este mesmo artigo e paragraphos, os quaes vem a ser como complemento d'aquelle outro artigo. Não podem portanto considerar-se subordinadas ao artigo 1760.º as disposições do artigo 1814.º e paragraphos, para que possam restringir-se ou ampliar-se pelas d'aquelle; ao contrario, deve em qualquer das hypotheses previstas no dito artigo 1814.º e paragraphos, applicar-se necessariamente a correspondente litteral ılı·[ı»]sição ahi expressa, sem que ao julgador seja permittido fazer ·ll·lincção, excepção, restricção ou ampliação que não se contenha na letra do mesmo artigo, o qual, e seus respectivos paragraphos, nada têem de ambiguo, obscuro ou duvidoso.

«Duas são as hypotheses ahi previstas: primeira a de superveniencia de filhos, ou outros descendentes legitimos, aindaque posthumos, ou de legitimação dos illegitimos, em virtude de subsequente matrimonio; segunda, a contida no § 1.º, de perfilhação posterior ao testamento de filhos illegitimos, havidos antes ou depois d'elle.

«No primeiro caso a instituição de herdeiro caduca de direito, no segundo caso a instituição de herdeiro não fica nulla, mas sómente limitada á terça do testador; e em ambos os casos subsiste o legado dentro das forças da dita terça, podendo ser reduzido por inofficioso.

«A expressão «*caduca*», empregada na primeira hypothese com referencia á instituição de herdeiro, significa a annullação total da mesma instit·ı··, sem excepção ou reserva de parte alguma da herança, e isto ainda se manifesta da differente disposição do §.º 1.º, respectiva á prevista segunda hypothese, em que se manda subsistir a instituição de herdeiro, limitada á terça do testador; porquanto, se o legislador quizesse que isto se verificasse tambem na primeira hypothese do artigo, usaria, quanto a ella, das mesmas expressões empregadas no § 1.º, e não das outras «*caduca de direito*».

«Não ha pois necessidade de recorrer á rasão da lei e mente do legislador para interpretar o citado artigo 1814.º e respectivos paragraphos.

«A questão suscitada n'este processo pela inventariante, pretendendo que, em rasão de ter sido instituida herdeira do inventariado seu marido, fallecido em 3 de junho de 1868, no testamento, constante da certidão a fl., tem direito á terça do testador, apesar da superveniencia de filhos legitimos, deve ser decidida conforme a disposição do codigo civil, e n'isto estão de accordo as partes litigantes.

«A hypothese occorrente é a primeira prevista no já citado artigo 1814.º do dito codigo, e nos termos da expressa disposição d'esse artigo, segundo o que fica ponderado, caducou, pela superveniencia de filhos legitimos, a instituição de herdeira feita em favor da inventariante pelo dito seu marido, n'aquelle testamento com que falleceu.

«Por isso indevida e illegalmente no despacho de fl. foi mandada separar para a mesma inventariante a terça da meação do inventariado, como effectivamente separada foi na partilha homologada pela sentença appellada de fl., a qual portanto deve ser revogada, e bem assim o referido despacho na parte em que, concedendo á inventariante direito á sobredita terça, mandou adjudicar-lh'a na partilha; e devem acrescer os bens de que se compõe a dita terça ás legitimas dos filhos e herdeiros universaes do inventariado».

Esta tenção conciliava facilmente os dois artigos, porque poz inteiramente de parte o artigo 1760.º, julgando-o não escripto, ou supponho que elle encerrava uma these meramente theorica, e tratou de combinar o artigo 1814.º, não com o artigo 1760.º, mas comsigo mesmo, e com os seus respectivos §§. Eliminando um dos dois artigos, a combinação effectivamente é facilima.

Outros seguem differente caminho para conciliar as disposições dos artigos 1760.º e 1814.º, harmonisando-os com o fundamento, de que cada um respeita a hypotheses inteiramente differentes.

Dizem que o artigo 1814.º comprehende duas hypotheses: 1.ª, disposição testamentaria com instituição de herdeiro em todos os bens do testador; 2.ª, a mesma disposição, mas com legados: abrangendo assim o citado artigo 1814.º a disposição de herdeiro com legados ou sem elles; e que o artigo 1760.º regula a disposição testamentaria sem instituição de herdeiro, ou com instituição de herdeiro acompanhada da disposição especial da terça para outrem.

D'estes principios deduzem as seguintes conclusões:

1.ª Quando o testador dispozer de todos os seus bens, instituindo herdeiro ou herdeiros, sem deixar a terça nem legados, sobrevindo filhos legitimos ou legitimados, será nulla a instituição e conseguintemente o testamento, vistoque nada mais contêem do que esta instituição de herdeiro, artigo 1814.º;

2.ª Quando o testador instituir herdeiro de todos os seus bens com sujeição a legados, e sobrevierem filhos legitimos ou se legitimarem illegitimos, caduca a instituição de herdeiro, e valerão os legados dentro das forças da terça, artigo 1814.º § 2.º;

3.ª Quando o testador instituir herdeiro de todos os seus bens sem dispor da terça, nem deixar legados, e se perfilharem filhos illegitimos posteriormente ao testamento, caduca a instituição quando aos dois terços, pertencendo a terça ao herdeiro instituido, artigo 1814.º § 1.º;

4.ª Quando o testador instituir herdeiro de todos os seus bens, deixando legados, e se perfilharem filhos, a instituição fica igualmente reduzida á terça e os legados prevalecem dentro das forças d'esta, artigo 1814.º § 2.º;

5.ª Quando o testador, sem instituir alguem por herdeiro, dividir toda a sua herança em legados, o testamento será nullo mesmo emquanto á terça, artigo 1760.º;

6.ª Quando o testador instituir alguem por herdeiro, deixando a terça a outro, o testamento vigorará quanto á terça, artigo 1760.º

Dizem que applicada á mesma especie o artigo 1760.º, que manda prevalecer a terça, e o artigo 1814.º, que annulla completamente a instituição, a contradicção entre os dois artigos é evidente e não póde salvar-se.

Acrescentam que, dispondo o § 1.º do artigo 1814.º que sobrevindo filhos perfilhados a instituição de herdeiro fica limitada á terça, no caso de o testador instituir um herdeiro e deixar a terça a outro, fica a terça segundo o artigo 1760.º para a pessoa a quem foi deixada, annullando-se quanto ao resto o testamento, e que, segundo o § 1.º do artigo 1814.º, como se annulla a instituição do herdeiro até á terça, fica esta pertencendo ao herdeiro instituido, e não áquelle a quem fôra deixada pelo testador.

É porém insustentavel similhante opinião em face do artigo 1760.º e da historia da sua creação. O artigo 1760.º refere-se exactamente á mesma hypothese, que o artigo 1814.º Determina que o testamento só valerá quanto á terça, ou, como diz a acta da sessão da commissão revisora de 28 de maio de 1862, fica revogado quanto aos dois terços; e isto tem logar, ou se fizesse ou não no testamento menção da terça ou de legados.

N'este caso fica o herdeiro instituido com a terça, não por nomeação *especial* do testador, mas em virtude *da lei*. A confusão dos que combatem a nossa opinião resulta de entenderem que a terça não

póde ser attribuida a ninguem sem nomeação *especial*, quando na especie sujeita a instituição de herdeiro universal feita pelo testador transformou-se em instituição de tercenario por disposição da lei.

Acrescentam que, adoptada a nossa opinião, ficariam em face da lei, completamente equiparados os filhos perfilhados aos legitimos e legitimados, vistoque em ambos os casos viriam a receber duas terças da herança. Porém a verdade é que o pensamento do legislador foi garantir a inviolabilidade das legitimas, e que a porção legitimaria, qualquer que seja a qualidade dos descendentes successiveis, é nem mais nem menos do que dois terços. Alem d'isso mesmo para este caso ha differença entre os filhos perfilhados e os legitimos e legitimados; porque a perfilhação posterior ao testamento deixa ainda *herdeiro da terça* o herdeiro instituido, quando a superveniencia de filhos legitimos e a legitimação dos illegitimos o deixa apenas *legatario* da *terça*, artigo 1814.º e § 1.º

Allegam contra a nossa opinião outra rasão que é contra producente, partindo de quem sustenta que n'estas questões devem ser de melhor condição os filhos legitimos e os legitimados, do que os filhos perfilhados; porque dizem que no caso de superveniencia de filhos legitimos e legitimados fica o instituido com a terça a titulo de legatario, e portanto sem o direito de acrescer, e no caso de perfilhação fica com a terça a titulo de herdeiro e portanto com aquelle direito.

Effectivamente o mais *commodo* para a conciliação dos dois artigos era referi-los a hypotheses differentes; se contra esta opinião não protestassem todos os elementos de interpretação. O artigo 1760.º estabelece um principio geral, que o artigo 1814.º desenvolve em differentes hypotheses, ainda com muita obscuridade e bastantes laivos de contradicção. Mas não regula o artigo 1814.º uma só hypothese, que não esteja comprehendida no preceito synthetico do artigo 1760.º

Não se referem os artigos em questão á perfilhação *anterior* ao testamento, porque do que se trata é de filhos *posteriores* ao testamento ou pelo nascimento, ou pela legitimação, ou pela perfilhação.

Seguem outros um alvitre um pouco differente para conciliarem os artigos 1760.º e 1814.º do codigo. Allegam que o artigo 1760.º, visto dizer *testamento*, e não *instituição* de *herdeiro*, como o artigo 1814.º, se refere ao caso em que houve *instituição* de herdeiro a favor de uma pessoa, e *disposição expressa* da terça a favor de outra, ordenando-se que o *testamento* não valha quanto á *instituição* de herdeiro, e só valha quanto á *disposição expressa* da terça, e que no caso de se entender que o artigo 1760.º abrange tambem o caso de haver só instituição geral de herdeiro, sem se haver disposto em especial da terça, deve julgar-se restricto o seu preceito á hypothese de sobrevirem filhos *perfilhados*, vindo assim a determinar o mesmo que o § 1.º do artigo 1814.º, porque quanto á superveniencia de filhos legitimos, e á legitimação dos illegitimos ha disposição expressa no artigo 1814.º, a qual deve prevalecer, porque é *expressa e especial* para a superveniencia d'estes filhos.

D'este principio derivam as seguintes conclusões:

1.ª Se o testador institue herdeiro, e não dispõe da terça, nem deixa legados, e lhe sobrevêem filhos ou descendentes *legitimos* ou *legitimados*, a instituição caduca inteiramente, e os filhos ou descendentes recebem toda a herança; mas se sobrevierem apenas filhos perfilhados, recebem estes duas terças partes da herança, e a outra terça parte fica pertencendo ao herdeiro instituido;

2.ª Se o testador instituir herdeiro, e ao mesmo tempo dispozer da terça a favor de outra pessoa, ou a distribuir em legados, a insti-

tuição annulla-se, e as duas terças partes pertencem aos filhos ou descendentes; mas a terça e os legados ficam subsistindo para o herdeiro da terça ou para os legatarios, quando os filhos ou descendentes, que sobrevierem, forem legitimos ou legitimados;

3.ª Se ao testador sobrevierem filhos perfilhados, e elle houver instituido herdeiro, e ao mesmo tempo houver disposto da terça a favor de outra pessoa, caduca a instituição de herdeiro, e as duas terças partes pertencem aos perfilhados; e a terça fica pertencendo, não ao instituido herdeiro, mas ao expressamente beneficiado com ella pelo testador, embora o § 1.º do artigo 1814.º pareça conserva-la no herdeiro, porque, havendo a disposição expressa d'ella a favor de outrem, e não havendo senão uma terça, prefere, quanto a esta, o expressamente beneficiado pelo testador ao contemplado pelo legislador no § 1.º do artigo 1814.º, como se deduz do § 2.º d'este artigo e do artigo 1796.º

Este systema parte tambem do falso principio de não se acceitar o artigo 1760.º, como elle é, e conforme o pensamento do legislador. O artigo estabelece um preceito *generico*. O artigo foi introduzido, segundo se mostra da acta da sessão da commissão revisora de 28 de maio de 1862, para salvar *em todos os casos* a terça, qualquer que fosse a qualidade dos filhos e descendentes, que sobreviessem. Não ha que fugir a estes principios. É mais *commodo*, para a conciliação dos dois artigos, ou restringir a disposição generica do artigo 1760.º, ou applica-la a hypotheses differentes das consignadas no artigo 1814.º, comprehendendo-as elle aliás todas. Mas a redacção e a historia do artigo protestam formalmente contra similhantes opiniões.

Do artigo 1492.º se deduz ainda argumento a favor da nossa opinião. Quando a instituição de herdeiro é a favor de um, e a terça legada ou deixada a outro, e a instituição caduca, a terça deve ser rateada entre todos os contemplados no testamento.

3.º, etc. A ingratidão do donatario auctorisa a revogação das doações, com a unica excepção de ter sido feita para casamento a doação, ou fosse feita no contrato antenupcial entre os esposados, á qual se refere o artigo 1169.º, ou fosse feita por terceiros aos esposados, nos termos do artigo 1175.º; porque o artigo 1489.º, referindo-se expressamente ao n.º 2.º do artigo 1483.º, abrange todas as doações para casamento.

Nas acções postas em juizo na vigencia do codigo, para revogar por ingratidão doações feitas antes da promulgação do codigo, devem allegar-se as circumstancias constitutivas de ingratidão, nos termos do codigo, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 24 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 60 do mesmo anno.

Diz o accordão:

«Attendendo a que, tendo sido apresentada em juizo a presente acção já depois de se achar publicado e em exercicio o codigo civil, e a que tendo-se allegado no libello, muito em harmonia com as suas disposições no artigo 1488.º n.º 3.º, que o réu tinha procedido com ingratidão para com a auctora, recusando-se a prestar-lhe alimentos e soccorros em suas doenças, sujeitando-a por estes meios a morrer de fome e miseria na idade de setenta e nove annos, estando elle de posse dos predios, e recebendo o rendimento d'elles sem repartir cousa alguma com ella, não foi este objecto considerado no accordão recorrido, aonde sómente se attendeu ás disposições da ordenação, livro IV, titulo LXIII, abandonando-se inteiramente as do codigo civil; e como por esta maneira se não attendeu e tomou em consideração, como

devia, todo o objecto controvertido, concedem por este motivo a revista», etc.

O codigo, declarando que as doações para casamento não podem ser revogadas por motivo de ingratidão, refere-se unicamente ás doações por sua natureza irrevogaveis, e não ás doações entre conjuges, que podem ser revogadas livremente, artigo 1181.º, sem necessidade de se invocar qualquer pretexto ou fundamento, e que não são verdadeiras doações para casamento.

As doações para casamento não se revogam por ingratidão, porque se reputam feitas não só no interesse dos paes, mas tambem no dos filhos, que não devem padecer por culpa dos auctores de seus dias.

Alguns codigos especificam os factos constitutivos de ingratidão, como o attentado praticado pelo donatario contra a vida do doador, o crime de sevicias, delictos e injurias graves, e a recusa de alimentos. O nosso codigo porém deixa á apreciação do juiz as circumstancias constitutivas da ingratidão.

Sendo pelo nosso direito anterior revogaveis por ingratidão as doações para casamento, que são irrevogaveis pelo codigo, poderá ainda hoje intentar-se a acção de revogação por ingratidão de doações para casamento, feitas anteriormente á promulgação do codigo civil?

Entendem alguns que estas doações são ainda revogaveis por facto do donatario, mesmo praticado depois da promulgação do codigo civil, porque o contrario seria alterar a natureza e os effeitos d'estes contratos, subtrahindo-os ao imperio da lei sob que foram feitos, violar as convenções das partes que contrataram, confiadas na lei vigente ao tempo dos seus pactos, e dar ao codigo civil effeito retroactivo sobre os contratos que estavam definitiva e irrevogavelmente consummadas antes da sua promulgação; que não se trata de uma fórma de processo, que possa ser mudada pela nova lei, mas de uma causa de revogação que faz parte da essencia do contrato; e que, se a doação é irrevogavel desde a sua origem por ingratidão, e em virtude da lei sob cujo imperio foi feita, deve conservar constantemente este caracter, porque o contrario seria transtornar o que as partes estipularam.

Sustentam outros que, se o facto da ingratidão do donatario existiu antes da execução do codigo, póde ainda hoje o doador invocar este fundamento para revogar a doação, porque o doador pelo facto da ingratidão do donatario adquiriu o direito de rescindir a doação, e a lei posterior não podia offender direitos adquiridos; mas que, se o facto da ingratidão do donatario teve logar depois da vigencia do codigo, não póde ser invocado como fundamento da revogação da mesma doação, porque a lei vigente não admitte tal fundamento, e não ha por isso offensa de direitos adquiridos.

Nós porém não adoptámos nem uma nem outra opinião, e seguimos a respeito da revogação por ingratidão das doações feitas para casamento a mesma jurisprudencia que estabelecemos em as notas aos artigos 8.º e 657.º com relação á rescisão por lesão dos contratos onerosos celebrados antes da promulgação do codigo.

A ingratidão do donatario não revoga a doação *ipso jure*, como bem se mostra do artigo 1485.º; depende da proposição de uma acção em juizo essa revogação. Ao doador é licito intentar esta acção, ou perdoar a ingratidão, e por isso, não sendo a acção intentada dentro do tempo em que a lei o permitte, julga-se extincta. A revogação pois n'este caso não é consequencia immediata, quer da doação, quer do facto da ingratidão, mas sim de uma sentença proferida sobre acção para esse fim intentada; e o direito relativo a qualquer acção é o que vigora ao tempo em que ella é instaurada em juizo.

Se pois a acção para revogar um contrato feito sob o imperio da lei velha, por fundamento, que a lei nova desconhece, não for proposta em juizo antes de estar em execução a lei posterior, não póde ser julgada procedente.

Podem porém ser revogadas, ou antes reduzidas por inofficiosidade, isto é, por excederem a quota disponivel do doador, as doações para casamento?

Antes de tudo é preciso não confundir a *inofficiosidade* com a *superveniencia de filhos*.

A *inofficiosidade* suppõe a existencia de herdeiros legitimarios ao tempo da doação, ou ao tempo da morte do doador: e a *superveniencia de filhos* suppõe que não havia descendentes legitimos ao tempo da doação, feita pelo doador casado, e que depois lhe sobrevieram. Se o doador não tem herdeiros legitimarios ao tempo da doação, esta não póde ser revogada por inofficiosa, mas sim pela superveniencia de filhos, se elle era casado quando a fez.

Se o doador tinha descendentes legitimos ao tempo da doação, a doação não póde ser revogada por supervenienceia de filhos, mas só por inofficiosidade, isto é, por offender as legitimas d'aquelles.

Importantes são pois as differenças entre a revogação por superveniencia de filhos e a revogação por inofficiosidade, e são as seguintes:

1.º A revogação por superveniencia de filhos annulla a doação na sua totalidade, mesmo quanto á quota disponivel do doador, e na revogação por inofficiosidade fica sempre salva para o donatario a quota disponivel do doador.

2.º A revogação por superveniencia de filhos nunca tem logar por causa de herdeiros legitimarios existentes ao tempo da doação, mas só por causa dos supervenientes, ao passo que a revogação ou reducção por inofficiosidade tem logar sempre que ha prejuizo das legitimas dos herdeiros legitimarios ou existentes ao tempo da doação, ou supervenientes.

3.º Para a revogação por superveniencia de filhos é essencial que o doador seja casado, e não tenha descendente legitimo ao tempo da doação, ao passo que a reducção por inofficiosidade não depende da circumstancia de ser casado o doador, e de ter ou não descendentes ao tempo da doação.

4.º Só a superveniencia de *filhos legitimos*, ou a *legitimação de illegitimos*, póde motivar a revogação por superveniencia, ao passo que todos os descendentes do doador, quer legitimos, quer illegitimos, mas com direito a legitima, podem reclamar por inofficiosidade.

5.º A revogação por superveniencia de filhos só tem logar por causa de descendentes do doador, ao passo que a reclamação por inofficiosidade póde ser feita, não só pelos descendentes, mas tambem pelos ascendentes do doador.

São pois inteiramente differentes as idéas significadas pela palavra «*inofficiosidade*» e pela phrase «*superveniencia de filhos*».

Em regra, quando as doações podem reduzir-se por inofficiosidade, não podem revogar-se pela superveniencia de filhos, e quando se revogam pela superveniencia de filhos não podem reduzir-se por inofficiosidade.

É principio geral que os herdeiros legitimarios do doador podem requerer a revogação ou a reducção das doações por inofficiosidade, ou o doador fosse solteiro ou casado, ou tivesse ou não herdeiros legitimarios ao tempo em que doou, conforme se deprehende dos artigos 1492.º e 1789.º

Esta regra porém soffre já uma excepção nas doações entre esposados, contra as quaes não podem reclamar por inofficiosidade os herdeiros legitimarios, se não existiam ao tempo da doação, e não viviam ainda ao tempo da dissolução do casamento, artigo 1167.º

Tambem a esta doutrina se oppõe o artigo 1501.º, que não permitte a revogação ou a reducção por inofficiosidade das doações feitas para casamento, parecendo assim destruir completamente o principio das legitimas. Tomada á letra a doutrina do artigo 1501.º, como a têem tomado alguns, o pae tem meio facil de desherdar os filhos, doando todos os seus bens em casamento a terceiro.

Com relação ás doações entre esposados não póde admittir-se, como já vimos, esta doutrina, porque no artigo 1167.º se acha expressamente estabelecido o principio da reducção por inofficiosidade, quando ao tempo da doação havia já herdeiros legitimarios, que ainda existissem ao tempo da dissolução do matrimonio.

Com relação ás doações feitas por terceiro aos esposados observa-se o mesmo principio da reducção por inofficiosidade, visto o final do artigo 1175.º «*salvo o que se acha ordenado ácerca das doações inofficiosas*». O artigo 1175.º pois salva evidentemente com relação ás doações feitas por terceiro aos esposados o principio da reducção por inofficiosidade, nas palavras «*salvo o disposto relativamente ás doações inofficiosas*», que são as provisões dos artigos 1492.º e 1789.º

Sem se alterar todo o systema do codigo sobre legitimas não é possivel admittir que a reducção por inofficiosidade não se applique ás doações feitas por terceiro aos esposados.

Repugnando aos nossos habitos e costumes, aos differentes artigos do codigo, como 1147.º, 1449.º § 4.º, 1167.º, 1175.º e 1492.º, e ao seu systema geral, o acceitar a doutrina do artigo 1501.º em toda a sua extensão, tem-se apresentado differentes alvitres para o conciliar com outros artigos, fixando-lhe uma interpretação rasoavel. Esses alvitres podem resumir-se nos seguintes:

1.º Que o artigo 1501.º se refere só ao artigo 1167.º

Um assignante da *Gazeta dos tribunaes* sustenta com muita proficiencia em os n.ºs 4230 e 4231, que a disposição do artigo 1501.º é applicavel só ás doações entre esposados, nos termos do artigo 1167.º, e sómente com relação aos descendentes, que o esposo doador venha a ter depois de feita a doação.

Porém esta opinião não resiste á mais leve impugnação. Se o legislador quizesse referir-se só ás doações entre esposados, e não ás doações para casamento em geral, a referencia do artigo 1501.º seria feita ao artigo 1167.º, e não ao artigo 1483.º n.º 2.º

2.º Que o artigo 1501.º se refere, não ao n.º 2.º isolado do artigo 1483.º, mas a este numero e ao n.º 1.º combinados com o pensamento geral do artigo, isto é, que a doação, para não ser revogavel e reductivel por inofficiosidade, é preciso que seja feita, não só para casamento, mas tambem que o motivo da inofficiosidade seja a superveniencia de filhos, porque se a inofficiosidade provier do ataque das legitimas de herdeiros já existentes ao tempo da doação, tem esta de revogar-se e de reduzir-se nos termos legaes.

Se o codigo porém queria referir-se no artigo 1501.º, não só ao n.º 2.º, mas ao n.º 1.º do artigo 1483.º, porque não havia de fazer referencia *expressa* ao n.º 1.º, como fez ao n.º 2.º?

Deve notar-se que a referencia do artigo 1501.º tem a mesma redacção que a referencia do artigo 1489.º; e ninguem quererá applicar a referencia d'este artigo ao n.º 1.º do artigo 1483.º

Demais aqui, como em todos os artigos, segue o codigo o methodo

de citar, não o artigo, mas o numero, quando só ao numero do artigo quer referir-se.

Acresce ainda que no projecto primitivo, artigos 1543.º e 1549.º, se estabelecia a doutrina do codigo em relação á superveniencia de filhos e á ingratidão, mas permittia-se a revogação das doações para casamento por inofficiosidade. A commissão revisora, estabelecendo a doutrina do artigo 1501.º, de certo quiz alterar n'esta parte o systema do projecto primitivo.

3.º Que o pensamento do artigo 1501.º era manter a inviolabilidade das doações para casamento, emquanto houvesse outras, comquanto mais antigas, para compor as porções dos herdeiros legitimarios, sendo assim o artigo 1501.º uma excepção dos artigos 1493.º e 1496.º, que mandam fazer a reducção pela mais moderna.

Porém esta opinião cerebrina é que não encontra o mais leve apoio nem pretexto de sustentação em face de nenhum artigo do codigo.

4.º Que o artigo 1501.º era unicamente applicavel á quota disponivel do doador; que as doações se revogam *inteiramente* pela superveniencia de filhos, salvo se o doador tinha já descendente legitimo ao tempo da doação; que esta excepção era já reconhecida no nosso antigo direito, e que o codigo, com a doutrina do n.º 2.º do artigo 1483.º e do artigo 1501.º, veiu crear outra excepção a favor das doações em casamento.

Porém assim como no primeiro caso a não revogação da doação por superveniencia de filhos não importava violação das legitimas, mas só a inviolabilidade da doação com relação á terça, igualmente as doações para casamento, haja ou não filhos ou outros herdeiros legitimarios ao tempo d'ella, se entendem sem prejuizo das legitimas.

O n.º 2.º do artigo 1483.º é effectivamente uma nova excepção acrescentada á do n.º 1.º, já reconhecida na nossa legislação anterior, mas subordinada ás mesmas regras e aos mesmos principios.

A doutrina contraria importaria a seguinte conclusão. Se o doador, tendo filhos, doou os seus bens, não póde, pela superveniencia de mais filhos, revogar a doação, n.º 1.º do artigo 1483.º, mas se o doador não tinha filhos ao tempo da doação, póde esta ser revogada pela superveniencia de filhos, n.º 1.º do artigo 1483.º

Contra esta interpretação porém tem-se objectado que então não era necessario o artigo 1501.º, e que demais seria n'este caso tão applicavel ao n.º 1.º do artigo 1483.º como ao n.º 2.º, e que elle só se refere ao 2.º, e que finalmente é tão differente a revogação por superveniencia de filhos da revogação por inofficiosidade, que no primeiro caso a doação é revogada no todo, e no segundo caso só na parte que offende as legitimas.

5.º Aproveitar no artigo 1501.º a disjunctiva «*ou*» que ali se encontra entre as palavras «*revogação* e *reducção*», e tomar para a primeira hypothese, isto é, para a *revogação*, o artigo 1483.º n.º 2.º, no que não ha contradicção, e deixar para a *reducção* o disposto no artigo 1484.º, no que tambem não havia contradicção, porque as differentes hypotheses previstas n'este artigo tinham logar tambem na reducção por inofficiosidade. Esta explicação porém está muito longe de ser satisfactoria, porque a conjunctiva «*e*» que se encontra no mesmo artigo 1501.º entre os n.ºs 1483.º n.º 3.º e 1484.º, torna applicaveis estas duas disposições a ambas as hypotheses «*revogação* ou *reducção*».

Demais, na especie da *revogação* é necessario applicar tambem o preceito do artigo 1484.º, e por isso não póde suppor-se que o artigo 1501.º quizesse applicar a disposição do artigo 1484.º unicamente á reducção por inofficiosidade.

Para melhor explicarmos tão grave difficuldade, faremos a historia da inserção do artigo 1501.º entre os preceitos legaes do codigo.

O artigo 1501.º não tem correspondente no projecto primitivo, comquanto no codigo se achem aproveitados com pequenas alterações os outros artigos da respectiva secção d'aquelle projecto.

Assim, aos artigos 1482.º e 1483.º do codigo correspondem os artigos 1542.º e 1543.º do projecto primitivo, com pequenas modificações.

Em seguida, até ao artigo 1500.º do codigo, a que corresponde o artigo 1562.º do projecto primitivo, encontram-se tambem as mesmas disposições, e aos artigos 1502.º e 1503.º do codigo correspondem os artigos 1564.º a 1568.º do projecto primitivo.

Mas não contém o projecto do sr. Seabra artigo algum com a doutrina que se lê no artigo 1501.º do codigo.

No projecto primitivo encontra-se, em vez do artigo 1501.º, o correspondente 1563.º, que dizia assim: «Operada a revogação, ou reducção, por inofficiosidade, ficará o immovel, de pleno direito, em todo ou em parte, exonerado dos encargos, ou hypothecas, com que o donatario o tenha gravado».

E a commissão revisora, em sessão de 25 de março de 1862, «resolveu que, em logar da doutrina do artigo, se estabelecesse outra igual á que se encontrava no artigo 1549.º com referencia ao artigo 1544.º»

Ora o artigo 1549.º do projecto correspondia ao artigo 1489.º do codigo, e o artigo 1544.º ao artigo 1484.º do codigo.

Mas o artigo 1549.º do projecto referia-se, como o artigo 1489.º do codigo, não só ao artigo 1544.º, correspondente ao artigo 1484.º do codigo, mas tambem ao artigo 1543.º, correspondente ao artigo 1483.º

A commissão revisora deliberou que o artigo 1549.º só fosse applicavel com referencia ao artigo 1544.º, e não com relação ao artigo 1543.º, e n'isto não havia inconveniente. Mas nas edições posteriores não se respeitou a deliberação da commissão revisora.

Logo no projecto de 1863, que devia exprimir fielmente a resolução tomada pela commissão revisora, no artigo 1531.º, correspondente ao artigo 1501.º do codigo, se faz referencia não só ao artigo 1544.º, correspondente ao artigo 1544.º do projecto primitivo, e ao artigo 1484.º do codigo, mas tambem ao artigo 1512.º n.º 2.º, correspondente ao artigo 1543.º n.º 2.º do projecto primitivo, e ao artigo 1483.º n.º 2.º do codigo.

Houve de certo grande descuido e esquecimento na redacção do artigo 1531.º do projecto de 1863, que não se emendou no artigo 1506.º da edição de 1864, nem nos artigos 1501.º do projecto de 1865, apresentado ás côrtes, e do codigo civil, que são os correspondentes.

Da acta da mesma sessão de 25 de março de 1862 consta que em seguida á deliberação de substituir a doutrina do artigo 1563.º pela do artigo 1549.º com referencia ao artigo 1544.º, e *em harmonia com esta votação* se resolveu que o artigo 1565.º fosse eliminado.

Ora este artigo, que se achava collocado entre os artigos correspondentes aos artigos 1502.º e 1503.º do codigo, dizia assim: «Mas se o donatario se achar insolvente, poderão os interessados reivindicar os bens doados, não querendo o terceiro possuidor pagar o seu valor ao tempo da acquisição».

Todas estas circumstancias pois revelam bem claramente que o pensamento da commissão revisora fôra applicar á revogação ou reducção por inofficiosidade unicamente o disposto no artigo 1484.º, e não o preceito do artigo 1483.º n.º 2.º

A referencia do artigo 1501.º parece respeitar unicamente ao n.º 2.º do artigo 1483.º, sem comprehender as primeiras palavras do artigo:

1.º, porque a redacção remissiva do artigo 1501.º é identica á do artigo 1489.º, que não póde abranger sem visivel absurdo as primeiras palavras do artigo 1483.º; 2.º, porque similhante interpretação importava a desigualdade de o doador poder privar das suas legitimas os herdeiros legitimarios, só porque não vieram á luz antes da doação feita a casados, ao passo que havia de respeitar as legitimas dos herdeiros legitimarios existentes ao tempo da doação, e não ha rasão alguma para esta differença.

Parece tambem que não é da essencia da inofficiosidade o haver ao tempo da doação herdeiros legitimarios, cujas legitimas sejam offendidas por ella, parecendo pelo contrario que os herdeiros legitimarios, procreados depois da doação têem, assim como os existentes ao tempo d'ella, igual direito a requerer a sua revogação ou reducção quando envolva prejuizo das suas legitimas, regra que se forma na indistincta generalidade dos artigos 1167.º, 1182.º, 1492.º, 1784.º e 1789.º

Nem no artigo 1784.º, onde se define a legitima, nem no artigo 1492.º, onde se trata da revogação ou reducção das doações em geral, nem no artigo 1789.º, em que se trata da revogação e reducção por inofficiosidade, tanto das doações *inter vivos*, como das testamentarias, e legados, se faz distincção alguma entre herdeiros legitimarios existentes ao tempo da doação e herdeiros legitimarios supervenientes ao dito tempo; bem, pelo contrario, a todos indistinctamente a lei confere a faculdade de requerer na abertura da herança a reducção por inofficiosidade.

O artigo 1501.º não póde referir-se ás doações entre esposados, nos termos do artigo 1167.º

A reducção por inofficiosidade das doações em geral, e das feitas por terceiro aos esposados, regula-se pelo artigo 1492.º, e o artigo 1167.º é especial para as doações entre esposados.

É tão especial o artigo 1167.º, que até exclue o direito de representação, conferindo o direito de reclamar por inofficiosidade contra taes doações só aos herdeiros legitimarios existentes na data d'ellas, e vivos ainda ao tempo da dissolução do matrimonio, ao passo que em todas as outras doações, de que trata o artigo 1492.º, regula a regra geral do artigo 1784.º, segundo a qual os descendentes do doador, que não existiam na epocha da doação, podem requerer a sua revogação, succedendo nos direitos d'aquelles que então existiam.

Por outro lado, ao passo que o calculo da terça, para conhecer se ha ou não inofficiosidade nas doações para casamento, se faz pelo modo estabelecido no artigo 1149.º § 4.º, o calculo da terça nas doações entre esposados faz-se pelo modo especial marcado no artigo 1167.º, referindo-se nas palavras finaes «*que então possuir*», não ao tempo do casamento, mas ao tempo da dissolução do matrimonio, não só porque estas palavras estão mais proximas, mas porque do contrario viria a lei a estabelecer uma nova especie de fideicommisso em favor dos herdeiros legitimarios presumptivos ao tempo do casamento, e contra a regra do computo das legitimas, que só se faz ao tempo da morte ou da successão.

Quaesquer que sejam porém as difficuldades de conciliação do preceituado no artigo 1501.º do codigo com o disposto nos artigos parallelos, a sua provisão ha de ser respeitada como lei.

O artigo 1501.º diz que a doação para casamento não se revoga ou reduz por inofficiosidade pelo motivo *da superveniencia dos filhos*. Restrinja-se pois a applicação do artigo á hypothese especial, que abrange, e a conciliação d'este com os outros artigos não offerece difficuldades insuperaveis.

É certo que nos termos do artigo 1492.º a doação, *seja quem for o donatario*, póde ser revogada ou reduzida por inofficiosa se envolver prejuizo na legitima dos herdeiros legitimarios do doador, ou estes herdeiros sejam descendentes ou ascendentes, ou existissem ou não ao tempo da doação.

Esta é a regra geral.

Vejamos agora as excepções:

1.º Nas doações entre esposados o respeito pela legitima dos herdeiros legitimarios só é obrigatorio existindo esses herdeiros ao tempo do casamento e da dissolução do matrimonio. Se sobrevierem depois do casamento, ou fallecerem antes da dissolução do matrimonio esses herdeiros legitimarios, taes doações não podem ser reduzidas com o fundamento da inviolabilidade das legitimas.

Se pois um dos esposados doar ao outro por contrato antenupcial todos os seus bens, e sobrevierem filhos, e o doador fallecer primeiro sem deixar bens adquiridos, os filhos nada herdam pela morte do pae predefunto, e unicamente pela morte do conjuge superstite.

N'este caso, mesmo que existam ascendentes que já existissem ao tempo do casamento, não póde ser reduzida a doação: não póde ser reduzida em beneficio d'estes, porque, comquanto existam, não *existem* como herdeiros, poisque os filhos lhes tomaram o logar, e não póde ser reduzida em beneficio dos filhos, porque não lhes aproveita o direito de terceiro, isto é, o direito dos ascendentes, que teriam direito á legitima, por existirem ao tempo da celebração e da dissolução do matrimonio, se não tivessem sobrevindo os filhos.

2.º Se as doações são para casamento a favor de algum descendente, revogam-se por inofficiosidade, se o descendente, donatario, não quizer repor o que exceder a sua legitima e a terça do doador, artigo 2099.º

Portanto o artigo 1501.º não póde referir-se senão á hypothese de o doador não ter herdeiros legitimarios ao tempo da doação para casamento, e de lhe sobrevirem depois. Se não tinha herdeiros legitimarios ao tempo da doação, e doou os seus bens para casamento, dando assim talvez logar, com a sua liberalidade, a constituir-se uma familia, seria injusto que, por lhe sobrevirem depois herdeiros legitimarios, lhe fosse licito reclamar bens e direitos, de que estava já privado ao tempo da superveniencia d'esses herdeiros.

Seria porventura justo, porque o doador depois da doação se resolveu a casar, ou sendo já então casado teve depois filhos, que em favor d'estes vá ser despojada do seu patrimonio aquella familia, reputando-se demais a causa do matrimonio sempre onerosa?

Que nas doações para casamento, ou sejam feitas pelos esposados, ou por terceiros, se ha de guardar a inviolabilidade das legitimas, dizem expressamente os artigos 1167.º e 1175.º; ao passo que o artigo 1501.º determina muito positivamente que as doações para casamento não se revogam nem reduzem por inofficiosidade.

Poderia dizer-se que deviam prevalecer sobre as disposições do artigo 1501.º as disposições dos artigos 1167.º e 1175.º, que são *especiaes* para as doações em casamento.

Mas especial para as doações em casamento é tambem o artigo 1501.º, porque, comquanto collocado no capitulo das doações em geral, refere-se unica e exclusivamente á *especie* da doação em casamento.

O artigo 1501.º pois refere-se ao artigo 1483.º e n.º 2.º, com exclusão do n.º 1.º, mas não póde abranger o n.º 2.º do artigo 1483.º, desligado do principal do artigo. Ora o objecto do artigo 1483.º é es-

pecificar os casos em que a doação não póde ser *revogada* por superveniencia dos filhos, e esses casos são dois: 1.º, quando o doador já tiver algum filho ou descendente legitimo, vivo ao tempo da doação; 2.º, sendo a doação feita para casamento.

Portanto o artigo refere-se unicamente aos dois casos em que por superveniencia de filhos não póde ser *revogada* a doação. Mas não será *réduzida* por superveniencia de filhos a doação nos mesmos casos em que não é revogada?! É a hypothese do artigo 1501.º Este artigo determina que a doação em casamento não só não póde ser revogada, mas nem *reduzida* pela superveniencia de filhos.

Porém do facto de não poder ser reduzida pela *superveniencia* de filhos a doação em casamento, não se segue que não possa ser reduzida pela *existencia previa* d'esses filhos, ou de outros quaesquer herdeiros legitimarios. Pelo contrario, da referencia do artigo 1501.º ao n.º 2.º do artigo 1483.º com exclusão do n.º 1.º, se mostra que as doações em casamento, que aliás não podem ser reduzidas pela superveniencia de filhos do doador, o podem ser se elle já tinha algum filho ou descendente legitimo, ou outro herdeiro legitimario, vivo ao tempo da doação. E esta interpretação vae ainda de harmonia com o principio que determinou o preceituado no artigo 1167.º

Conseguintemente, pelo facto de não ser revogada nem reduzida pela superveniencia de filhos a doação em casamento, *especie unica* do artigo 1501.º, não se segue que não seja reduzida pela existencia previa de herdeiros legitimarios, como dispõem os artigos 1167.º, 1175.º e outros, e como se infere da propria redacção do artigo 1501.º, referindo-se *expressamente* ao n.º 2.º do artigo 1483.º, com *exclusão*, de certo, calculada do n.º 1.º do mesmo artigo.

Assim as doações em casamento feitas ao tempo em que o doador não tinha herdeiros legitimarios não podem ser reduzidas por inofficiosidade. É a doutrina do artigo 1501.º, que approvâmos e achâmos rasoavel, salva a redacção, que devia ser mais clara.

Portanto os dois artigos 1483.º e 1501.º, combinados, significam que a doação, sobrevindo filhos ao doador, não póde ser revogada, mas sim reduzida, se o doador já tinha descendente legitimo ao tempo da doação, e que tendo sido feita em casamento, não póde ser revogada nem reduzida pela superveniencia de filhos.

A variedade de linguagem, empregada pelo codigo nos differentes artigos em que se trata da revogação das doações por superveniencia de filhos, requer ainda mais amplas explicações. Assim, no artigo 1482.º n.º 1.º refere-se unicamente aos *filhos legitimos*, excluindo qualquer outro descendente, legitimado ou perfilhado; no artigo 1483.º emprega a palavra «*filhos*» isolada, parecendo incluir n'esta generalidade os filhos legitimos, legitimados e perfilhados, mas sem referencia a quaesquer outros descendentes; no n.º 1.º do mesmo artigo 1483.º falla já de «*descendente legitimo*», excluindo portanto o legitimado e o perfilhado; e no artigo 1167.º, mencionando os «*descendentes com direito a legitima*», abrange tanto os legitimos, como os legitimados e os perfilhados.

Examinemos pois algumas hypotheses e difficuldades, que podem levantar-se sobre o assumpto.

Primeiramente a superveniencia de descendente legitimo, que não seja filho, mas neto, etc., revoga a doação, assim como a superveniencia do filho?

Para o effeito de obstar á revogação das doações pela superveniencia de filhos é equiparado ao filho qualquer descendente legitimo, artigo 1483.º n.º 1.º, mas para a revogação pela superveniencia de descendentes refere-se o artigo expressa e positivamente aos *filhos*, em cuja palavra não se comprehendem os outros descendentes em grau mais remoto.

N'esta materia de revogação de contratos não podem admittir-se outras causas alem das taxadas na lei, e, se o legislador quizesse e tivesse no pensamento determinar que a superveniencia de qualquer descendente, alem dos filhos, importaria a revogação da doação, teria feito menção especial dos descendentes, como fez no artigo 1483.º n.º 1.º, onde dispoz que a existencia de filho ou descendente legitimo, vivo ao tempo da doação, obstava á revogação das doações por superveniencia de filhos.

Se o doador era casado ao tempo da doação, e tinha filhos vivos ao tempo d'ella, mas ignorava a sua existencia, como por ter sido julgada a ausencia, etc., o apparecimento d'elles rompe a doação?

Romperia a instituição de herdeiro segundo o disposto no artigo 1814.º, mas não póde romper a doação, porque o codigo o não permitte expressamente.

Rogron, em a nota ao artigo 960.º do codigo civil francez, segue esta mesma opinião, com o fundamento de que se o doador tinha um filho *actualmente vivo*, cuja existencia se ignorava, não devia doar senão sob condição, e que as revogações são de direito stricto, não podendo ampliar-se alem dos casos expressamente previstos.

Supponhamos tambem que os filhos estavam já *concebidos*, mas ainda não nascidos ao tempo da doação. Revogar-se-ha a doação pela superveniencia do *nascimento* de um filho que já estava concebido?

A revogação das doações é determinada pela superveniencia de filhos, ainda que estivessem já concebidos ao tempo da doação, *a simili* do que dispõe o artigo 1814.º com relação á instituição de herdeiro. O doador póde effectivamente ter ignorado o facto da concepção, e nem as affeições e os deveres da paternidade se conhecem verdadeiramente senão na occasião do nascimento do filho, e sobretudo porque o filho concebido não se reputa nascido senão para o effeito dos seus interesses.

Se os filhos, cuja superveniencia determina a acção de revogação da doação, fallecerem antes de ter transitado em julgado a sentença revocatoria, mas depois da contestação da lide, transmittirão ao doador o direito de continuar a acção? Entendemos que sim.

Sem embargo do argumento em contrario que póde deduzir-se do disposto no artigo 1815.º, de ter sido introduzido o direito de revogar a doação no interesse do filho, e de ser um direito personalissimo, que não póde ser transmittido, vistas as disposições dos artigos 703.º e 2014.º, a installação da acção cria um direito, que faz parte, da successão, e com ella se transmitte.

Note-se porém que as doações não ficam revogadas pelo simples facto da superveniencia de filhos, ou por ingratidão, ou por inofficiosidade quanto ao excesso da quota disponivel. *Podem ser revogadas*, diz o artigo 1482.º, e *rescindidas*, como se exprime o artigo 1481.º Se os interessados na revogação não usarem do competente meio judicial para ella ser rescindida, subsistirá valida a doação.

Assim as doações *consummadas*, na phrase do artigo 1482.º, isto é, as perfeitas pela acceitação, nos termos do artigo 1456.º, não ficam revogadas *pelo simples facto* da superveniencia de filhos, sendo necessario propor uma acção em juizo para esse fim, artigo 1485.º, poisque a superveniencia de filhos nem sempre importa a revogação das doações, mas só nos termos e condições prescriptas nos artigos 1482.º n.º 1.º e 1483.º

O codigo mencionando no artigo 1482.º os casos de revogação das doações, não especifica a especie, prevista na ordenação, livro IV, titulo LXIII, § 5.º, do *donatario prometter ao doador, por lhe fazer a doação, dar-lhe ou cumprir-lhe alguma cousa, e o não fez, nem cumpriu como prometteu*, porque esta hypothese é commum a todos os contratos, e portanto applicavel á doação, nos termos dos principios geraes de direito.

O codigo no artigo 1482.º menciona apenas os casos particulares ás doações em que ellas podem ser revogadas, sujeitando-as em tudo o mais ás regras geraes, que determinam a revogabilidade dos contratos.

Se o donatario faltar ás condições impostas no contrato da doação, póde o doador usar do direito que lhe confere o artigo 676.º do codigo, que se refere tanto aos contratos gratuitos, como aos contratos onerosos, desfazendo pela sua parte a convenção.

Art. 1170.º Se a doação for de bens presentes e determinados, será irrevogavel, ainda que o donatario venha a fallecer primeiro que o doador, se outra cousa não for estipulada.

Art. 1171.º Se a doação for de parte, ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo por titulo gratuito dos bens doados.

Art. 1172.º O direito á doação, mencionada no artigo antecedente, seja ou não seja reciproca, não é transmissivel aos herdeiros do donatario, fallecendo este primeiro que o doador.

(Vid. artigos 1175.º, 1177.º, 1453.º, 1460.º, 1462.º e 1463.º) As doações matrimoniaes entre esposados podem constar, ou de bens presentes e determinados, ou de bens futuros e indeterminados; e quanto á sua revogação estão, segundo a natureza dos bens, sujeitas a regras differentes.

Se a doação é de bens presentes e determinados, fica desde logo irrevogavel, e os bens no dominio do donatario para si e seus herdeiros, ainda que o doador lhes sobreviva, se não se estipulou expressamente o contrario, artigo 1170.º Por direito antigo era objecto de duvida se as doações, ainda de bens presentes e determinados, feitas entre os esposados, caducavam ou não, morrendo o donatario antes do doador. O codigo porém resolveu claramente a questão no sentido que deixâmos indicado.

A propriedade nas doações de bens presentes e determinados, que os esposados se fazem no contrato antenupcial, transmitte-se desde logo ao donatario, e d'este aos seus herdeiros, quaesquer que elles sejam, ainda que o doador sobreviva ao donatario, e ainda que houvesse rasões para crer que o doador não teria tido a intenção de preferir a si os herdeiros do donatario. Esta doutrina só deixa de ter logar, se se estipulou claramente o direito de reversão.

Se o doador, tendo a faculdade de estipular a clausula da reversão, a não estipulou, presume-se que renunciou completamente aos bens doados.

Se porventura a doação foi de bens futuros e indeterminados, como se um esposado doou ao outro toda ou parte da sua herança, reputa-se que só á morte do doador é que se abrem os direitos do donatario, ficando os herdeiros d'este sem direito algum aos bens, não sobrevivendo elle ao doador ou a doação fosse simples, ou ainda mesmo reciproca, ficando n'este caso o doador sobrevivo, não só com os bens, que doára ao predefuncto, mas tambem com aquelles que este porventura lhe houvesse doado. É a expressa disposição do artigo 1172.º

Nem aos descendentes do donatario vão esses bens, como ainda succede nas doações feitas por terceiros aos esposados, artigo 1177.º Nas doações feitas por terceiros aos esposados, ou sejam de bens presentes ou de bens futuros, se o donatario falleceu antes do doador, mas com descendentes *d'aquelle* casamento, succedem estes, porque a lei suppõe que o doador doou aos esposos no interesse do matrimonio, de modo que os bens aproveitassem, tanto aos conjuges como aos filhos.

Até alguns dão o nome de «*onerosas*» a estas doações, por supporem que ellas tambem dão causa ao casamento.

Porém nas doações de bens futuros entre esposados a sobrevivencia do doador faz caducar a doação, sem que os bens possam passar aos herdeiros do donatario. A rasão é porque estas doações entre esposados tem o caracter de doações por morte; e voltando os bens ao poder do pae doador, os filhos os encontrarão na successão. Demais, evita-se que os filhos estejam, sem ser por contemplação directa do pae, gosando dos bens d'este em sua vida, o que diminue um pouco a auctoridade paternal.

Nas doações feitas por terceiros, ou de bens presentes ou de bens futuros, a propriedade nunca se transmitte tão irrevogavelmente, que não caduque a doação, se o doador sobrevive ao donatario e descendentes d'este; mas o doador não póde já dispor dos bens, nem a titulo gratuito, nem a titulo oneroso, artigo 1457.º

Nas doações entre esposados, se são de bens presentes, transmitte-se logo a propriedade irrevogalmente no donatario. Se são de bens futuros caduca a doação sobrevivendo o doador ao donatario, e apenas aquelle fica inhibido durante a vida d'este de dispor por titulo gratuito, dos bens, artigo 1171.º, que aliás póde alienar a titulo oneroso.

Nas doações entre esposados, não de bens presentes, mas de heranças, isto é, dos bens que o doador deixar por sua morte, o direito que tem o donatario de dispor a titulo oneroso, é consequencia da natureza da doação, poisque o doador não reservou só o simples usufructo, mas tambem a propriedade, e careceria de objecto a reserva, se não envolvesse a faculdade de alienar por titulo oneroso, acrescendo ainda que n'estas alienações a titulo oneroso se recebe sempre um equivalente, que redundará em beneficio do donatario.

Não póde porém o doador dispor dos seus bens por titulo gratuito nem ainda em testamento, porque isto equivaleria a poder revogar a doação, tornando-a illusoria, e burlando o donatario, que talvez na expectativa d'ella contrahiu as grandes obrigações matrimoniaes.

Nem pareça um desfavor ao matrimonio o não serem totalmente irrevogaveis as doações entre esposados, e as doações a estes feitas por terceiro, quando as doações ordinarias, que não são feitas para um fim tão favorecido, como é o matrimonio, sendo entre vivos, são irrevogaveis. A rasão é porque aquella possibilidade de revogação tornará mais faceis as doações matrimoniaes, sabendo os doadores que têem o direito de reversão, sobrevivendo ao donatario e seus descendentes, unicas pessoas por cujo respeito a lei favorece as doações em casamento.

Em regra as doações entre vivos não se revogam. Mas as doações entre esposados, se são de bens presentes são irrevogaveis tambem, e se são de bens futuros caducam sobrevivendo o doador ao donatario.

A doação em geral não póde comprehender bens *futuros*, isto é, bens que o doador tiver em certa epocha, ou que deixar por sua morte, ou bens sobre que elle não tem direito effectivo, nem acção pura ou condicional, para os haver, artigos 1454.º e 1478.º

Diversas rasões justificam este principio. Similhante doação é nulla, porque nas doações é preciso que o doador se despoje dos seus bens *actualmente*, o que é impossivel com relação aos bens futuros, e *irrevogavelmente*, condição que não poderia verificar-se com respeito a bens futuros, porque estaria nas mãos do doador aniquilar, ou pelo menos restringir a sua doação, dissipando a sua fortuna.

Transferindo a doação irrevogavelmente, logoque é acceite, o dominio dos bens doados para o donatario, é incompativel a doação dos bens futuros, com o caracter fundamental d'este contrato; em segundo logar o doador poderia tornar illusoria esta doação, dissipando esses bens; e finalmente similhante doação viria a ser uma especie de pacto successorio, aliás reprovado pelo artigo 2042.º e outros do codigo.

Diz Huc, nas suas annotações ao codigo civil italiano, que a doação de bens futuros é nulla, porque carece de objecto, poisque não póde existir obrigação valida, que não respeite a cousa certa, e que, comquanto as leis permittam que possam ser objecto de obrigação cousas *futuras*, se referem áquellas cousas que, não existindo ainda, podem comtudo ser desde já determinadas, e esperar-se a sua existencia, como a futura colheita de um campo, etc.; mas que doar o que actualmente se não tem, nem poderá vir a ter-se, é não doar nada, e que, alem d'isso, as doações de bens futuros poderiam originar grandes abusos, porque similhantes liberalidades, pouco penosas para os doadores, seriam muitas vezes um criminoso meio de influencia, e dariam sobretudo logar a que os doadores se servissem d'este meio para explorar os donatarios sob a esperança do beneficio, que haviam de receber.

Com relação porém ás doações para casamento ha excepção. As doações para este fim ou sejam feitas entre esposados, ou a estes por terceiros, e comprehendendo bens futuros, são validas, sem outra restricção, que o direito que fica pertencendo ao doador de dispor dos bens a titulo oneroso, e de os rehaver sobrevivendo ao donatario, se o doador é o consorte; ou de os rehaver sobrevivendo ao donatario e descendentes se o doador é um terceiro.

O sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, nas suas observações ao projecto de codigo, pretendia que mesmo as doações comprehendidas no artigo 1171.º do codigo não podessem ser prejudicadas com a alienação a titulo oneroso.

Dizia o sr. Paes: «Ao artigo 1217.º (1171.º do codigo), que diz, que as doações entre esposados não poderão ser revogadas ou prejudicadas por titulo gratuito; tenho a observar, que me parece deduzir-se que o podem ser por titulo oneroso; e entendo, que não póde ser, por isso que ha direitos adquiridos pela doação, e ha a causa do matrimonio, que é muito favoravel, e que já envolve em si titulo oneroso. Por isso é preciso que isto se declare; sem que baste a disposição do artigo 1148.º (1105.º do codigo) a respeito dos pactos antenupciaes, que são relativos aos bens na constancia do matrimonio, e não podem ser alterados depois d'elle, poisque os pactos de que se falla no artigo 1217.º (1171.º do codigo), ainda que sejam tambem antenupciaes, são relativos á successão para depois do matrimonio, Voet ás Pandectas, livro XXIII, n.º 59 e seguintes; e por isso é que, para evitar questões, se costuma isto acautelar nos pactos antenupciaes. Porém para o caso, que se não acautele, é preciso declarar, se poderão ser alterados por titulo oneroso, vistoque o artigo 1217.º (1171.º do codigo), só falla no gratuito. Agora tenho a advertir, que fallei em pactos successorios, não porque o projecto os admitta, mas sim pela relação que a doutrina tem com o artigo, que desejo esclarecido».

O sr. Seabra respondeu nos seguintes termos:

«Ao artigo 1217.º (1171.º do codigo) *deve declarar-se que a doação* causa mortis, *para casamento, não poderá ser revogada nem mesmo por transmissão a titulo oneroso.*

«Não podemos concordar n'esta parte com o nosso illustre revisor, ainda que tenha em seu favor graves auctoridades, como a de Voet, que é para nós de grande peso. Por muito favoravel que seja a causa do matrimonio, nunca este favor se deve levar tão longe, que se prejudiquem outros interesses não menos attendiveis. Se o esposo faz doação entre vivos, de bens presentes e determinados, artigo 1216.º (1170.º do codigo) é justo que a doação seja irrevogavel, porque ha transmissão immediata da propriedade. O caso é porém mui diverso na instituição contractual de parte ou da totalidade da herança. Dispondo de parte ou da totalidade da herança, é bem visto que o doador não confere direito nenhum certo sobre os bens que possue; o direito que confere é eventual, porque póde haver ou deixar de haver que herdar; de outra fórma a doação *causa mortis*, tomaria o caracter de doação entre vivos, o que é inadmissivel. O que doou *causa mortis*, declara não querer privar-se da livre disposição até ao momento da morte, e a parte interessada não póde queixar-se, ainda que nada lhe fique, porque não podia esperar, nem se lhe prometteu outra cousa. De resto, nada seria menos justificavel que esta espoliação prematura, porque mil urgentes precisões podem occorrer durante a vida, que assim ficarão sem satisfação. A lei pois fez tudo o que podia fazer, resalvando sómente, em consideração ao matrimonio, as disposições por titulo gratuito, porque nenhum favor deve prevalecer ao do matrimonio em tal caso, e n'isto mesmo ha excepção ao direito commum.

« Estes pactos successorios, ou instituições contractuaes, têem sido sempre admittidos geralmente, tanto pela jurisprudencia, como pelas differentes legislações, com a limitação do nosso artigo, e com a differença que a mesma prohibição de dispor gratuitamente, é ainda sujeita á excepção de valores modicos, codigo francez (artigo 1083.º), ou de doações remuneratorias ou de obras pias (veja-se Marcadé ao citado artigo; e Grenier, tomo II, pagina 15, e os mais auctores que elle cita). Eliminámos esta restricção para evitar as controversias, a que ella dava logar. A regra assim posta absolutamente obrigará os estipulantes a determinar com certeza as suas disposições».

Os terceiros, que fazem doações aos esposados, poderão tambem dispor a titulo oneroso dos seus bens, quando doam para depois da morte? O artigo 1171.º é applicavel unicamente ás doações entre esposados, e não ás doações feitas por terceiros, d'onde se infere, que o doador, n'esta especie de doações, salva convenção em contrario, ficava inhibido de alienar os seus bens por titulo oneroso, vista a disposição do artigo 1457.º

Verdade seja que o doador, nas doações por morte, doa os seus bens ao tempo da morte, parecendo por isso que doa só os que na occasião da abertura da herança fizerem parte do seu patrimonio, e não todos os que tinha ao tempo da doação, e os que posteriormente adquirisse; e portanto poderia dizer-se que elle póde fazer qualquer alienação a titulo oneroso, comquanto fique inhibido de alienar os seus bens a titulo gratuito.

No entretanto a relação do Porto julgou em accordão de 20 de julho de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 97, com relação a uma doação celebrada em 11 de dezembro de 1851, que as doações para casamento são sempre consideradas feitas por titulo oneroso, e por isso irrevogaveis, ainda que sejam *causa mortis*, e que a mesma jurisprudencia deve observar-se depois da promulgação do codigo, vista a disposição expressa do § unico do artigo 1457.º É tanto mais para notar a disposição d'este § unico, quanto que elle não vinha no artigo correspondente (1517.º) do projecto primitivo: foi introduzido pela commissão revisora.

A relação de Lisboa julgou, em accordão de 2 de dezembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 13, 4.º anno, que a disposição do artigo 1171.º do codigo declara irrevogaveis as doações antenupciaes entre os esposos; doutrina verdadeira com respeito á alienação por titulo gratuito, porque a titulo oneroso podem ser livremente annullados os bens doados, nos termos do mesmo artigo e do artigo 1172.º

A reversão d'aquelles bens, quando se verificar algum dos casos previstos no artigo 1177.º, não é applicavel o disposto no artigo 1484.º

Na reversão dos bens doados por terceiro aos esposados, em que ha a reversão legal a favor do doador, que sobrevive ao donatario e seus descendentes, revertem-lhe os bens que restarem no estado em que se acham, segundo dispõe o codigo civil francez.

Não passam nem aos filhos perfilhados do donatario, nem aos de outro matrimonio do mesmo donatario, não só porque a doação foi feita no interesse d'aquelle matrimonio, mas porque do contrario procuraria o donatario todos os meios de ter descendentes para privar o doador do beneficio da reversão legal.

As doações pois feitas por terceiro aos esposados, ou em vida, ou por morte, caducam sobrevivendo o doador ao donatario e seus descendentes d'aquelle casamento, e não de outro, porque o doador pelo facto de ter em vista beneficiar certo matrimonio e os descendentes d'elle, não póde presumir-se que quizesse levar o beneficio até abranger outro casamento ainda do mesmo esposado.

Será tambem nulla a doação de bens presentes pelo facto de abranger cumulativamente bens futuros, ou será nulla unicamente quanto a estes?

É só nulla quanto aos bens futuros, porque o codigo não fulmina a pena de nullidade á doação que, alem de bens presentes, comprehende bens futuros; dispõe apenas que na doação não podem entrar bens futuros, e o util não se vicia pelo inutil, sempre que d'este póde separar-se.

Legisla no mesmo sentido muito expressamente o codigo civil francez, artigo 943.º, e é a interpretação que dá Goyena ao artigo 953.º do projecto do codigo civil hespanhol, d'onde foi fielmente traduzido o artigo 1453.º do nosso codigo.

Já pelo nosso antigo direito, em que era indispensavel a insinuação para as doações em geral, que excedessem o valor de 360$000 réis sendo feitas por varão, e 180$000 réis sendo feitas por mulher, a falta d'esta formalidade as annullava apenas no excesso, ficando validas até áquella quantia.

Sendo assim nulla a doação na parte em que comprehende bens futuros, nulla é a pena imposta pelo doador a quem impugnar a doação n'essa parte; porque o contrario seria conceder ao doador a faculdade de prohibir que se cumprisse a lei, o que em relação aos testamentos é expressamente prohibido pelo artigo 1752.º, disposição que por analogia deve applicar-se ás doações.

Em geral só são validas as penas impostas nos actos juridicos contra os interessados que os impugnarem, quando a determinação e a impugnação é feita dentro dos limites legaes.

O doador, que estabeleceu a clausula da reversão dos bens doados para o caso de fallecer sem filhos o donatario, póde fazer testamento dispondo d'elles, sem que lhe obste a circumstancia de ser ainda vivo o donatario e de poder ter filhos, porque a disposição testamentaria é feita só para o caso de os não haver.

No artigo 1177.º o codigo, ao passo que na parte primeira determina que as doações feitas aos esposados, aproveitam *aos filhos* (parecendo assim excluir os outros descendentes), mas só aos filhos do *mesmo casamento*; na segunda parte muito claramente dispõe que a doação só caduca, sobrevivendo ao doador *filhos* e *descendentes* do donatario, e deixa logar á duvida se ella caduca, emquanto ha descendentes do donatario, ainda que não provenham do mesmo casamento.

São frequentes os exemplos de o codigo contrariar na segunda parte de um artigo o preceituado na primeira. É exemplo bem saliente d'este facto o artigo 1451.º, alem de muitos outros.

O pensamento porém do artigo 1177.º, devidamente reflectido em ambas as suas partes, é que a doação caduca sobrevivendo o doador ao donatario e aos filhos e descendentes d'este, provenientes do casamento, em favor do qual foi feita a doação. Em todo o caso o artigo 1177.º é a reproducção fiel do artigo 1223.º do projecto primitivo. Convem notar que as doações feitas por terceiro aos esposados, a que se referem os artigos comprehendidos na secção seguinte, são as doações feitas *antes* do casamento e para o casamento, como se mostra das palavras do artigo 1175.º, «em favor dos *futuros* esposos», e da epigraphe da respectiva secção, «doações feitas por terceiros *aos esposados*».

Portanto as doações feitas por terceiro aos *conjuges*, na constancia do matrimonio, não são regidas pelos artigos 1175.º a 1177.º, mas sim pelos artigos 1452.º e seguintes.

Tambem em favor do casamento se deu direito a estas doações aos que não eram ainda nascidos nem concebidos ao tempo da doação, contra a expressa disposição do artigo 1479.º, que declara validas as doações feitas aos *nascituros*, uma vez que estejam concebidos ao tempo da doação, e que nasçam com vida. Ora, nos termos do artigo 1177.º, aproveitam até aos que muitos annos depois foram concebidos, porque aproveitam aos netos, e a quaesquer descendentes do donatario, por mais remotos que sejam.

Outro favor concede a lei ás doações para casamento, artigo 1460.º Toda a doação que abrange a totalidade dos bens do doador sem reserva do usufructo, ou que por qualquer fórma deixa o doador sem meios de subsistencia, é nulla, artigo 1460.º, e nulla não só na parte que priva o doador dos meios de subsistencia, mas na sua totalidade.

Nos termos do artigo 1460.º é nulla a doação de todos os bens sem a reserva do usufructo, ou ficando o doador sem meios de existencia, sendo feita para outro fim que não seja o casamento, artigo 1460.º E o artigo 1460.º refere-se unicamente aos bens *presentes*, porque os *futuros* já ficam excluidos da doação pelo artigo 1453.º A lei suppoz que esta especie de suicidio material, que o doador se fazia, não podia explicar-se senão por uma seducção artificiosa, ou por um accesso passageiro de loucura; e por outro lado, como á sociedade não convem que o individuo passe de repente do estado de opulencia ou mesmo de abastança ao de pobreza, deve obstar a que um indivi-

duo se despoje de tudo o que é seu em favor de outrem. Por isso annulla a doação na sua totalidade.

Segundo julgou a relação do Porto em accordão de 27 de novembro de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 87, com fundamento na ordenação, livro IV, titulo LXX, § 3.º, que contém disposição igual á do artigo 1460.º do codigo, não basta para proceder a validade da doação de todos os bens, que o donatario na mesma escriptura de doação cedesse ao doador o usufructo dos bens doados; porque esta cedencia não importa *reserva* que o doador fizesse na escriptura de doação, a qual reserva se torna indispensavel para a validade da doação.

Dizia o referido accordão:

« ... Fizera doação universal aos réus, sem reservar cousa alguma para si, contra a expressa determinação da ordenação, livro IV, titulo LXX, § 3.º, preterindo assim os auctores, igualmente herdeiros legitimos da mesma doadora, doação que por tal motivo é nulla em toda a sua extensão, muito embora os doados cedessem á doadora, depois de feita a doação, o usufructo dos mesmos bens para a sua subsistencia. Por isso julgam... nulla a doação ...» etc.

Parece-nos no entretanto pouco rasoavel e de uma metaphysica subtil a jurisprudencia do accordão. Desde que a cedencia do donatario é feita no proprio acto e documento da doação, como parece ser a hypothese, sobre que recaiu o accordão, é indifferente que o doador doe com reserva de usufructo, ou que o donatario receba os bens doados em usufructo e propriedade, e ceda do usufructo.

Se porém estas doações são para casamento, ou sejam feitas entre esposados, ou a estes por terceiros, são validas, artigos 1170.º, 1171.º e 1175.º

No entretanto as disposições d'estes artigos carecem de ser combinadas com as de outros artigos do codigo attinentes ao mesmo assumpto, como são os artigos 1460.º a 1463.º

Se a doação é feita para casamento, e abrange bens presentes, é valida. Se a doação, ainda para casamento, não é dos bens presentes, mas dos bens por morte, e o doador não faz reserva, o legislador em respeito ao principio da liberdade de testar, reserva-lhe a terça, sendo a doação de toda a herança; ou a terça da terça sendo a doação da terça, artigos 1462.º e 1463.º

Se o doador dispozer em doação por morte para casamento de todos os seus bens, e não fizer reserva, ou não a designar, presume a lei que elle reserva a terça, artigo 1462.º Porém emquanto ás outras duas terças, fica valida a doação. Se tiver herdeiros legitimarios, de modo que só possa dispor da terça, entende-se que reserva a terça da terça, artigo 1463.º, mas emquanto ás outras duas terças da terça, fica valida a doação.

O artigo 1463.º refere-se tambem á doação por morte, não só pela sua collocação e redacção, mas ainda confrontando-se com o artigo correspondente, 1525.º do projecto primitivo, que em seguida á palavra «*legal*» empregava as seguintes «*na fórma sobredita*», que a commissão revisora eliminou, de certo por as julgar desnecessarias.

Portanto o preceito do artigo 1175.º, de que o doador póde dispor de *todos* os seus bens em vida ou por morte, em favor dos futuros esposos, deve julgar-se modificado nos termos dos artigos 1462.º e 1463.º, que em caso nenhum permittem que elle fique privado da terça ou da terça da terça nas doações por morte.

Em vida podem terceiros fazer doação de *todos* os seus bens em casamento, porque lh'o permitte o artigo 1175.º do codigo, sem embargo do disposto no artigo 1460.º, que se refere ás doações em geral, e não ás doações para casamento.

Os esposados tambem podem fazer-se doações de todos os seus bens, não só em vista do artigo 1166.º, que lhes permitte as doações ou deixas, que *bem lhes parecer*, mas porque seria absurdo que o terceiro podesse despojar-se em vida de todos os seus bens em favor dos esposados, e que estes, em relação um ao outro, não podessem gosar do mesmo direito.

Se porém a doação é por morte garante-se a reserva ao doador, ou este seja algum dos esposados, ou terceiro, porque os artigos 1462.º e 1463.º não fazem distincção nem limitação de especie alguma.

Deve notar-se que estas doações para casamento têem o caracter de *condicionaes*, isto é, de valerem só para o caso de o donatario *casar*.

Podem ser feitas tanto para casamento ***determinado***, como para casamento *indeterminado*; isto é, o doador tanto póde dar a F. para casar com G., como a F. para se casar.

Entendem alguns que estas doações aos esposados só têem logar, quando são destinadas para casamento com certa e determinada pessoa. A generalidade dos preceitos do codigo porém não se presta a similhantes restricções. O doador que não tem em vista senão um dos esposos, bem póde fazer-lhe a doação para elle se casar, sem ser determinada a pessoa, com quem ha de effectuar-se o casamento.

As consequencias das doações para casamento indeterminado ou determinado é que são differentes.

No primeiro caso só não vale a doação não casando o donatario, qualquer que seja a pessoa que elle escolha para seu consorte; no segundo caso só vale a doação, casando o donatario com a pessoa designada na mesma doação.

Deve igualmente notar-se que, se a doação feita por terceiro ao esposado depender de uma condição, que haja de ser preenchida pelo donatario, e este a não cumprir, caduca a liberalidade, não se transmittindo á descendencia o direito á doação.

Art. 1173.º Os menores podem fazer doações por contrato ante-nupcial, comtantoque intervenha auctorisação d'aquelles a quem, nos termos do artigo 1061.º e seus §§, compete auctorisar o casamento.

(Vid. nota ao artigo 1096.º)

Art. 1174.º São applicaveis ás doações entre esposados as regras geraes estabelecidas no capitulo das doações, em tudo o que não for contrario ao que fica disposto na presente secção.

(Vid. artigos 1179.º e 1457.º) As regras estabelecidas no capitulo das doações em geral são applicaveis não só á secção em que se trata das doações entre esposados, mas tambem ás doações feitas por terceiros aos esposados, e ás doações feitas entre os conjuges na constancia do matrimonio, de que se trata nas duas secções seguintes, em tudo o que não for contrario ao que se acha disposto n'essas secções, artigos 1174.º e 1179.º

A respeito das doações entre vivos feitas reciprocamente pelos conjuges na constancia do matrimonio, é expresso tambem o artigo 1179.º

em determinar que se regulam pelo disposto no titulo das doações em geral, em tudo o que não for contrario ao que se acha especialmente ordenado na secção respectiva.

O codigo não reconhece senão dois modos de dispor a titulo gratuito — doações entre vivos, ou testamentos. — Acabou com os codicillos, admittidos na ordenação do reino, e com as doações *mortis causa*, admittidas na pratica do fôro. As doações *mortis causa*, faziam-se em escriptura publica, eram acceites pelo donatario, se estava presente, formavam uma especie de contrato, mas podiam ser revogadas a todo o tempo pela simples vontade do doador, como os testamentos.

Alem d'isso eram fonte perenne de difficuldades e de processos para a apreciação dos seus verdadeiros caracteres. Frequentes questões se moviam para decidir se a doação era *inter vivos* ou *mortis causa*, em vista do seu conteúdo, e não eram menores as divergencias quanto ás formalidades externas, opinando uns que bastavam quatro testemunhas para a validade da escriptura, e sustentando outros que eram indispensaveis cinco testemunhas, como nos testamentos.

O codigo cortou fundamentalmente estas questões, reconhecendo as doações entre vivos como o unico meio de dispor dos bens em vida e irrevogavelmente, e os testamentos, como o meio de dispor das cousas para depois da morte, e revogavel até á morte á vontade do testador.

A este respeito apenas ha excepção com relações ás doações para casamento, ou feitas entre os esposados, ou por terceiros a estes, as quaes não têem a natureza de disposição de ultima vontade, ainda que hajam de produzir o seu effeito depois da morte, artigos 1171.º, 1172.º, 1175.º e 1457.º

As doações por morte entre casados regulam-se pelas disposições testamentarias, artigo 1178.º, mas as doações por morte entre esposados, ou feitas a estes por terceiros, não se regulam pelas mesmas disposições, artigo 1457.º, mas sim pelo disposto nos artigos 1171.º, e 1175.º

SECÇÃO VI

DAS DOAÇÕES FEITAS POR TERCEIRO AOS ESPOSADOS

Art. 1175.º Póde qualquer dispor em favor dos futuros esposos, ou de algum d'elles, de parte de seus bens ou de todos, em vida ou por morte, comtanto que o faça no proprio contrato ante-nupcial, ou em escriptura publica separada, salvo o que se acha ordenado ácerca das doações inofficiosas.

(Vid. nota aos artigos 686.º e 1170.º)

Art. 1176.º Se as doações, permittidas pelo artigo antecedente, forem feitas no contrato ante-nupcial, serão validas sem dependencia da acceitação expressa dos donatarios; mas, se forem feitas em actos separados, não terão effeito, emquanto não forem expressamente acceitadas.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1177.º Postoque taes doações sejam feitas em favor dos esposos, ou de algum d'elles, aproveitarão aos filhos que procederem do mesmo casamento, ainda que o donatario, ou donatarios, falleçam primeiro que o doador; e tão sómente caducarão, se o doador sobreviver a todos os descendentes dos donatarios.

(Vid. nota ao artigo 1170.º)

SECÇÃO VII

DAS DOAÇÕES ENTRE CASADOS

Art. 1178.º O marido e a mulher podem fazer entre si doações dos seus bens presentes, assim por acto entre vivos, como por testamento.

(Vid. artigos 1181.º e 1564.º) O marido e a mulher são reputados uma só pessoa juridica, e por isso não podem entre si contratar, nem fazer doações nem vendas um ao outro, salvo a cessão ou dação em pagamento, feita pelo conjuge devedor ao seu consorte, por causa de alguma divida legitima, artigo 1564.º § unico, porque n'este caso não ha verdadeiramente transferencia convencionada de propriedade, mas renuncia forçada em pagamento de um credito.

No § unico do artigo 1564.º, em vez de «*doação* em pagamento», deve ler-se «*dação* em pagamento» que é a phrase que exprime o sentido do texto. É notavel que no projecto primitivo se lia «*dação*», e não «*doação*»; e que aproveitando a commissão revisora textualmente a redacção do projecto primitivo, só alterasse aquella palavra. Provavelmente foi descuido. Todavia este descuido appareceu logo no primeiro projecto da commissão, e assim se conservou em todas as edições.

Os conjuges depois de casados, podem fazer-se doações reciprocamente em vida, artigo 1178.º, apesar de formarem pelo laço do matrimonio uma só pessoa juridica; mas são revogaveis a arbitrio do doador essas doações, sem que a mulher doadora careça da auctorisação do marido, ou de supprimento judicial, para a revogação, artigo 1181.º

Esta faculdade de revogar abrange tanto as doações em vida, como as doações por morte, vista a disposição generica do artigo 1181.º Esta revogação deve ser expressa, como terminantemente dispõe o § 2.º d'este artigo, que supprimiu, no § 2.º do artigo 1227.º do projecto primitivo, correspondente a este, as seguintes palavras «*ou por factos, que necessariamente a induzam*».

O codigo não estabelece formalidade alguma particular para a revogação d'esta doação, e por isso deverá ser feita por escriptura publica, ou por qualquer outro instrumento authentico, como a doação, pela regra de que as cousas juridicamente se desfazem pelos mesmos modos por que se fazem. As doações entre conjuges tambem carecem de acceitação expressa para serem validas, porque não se comprehendem no n.º 1.º do artigo 1169.º, nem no artigo 1176.º

O legislador deu a estas doações o caracter de revogabilidade, porque quiz manter a dignidade e a pureza da união conjugal, e impedir que as doações, em logar de serem a expressão da vontade do doador, podessem significar a captação, a fraude, ou mesmo o abuso de poder do donatario a que o doador cedesse para evitar desordens no seio da familia.

O codigo italiano foi a este respeito muito mais logico do que o nosso. Estabelecendo o principio da irrevogabilidade, como essencial nas doações, determinou no artigo 1054.º, que os conjuges durante o matrimonio não poderiam fazer-se liberalidade alguma, a não ser por testamento.

O codigo italiano emancipou-se completamente da influencia da legislação romana n'esta parte.

A doação revogavel não é verdadeira doação, é a simples manifestação de um desejo, que só poderá tornar-se *efficaz* por morte do doador, não mudando este de vontade.

Desde que se deixa aos conjuges a liberdade de disporem a favor um do outro por meio de testamento, era completamente escusado alterar as regras da doação para introduzir em beneficio d'elles a excepção das doações revogaveis.

Logoque o nosso codigo assegurou a todos os respeitos a posição do conjuge sobrevivo, como se mostra dos artigos 1231.º e 1232.º, não havia necessidade de admittir doações, que não se tornam definitivas senão pela morte do doador.

É pena que o codigo ainda conservasse esta velha inutilidade das doações por morte, invenção hybrida, que participa ao mesmo tempo de testamento e de contrato, reunindo os inconvenientes de um e de outro. No entretanto é lei que ha de respeitar-se.

Estas doações tambem caducam pela sobrevivencia do doador? O codigo não reproduz a respeito d'estas doações o disposto no artigo 1177.º com relação ás doações de bens presentes ou futuros, feitos por terceiros aos esposados, nem o disposto nos artigos 1171.º e 1172.º, com relação ás doações de bens futuros entre esposados. As doações em vida entre marido e mulher ficam logo perfeitas, como as doações ordinarias cuja natureza seguem, artigo 1179.º, ficando unicamente sujeitas á condição de revogabilidade. Portanto a doação continua a subsistir, e em toda a sua força, emquanto o doador não julga conveniente usar do direito de revogação, que lhe é meramente pessoal, e que assenta sobre motivos que não podem applicar-se á sobrevivencia do doador.

Demais, no projecto primitivo entre os artigos 1227.º e 1229.º, correspondentes aos artigos 1181.º e 1182.º do codigo, lia-se uma artigo que dizia assim:

«As doações entre casados, de bens presentes, não caducam pela morte do donatario antes da morte do doador, mas não assim as doações de bens futuros.

«§ unico. As doações mencionadas na primeira parte d'este artigo não serão todavia transmissiveis aos filhos communs, fallecendo o conjuge donatario primeiro que o doador». Foi porém adiado em sessão de 13 de janeiro de 1862, sem depois apparecer nota de eliminação; mas foi effectivamente eliminado.

É para notar que os conjuges não podem fazer-se doações em vida, senão de bens presentes, e não de bens *futuros*, como é permittido nas doações entre esposados, e nas feitas a estes por terceiros. É o que se mostra do artigo 1178.º, comparado com o correspondente do projecto primitivo, artigo 1224.º, onde em seguida á palavra «*presentes*» se lia «*ou futuros*», que a commissão revisora eliminou.

Como a doação entre casados não é feita em favor do matrimonio, mas em *beneficio* pessoal dos conjuges, não a trata o codigo com o mesmo favor que dispensa ás doações para casamento, e por isso não faz, a respeito d'ella, excepção á regra geral de que a doação não póde comprehender bens futuros.

Art. 1179.º As doações em vida serão reguladas, conforme o que é ordenado no capitulo das doações; e as doações por morte, conforme o que se dispõe no titulo dos testamentos.

(Vid. nota ao artigo 1174.º)

Art. 1180.º Os conjuges não podem fazer doações um ao outro no mesmo e unico acto.

(Vid. artigos 1496.º, 1753.º e 1809.º) Pelo direito anterior á promulgação do codigo estavam em uso, ainda que não havia lei que expressamente os autorisasse, os testamentos de mão commum, ordinariamente usados entre marido e mulher, e tambem entre irmãos, pelos quaes n'um e no mesmo acto duas ou mais pessoas dispunham de seus bens para depois da morte, ou em beneficio reciproco uns dos outros, ou a favor de terceiro.

Estas disposições porém, feitas no mesmo acto, representavam menos a expressão da vontade individual do testador, do que a consequencia de um accordo entre os contestadores, e muitas vezes se levantava questão sobre se o contestador sobrevivo podia em todos os casos revogar pela sua parte as disposições que fizera no interesse do predefunto, tendo-se aproveitado das disposições ordenadas por este, praticando a immoralidade de se prevalecer das disposições feitas pelo predefunto, e revogando depois da sua morte as que fizera em consideração a elle.

As maiores difficuldades appareciam realmente sobretudo no caso de um dos contestadores querer revogar a sua disposição depois de ter morrido o outro. Permittir n'este caso a revogação era violar a fé da reciprocidade; declarar irrevogavel a disposição era mudar a natureza do testamento, convertendo um acto de ultima vontade em acto rigorosamente contractual.

Bem andou pois o codigo em proscrever uma fórma de dispor incompativel com a boa fé, ou com a natureza dos testamentos, e que dava logar a suggestões e demandas, prohibindo as disposições testamentarias no mesmo e unico acto, ou em favor dos contestadores ou de terceiro, artigo 1753.º, e applicando o mesmo direito ás doações em vida entre casados, visto serem revogaveis, como as disposições testamentarias.

Desde que estas doações são sempre revogaveis, não devem fazer-se no mesmo e unico acto, porque é preciso deixar que uma possa ser revogada subsistindo a outra.

Tão rigoroso foi o codigo a este respeito, que nem permitte nas disposições testamentarias a condição de que o instituido faça igualmente em seu testamento alguma disposição a favor do testador, ou de terceiro. Similhante condição seria nulla, artigo 1809.º

Rogron em a nota ao artigo 968.º do codigo civil francez, fonte do artigo 1753.º do nosso codigo, cita a decisão de um tribunal francez, que julgou ao abrigo da prohibição do artigo, dois testamentos, feitos nos mesmos termos, contendo doações reciprocas, e escriptas uma sobre o *verso*, e a outra sobre o *direito* da folha do papel, com o fundamento de que as duas disposições feitas separadamente, têem, cada uma, existencia propria e independente, e formam assim dois testamentos distinctos, que podem ser, um e o outro, objecto de uma revogação especial.

Similhante doutrina porém é contraria ao espirito, e talvez á letra do artigo do nosso codigo. Seria a sophismação completa do preceito

e do pensamento, que não admitte ligação entre duas disposições de ultima vontade. Ninguem dirá que os testamentos feitos um na frente e o outro no verso do mesmo papel, comquanto sejam duas disposições distinctas, não sejam feitas *no mesmo acto*.

Podem porém os conjuges fazer no *mesmo acto* doações em vida a terceiros, porque estas doações têem o caracter de irrevogabilidade, assim como terceiros podem fazer-se no mesmo acto doações reciprocas, pela mesma rasão da irrevogabilidade, e porque lei nenhuma o prohibe.

O legislador usa no artigo 1180.º das palavras «*no mesmo e unico acto*», e no artigo 1753.º das palavras «*no mesmo acto*».

Já no projecto primitivo, artigos correspondentes, 1226.º e 1885.º, se notava esta variedade de linguagem.

O pensamento porém é o mesmo. As palavras «*no mesmo e unico acto*» significam o mesmo que as palavras «*no mesmo acto*». A palavra «*acto*» n'este logar não significa o mesmo que «*occasião*», mas sim o mesmo que *titulo* ou *documento* juridico.

São validas estas doações feitas na mesma *occasião*, comtantoque não constem do mesmo documento.

O tabellião não tem responsabilidade alguma pela nullidade resultante da transgressão d'este preceito. Aindaque pelos artigos 1179.º e 1457.º sejam applicaveis ás doações por morte as dispos· . . . s relativas aos testamentos, o tabellião só é responsavel pela nullidade resultante da falta de *formalidades*. Portanto, só quando omittir alguma das solemnidades externas requeridas para a validade do testamento ou da doação por morte é que o tabellião é responsavel pela nullidade, nos termos do artigo 1919.º

Art. 1181.º As doações entre conjuges podem ser revogadas, livremente e a todo o tempo, pelos doadores.

§ 1.º A mulher não precisa para este effeito de ser auctorisada pelo marido, ou por decreto judicial.

§ 2.º A revogação deve ser expressa.

(Vid. nota ao artigo 1178.º)

Art. 1182.º Estas doações não são revogaveis por superveniencia de filhos, mas podem ser reduzidas por inofficiosidade.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1183.º Os bens doados tomarão a natureza de proprios do donatario, seja qual for o contrato ante-nupcial.

(Vid. nota ao artigo 1109.º)

SECÇÃO VIII

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES GERAES DOS CONJUGES

Art. 1184.º Os conjuges têem obrigação:

1.º De guardar mutuamente fidelidade conjugal;

2.º De viver juntos;

3.º De soccorrer-se e ajudar-se reciprocamente.

Os conjuges devem-se reciprocamente *fidelidade*, *auxilio* e *convivencia*. A fidelidade é a primeira obrigação matrimonial, e comquanto de mais desastrosos effeitos e mais reprovada pelo direito civil, artigo 1204.º, a infidelidade da parte da mulher, é todavia aos olhos da moral igualmente punivel a do marido.

O direito não podia deixar de reprovar com mais severidade o adulterio da mulher do que o do marido. Basta a responsabilidade pela illegitimidade dos filhos, que vem prejudicar os direitos e os interesses dos herdeiros legitimarios, para tornar differente a posição dos dois conjuges, quando venham a faltar aos deveres da mutua fidelidade conjugal.

Por isso a mulher só póde intentar a acção de separação contra o marido por motivo de adulterio, quando elle praticar o facto com escandalo publico, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal, artigo 1204.º n.º 2.º, ao passo que o marido póde requerer a separação pela simples copula de sua mulher com outro homem, citado artigo 1204.º n.º 1.º

A nossa legislação penal tambem considera muito mais grave o adulterio da mulher do que o do marido. Basta attender a que o codigo penal impõe á mulher adultera a pena de degredo temporario, e ao homem adultero a pena de tres mezes a tres annos de multa, artigos 401.º e 404.º

Assim em presença dos principios juridicos é mais condemnado o adulterio da mulher de que o do marido, porque as suas consequencias são mais graves, e o direito positivo é formulado não só em presença dos principios da justiça universal, mas tambem de accordo com as conveniencias publicas.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 49.º, e artigo 1186.º) Da obrigação de viverem juntos resulta para a mulher a obrigação de acompanhar o seu marido para qualquer domicilio ou residencia, que elle escolher, excepto para paiz estrangeiro; porque a ida para paiz estrangeiro contra vontade da mulher seria uma expatriação forçada, a que só póde condemna-la uma sentença do poder judicial, e não um mero capricho ou arbitrio do marido.

Pelo projecto primitivo não tinha a mulher obrigação de seguir o marido, nem para fóra do reino, nem para logar em que podesse correr manifesto perigo de vida, e dispunha-se que as contestações levantadas a este respeito fossem resolvidas por decreto judicial, ouvidas as partes, e os dois parentes mais proximos de cada uma d'ellas, sendo possivel.

Nas edições de 1863 e de 1864 appareceu o artigo modificado sob proposta do sr. Herculano, feita em sessão da commissão revisora de 16 de janeiro de 1862, no sentido de que a mulher não tinha obrigação de seguir o marido nem para fóra do reino, nem para as ilhas adjacentes, nem para fóra das provincias ultramarinas, quando os conjuges ali residissem.

Provavelmente a proposta tomava «*reino*» por «*continente*» porque o contrario ia de encontro á grammatica e á geographia; e, tomada a palavra «*reino*» na mesma accepção que «*continente*» era mais rasoavel do que a doutrina do codigo, comquanto muito menos acceitavel do que a doutrina do projecto primitivo do sr. Seabra, que não obrigava a mulher a acompanhar o marido para as provincias ultramarinas.

Porém na ultima revisão, propriamente da redacção, foi modificado o artigo nos termos em que se acha escripto no codigo; e assim fica o marido com o direito de levar comsigo a mulher para as ilhas adja-

centes ou para as provincias ultramarinas, ainda contra vontade d'ella, podendo invocar para isso o auxilio da auctoridade publica.

Verdade seja que este direito do marido nem sempre poderá ser realisado completamente contra vontade da mulher, a não a ter o marido em carcere privado, o que lhe é expressamente prohibido pela lei penal, porque ella a toda a hora poderá abandonar a casa conjugal. No entretanto, em face da lei, emquanto durar a sociedade conjugal, tem ella obrigação de o acompanhar, ainda para as provincias ultramarinas, salvos os casos em que o domicilio forçado do marido, em consequencia, de condemnação, a dispense de o acompanhar, artigo 53.° do codigo civil, e artigo 53.° do codigo penal.

No projecto de registo civil apresentado as côrtes constituintes de Hespanha em 1869, baseado quasi todo nas disposições do nosso codigo civil, estabeleceu-se uma providencia muito mais sensata.

Diz o artigo 78.°: «*El marido debe proteger á la mujer y esta debe obedecer al marido. La mujer está obligada á seguir á su marido donde quiera que este fije su residencia. Los tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion cuando el marido traslade su residencia á ultramar ó país estranjero*».

Porém na lei de 17 de junho de 1870, em que foi convertido aquelle projecto, deixou-se no artigo 48.° um preceito ainda mais rigoroso do que o do nosso codigo, obrigando a mulher a seguir o marido para toda a parte, podendo os tribunaes eximi-la apenas da obrigação de o acompanhar para paiz estrangeiro.

Entre nós pois a mulher, ainda que lhe repugne acompanhar o marido para as possessões ultramarinas ou para as ilhas adjacentes, não póde invocar para esse caso o arbitrio do poder judicial, não só pelo que *a contrario sensu* se infere do artigo 1187.°, mas ainda porque a commissão revisora eliminou do artigo 1223.° do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1186.° do codigo, a disposição que lhe garantia essa faculdade.

Em Hespanha não se eximiu a mulher de acompanhar o marido para as possessões ultramarinas por uma fortissima rasão de conveniencia politica. Entendeu-se que, devendo permanecer unidas as colonias com a metropole, não deviam ir ali os habitantes do continente, como de passagem, e na impossibilidade de constituirem e conservarem ali permanentemente a familia, tornando assim difficil a unidade nacional.

3.°, etc. Devem-se soccorro e mutuo auxilio. Não póde um abandonar o outro, ainda que este seja atacado de molestia grave e contagiosa, porque mais necessario se torna n'este caso o adjutorio conjugal. D'aqui se deriva o direito a alimentos, que em todos os casos e circumstancias são obrigados a prestar-se, artigos 1210.° e 1231.°

Art. 1185.° Ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta a de prestar obediencia ao marido.

(Vid. nota ao artigo 143.°) A primeira obrigação do marido é proteger a mulher na sua pessoa e bens; não só porque é elle o mais intelligente e forte pelo seu sexo, mas porque é elle o chefe e cabeça da familia. A obediencia da mulher é necessaria para manter a boa ordem na sociedade familiar, pela qual o marido é responsavel; nem elle poderia cumprir convenientemente o dever de dirigir a familia se não se lhe concedessem os meios necessarios para isso, e um d'elles é ter a mulher como subordinada.

Os philosophos, distinguindo entre negocios internos e externos da familia, attribuem á mulher a direcção dos primeiros, e ao marido a dos segundos. Porém como estes negocios não podem ser facilmente separados, por isso o codigo dá a direcção suprema ao marido, deixando ao bom senso e ao amor dos conjuges o estabelecerem os meios mais adequados para a boa administração da familia.

A mulher deve obediencia ao marido, mas só no que for licito, e não no que for contrario á moral ou aos bons costumes, preceito que se encontrava no projecto primitivo, e que a commissão revisora eliminou, provavelmente por desnecessario, como devia te-lo eliminado na especie do artigo 142.° Póde o marido empregar alguns castigos para obrigar a mulher a cumprir as suas determinações licitas?

Nenhum artigo de lei lhe confere este direito, nem póde admittir-se, porque é contrario ao principio da igualdade que rege a situação do marido e da mulher na sociedade conjugal.

Art. 1186.° A mulher tem obrigação de acompanhar seu marido, excepto para paiz estrangeiro.

(Vid. nota ao artigo 1184.°)

Art. 1187.° A mulher auctora não póde publicar os seus escriptos sem o consentimento do marido; mas póde recorrer á auctoridade judicial em caso de injusta recusa d'elle.

(Vid. nota ao artigo 570.°) No artigo 32.° da lei hespanhola de 18 de junho de 1870 determina-se tambem que a mulher casada não póde publicar escriptos, nem obras scientificas ou litterarias de que seja auctora ou traductora, sem auctorisação do marido ou supprimento judicial.

Como rasão d'este preceito, diz-se, que a ordem e a moralidade domestica n'alguns casos poderiam correr grave perigo, se a mulher tivesse completa liberdade de dedicar-se á vida litteraria, scientifica ou artistica, com prejuizo dos deveres que lhe impõem as suas qualidades de esposa e de mãe.

Art. 1188.° A mulher gosa das honras do marido, que não sejam meramente inherentes ao cargo que elle exerce ou haja exercido, e conserva-as emquanto não passar a segundas nupcias.

Não gosa o marido, pelo simples facto do matrimonio, das honras e titulos da mulher, como esta gosa das honras e titulos do marido que não forem annexos ao cargo, emquanto não passar a segundas nupcias. A pratica seguida para não perderem essas honras as mulheres que passavam a segundas nupcias era pedir licença pelo ministerio do reino para a celebração do segundo consorcio; licença que, depois da publicação do codigo, não póde já salvar a conservação das honras, porque o poder executivo não póde hoje dispensar os preceitos legaes.

Na expressão «*honras*» comprehender-se-hão as provenientes de titulos honorificos, como de barão, conde, marquez ou duque? Nas nossas leis fiscaes sobre o imposto que pesa sobre as honras e sobre os titulos, faz-se distincção entre uma e outra cousa, e alem d'isso entra a regra: *Favorabilia ampliandа, odiosa restringenda.*

Porém, ou as honras provenham do titulo de barão, conde, marquez ou duque, ou da carta que concede honras de parente, ou do

alvará de mercê do tratamento de excellencia, ou de carta de mercê de título de grandeza, ou de outro qualquer titulo, a disposição generica do codigo abrange-as a todas.

Em virtude do codigo não ha actualmente entre nós os casamentos morganaticos ou de mão esquerda, em que o matrimonio é valido, mas em que a mulher não gosa das honras do marido, como houve nos primeiros tempos da monarchia, á imitação do systema germanico. Hoje gosa a mulher pelo facto do casamento de todas as honras do marido, porque a lei que approvou o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

Art. 1189.º A administração de todos os bens do casal pertence ao marido, e só pertence á mulher na falta ou no impedimento d'elle.

(Vid. notas aos artigos 55.º e 1104.º)

Art. 1190.º A mulher administradora, na ausencia ou no impedimento do marido, não póde alienar bens immobiliarios sem auctorisação de conselho de familia, com assistencia do ministerio publico; e se o valor dos ditos bens exceder réis 100$000, a alienação só poderá fazer-se pela fórma estabelecida nos artigos 268.º e seguintes.

§ unico. As alienações, feitas com quebra do que fica disposto n'este artigo serão nullas, e os compradores só poderão recuperar o preço da compra pelos bens proprios da mulher vendedora, se ella os tiver, ou pelos do casal, provando-se que tal preço foi convertido em augmento do mesmo casal, e até o valor d'este augmento.

(Vid. nota ao artigo 327.º)

Art. 1191.º Não é licito ao marido alienar bens immobiliarios, nem estar em juizo por causa de questões de propriedade, ou posse de bens immobiliarios, sem outorga da mulher.

§ 1.º Esta outorga póde ser supprida judicialmente, se a mulher a recusar sem justo motivo, ou se estiver impossibilitada para a dar.

§ 2.º As alienações, porém, dos bens proprios feitas pelo marido, contra a disposição d'este artigo, só podem ser annulladas a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituido em responsabilidade para com ella, ou para com elles, e não tendo outros bens pelos quaes responda.

§ 3.º Se as ditas alienações forem de bens communs, a mulher, ou os seus herdeiros, ou os herdeiros legitimarios do marido, poderão, em todo o caso, requerer que sejam annulladas.

(Vid. nota ao artigo 1119.º)

Art. 1192.º A mulher casada não póde estar em juizo sem auctorisação do marido, excepto:

1.º Nas causas crimes em que seja ré;

2.º Em quaesquer pleitos com o marido;

3.º Nos actos, que tenham unicamente por objecto a conservação, ou segurança dos seus direitos proprios e exclusivos;

4.º Nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos, ou aos naturaes, que tivesse de outrem, os direitos e deveres inherentes ao poder paternal.

Deve notar-se que a disposição d'este artigo e dos seguintes se refere ao caso de o marido estar presente, e não estar impedido. Achando-se a mulher na administração do casal na ausencia ou no impedimento do marido regem as disposições relativas á ausencia e á interdicção.

A mulher que casa perde a faculdade de exercer só por si, sem auctorisação do marido, a maior parte dos seus direitos civis. O interesse da associação conjugal, e a deferencia que a mulher deve ao marido, collocam-na na obrigação de não praticar actos importantes sem a sua auctorisação. O marido, como chefe e director da familia, administrador dos bens do matrimonio, e por elles responsavel, é a pessoa a quem compete tratar e defender em juizo os interesses da sociedade conjugal. O contrario seria a perturbação e a desordem no seio da familia.

Portanto em regra não póde a mulher estar em juizo sem auctorisação do marido, e pelo contrario o marido está em juizo sem auctorisação da mulher, salvo nas questões de propriedade ou de posse de bens immobiliarios.

As unicas excepções que a lei reconhece a esta regra geral são as mencionadas nos quatro numeros d'este artigo.

A mulher casada pois não póde estar em juizo sem auctorisação do marido, como ainda ha pouco decidiu a relação de Lisboa em accordão de 21 de janeiro de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 17, 3.º anno. Diz a tenção em que se fundou o accordão:

«Mostra-se... que a executada... era casada, e... que seu marido não foi citado para a execução, como era necessario, porque a mulher não podia estar só em juizo sem ser auctorisada, como é expresso no artigo 1192.º do codigo civil, e já o era pela legislação anterior. Sendo por esta rasão nulla a citação da embargante; e sendo indispensavel a nova citação para a execução, como se vê do artigo 574.º da... reforma judicial, induzindo a falta d'ella nullidade insanavel, como se diz no artigo 194.º da mesma reforma».

Não concordâmos porém com a jurisprudencia do accordão emquanto julga nullidade insanavel a falta da citação do marido. Em nosso entender, sempre que um dos conjuges não é chamado a juizo, como parte principal, mas sim só para auctorisar o outro a estar em juizo, em todo o estado da causa, salvo em revista, póde ser intimado o conjuge para prestar a respectiva auctorisação.

1.º, etc. Não podendo a recusa do marido suspender a accusação criminal, é mister dar á mulher o direito de a repellir.

Para accusar ou demandar criminalmente é que a mulher carece de licença do marido. A defeza é de *necessidade*, a accusação *voluntaria*.

Os crimes, como pessoaes, não se communicam, e portanto só a mulher póde responder pelos delictos que commette. Quando porém ella for auctora, aindaque a causa seja crime, carece da auctorisação do marido, porque a este incumbe, artigo 1185.º, proteger e defender a pessoa e bens da mulher.

2.º, etc. Na pratica do fôro, anteriormente á promulgação do codigo civil, a mulher, mesmo nos pleitos com o marido, como nas causas de separação, por exemplo, pedia licença a este para propor a acção em juizo, e no caso de recusa por parte d'elle requeria o supprimento judicial. Mas já então havia opiniões de que a lei não exigia a auctorisação do marido para a mulher intentar acções contra elle. O codigo cortou radicalmente a questão, dispensando nos pleitos com a mulher a licença do marido, que n'este caso effectivamente não tem rasão de ser, vistoque elle não póde tutelar os interesses pessoaes da mulher n'uma questão em que o seu interesse está em opposição com o d'ella.

O n.º 2.º do artigo comprehende ambas as hypotheses, tanto a de ser auctora, como a de ser ré a mulher.

No projecto apresentado ás côrtes constituintes de Hespanha em 1869, o artigo e numero correspondente ao artigo 1192.º n.º 2.º do nosso codigo achava-se redigido nos seguintes termos: «*Para demandar ó defender-se en los pleitos con su marido*», mas foi supprimido, como se mostra do artigo 53.º da respectiva lei.

3.º, etc. Assim, quando se tratar de registar hypotheca nos bens do marido em segurança do dote, póde ella recorrer de qualquer duvida do conservador ao poder judicial, e ahi proseguir nos termos do processo, sem auctorisação do marido.

O referido projecto de Hespanha não reconhece, como a não reconhece a respectiva lei, esta terceira excepção, que aliás nos parece extremamente rasoavel.

No projecto primitivo não vinham as palavras «*proprios* e *exclusivos*», que só foram introduzidas no projecto da commissão revisora de 1865, que foi apresentado pelo governo, como proposta de lei, ás côrtes.

Direitos *proprios* e *exclusivos* são os que pertencem privativamente á mulher, e de que só ella póde usar.

4.º, etc. Se a mulher tem filhos legitimos de outro leito, sobre os quaes exerça administração paternal, não carece de licença do marido para defender em juizo os direitos d'esses filhos.

O mesmo succede com relação a filhos perfilhados espontaneamente, unicos illegitimos, sobre quem os paes têem o patrio poder, artigo 166.º, porque sendo estes filhos inteiramente estranhos ao marido, não tem elle que intervir nos actos que lhes dizem respeito.

A commissão revisora, conservando este artigo, na essencia e na redacção tal qual se achava no projecto primitivo, deixou passar as expressões «*filhos naturaes*», que em nenhum outro artigo do codigo se encontram.

Pela expressão «*naturaes*» designa de certo o codigo os illegitimos perfilhados.

O referido projecto de Hespanha, no artigo e numero correspondente ao artigo 1192.º n.º 4.º do nosso codigo, acha-se redigido nos seguintes termos: «*Para ejercer en caso necessario los derechos e deberes inherentes al poder paternal, relativamente á los hijos legitimos ó naturales reconocidos que tuviesse de otro*»; e assim foi conservado no artigo 53.º da respectiva lei, alterando-se apenas a redacção.

Em accordão de 23 de fevereiro de 1872, publicado no jornal *O Direito* n.º 17, 4.º anno, julgou a relação do Porto que a mulher póde

oppor embargos de terceiro sem auctorisação do marido, embora nos embargos se diga cousa que a este possa aproveitar, vistoque esta circumstancia não inverte a natureza do meio intentado.

Nas causas em que é preciso o consentimento do marido, e em que este o recusa, parece, em vista das palavras da lei, que não póde a mulher requerer o supprimento judicial, vistoque a lei lh'o não faculta expressamente, e antes se infere, *á contrario sensu* do que dispõe o artigo 1193.º, que lh'o prohibe.

No entretanto sendo duro que á mulher não fique aberto o recurso ao poder judicial para intentar qualquer acção quando o marido injustamente lhe recusa a respectiva auctorisação, e havendo a mesma rasão para permittir estes recursos no caso de processos a intentar, que ha nas hypotheses do artigo 1193.º, nós, preferindo o argumento de analogia, que d'este artigo se deduz, ao argumento *á contrario sensu* a que elle tambem se presta, entendemos que a mulher, negando-lhe o marido o consentimento para qualquer demanda civel ou crime, póde requerer o supprimento judicial.

Convem notar que o supprimento do consentimento do marido por meio de auctorisação judicial não consiste n'um simples despacho lançado pelo juiz em petição avulsa, sem nenhuma informação previa, e sem audiencia do marido. Assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 3 de maio de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 119, de 30 do mesmo mez e anno.

Em accordão de 14 de fevereiro de 1871, publicado tambem no referido jornal *O Direito* n.º 21, 3.º anno, julgou a relação de Lisboa que fóra dos casos expressos n'este artigo não póde a mulher casada estar em juizo sem auctorisação do marido, ou supprimento judicial, ainda que ella esteja investida na administração dos bens do casal; e que a mulher administradora dos bens do prodigo carece, para estar em juizo, de licença do marido, a quem a interdicção por motivo de prodigalidade não privou dos seus direitos civis.

Diz o accordão:

«Sendo casada a embargante, ora appellada, não póde por isso estar em juizo sem consentimento de seu marido, fóra dos casos exceptuados no artigo 1192.º do codigo civil, nenhum dos quaes se dá actualmente; vigorando a sobredita disposição ainda no caso de ser administradora dos bens, ou communs de ambos os conjuges, ou privativos do marido pela interdicção d'este, em rasão de ter sido julgado prodigo, vistoque ainda em tal caso a interdicção não póde estender-se a mais do que á administração dos bens, conservando elle todos os outros direitos civis. E porquanto do processo se mostra faltar á embargante appellada consentimento do marido para estar em juizo n'esta causa, e não ter sido supprido o dito consentimento pelo meio legal, torna-se por essa falta o processo de nenhum effeito.»

Não podemos subscrever a similhante doutrina. A mulher investida na administração dos bens do casal, no caso de ausencia ou de impedimento do marido, não carece de auctorisação de ninguem, nem para administrar, nem para estar em juizo.

A mulher do prodigo póde estar em juizo sem auctorisação d'elle, e basta a citação d'ella. A citação d'elle nem a lei requer, nem a permitte, como se mostra do artigo 201.º § 2.º da novissima reforma judicial. Nem póde julgar-se modificada n'este ponto a lei do processo, publicada quando a prodigalidade era geral, pelas doutrinas do codigo, que reconhece a prodigalidade parcial, porque nos termos do artigo 351.º, os administradores dos bens do prodigo têem os mesmos direitos e obrigações que os curadores provisorios dos bens dos ausentes,

e segundo o disposto no artigo 59.º o curador provisorio dos bens do ausente é competente para o representar em quaesquer acções que contra elle forem intentadas. Tambem a relação de Lisboa já proferiu decisões no sentido d'esta nossa opinião.

Infere-se igualmente do accordão que a mulher do prodigo póde ser nomeada administradora dos seus bens, doutrina contraria á que nós consignámos em a nota ao artigo 346.º, e contraria ás disposições do codigo.

Art. 1193.º A mulher não póde, sem auctorisação do marido, adquirir, ou alienar bens, nem contrahir obrigações, excepto nos casos em que a lei especialmente o permitte.

§ unico. Se o marido recusar indevidamente a auctorisação pedida pela mulher, poderá esta requerer supprimento ao juiz de direito respectivo, que, ouvido o marido, a concederá, ou negará, como parecer de justiça.

(Vid. notas aos artigos 1116.º e 1119.º)

Art. 1194.º A auctorisação do marido deve ser especial para cada um dos actos, que a mulher pretenda praticar, excepto sendo para commerciar, pois n'este caso póde a mulher praticar, em virtude de auctorisação geral, todos os actos relativos ao seu commercio, e até hypothecar os seus bens immobiliarios, e propor acções, comtantoque seja por causa do seu trato.

Art. 1195.º A auctorisação marital póde ser dada de palavra, por escripto, ou por factos, de que ella necessariamente se deduza.

Art. 1196.º A auctorisação, porém, para commerciar, para hypothecar ou alienar bens immoveis, ou para propor acções em juizo, só póde ser outorgada por escripto authentico, ou authenticado.

A auctorisação marital para os negocios mais ordinarios não está sujeita a formalidade especial quanto á prova. Até o consentimento tacito basta. Todas as obrigações que a mulher contrahe para desempenho do governo domestico, por exemplo, e que o marido não contraria, presumem-se, em attenção á natureza das cousas, auctorisadas por elle. Agora para negocios mais graves, como para commerciar, alienar bens de raiz, ou propor acções em juizo, é que a auctorisação deve constar de documento authentico ou authenticado, como já dissemos em a nota ao artigo 686.º

Alem d'isso deve ser especial para cada um dos actos, que a mulher pretenda praticar, essa auctorisação. As rasões de conveniencia, que justificam a necessidade da auctorisação marital, exigem que o marido tenha conhecimento especial de cada um d'esses actos; o que todavia não obsta a que o marido, sem designar as propriedades alienadas, e sem ter conhecimento especial de cada um dos actos de alienação, dê procuração ampla á mulher para ella poder hypothecar e alienar em nome d'elle.

Na auctorisação para commerciar faz-se excepção a esta regra, pois

que póde a mulher, em virtude de auctorisação geral, praticar todos os actos relativos ao seu commercio.

Na especialidade commercial não podia seguir-se outro alvitre, porque se a mulher fosse obrigada a recorrer ao marido para praticar qualquer acto especial de commercio, grandes transtornos havia de soffrer no seu trafico, porque a celeridade nos negocios é uma das primeiras condições para o desenvolvimento e prosperidade da vida commercial.

O artigo 1196.º, permittindo que a auctorisação marital para a mulher casada commerciar possa ser outorgada em escripto *authentico* ou *authenticado*, modificou o preceituado no artigo 24.º do codigo commercial, que exigia sempre escriptura publica para prova d'esta auctorisação.

Deve porém ser lançado no registo publico do commercio esse escripto authentico ou authenticado, como o citado artigo 24.º do codigo de commercio determina com relação á escriptura publica, devendo julgar-se comprehendido esse escripto nos *documentos* a que se refere o artigo 211.º n.º 5.º do mesmo codigo, e deve ser lançado no registo do commercio esse documento unicamente para os effeitos commerciaes.

Munida a mulher casada de auctorisação para commerciar, que conste de titulo authentico ou authenticado, nos termos do artigo 1196.º, póde praticar todos os actos relativos ao seu commercio, e até *hypothecar* os bens immobiliarios *proprios* e *propor acções*, comtantoque seja por causa do seu trato, artigo 1196.º, e artigo 25.º do codigo de commercio.

O projecto primitivo, no artigo (1243.º) correspondente ao artigo 1196.º do codigo, dispensava a auctorisação do marido por escripto authentico ou authenticado, quando elle assistisse conjunctamente com a mulher aos respectivos actos, excepção esta que veiu ainda fielmente reproduzida nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Com rasão porém a commissão eliminou a final uma prescripção, que podia dar logar a graves complicações e difficuldades.

Em caso de duvida presumem-se commerciaes as obrigações contrahidas por mulher commerciante, salvo quando a obrigação versar sobre hypotheca de bens immobiliarios, porque n'este caso pertence ao credor a prova de que a obrigação garantida pela hypotheca nasceu de facto de commercio, como é expresso nos artigos 19.º e 25.º do codigo commercial.

A mulher não póde hypothecar, em vista d'esta auctorisação, senão os bens immobiliarios *proprios*, artigo 1194.º do codigo civil, e 25.º do codigo commercial, ficando assim com rasão inhibida de hypothecar os bens *communs*, e por maioria de rasão os bens *proprios* do marido.

Verdade seja que nos termos do artigo 24.º d'este codigo respondem pelas obrigações assim contrahidas no trafico mercantil todos os direitos em que a mulher tenha communhão, tanto mobiliarios, como immobiliarios, porque a provisão do artigo não distingue. Porém uma cousa é *responderem* os bens communs da mulher pelas suas obrigações, outra cousa é poder ella *hypotheca-los*.

A *responsabilidade* pelas dividas ou obrigações da mulher não sujeita os bens communs a encargo algum directo e immediato; e a *hypotheca* onera os bens em segurança da obrigação contrahida, que os grava e acompanha em poder de qualquer possuidor.

Tambem por direito anterior, e ainda pelo codigo civil, nos termos dos artigos 1114.º e 1115.º, *respondem* os bens communs pelas dividas

contrahidas pelo marido, seja ou não commerciante, e d'ahi nunca ninguem deduziu que elle podesse *hypotheca-los* sem outorga da mulher.

Os bens communs da mulher podem ser executados para pagamento das dividas commerciaes que ella tenha contrahido, independentemente da dissolução do matrimonio ou da interrupção da sociedade conjugal, não só em virtude das leis commerciaes, que n'esta parte não foram revogadas pelas leis civis, artigos 1110.º e seguintes do codigo, mas ainda porque a auctorisação geral, que a mulher recebeu do marido para commerciar, dá a estas dividas o caracter de auctorisadas pelo marido.

A mulher póde hypothecar em segurança dos negocios commerciaes todos os *seus* bens immobiliarios, ainda que sejam dotaes? Nem o artigo 1194.º do codigo civil, nem o artigo 25.º do codigo commercial, fazem distincção; e pelo contrario, o artigo 24.º d'este codigo determina muito positivamente que os bens dotaes *respondem* por todas as obrigações que a mulher contrahir no seu trafico.

No entretanto entendemos que o artigo 1194.º do codigo civil deve entender-se em harmonia com o artigo 1149.º, e que este artigo modificou os artigos 24.º e 25.º do codigo de commercio.

Os bens dotaes não podem ser alienados senão para os fins designados em os n.ºs 1.º a 7.º e § 1.º do citado artigo 1149.º, e precedendo em todo o caso auctorisação judicial, nos termos do § 2.º do mesmo artigo.

Permittir aos conjuges o dissipar os bens dotaes no trafico mercantil fôra dar-lhes meio facil de annullarem completamente o regimen dotal, que não póde ser alterado depois de celebrado o casamento, artigo 1105.º, e de destruirem todas as garantias de conservação do dote, consignadas no artigo 1149.º

O marido que, de accordo com a mulher, quizesse dissipar o dote, auctorisava-a para commerciar, e depois desfaziam-se sem difficuldades dos bens dotaes.

Entendemos pois que os bens dotaes não respondem pelas dividas da mulher commerciante, ainda devidamente auctorisada pelo marido, e que devem julgar-se modificadas todas as disposições do codigo de commercio sobre dotes pelas providencias contidas nos artigos 1134.º a 1165.º do codigo civil, e devendo subordinar-se ás provisões contidas n'esta sub-secção, em que se trata especialmente e *ex professo* da materia dos dotes, todas ás disposições avulsas e fugitivas que se encontram deslocadas n'outras secções e sub-secções sobre o mesmo assumpto.

Se o marido lhe negar a auctorisação para commerciar, não garante a lei á mulher o recurso ao poder judicial.

A recusa do marido a auctorisar a mulher para exercer commercio não póde ser supprida pelo poder judicial. Nem o codigo commercial nem o codigo civil contêem disposição que o permitta.

Diremos com Marcadé, que para conceder á mulher, contra a vontade formal do marido, um direito que a esta só póde advir do consentimento d'elle, seria necessario um texto especial de lei que o permittisse, e tal texto não existe.

Auctorisar a mulher a commerciar contra vontade do marido seria envolver em responsabilidade os bens communs e os proprios da mulher, nos termos do artigo 24.º do codigo de commercio, prejudicando-se gravemente o marido, não só com a responsabilidade dos bens proprios da mulher, cuja administração e usufructo lhe pertence, mas até com a responsabilidade de direitos, em que elle tem communhão.

Se porém o marido está impedido, ou por interdicção, ou por ausencia, bem póde o consentimento d'elle ser supprido por auctorisação judicial.

O consentimento do marido é indispensavel quando elle é capaz de o prestar, e póde ser ouvido. Nos casos porém de interdicção e de ausencia, a jurisdicção orphanologica suppre a auctorisação marital. O juizo indagará, antes de supprir a falta do consentimento do marido, se a mulher tem as faculdades precisas para exercer o commercio em condições de auferir lucros da sua industria, em vez de encontrar ahi a perda e a ruina para os seus bens.

Se o marido é menor, ou havido como tal, póde tambem ser judicialmente supprido o consentimento d'elle. Se o marido não tem ainda dezoito annos, ou se, tendo-os, casou sem a competente auctorisação, como a emancipação não produz os effeitos legaes no primeiro caso sem elle completar os dezoito annos, e no segundo continua a ser considerado como menor, quanto á administração dos bens, até chegar á maioridade, artigos 306.º e 1060.º, não é o marido habil para dar ou negar á mulher auctorisação para commerciar.

É todavia de boa prudencia ouvir previamente o marido, mesmo n'este caso, antes de dar ou negar a licença á mulher para exercer o commercio.

A mulher maior de dezoito annos, e menor de vinte e um, póde exercer commercio com a simples auctorisação do marido, maior, ou havido como tal, sem necessidade de auctorisação paternal, que poderá ser necessaria segundo a jurisprudencia franceza, mas que é absolutamente escusada em presença da nossa legislação.

A mulher porém, ainda com auctorisação do marido, não póde commerciar sem completar os dezoito annos, vista a disposição do artigo 24.º do codigo de commercio, sem embargo de estar emancipada pelo casamento aos dezeseis annos, nos termos do artigo 306.º do codigo civil.

Art. 1197.º O marido póde revogar a auctorisação, emquanto o acto para que foi concedida não está começado; mas, se este tiver tido começo de execução, só a poderá revogar, reparando qualquer prejuizo de terceiro, que resulte da revogação.

O marido, como o melhor juiz dos interesses e administração do casal, póde cassar a auctorisação quando o julgar conveniente, com a unica differença de que se a mulher tinha já começado a praticar o acto para que fôra auctorisada, ha de o marido reparar o prejuizo que soffra terceiro de não se ter concluido o acto. Revogação de auctorisação sem responsabilidade só a póde fazer o marido estando o negocio *re integra*.

Se a mulher era já commerciante na occasião do casamento não poderá continuar no commercio sem auctorisação do marido, que deverá ser dada com as mesmas formalidades que se exigiriam se ella ainda não fosse commerciante quando casou.

Por analogia dos preceitos consignados no artigo, não póde o marido negar-lhe a auctorisação, pelo menos para concluir os negocios pendentes, salvo reparando o prejuizo dos direitos de terceiros envolvidos nas transacções commerciaes com a mulher.

Este artigo veiu tambem alterar o preceituado no artigo 27.º do codigo de commercio, que não permittia que o marido, depois de con-

ceder a auctorisação, a revogasse senão em escriptura publica, motivada, e com os motivos provados com audiencia e convencimento da mulher.

Nos termos do codigo civil pois póde o marido revogar livremente a auctorisação que dera á mulher para commerciar, sem necessidade de dar as rasões do seu procedimento, e sem que a mulher tenha direito a ser ouvida e convencida. Esta doutrina é mais juridica do que a do codigo de commercio.

Tambem pelo artigo 27.º do codigo commercial a revogação da auctorisação só produzia effeitos sendo feita em escriptura publica, e o codigo civil não marca formalidades especiaes para prova e validade d'este acto. Todavia não póde deixar de ser feita em acto authentico ou authenticado para ser averbada para os effeitos commerciaes no registo do commercio, onde devia ser averbada nos termos do citado artigo 27.º do codigo de commercio a sentença do juiz que confirmasse a revogação da auctorisação feita pelo marido.

O projecto primitivo no artigo 1245.º, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 1197.º do codigo, dispunha o seguinte: «Os actos praticados pela mulher, devidamente auctorisada, só podem ser reclamados por ella ou pelo marido, nos casos em que a reclamação é geralmente permittida».

A commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou este preceito, de certo por inutil.

Art. 1198.º O marido responde pelas obrigações, que a mulher, casada segundo o costume do reino, ou com simples communhão de adquiridos, contrahiu com auctorisação sua, mas não pelas obrigações, que a mulher, casada por outra fórma, contrahiu sobre bens, ou interesses privativamente seus.

Art. 1199.º No caso de supprimento de auctorisação, o marido só responde pelos actos da mulher, que procederam de obrigações communs, ou reverteram em beneficio commum.

(Vid. nota ao artigo 1113.º)

Art. 1200.º A nullidade, procedida da falta de auctorisação, só póde ser allegada pelo marido, ou por seus herdeiros e representantes.

Art. 1201.º A nullidade por falta de auctorisação póde ser sanada:

1.º Pela confirmação do marido, não se achando proposta em juizo, por terceiro, acção nenhuma a este respeito;

2.º Se não for arguida dentro de um anno, contado desde a dissolução do matrimonio;

3.º Se o acto houver prescripto, conforme as regraes geraes.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

Art. 1202.º A acção concedida aos conjuges, nos casos sobreditos, não é admittida no casamento celebrado em paiz estrangeiro e não publicado no reino, em conformidade da lei.

(Vid. notas aos artigos 24.º e 1065.º) Não póde o marido arguir a nullidade dos actos praticados pela mulher sem a sua auctorisação, se o casamento celebrado em paiz estrangeiro não foi publicado no reino em conformidade da lei, artigo 1202.º, porque antes da publicação reputam-se não casados, isto é, não produz o casamento effeitos civis no reino.

O artigo 1202.º refere-se unicamente ao marido, apesar da expressão «*conjuges*», copiada do projecto primitivo, onde era apropriada, porque elle concedia o direito de arguir a nullidade dos actos praticados pela mulher sem auctorisação do marido, tanto a este, como áquella, mas a commissão revisora nega esse direito á mulher, artigo 1200.º

Em nosso entender o preceito do artigo 1202.º não se executa emquanto não se publicarem os regulamentos relativos ao registo civil. Esta disposição é applicavel só ao casamento civil, que tem registo e publicação. Não é porém applicavel ao catholico, celebrado na parochia, que não tem o registo, nem a publicação, ordenados na lei civil. É porém applicavel mesmo ao casamento celebrado em paiz estrangeiro, em que este acto juridico não esteja sujeito a registo regular e authentico.

SECÇÃO XI

DA INTERRUPÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Art. 1203.º A sociedade conjugal póde ser interrompida, ou pelo que toca ás pessoas e aos bens dos conjuges, ou só pelo que toca aos bens.

SUB-SECÇÃO I

DA SEPARAÇÃO DE PESSOAS E BENS

Art. 1204.º Podem ser causa legitima de separação de pessoas e bens:

1.º O adulterio da mulher;

2.º O adulterio do marido com escandalo publico, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal;

3.º A condemnação do conjuge a pena perpetua;

4.º As sevicias e injurias graves.

O codigo em caso nenhum permitte o divorcio. Pela separação de pessoas e bens não se dissolve o matrimonio; suspende-se apenas a a vida commum dos conjuges, subsistindo todavia indissoluvel o vinculo matrimonial.

Pela interrupção da sociedade conjugal em caso nenhum os conjuges adquirem liberdade para contrahir novo matrimonio, emquanto o anterior não estiver dissolvido pela annullação ou pela morte. Na separação de pessoas e bens ficam apenas dispensados da communhão de vida.

Assim como a igreja prohibe o divorcio, o codigo não admitte a dissolução do matrimonio senão por morte de algum dos conjuges, ou pela annullação do casamento nos tribunaes.

Circumstancias podem todavia dar-se que não permittam, sem perigo para os conjuges e para a sociedade, a continuação da convivencia entre elles, ou que reclamem urgentemente a separação dos bens. Ainda admittida a indissolubilidade do vinculo matrimonial, não era possivel deixar de prover de remedio em certas circumstancias graves, que tornariam a continuação da communidade de vida uma causa permanente de desassocego, e talvez de crimes, um verdadeiro martyrio.

N'este caso providenceia o codigo no interesse dos conjuges e da sociedade, sem comprometter o principio da indissolubilidade do matrimonio.

Em todo o caso, como diz a lei de Hespanha no artigo 83.º, o divorcio não dissolve o matrimonio, suspende apenas a vida commum dos conjuges e os seus effeitos.

A igreja e o estado admittiram sempre a separação de pessoas, como remedio ás mais graves perturbações de familia. O direito canonico admittiu a separação dos conjuges com o nome de separação *quoad thorum et habitationem*.

O codigo restringe muito o direito de requerer a interrupção *completa* da sociedade conjugal, isto é, a interrupção da sociedade conjugal em relação ás pessoas e aos bens ao mesmo tempo; e por isso reduz a quatro as causas, que auctorisam aquella interrupção.

O direito canonico reconhece ainda outras causas de separação, alem das especificadas no artigo 1204.º do codigo. Porém o disposto n'este artigo é igualmente applicavel ao casamento catholico, como ao casamento civil. Para o casamento catholico produzir effeitos civis determinou o codigo, artigo 1069.º, que fosse regulada a sua celebração pelas leis canonicas. Mas no que toca á interrupção da sociedade conjugal n'este casamento não faz o codigo a mais ligeira referencia ao direito canonico; ha de ser regida em tudo e por tudo nos termos da lei civil.

Conseguintemente, qualquer que seja a religião dos conjuges, e qualquer que tenha sido a fórma do seu casamento, os tribunaes portuguezes não podem decretar a interrupção da sociedade conjugal emquanto ás pessoas e bens, senão por alguma das causas taxativamente marcadas no artigo 1204.º

Julgam alguns exemplificativa a especificação das causas de separação feita n'este artigo, tomando para fundamento da sua opinião o emprego da palavra «*podem*» por que começa o artigo; quando esta palavra, collocada n'aquelle logar, significa apenas que aos conjuges é *facultativo* o requererem ou não a separação por alguma das causas ali expressamente designadas, mas não que a possam requerer por alguma causa differente das ali designadas.

O codigo, no interesse da estabilidade dos matrimonios, fixou precisamente as causas que podiam auctorisar a interrupção da sociedade conjugal.

Por direito anterior, fundado na legislação canonica, havia a separação temporaria e a separação perpetua, segundo a gravidade das causas da separação. Quando as causas allegadas e provadas não eram de tanta gravidade, que fizessem perder absolutamente as esperanças de conciliação, decretava o juiz a separação temporaria, marcando o praso da sua duração, no intuito de que por todo este tempo se restabeleceria a harmonia entre os conjuges; quando as causas allegadas

e provadas eram de tal gravidade que faziam perder toda a esperança de reconciliação, decretava a separação perpetua.

Por isso eram mais frequentes os julgamentos de separação temporaria do que os de separação perpetua.

Findo o praso da separação temporaria tornava-se necessaria nova acção para se decretar outra separação, ou temporaria tambem, ou perpetua.

Pelo codigo a separação, decretada por sentença, é sempre perpetua, no que não ha inconveniente, visto o preceito do artigo 1218.º, que permitte em todo o tempo a reconciliação voluntaria dos conjuges separados; que já era permittida tambem pelo direito anterior.

Por direito antigo só na separação perpetua se fazia inventario, separação dos bens e partilha entre os conjuges.

Pelo codigo, decretada a separação, ha immediatamente logar ao inventario e partilhas, como se o casamento tivesse sido dissolvido, visto o preceito do artigo 1211.º, salva a hypothese especialissima prevista no § unico do artigo 1210.º

Por direito antigo, na interrupção da sociedade conjugal, podia haver separação de pessoas e bens, como na separação perpetua, e separação de pessoas sem separação de bens, como na separação temporaria, mas nunca separação de bens sem separação de pessoas, posto que alguns dos nossos praxistas, ainda sem fundamento legal, asseveram que por direito antigo tambem havia separação de bens sem separação de pessoas, Coelho da Rocha, direito civil, § 240.º

Pelo codigo póde haver separação de pessoas e bens, como succede em regra na interrupção da sociedade conjugal, e póde haver separação de bens sem separação de pessoas, como nos casos do artigo 1219.º e seguintes; mas separação de pessoas sem separação de bens não a póde haver senão na hypothese particular do § unico do artigo 1210.º

O codigo trata em secções distinctas da separação de pessoas e bens, e da simples separação judicial de bens, porque quanto aos effeitos é profunda e fundamental a differença entre estes dois factos juridicos.

Tambem o codigo determina as causas de separação, ou esta abranja pessoas e bens, ou só as pessoas, ou só os bens, e regula até certo ponto o processo a seguir, tanto n'um, como n'outro caso.

A interrupção da sociedade conjugal, quanto a pessoas e bens, é que influe mais profunda e radicalmente nas relações da sociedade familiar.

As causas de separação de pessoas e bens são reciprocas; applicam-se tanto ao marido, como á mulher, salva a especialidade marcada em o n.º 2.º do artigo 1204.º com relação ao adulterio do marido.

A primeira causa de separação é o adulterio da mulher, ou o do marido; mas o adulterio do marido só póde produzir o effeito da separação, sendo acompanhado das circumstancias de escandalo publico, desamparo, ou ultrage á mulher. Por direito canonico o adulterio é igualmente reprovado no marido, como na mulher. *Utriusque sexus hic par conditio est.*

O nosso codigo porém, a exemplo da maior parte das legislações civis, considera mais grave o adulterio da mulher, reputando-o causa de separação, ainda que seja adulterio simples, isto é, ainda que não venha acompanhado de circumstancias aggravantes, porque o adulterio da mulher em todo o caso póde introduzir geração estranha no seio da familia, e expor o marido a tratar, como filhos legitimos, os provenientes de união reprovada e criminosa.

O adulterio do marido não dá logar á separação, senão quando é acompanhado do caracter particular, ou de *escandalo* publico, com offensa da sociedade e da mulher, ou de *desprezo completo* d'esta, ou de ter *concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal*, que é o ultrage mais doloroso, que póde fazer-se á mulher, especialmente quando ella é virtuosa.

O codigo penal estabelece uma jurisprudencia ainda mais latitudinaria para o marido, porque permittindo a este o querelar contra a mulher, nos termos dos artigos 401.º e 402.º, logoque se verifique o adulterio d'esta, á mulher só permitte querelar contra o marido pelo crime de adulterio, quando este se verificar com manceba teúda e manteúda na casa conjugal (citado codigo, artigo 404.º).

Demais, mesmo n'este caso especial de adulterio aggravado a pena imposta ao marido é a de multa de tres mezes a tres annos; quando a mulher pelo adulterio simples fica sujeita a degredo temporario (artigos 401.º e 404.º do codigo penal).

Em vista da redacção do n.º 2.º do artigo 1204.º, basta que o adulterio do marido seja acompanhado de qualquer das tres circumstancias ahi enumeradas para dar logar á separação, não sendo necessario que ellas se verifiquem todas conjuntamente. No projecto primitivo o adulterio do marido só dava logar á separação, verificando-se qualquer das duas primeiras circumstancias, que de certo abrangiam implicitamente a terceira.

Porém em sessão da commissão revisora de 23 de janeiro de 1862, por occasião de se discutir o artigo 1252.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1204.º do codigo, foi approvado o seguinte additamento, proposto pelo sr. José Julio «o adulterio do marido com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal».

É *escandalo publico* o estabelecer-se o marido em casa da concubina, o leva-la a casa da mulher para assim a insultar e ultrajar, o fazer gala em publico do seu procedimento, etc. Este facto, de perigoso exemplo para a educação dos filhos, e verdadeiro attentado contra a dignidade da mulher, é justificado motivo de separação.

É *completo desamparo* da mulher o abandonar a cohabitação d'esta, o negar-lhe os alimentos indispensaveis e dá-los á concubina, etc.

O marido, que assim procede, falta a um dos deveres fundamentaes da sociedade matrimonial, que é o soccorro e auxilio mutuo, artigo 1184.º, n.º 3.º O socio que assim despreza o cumprimento de um dever, que é dos fins essenciaes da sociedade, não póde queixar-se da sua dissolução.

Fica á apreciação dos tribunaes o designar os factos que constituem *escandalo publico*, e *completo desamparo*. Das palavras «*domicilio conjugal*» se infere, que não ha logar ao pedido de separação, se o marido tiver a sua concubina, não na casa do verdadeiro domicilio, mas n'uma casa de campo, por exemplo, onde os conjuges vão residir algum tempo, saindo a concubina n'essa occasião.

Ainda que a mulher esteja ausente o marido não é menos culpado, tendo em casa a concubina, porque esta veiu deshonrar com a sua presença a casa conjugal, como decidia com rasão um tribunal francez, cuja decisão é citada por Rogron em as notas ao artigo 360.º do codigo civil de Napoleão.

Entendem alguns jurisconsultos que a concubinagem com mulher teúda e manteúda dá logar á separação, ou a concubinagem tenha logar na casa de habitação, ou n'outra casa; mas na mesma localidade e povoação.

Não podemos todavia dar similhante interpretação ao preceito do codigo. Nao se presta a ella a sua redacção; e as disposições odiosas, como esta, são sempre de interpretação stricta. Demais recorrendo aos casos analogos, vêmos que o codigo penal, tratando d'esta especie no artigo 404.º, falla tambem do *homem casado, que tiver manceba teúda e manteúda na casa conjugal*.

Não é o mesmo ter o homem casado concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal, que é o maior ultraje, que póde fazer á sua mulher, ainda que não haja escandalo publico, nem abandono da consorte, ou te-la na povoação, em casa differente que o homem frequente com recato.

Se porém n'este ultimo caso houver escandalo publico ou abandono da mulher, procede a acção de separação, não pelo facto simples de ter concubina teúda e manteúda n'uma casa que não é o domicilio conjugal, mas pelo facto de ser acompanhado este procedimento immoral das circumstancias do *escandalo publico*, ou do *abandono da mulher*.

Tambem alguns entendem que, se a concubina do homem casado é uma creada, uma parenta, ou uma amiga, que está na casa dos conjuges, e não uma concubina *qua* tal, não ha logar á separação. Não seguimos porém similhante opinião. A concubinagem n'aquellas circumstancias é igual ou ainda maior offensa e ultrage á dignidade da mulher, que o marido tem obrigação impreterivel de respeitar, em homenagem aos deveres juridicos e moraes.

A lei de Hespanha não permitte que o marido ou a mulher possam requerer separação por adulterio, quando tenha sido consentido *expressa ó tacitamente* por um ou por outro.

A segunda causa de separação é a condemnação do conjuge a pena perpetua, logoque a sentença passe em julgado, porque o conjuge innocente não póde ser obrigado a associar-se á vergonha do condemnado, e á infamia que deve trazer-lhe o delicto, que mereceu ser punido com pena perpetua.

Já o codigo penal, artigo 53.º, privava o condemnado a pena perpetua do direito á protecção das leis civis para exercer auctoridade a respeito de sua mulher e de seus filhos, ficando assim inhibido do direito de exercer o poder patrio, e o poder marital.

Sustentam alguns, que esta disposição é injusta e immoral, porque o condemnado deve ser considerado um desgraçado, e que é exactamente no momento da desgraça, que os conjuges mais precisam do auxilio um do outro.

Convem porém advertir que o condemnado é desgraçado, mas pelos factos que elle mesmo praticou; e que desde que a sociedade civil o separou do seu gremio, não póde ser obrigada a familia a continuar com elle em convivencia. O codigo estatue uma providencia eminentemente liberal, deixando ao arbitrio do conjuge innocente o continuar associado, ou separar-se da sociedade com o consorte infamado pela condemnação a pena perpetua.

Demais, a imposição de uma pena perpetua, sobretudo se é pena de prisão, impede a continuação da sociedade familiar e o cumprimento dos deveres conjugaes.

Supponhamos porém que depois de decretada a separação por sentença, separação que não póde requerer-se ao conselho de familia sem ter passado em julgado a sentença condemnatoria, era perdoado o conjuge condemnado, seria obrigatorio o restabelecimento da sociedade conjugal? Não.

Nos termos do artigo 121.º do codigo penal, o perdão concedido a qualquer criminoso, condemnado por sentença, faz cessar para o fu-

turo o procedimento, e mesmo a pena pecuniaria, ainda não paga; mas não restitue os direitos politicos, de que a condemnação priva o criminoso, se d'isso não se fizer expressa declaração, nem prejudica a acção civil pelo damno e perda, nem *os direitos legitimamente adquiridos por terceiro.*

Demais, o perdão póde inutilisar os effeitos da sentença condemnatoria em pena perpetua; mas não póde prejudicar os effeitos da sentença de separação, proferida nos termos dos artigos 1206.º a 1208.º, apesar de ter a sua base nas determinações d'aquella.

Portanto o consorte innocente não perde os direitos adquiridos pela sentença de separação, pelo facto de ser perdoada a pena ao conjuge condemnado.

Fica ao alvedrio d'aquelle o restabelecer com este a sociedade conjugal nos termos do artigo 1218.º

A terceira causa de separação são as sevicias e injurias graves. N'este caso o direito de pedir a separação é igual para o marido e para a mulher, ainda que seja o marido pela sua posição de mais forte quem ordinariamente dê causa á separação por tal motivo.

A palavra «*sevicias*» significa crueldade excessiva, e escusado era emprega la, porque nas expressões «*injurias graves*» está comprehendido todo o pensamento por ella significado. A injuria póde ser feita por acções, por palavras, ou por escripto.

O codigo reconhece, como causa de separação, não só os maus tratos corporaes «*sevicias*» como os maus tratos na honra, e na reputação «*injurias*», ou sejam feitos de palavra ou por escripto.

Já se tem allegado que as «*sevicias* e *injurias graves*» formam conjunctamente uma só causa de separação, isto é, que não se permitte separação por esta causa, senão verificando-se cumulativamente os factos das sevicias e das injurias.

Derivam esta opinião da copulativa «*e*» que no entender d'elles serve para ligar as duas causas, sem se lembrarem de que tanto no uso geral da lingua, como no especial do codigo, póde ser empregada esta conjuncção para separar uns dos outros os casos continuados, mantendo-lhes entretanto a ligação com a palavra, que regem, ou por que são regidos, do que se encontra frisante exemplo no § 3.º do artigo 1206.º, e em o n.º 1.º do artigo 1058.º

Nem poderia admittir-se similhante doutrina, sem visivel absurdo. Pois existindo as sevicias, que podem pôr em perigo a vida do conjuge, é preciso ainda invocar as injurias para determinar a separação?

O codigo velou tambem pela manutenção da honra e da dignidade dos conjuges, e por isso faz da injuria uma causa particular de separação, quando ella assume caracter de gravidade. O emprego do adjectivo «*graves*» significa que o legislador quiz fazer das injurias uma causa especial de separação, porque a lei não empregaria de certo aquella palavra, se quizesse que as injurias fossem apenas um complemento das sevicias.

Pelo nosso direito anterior parecia que não eram causas de separação as injurias, senão quando se traduziam por factos, e até Correia Telles no formulario dos libellos se serve das seguintes expressões: «que sendo casada com o dito seu marido, este a trata peior do que se fosse sua escrava; dando-lhe *pancadas frequentes vezes, arrastando-a pelos cabellos, e ameaçando-a com a morte; de fórma que a vida da supplicante corre grande risco em poder do supplicado*».

Se porém os maus tratos corporaes são os unicos que fazem impressão sensivel nas mulheres sem educação, é certo que nas mulheres virtuosas e de educação fina, não fazem menos impressão as injurias de palavras e os actos de desprezo e de desconsideração.

O projecto apresentado nas côrtes constituintes de Hespanha, em 11 de maio de 1869, modelado pelas disposições do nosso codigo, enumerando no artigo 102.º as causas de divorcio, diz: — *segunda «los malos tratamientos de obra ó injurias graves»*; d'onde se infere que na palavra injuria comprehende principalmente os maus tratos moraes.

Na respectiva lei de 18 de junho de 1870, artigo 85.º, foi redigido este numero nos seguintes termos: — *tercera «Malos tratamientos graves, de obra ó de palavra, inferidos por el marido á la mujer»*, e acrescenta-se:

«*Quarta. Violencia moral ó fisica, ejercida por el marido sobre la mujer para obrigarla á cambiar de religion.*

«*Quinta. Malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusieren em peligro su vida.*»

A quarta causa marcada na lei hespanhola póde julgar-se comprehendida em o n.º 4.º do artigo 1204.º do nosso codigo; e a quinta está prevenida no artigo 141.º, sem ser preciso recorrer á interrupção da sociedade conjugal.

Pela mesma rasão entendemos, que está comprehendida, e com mais acerto, no artigo 141.º do nosso codigo a setima causa de separação, que vem na lei de Hespanha, e que consiste na tentativa do marido ou da mulher para corromperem seus filhos, e na cumplicidade na corrupção ou prostituição; e que está igualmente comprehendida em o n.º 4.º do artigo 1204.º do nosso codigo, a sexta causa de separação, que vem na mesma lei, e que consiste na «*tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposicion hecha por aquel á ésta para el mismo objecto*».

Os tribunaes na apreciação das injurias deverão ter em vista a posição, a educação, a idade do offendido, n'uma palavra, todas as circumstancias que possam determinar-lhes a natureza e gravidade.

A enfermidade, ainda incuravel e contagiosa, não é motivo de separação, comquanto o conjuge não possa ser obrigado a cohabitação, que ponha em risco a sua saude, e possa requerer a separação, se o outro empregar sevicias ou injurias para o forçar a actos que vão prejudicar a sua personalidade.

O inficionamento venereo, quando o inficionante for a mulher, é que póde ser causa de separação, não pela molestia em si, mas porque a molestia denuncia o facto do adulterio. Se o inficionante for o marido não é este facto sufficiente para determinar a separação, se não for acompanhado de escandalo publico, ou de abandono da mulher, ou de concubinagem com manceba teúda e manteúda na casa conjugal.

O mutuo dissenso não póde ser causa de separação, apesar de que no casamento civil, em que não entra para cousa alguma o elemento religioso, não se dava incompatibilidade para a dissolução do vinculo matrimonial. No entretanto a lei por motivos de interesse publico não admitte este facto, como causa de separação.

A obrigação de vida commum, que prende os conjuges, não se regula exclusivamente pelo direito particular. Pelo contrario, o seu principal fundamento são os principios de moralidade e de ordem publica. Por isso não póde interromper-se a sociedade conjugal sem uma sentença, que em nome do poder publico decrete essa interrupção, aliás a sociedade familiar e os seus mais caros interesses ficariam entregues ás paixões e ao capricho de conjuges malavindos, ou ja enfadados do cumprimento dos seus deveres.

Assim os conjuges, como dispõe a lei de Hespanha de 18 de junho de 1870, no artigo 84.º, não podem divorciar-se, nem ainda separar-se por mutuo accordo; para isto é indispensavel em todo o caso decisão judicial.

Por isso a acção de separação não póde ser confessada. Se o conjuge demandado for revel ou omisso em designar os tres vogaes, que pela sua parte devem entrar na formação do conselho de familia, nomeia-os o juiz, decreto de 12 de março de 1868, artigo 4.º, § 2.º Se o conjuge queixoso falta no dia do julgamento, lavra-se termo de desistencia da causa; e se o conjuge demandado não comparece, julga-se á sua revelia, citado decreto, artigo 8.º

A separação portanto em caso nenhum é julgada sem a deliberação do conselho de familia.

Ao estado interessa, que os casamentos não se dissolvam por motivos futeis, e não fundados nas disposições da lei.

Por esta rasão o ministerio publico intervem sempre nas causas de separação, nos termos do artigo 53.º, n.º 13.º, e do artigo 92.º da novissima reforma judicial, e regulamento de 12 de março de 1868, artigos 11.º e 12.º, e segundo decisões repetidas e recentes do supremo tribunal de justiça, que vem indicadas em a nota ao artigo 1208.º

O projecto primitivo no artigo 1252.º, correspondente ao artigo 1204.º do codigo, estabelecia uma outra causa de separação, em nosso entender rasoavel, que era a *incompatibilidade de genios* entre os conjuges; mas esta foi eliminada pela commissão revisora logo na primeira revisão.

Na discussão do projecto de codigo na camara dos deputados pugnámos nós por esta doutrina do projecto primitivo, que offerecemos em additamento.

Dissemos nós:

«Pelo codigo, que discutimos, um dos casos legitimos de separação de marido e mulher são as sevicias e injurias graves. Tem-se traduzido sempre na pratica do fôro este artigo da nossa legislação por tractos crueis ou pancadas dadas pelo marido na mulher ou por esta no marido. Eu proponho um additamento ao respectivo artigo, em que é caso de separação de marido e mulher a absoluta incompatibilidade moral entre um e outro.

«Nas pessoas de certa educação, por maiores que sejam as divergencias entre os dois conjuges, as sevicias e injurias graves, e os tratos crueis, que se traduzem por pancadas, não têem logar; mas podem dar-se outros factos moraes tão graves e tão pungentes, como aquelles, para pessoas de esmerada educação, que produzam irreconciliavel divergencia entre os conjuges, e obriguem á separação no interesse da familia.

«Quantas vezes o desamor entre marido e mulher se traduz por factos moraes de muito maior gravidade do que as pancadas? E é necessario que a legislação vá em soccorro do conjuge innocente.

«Estas circumstancias levam-me a apresentar um additamento, para que seja tambem caso de separação a absoluta incompatibilidade moral entre os dois conjuges, incompatibilidade moral que, como a camara sabe, é difficil de verificar, assim como é difficil de verificar em muitos casos a existencia de sevicias e injurias, cuja determinação tem sido deixada por isso á prudencia do julgador».

O additamento não foi acceite pela camara, como não foi aceeite nenhuma das propostas, tendentes a melhorar o codigo, que de tantos vicios ia eivado.

Foram rejeitadas, sem discussão, todas as propostas offerecidas no debate sobre o projecto de codigo!

Repetimos, no entretanto, como acima dissemos, que, quando a incompatibilidade de genios se manifestar por injurias, aindaque verbaes ou escriptas, ha logar á separação, nos termos do n.º 4.º do artigo.

Convem notar que, comquanto para os effeitos criminaes, codigo penal, artigo 401.º, § 2.º, não sejam admissiveis contra o co-réo adultero, senão as provas de flagrante delicto, ou as provas resultantes de cartas, ou de outros documentos escriptos por elle, para o effeito da interrupção da sociedade conjugal é sufficiente qualquer genero de prova, porque o conselho de familia, segundo o disposto no artigo 12.º do regulamento de 12 de março de 1868, tendo em attenção as provas, resolverá *como lhe dictar a sua consciencia.*

Tambem julgâmos ainda em vigor, mesmo em presença da nova legislação, o disposto no artigo 403.º do codigo penal, em virtude do qual a sentença passada em julgado em causa de divorcio por adulterio, sendo absolutoria, produz todos os effeitos na causa criminal, postoque hoje a absolvição, como a condemnação, nas causas de separação não resulte das provas legaes, mas sim do *veredictum* con-cioso do conselho de familia.

provadade seja que o conselho de familia não decide se estão ou não não auctorisaprusas allegadas para a separação, mas sim se deve ou pouco coherente suaração, artigo 1207.º n.º 1.º No entretanto seria o conjuge, não se tendo vaprocesso criminal por adulterio, contra damento no juizo civil. separação pedida com este fun-

Assim continua a prejudicar a causa cri... toria na causa de separação, mas não a prejudica a tenca absoludemnatoria, visto o disposto no § unico do citado artigo 403.º do codigo penal.

A deliberação do conselho de familia homologada pelo juiz, nos termos do artigo 1208.º, tem a mesma força que a sentença proferida em juizo contencioso.

As causas de separação pois aqui marcadas são taxativas, e em todo o caso da apreciação dos tribunaes civis; porque comquanto o julgamento da *nullidade* do casamento catholico seja da competencia do fôro ecclesiastico, artigo 1087.º, o julgamento da interrupção da sociedade conjugal é da exclusiva competencia dos tribunaes civis, como era já pelo direito anterior ao codigo.

Art. 1205.º A separação só póde ser requerida pelo conjuge innocente.

(Vid. artigo 1210.º § unico.) Esta disposição é corollario do principio juridico de que a ninguem deve ser permittido allegar a sua torpeza. Seria iniquo e immoral que o marido, por exemplo, querendo separar-se da mulher, commettesse adulterio nos termos do artigo 1204.º n.º 2.º, e viesse elle mesmo depois allegar o *proprio facto* para obter a separação. Por isso só ao offendido é licito allegar o facto, que é por sua natureza *individual.* Só elle e mais ninguem póde promover os termos do processo; nem o ministerio publico, nem os parentes do offendido o podem promover, nem o juiz proceder a elle *ex-officio.*

Nas causas de separação o marido e a mulher são os unicos e verdadeiros interessados, aindaque o ministerio publico assista, como

representante da sociedade, para promover que se não decrete a separação sem motivo legal ou sem as formalidades legaes.

Em negocio de tanta gravidade, e que toca tão intimamente com a honra e dignidade individual, é ao immediatamente interessado, e a mais ninguem, que compete apreciar se deve reclamar a acção dos tribunaes, ou se prefere conservar-se em silencio para evitar o escandalo publico, que sempre resulta de similhantes processos.

Com a acção criminal succede o mesmo. Pelo adulterio da mulher só póde querelar e accusar o marido, codigo penal, artigo 401.º § 3.º Pelo adulterio do marido só póde querelar a mulher, citado codigo, artigo 404.º § 1.º

A questão porém, que ha sobre este artigo, e que tem sido muito ventilada nas folhas da imprensa juridica *O Direito*, e o *Jornal de jurisprudencia*, é sobre o verdadeiro alcance da palavra «*innocente*».

Reputar-se-ha *innocente*, para os effeitos do artigo, só o conjuge, que nem praticou o facto especial, allegado como fundamento da acção, nem outro qualquer, que auctorisasse a separação, ou basta para se reputar *innocente*, que não fosse elle o auctor do facto que se allega, como base da acção?

N'outros termos: o conjuge, que commetteu adulterio ou sevicias por exemplo, póde requerer depois a separação contra o seu consorte por este ter do mesmo modo delinquido, ou ficará inhibido de lhe oppor igual? a acção em juizo, pelo facto de ser réu do mesmo crime que ligarmos á palavra «*innocente*».

A resolução da questão pende da significação que se dér á palavra «*innocente*».

Sustentam uns que o conjuge, que póde requerer a separação, se não está innocente, tanto no facto, que serve de base á acção, como em qualquer outro que possa ser motivo de separação. A disposição do artigo 1210.º § unico do artigo parece prestar-se mais a esta opinião, a que tem por si um argumento de analogia até certo ponto no artigo 401.º § 2.º do codigo penal, onde se estabelece que o marido, convencido do crime de adulterio, ou do crime de excitação de sua mulher a corrupção, não póde querelar pelo adulterio d'ella.

A questão não póde tambem resolver-se em face do projecto primitivo, que só permittia ao conjuge não innocente o requerer a separação, quando o motivo era a incompatibilidade de genios. Mas tendo a commissão revisora proscripto aquelle motivo de separação, por incompatibilidade de genios, acabou igualmente com a excepção de poder ser requerida a separação pelo conjuge não innocente.

Tambem não podemos resolver a questão em vista da fonte do artigo, que é o artigo 79.º do projecto do codigo civil hespanhol, que está redigido nos seguintes termos: «*El divorcio solo puede ser demandado por el cónjuge que no haya dado causa á él*»; e que Goyena em as notas áquelle projecto explica do seguinte modo: «A queixa só é permittida ao offendido: ninguem póde adquirir acção ou direito pela sua culpa ou delicto. Ninguem mais, á excepção do offendido, póde ser admittido a pedir o divorcio».

A redacção d'aquelle projecto foi reproduzida no projecto apresentado ás côrtes constituintes de Hespanha, em 11 de maio de 1869, no artigo 105.º, correspondente ao artigo 1205.º do nosso codigo; mas na lei, artigo 86.º, adopta-se a redacção do nosso codigo.

Tambem não podemos resolver a duvida em face do regulamento de 12 de março de 1868. Ahi emprega-se uma vez a palavra «*innocente*»; e, como synonyma, se emprega trez vezes a palavra «*queixoso*». O codigo emprega como synonyma de *innocente* a palavra «*offendido*», artigo 1209.º § 1.º

Porém o elemento mais vigoroso de interpretação encontrâmo-lo no § unico do artigo 1210.º, que não se achava no projecto primitivo, e que foi introduzido pela commissão revisora.

O § unico do artigo 1210.º mostra que a separação póde ser decretada a requerimento do conjuge, réu do mesmo delicto, e no facto mais grave, que póde dar-se nas relações conjugaes, que é o adulterio.

Se o marido requerer a separação por adulterio da mulher, e esta provar que na mesma epocha elle era adultero tambem, é muito mais favorecida a condição d'ella, considerando-se n'este caso o adulterio do marido uma circumstancia tão attenuante do delicto da mulher, que, em logar de ficar reduzida a alimentos, terá direito á separação de bens.

Ora, se a separação não podesse ser requerida pelo conjuge, réu do mesmo delicto, provado que fosse pela mulher o adulterio do marido, o juiz, longe de julgar a separação de pessoas, e como consequencia a separação de bens, devêra julgar improcedente a acção intentada pelo marido.

A comparação pois do § unico do artigo 1210.º com o artigo 1205.º não nos deixa duvida de que a palavra «*innocente*» não significa innocente em facto, causa de separação, mas sim innocente no facto *especial* allegado como fundamento da acção.

Assim a mulher, que fez injurias graves ao marido, não póde com fundamento n'essas injurias requerer a separação; mas, se d'elle recebeu outras injurias graves, bem póde requerer a separação por este motivo, sem que ao marido seja licito elidir a acção com o fundamento de que a mulher tivera para com elle comportamento igual ao que lhe argue.

Esta jurisprudencia parece-nos até a mais conforme aos principios, porque a doutrina contraria significaria a sancção do principio da vingança, que por muito tempo foi tolerado e até reconhecido na legislação dos povos, mas que hoje é universalmente condemnado por legisladores e jurisconsultos.

Desde que a algum dos conjuges era inconveniente continuar n'uma união infeliz, não podia a sociedade impor-lhe, sem offensa dos principios da moral, o sacrificio da continuação n'uma união violenta.

Seria absurdo admittir a interrupção da sociedade conjugal quando um dos conjuges desse causa a isso, e não quando ambos a dessem. Seria admittir como inconveniente o menos e não o mais.

Por outro lado seria necessario admittir uma especie de reconvenção nos autos de separação, incidente que o regulamento de 12 de março de 1868 completamente desconhece. Desde que a prova da culpabilidade do auctor servisse de meio absolutorio ao demandado, era indispensavel permittir áquelle o responder e dar prova contra os factos allegados por este, ou fosse em reconvenção, ou em novo articulado, e o regulamento não admitte nem uma nem outra cousa.

Entendem alguns que o queixoso não póde demandar o seu consorte, quando está condemnado por sentença, pelo facto de que accusa o demandado. Não acceitâmos porém similhante opinião. A cumplicidade do outro em iguaes factos é rasão de mais para proceder a separação.

Contra a nossa opinião porém já se tem dito: 1.º, que a incompetencia da pessoa do conjuge, não innocente, é uma excepção, que só o outro conjuge póde deduzir, e que póde elle prescindir d'esse direito, por lhe convir tambem a separação, e que para esse caso e com relação á especie do adulterio era necessario prevenir os effeitos da

mesma separação, o que o § unico do artigo 1210.º veiu acautelar; 2.º, que se o legislador quizesse estabelecer um principio generico, não viria decreta-lo apenas para uma especie particular, a do adulterio, ficando a duvida se o principio devia applicar-se aos outros casos, como sevicias, injurias graves e condemnação a pena perpetua.

Quanto ao primeiro argumento. A excepção de illegitimidade da parte não carece de ser allegada pelo outro interessado. Desde que o juiz reconhecer que a parte não é legitima, por não ser inteiramente *innocente* o conjuge, que requer a separação, não póde decreta-la; assim como não póde decreta-la pelo simples accordo das partes quanto aos pontos allegados, independentemente de outras provas, porque equivaleria isso a permittir-se a interrupção da sociedade conjugal pelo mutuo consenso dos conjuges. Alem de que o ministerio publico, que entra na formação do conselho de familia com voto consultivo, pugnaria por que não se proferisse decisão com parte illegitima. Pela doutrina dos nossos contendores o conjuge queixoso tem que allegar e provar duas cousas: 1.ª, que elle nunca praticou facto algum, que auctorisasse a separação, isto é, tem que provar a legitimidade de pessoa, porque não lhe basta a qualidade de conjuge para se apresentar em juizo, é-lhe precisa ainda a qualidade de *innocente*, isto é, de inteiramente puro; 2.ª, que é verdadeiro o facto imputado ao seu consorte, e que dá logar á separação nos termos do artigo 1204.º do codigo.

Ora o regulamento para as causas de separação de 12 de março de 1868 determina, que o conjuge innocente fará um requerimento, no qual allegará *os factos, que constituem as causas de separação*, e pedirá: ser auctorisado a viver separado do outro conjuge; que se determinem os alimentos que lhe devem ser prestados, se d'elles carecer; e se resolva emquanto aos filhos menores o que parecer conveniente, se os conjuges se não accordarem amigavelmente.

Mas nem uma palavra encerra quanto á prova da innocencia do queixoso para estabelecer a legitimidade do auctor, a qual aliás se não presume, e que elle careceria de provar.

Quanto ao segundo argumento. Não nos soccorremos ao § unico do artigo 1210.º, por elle applicar o principio a uma especie particular, nem elle o applica. O artigo 1210.º, § unico, não diz que no caso de adulterio possa ser requerida a separação pelo conjuge, que tambem foi adultero. Não invocámos o § unico do artigo 1210.º, como meio de resolver directamente a questão, mas sim como elemento de interpretação do artigo 1205.º Vendo nós que aquelle § regulava uma hypothese, que não podia verificar-se, sem ser permittido ao conjuge, que praticára factos, motivo de separação, o requere-la contra o seu consorte por procedimento igual, concluimos que a mente do legislador fôra permittir a um dos conjuges requerer a separação pelo facto do outro, ainda que elle auctor fosse réu de igual crime.

Póde pois requerer a separação o conjuge implicado em facto, que seja causa legitima de separação, comtanto que não seja elle auctor quem praticou o *facto* em que se fundamenta o requerimento para a separação.

Art. 1206.º O conjuge, que pretender a dita separação, recorrerá ao juiz de direito da comarca do seu domicilio, ou residencia, para que este faça convocar o conselho de familia, que será composto de seis parentes mais proximos de um e de outro conjuge, tres de cada lado, e do competente magistrado do ministerio publico, que terá voto meramente consultivo.

§ 1.º A falta de parentes será supprida com os amigos da familia, e a d'estes com homens bons da vizinhança.

§ 2.º Em caso de empate, decidirá o juiz.

§ 3.º Nomeado o conselho de familia, serão ambas as partes ouvidas sobre a constituição d'elle, e poderão requerer a substituição dos membros, em que se derem algumas das circumstancias mencionadas nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do artigo 234.º Igual requerimento poderão fazer, offerecendo-se a provar, na falta das ditas circumstancias, alguma das seguintes:

1.º Suborno;

2.º Interesse na separação.

§ 4.º A mulher poderá requerer ao mesmo tempo o deposito provisorio, quer ella seja a queixosa, quer seja queixoso o marido.

(Vid. artigos 1225.º e 1227.º) O codigo estabeleceu um juizo especial para as causas de separação. Quiz que a causa mais importante da familia fosse julgada pelas pessoas que melhor conhecessem o viver intimo da mesma familia, e que mais interesse tivessem na sua conservação e prosperidade; e por isso commetteu o julgamento em primeiro logar aos parentes, depois aos amigos, e a final aos vizinhos.

Constitue-se assim uma especie de jury familiar ou domestico, ou antes um verdadeiro tribunal de familia, de cujas decisões nem sequer ha recurso senão nos restrictos termos, estabelecidos no artigo 1208.º Mas o verdadeiro julgador vem a ser o juiz de direito, porque ordinariamente é pelo voto de desempate que se decide a questão.

O sr. Simas votou contra o artigo, segundo se lê na acta da sessão da commissão revisora de 23 de janeiro de 1862.

A fórma de processo para as causas de separação, introduzida pelo codigo e desenvolvida no regulamento de 12 de março de 1868, é uma innovação radical nas nossas leis de processo. Produziu sobretudo dois resultados, que a experiencia vae reconhecendo. em primeiro logar facilita muito as separações entre os conjuges, porque agora julgam-se n'um anno procedentes mais acções de separação, do que antigamente em vinte; e em segundo logar, acabou a publicidade para as scenas de escandalo, que antigamente representavam os depoimentos das testemunhas e os debates judiciaes.

A legislação anterior não dispunha que nas causas de separação fosse queimado o processo logo depois de proferida a sentença, como determinava com respeito ás causas de supprimento para o consentimento paterno.

Explicam alguns o grande numero de separações, que tem havido depois da promulgação do codigo, não pela maior facilidade de obter separação no juizo do conselho de familia do que nas justiças ordinarias, mas sim pelo segredo que se guarda no processo actual, evitando-se as scenas de escandalo com publicidade, que eram inevitaveis no processo anterior. Nós porém estamos convencidos exactamente da opinião contraria. O que tem determinado este grande numero de se-

parações é a facilidade com que são decretadas pelo conselho de familia, que julga segundo as inspirações da sua consciencia ou segundo o seu arbitrio, quando pela lei anterior eram decididas pelos juizes segundo as provas legaes.

O juiz ordinario não tem jurisdicção para conhecer d'estas questões. O conjuge ha de propor a acção perante o juiz de direito da comarca, fazendo requerimento em duplicado, em que allegue os factos que constituem as causas de separação, e peça: 1.º, ser auctorisado a viver separado do outro conjuge; 2.º, que se determinem os alimentos que lhe devem ser prestados, se d'elles carecer; 3.º, e se resolva emquanto aos filhos menores o que parecer conveniente, se os conjuges se não accordarem an... elmente; e finalmente, que o outro conjuge seja citado para vir ...r á causa na primeira audiencia.

É indispensavel especificar e precisar no requerimento os factos que constituem a causa de separação, sendo inadmissivel a petição em que se allega apenas uma generalidade vaga, como que a separação é requerida com fundamento em o n.º 1.º do artigo 1204.º do codigo civil.

É preciso determinar positivamente os factos de infidelidade do conjuge demandado.

Ao requerimento devem juntar-se os documentos comprobatorios que houver, que podem todavia apresentar-se até ao dia do julgamento, e o rol das testemunhas, as quaes não passarão de cinco a cada facto, regulamento de 12 de março de 1868, artigo 2.º § 3.º, e artigo 7.º § unico.

O conjuge queixoso ha de logo no requerimento designar *tres dos seus parentes mais proximos*, diz o regulamento de 12 de março no artigo 2.º § 2.º, que devem entrar na constituição do conselho de familia.

O regulamento, permittindo ao requerente indicar *tres dos parentes mais proximos*, em vez *dos tres parentes mais proximos*, a que o codigo se refere, não teve de certo em vista alterar no processo a doutrina do direito, mas sim escolher de entre parentes no *mesmo* grau os que mais confiança lhe inspirassem, ou de entre os amigos e vizinhos os que mais conceito lhe merecessem.

Assim, se qualquer dos conjuges tem, como mais proximos parentes, quatro ou cinco irmãos consanguineos, escolhe de entre estes os tres que mais lhe agradam, sem estar sujeito á regra prescripta, por exemplo, no artigo 207.º, que em igualdade de grau determina a preferencia pela idade, e não pela escolha dos interessados.

Assim de entre parentes em igual grau é liberrima a escolha do conjuge.

As mulheres, sendo ascendentes do conjuge, são tambem chamadas a formar o conselho de familia, como se mostra da referencia expressa que faz ao artigo 234.º e n.º 3.º o § 3.º do artigo 1206.º; e portanto excluem qualquer parente em grau mais remoto, e podem ser preferidas achando-se em igual grau com outros parentes.

O codigo comprehenderá os affins nos *parentes*, de que se falla aqui? De certo não; aliás poderia entrar do *lado* de um dos conjuges, ou da sua *linha*, como se exprime em caso analogo o artigo 207.º, mais parentes do que do *lado* do outro, o que é expressamente prohibido pelo codigo. Admittida a doutrina contraria á nossa poderia até succeder que as causas de separação fossem julgadas pelos parentes de um só dos conjuges, como no caso de um ter seis irmãos e o outro nenhum, que entrariam os seis, tres como parentes do mesmo sangue, e tres como affins. Em conformidade da nossa opinião decidiu a

relação de Lisboa em accordão de 12 de dezembro de 1868, publicado no jornal *O Direito*, julgando que *um irmão do marido* não estava no caso de entrar no conselho de familia em substituição dos que á mulher competisse nomear.

Verdade seja que, no caso do § 2.º do artigo 207.º, para membros do conselho de familia dos menores são os irmãos equiparados aos cunhados; mas é n'uma hypothese especial e differente, em que essa equiparação está *expressamente* determinada pelo codigo, e que não póde ampliar-se sem visivel absurdo á questão sujeita. Que nas expressões «*parentes*» ou «*ascendentes* e *descendentes*» se não comprehendem os affins, bem se mostra dos n.ºs 2.º e 3.º do artigo 2511.º

E se os parentes não residirem na comarca, onde corre o processo? Entendemos que deve observar-se por analogia o que se acha disposto nos artigos 208.º e 209.º do codigo. Assim o conjuge, que nomear para vogal do conselho de familia um parente que resida em alheia jurisdicção, deve logo dar prova, ou pelo menos declarar o consentimento d'elle, aliás o outro conjuge poderá impugnar a nomeação.

O vogal residente em alheia jurisdicção deve ser intimado do dia do julgamento por deprecada. Se não comparece adia-se a causa, nos termos do artigo 9.º do regulamento; e se ainda assim não comparece n'este novo dia, julga-se a causa com os outros membros presentes.

Os parentes dos conjuges, que pela proximidade do grau são chamados a fazer parte do conselho de familia, poderão ser dados como testemunhas nas causas de separação? Já se verificou no fôro a hypothese de uma das partes não querer para julgadores no conselho de familia os parentes chamados pela lei a decidir a questão, e indical-os para testemunhas, a fim de os excluir do conselho, vista a incompatibilidade absoluta que ha entre as funcções de testemunha e as de julgador ao mesmo tempo; e o juiz de direito de primeira instancia admittiu que fossem dados para testemunhas os vogaes do conselho de familia.

Sustentam alguns a opinião de que os vogaes do conselho de familia não podem ser distrahidos das funcções de julgadores para serem testemunhas, com o fundamento de que a jurisdicção dos parentes para julgarem as causas de separação entre os conjuges vem da lei, e não póde ser alterada pela vontade ou pelo arbitrio das partes; de que as funcções de julgador n'este caso não são voluntarias, mas obrigatorias para conjuges e parentes; de que só na *falta* de parentes, isto é, quando elles não existirem, é que podem ser chamados os amigos e vizinhos; e de que, descoberto este meio de desviar os parentes das funcções de julgadores nas causas de separação, serão completamente illudidas e falseadas as disposições do codigo sobre tão importante assumpto.

E a relação do Porto julgou, em accordãos de 15 de fevereiro de 1870 e de 23 de junho de 1871, o primeiro dos quaes vem publicado no jornal *O Direito* n.º 11, 2.º anno, que os individuos designados pela lei para membros do conselho de familia nas causas de separação não podiam ser testemunhas no feito, e privados assim d'aquelle direito, em vista do artigo 1206.º do codigo, e dos artigos 2.º § 2.º, e 4.º do regulamento de 12 de março de 1868, porque a disposição do codigo é *perceptiva*, e só admitte estranhos para juizes *na falta* de parentes; e porque a competencia e jurisdicção vem da lei, de que elles só podem ser privados por algum dos casos marcados no § 3.º do citado artigo 1206.º

N.. approvâmos similhante doutrina. A palavra «*falta*», que se lê n'este artigo do codigo, abrange na sua amplissima significação

tambem o *impedimento*, e podem dizer-se impedidos os juizes dados para testemunhas.

Não ha lei que inhiba o réu, nas causas crimes, ou commerciaes, ou civis, de nomear jurados para testemunhas, e em geral nenhuma lei impede a parte de nomear o juiz para testemunha. Finalmente, o modo de substituir os parentes no conselho de familia, quando faltam ou estão impedidos, marca a lei, e facilmente se cumpre. O modo de substituir a prova é que a lei não indica, e que a providencia humana não póde supprir.

No entretanto o supremo tribunal de justiça, em accordão de 20 de fevereiro de 1872, proferido n'aquelle mesmo processo, negou por unanimidade a revista interposta contra as decisões acima referidas, como se póde ver no citado jornal *O Direito* n.º 14, 4.º anno.

Está assim estabelecida a jurisprudencia de que os parentes dos conjuges, chamados a formar o conselho de familia nas causas de separação, não podem ser desviados do exercicio d'estas funcções pelo facto de serem dados para testemunhas, porque o supremo tribunal, conhecendo de termos e formalidades do processo, julga definitivamente.

Os amigos da familia são chamados a compor o conselho para a separação, como são chamados, na falta de parentes, a compor o conselho de familia para os menores, as pessoas que tiveram relações de amisade com os paes d'estes, nos termos do artigo 208.º

Mas as palavras «*amigos da familia*» referem-se aos amigos da familia conjugal, isto é, aos amigos communs de ambos os conjuges, ou aos amigos da familia de cada um dos conjuges?

A redacção do codigo deixa perceber que a referencia é aos amigos da familia conjugal, o que é conforme ao pensamento do legislador, que queria estas causas julgadas em amisade e familia, preferindo que os julgadores fossem amigos de um e do outro conjuge.

Todavia na pratica tem-se admittido indicar o conjuge, na falta de parentes dentro do decimo grau por direito civil, as pessoas que bem lhe parece, com tantoque não tenham os defeitos mencionados no artigo 234.º n.ºs 1.º a 6.º, ficando ao seu arbitrio o apreciar o grau de amisade que lhe dedicam as pessoas que indica para julgadores na sua causa.

Entendem alguns que, tendo o regulamento de 12 de março de 1868 estabelecido um processo especial para as suspeições postas aos membros do conselho de familia, afastando-se assim das doutrinas da novissima reforma judicial sobre este ponto, não é permittido ás partes vir com suspeições áquelles juizes, depois de terem respondido sobre a formação do mesmo conselho, nos termos do artigo 5.º do citado regulamento.

É todavia licito aos interessados oppor suspeições aos membros do conselho de familia, ainda mesmo que esteja marcado já o dia para a sua reunião, como julgou o [illegible] tribunal de justiça em accordão de 25 de novembro de 1870 publicado no *Diario do governo* n.º 292, de 26 de dezembro do mesmo anno.

Diz o accordão:

« Mostra-se mais, que aggravando o recorrido d'este despacho (que admittiu a recorrente a provar os motivos da suspeição allegada) para a relação do districto, ahi se proferiu accordão, no qual dando-se provimento ao aggravo, se ordena que o juiz *a quo* emende o seu despacho pelos seguintes fundamentos: 1.º, porque, estribando-se a aggravada na suspeita de suborno, eram insufficientes para a sua procedencia os motivos allegados; 2.º, que essa mesma suspeição não fôra

apresentada em tempo util, nos termos do § 1.º do artigo 5.º do regulamento de 12 de março de 1868; e 3.º, finalmente, porque d'esta fórma se obstaria á celeridade que a lei exige em processo d'esta natureza;

« Considerando porém que os aggravos são, em regra, de direito restricto, devendo os tribunaes limitar-se ao ponto preciso do aggravo, ou de que se recorre;

« Considerando que o tribunal recorrido, avaliando a procedencia dos motivos da suspeição allegada antes mesmo que se inquirissem as testemunhas e o juiz proferisse sua sentença, evidentemente exorbitou dos termos precisos do aggravo;

« Considerando que, offerecendo-se a recorrente a jurar que a suspeição allegada viera de novo á sua noticia, e a comprova-la com as testemunhas que apontava, não podia julgar-se prejudicado o seu direito pelo disposto no § 1.º do artigo 5.º do regulamento de 12 de março de 1868, que não previu a especie sujeita, e que portanto, como omissa, devia resolver-se segundo o direito applicavel, e que se acha consignado na ordenação, livro III, titulo XXI, e na reforma judicial, artigo 321.º e outros correlativos;

« Considerando que, comquanto a lei exija celeridade n'esta especie de processo, não é isto motivo bastante para que se tolham ás partes os meios necessarios para fazer valer a sua justiça, quando a lei o não prohibe expressamente, e muito mais na execução de leis excepcionaes, que não podem deixar de ter uma applicação restricta, como é expresso no artigo 11.º do codigo civil, e mormente attendendo á gravidade das decisões do conselho de familia, que não podem ser emendadas por via de recurso no objecto principal: » etc.

Da acta da sessão da commissão revisora de 23 de janeiro de 1862, consta que por occasião da discussão do artigo 1254.º do projecto primitivo, correspondente a este, resolvêra a commissão, entre outras cousas: 1.º, que as partes fossem ouvidas quanto á *composição* do conselho de familia; 2.º, que se estabelecessem algumas causas de *exclusão* dos membros avocados pela lei ao conselho, taes como a inimizade, interesse na separação, suborno, etc.

Portanto sobre dois pontos são ouvidas as partes a respeito da organisação do conselho de familia: 1.º, sobre a *constituição*, para verem se é composto dos parentes mais proximos, ou dos vizinhos, ou dos amigos nos termos da lei; 2.º, sobre a *substituição* d'elles, em rasão de se verificar alguma das causas que os torna *incapazes* ou *suspeitos*. As partes podem impugnar a constituição do conselho de familia, não só com o fundamento de incapacidade ou de suspeição, mas tambem com o fundamento de incompetencia.

Os membros do conselho de familia pela sua parte podem requerer tambem a sua escusa com o fundamento de não estarem comprehendidos nas disposições do artigo e § 1.º

Se á revelia ou por omissão do conjuge demandado o juiz nomear os tres vogaes, que por parte d'aquelle devem entrar no conselho de familia, nos termos do artigo 4.º § 2.º do decreto de 12 de março de 1868, poderá ser impugnada a nomeação por ambas as partes, nos termos do artigo 5.º § 1.º do citado decreto, ou só por parte do queixoso?

Cremos que o conjuge revel ou omisso póde impugnar, como o conjuge queixoso, a escolha dos membros do conselho de familia, feita pelo juiz, porque o facto de renunciar á nomeação não importa a renuncia á impugnação. A renuncia dos direitos interpreta-se sempre restrictamente.

Tambem o codigo estabelece novas regras de competencia para as acções que tendem á interrupção da sociedade conjugal quanto a pessoas e bens. Para as acções de simples separação judicial de bens deixa em pé, sem modificação ou innovação alguma, as regras geraes de competencia.

A competencia do juizo para as causas de separação de pessoas é determinada pelo domicilio ou residencia do queixoso, ou o auctor seja o marido ou a mulher.

O codigo, alterando n'esta parte as disposições da lei de processo, introduziu, juntamente com o domicilio, a residencia como fonte de competencia.

A interpretação das palavras «*do seu domicilio* ou *residencia*» tem dado logar ás mais variadas polemicas na imprensa jornalistica e a decisões encontradas nos tribunaes judiciaes.

Sustentam alguns que a mulher não póde propor a acção de separação senão no domicilio ou na residencia do marido: 1.º, porque a mulher, emquanto não se acha judicialmente separada de pessoa e bens, não tem outro domicilio senão o do marido, artigo 49.º; 2.º, porque não tem tambem outra residencia, vistos os artigos 1184.º e 1186.º, que a obrigam a conviver e a acompanhar o marido para toda a parte, a não ser para paiz estrangeiro; 3.º, porque o disposto no artigo 320.º n.º 1.º, que legisla para uma hypothese especial, não influe na decisão da questão, vistoque n'este artigo o legislador considera a separação de facto, só para a punir, tirando ao conjuge separado a tutela do seu consorte interdicto, poisque o facto da separação por desavenças inspira receio de elle não zelar devidamente os interesses do tutelado; 4.º, porque o artigo 1206.º, empregando a palavra «*residencia*» previu as hypotheses, ou de não ter domicilio o marido, e de ser necessario determinar a competencia pela residencia, ou de ter diversas residencias onde vivesse alternadamente, tendo declarado perante a respectiva camara municipal que preferia para domicilio alguma d'ellas, nos termos do artigo 43.º, ou de estar residindo por qualquer motivo temporariamente fóra do seu domicilio quando surgiram as causas de desavença: e quiz o legislador que n'este caso podesse ser intentada a acção na residencia do marido, sem ser necessario recorrer ao seu domicilio.

N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 14 de agosto de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 19.

Diz o accordão:

«Que attendendo a que o artigo 320.º do codigo civil legislou para caso diverso d'aquelle de que se trata, e que pelo artigo 49.º do mesmo codigo a mulher casada segue necessariamente o domicilio do marido emquanto se não achar separada judicialmente; e attendendo a que a *residencia*, de que falla o artigo 1206.º, que rege a materia, não póde tambem deixar de se considerar juridicamente a mesma do marido, emquanto se não verificar a hypothese do artigo 54.º do mesmo codigo, como ainda se não verificou, é evidente que o fôro, em que esta questão se deve tratar, é o domicilio ou residencia do marido recorrente».

E o certo é que, interposto recurso d'esta decisão, foi pelo supremo tribunal de justiça denegada a revista.

Não podemos porém acceitar similhante doutrina, porque nem é conforme á letra, nem ao espirito do codigo. O pensamento do legislador foi favorecer o conjuge innocente, não o obrigando a ir propor a acção de separação com grande incommodo e despezas, no domicilio ou residencia do conjuge culpado; e favorecer sobretudo a mulher, que é ordinariamente a offendida, e a auctora n'estas causas de separação.

A mulher só póde ter domicilio differente do do marido por excepção, como nos casos de se achar separada judicialmente de pessoa e bens, ou d'elle estar condemnado nos termos do artigo 53.º § 2.º; e n'estas hypotheses ha de propor a acção, não no domicilio d'elle, mas no seu, vista a disposição expressa do artigo 1206.º

A residencia da mulher porém póde ser differente da do marido, não só pela significação natural dos factos, mas porque em parte nenhuma o codigo determina que para os effeitos juridicos a residencia do marido é tambem a da mulher.

Pelo contrario, o artigo 320.º n.º 1.º, que todavia não regula expressamente este caso, reconhece a hypothese dos conjuges se acharem separados *de facto* por suas desavenças, e dá a este facto effeitos juridicos; bem como o artigo 1204.º n.º 2.º reconhece o facto da mulher ser *desamparada* pelo marido em caso de adulterio d'este, e dá-lhe igualmente effeitos juridicos.

E nós havemos de negar effeitos juridicos a uma separação *de facto*, exactamente na especie em que o legislador tomou em conta esse facto para favorecer o conjuge innocente quanto á proposição da acção?!

As proprias palavras do artigo 1206.º convencem d'esta opinião. Se a mulher, separada de facto do marido por desavenças, estiver no Porto, e elle em Lisboa, qual será a residencia da mulher, a *sua* residencia, segundo se exprime o artigo? Ensina a grammatica e a logica que é no Porto. Não dispõe o contrario o direito, porque, ainda que em regra a residencia do marido seja a da mulher, ninguem podia inhibir o legislador de fazer excepção a esta regra para fins especiaes, como succede na presente hypothese, e tanto mais que nos dois casos acima indicados reconhece a lei effeitos juridicos na separação de facto.

A excepção da *residencia* para competencia do fôro até foi introduzida só em beneficio da mulher, porque o marido tem ampla liberdade de mudar de domicilio, nos termos do artigo 44.º, e mesmo de obstar a que a mulher alcance residencia differente da d'elle, vistas as faculdades que lhe conferem os artigos 1184.º e 1186.º

Se pois o legislador não queria exprimir pela palavra «*residencia*» uma excepção á regra geral de que a mulher segue nas questões judiciaes o domicilio do marido, escusado era consignar no artigo similhante expressão, e nas leis nunca se presumem palavras inuteis.

No sentido d'esta nossa opinião julgou a relação de Lisboa em accordão de 12 de novembro de 1870, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4445, que diz assim:

«Accordam em relação, que não foi aggravado o aggravante no despacho de que recorre, porquanto o artigo 1206.º do codigo civil dá ao conjuge, que pretender a separação, o direito de recorrer ao juiz de direito da comarca do seu domicilio ou *residencia*.

«E postoque pelo artigo 49.º do citado codigo o domicilio da mulher casada, que se não acha separada judicialmente, seja o do marido, como a lei lhe dá a escolha do domicilio ou da *residencia*, e como a mesma lei (artigo 320.º n.º 1.º) reconheça a separação de facto do conjuge por suas desavenças, e sendo a residencia da mulher do aggravante diversa da d'este, por tal motivo e em diversa comarca podia ella intentar ahi a sua acção de separação, porque o citado artigo 1206.º do codigo civil lh'o permittia, e o juiz de direito em conhecer

d'ella, desprezando a excepção offerecida nenhum aggravo fez ao aggravante».

No mesmo sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 9 de janeiro de 1869, segundo se lê na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 179, e em accordão de 4 de novembro de 1870, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4446.

Hoje não póde deixar de adoptar-se no fôro esta doutrina, porque é a seguida por quasi todos os conselheiros do supremo tribunal de justiça; e este tribunal, sobre termos e formalidades do processo, decide definitivamente.

Deve porém notar-se que para haver residencia, que determine a competencia do juizo para as causas de separação, não basta que o conjuge auctor chegue a uma terra, e proponha logo a respectiva acção, aliás equivaleria a disposição da lei a permittir-se ao auctor o propor a acção onde quizesse.

É preciso que o conjuge esteja residindo effectivamente, ha mais ou menos tempo, a arbitrio do juiz, na terra onde quer promover a demanda. A causa de separação não póde ter logar em comarca onde os conjuges se achem apenas de passagem. Se os conjuges se achavam n'uma hospedaria ou em qualquer outra casa, em comarca differente da sua, e ali algum praticou factos dos que determinam a separação, não póde o outro propor ali mesmo a acção de separação.

A palavra «*residencia*», como ensina Moraes, quer dizer «*assistencia, morada continua em algum logar ou casa*».

A mudança de domicilio é que só se justifica com a declaração perante as camaras dos concelhos d'onde e para onde se muda; porquanto, se basta o animo para conservar o domicilio, é mister para o transferir declaração expressa, na falta de circumstancias ponderosas que façam presumir animo de o fixar n'outra parte, como decidiu o juiz de direito de Villa Nova de Foscôa por despacho de 6 de agosto de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 10, 4.º anno.

Tambem já a alguem tem parecido que o processo marcado no regulamento de 12 de março de 1868 é ordinario, visto ordenar-se no artigo 2.º que o requerimento se faça *em duplicado*, e no artigo 3.º que se assignem duas audiencias ao demandado para contestar, entregando-se-lhe o duplicado. E esta questão é importante, porque o uso de acção differente da marcada na lei póde importar nullidade do processo.

O processo porém n'estas causas é evidentemente summario, porque tem só petição e contestação, e é da essencia do processo ordinario ter quatro articulados, libello, contrariedade, replica e treplica, isto é, dois articulados por cada uma das partes. Demais, o processo é o que está determinado no referido regulamento, qualquer que seja o nome por que o designem.

O *duplicado* que se entrega ás partes n'este processo faz as vezes de contra-fé, na qual se copia, nos termos do artigo 205.º da novissima reforma judicial, a petição do auctor nas causas summarias.

O duplicado não dispensa a contra-fé da notificação. Todavia, segundo julgou a relação de Lisboa em accordão de 7 de fevereiro de 1872 publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 218, não é nullidade a falta de entrega do duplicado, quando a parte o não reclamou, e teve conhecimento do conteúdo no requerimento por meio da contra-fé da citação.

Talvez no regulamento se exija a entrega do duplicado á parte para indicar que o requerimento deve ser por artigos ou por *itens*. No entretanto, como não se exige que o requerimento seja articulado, não póde o juiz negar-se a recebe-lo, ainda que não seja redigido n'esta fórma, comtanto que enuncie todos os factos especificados no artigo 2.º do decreto de 12 de março de 1868.

Na pratica porém todas estas petições são feitas em fórma de articulados, o que é conveniente para mais facilmente se dar a prova aos factos allegados.

No processo de separação estabelece o regulamento algumas disposições, menos harmonicas com os preceitos do codigo, mas que não os alteram no essencial. Determina o codigo, por exemplo, que o auctor recorra ao juiz *para ser convocado* o conselho de familia, parecendo assim que a convocação do conselho precede, ou pelo menos coincide com a apresentação dos articulados.

No entretanto outras são as disposições do regulamento, e effectivamente mais rasoaveis.

Nos termos do regulamento a petição não envolve o petitorio da convocação do conselho de familia, mas sim a allegação dos factos especificados no artigo 2.º do mesmo regulamento, e a *designação* de tres nomes para entrarem na formação d'aquelle tribunal domestico.

Apresentado o requerimento em juizo, e citado o réu, accusa-se a citação na primeira audiencia, em que se assignam tambem duas audiencias ao conjuge demandado para contestar, sem todavia se lhe continuarem os autos com vista, que ficam no cartorio do escrivão a quem for distribuido o feito, para ali serem examinados, bem como os documentos juntos, pelo réu ou seu procurador, citado regulamento, artigo 3.º

Na segunda audiencia apresenta o conjuge demandado a contestação tambem em duplicado, com os documentos e rol de testemunhas até ao numero de cinco a cada facto, designando tambem as tres pessoas que pela sua parte hão de compor o conselho de familia, citado regulamento, artigo 4.º

Só depois de findos assim os articulados é que o juiz manda intimar os conjuges para dizerem, dentro de vinte e quatro horas, sobre a formação do conselho de familia. No caso de recusa deve ser deduzida dentro de tres dias em requerimento, ao qual irão juntos os documentos comprobativos e o rol das testemunhas, que não passarão de tres a cada facto.

Este requerimento será autuado por appenso, e intimada a parte para responder dentro de vinte e quatro horas; e, se ella não confessar, serão logo inquiridas as testemunhas, e em acto continuo julgada a recusa.

Os vogaes nomeados em substituição não podem ser recusados, salvo no caso de incapacidade provada *in continenti*, citado regulamento, artigo 5.º

O juiz assigna o dia e a hora em que a causa deve ser julgada no tribunal, medeando sempre o espaço de cinco a dez dias entre o despacho da designação e a audiencia do julgamento, podendo as partes tirar no cartorio os apontamentos que quizerem dos autos.

Não menciona o regulamento a necessidade de deferir juramento aos membros do conselho de familia, mas deverá o juiz deferir-lh'o, em harmonia com as disposições da lei geral, que não permittem que se exerçam funcções publicas de especie alguma sem o juramento previo.

Estes processos são distribuidos na classe 11.ª, e não na classe 1.ª, na qual entram só as acções mencionadas no artigo 281.º da novissima reforma judicial; e ao tempo da publicação da citada reforma, ainda as causas de separação se processavam por libello, e pertenciam por isso á 2.ª, 3.ª ou 4.ª classe.

Para estes processos é chamado igualmente o ministerio publico com voto consultivo, que tambem já intervinha, por direito anterior, nas causas de separação.

Não tem porém o ministerio publico emolumentos alguns pela sua assistencia aos termos das causas de separação, como alguns pretendem, fundando-se no artigo 96.º das disposições geraes da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, porque elle não intervem como *curador*, e nem este processo é de *justificação* ou *habilitação*, para se julgar comprehendido no citado artigo 96.º da tabella.

O magistrado do ministerio publico intervem como representante da sociedade, que interessa na estabilidade dos matrimonios, e na conservação das familias, e em que não se interrompa a sociedade conjugal por motivos frivolos. N'esta parte tão rigoroso foi o legislador, que por estes mesmos principios não só não admitte que se faça por mutuo consenso das partes a separação de pessoas, mas nem sequer a simples separação de bens, artigo 1227.º

Porém a questão de separação de bens não prende, como a questão de separação de pessoas, com o viver intimo da familia; e por isso deixou o codigo o seu julgamento á jurisdicção ordinaria, artigo 1223.º, e não o commetteu ao tribunal excepcional do conselho de familia.

Em accordão de 10 de março de 1871, publicado no *Diario do governo* de 29 do mesmo mez e anno, julgou o supremo tribunal de justiça que o ministerio publico deve intervir em todas as causas de separação, sob pena de nullidade insanavel.

Diz o accordão:

«Considerando que o ministerio publico deve intervir em todas as questões sobre o estado das pessoas pelo preceito do artigo 53.º n.º 13.º da novissima reforma judicial;

«Considerando que nas causas de separação das pessoas e bens dos conjuges, que dizem sempre respeito ao estado d'estas pessoas, tanto o codigo civil nos artigos 1206.º e 1207.º, como o regulamento de 12 de março de 1868, exigem sempre a audiencia do ministerio publico, aliás já determinada na lei geral do processo;

«Considerando que nos aggravos de instrumento, que de taes causas sobem á relação, o artigo 744.º § 3.º é expresso a mandar ouvir o ministerio publico;» etc.

No mesmo sentido julgou este tribunal em accordão de 18 de abril do mesmo anno, publicado no *Diario do governo* n.º 105, de 10 de maio do referido anno.

Tambem em accordão de 22 de agosto do mesmo anno, publicado no *Diario do governo* n.º 237, de 19 de outubro do referido anno, decidiu, com respeito a uma acção de filiação, que era nullidade deixar de intervir o ministerio publico.

Tambem decidiu, em accordão de 11 de julho d'aquelle anno, publicado no *Diario do governo* n.º 185, de 19 de agosto do mesmo anno, que as injurias escriptas pelo advogado de um dos conjuges contra o outro, n'uma causa entre elles, podia ser fundamento da acção de separação.

Diz o accordão:

«Attendendo porém a que tendo-se, na tenção do juiz relator, que sem impugnação foi seguida pelos dois juizes immediatos, reconhecido que nos articulados, tanto da contrariedade como da treplica, se escreveram allusões injuriosas á recorrente, mas que, por não haver nos autos declaração expressa de haverem sido escriptas por informação do recorrido, ou ao menos com seu conhecimento e approvação, o não deviam ellas prejudicar;

«Attendendo a que o escripto pelo advogado da parte em artigos não precisa de subscripção d'esta, porque se reputa escripto com informação sua o que o advogado articula, ordenação, livro I, titulo XLVIII, § 15.º, e por isso faz contra ella prova, ordenação, livro III, titulo V, § 1.º, em harmonia com o artigo 465.º da reforma judicial;

«Attendendo a que os autos não mostram que o recorrido devidamente reclamasse contra as articuladas allusões injuriosas, como podia ter feito, e manifestado até no inquerito da recorrente, a que assistiu;

«Attendendo pois a que aos juizes signatarios do accordão cumpria o dever de apreciar como entendessem de direito essas injurias, que são tambem um dos fundamentos da acção, o que todavia não fizeram, deixando assim de comprehender todo o objecto controvertido, infringindo igualmente o artigo 736.º da reforma judicial:

«Concedem a revista», etc.

As disposições do regulamento tem até dado já logar a sustentar-se que a acção não póde julgar-se, estando ausente o conjuge, que pede a separação, visto que elle deve comparecer na audiencia, e o não comparecimento importa a desistencia da causa, artigo 8.º

Em accordão de 21 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 17, 4.º anno, julgou a relação do Porto que os conjuges hão de comparecer pessoalmente na audiencia do julgamento, ainda mesmo que algum esteja ausente em paiz estrangeiro.

Diz o accordão:

«Não foi aggravado o aggravante nos despachos de que recorre, vistos os termos dos autos e a expressa disposição dos artigos 7.º, 8.º e 11.º, e do § 1.º do artigo 12.º, e § unico do artigo 13.º do regulamento de 12 de março de 1868, que exige o comparecimento pessoal dos conjuges na audiencia de julgamento das causas, como a de que se trata; e nem póde aproveitar ao aggravante a faculdade do artigo 1332.º do codigo civil, attenta a excepção no final do mesmo artigo, porque o citado regulamento requer em certos actos a assistencia pessoal dos conjuges, e só admitte motivo legitimo de escusa, nos termos do artigo 173.º da reforma judiciaria — molestia grave, ou outro accidente imprevisto — que se não póde considerar como tal a ausencia no imperio do Brazil, e anterior á proposição da acção».

No entretanto não vemos ainda aqui excluida, apesar do silencio do regulamento, a intervenção do procurador ou advogado. Contra o conjuge ausente é que não ha duvida que póde requerer-se a separação.

As causas pendentes em juizo ao tempo da promulgação do codigo, e sobre as quaes não houvesse ainda sentença definitiva, deviam continuar nos termos do processo por elle estabelecido, intimando-se desde logo as partes para indicarem os membros do conselho de familia que haviam de julgar a causa; porque as leis do processo, como de ordem publica, abrangem os factos passados. Porém o citado regulamento decidiu o contrario, ordenando no artigo transitorio que ellas fossem processadas segundo a legislação anterior.

Deve portanto observar-se n'estes casos a lei anterior, não só em relação ao processo, mas tambem em relação ao direito. Outra doutrina porém sanccionou a relação de Ponta Delgada em accordão de 18 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito* n.º 20, 2.º anno, e a relação de Lisboa, em accordão de 18 de abril de 1871, publicado no mesmo jornal, n.º 23, 3.º anno; ou pelo menos acha-se reconhecida outra doutrina nas tenções que vem publicadas conjunctamente com os accordãos, como tendo feito vencimento.

Decide-se n'uma que, comquanto a acção fosse instituida debaixo do imperio da legislação anterior ao codigo, devia ser regulada pelas

disposições do mesmo codigo, publicado em pendencia da causa, porque em geral a lei nova vigora sempre para os factos não consummados e que não têem effeito immediato, mas remoto, porque nas questões sobre o estado ou capacidade das pessoas regula sempre a lei nova.

Diz-se n'outra das tenções que, comquanto a causa não seja processada em harmonia com as disposições do codigo civil, todavia, ácerca da apresentação das provas, bem como dos effeitos da decisão final, subsistem os principios e as regras que se deduzem e estabelecem relativamente á interrupção da sociedade conjugal.

Em nosso entender porém as causas de separação instauradas ao tempo da promulgação do codigo, deviam ser julgadas, tanto com respeito ao processo, como em relação ao direito, em harmonia com a lei anterior.

N'estas acções, conhecidas no fôro antigo pelo nome de acções *prejudiciaes*, tambem não ha prescripção, como a não havia pelo antigo direito.

Só podem ser objecto de prescripção as cousas susceptiveis de dominio privado, artigos 506.º e 537.º, e a ordenação, livro IV, titulo LXXIX, era applicavel ás acções pessoaes, e quando muito ás acções reaes, mas nunca se applicou ás acções *prejudiciaes*.

§ 2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 213.º)

§ 3.º, etc. Sobre as causas de recusa, vid. nota ao artigo 234.º

Já acima dissemos que as partes são ouvidas sobre a *constituição* do conselho de familia, e podem requerer a *substituição* dos membros em que se der alguma das circumstancias mencionadas na lei. Portanto as partes têem que responder: 1.º, sobre a *competencia* dos chamados, isto é, se são ou não os parentes mais proximos dos respectivos conjuges, e, na falta de parentes, os amigos, ou vizinhos; 2.º, se, sendo os parentes mais proximos, amigos, ou vizinhos nos termos da lei, são ou podem ser inhibidos de fazer parte do julgamento por alguma das causas a que se refere este §, como já acima dissemos.

Para o caso de recusa por alguma d'estas causas está marcado o processo no artigo 5.º do regulamento de 12 de março de 1868. Mas para o caso de recusa por incompetencia não ha processo estabelecido, quando é do direito das partes dizer sobre a *constituição* do conselho, e importa materia de competencia a observancia da ordem estabelecida no artigo 1206.º do codigo civil no chamamento das pessoas para a organisação do conselho de familia, como decidiu a relação de Lisboa no já citado accordão de 12 de dezembro de 1868, publicado no jornal *O Direito* n.º 4, 1.º anno.

Ora supponhâmos que qualquer dos conjuges, preterindo a ordem da nomeação estabelecida n'este artigo, designa para membros do conselho de familia pessoas estranhas, tendo parentes, ou designa parentes em grau mais remoto, tendo-os em grau mais proximo: qual é o processo a seguir na opposição feita pela outra parte a esta illegal designação?

O jornal *O Direito*, em o n.º 1, 1.º anno, indica o processo seguido em tres julgados n'esta hypothese.

N'uma comarca, oppondo-se um dos conjuges á designação feita pelo outro de pessoas estranhas á sua familia, tendo parentes, repelliu o juiz esta opposição, com o fundamento de que se não allegava defeito algum nos nomeados, nos termos do artigo 1206.º § 3.º do codigo.

N'outra comarca mandou o juiz ouvir o conjuge que fizera a designação, para em vinte e quatro horas declarar se tinha parentes mais proximos. Passado este praso, sem responder a intimação, julgou-o como revel, e fez o juiz a nomeação.

N'outra comarca tambem o juiz mandou ouvir o conjuge, e affirmando este que os nomeados eram os seus mais proximos parentes, julgou boa a nomeação, não concedendo ao outro conjuge meio algum de provar a falsidade d'esta declaração.

Em nosso entender, e por força do disposto no artigo 16.º, deve applicar-se á recusa dos membros do conselho de familia por incompetencia o processo que se applica á recusa por alguma das causas especificadas n'este § 3.º, isto é, o processo estabelecido no artigo 5.º do respectivo regulamento.

Não ha duvida de que o regulamento de 12 de março de 1868, que marcou o processo das causas de separação, é muito deficiente n'esta materia. Attendeu unicamente ao julgamento directo da acção, e dos alimentos devidos, e estabeleceu nos artigos 12.º e 13.º a competencia e jurisdicção do conselho de familia e do juiz presidente para o julgamento do fundo da questão.

Mas nem um preceito sequer fixou para o processo e recursos a seguir no julgamento das excepções peremptorias offerecidas contra estas acções.

A ordenação, livro III, titulo XX, § 15.º, marcava o processo e os recursos a seguir n'estas excepções, facultando ao réu o oppor, em vez da contestação, a excepção, a qual, sendo recebida pelo juiz, era contestada pelo auctor, e julgada a final antes de se conhecer do merito da acção. Sendo julgada procedente competia ao auctor o recurso de aggravo ordinario ou appellação, e sendo julgada improcedente ao réu só era concedido o aggravo no auto do processo.

A novissima reforma judicial porém, no intuito de evitar as delongas d'aquelle processo, emquanto se discutiam as excepções peremptorias em separado da questão principal, determinou no artigo 316.º que ellas fossem deduzidas juntamente com a contrariedade, conhecendo-se d'ellas na sentença final, havendo assim um só julgamento e um só recurso de appellação pela decisão d'estas excepções e da questão principal.

Nas causas de separação ha de seguir-se para o julgamento d'estas excepções, não o processo da novissima reforma judicial, que é incompativel com as provisões do regulamento, mas o da citada ordenação, livro III, titulo XX, sendo assim julgadas pelo juiz antes da convocação do conselho de familia; e tem sido esta a praxe nos tribunaes.

Dos recursos a seguir n'estes casos diremos em a nota ao artigo 1208.º

Nas acções de separação dos conjuges tambem não é admissivel a reconvenção; e assim julgou a relação de Lisboa em accordão de 25 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 191. Diz o accordão:

« Que sendo como é inadmissivel a acção de reconvenção no processo summarissimo de separação de pessoas e bens entre conjuges, nos termos do artigo 1206.º do codigo civil e do regulamento de 12 de março de 1868; e devendo o conselho de familia conhecer qual dos conjuges foi innocente, segundo o artigo 1205.º, para na decisão final se dar applicação ás disposições consignadas no artigo 1213.º do mesmo codigo; mal julgou o juiz recorrido no seu despacho em não admittir a defeza do réu, postoque em fórma de reconvenção, para depois examinar, como lhe cumpria, quaesquer provas a respeito da questão, na conformidade do disposto no artigo 1207.º do dito codigo ».

N'estes processos é tambem admissivel todo e qualquer genero de prova, nos termos de direito commum.

Tem sido porém objecto de larga polemica na imprensa e no fôro se n'estas causas podem ou não ser inquiridas testemunhas por deprecada.

Sustentam muitos que a inquirição de testemunhas por deprecada não póde ter logar nas causas de separação: 1.º, por ser de natureza secreta este processo, em que os membros do conselho de familia têem a faculdade de fazer perguntas ás testemunhas para se esclarecerem, o que não podem fazer ás inquiridas por deprecada; 2.º, porque admittida a inquirição por deprecada n'estas causas, acabou a celeridade no seu julgamento, que é um dos fins da nova legislação; 3.º, porque ao queixoso nenhum aggravo se faz, negando-lhe o direito de inquirir por deprecada testemunhas, as quaes elle por diligencias suas póde trazer a depor no juizo do feito, vistoque deve vir preparado com todos os meios de prova, e ao demandado obsta-lhe a lei, que não faz dependente a fixação do dia do julgamento, senão de estar constituido o conselho de familia, e não da comparencia das testemunhas.

Em harmonia com esta doutrina julgou a relação de Lisboa por tres votos contra dois, em accordão de 14 de março de 1871, que se encontra no processo de revista n.º 13:637, e que está redigido nos seguintes termos:

«Que aggravada foi a aggravante no despacho de que recorre em vista dos autos, porquanto, designando o codigo civil, no artigo 1206.º, quaes as pessoas que são chamadas a intervir n'estas causas, e ordenando-se no artigo 1.º do regulamento de 12 de março de 1868 segredo nas mesmas, fica manifesto que estas disposições excluem a prova por cartas precatorias, as quaes importariam a revelação d'aquelle segredo a outros juizos e pessoas, alem d'aquellas que a lei designou, accrescendo que as precatorias requeridas, alem de facilitar aquella revelação, em nada aproveitariam ao requerente, vistoque o juiz deprecado, em presença do § 2.º do artigo 11.º do citado regulamento, não devia mandar escrever depoimentos das testemunhas, a não ser sobre rendimentos, sendo por outro lado certo que as mesmas precatorias prolongariam necessariamente a decisão do pleito alem do praso fixado no artigo 6.º do mesmo regulamento»; etc.

Igual decisão tomou este tribunal em accordão de 18 de outubro do mesmo anno, publicado no jornal *O Direito* n.º 14, 4.º anno, dizendo no accordão:

«Provêem ao aggravante, vistoque o regulamento apontado, mirando por uma parte á decisão prompta das questões da classe de que se trata, e por outro lado ao segredo, contra o qual está a expedição de precatorias para juizo differente d'aquelle em que o processo corre; e acrescendo haver só logar escrever-se depoimentos de testemunhas no que diz respeito ao valor de bens para fixar os alimentos, não póde ter logar a expedição de precatorias para inquirição»; etc.

No mesmo sentido finalmente julgou aquelle tribunal em accordão de 13 de março de 1872, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:656.

Não podemos porém conformar-nos com similhante doutrina.

Tres rasões se invocam no primeiro accordão, que é mais desenvolvido, para fixar a jurisprudencia de que nas causas de separação de pessoas e bens não podem ser inquiridas testemunhas por precatoria:

1.ª Que designando o codigo civil, no artigo 1206.º, as pessoas que são chamadas a intervir n'estas causas, e ordenando-se no artigo 1.º do regulamento de 12 de março de 1868 segredo nas mesmas, a expedição das precatorias vae revelar o sigillo a pessoas differentes das que são chamadas a intervir nas mesmas causas;

2.ª Que as precatorias não aproveitariam ao requerente, porque o juiz deprecado não póde mandar escrever os depoimentos das testemunhas senão sobre rendimentos, vista a disposição do § 2.º do artigo 11.º do citado regulamento;

3.ª Que a expedição das precatorias prolongaria necessariamente a decisão do pleito alem do praso fixado no artigo 6.º do mesmo regulamento.

Não procede a primeira rasão. O regulamento de 12 de março de 1868 não ordena segredo n'estas causas, mas sim que sejam processadas *sem publicidade* até ao julgamento, o que faz alguma differença.

Secreto é o processo preparatorio crime até á prisão ou fiança do réu, novissima reforma judicial, artigo 1001.º, e ainda ninguem duvidou de que podem ser inquiridas no summario por precatoria testemunhas residentes em qualquer comarca do reino, revelando-se assim o segredo de justiça a muitas pessoas differentes das que têem de intervir no julgamento d'aquelle processo.

Não procede a segunda, porque tambem nos julgamentos com jurados, ou nas causas crimes, ou nas de commercio, não se escrevendo os depoimentos das testemunhas inquiridas na audiencia de julgamento, escrevem-se todavia os depoimentos das testemunhas inquiridas por deprecada.

Nos termos da novissima reforma judicial, artigo 1054.º, com relação ás causas crimes ordinarias, e da lei de 9 de julho de 1862, artigo 4.º, com respeito ás causas commerciaes, as testemunhas depõem oralmente; e todavia, se as testemunhas são de fóra da comarca, expede-se precatoria para a sua inquirição, nos termos do artigo 269.º da mesma reforma, e são escriptos os depoimentos.

Demais, nas causas crimes ainda as testemunhas moradoras fóra da comarca podem ser obrigadas a vir depor no juizo do feito em certos casos, novissima reforma judicial, artigos 769.º, 1061.º, 1067.º § 1.º, e 1139.º § unico, o que não é permittido nas causas de separação.

Não procede a terceira, porque tambem nos processos de policia correccional deve mediar o intervallo de quarenta e oito horas entre o corpo de delicto e a audiencia de julgamento, novissima reforma judicial, artigo 1251.º § 2.º, e ainda ninguem disse que por esse motivo não podessem ser inquiridas testemunhas por precatoria n'estas causas.

Os depoimentos das testemunhas não se escrevem, porque o tribunal, encarregado de julgar as causas de separação, não é obrigado a decidir pelas provas dos autos, mas sim pelas inspirações da sua consciencia, e por isso não ha recurso das suas decisões.

Para se prescindir do depoimento escripto das testemunhas era preciso determinar: 1.º, que a acção fosse proposta no domicilio d'ellas, ou que ellas fossem obrigadas a ir depor no juizo do feito, quando não morassem todas na comarca onde corresse o processo; 2.º, que no caso de ellas adoecerem devia esperar-se por que melhorassem, para irem depor na audiencia de julgamento, ou que fosse o juiz com todo o conselho de familia, ministerio publico e escrivão inquiri-las a sua casa; 3.º, que não podessem sair dos limites da jurisdicção do juizo do feito depois de proposta a acção em juizo, etc.

Todas estas exigencias revelam pelo absurdo a impossibilidade de similhante jurisprudencia. Demais, nos autos não póde guardar-se o rigoroso segredo, de modo que só tenham conhecimento do processo as pessoas que n'elle intervem.

Começa a publicidade com a distribuição, que é um acto indispensavel para a validade do processo, novissima reforma judicial, artigo 494.º, lei de 16 de junho de 1855, e decreto de 9 de julho do mesmo anno. Ora a distribuição ha de ser lida e publicada pelo official de diligencias, e deve tambem ser affixada na relação dos papeis distribuidos no logar de publicidade do tribunal, em conformidade do disposto no artigo 496.º § 2.º da citada reforma.

Na primeira audiencia é accusada publicamente a citação, e na tereceira é apresentada a contestação documentada com a interpellação do conjuge auctor.

Porém, o que é mais, o regulamento manda no artigo 14.º annunciar o requerimento para a separação de pessoas e bens, nos termos do artigo 1223.º

Que segredo é pois o que exige a lei n'estas causas? É de certo unicamente o prohibir que se tirem certidões das diversas peças do processo, porque a publicidade não póde ser maior desde que não só é permittido, mas ordenado o annuncio do requerimento para a separação nos jornaes.

Diz o illustrado redactor da *Gazeta dos tribunaes*, em o n.º 4:151 d'esta folha, que na commissão revisora do codigo civil, (de que elle era insigne membro), se discutira se o requerimento nas causas de separação de pessoas e bens devia ser publicado na *integra* ou *em resumo*, e que todos os membros foram de accordo em que a publicação devia fazer-se em resumo; e que hoje é esta a pratica geralmente seguida.

Effectivamente na pratica o annuncio limita-se a dar conhecimento ou noticia do requerimento para a separação, sem a mais pequena referencia aos factos em que se firma o pedido da separação.

O fim do annuncio é o indicado no § 2.º do artigo 1223.º, para que as dividas contrahidas pelo marido depois d'esta publicação não possam recair sobre os bens que forem depois separados para a mulher por sentença, o que todavia não era absolutamente indispensavel em presença do disposto no artigo 1114.º e seguintes.

Em vista de todas estas [illegible]sições, o que nas causas de separação é secreto são unicamente os documentos comprobativos dos factos allegados, os depoimentos das testemunhas, a conferencia entre os membros do conselho de familia, e mesmo o conteúdo dos articulados, vistoque o requerimento para a separação é apenas annunciado, e não publicado, nem em resumo, nem por extenso.

Uma das secções do supremo tribunal de justiça decidiu por quatro votos contra um que n'estes processos podiam expedir-se cartas precatorias; e, aindaque a outra julgou o contrario por tres votos contra dois, vê-se que a maioria dos juizes d'aquelle tribunal segue a verdadeira doutrina.

O primeiro accordão tem a data de 23 de abril de 1872, foi publicado no *Diario do governo* n.º 118, de 27 de maio do mesmo anno, e é assignado pelos seguintes conselheiros: Aguilar, conde de Fornos, visconde de Alves de Sá, visconde de Seabra (vencido) e Campos Henriques.

Diz o accordão:

«Attendendo porém a que a celeridade em processos summarios ou summarissimos, que a lei decreta para certas e determinadas causas, não vae nem deve ir tão longe que attinja o absurdo de querer privar as partes, que n'ellas intervem, da sua natural defeza, que lhes é devida pelos immutaveis e inconcussos principios de justiça universal;

«Attendendo a que o segredo, invocado tambem, como rasão de decidir, não colhe na hypothese sujeita, porquanto é principio de direito que para a justiça não ha segredo, e o sigillo que a lei manda guardar tanto prende ao juizo deprecante, como a esse que é deprecado;

«Attendendo a que, comquanto o artigo 11.º § 1.º do regulamento de 12 de março de 1868 mande sómente escrever os depoimentos das testemunhas sobre os rendimentos do casal, refere-se unica e precisamente ás que são inquiridas no acto do julgamento final, e não ás inquiridas por deprecada, sobre cuja circumstancia o mencionado regulamento é omisso, e como tal entra na regra geral das outras causas;

«Attendendo a que o conselho de familia, nas melindrosas funcções que lhe são commettidas, obrigação tem de examinar quaesquer provas [illegible] se deduzirem perante elle ácerca da questão, e resolverá, artigo 1:207.º do codigo civil; por sem duvida que não poderia desempenhar-se de tão arduo mister se uma das partes fosse assim privada de o esclarecer e de lhe fornecer quaesquer provas a que o citado artigo a auctorisa;

«Attendendo finalmente a que em causas d'esta natureza, em que se ventila o pundonor e bem estar de uma familia, nunca é de mais uma circumspecta averiguação dos factos arguidos, que por menos conhecidos ou apreciados póde dar azo a inflingir-se labéu indelevel, que vá torturar para sempre a familia nos seus mais intimos affectos»; etc.

Realmente a doutrina contraria produz o absurdo de auctorisar, por exemplo, a mulher a percorrer varias terras, fóra do domicilio e da residencia do marido, em escandalosa concubinagem, sem que este possa requerer a separação por motivo de adulterio, visto ser-lhe prohibido dar testemunhas que hajam de ser inquiridas por deprecada.

Alguns, para sustentarem que a lei geral de processo não é applicavel ás acções de separação nos casos omissos no regulamento de 12 de março de 1868, ainda tiram argumento do disposto nos artigos 206.º § 1.º, e 230.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que manda applicar as disposições da lei geral nos casos não previstos no mesmo regulamento. Porém aindaque não viessem expressos na lei estes preceitos, não se alterava a jurisprudencia.

Qualquer que seja o silencio da lei, é regra geral de processo que a lei posterior só revoga a anterior, quando ou a altera expressamente, ou estabelece disposições incompativeis com ella.

Para conciliar o inquerito das testemunhas por deprecada com o segredo recommendado pelo regulamento n'estas causas, ordenava o juiz da primeira vara de Lisboa, por despacho de 23 de agosto de 1871, sobre que recaiu o citado accordão da relação de Lisboa de 18 de outubro do mesmo anno, como tudo póde ver-se do referido n.º 14, 4.º anno, do jornal *O Direito*, o seguinte: «Para a inquirição das testemunhas moradoras fóra d'esta comarca passe carta com a dilação de vinte dias, a contar findas as proximas ferias, devendo ser inquiridas com assistencia do ministerio publico, e remettidos os seus depoimentos *fechados* e *lacrados*, ficando igualmente *fechado* e *lacrado* o respectivo traslado».

§ 4.º, etc. Se a mulher for a auctora poderá pedir o deposito no proprio requerimento para a separação, regulamento de 12 de março de 1868, artigo 2.º § 1.º Se for a demandada poderá requerer o deposito logoque seja citada, regulamento, artigo 3.º § unico.

O juiz não póde negar-se a admittir o deposito da mulher porque, qualquer que fosse a causa por que se pedisse a separação, a conti-

nuação de vida com o marido na mesma habitação, em taes circumstancias seria um perigo e escandalo permanentes.

Em vez do disposto no § 4.º do artigo 1206.º do nosso codigo determina a lei hespanhola de 18 de junho de 1870, no artigo 87.º, o seguinte:

Admittida la demanda de divorcio, ó ántes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente:

Primero. La separacion provisional de los cónyuges y el depósito de la mujer.

Segundo. El depósito de los hijos en poder del cónjuge inocente; y si ámbos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador de los mismos y su separacion de los padres.

Si las causas que hubieren dado márgen al divorcio fueren las primera (adulterio da mulher), *segunda* (adulterio do marido), *tercera* (maus tratos infligidos pelo marido á mulher), *quarta* (violencia empregada pelo marido para obrigar a mulher a mudar de religião), *y octava* (condemnação) *del artículo 85.º, podrán los padres proveer de comun acuerdo al cuidado y educacion de sus hijos.*

Tercero. El señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no quedaren en poder del padre.

Quarto. La adopcion de las disposiciones necessarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio prejudique á la mujer en la administracion de sus bienes.

Eram bem dignas de ser adoptadas entre nós algumas d'aquellas disposições. Effectivamente tornava-se necessario que a lei commettesse ao juiz o direito de providenciar ácerca dos alimentos da mulher depositada, especialmente hoje que cessou a acção de alimentos provisionaes, nota ao artigo 184.º Era tambem conveniente que o juiz desde logo decidisse a qual dos paes devia pertencer durante a demanda a direcção dos filhos, que n'alguns casos é perigoso ficar entregue ao pae durante todo o decurso do processo, como agora acontece.

Art. 1207.º O conselho de familia, ouvido o ministerio publico, e as partes, e não conseguindo reconciliar estas, examinará quaesquer provas, que se deduzirem perante elle ácerca da questão, e resolverá:

1.º Se deve, ou não, auctorisar a separação das pessoas;

2.º Qual deve ser a somma dos alimentos, se algum dos conjuges esperados carecer d'elles, e o outro tiver meios de lh'os prestar.

3.º E, finalmente, havendo filhos, sobre o modo de providenciar a respeito d'elles, se os conjuges se não accordarem amigavelmente ácerca d'isso.

Á audiencia de julgamento, tanto pelo codigo, como pelo regulamento, artigo 7.º, devem assistir os conjuges, os vogaes do conselho de familia, e o ministerio publico.

Não providencecia a lei sobre a falta do juiz, do delegado, ou do escrivão, que está prevenida na lei geral; e apenas considera a falta dos vogaes do conselho de familia, das partes e das testemunhas.

A falta dos conjuges sem motivo legitimo não impede o julgamento. Se falta o queixoso, lavra-se auto de não comparencia, o qual importa a desistencia da causa, se falta o demandado, julga-se a causa á sua revelia, regulamento, artigo 8.º e § 1.º

Em vista porém do § 2.º do citado artigo 8.º, que se refere aos conjuges, são legitimas rasões para os dispensar de comparecerem os motivos de escusa designados no artigo 173.º da novissima reforma judicial, que relevam de responsabilidade os jurados por não comparecerem nos dias indicados para as audiencias.

Não soffrendo os conjuges pena alguma criminal pelo seu não comparecimento, parece que o regulamento, determinando que são motivos legitimos de escusa os designados no artigo 173.º da novissima reforma judicial, quer por este modo conceder-lhes o direito de requererem o adiamento da audiencia, verificando-se as circumstancias previstas n'aquelle artigo da reforma.

Se porém a doença occorrer de repente, a ponto de que não haja tempo de prevenir o juizo para se suspender o julgamento, deverá depois declarar-se sem effeito o mesmo julgamento?

Desde que o regulamento declara motivos legitimos de escusa, para o conjuge não comparecer, os prescriptos no artigo 173.º da novissima reforma judicial, poderá admittir-se, que elle venha depois allegar e provar a sua escusa, e que julgada procedente e provada a escusa pelo respectivo juiz de direito, se reuna de novo o conselho de familia para declarar sem effeito a sua anterior decisão, e considerar de novo a causa?

Se foi o demandado que faltou, e o conselho julgou a separação, sendo a sua resolução homologada pelo juiz, nenhum recurso lhe resta, senão o de appellação sobre alimentos, conforme dispõe o artigo 1208.º do codigo, e o artigo 13.º § unico do regulamento.

Portanto, se o conjuge podér provar com documentos o impedimento que o inhibiu de comparecer no julgamento, deve allegar esta circumstancia no recurso de appellação sobre alimentos; porque o juizo de appellação a proposito da questão de alimentos aprecia todas as nullidades do processo; aliás não tem outro remedio juridico de que lançar mão, a não ser a acção rescisoria.

A falta de algum dos vogaes do conselho de familia, ou das testemunhas, não prescindindo d'estas as partes, dá logar ao adiamento, que não excederá a cinco dias; por similhante motivo não poderá fazer-se novo adiamento, devendo o juiz proceder depois ao julgamento com os vogaes e testemunhas que comparecerem.

A lei não permitte que depois de adiado o primeiro julgamento, o segundo e definitivo se demore mais de cinco dias. Não ha pois logar, nem á substituição dos vogaes impedidos, porque esta substituição reclamaria novo processo sobre a constituição do conselho de familia, o que não póde ter logar em cinco dias, praso fatal para proceder ao julgamento.

Se o regulamento quizesse prevenir a falta dos membros do conselho de familia na segunda audiencia, te-lo-ia feito, assim como preveniu o caso de empate, artigo 12.º, § 2.º

Portanto, no segundo dia assignado para julgamento com qualquer numero de vogaes do conselho de familia, que compareça, se ha de julgar a causa.

A relação de Lisboa julgou, em accordão de 13 de novembro de 1872, por 3 votos contra 2, que não podia adiar-se segunda vez o julgamento pela falta de um dos vogaes do conselho de familia. Diz o accordão:

«Que aggravado foi o aggravante no despacho de que se aggrava, em vista da terminante disposição do artigo 9.º do regulamento citado e outros, sendo aquelle explicação e declaração do poder competente do artigo 1206.º, invocado pelo juiz recorrido, que demais não tem

...sula de nullidade: e os autos mostram que o adiamento preten-di..., não sendo o primeiro, seria nova concessão contraria áquelle regulamento».

Na reunião de corporações administrativas e de collegios eleitoraes ha muitas disposições analogas a esta. Assim, se depois de duas convocações successivas, feitas com intervallo de oito dias e devidamente comprovadas, não se reunir numero sufficiente de vereadores, poderão deliberar os *presentes*, codigo administrativo, artigo 100.º Hypothese analoga se encontra reconhecida no artigo 23.º do decreto eleitoral de 30 de setembro de 1852.

Mas na primeira audiencia marcada para o julgamento não póde decidir-se a questão logoque falte algum dos vogaes do conselho de familia, aindaque as partes prescindam d'elle; porque, segundo se deprehende do artigo 9.º do regulamento, podem as partes prescindir das testemunhas, mas não dos vogaes do conselho de familia. Podem as partes prescindir da prova testemunhal, como de qualquer outra, porque este acto respeita unicamente ao seu interesse particular, com o que não tem que ver a auctoridade publica. Porém a competencia e organisação do tribunal que ha de julgar a questão é de direito publico e do interesse social, e portanto superior a quaesquer convenções das partes.

Os vogaes do conselho de familia, ou as testemunhas, que faltarem sem motivo legitimo, incorrem nas penas do artigo 189.º do codigo penal, e o facultativo, que lhes passar certidão falsa, incorre nas penas do artigo 211.º n.º 1.º e § unico do mesmo codigo.

A falta do juiz, do ministerio publico, ou do escrivão, ha de ser supprida nos termos da lei geral, como em qualquer outra audiencia de julgamento.

A primeira obrigação do conselho de familia e tambem do juiz, artigo 11.º do regulamento, é, sem emittirem opinião sobre a justiça da causa, procurarem por meios prudentes reconciliar os conjuges, lançando-se na acta nota da reconciliação, se se conseguir; e n'este caso o juiz julgará o processo improcedente, e sómente os condemnará nas custas.

Não póde porém fazer-se a conciliação dos conjuges no sentido de ficarem separados por commum accordo, independentemente de deliberação do conselho de familia, homologada pelo juiz: similhantes questões não podem decidir-se por contrato, mas unicamente por sentença judicial.

Não póde pois haver conciliação valiosa, senão para o effeito das partes desistirem da acção, e nunca para o fim de ser declarada procedente e provada a acção independentemente da deliberação do conselho de familia, homologada pelo juiz.

Se para a separação é necessaria acção judicial, tambem depois de intentada a acção não póde effectuar-se a separação por uma transacção em que as partes ponham termo ao pleito.

A instauração da acção não podia dar validade á convenção, reprovada pela lei. Nem a separação de pessoas e bens, nem a simples separação judicial de bens podem ter logar senão em virtude de sentença proferida em processo contencioso. O legislador não quiz que ficasse ao arbitrio dos conjuges, em caso algum, a interrupção da sociedade conjugal.

A mesma opinião seguiamos nós já por direito anterior, reputando de nenhum effeito as sentenças que homologavam transacções sobre causas de separação.

Não se conciliando os conjuges, procede-se ao inquerito das testemunhas, que é feito pelo juiz, podendo todavia os vogaes do conselho de familia e o ministerio publico fazer-lhes as perguntas que julgarem necessarias.

As partes não podem fazer perguntas ás testemunhas, mas podem requerer ao juiz que as faça, ao que elle deferirá, se a pergunta não for impertinente, regulamento, artigo 11.º

Os depoimentos das testemunhas só se escrevem na parte relativa ao computo dos rendimentos, para o arbitramento dos alimentos, se este houver logar, artigo 11.º § 1.º do regulamento, porque só n'esta parte ha recurso da decisão do conselho de familia, artigo 1208.º

Se forem porém moradores fóra da comarca ás testemunhas, é evidente, apesar do silencio do regulamento, que hão de ser inquiridas por deprecada, e n'este caso escriptos os seus depoimentos, como succede nas audiencias de julgamento com jurados, segundo dissemos em a nota ao artigo antecedente.

Tem-se discutido muito na imprensa juridica e no fôro se podem ou não ser contradictadas as testemunhas n'este processo, como em qualquer outro. No juizo de direito de Guimarães, segundo se lê na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 22, não se admittem contradictas ás testemunhas n'estas causas, com o fundamento de que o regulamento o não permitte expressamente, e de que da decisão do tribunal não ha recurso, que só é permittido na hypothese expressa do artigo 1208.º, não havendo meio por isso de invalidar o processo por aquelle motivo.

O codigo e o regulamento porém deixaram em vigor a lei geral do processo, salvo na parte em que expressamente a modificaram, como no numero das testemunhas que podem dar-se a cada facto, que não póde exceder a cinco, artigos 2.º e 4.º do regulamento, e quanto á inquirição, que é feita, não pelas partes, mas pelo juiz, citado regulamento, artigo 11.º § 1.º

Entendem alguns que o recurso competente da decisão do juiz que não admittisse as contradictas seria o aggravo no auto do processo, mas que a parte nenhuma *utilidade* tiraria de interpor este aggravo, vistoque não ha recurso da decisão do conselho sobre o julgamento da separação; que sobre a separação nem se escrevem os depoimentos das testemunhas, regulamento artigo 11.º § 1.º, visto resolver o conselho, como lhe dictar a *sua consciencia*, artigo 12.º; e que portanto se alguma das partes oppozesse contradictas, e o conselho indeferisse, inutil era levar recurso, porque o conselho sem ser adstricto ás provas, e tomando uma decisão sem recurso, pouco se lhe daria do julgamento no tribunal superior.

Porém da decisão judicial, que não admittisse as contradictas, de que em geral só se poderia aggravar no auto do processo, novissima reforma judicial, artigo 673.º, por ser um despacho interlocutorio ácerca de ordenar o processo, poder-se-ha tambem interpor este recurso quando for caso de appellar-se sobre a verba de alimentos. No caso de se não verificar a hypothese do n.º 2.º do artigo 1207.º deverá interpor-se o aggravo de petição ou de instrumento, qual no caso couber, e poder-se-ha até appellar, porque, embora se trate de uma sentença interlocutoria, contém damno, que não póde ser emendado pela appellação da sentença definitiva, e entra por isso na regra do artigo 681.º da citada reforma.

E a decisão sobre as contradictas não pertence ao tribunal; é da exclusiva competencia do juiz presidente.

Em a nota ao artigo 1208.º tratâmos largamente a questão ácerca dos recursos que podem interpor-se nas causas de separação.

A jurisdicção do conselho de familia, como *excepcional*, não se amplia alem dos precisos termos do artigo, e abrange unicamente tres pontos: 1.º, decretar a separação; 2.º, arbitrar alimentos nos termos do artigo 178.º; 3.º, dispor a respeito dos filhos, se hão de ficar na companhia do pae ou da mãe, ou parte em casa de um, e, parte em casa de outro, ou entrar n'um estabelecimento de educação, ou commetter-se a terceiro a sua guarda e educação, se os conjuges não se accordarem amigavelmente a este respeito.

Portanto os despachos sobre a *constituição* do conselho de familia, e sobre a *substituição* de qualquer dos seus vogaes, nos termos do artigo 1206.º e seus §§, sobre o inquerito e contradictas ás testemunhas, e sobre o juizo da acção, são da competencia do respectivo juiz de direito com recurso para os tribunaes superiores, sem embargo do silencio do artigo 5.º do regulamento a este respeito; silencio que, quando muito, dará unicamente logar a dizer-se que todos estes recursos téem apenas o effeito devolutivo, como a respectiva sentença final, artigo 13.º § unico.

Assim é tambem o juiz de direito quem julga o processo improcedente e condemna os conjuges nas custas, quando elles se conciliam, artigo 11.º É elle tambem quem decide por si todas as questões suscitadas no inquerito das testemunhas, artigo 11.º e §§.

Os actos de *julgamento* do conselho de familia limitam-se aos casos taxativamente expressos n'este artigo, como diremos com mais largueza em a nota ao artigo seguinte.

O conselho de familia resolve primeiro sobre a separação e sobre os alimentos, depois ouve os conjuges sobre o cuidado e guarda dos filhos, e depois de os ouvir, e de elles não se accordarem, decide então o que ha de observar-se a respeito dos filhos, artigo 12.º e §§.

No entretanto todas estas deliberações, bem como a audiencia dos conjuges a respeito dos filhos, têem logar na mesma conferencia, e previamente á homologação da resolução do conselho.

Quanto aos alimentos, pertence ao conselho não só *fixa-los*, mas julgar se ha necessidade d'elles. Não se infira da má redacção do artigo que é ao juiz que pertence decidir se ha ou não logar a alimentos, limitando-se a competencia do conselho de familia unicamente a fixar, como complemento d'aquella decisão, a somma dos alimentos.

O artigo 12.º do regulamento diz expressamente que o conselho resolverá sobre a separação e *sobre os alimentos*, e nenhum recurso ha, quanto aos alimentos, senão das decisões do conselho de familia, artigo 1208.º Nem no codigo, nem no regulamento se dá ao juiz intervenção alguma no julgamento dos alimentos. As suas attribuições limitam-se a *homologar* a decisão do conselho de familia, salvo o caso de empate, em que é chamado a votar.

Supponhamos porém a hypothese, que já se verificou na pratica, de o auctor não pedir no requerimento os alimentos, e de conseguintemente lh'os não arbitrar o conselho de familia, e de posteriormente á publicação da sentença, que homologou a deliberação do conselho de familia, vir requerer esses alimentos; a quem hão de pedir-se: ao conselho de familia, sendo para esse fim convocado de novo, ou ás justiças ordinarias, e segundo os meios estabelecidos na lei geral do processo para a petição de alimentos?

O codigo confiou ao conselho de familia o decidir tambem sobre os alimentos para evitar nova acção entre os conjuges a este respeito, e porque o conselho de familia deve julgar-se habilitado, não só pelo depoimento das testemunhas e mais provas dos autos, mas tambem pelo conhecimento particular que tem da fortuna dos conjuges, a determinar a necessidade dos alimentos e a fixar a somma d'elles.

Mas o julgamento sobre alimentos não é da jurisdicção exclusiva do conselho de familia, e tanto que ha recurso das decisões d'este tribunal sobre a fixação dos alimentos. Nem podia admittir-se jurisdicção excepcional para decidir sobre os alimentos devidos entre conjuges em caso de separação, quando em todos os outros casos de alimentos, ou devidos por direito de familia, ou por qualquer outro motivo, pertence a competencia ás justiças ordinarias.

Sendo assim não ha rasão para resuscitar o conselho de familia, cuja jurisdicção expirou com a conclusão da acção de separação, a fim de elle conhecer posteriormente do petitorio dos alimentos.

Não ha nas leis disposição que auctorise o juiz a convocar de novo o conselho de familia findo o processo de separação, nem preceito que dê a este competencia para decidir sobre qualquer assumpto.

Em vista pois do artigo 2.º do regulamento de 12 de março de 1868, parece que, não pedindo o conjuge no proprio requerimento para a separação, que se determinem os alimentos, que lhe devem ser prestados, já não póde depois pedi-los, senão ao juizo commum.

Nem o conselho de familia podia concede-los sem novo articulado, e prova dada a elle, pela qual se verificasse a necessidade, e se determinasse o quantitativo dos alimentos, o que é incompativel com o processo marcado no regulamento, e com a natureza das funcções do conselho de familia.

Finalmente tanto a questão de alimentos não é da jurisdicção excepcional do conselho de familia nas causas de separação, que no caso de o conjuge [illegible] rer a separação pelo meio criminal, como lhe permitte o artigo 1.[illegible]º, e não por acção civil, é chamado o conselho de familia a providenciar a respeito dos filhos, e não sobre a questão dos alimentos, que podem aliás ser necessarios.

Portanto em nosso entender o conselho de familia é apenas chamado a julgar dos alimentos entre os conjuges, quando estes são pedidos e discutidos conjunctamente com a acção principal de separação. Mas ainda assim hão de ser pedidos no requerimento, e não no dia do julgamento, porque n'esta occasião não estão habilitadas ambas as partes para allegar e dar prova sobre tão importante assumpto.

O regulamento figura apenas a hypothese de pedir alimentos, se d'elles carecer, o conjuge auctor. Entendemos porém que o conjuge demandado póde tambem pedi-los, na contrariedade subsidiariamente, isto é, para o caso de ser julgada procedente e provada a acção de separação.

O juiz homologa não só as decisões do conselho de familia, senão tambem o termo de accordo dos conjuges, se o houver, com relação aos filhos, condemnando o vencido nas custas sem multa, artigo 13.º

Pelo projecto primitivo eram mais largas as attribuições do conselho de familia; porque, alem da jurisdicção que o codigo lhe confere, podia decidir: 1.º, no caso de separação por sevicias, injurias ou incompatibilidade de genios, se deveria haver separação de bens, tendo esta sido requerida; 2.º, no caso de adulterio de qualquer dos conjuges, se a mulher devia ficar em sua plena liberdade, ou ser obrigada a certa residencia.

A doutrina do codigo é muito mais liberal. A disposição que auctorisava a restringir a liberdade da mulher, depois de separada, era absolutamente incompativel com os principios de igualdade, que regem a sociedade matrimonial.

Poderão os procuradores e os advogados das partes assistir á discussão das causas de separação de pessoas e bens? No juizo de Coimbra, segundo se lê no já citado n.º 22 da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, são admittidos, e pelo contrario no juizo de Thomar, segundo se lê na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:209.

Alguns, para negarem aos procuradores e aos advogados o direito de assistirem á discussão d'estas causas, fundam-se em que o regulamento se não refere expressamente a elles, e em que pelo contrario exige a citação *pessoal* dos conjuges para estes actos do processo, como para o *julgamento*, artigo 7.º do regulamento, para a *sentença*, artigo 13.º § unico, etc.

Póde até deduzir-se argumento a favor d'esta opinião da comparação do artigo 3.º com o artigo 7.º § unico do regulamento. Pelo artigo 3.º póde o conjuge demandado, por si ou *por seu procurador*, examinar no cartorio do escrivão os documentos juntos ao requerimento para a separação. Pelo artigo 7.º § unico, os documentos juntos até ao dia do julgamento são n'esta audiencia examinados pelo *outro conjuge* em acto continuo: n'este caso não se refere o codigo ao procurador, como na hypothese do artigo 3.º

No jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 7, conta-se o facto de n'uma audiencia para julgamento de separação de pessoas e bens, na comarca de Lisboa, findo o inquerito das testemunhas não admittir o juiz os advogados a assistirem ás conferencias com os seguintes fundamentos: 1.º, porque nos termos do artigo 1204.º e seguintes do codigo, e regulamento de 12 de março de 1868, estas causas são todas pessoaes dos conjuges, e de que, se têem sido admittidos os advogados, tem sido mais por tolerancia dos juizes, de que por preceito da lei; 2.º, porque da collocação dos artigos 11.º e 12.º do citado regulamento se collige que, finda a inquirição das testemunhas, se segue logo a conferencia do julgamento; 3.º, porque o citado regulamento só manda ouvir o ministerio publico em acto de conferencia.

Aggravaram os advogados d'este despacho, e a relação em 9 de outubro de 1869 proferiu o seguinte accordão:

« Que não foi aggravado o aggravante pelo juiz *a quo* no despacho recorrido, porquanto havendo sido ordenada a fórma do processo nas causas de separação pelo decreto de 12 de março de 1868, não só se não encontra n'este allusão alguma á intervenção de advogados na audiencia de julgamento, na qual devem as partes comparecer pessoalmente, e as testemunhas são inquiridas pelo juiz, mas ainda se collige das suas disposições que não são admittidas allegações, porquanto, ordenando-se no artigo 12.º do citado regulamento, que concluida a inquirição das testemunhas o juiz, o ministerio publico, o escrivão e o conselho de familia se retirem em seguida á sala das conferencias, e ahi, ouvido o ministerio publico, resolva, como lhe dictar a sua consciencia sobre a separação, sendo evidente que as palavras *em seguida* excluem qualquer acto intermedio, e portanto as allegações de advogados, que o regulamento não julgou necessarias n'esta especie de causas, etc.»

Nós porém seguimos abertamente a opinião contraria. Não podem julgar-se inhibidos de assistir á audiencia de julgamento os procuradores e advogados, que aliás são expressamente admittidos durante o decurso do processo, artigo 3.º, sem disposição expressa e positiva que os exclua de assistirem.

Demais, não entra este acto de certo na classe dos *meramente pessoaes*, em que, nos termos do artigo 1332.º, não ha logar ao mandato.

Como haviam de as partes, especialmente sendo pessoas rusticas, desassistidas de advogado ou de procurador, requerer que se fizessem instancias ás testemunhas nos termos do artigo 11.º § 3.º do regulamento, e examinar os documentos em *acto continuo*, na audiencia do julgamento, artigo 7.º § unico?

Finalmente o regulamento não manda que o processo seja secreto, nega-lhe simplesmente a publicidade até á decisão para evitar o escandalo; mas, ainda quando o declarasse secreto, como era por direito antigo nas causas de supprimento de consentimento paterno, isto não tolhia, segundo a praxe constante, a intervenção dos advogados.

Que muito é que assistam á audiencia de julgamento os advogados, que no seu escriptorio souberam todos os segredos da causa [illegible] constituinte, os quaes não são obri[illegible] a revelar, ainda no exercicio das funcções de testemunha, artigo 711.º n.º 5.º, e que até pela sua revelação têem a pena marcada no artigo 1361.º do codigo civil, e no artigo 289.º do codigo penal!

Secreta é a audiencia nos casos dos artigos 691.º, 794.º § unico, e 1088.º § 1.º da novissima reforma judicial, e podem assistir a ella os advogados, aindaque o não sejam da causa.

Desde que se permitte ás partes, nos termos do artigo 7.º § unico do regulamento, juntar documentos até ao dia do julgamento, torna-se absolutamente indispensavel a assistencia dos advogados, e talvez mesmo a allegação oral, para apreciar a força d'esses documentos, assim como o depoimento das testemunhas.

Em nosso entender, no silencio do regulamento, devia seguir-se o disposto na lei geral, permittindo-se assim as allegações oraes aos advogados. O regulamento tambem não permitte expressamente a assistencia d'elles á inquirição das testemunhas, e no entretanto têem sido admittidos, sem opposição de especie alguma, a este acto do processo.

Deviam ser admittidos a assistir á conferencia, para os conjuges se não verem desamparados d'aquelles em cujas luzes confiam, exactamente no acto mais importante d'este processo judicial.

Um conjuge ignorante, sem ter ao lado homem de lei da sua confiança, póde ver-se collocado em graves embaraços na conferencia para o julgamento.

Podiam assim conciliar-se os interesses das partes com as provisões legaes, que não contrariam expressamente a assistencia dos advogados ás conferencias de julgamento.

É tanto mais necessaria a intervenção dos advogados, desde que é admittido na conferencia o ministerio publico, a cujas rasões na maior parte dos casos não poderão responder as partes, senão por intermedio de advogado.

O projecto primitivo chamava tambem a intervir no julgamento, com voto consultivo, o parocho; mas a commissão revisora logo na primeira revisão acabou com esta anomalia da intervenção do padre em negocios exclusivamente profanos.

Na disposição do n.º 3.º do artigo estará incluido o direito de o conselho de familia arbitrar tambem os alimentos para os filhos? Evidentemente o conselho de familia tem a mais ampla jurisdicção para *providenciar a respeito d'elles*.

Quanto ás separações decretadas antes da promulgação do codigo civil, se hoje houver necessidade de arbitrar alimentos aos filhos, não póde recorrer-se ao conselho de familia, organisado nos termos do artigo antecedente, mas ao juizo competente, nos termos das leis do processo commum, porque as leis do processo, como relativas a objectos de ordem publica, applicam-se mesmo a factos passados.

Art. 1208.º As decisões do conselho de familia serão homologadas pelo juiz de direito, e d'ellas não haverá recurso, excepto no caso do n.º 2.º do artigo precedente, quanto á verba dos alimentos.

Da decisão do conselho de familia quanto ás pessoas dos conjuges, e dos filhos, não ha recurso algum. N'esta parte adopta o codigo estrictamente o principio do governo da familia pela familia. É por isso que os depoimentos das testemunhas não se escrevem, senão sobre a verba de alimentos.

Assim é evidente tambem que as deliberações do conselho de familia não devem nem podem fundamentar-se no ponto de que não ha recurso, pela mesma rasão por que não podem escrever-se os depoimentos das testemunhas.

Deve porém declarar-se o *motivo* da separação, em primeiro logar porque o conselho de familia não póde decretar a separação senão por alguma das causas reconhecidas no artigo 1204.º, e em segundo logar porque os effeitos da separação podem variar, segundo a causa foi o adulterio, ou alguma das outras.

Requerendo o marido a separação contra a mulher, com fundamento em adulterio e em sevicias, se o conselho de familia se limitasse a *auctorisar* a separação, sem declarar a *causa* por que a decretava, não havia meio de saber o motivo que determinára a sua decisão, tornando-se assim impossivel o dar cumprimento ao § unico do artigo 1210.º

O conselho de familia é absoluto e omnipotente na apreciação das provas dadas ao allegado. Não é pois obrigado a dar as rasões por que julgou provada a causa de separação, mas ha de ao menos declarar a *causa* por que auctorisou a separação, e que não póde ser differente da allegada pela parte no seu articulado.

Já se tem discutido se das decisões do conselho de familia ha recurso, mesmo sem ser com relação á verba de alimentos, achando-se o processo eivado de nullidades essenciaes.

N'um processo que correu na 6.ª vara em Lisboa appellou-se da decisão do conselho de familia com fundamento em varias nullidades, como eram o não se ter escripto o depoimento da parte, que foi requerido, e que devia ser escripto para a parte se servir d'elle ou não, como quizesse, nos termos do artigo 466.º e outros da novissima reforma judicial; por se não ter julgado, como questão prévia, uma excepção posta pelo réu de que a acção estava prescripta, porque o divorcio não podia ser intentado por motivos sobre os quaes tinha havido plena reconciliação entre os conjuges, seguida da continuação da vida conjugal; e porque a decisão do conselho de familia, decretando a separação, não fôra fundamentada, nomeando-se alem d'isso os vogaes que tinham votado contra e a favor.

Allegava-se que a irrevogabilidade da decisão do conselho de familia quanto ao ponto da separação não obstava a que os tribunaes conhecessem das nullidades do processo, porque tambem as decisões irrevogaveis do jury não prejudicam os competentes recursos por nullidades do processo. O juiz não tomou o termo de appellação, mas sim o de aggravo do despacho que denegou a appellação, ao qual a relação não deu provimento, como se mostra do accordão de 27 de julho de 1869, proferido nos seguintes termos:

«Que aggravado não foi o aggravante com o despacho de que recorre, á vista dos autos, e expressa disposição do artigo 1208.º do codigo civil, e por isso lhe denegam provimento».

Interposto recurso de revista houve depois desistencia.

Não podemos porém concordar com a jurisprudencia de que não havia recurso da decisão final do conselho de familia, ou da sentença de homologação do juiz pelas nullidades do processo. Adoptada aquella jurisprudencia não haveria meio de obstar aos processos tumultuarios n'estes julgamentos.

Os depoimentos das testemunhas sobre a separação dos conjuges não se escrevem, nem n'este ponto da decisão do conselho de familia ha recurso, para evitar o escandalo da publicidade, a fim de que tudo o que constar d'essas desgraçadissimas questões de familia não passe alem dos parentes ou dos amigos dos conjuges, do ministerio publico, do escrivão e do juiz; e porque o legislador commetteu o julgamento d'estas causas á jurisdicção excepcional de um tribunal domestico. Mas pelas nullidades do processo devem ser admittidos os competentes recursos da sentença final.

No entretanto, se fôr possivel appellar da decisão quanto á verba de alimentos, conhecem os tribunaes, a proposito d'esta questão, de todas as nullidades do processo.

Assim a relação de Lisboa, em accordão de 7 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 218, conheceu das nullidades do processo n'uma causa de separação, em que se appellou da deliberação do conselho de familia quanto á verba de alimentos. E em accordão de 25 de julho de 1871, estabeleceu o supremo tribunal de justiça a mesma jurisprudencia, negando a revista interposta contra um accordão da relação de Lisboa.

Das decisões interlocutorias do juiz de direito ha recurso como já dissemos. Quanto porém á fórma do recurso não podem acceitar-se as prescripções da lei geral do processo senão em harmonia com as determinações do codigo e do respectivo regulamento, que não admittem recurso da decisão final, como em outro logar já ponderámos.

Dos despachos do juiz conseguintemente em rarissimos casos póde ter logar o aggravo no auto do processo, porque d'este recurso só conhecem os tribunaes, quando os autos ali sobem por aggravo ou por appellação, nos termos do artigo 386.º da novissima reforma judicial. Portanto, nos casos e incidentes em que por lei geral cabe aggravo no auto do processo, deve interpor-se aggravo de petição ou de instrumento, qual no caso couber, não só porque este aggravo compete de todos os despachos em que alguma lei fôr offendida, mas porque este recurso é mais consentaneo com a natureza rapida do processo de separação, do que o de appellação.

Vérdade seja que nos termos do artigo 681.º da novissima reforma judicial compete appellação de todas as sentenças definitivas e interlocutorias, que acabarem o feito de maneira que n'elle não possa haver sentença definitiva, ou contiverem damno, que não possa ser emendado pela definitiva, ou pela appellação da definitiva; preceito unicamente applicavel nos expressos termos do mesmo artigo, ás sentenças proferidas em causas que excedam a alçada do juiz, porque nas outras só ha o recurso de embargos.

Portanto parece que dos despachos do juiz n'estas causas só cabia o recurso de appellação. No entretanto a jurisprudencia estabelecida pelos tribunaes leva-nos a distinguir, quanto ao recurso, entre os despachos que julgam improcedentes as excepções offerecidas, e os que as julgam procedentes, e quaesquer outros.

Dos primeiros cabe o recurso de appellação, e dos outros o recurso de aggravo de petição ou de instrumento, qual no caso competir.

Que cabe recurso de appellação dos despachos que rejeitam as excepções, proferidos pelo juiz de direito no processo preparatorio das acções de separação, julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 3 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 35 do mesmo anno.

Diz o accordão: «Attendendo a que tendo força de sentença definitiva a que rejeitou a excepção, não podia negar-se ao recorrente, como fôra negado pelo despacho do juiz de 1.ª instancia, a appellação que d'ella pretendia interpor;

«Attendendo a que, aggravando por isso de petição, lhe fôra negado provimento pelo accordão, pelo unico fundamento de que nas causas de separação, como a de que se trata, o artigo 13.º, § unico do regulamento de 12 de março sómente admitte o recurso de appellação com relação á fixação do *quantum* dos alimentos;

«Attendendo porém que se fez errada applicação da lei invocada, porque se não deve confundir a sentença do juiz de direito proferida no processo preparatorio em que ainda se está, com a decisão do conselho de familia.. a respeito da separação, que nenhuma ha por emquanto, nem póde haver senão depois de decidida a questão prejudicial levantada pelo recorrente, que o predito juiz tratou de decidir préviamente, como cumpria, pela sentença, attenta a natureza d'ella, era appellavel por estar comprehendida na regra geral do artigo 681.º da reforma, para dever ser admittida a appellação na conformidade da lei reguladora, como aliás não foi, por se considerar erradamente que a lei applicavel, e que com effeito foi applicada no accordao recorrido, era o artigo 13.º § unico do regulamento de 12 de março de 1868, que não póde ter justa applicação ao caso de que se trata, vistoque a sua disposição procede em hypothese muito diversa:

«Portanto concedem a revista», etc.

Que cabe aggravo de petição ou de instrumento dos outros despachos interlocutorios proferidos n'estas causas é pratica seguida na relação de Lisboa, que admitte recursos dos despachos interlocutorios do juiz antes da audiencia de julgamento; e assim se compensam os prejuizos resultantes da denegação de recurso da decisão final do conselho de familia.

Em accordão de 9 de janeiro de 1869, publicado no jornal *O direito*, 1.º anno, n.º 7, e na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 68, decidiu a relação de Lisboa, que nos processos de separação devem admittir-se aggravos dos despachos interlocutorios, embora se não possa appellar da sentença final, revogando assim as decisões do juiz da 6.ª vara da comarca judicial da mesma cidade, que não permittia o aggravo d'estes despachos com o fundamento de que, se da sentença final não havia recurso, nos termos do artigo 1208.º do codigo, muito menos o podia haver dos despachos interlocutorios.

Diz o accordão:

«Que foi aggravado o aggravante no despacho de que recorre, porquanto, sendo a decisão que deu causa ao recurso inteiramente estranha aos de que trata o artigo 1208.º do codigo civil, não póde a determinação d'este artigo ser aqui applicavel, subsistindo portanto as regras geraes de direito, segundo as quaes o recurso interposto era competente.»

Das peças que na *Revista de legislação e de jurisprudencia* se publicam conjunctamente com o accordão, se infere que a relação julgou tambem que era competente o recurso de aggravo de instrumento ou de petição do despacho do juiz, que recebeu um requerimento para separação de conjuges, que contra o disposto nos artigos

2.º e 3.º do regulamento de 12 de março de 1868, não era feito em duplicado, em que o requerente não pedia para se determinar a somma dos alimentos, nem para o conjuge vir fallar á causa na primeira audiencia posterior á citação, nem designava tres individuos que deviam constituir o conselho de familia, nem ajuntava rol de testemunhas.

Reputâmos inteiramente legal esta jurisprudencia. Nenhuma lei prohibe os recursos dos despachos interlocutorios nas acções de reparação e por isso devem prevalecer a este respeito as regras geraes de direito.

Com relação aos despachos interlocutorios não se verifica nenhuma das rasões que determinaram a negação do recurso da sentença final.

Das decisões do conselho de familia que não são motivadas, e que são proferidas depois de ouvidas testemunhas, cujos depoimentos não se escrevem, não podem os tribunaes superiores conhecer; mas as decisões de direito, que consistem na applicação da lei, podem elles apreciar, porque não é preciso examinar provas para conhecer da boa ou da má interpretação e execução da lei.

Finalmente não póde argumentar-se do preceito, que regula a jurisdição especial do conselho de familia, para o exercicio das funcções do juiz, que estão determinadas na legislação em vigor.

Portanto, se o conjuge demandado vem allegar a ineptidão da petição, ou reclamar contra a falta de especificação das causas prescriptas na lei para determinar a separação, etc., é das attribuições do juiz o decidir estes pontos, porque a jurisdicção do conselho de familia, como excepcional, é restricta aos pontos taxativamente designados no codigo e no regulamento.

Se a parte oppozer a excepção de incompetencia e o juiz indeferir, cabe aggravo de petição ou de instrumento, nos termos da lei commum. Este aggravo suspende o andamento do processo.

O assento 1.º de 23 de março de 1786 determina positivamente que a excepção de incompetencia *liga as mãos do juiz* para nada determinar emquanto está incerto da sua jurisdicção, e não for julgado competente; e que *emquanto pende o pônto de jurisdicção, e se não decide a que juizo pertence a causa, se deve suspender n'ella pela interposição da declinatoria.*

Do despacho, que negasse effeito suspensivo a este aggravo, cabia tambem aggravo de petição ou de instrumento qual no caso coubesse, como ultimamente decidiu tambem o supremo tribunal de justiça.

Esta é a pratica constante no nosso fôro, e ha recentes accordãos do supremo tribunal de justica sanccionando-a.

A mesma doutrina se infere *a contrario sensu* do disposto no artigo 238.º § 4.º da novissima reforma judicial, que nas causas, de que conhecem os juizes eleitos, nega effeito suspensivo ao aggravo interposto do despacho, que julga improcedente a excepção declinatoria.

Nos recursos que subirem das decisões do conselho de familia, nos termos do artigo 1208.º, podem os tribunaes superiores conhecer de quaesquer aggravos no auto do processo, interpostos contra os despachos do juiz instructor do mesmo processo, como decidiu a relação do Porto em accordão de 5 de agosto de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 138.

Têem-se levantado tambem difficuldades sobre a applicação da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes ás causas de separação, que, nos termos regulados pela legislação actual, eram desconhecidas ao tempo da promulgação da referida tabella.

N'estas causas se os depoimentos das testemunhas forem reduzidos a escripto no caso do artigo 11.º § 1.º do regulamento competem

ao juiz os emolumentos do artigo 22.º n.ºs 13.º e 14.º da tabella em vigor, que é de 30 de junho de 1864.

Se não forem escriptos, pertencem ao juiz os emolumentos marcados para o inquerito nas discussões verbaes, citada tabella, artigo 22.º n.º 14.º, e os da presidencia, citada tabella, artigo 22.º n.º 23.º

Pela sentença porém não lhe cabe emolumento algum. O artigo 22.º n.º 8.º da tabella dava emolumento especial aos juizes pela sentença nas causas de separação; mas esta disposição era applicavel no tempo em que elles proferiam sentença, e não hoje, que elles apenas homologam a decisão do conselho de familia, e a tabella não trata d'este acto de homologação.

É tambem inapplicavel a esta especie o n.º 6.º do artigo 23.º da tabella, que respeita apenas aos conselhos de familia nos inventarios de menores; bem como a disposição do n.º 5.º do mesmo artigo, que diz respeito a sentenças de natureza diversa das proferidas nas causas de separação de pessoas e bens. Entendemos pois que ao juiz nenhum emolumento compete pela homologação d'estas decisões do conselho de familia.

Sentença de preceito, segundo a ordenação, livro III, titulo LXVI, § 9.º, é aquella em que o juiz condemna o réu no todo ou em parte do pedido do auctor, confessado pelo mesmo réu. Chama-se esta sentença de *preceito*, porque é o réu pela sua confissão que se condemna a si mesmo. Ora na sentença de homologação não se verifica nenhum d'estes requisitos; e até alguns julgam que a homologação não é sentença, mas apenas o acto do juiz, que dá força ao que se acha estatuido ou estabelecido no acto que se pretende homologar, e lhe activa a execução.

A decisão do conselho de familia, decretando a separação, ou a sentença, que a homologa, será rescindivel, visto o artigo 10.º do codigo, o artigo 1.º § 2.º da lei de 19 de dezembro de 1843, e a ordenação, livro III, titulo LXXV, sendo dada contra direito expresso, como se o conselho de familia dá por não provadas as causas de separação, e apesar d'isso a decreta?

Nos termos do artigo 1208.º não ha recurso da decisão do conselho de familia, salvo no tocante a alimentos, e sabido é que onde não ha recurso ordinario, muito menos o póde haver extraordinario; e, onde a lei não dá recurso ordinario nem extraordinario, a decisão é irretratavel.

Demais, o conselho de familia decide n'estes casos como jury, segundo lhe *dictar a sua consciencia*, conforme a phrase do artigo 12.º do regulamento, a qual decisão póde considerar-se implicita na expressão «*resolverá*» que se lê no artigo 1207.º, e portanto é irrevogavel a sua decisão, como é a do jury, na especie prevista no artigo 1162.º § 2.º da novissima reforma judicial.

Finalmente o conselho de familia n'este caso limita-se a auctorisar ou não a separação, que é para o que lhe dá competencia o artigo 1207.º; e não formula uma sentença nos termos da ordenação, livro III, titulo LXVI, § 7.º, dando as rasões da sua resolução, como têem obrigação de fazer os outros juizes nas sentenças de que ha recurso, para as partes saberem se lhes convem interpo-lo, e os juizes do recurso o entenderem melhor, como tudo se mostra da citada ordenação.

Não se escrevendo, como não se escreve, o depoimento das testemunhas no tocante á prova das causas da separação, não só não ha logar a declarar na sentença o que se provára e o que não se provára, mas nem ainda póde saber-se com certeza se os fundamentos da sentença n'esta parte seriam ou não verdadeiros.

Se porém houver nullidade substancial no processo, como falta de citação, bem póde intentar-se a acção rescisoria, como já dissemos n'outro logar.

A sentença que julga a separação de pessoas e bens será annunciada dentro de oito dias em algum dos periodicos da comarca, e não os havendo, por editaes no logar do domicilio dos conjuges, contando-se os oito dias desde que a sentença for publicada, vistoque a appellação é recebida só no effeito devolutivo, regulamento, artigo 13.º § unico.

Para fazer o annuncio, no caso de simples separação judicial de bens, dá-se o praso de oito dias, que se contam com relação ao requerimento, não desde a data d'elle ou do despacho, mas da sua apresentação no cartorio do escrivão, porque a parte podia demora-lo em seu poder, mesmo depois do despacho, sem lhe dar andamento, e com relação á sentença desde o dia em que ella passar em julgado, artigo 1225.º § 1.º

O codigo só manda annunciar o requerimento para a separação, a sentença que a julgar, e o acto juridico que desfizer a sentença, no caso de simples separação judicial de bens, artigos 1225.º e 1229.º, e não no processo de separação de pessoas e bens, onde esta publicação é tanto ou mais necessaria.

O codigo era omisso n'este ponto quanto á separação de pessoas e bens, mas o regulamento de 12 de março de 1868 nos artigos 14.º e 16.º tornou applicavel ao requerimento para a separação de pessoas e bens, e á sentença que a julgar, e ao acto juridico que desfizer a sentença, o que os artigos 1225.º e 1229.º do codigo prescreveram, quanto á simples separação judicial de bens.

A gazeta em que se fizer o annuncio, ou a copia dos editaes, com a certidão de que estiveram affixados por trinta dias, serão juntas aos autos, citado regulamento, artigo 14.º § unico.

O annuncio ha de ser feito pela mulher, que é a interessada, e se ella deixar passar os oito dias sem fazer o annuncio, o beneficio concedido no § 2.º do artigo 1225.º nem por isso fica perdido, mas só se lhe conta desde que effectivamente tiver logar o annuncio. É a illação mais rasoavel que póde tirar-se da doutrina do artigo 1225.º

Os effeitos do annuncio são que todas as dividas que o marido contrahir depois d'elle não podem recair sobre os bens que por effeito da sentença forem separados para a mulher.

É tambem importante fazer remontar os effeitos da sentença até á publicação ou annuncio do requerimento de separação, para evitar que durante o intervallo que vae desde o requerimento á publicação da sentença o marido prejudicasse a fortuna da mulher, e tanto no processo de separação de pessoas e bens, como no processo de simples separação judicial de bens.

Desde o annuncio do requerimento, ou para separação de pessoas e bens, ou para simples separação judicial de bens, deixam de pesar sobre os bens da mulher as dividas que, contrahidas pelo marido, nos termos dos artigos 1113.º e 1114.º, sem outorga d'ella, a responsabilisavam, porque as dividas contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, fóra das especies ali previstas, não responsabilisam os bens d'ella, aindaque não haja annuncio de requerimento para interrupção de sociedade conjugal.

Art. 1209.º No caso dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1204.º, é licito ao conjuge offendido recorrer ao conselho de familia,

ou intentar contra o outro conjuge a competente acção criminal.

§ 1.º Porém, se o conjuge offensor reincidir, poderá o conjuge offendido intentar a acção criminal, não obstante ter recorrido ao conselho de familia.

§ 2.º Sendo a acção intentada contra a mulher, e esta absolvida, será de direito havida por separada de pessoa e bens, e poderá requerer sem necessidade de outro titulo senão da sentença de absolvição, que se proceda executoriamente á separação e entrega dos bens que lhe pertencerem.

§ 3.º Se o conjuge recorrer á acção criminal, observar-se-ha o que fica disposto no n.º 3.º do artigo 1207.º, convocando-se para isso o conselho de familia, nos termos do artigo 1206.º

Pelo projecto primitivo, artigo 1257.º, correspondente ao artigo 1209.º do codigo, só ao marido, em caso de adulterio da mulher, era licito recorrer não só ao conselho de familia, mas tambem á competente acção criminal, aindaque a mulher condemnada ficava sujeita á pena de degredo temporario, artigo 401.º do codigo penal, e só o degredo perpetuo importava separação.

A commissão revisora porém resolveu, como se lê em a nota ao artigo 1228.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1257.º do projecto primitivo, e ao artigo 1209.º do codigo, que as disposições votadas n'aquelle artigo e todas as mais correlativas fossem applicadas ao marido, quando a acção fosse intentada contra elle pela mulher nos casos do n.º 2.º do artigo 1223.º, correspondente ao n.º 2.º do artigo 1204.º do codigo.

A mulher pois, para obter a separação, que é do que se trata n'esta secção, tambem póde aproveitar-se da competente acção criminal, postoque a pena imposta ao marido pelo crime de adulterio, e no *restricto* caso em que elle póde ser perseguido por este facto, seja a de multa, artigo 404.º do codigo penal.

Tambem é certo que o codigo não permitte recorrer ao mesmo tempo ao conselho de familia e ao juizo criminal, ou ha de recorrer-se a um ou ao outro meio, como se mostra da redacção do artigo, e da sua comparação com o § 1.º; quando pelo direito anterior podia tentar-se a causa civil e criminalmente ao mesmo tempo, como até se infere do artigo 403.º do codigo penal, sendo as acções independentes uma da outra, com a unica differença de que a sentença absolutoria na causa civil extinguia o procedimento criminal.

Effectivamente, desde que o meio da acção criminal produz o mesmo effeito do recurso ao conselho de familia, porque não só conduz á imposição da pena, mas tambem á separação, não devia ser permittido empregar simultaneamente aquellas duas acções.

O certo é que o conjuge offendido não póde intentar ao mesmo tempo a acção de separação perante o conselho de familia, e a acção criminal; e que a acção criminal, julgada procedente e provada, determina a separação.

O disposto no § 2.º do artigo deve entender-se em harmonia com o deliberado pela commissão revisora em sessão de 25 de janeiro de 1862, por occasião da discussão do artigo 1257.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1209.º do codigo. A respeito do § 3.º do

artigo 1257.º do projecto, correspondente ao § 2.º do artigo 1209.º do codigo, diz a acta da sessão: «Foi approvado, salva a redacção, de modo que fique bem expresso que a separação não é necessaria, mas que póde ter logar querendo o conjuge absolvido, e bastando n'este caso a sentença absolutoria».

Tambem no projecto de 1863.º, nota ao artigo 1228.º, se transcreve de teor esta deliberação.

Não foi porém cumprida similhante resolução, porque não se exprimiu claramente aquella idéa, e conservou-se exactamente a redacção escura como se achava. Todavia as declarações da acta da sessão da commissão revisora estão de accordo com os principios; e em virtude d'estes, se a separação fosse necessaria em tal caso, a absolvição da mulher equivaleria exactamente á condemnação, quando o pensamento do legislador foi auctorisa-la a separar-se do marido, de quem ella tinha maus tratos a receiar, pelo desespero e odio que havia de augmentar-lhe a circumstancia de ter intentado a acção de separação contra a mulher, e de ter decaído d'ella, e sobretudo porque a dignidade da mulher não lhe consentiria a convivencia com o consorte, que injustamente a tinha desacreditado no tribunal.

A commissão revisora decidiu que a condemnação crime por adulterio importava a separação de pessoas, como se mostra do artigo e de todos os seus §§. No caso de ser julgado procedente e provada a acção intentada no juizo criminal manda-se convocar o conselho de familia para providenciar a respeito dos filhos, na falta de accordo amigavel dos conjuges. Pelo codigo penal nem o adulterio da mulher produzia o effeito de separação, visto não ser a separação consequencia *natural* da pena de degredo temporario; e o marido condemnado não soffria outra pena senão a de multa, e mesmo quanto aos tres casos de adulterio, pelos quaes, nos termos do artigo 1204.º n.º 2.º, póde ser demandado para a separação, só no ultimo póde ser perseguido criminalmente, codigo penal, artigo 404.º

Nos termos do codigo civil, condemnado em acção crime por adulterio um dos conjuges, apesar de ser insignificante a pena, e aindaque venha a ser mais leve por direito posterior, está decretada de direito separação.

O § 3.º d'este artigo, correspondente ao § 4.º do artigo 1257.º do projecto primitivo, tinha ali outra redacção, que era justa e logica no systema d'aquelle projecto, porque se referia, não ao caso de se recorrer á acção criminal *em geral*, mas ao caso do § 2.º d'este artigo, correspondente ao § 3.º d'aquelle artigo 1257.º, isto é, ao caso do marido ter intentado acção contra a mulher, e d'esta ser absolvida, porque n'esta especie ha logar á separação.

Porém desde que a commissão revisora igualou ambos os conjuges no direito de recorrer á acção criminal para obter a separação, devia dar, como deu, outra redacção ao § do projecto primitivo, a que corresponde o § 3.º do artigo 1209.º do codigo.

Se o conjuge offensor reincidir, poderá o offendido intentar a acção criminal, não obstante ter já recorrido ao conselho de familia.

Mas se reincidir, quando? Durante a acção perante o conselho de familia, ou já depois de julgada a separação? A generalidade do § 1.º daria logar a entender-se que a acção criminal podia intentar-se, tanto pendente a acção de separação perante o conselho de familia, como depois de decretada a separação.

A significação porém da palavra «*reincidencia*», que importa condemnação pelo mesmo facto em sentença passada em julgado, codigo penal, artigo 85.º, mostra que o codigo se refere unicamente á hypo-

these de os conjuges estarem já separados. E assim como não é possivel haver separação entre os que já estão separados, o queixoso que não deixa de ser conjuge, ainda que separado, não tem meio de revindicar a sua honra offendida com o adulterio do outro senão recorrendo á acção criminal.

Nem esta disposição póde causar estranheza, porque a interrupção da sociedade conjugal não quebra os laços de fidelidade, que os conjuges mutuamente se devem, e por isso póde cada um, offensor ou offendido, ainda depois de decretada a separação, perseguir o outro pelo facto do adulterio.

A disposição do § 2.º do artigo não é applicavel ao marido, a quem a mulher, em acção judicial, lançou á cara o facto do adulterio, e que foi absolvido da acção; porque, segundo os nossos costumes e as nossas leis, assim como o adulterio do marido não é tão grave como o adulterio da mulher, assim tambem a sociedade não considera tão aggravado o marido pela circumstancia de se lhe imputar um adulterio que demais se não provou.

Já na pratica se discutiu se a acção, a que se refere o § 2.º do artigo, era só a criminal, ou tambem a civil de separação de pessoas e bens, isto é, se a mulher, contra quem o marido intentou a acção civil de separação e bens, e que d'ella decaiu, póde por esse facto declarar-se tambem separada de pessoas e bens. A relação de Lisboa porém decidiu em accordão de 5 de agosto de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 44, que o preceito do § 2.º do artigo era applicavel unicamente á acção criminal.

Diz o accordão:

«Que attendendo a que não póde deixar de se considerar como mais certo que o § 2.º do artigo 1209.º do codigo civil, falla sómente da acção criminal permittida no dito artigo aos conjuges, para com o fundamento do adulterio de algum d'elles obterem a separação de suas pessoas e bens, etc.»

A doutrina consignada no accordão parece-nos a legal, não só pela redacção do §, mas sobretudo comparado o artigo do codigo com o correspondente (1257.º) do projecto primitivo. O argumento da tenção, que fez vencimento no accordão, de que o regulamento de 12 de março de 1868, que estabelece o processo para a acção civil de separação de pessoas e bens, no § unico do artigo 15.º declara o inventario dependencia da causa em que for julgada a separação, e não apresenta um unico caso em que haja separação de bens, não se julgando a separação de pessoas, é improcedente.

A acceitar-se em toda a sua extensão aquelle argumento, tambem não poderia ter logar o inventario, quando a mulher fosse absolvida em acção criminal, porque tambem n'este caso não foi julgada a separação.

Interpondo-se recurso d'aquelle accordão para o supremo tribunal de justiça, foi negada a revista.

Art. 1210.º Da separação de pessoas deriva necessariamente a separação de bens.

§ unico. Exceptua-se o caso de adulterio da mulher, no qual, seja qual for o regimen, em que o matrimonio tivesse sido contrahido, a mulher não terá direito a separação de bens, mas só a alimentos, salvo se provar, que, ao tempo em que commetteu o adulterio, podia requerer a separação contra o marido, por alguma das causas mencionadas no n.º 2.º do artigo 1204.º

Art. 1211.º Em todos os casos, em que se dê separação de bens, se procederá a inventario e partilha, como se o casamento estivesse dissolvido.

A separação de bens é consequencia necessaria da separação de pessoas, salva a excepção unica de condemnação por adulterio da mulher, em que não ha separação de bens, salvo sendo o marido réu do mesmo delicto.

No projecto primitivo e no projecto de 1863, em vez das palavras «da separação de pessoas deriva necessariamente a separação de bens», que se lêem no artigo 1210.º, dizia-se «a separação de pessoas importará de pleno direito a separação de bens», o que significa uma e a mesma cousa, apesar da diversidade de redacção.

Da separação das pessoas deriva pois necessariamente a separação dos bens, salva uma unica excepção, a de ter sido requerida a separação com fundamento no adulterio da mulher, e de ella não ter provado que ao tempo em que commetteu o adulterio podia com igual fundamento requerer a separação contra o marido, como tudo se mostra do artigo 1210.º e § unico.

Da redacção do § unico do artigo 1210.º se infere que a mulher só póde ser privada da separação de bens, provando-se o seu adulterio sem se provar que igual facto fosse praticado pelo marido, sendo este o requerente no processo da separação.

Entendem alguns que, citado o marido a requerimento da mulher para vir fallar á causa da separação de pessoas e bens, e podendo elle intentar contra a mulher a mesma acção com fundamento no adulterio, sem que ella possa accusa-lo de igual delicto, deve julgar-se a acção proposta pelo marido primeiro do que a proposta pela mulher, como *prejudicial*, visto depender do julgamento d'aquella a separação de bens, ou simplesmente a concessão de alimentos á mulher.

Não ha porém lei ou principio de direito que dê á acção do marido n'estas circumstancias o caracter de *prejudicial*. Se o marido, podendo intentar a acção de separação de pessoas e bens com fundamento no adulterio da mulher, se descuidou, e deixou que ella propozesse primeiro a sua acção, collocando-o na posição do réu, e tirando-lhe as vantagens que lhe competiriam sendo elle auctor, *sibi imputet*.

N'esta parte parece-nos mais rasoavel a provisão da lei de Hespanha, que no artigo 88.º dispõe, em geral, que, se o marido der causa ao divorcio, ha logar á separação de bens, e que, se for a mulher quem dê causa á separação, conserva o marido a administração dos bens d'ella, com a obrigação de prestar-lhe alimentos.

O projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso n'esta materia, como em muitas outras, diz no artigo 88.º: «Quando seja a mulher a culpada do divorcio, conservará o marido a administração dos bens da massa social, e alimentará a mulher», e Goyena no seu commentario ao artigo diz que n'este caso não ha logar á separação de bens, e que continua o marido innocente com os mesmos direitos, quanto á administração e usufructo, e emquanto aos encargos, um dos quaes é alimentar a mulher.

É mais acceitavel a doutrina da lei hespanhola. Conceder á mulher a administração dos seus bens, quando ella foi causa da separação, é dar-lhe uma faculdade, que ella não tinha durante a constancia da sociedade conjugal, e por consequencia um premio.

Pelo projecto primitivo, artigo 1257.º § 1.º (1209.º § 1.º do codigo), a separação julgada criminalmente por causa de adulterio da mulher fazia-lhe perder todos os seus bens em proveito dos filhos, ou do marido se os não tivesse, dando-lhe apenas direito a alimentos.

A commissão revisora porém modificou a dureza d'esta disposição. Não só não lhe faz perder a propriedade dos seus bens, e apenas lhe nega a separação, e conseguintemente o usufructo e a administração; mas até lhe concede a separação de bens no caso de ella provar que ao tempo em que commetteu o adulterio podia com o mesmo fundamento requerer a separação contra o marido.

No accordão da relação do Porto de 11 de novembro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 138, ou antes nas tenções que fizeram vencimento, e que vem publicadas na mesma folha, declara-se que a fixação dos alimentos á mulher no caso especial do § unico do artigo 1210.º não deve ser considerada como pena, mas que tambem não se lhe deve arbitrar mais do que o necessario para a sua sustentação, vestuario e habitação, concedendo-se-lhe apenas o estrictamente indispensavel para ella não dar mais largas á devassidão.

Sempre que a separação de pessoas for acompanhada da separação de bens procede-se como na dissolução do matrimonio. Reputa-se inteiramente dissolvida a sociedade, e trata-se de inventario e partilhas para liquidar o que pertence a cada um dos socios. Cada um dos conjuges fica dispondo livremente dos bens mobiliarios, que lhe pertencerem, artigo 1215.º, sem que um tenha a menor intervenção ou direito algum de reclamação contra o outro, salvo apenas o direito dos filhos, que podem impugnar qualquer doação por inofficiosa, citado artigo 1215.º

Na separação de pessoas e bens ha inventario e partilha, como se o casamento estivesse dissolvido, e isto qualquer que seja o regimen matrimonial, de modo que se o casamento for com incommunicabilidade absoluta, até dos adquiridos, e estiver descripto em documento authentico o que pertencer a cada um dos conjuges, póde quasi dispensar-se o inventario judicial, tomando a mulher posse dos seus bens em vista do documento authentico, em que elles estiverem descriptos.

Portanto o facto de se fazer inventario e partilha não importa a meação para os conjuges, se os pactos antenupciaes a excluiam.

Na simples separação judicial de bens apenas se tira ao marido a administração dos bens da mulher, que passam a ser administrados por ella, artigo 1223.º No julgamento da separação de pessoas procede-se logo a inventario, como se o casamento fosse dissolvido, e os bens que eram dotaes são entregues á mulher e perdem logo essa natureza, que só recobram restabelecida a sociedade conjugal, mas sem prejuizo dos direitos adquiridos sobre elles por terceiros durante o tempo da separação. Pelo contrario, na simples separação judicial de bens, em que apenas se muda de administração, e em que não se procede, como na dissolução do casamento, os bens dotaes não perdem a sua natureza propria, artigo 1224.º, porque continuam a ser necessarios para sustentar as despezas do casal, artigo 1226.º, poisque a sociedade não se considera dissolvida por este facto.

Mas tambem feita a simples separação judicial de bens não se communicam mais nem as perdas, nem os rendimentos de cada um dos conjuges.

No processo do inventario podem os crédores fazer valer os seus creditos, e requerer o pagamento d'elles.

A dissolução da communhão, consequencia da separação de pessoas, não abre os direitos de sobrevivencia de qualquer dos conjuges; isto é, sem embargo d'esta separação os direitos pertencentes a um dos conjuges para por sua morte passarem ao outro só passam effectivamente a este por morte d'aquelle.

Se se verificar a unica hypothese em que, sem embargo de se dar a separação de pessoas, não ha logar á separação de bens, nos termos do § unico do artigo 1210.º, continua a administração dos bens do casal em poder do marido, e elle depois da separação das pessoas, exactamente com os mesmos direitos, que tinha durante a communhão na sociedade conjugal, e ainda com esses direitos augmentados, porque a mulher perde até a faculdade que lhe pertence de dispor dos bens mobiliarios e da terça dos rendimentos nos termos do artigo 1128.º, tendo casado com separação de bens.

Já alguns pretenderam sustentar que a disposição do § unico do artigo 1210.º era applicavel só no caso de separação decretada em virtude de sentença proferida em acção criminal.

Fundavam-se: 1.º, em que era gravissima esta pena para haver de ser decretada sem sujeição a provas n'um processo summario, sem garantias de defeza, e ficando a imposição d'ella verdadeiramente dependente só do voto do juiz, que ordinariamente é quem decide em desempate estas questões, e sem haver recurso algum da sua decisão; 2.º, em que, tendo o conselho de familia, segundo a redacção do artigo 1207.º, de pronunciar-se, não *sobre o facto do adulterio*, mas sobre se *deve ou não auctorisar a separação*, póde elle decretar a separação por motivo differente do allegado no requerimento, e assim separar *verbi gratia*, por injurias, postoque se tenha articulado o adulterio; 3.º, que tambem o preceito do § 2.º do artigo 1209.º é, segundo a praxe dos tribunaes, applicavel unicamente á separação proveniente de sentença proferida em acção criminal.

Não póde porém admittir-se similhante opinião.

O argumento de que o conselho de familia póde auctorisar a separação de pessoas e bens, por motivo differente do allegado no requerimento inicial da acção, não procede. O conselho de familia deve declarar a rasão por que auctorisa a separação, como dissemos em a nota ao artigo 1208.º

Demais, a disposição do § unico do artigo 1210.º está concebida em termos genericos, e onde a lei não distingue não é licito ao interprete distinguir: o artigo 1210.º estabelece uma regra geral evidentemente applicavel a todos os casos de separação, qualquer que seja a natureza do processo ou da causa em que ella fosse proferida, e portanto a disposição restrictiva ha de abranger as mesmas hypotheses.

Finalmente, o artigo e § unico estão collocados na secção em que se trata da interrupção da sociedade conjugal em acção civil, e portanto devem reputar-se applicaveis á separação em processo civil, salvo declaração em contrario. A disposição do artigo 1209.º § 2.º é meramente fugitiva, e applicavel restrictamente nos termos em que se acha estabelecida.

Nem a pena da privação da administração dos bens é tão grave como á primeira vista parece, porque a mulher, durante a communhão na sociedade conjugal tambem não administra, artigo 1104.º, e portanto, verificada a especie do § unico do artigo 1210.º na interrupção da sociedade conjugal, continua quasi na mesma posição que tinha.

Esta era tambem a opinião do illustrado auctor do projecto primitivo, como se mostra do artigo 1260.º d'aquelle projecto, que es-

tava collocado entre os artigos correspondentes aos artigos **1211.º** e **1212.º** do codigo, que a commissão revisora eliminou em sessão de **25** de janeiro de **1862**, de certo por escusado, e que dizia assim: «Não havendo logar a separação de bens, conservará o marido a administração dos bens do casal com os mesmos direitos e obrigações que antes tinha».

Assim, na especie do § unico do artigo **1210.º**, sempre que a separação de pessoas não importe separação de bens, se o casamento foi contratado por costume do reino, continuam a communicar-se todos os adquiridos por qualquer titulo gratuito ou oneroso; se houve pacto exclusivo de communhão as acquisições hão de ser reguladas em harmonia com as condições estipuladas na convenção antenupcial. N'esta hypothese não tem logar a interrupção da sociedade conjugal, senão emquanto ás pessoas, e por isso continua como d'antes a sociedade dos bens.

É pois certo que a separação de pessoas, decretada por adulterio da mulher, que não tem por circumstancia attenuante o adulterio do marido, não dá logar á separação de bens. Continua a sociedade matrimonial quanto aos bens, como até ali, com a unica differença de que a mulher perde até o direito de dispor dos bens mobiliarios, e da terça dos rendimentos, nos termos do artigo **1128.º** se o casamento foi celebrado com separação de bens.

Notam alguns que a disposição do § unico do artigo **1210.º**, alem de representar o predominio do sexo masculino sobre o feminino, dá logar a que a mulher tenha grande interesse, sendo adultera, em que o marido o seja tambem, e que no mesmo caso está o marido, porque á mulher adultera só é obrigado a dar alimentos.

O distincto jurisconsulto, o sr. Bruschy, preferia a disposição da lei franceza, que privava da sua liberdade por algum tempo a mulher separada por motivo de adulterio.

O codigo não regula, para a hypothese de a mulher ficar reduzida simplesmente a alimentos nos termos do § unico do artigo **1210.º**, os effeitos da separação ácerca dos bens, que existirem no casal, nem dos que os conjuges obtiverem de futuro, porque n'este caso apenas se interrompe a sociedade conjugal quanto ás pessoas, e conserva-se quanto aos bens.

Sem embargo porém das disposições claras e inequivocas dos artigos **1210.º** e **1211.º**, já na imprensa periodica vimos sustentar que mesmo no caso de a separação de pessoas não importar separação de bens, e de a mulher ficar unicamente com direito a alimentos, ha logar á descripção e partilha, comquanto o marido fique na posse de todos os bens, e que nos bens adquiridos posteriormente á sentença não ha communicação, constituindo propriedade especial de cada um dos conjuges; quando o codigo diz expressamente no artigo **1210.º** que n'este caso não ha separação de bens, e no artigo **1211.º** que só ha inventario e partilha nos casos em que se dê separação de bens.

Nos termos do artigo **15.º** do regulamento de **12** de março de **1868** não carece de distribuição o inventario, porque é dependencia da causa em que foi julgada a separação, e a decisão do conselho de familia, homologada pelo juiz, servirá de titulo executorio para o inventario e partilha dos bens entre os conjuges.

O inventario porém é de maiores, sem intervenção do conselho de familia, nem do curador, ainda mesmo que um dos conjuges esteja cumprindo a pena de degredo temporario, sem embargo do disposto no artigo **54.º** do codigo penal e no artigo **356.º** do codigo civil.

N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 8 de agosto de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 189.

Os bens immobiliarios dotaes devem entregar-se logo á mulher, sem necessidade de serem descriptos no inventario, vistoque lhe pertencem precipuos, em conformidade do disposto nos artigos **1158.º** e seguintes, **2075.º** e **2082.º**

O que ha de entrar no inventario são as bemfeitorias necessarias e uteis; porque a mulher ha de repor, ou á massa dos adquiridos communicaveis, ou á parte do marido, o valor em que ellas augmentaram os bens.

Sobre o direito de retenção por bemfeitorias, que n'este caso compete ao marido, vid. nota ao artigo **1158.º**

Os bens comprados pelo conjuge na posse do casal, depois de decretada a separação de pessoas, mas antes de feita a partilha, presumem-se communs, de modo que, não se descrevendo no inventario, haja logar á pena de sonegados?

Os bens adquiridos durante o processo da separação de pessoas e bens presumem-se communs por argumento do disposto no artigo **1245.º** do codigo, e conforme ao que já dispunha a ordenação, livro IV, titulo XCVI, §§ 7.º e seguintes, devendo provar-se, para destruir aquella presumpção, a origem, d'onde proveiu o dinheiro para a compra. Não vemos porém rasão n'este caso para a acção de sonegados nos termos do artigo **2079.º**, vistoque na hypothese não está manifesto o dolo do inventariante na não descripção do predio, devendo n'este caso o juiz mandar partir a propriedade, visto achar-se no casal dividendo, muito embora deixe direito salvo ao interessado para em competente acção ordinaria reivindicar a propriedade, provando que foi comprada com dinheiro seu particular, cuja origem fique bem manifesta, de modo que destrua aquella presumpção. Porém os bens advindos ao casal a titulo gratuito, depois de julgada a separação, pertencem logo ao conjuge, por cuja cabeça vieram.

Com o julgamento da separação acabou a communhão, ainda que dependa de partilha a liquidação.

Na simples separação judicial de bens, se o casamento tiver sido contrahido segundo o costume do reino acaba a communhão logoque o requerimento é apresentado em juizo, artigo **1222.º**, se a separação vier a realisar-se, independentemente do annuncio, que não produz effeitos entre as proprias partes, mas só com relação a terceiros, artigos **1225.º** e **1229.º**

Porém no processo de separação de pessoas, visto o silencio do codigo, cremos que a communhão só acaba, decretada a separação por sentença.

Não regula o codigo o modo ou o tempo em que acaba a communhão, mesmo na simples separação judicial de bens, se o casamento não é contrahido segundo o costume do reino, quando em todas as fórmas do casamento, sem exceptuar o regimen da separação de bens, póde haver communhão nos adquiridos. Entendemos que, por analogia, a doutrina, que o codigo estabelece para terminar a communhão na simples separação judicial de bens, quando o casamento é celebrado conforme o costume do reino, é applicavel a todos os casos de communhão, qualquer que seja a fórma do regimen matrimonial.

Na separação de pessoas e bens a communhão, qualquer que seja o regimen matrimonial, só termina com a sentença de separação.

Nem no codigo, nem no regulamento se estabeleceram as indispensaveis medidas transitorias com relação ás separações *temporarias* decretadas anteriormente á sua publicação.

Pelo direito anterior, decretada a separação perpetua, rompiam-se todos os direitos e deveres entre os conjuges relativamente aos bens, procedendo-se a partilha, e ficando cada um a administrar os seus bens, como se não foram casados. Na separação *temporaria* porém só se suspendiam os deveres reciprocos, que são consequencia da cohabitação, continuando porém o marido na administração dos bens, assim communs, como proprios, com obrigação de alimentar a mulher.

Ora os conjuges separados *temporariamente* antes da promulgação do codigo ficam depois d'esta sujeitos ás leis do mesmo codigo? Poderia a mulher exigir logo a separação de bens? Ficaria pertencendo desde logo ao conjuge respectivo o que por sua cabeça lhe viesse, qualquer que fosse o regimen matrimonial?

Decidimo-nos pela negativa em todas estas questões. As leis que respeitam á capacidade e ao estado das pessoas são de ordem publica, e applicam-se por isso ainda aos factos passados sem offensa do principio da não retroactividade.

Mas não vão até ao ponto, salvo declaração especial em contrario, de inutilisarem os effeitos de sentenças transitadas em julgado. Os conjuges separados temporariamente nos termos da lei anterior nem podem recorrer ao conselho de familia, nem fazer innovação alguma na sua posição juridica, sem ter decorrido o tempo marcado na sentença que os separou.

Art. 1212.º Quando os filhos ficarem ao cuidado e guarda de um dos conjuges, nem por isso se terá por desonerado o outro das obrigações, nem por privado dos direitos paternaes, n'aquillo que não se oppozer ao desempenho do encargo, especialmente attribuido ao outro conjuge.

(Vid. artigo 1226.º) A interrupção da sociedade conjugal, ainda pela separação de pessoas e bens, não exonera o conjuge, a cujo cargo não estão os filhos, de concorrer para as despezas d'estes, nem a mulher separada simplesmente de bens de concorrer para as despezas do casal, artigo 1226.º É uma consequencia dos deveres impostos pelo matrimonio, que não se dissolve, interrompendo-se apenas a sociedade conjugal ou pela separação de pessoas e bens, ou pela simples separação judicial de bens. Se só um dos conjuges tiver bens, só este sustentará os filhos.

Os conjuges hão de concorrer para as despezas dos filhos em *proporção* dos seus bens, como em proporção dos seus bens e rendimentos concorre para as despezas do casal a mulher separada de bens conforme os expressos termos do artigo 1226.º

Entendem alguns que as acções de separação intentadas antes da promulgação do codigo, e portanto processadas em conformidade da lei então em vigor, nos termos do artigo transitorio do regulamento de 12 de março de 1868, devem ser todavia julgadas segundo os preceitos e com os effeitos marcados no codigo civil.

Assim se deduz de um accordão da relação de Lisboa, com data de 18 de abril de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 33, 3.º anno, em que, confirmando-se a sentença appellada, se declara: «Salvo na parte em que na mesma sentença se ordenou que o appellante concorre com a terça parte das despezas para a alimentação e educação dos filhos, porquanto taes despezas correrão tambem á sua custa em proporção da parte que lhe couber na partilha dos bens do casal, quando esta se effectuar», etc; e n'uma das tenções que fez vencimento, e que vem publicada na mesma folha acima citada, lê-se o seguinte:

«E por isso deixo tambem de confirmar a sentença na parte em que condemnou a appellante a concorrer com a terça parte das despezas de sustentação e educação dos filhos, pois, assistindo-lhe unicamente o direito a alimentar-se pelos bens do casal, nos termos do § unico do artigo 1210.º do codigo civil, e mais legislação respectiva, não póde impor-se a obrigação de concorrer para a sustentação e educação dos filhos».

Porém os preceitos da lei nova não podem applicar-se ás acções de separação de pessoas e bens instauradas ao tempo da promulgação do codigo, senão quando estiverem de accordo com as provisões da lei antiga; e talvez seja esse o pensamento do accordão da relação de Lisboa, e da tenção que fez vencimento.

O *processo* da lei nova ainda poderá applicar-se ás questões pendentes, mas o *direito* applicavel ás acções é o vigente ao tempo da installação da acção. Por isso nas acções de separação pendentes ao tempo da promulgação do codigo não é licito ao auctor desistir do meio intentado, com a condição de recorrer ao processo da lei nova, salvo concordando n'esta desistencia clausulada a outra parte.

Decretada a separação, podem ficar os filhos mesmo ao cuidado do pae condemnado, porque não o veda o artigo 1207.º § 3.º; mas, ainda que não fiquem á sua guarda nem por isso elle é privado do patrio poder, como é expresso no artigo 1212.º, e se infere do artigo 1213.º

O pae, a cargo do qual não ficam os filhos, conserva todavia o patrio poder sobre elles, restricto apenas pelo direito que o outro tem a dar-lhe educação, e o destino ajustado entre os conjuges, ou determinado pelo conselho de familia. Se ficam a cargo da mãe, é ella quem os ha de dirigir e educar, quem os ha de emancipar, dar-lhes licença para casar, etc.

Porém nenhum d'estes actos ella póde praticar sem audiencia do pae, que pelo facto de ser condemnado á separação não perdeu o patrio poder. E ainda que o condemnado seja a mãe, não póde o pae tambem praticar aquelles actos sem a audiencia d'ella, artigos 137.º e 138.º Quando porém os filhos estejam ao cuidado da mãe, é o voto d'ella que prevalece nos actos de emancipação e de licença para casamento, que aliás não prevaleceria na constancia da sociedade conjugal, artigos 138.º, 304.º e 1061.º

Se ficam a cargo de terceiro continuam os paes a gosar do patrio poder, sem prejuizo dos direitos e dos deveres do tutor.

Pela lei hespanhola, artigo 88.º, os filhos devem ser entregues ao conjuge innocente; e, sendo ambos culpados, a um tutor ou curador, excepto os filhos menores de tres annos, que em todo o caso ficarão ao cuidado da mãe até completarem aquella idade, salvo determinação especial da sentença em contrario.

Por este artigo da referida lei de Hespanha parece tambem que o conjuge criminoso fica privado do patrio poder, que só recobra por morte do innocente, se foi condemnado por adulterio, porque se foi outra a causa de separação continua a direcção dos filhos entregue a terceiro.

Art. 1213.º O conjuge, que der causa á separação, perderá tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração d'este, lhe houver dado, ou promettido.

Perde o conjuge condemnado o que recebeu do outro, porque, convencido de factos tão graves como os que dão logar á separação de pessoas, não deve gosar de um beneficio que devia ser o premio de um carinho constante e dos mais ternos cuidados.

O conjuge condemnado, que violou as condições do contrato que lhe impunham a obrigação de amar e de coadjuvar o conjuge offendido, não póde reclamar depois as vantagens que este lhe fizera.

O conjuge culpado não fica privado só do que recebeu do outro, mas tambem do que recebeu de terceiro em attenção ao conjuge innocente, porque a esse terceiro não podem ser indifferentes as offensas dirigidas áquelle, em attenção ao qual elle fez a doação matrimonial.

O conjuge innocente, pelo contrario, fica com tudo o que recebeu do culpado, e com o direito de reclamar tudo o que este lhe houvesse promettido, como expressamente determina a lei de Hespanha no artigo 88.º, quaesquer que fossem as clausulas de reciprocidade estipuladas.

E as cousas doadas ao conjuge culpado em attenção ao conjuge innocente, que aquelle perde pelo facto da separação, hão de reverter para este ou para o doador?

Ensina a boa rasão que revertam para o conjuge innocente, em *attenção* ao qual foram feitas, as doações que o conjuge culpado perdeu em consequencia de ter dado causa á separação. Se os bens doados saissem de novo do casal para as mãos do doador, ficaria igualmente privado d'elles o conjuge innocente, e excluidos do goso d'elles os filhos, que não concorreram, nem indirectamente, para o facto da separação.

Esta pena não se impõe ao marido no caso de simples separação judicial de bens, em que elle é apenas condemnado como mau administrador, e não por offensas pessoaes feitas á mulher.

Grandes divergencias se têem levantado na imprensa juridica sobre a significação e alcance das palavras do artigo «tudo o que houver *recebido* do outro conjuge».

Significará esta linguagem que o conjuge offensor perde até a meação nos bens communs, quando esta excede o valor dos bens com que elle entrou para o casal, bem como a sua parte nos adquiridos á custa dos bens do outro conjuge?

O conjuge que casou segundo o costume do reino, sem levar bens alguns para o casal, e que depois deu causa á separação, pêrde tambem o direito á meação nos bens communs com que o outro conjuge entrou para o casal, e nos adquiridos ou fica apenas privado das doações, que lhe tenham sido feitas antes ou depois do casamento, pelo conjuge innocente, ou por terceiro em contemplação a este?

Sustentam alguns que o artigo se refere tanto aos bens especialmente doados pelo conjuge innocente, ou por terceiro em attenção a este, como aos havidos por effeito da communhão, e fundam-se nas seguintes rasões:

1.º Em que as palavras «*tudo o que houver recebido*» são genericas, e não dão logar a distinguir entre bens havidos do outro conjuge em consequencia da communhão, ou por meio de doação propriamente dita;

2.º Em que esta pena, com relação ás doações entre conjuges, seria inutil, vista a faculdade que elles têem de livremente as revogar, conforme o artigo 1181.º do codigo;

3.º Em que a disposição respectiva aos bens dados por outrem em consideração ao conjuge, que não deu causa á separação, não póde referir-se racionalmente senão aos que o dito conjuge obteve por meio da communicação, porque não póde imaginar-se que alguem doasse bens a um dos conjuges em consideração ao outro, podendo doa-los directamente a este;

4.º Porque as rasões de decidir são as mesmas em ambas as hypotheses. Tanto importa que o conjuge, que deu causa á separação, obtenha os bens por doação, como em virtude de communhão, porque em qualquer dos casos é indispensavel respeitar o principio de não dever elle tirar vantagem alguma do casamento, com prejuizo do outro conjuge, que não deu causa á separação.

Argumentava assim o jornal *O Direito*. Seguiam porém opinião contraria, e que nos parece a mais conforme á letra e ao espirito do codigo, a *Gazeta dos tribunaes* e a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra.

Effectivamente as palavras «*tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração d'este, lhe houver dado ou promettido*» parecem referir-se unicamente ás doações entre esposados, ou entre casados, ou feitas por terceiro a algum dos esposos, ou dos conjuges. Ora, os bens provenientes da communhão não os recebeu o conjuge propriamente do outro, nem de terceiro, mas sim da lei, comquanto o casamento fosse causa occasional da acquisição d'esse direito em virtude da lei.

Alem d'isto, dos artigos 1211.º, 1221.º e 1223.º combinados parece inferir-se que os bens da communhão, mesmo nos casos de separação, devem ser repartidos com a devida igualdade entre os conjuges; e o artigo 1211.º manda proceder a inventario e *partilha*, como se o casamento estivesse dissolvido, em todos os casos em que se dê separação de bens.

Vejamos porém as fontes do artigo 1213.º, que são o artigo 86.º do projecto de codigo civil hespanhol, e o artigo 299.º do codigo civil francez.

Diz o artigo 86.º do projecto de codigo civil hespanhol: «El cónjuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese *dado ó prometido* por su consorte, ó por cualquiera otra persona en consideracion al mismo: el cónjuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactuado en su provecho».

O artigo 299.º do codigo civil francez, hoje revogado, diz assim: «Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les *avantages* que l'autre époux lui avait faits, soit par le contract de mariage, soit depuis le mariage contracté».

As palavras «*dado ó prometido*» do projecto de codigo civil hespanhol, e a palavra «*avantages*» do codigo civil francez, de certo não comprehendem os bens provenientes da communhão, mas unicamente os doados antes ou durante o casamento, pelo conjuge innocente, ou por terceiro em attenção a este.

Demais, se o legislador quizesse que o conjuge, que deu causa á separação, ficasse privado de todas as vantagens que do outro tivesse recebido *por lei* ou *convenção*, usaria aqui da mesma linguagem de que se serviu no artigo 1234.º, providenciando a respeito da mulher viuva, que passou a segundas nupcias, desobedecendo ao preceito consignado no artigo 1233.º

Finalmente, as rasões dadas contra a nossa opinião, e que acima ficam expostas, são improcedentes. Os conjuges podem revogar as doações que se fizerem na constancia do matrimonio; mas as doações entre esposados, feitas no contrato antenupcial, ou sejam para a vida ou para a morte, são irrevogaveis. Tambem as doações podem ser

feitas á mulher, postoque em attenção ao marido, por exemplo, para dar aos bens a natureza de dotaes, privilegio de que elles não podem gosar se forem doados directamente ao marido.

Esta questão não é da competencia do conselho de familia. Ha de ser decidida pelo juiz de direito no processo de inventario, com o recurso de ppellação, nos termos do artigo 29.º da lei de 16 de junho de 1855.

Supponhâmos porém a hypothese de terem sido feitas pelo marido á mulher doações antes do casamento, e de ter esta depois intentado contra elle a acção de separação por sevicias, sendo julgada a separação e feita a partilha, em conformidade do pacto antenupcial; mas que depois ella se entregava á prostituição ou adulterio, a que já era acostumada, antes mesmo da acção de separação: poderá o marido reclamar d'ella, com fundamento no artigo 1213.º e no § unico do artigo 1210.º, as vantagens que na convenção antenupcial lhe fizera?

Seguem alguns a affirmativa, com o fundamento de ter a mulher dado tambem causa á separação, e de o artigo 1213.º se referir ao conjuge que deu causa á separação, e não ao que foi demandado e condemnado.

Não achâmos todavia legal similhante opinião. Decretada a separação não póde o conjuge condemnado tentar contra o seu consorte, acção civil, annexa á separação, e apenas a acção criminal, nos termos do § 1.º do artigo 1209.º O conjuge doador, pelo facto de se ter collocado na posição de dar causa á separação, perdeu o direito de rehaver do seu consorte as doações que lhe tivesse feito: e em nosso entender, as palavras «*que der causa á separação*» referem-se unica e exclusivamente ao conjuge condemnado. O preceito do artigo é applicavel mesmo aos casamentos celebrados antes da promulgação do codigo, mas em que a acção de separação for julgada posteriormente. Assim respondeu, postoque por maioria, a associação dos adv··· ·los de Lisboa, em 23 de novembro de 1870, segundo se lê a pag. 1·· do boletim da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, tomo II.

Art. 1214.º A separação de bens em nada prejudica os direitos anteriormente adquiridos pelos credores do casal.

(Vid. artigo 1228.º) Os direitos adquiridos pelos credores do casal antes de se decretar a separação não podem ser prejudicados por esta. Hão de elles exercer os seus direitos sobre os bens de um ou de outro dos conjuges, como se a separação não tivesse sido decretada.

Assim, os credores communs de ambos os conjuges podem demanda-los conjunctamente pela totalidade, sem que elles possam oppor o beneficio da divisão, etc.

Os credores especiaes porém de cada um dos conjuges não podem intervir na partilha, como podem intervir na demanda de simples separação judicial dos bens, artigo 1228.º; mas nem por isso ficam inhibidos de usar dos meios competentes para fazerem vingar os seus direitos no caso de dolo ou de fraude em detrimento dos seus creditos.

Na simples separação judicial de bens porém podem intervir, na propria demanda de separação, como *oppoentes*. A nossa lei de processo não reconhecia o meio de *opposição*, novissima reforma judicial, artigo 323.º, e deixava ao terceiro prejudicado o meio de deduzir os seus direitos pelos modos ordinarios. O codigo porém restaura o meio de *opposição*, que era conhecido no nosso fôro antes do decreto de 18 de maio de 1832, unicamente a favor dos credores *especiaes* de cada um dos conjuges, que podem ficar prejudicados com o conluio d'estes, que na separação de bens podiam combinar em ficar com todos ou com a maior parte dos bens aquelle que não estivesse onerado com dividas, e assim fraudar os credores do outro.

Os credores pois podem oppor-se a que seja decretada a simples separação judicial de bens, e para isso devem provar que o requerimento, feito pela mulher, é combinado fraudulentamente com o marido, porque os bens e direitos d'ella não correm risco algum.

Parece que o meio competente para os credores se opporem á simples separação judicial de bens é o de petição, para ser junta aos autos. Os credores não são citados pessoalmente, nem por editos, para virem fallar á causa, mas têem meio de saber do processo pelo annuncio do requerimento, a que se refere o artigo 1225.º

As dividas contrahidas pelo marido depois do primeiro annuncio não podem recair sobre os bens separados pela sentença, artigo 1225.º sem outorga da mulher, ainda nos casos em que nos termos dos artigos 1113.º e 1114.º § 2.º obrigam os bens d'esta, porque os que emprestam em taes condições não podem já allegar ignorancia.

No caso de ser julgada improcedente a acção, e de haver recurso da sentença, não ha annuncio d'este facto, porque nem o codigo nem o regulamento o exigem, e porque o primeiro annuncio deixa a todos de sobreaviso.

Os credores porém, comquanto tenham direito a *oppor-se* á simples separação judicial de bens, não podem *requere-la;* este acto é individual da mulher. Na separação de pessoas e bens não podem os credores ter intervenção alguma. Ahi a questão de separação de bens é muito secundaria. Trata-se de acabar com um estado de vida que põe em risco a saude ou a existencia de algum dos conjuges, ou que torna a familia um fóco de desordens e de immoralidades, estado a que só póde pôr-se termo a requerimento de um dos conjuges, que ha de ser julgado por um conselho de familia. A intervenção estranha é absolutamente prohibida n'este gravissimo e intimo assumpto.

Art. 1215.º Os conjuges podem dispor livremente dos bens mobiliarios, que depois da separação pertencerem a cada um d'elles, salvo o direito dos filhos.

Art. 1216.º A disposição entre vivos dos bens immobiliarios, que ficam pertencendo a cada um dos conjuges depois da separação, depende do consentimento de ambos, podendo ser judicialmente supprido o d'aquelle, que, sem justo motivo, o recusar.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

Art. 1217.º A separação de bens não auctorisa os conjuges a exercer antecipadamente direitos, dependentes da dissolução do matrimonio.

Os actos praticados pelo marido sem auctorisação da mulher, nos casos em que esta era precisa, e *vice versa*, sob a perspectiva da separação, mas antes d'esta julgada por sentença, não os obrigam.

Art. 1218.º Seja qual for o modo como a separação se faça, será sempre licito aos conjuges restabelecer a sociedade conjugal, nos termos em que tinha sido constituida, comtanto que o façam por acto de conciliação perante o respectivo juiz de paz.

§ unico. Esta reconciliação em nada prejudicará quaesquer direitos de terceiro adquiridos durante a separação.

(Vid. artigo 1229.º) Os effeitos da separação não duram senão emquanto esta durar. Assim como a moralidade publica e domestica não permittem a dissolução do vinculo matrimonial, tambem a felicidade moral e physica dos filhos, e o seu futuro, não podem ser convenientemente attendidos emquanto os auctores de seus dias continuarem a dar-lhes o triste espectaculo de uma separação, que não só quebra o respeito que devem inspirar-lhes os que têem o sagrado dever de os educar com a palavra e com o exemplo, mas que é muito prejudicial á boa administração da fortuna, que um dia ha de ser d'elles. Por isso aos conjuges separados é licita a reconciliação; e por essa rasão a sentença, que decreta a separação de pessoas e bens, ou a simples separação judicial de bens, por uma singularissima excepção nunca passa em julgado, e póde ser desfeita, com as formalidades com que se fez, por simples accordo das partes. Este accordo porém não póde ser *tacito;* ha de ser expresso, e annunciado competentemente ao publico, porque com relação a terceiros só produz effeitos juridicos desde o annuncio.

A reconciliação dos conjuges separados de pessoas e bens, só *por acto de conciliação perante o respectivo juiz de paz*, poderá ser effectuada. Mas qual é o *respectivo* juiz de paz, a que o artigo se refere? Será o do domicilio do conjuge condemnado, o do conjuge auctor, ou o do districto onde correu o processo da separação?

Dizem alguns que o codigo se refere a este ultimo; que se a lei estabelecesse para os conjuges separados o mesmo domicilio, ainda poderia dizer-se que o juiz de paz, a que o artigo se refere, era o do districto onde os conjuges estivessem domiciliados; mas que ficando cada um dos conjuges com seu domicilio depois da separação, artigo 49.º, é natural que o codigo se não refira ao juiz do domicilio dos conjuges, mas sim ao do districto onde correu o processo.

O juiz de *paz* respectivo porém, a que se refere o artigo, é o juiz competente, nos termos da lei geral, isto é, o juiz de paz perante quem os conjuges separados poderiam comparecer para outro fim, que não fosse o da reconciliação.

O codigo não marcou para esta hypothese competencia especial, nem havia necessidade de alterar n'este caso, e para este fim, a lei geral do processo.

O auto de conciliação pois póde ser feito perante qualquer juiz de paz competente, nos termos da legislação commum, comtantoque se junte aos autos da separação, a fim de esta ser julgada nulla para todos os effeitos, nos termos do artigo 16.º do regulamento de 12 de março de 1868.

Em vista pois da redacção do codigo, que deixa de pé a lei geral, podem os conjuges comparecer perante o juiz de paz, ou voluntariamente, ou por citação judicial. No emtanto, mesmo no comparecimento por meio de citação, não é natural que um dos conjuges requeira a citação do outro sem com elle ter ajustado previamente o restabelecimento da sociedade conjugal.

A annullação *dos effeitos da simples separação judicial de bens* póde ser effectuada, tanto em auto de conciliação, como em qualquer outro auto publico, ou escriptura publica, artigo 1229.º

O acto de conciliação para o estabelecimento da sociedade conjugal, interrompida quanto a pessoas e bens, em vista das disposições do regulamento, carece tambem, para assim dizer, de ser homologada pelo juiz, porque é necessario juntar aos autos da separação o auto de conciliação, citado regulamento, artigo 16.º, para o juiz julgar nulla para todos os effeitos juridicos a sentença que decretou a separação.

A *conciliação*, e a *sentença*, que julgar nulla a separação, bem como a *convenção*, que annullar os effeitos da simples separação judicial de bens, serão annunciadas pela fórma determinada no artigo 1229.º do codigo, como expressamente determinam o artigo 16.º § unico do citado regulamento, e o artigo 1229.º do codigo.

Para com terceiros só produzem effeito estas reconciliações desde a data dos annuncios, não só quanto á simples separação judicial de bens, como expressamente determina o citado artigo 1229.º, mas tambem quanto á separação de pessoas e bens, a que deve applicar-se por argumento de analogia o mesmo principio.

Emquanto não se annunciar a annullação da simples separação judicial de bens, são validos com relação a terceiros todos os actos de administração praticados pela mulher, como administradora que ficou dos seus bens pelo julgamento da separação, artigo 1223.º Emquanto não se annunciar a sentença que annullou a que decretára a separação de pessoas e bens, são validas todas as alienações que ella fizer dos bens mobiliarios, a que era auctorisada pelo artigo 1215.º, sem que possam ser impugnadas pelo marido.

Porém os direitos de terceiro adquiridos durante a separação por contratos com qualquer dos conjuges não se prejudicam com o restabelecimento da sociedade conjugal.

Os conjuges, no restabelecimento da sociedade conjugal de pessoas e bens, não podem alterar o regimen matrimonial, vista a disposição expressa do artigo 1218.º em harmonia com o disposto no artigo 1105.º, e para evitar abusos em prejuizo dos credores. Pelo contrario, no caso de ausencia, nos termos do artigo 89.º, regressando o conjuge passados vinte annos desde as ultimas noticias, ou tendo já concluido noventa e cinco annos de idade, não continua a sociedade matrimonial com communhão de bens, ainda que tivesse existido assim, sem ser de novo ajustada em escriptura publica.

SUB-SECÇÃO II

DA SIMPLES SEPARAÇÃO JUDICIAL DOS BENS

Art. 1219.º A mulher casada, quer sem communhão de bens, quer com ella, que se achar em perigo manifesto de perder o que for seu, pela má administração do marido, poderá requerer separação de bens nos termos seguintes.

A interrupção da sociedade conjugal pela separação de pessoas e bens póde ser requerida tanto pelo marido, como pela mulher, isto é, por qualquer d'elles que se julgue offendido, artigo 1205.º A simples separação judicial de bens porém não póde ser requerida senão pela mulher, artigo 1219.º, porque é ella a unica offendida, vistoque o administrador dos bens do casal é o marido, artigo 1117.º, da qual administração nem por convenção antenupcial póde ser privado, artigo 1104.º

A mulher póde intentar a acção de simples separação judicial de bens, em vez da acção de prodigalidade, que o codigo tambem lhe faculta, artigos 340.º e seguintes. A acção ha de ser proposta perante o juiz do domicilio do conjuge, artigo 1223.º

Entendem alguns que igual direito devia pertencer ao marido, visto que a mulher, que já exercia commercio antes do casamento, codigo commercial, artigo 21.º, ou tomou depois aquella industria, tendo de responder pelo seu trafico, não só pelo dote e bens proprios, mas pelos direitos em que tenha communhão, citado codigo, artigo 24.º, póde prejudicar muito o marido.

N..é porém admissivel similhante opinião, porque o marido, pelas disposições do codigo civil, artigo 1197.º, póde a todo o tempo revogar a auctorisação que deu á mulher para commerciar, e por analogia prohibi-la de exercer o commercio, se ella era já commerciante antes do casamento.

A mulher póde requerer a simples separação judicial de bens, qualquer que seja o regimen matrimonial, *quer sem communhão de bens, quer com ella*, e não só no caso de correr perigo o dote, como se acha disposto n'algumas legislações, mas no caso de correr perigo de perder o que *for seu*, dote ou não dote. Logoque a mulher, em virtude da má administração do marido, se ache em perigo de perder o que for *seu*, ou seja dotal, proprio ou commum o valor em risco, póde requerer com este fundamento a simples separação judicial de bens.

O que é indispensavel para a procedencia da acção é que se verifiquem conjuncta e cumulativamente os dois requisitos: 1.º, perigo manifesto de a mulher perder o que é seu; 2.º, que o perigo resulte da má administração do marido.

Se o marido, em vez de dissipar a fortuna da mulher, dissipar a sua propria, poderá esta requerer a interdicção por prodigalidade, mas não póde intentar a acção de simples separação judicial de bens. Por isso tambem não póde intentar esta acção se o perigo de perder o que é seu provier de causas estranhas á administração do marido.

Já alguns têem sustentado que a fórma de processo para o julgamento da simples separação de bens, nos termos do artigo 1223.º, é ordinaria; e n'este sentido julgou o juiz de direito de Oliveira de Azemeis, em sentença de 8 de julho de 1869, publicada na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:229, conformando-se com esta doutrina o illustrado redactor d'aquelle jornal, com o fundamento de que a fórma de processo a seguir é sempre a ordinaria, salvo disposição expressa de lei em contrario. Nós porém julgâmos que similhante doutrina não é legal nem juridica.

O codigo falla de *requerimento* para a separação, artigos 1219.º e 1225.º; e o requerimento, a que se refere este ultimo, e que deve desenvolver o objecto e os fundamentos do pedido, não é de certo o requerimento para offerecimento de libello, que ordinariamente faz apenas referencia generica ao deduzido no mesmo libello.

Por outro lado o processo a seguir, emquanto á fórma, deveria ser por analogia o prescripto no regulamento para as causas de separação, de 12 de março de 1868.

Nem póde admittir-se que o legislador se contentasse, para o caso de separação de pessoas e bens, que é muito mais grave e importante, com o meio summario determinado n'aquelle decreto, e exigisse o meio ordinario para a simples separação judicial de bens.

Finalmente é a fonte do nosso codigo, n'esta materia, a legislação franceza; e segundo o artigo 865.º do codigo de processo civil francez é summaria por sua natureza esta causa.

N'estes processos não intervem o conselho de familia. A simples separação judicial de bens é julgada pelo juiz de direito, artigo 1222.º Nem havia necessidade de commetter a um tribunal excepcional a decisão de pleito relativo unicamente a bens, e que não envolve separação de pessoas, nem interrupção profunda na sociedade conjugal.

Tambem alguns têem dito que na petição para as causas de simples separação judicial de bens deve declarar-se quaes os bens sobre que tem de recair a separação, nos termos dos artigos 1220.º e 1221.º, porque n'estas causas não ha inventario, exigido expressamente só nas causas de separação de pessoas e bens, art.º 1211.º

Nós porém entendemos, sem embargo do silencio do codigo, que é tambem indispensavel o inventario, ou pelo menos a descripção e separação nos processos de simples separação judicial de bens, onde é preciso discriminar os bens do marido dos da mulher, para entregar a esta a administração dos seus, artigo 1223.º

A designação dos bens accumulada com o petitorio da acção, com quanto n'alguns casos possa ter logar, em regra seria inconveniente, porque produziria tal confusão e complicação, envolvendo objectos tão estranhos, que comprometteria irremediavelmente a deducção da acção e a boa ordem do processo.

Nos termos da ordenação, livro III, titulo XX, § 5.º, e titulo LXVI, § 2.º, ou, pelo menos, na praxe do fôro são permittidos os petitorios geraes, reservando-se a liquidação do pedido para a execução da sentença.

Da sentença que decretar a simples separação judicial de bens ha o recurso de appellação com effeito suspensivo, não só por argumento do artigo 1208.º, mas pelo principio geral de que ha recurso de toda e qualquer sentença segundo o seu valor, e de que a appellação tem os dois effeitos sempre que a lei não determina expressamente o contrario.

N'estas acções não póde haver condemnação em multa. Assim o julgou a relação do Porto em accordão de 8 de novembro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, n.º 10, 3.º anno.

Diz o accordão:

«... porém a (sentença) revogam com relação á multa, em que foi condemnado o mesmo réu, para o isentar do seu pagamento, attenta a natureza da causa, e direito correspectivo».

A faculdade, concedida ás mulheres casadas, de requererem a separação judicial dos bens, evita-lhes a repugnancia ou a vergonha de darem por prodigos os maridos em rasão da sua negligencia ou genio perdulario, vivendo aliás com elles em muito boa harmonia, e não querendo por outro lado a separação de pessoas, nem sendo o espirito negligente ou perdulario do marido fundamento para ella.

Em todo o caso o emprego d'esta acção não inhibe a mulher de tentar em seguida a acção de prodigalidade; e, se a mulher receiar do marido pelo facto de pretender intentar a acção, e requerer o deposito, o juiz deve decreta-lo.

Art. 1220.º Se a mulher for casada segundo o costume do reino, a separação só poderá recaír sobre os bens que tiver trazido para o casal, ou que, depois, lhe houvessem advindo, e na meação dos que tiver adquirido conjunctamente com o marido.

Art. 1221.º Se a mulher for casada segundo o regimen dotal, ou por outra especie de separação de bens, só se lhe

admittirá a separação judicial, sendo os bens dotaes, ou separados, susceptiveis de deterioração, e não se achando a restituição do dote sufficientemente assegurada por algum dos modos estabelecidos no artigo 1139.º

A mulher só póde requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em manifesto risco de perder o que é *seu*, como dissemos em a nota ao artigo 1219.º

A palavra «*bens*», empregada no artigo 1221.º, abrange tanto os moveis como os immoveis, segundo se mostra da generalidade da redacção, e era expresso nos artigos correspondentes do projecto primitivo, e dos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864.

Portanto se os bens forem dotaes, e se acharem devidamente garantidos por alguma caução, como não ha risco de os perder, não ha motivo para a simples separação judicial de bens. Não é preciso acautelar o que está já acautelado.

O projecto primitivo, e ainda o de 1863, exigiam que os bens dotaes, ou separados, estivessem garantidos por bens *immoveis* do marido, o que a commissão revisora com rasão alterou, harmonisando o preceito do artigo 1221.º com a disposição consignada no artigo 1139.º

Ainda que os bens dotaes não estejam garantidos, se forem insusceptiveis de deterioração, como titulos de divida publica, terras de cereaes, etc., tambem a mulher não póde requerer a separação, porque os rendimentos pertencem ao marido.

Succede o mesmo com os bens da mulher no casamento por separação de bens, não sendo susceptiveis de deterioração, porque com dividas não póde o marido onera-los, ainda mesmo que ellas sejam contrahidas em proveito do casal, e na ausencia ou no impedimento da mulher; porque o marido só obriga n'estes casos os bens communs, mas nunca os proprios da mulher, visto o artigo 1114.º § 2.º N'estas hypotheses, ainda que o marido dissipe os rendimentos, não póde ella requerer a separação, visto o preceito do artigo 1221.º; assim como, se o marido faltar aos *alimentos* da mulher no regimen dotal, o que ella poderá requerer é a consignação d'esses rendimentos, ou alimentos em certos bens, de modo que ella os receba directamente, e não por mão do marido.

A redacção do artigo 1220.º é que dá logar a duvidas, especialmente em presença da exposição que consta da acta da sessão da commissão revisora, de 27 de janeiro de 1862, por occasião da discussão do artigo 1268.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1220.º do codigo, e tambem da nota ao artigo 1238.º do projecto de 1863.

A separação no casamento segundo o costume do reino, diz o artigo 1220.º, só poderá recair sobre os *bens* que a mulher tivesse trazido para o casal, ou que depois lhe houvessem advindo. Mas esta disposição abrange só os bens que a mulher trouxe para o casal, ou que depois houve, como proprios, apesar de ser celebrado o casamento segundo o costume do reino, ou tambem aquelles que ella trouxe, ou que depois adquiriu, mas que se tornaram *communs* pelo facto do casamento, ou depois da acquisição, em rasão da fórma do regimen matrimonial?

Attendendo á letra e redacção do artigo, salta aos olhos a conclusão de que a mulher levanta precipuos todos os bens com que entrou para o casal, e todos os que posteriormente lhe adviessem por sua cabeça, ou tivessem a natureza de proprios ou de communs, e que tem meação nos que adquiriu *conjunctamente* com o marido.

Nem era de estranhar esta determinação legal n'uma partilha meramente provisoria, que só é definitiva pela morte de algum dos conjuges, ou pela separação judicial de pessoas e bens.

No entretanto, em vista das actas das sessões da commissão revisora, não deixa de ter plausibilidade a opinião contraria.

Decidiu a commissão «que a redacção do artigo seja feita de modo que esta disposição se entenda dos *bens proprios* que os conjuges tiverem, ainda no caso de terem casado segundo o costume do reino, ou por qualquer contrato de communhão, os quaes ficarão separados»; e emquanto aos bens *communs*, ou trazidos para o casal, ou adquiridos na constancia do matrimonio, resolveu a commissão, segundo consta da referida acta, «que a separação tenha logar por uma perfeita divisão em duas partes iguaes».

O artigo 1220.º foi alterado em virtude d'aquella deliberação, porque o artigo correspondente (1268.º) do projecto primitivo, e (1238.º) do projecto de 1863, era redigido nos seguintes termos: «Se a mulher for casada segundo o costume do reino, ou outra especie de communhão, a separação só poderá recair sobre os bens que trouxesse para o casal, ou adquirisse depois».

Por isso dizem alguns que, sendo esta redacção evidentemente destinada a formular em preceito legal o pensamento da commissão, parece mais juridica a opinião de que n'este processo se partilhem igualmente todos os bens communs, sem distincção entre os trazidos para o casal e os adquiridos posteriormente por qualquer fórma.

É certo porém que a resolução da commissão não foi devidamente cumprida, porque a redacção contraria o pensamento.

Demais, as actas das sessões da commissão revisora servem para esclarecer o texto, quando é duvidoso. Porém quando o preceito do codigo está em visivel contradicção com as resoluções da commissão, é forçoso preferir a lei á historia das disposições do codigo.

Portanto se o casamento foi segundo o costume do reino póde a mulher requerer a separação dos bens proprios estando em risco de os perder; ou os bens proprios tenham esta natureza por convenção, ou por serem exceptuados na lei, artigo 1109.º, no casamento segundo o costume do reino.

Os bens communs, ou trazidos para o casal, ou que lhe advierem por sua cabeça, levanta-os tambem; e dos adquiridos de qualquer modo na constancia do matrimonio conjunctamente com o marido faz-se a separação em duas partes iguaes.

N'esta fórma de casamento requer-se a separação, ainda que haja bens proprios, porque se estes não correm perigo, correm-no os bens communs.

Quanto aos bens proprios da mulher, se o casamento foi contratado segundo o regimen dotal, ou com outra especie de separação de bens, não póde requerer-se a separação, salvo sendo susceptiveis de deterioração, e não se achando sufficientemente garantidos se forem dotaes.

Não achâmos rasoavel o fazer differença, n'este assumpto, entre o casamento celebrado por costume do reino, ou por outra qualquer fórma, porque em todo o regimen matrimonial póde haver bens communs e bens proprios.

Alem d'isso, no casamento segundo o costume do reino procura o codigo salvar a meação da mulher nos adquiridos conjunctamente com o marido; e nas outras fórmas de regimen matrimonial, em que póde haver adquiridos com a mesma natureza, não mereceu attenção nenhuma ao legislador a meação da mulher.

Os preceitos consignados nos dois artigos deviam ser refundidos n'um só, applicavel a todo e qualquer regimen matrimonial.

Portanto as conclusões a que chegâmos, comparando os artigos com as deliberações a respeito d'elles tomadas pela commissão revisora, mas preferindo a doutrina da lei á sua historia, são as que ficam expostas.

Art. 1222.º Se o casamento tiver sido contrahido segundo o costume do reino, entender-se-ha, que os conjuges renunciam á communhão de bens, desde a apresentação em juizo do requerimento para a separação, se esta vier a realisar-se.

Art. 1223.º Julgada a separação por sentença do respectivo juiz de direito, será entregue á mulher a administração dos seus bens.

Art. 1224.º Depois da separação, se os bens forem dotaes, conservarão a mesma natureza. Todos os outros serão considerados como proprios.

(Vid. nota ao artigo 1211.º) Segundo se lê em a nota ao artigo 1240.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1222.º do codigo, deliberou a commissão revisora que o artigo se redigisse de modo que ficasse bem claro que os effeitos do requerimento só tinham logar quando o processo progredisse até haver sentença de separação.

É a intelligencia que deve dar-se ao artigo; nem racionalmente podia dar-se-lhe outra interpretação.

Art. 1225.º O requerimento para a separação, e bem assim a sentença que a julgar, serão annunciados no praso de oito dias em algum dos periodicos que haja na comarca, ou não os havendo, por editaes no logar do domicilio dos conjuges.

§ 1.º O praso dos oito dias será contado, no primeiro caso, desde o dia da apresentação do requerimento no cartorio do respectivo escrivão; e no segundo, desde o dia em que a sentença passar em julgado.

§ 2.º As dividas, que o marido contrahir depois do primeiro annuncio, não poderão recair sobre os bens que forem separados por effeito da sentença.

(Vid. nota ao artigo 1206.º)

Art. 1226.º A separação de bens não exonera a mulher de concorrer, para as despezas do casal, com os rendimentos dos seus bens, em proporção dos seus haveres, com relação aos do marido.

(Vid. nota ao artigo 1212.º)

Art. 1227.º Esta separação de bens não póde fazer-se por convenção.

(Vid. nota ao artigo 1206.º)

Art. 1228.º Os credores especiaes de qualquer dos conjuges podem intervir como oppoentes na demanda de separação.

(Vid. nota ao artigo 1214.º)

Art. 1229.º Os effeitos da separação podem ser annullados por convenção entre os conjuges, comtantoque seja celebrada por escriptura, ou auto publico, e annunciada pela mesma fórma que fica determinada para o requerimento e sentença de separação.

§ unico. Os effeitos d'esta convenção, pelo que toca a terceiros, só começam a correr desde a data dos referidos annuncios.

(Vid. nota ao artigo 1218.º)

Art. 1230.º Aindaque não haja separação judicial de bens, a mulher terá sempre o direito de embargar de terceiro, sem necessidade de auctorisação do marido, qualquer execução feita sobre os rendimentos dos seus bens dotaes, ou proprios, administrados pelo marido, se por essa execução for privada dos necessarios alimentos.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

SECÇÃO X

DO APANAGIO DOS CONJUGES VIUVOS

Art. 1231.º Fosse qual fosse o contrato do dissolvido casamento, o conjuge, que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistencia, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo fallecido, sejam de que natureza forem.

§ unico. Esta disposição não abrange os bens, de que o conjuge fallecido tenha sido mero usufructuario.

Art. 1232.º Os alimentos durarão, emquanto o alimentado d'elles precisar, ou não passar a segundas nupcias, e serão taxados pelo prudente arbitrio do julgador, em proporção dos rendimentos dos sobreditos bens, e conforme a necessidade e condição do alimentado, salvo se as partes se accordarem sobre isso amigavelmente.

§ unico. A disposição d'este artigo verificar-se-ha, haja ou não filhos do matrimonio, e ainda quando o conjuge defunto tenha deixado filhos, havidos de outro matrimonio anterior.

(Vid. notas aos artigos 177.º e 906.º) O codigo completa a doutrina relativa á interrupção da sociedade conjugal, estabelecendo algumas providencias com respeito ao apanagio dos conjuges viuvos.

As arrhas, os alfinetes e os apanagios, que hoje podiam ser totalmente substituidos pela palavra generica *alimentos*, tiveram origem na organisação das familias aristocraticas, sujeitas ao regimen vincular. Como as filhas familias das casas nobres iam entrar despidas de bens na familia dos maridos fidalgos, estabeleceram-se as *arrhas*, que consistiam nos bens que o esposo promettia á esposa para o caso de ella lhe sobreviver, e os *apanagios*, que eram os alimentos annuaes que a mulher tinha direito a receber, durante a viuvez, da casa de seu defuncto marido. Para se conhecer quão revoltante era a organisação aristocratica da familia entre nós, basta correr os olhos pelas disposições das leis de 17 de agosto de 1761 e de 17 de junho de 1778.

Os apanagios podiam ser estipulados nas convenções antenupciaes mas na falta de convenção provia a lei de remedio, marcando ás viuvas das casas *nobilissimas* a decima parte do rendimento liquido. Estavam sujeitos ao mesmo processo que os alimentos, decreto de 17 de agosto de 1761.

Tambem havia os *alfinetes*, ou mezadas, que os maridos davam ás mulheres para o seu bolsinho, e que dependiam de ajuste, nos termos da lei de 4 de fevereiro de 1765 e do decreto de 17 de agosto de 1761, que se continuavam a pagar no estado de viuvez, até que se recebessem os apanagios. Eram tambem considerados como alimentos, e como taes processados.

O codigo estabelece a regra geral de que o conjuge sobrevivo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens do predefuncto, entrando n'este computo *todos* os rendimentos de qualquer natureza, com excepção dos de usufructo, que acaba effectivamente pela morte.

Portanto os bens do conjuge fallecido são obrigados aos alimentos do sobrevivo, de preferencia a quaesquer outros alimentos, ainda que ficassem filhos do predefuncto, que o não fossem do sobrevivo.

Mas em todo o caso hão de ser proporcionados esses alimentos aos rendimentos dos bens, que constituiam o patrimonio do auctor da herança.

É o direito de receber os alimentos, estabelecidos por estes artigos, não é sujeito a contribuição de registo, nos termos da lei de 31 de agosto de 1869, e do regulamento de 30 de junho de 1870.

SECÇÃO XI

DAS SEGUNDAS NUPCIAS

Art. 1233.º A viuva que quizer contrahir segundas nupcias, antes de terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido, será obrigada a fazer verificar se está ou não gravida.

Art. 1234.º A viuva, que casar, desobedecendo ao que fica disposto no artigo precedente, perderá todos os lucros nupciaes que por lei ou convenção tenha recebido ou haja de receber por parte do marido anterior, os quaes passarão aos legitimos herdeiros d'elle; e o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho que nascer, passados cento e oitenta dias depois de seu casamento, salvo,

comtudo, o direito do filho para reclamar, se assim lhe convier, a paternidade do marido anterior, podendo prova-la.

(Vid. nota ao artigo 101.º)

Art. 1235.º O varão, ou a mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.

Art. 1236.º Se ao dito varão ou mulher ficarem de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios bens, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pae ou a mãe só terá o usufructo.

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

Art. 1238.º O varão, ou a mulher, com filhos de anterior matrimonio, que casar com pessoa que os não tenha, presumir-se-ha casado, não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino, salvo o disposto n'esta secção, que será sempre mantido.

(Vid. nota ao artigo 1109.º)

Art. 1239.º É applicavel ao segundo matrimonio tudo o mais que fica disposto relativamente ao primeiro.

(Vid. nota ao artigo 1096.º)

CAPITULO II

DO CONTRATO DE SOCIEDADE

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1240.º É licito a todos os que podem dispor de seus bens e industria associar-se com outrem, pondo em commum todos os seus bens ou parte d'elles, a sua industria, simplesmente, ou os seus bens e industria conjunctamente, com o in-

tuito de repartirem entre si os proveitos ou perdas, que possam resultar d'essa communhão. É o que se chama sociedade.

Art. 1241.º A sociedade póde existir por convenção expressa, ou por factos, de que se deduza necessariamente a sua existencia.

(Vid. nota ao artigo 32.º, e artigo 1734.º) Antes da promulgação do codigo a lei reguladora, entre nós, das sociedades civis era a ordenação, livro IV, titulo XLIV, que se inscrevia *Do contrato da sociedade e companhia*. Esta ordenação definia logo no principio do titulo *Sociedade ou companhia* o contrato que duas ou mais pessoas entre si fazem, ajuntando todos os seus bens, ou parte d'elles, para melhor negocio ou maior ganho.

A definição do codigo é mais ampla, porque não se refere só á sociedade de bens, mas tambem á de industria, e á de capital e acção conjunctamente.

Por outro lado é menos rigorosa a definição do codigo emquanto declara, como *intuito* da sociedade, o repartir as perdas, quando a participação nas perdas é *resultado*, mas nunca intuito dos que entram na sociedade. N'este defeito não incorreu o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 1564.º, fonte do artigo 1240.º do nosso codigo.

Nos termos do codigo de commercio, artigos 527.º a 529.º, é da essencia de toda a associação commercial que cada associado ministre á sociedade alguma parte do seu capital, quer em cousas, quer em dinheiro, quer em credito, quer em trabalho ou industria; e toda a associação commercial deve ser contrahida para interesse commum dos associados, e ter um objecto licito.

Em virtude do disposto no artigo 627.º do mesmo codigo, para ser reputado tal o contrato de sociedade é indispensavel não só que haja estipulação e fim de lucro commum, e cousa fornecida pelos socios, que constitua o fundo social, mas tambem que os socios se escolham, e reunam o seu consentimento mutuo em dar á sua associação os effeitos e qualidades de sociedade.

O contrato de sociedade aperfeiçoa-se pelo simples consentimento. Não carece de formalidades especiaes para a sua prova ou constituição. Só nos casos expressamente previstos na lei, como nas hypotheses dos artigos 1244.º e 1250.º, é que se torna necessaria a escriptura publica. Prova-se por documentos authenticos, ou particulares, por testemunhas, ou por qualquer genero de prova. Póde ser celebrado por escripto ou verbalmente, e até se deduz do facto de dois ou mais individuos entrarem em qualquer communhão, ainda transitoria, e procederem como socios, postoque não estipulem positivamente a sociedade.

Encontra-se até um exemplo de sociedade tacita no artigo 1734.º Tambem o comproprietario dos fructos ainda indivisos, que fez despezas para os tirar do celleiro, a fim de evitar prejuizos provenientes de qualquer causa, póde obrigar os outros comproprietarios a concorrer proporcionalmente para o pagamento das respectivas despezas.

Assim, o nosso codigo veiu adoptar a jurisprudencia romana, que reconhecia a constituição da sociedade em consequencia de meros factos.

Nos termos do codigo de commercio, artigo 628.º, o simples facto de commercio conjuncto faz presumir sociedade mercantil; e por isso aquelle codigo admitte a parceria *em consequencia* do objecto, artigos 578.º e 579.º, e regula a sociedade tacita nos artigos 565.º a 570.º

Mesmo as sociedades civis mais frequentes, sobretudo nas aldeias, são as sociedades tacitas.

Art. 1242.º Será nulla a sociedade, na qual se estipular, que todos os proveitos pertençam a algum, ou alguns dos socios, e todas as perdas a outro, ou outros d'elles.

(Vid. artigos 1262.º e 1263.º) A sociedade póde estabelecer, em attenção ás qualidades e serviços de algum ou de alguns dos socios, que estes tenham nos lucros uma parte superior ás suas entradas. A regra é que os beneficios e perdas sejam proporcionaes ás entradas, artigo 1262.º; mas a lei não prohibe, antes auctorisa expressamente a estipulação de que a parte nos lucros e nas perdas não seja proporcional ás entradas.

O mesmo dispõe o codigo de commercio no artigo 534.º, determinando que os ganhos e as perdas são communs aos associados na proporção de seus quinhões de entradas, ou segundo o que se achar determinado em convenção expressa legitima.

E a velha ordenação dizia no já citado § 9.º, titulo XLIV, do livro IV, que, não se declarando no contrato da companhia, quanta parte de ganho ou de perda haveria cada um dos companheiros, entender-se-ia, que cada um haveria assim do ganho, como da perda, iguaes partes, e acrescentava: «Não tolhemos porém, que os companheiros logo no tempo do contrato possam repartir entre si a perda e o ganho de outra maneira; porque poderá muitas vezes a industria e saber de algum d'elles ser de mór valia e proveito para a mesma companhia, que o cabedal que os outros metterem, e assim será justo que este tenha mais no ganho, e menos na perda.»

Este direito porém não vae tão longe que possa transformar-se em *leonina* a sociedade, dando só lucros a uns, e só perdas a outros.

Pelas nossas leis é pois principio fundamental em materia de sociedades, que nenhum socio possa ser inhibido de receber lucros, ou isento de participar nas perdas. *Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.*

Pelo codigo civil francez, e pelo projecto de codigo civil hespanhol o pacto em que se estipule só lucros para uns ou só perdas para outros é nullo, mas não annulla a sociedade. Fica o pacto sem effeito, mas a sociedade subsistindo, com todas as outras clausulas e condições.

O nosso codigo porém com rasão annulla a sociedade, em cujas condições entra um pacto, que fere a propria essencia da sociedade, a qual deve ter por objecto um fim *commum*.

E tão rigoroso foi o codigo na observancia do principio de que os lucros e as perdas devem pesar sobre todos, que nem o mesmo socio de industria é isento de responsabilidade pelas perdas, artigos 1262.º e 1263.º; quando podia haver quem se prestasse a dar á sociedade a sua grande industria, ou mesmo o seu importante segredo de invenção com a condição de não participar nas perdas.

O codigo porém quiz consignar aquelle principio de um modo absoluto, comquanto haja mil meios de o sophismar, especialmente na sociedade particular, a que se refere o artigo 1249.º

Pelo nosso codigo commercial, artigo 532.º, é tambem nulla a convenção, pela qual algum dos socios aufere todos os lucros, ou é isento de toda a contribuição nas perdas.

Pelo mesmo codigo, artigos 530.º e 531.º, é illegal e nullo o contrato em que o emprestador de dinheiro para emprego commercial em associação, estipular participação nos lucros sem responder pelas obrigações de associado; e é usuraria a convenção em que o empres-

tador n'estas condições estipular, que terá quinhão n'uma quantidade de ganhos, alem dos juros, sem responsabilidade de perdas.

A mesma cousa dispunha já a ordenação no livro IV, titulo XLIV, § 9.º, onde dizia: «não poderão porém os companheiros pôr tal pacto e condição, que um companheiro leve o ganho todo, e na perda não tenha parte, porquanto o tal concerto, como este, é illicito e reprovado».

Esta doutrina soffre apenas uma modificação em materia commercial, em virtude do preceito consignado no artigo 622.º do codigo de commercio, pelo qual o menor não commerciante póde ser socio no sentido de quinhoar nos ganhos; mas tem o beneficio de restituição contra as perdas.

Se os socios na constituição social não estimarem o valor da industria do socio, ou a sua percentagem nos lucros e nas perdas, e depois não podérem accordar-se sobre este ponto, será a quota do socio de industria liquidada por meio de arbitros, artigo 1263.º

O codigo commercial, artigo 559.º, manda que n'esta hypothese o socio de industria receba tanto como o socio capitalista que entrou com a menor quota do capital, talvez porque o socio a si deve imputar o facto de não haver estipulado a sua quota. Todavia é mais rasoavel o preceito do codigo civil, que dá margem ao arbitramento, em vez de deixar o talento e a habilidade do industrial inteiramente dependente da posição do capitalista.

Art. 1243.º A sociedade universal póde abranger todos os bens moveis e immoveis, presentes e futuros; ou só os moveis, fructos e rendimentos dos immoveis presentes, e todos os bens que se adquirirem de futuro.

§ unico. Esta segunda especie de sociedade não abrange os bens adquiridos por titulo gratuito, salvo havendo declaração em contrario.

(Vid. artigos **1245.º**, **1249.º** e **2179.º**) Assim como o codigo de commercio, artigo **526.º**, distingue entre companhias, sociedades, e parcerias mercantis, assim o codigo civil reconhece, alem da sociedade familiar, duas especies de sociedade subordinadas a regras differentes segundo a sua differente natureza. Essas duas especies de sociedade são *particulares* ou *universaes*.

N'outros termos, o codigo faz tres grandes divisões de sociedade — sociedade *universal*, sociedade *particular* e sociedade *familiar*. A sociedade universal distingue-se da particular pelo seu objecto; e estas duas especies distinguem-se da familiar pela qualidade das pessoas de que esta se compõe.

A sociedade universal subdivide-a o codigo em duas especies. A primeira abrange todos os bens *moveis* e *immoveis*, como diz o codigo, ou antes todos os bens mobiliarios e immobiliarios, devendo attribuir-se a esquecimento da commissão revisora a conservação d'aquellas palavras n'um caso em que a sociedade é *amplissima*, que abrange todos os bens presentes e *futuros*, e portanto todos os fructos e rendimentos d'esses bens, qualquer que seja o titulo de acquisição, gratuito ou oneroso.

Cremos que as palavras «*moveis e immoveis*» tem aqui a mesma significação que as palavras «mobiliarios e immobiliarios», nos termos do artigo 377.º do codigo, e não a significação restricta que têem nos artigos 374.º e 376.º Por isso, como na dissolução da sociedade universal, ainda que da segunda especie, se faz a partilha por igual, os moveis com que cada um entrou para a sociedade, tornam-se propriedade da mesma sociedade, e entram na partilha geral de lucros e de perdas; e se alguns acabaram no uso commum da sociedade, o socio, a quem pertenciam, não é indemnisado.

O distincto jurisconsulto o sr. Bruschy entende que, alem d'estas duas especies de sociedade universal, ha a sociedade universal dos adquiridos, que é regulada no artigo 1247.º Porém a sociedade de adquiridos, a que se refere o artigo 1247.º, é a segunda especie de sociedade universal, reconhecida no artigo 1243.º

Julgâmos applicavel ainda hoje á sociedade universal a doutrina consignada na ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 1.º, onde se dispunha que no contrato de companhia *de todos os bens*, logo o senhorio e posse dos taes bens se traspassaria reciprocamente nos companheiros, sem ser necessaria apprehensão alguma corporal, ou acto algum para se alcançar o senhorio, ou a posse de alguma cousa; e que tudo o que qualquer dos companheiros adquirisse, depois de feita a companhia de todos os bens, por qualquer titulo que fosse, se communicaria entre todos, e o dominio e posse se traspassaria nos ditos companheiros.

A segunda especie de sociedade universal só se distingue da primeira em ser mais restricta, porque nem póde abranger os *immoveis presentes*, mas apenas os seus rendimentos, nem os moveis ou immoveis *futuros* adquiridos por titulo gratuito, doação, legado ou herança, salvo declaração expressa em contrario.

É singular que esta sociedade, abrangendo todos os moveis presentes, não abranja os moveis futuros, quando adquiridos por titulo gratuito.

O sr. Ferreira Lima, em sessão de 14 de novembro de 1864, ainda propoz que não fosse admittido estipular que os bens adquiridos de futuro por titulo gratuito não sejam comprehendidos na sociedade; mas não foi approvada a proposta.

Todavia o pensamento do legislador n'esta determinação foi obstar ás doações prohibidas, que podiam fazer-se sob a apparencia de acquisições sociaes.

Na segunda especie de sociedade universal são incommunicaveis os *immoveis* presentes, e portanto os *productos* da sua alienação, que representam o valor, e não os rendimentos. Na duvida se os adquiridos são ou não producto dos bens incommunicaveis presume-se pela negativa, porque n'uma sociedade geral de adquiridos a presumpção é pela communhão de tudo quanto vem ao casal a titulo oneroso, artigo **1245.º**

A primeira especie de sociedade universal raro terá logar, a não ser entre esposos.

E como só póde constituir-se por escriptura publica, artigo **1244.º**, nunca póde presumir-se existente por convenção tacita, por mais que os factos indiquem sociedade universal.

Portanto nos casos occorrentes, e em falta de escriptura publica, havemos de presumir que a sociedade universal é da segunda especie, isto é, que abrange tão sómente os moveis, fructos e rendimentos dos immoveis presentes, e todos os bens moveis e immoveis que se adquirirem de futuro por titulo oneroso.

O simples contrato de sociedade *universal* pois, sem nenhuma outra explicação, importa a segunda especie de sociedade universal, não só porque a primeira especie é muito mais rara do que a segunda, e na duvida presume-se que as partes quizeram fazer o que é mais ordinario, mas tambem porque todas as convenções, que tendem a des-

pojar alguem da sua propriedade, devem entender-se no sentido mais restricto.

A sociedade *particular* limita-se a bens determinados, ou ao seu uso e rendimentos, como se se compram certas propriedades para depois se revenderem, ou gosarem em commum os seus rendimentos, ou se se compra um trem para d'elle se usar em commum; e tambem se póde applicar a certa e determinada industria, como se dois pintores se associam para conjunctamente exercerem a sua arte, e partirem em commum os lucros que ella der, artigo 1249.º

Póde ser pois de tres especies, quanto ao seu objecto, a sociedade particular: 1.ª, de certos e determinados bens; 2.ª, dos fructos ou rendimentos de certos e determinados bens; 3.ª, de certa e determinada industria.

Á sociedade particular é ainda applicavel a doutrina consignada na ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 2.º, onde se determina que, se o contrato de companhia não for de todos os bens, mas de parte d'elles, como de certo trato ou negocio, sómente se communicará entre os companheiros o que cada um d'elles houver por seu trabalho, ou industria no mesmo tracto ou negocio, e não aquillo que cada um d'elles houver por outro modo fóra da companhia por respeito de sua pessoa, ou por beneficio particular, que de alguem recebeu, assim como uma herança, ou legado, doação, ou outra cousa similhante.

Os objectos, com que se entra para esta sociedade, ficam desde logo propriedade conjuncta e commum de todos e de cada um dos socios, como succede com os fundos entrados na sociedade com firma para as necessidades do objecto social, nos termos dos artigos 551.º e 607.º do codigo de commercio.

Para que possa communicar-se na sociedade particular algum immovel *presente* (e não posteriormente adquirido), é preciso que ella se constitua por escriptura publica, artigo 1250.º

O mais difficil n'esta materia é estremar, segundo os factos, a sociedade universal de segunda especie da sociedade particular, em que não entra immovel, quando não são constituidas por escripto.

Com relação á *industria* facilmente se estremam uma da outra estas duas especies de sociedade.

Se a industria não é limitada a certo e determinado objecto, a sociedade é universal; se o objecto da industria é restricto, como a pesca, a exploração de minas, etc., a sociedade é particular; mas em relação *aos bens* ha de ser em muitos casos difficil o discrimina-las.

Verdade seja que uma industria qualquer, se considerada em relação á universalidade das industrias, póde dizer-se uma industria particular, considerada com relação aos individuos, que a exercem, e que não têem outra industria, nem outros bens ou haveres, póde dizer-se universal. Todavia é principalmente quanto *aos bens*, que custa a determinar a differença entre a sociedade universal da segunda especie e a sociedade particular.

Quanto aos bens é caracteristico das sociedades particulares o serem restrictas *a certos e determinados*. Mas não é da essencia das sociedades universaes de segunda especie o serem *incertos* e *indeterminados* os bens; pelo contrario podem ser *certos* e *determinados*, sem que a sociedade perca por isso a sua natureza de universal.

A sociedade tacita constituida pelo facto de dois ou mais individuos, proprietarios de *certos* e *determinados* bens, porem o uso d'elles em commum, e trazerem a um monte commum os respectivos rendimentos, e em commum gastarem esses lucros, é *universal* ou *particular?* Os bens são certos e determinados, cada um dos socios sabe quaes são os seus, mas a sociedade tem todos os caracteres de universal, porque abrange o uso de todos os bens immoveis dos socios, os fructos e rendimentos dos mesmos bens, e o seu trabalho e industria.

Com effeito a *certeza* dos bens, que fazem objecto da sociedade, não se contrapõe á idéa de universalidade d'esta. A *certeza* do objecto tanto póde quadrar ao todo, como á parte. A differença caracteristica pois está em que na sociedade universal entram os socios com *todos* os seus bens, ou com *toda* a sua industria, emquanto que na sociedade particular entram só com *alguns* de seus bens, ou com industria de certa e determinada especie.

A circumstancia pois de serem *certos* e *determinados* ou *incertos* e *indeterminados* os *bens* não é differença capital entre a sociedade universal de segunda especie e a sociedade particular. A idéa que as distingue é que uma abrange *todos* os bens dos socios, e a outra *só parte d'elles*.

Verdade seja que póde dar-se a hypothese de tres ou quatro individuos de Lisboa porem em commum todos os seus bens, que possuem no termo da cidade, e toda a sua industria, dividindo em commum os rendimentos de tudo, mas ter um d'elles uma propriedade em Faro, que não entra na associação: deixará por isso a sociedade de sêr universal para ser particular? E sendo particular a respeito do socio, cuja propriedade ficou de fóra, sê-lo-ha tambem a respeito dos outros socios?

N'esta sociedade a partilha dos lucros e das perdas é feita por igual entre os socios, como na sociedade universal, artigo 1248.º, ou ha de ser proporcional á entrada de cada socio, como nas sociedades particulares, artigo 1262.º?

É particular esta sociedade, e a respeito de todos os socios, devendo fazer-se a partilha dos lucros e das perdas em proporção das entradas nos termos do artigo 1262.º, vistoque a sociedade não abrange *todos* os bens dos socios, mas apenas os situados no termo de Lisboa.

A maior parte dos codigos prohibem a sociedade de bens *futuros*, salvo entre esposos, para evitar as doações de bens *futuros*, que são prohibidas, artigo 1453.º, sob a fórma particular de sociedade. Tambem, para evitar as doações fraudulentas, alguns codigos prohibem as sociedades universaes entre pessoas, incapazes de se fazerem doações reciprocas, sobre o que o nosso codigo guarda silencio, não dando talvez outro remedio aos prejudicados senão o direito de rescindirem a sociedade por motivo de dolo.

A sociedade particular porém é muito frequente.

Convem notar que pela constituição das sociedades, de que se trata n'este e nos artigos 1249.º e 1250.º, não se paga a taxa do sêllo declarada em o n.º 5.º da classe 5.ª da tabella n.º 3 do regulamento de 2 de dezembro de 1869, applicavel unicamente ás *sociedades anonymas*, como são as companhias de commercio, definidas no artigo 538.º do codigo commercial, e de que trata a lei de 22 de junho de 1867.

O uso e a administração da propriedade commum estão sujeitos tambem ás regras da sociedade, artigo 2179.º

Art. 1244.º A sociedade universal de todos os bens presentes e futuros só póde constituir-se por escriptura publica.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 1245.º Os bens adquiridos pelos socios, na segunda especie de sociedade universal, presumem-se da mesma so-

ciedade, emquanto se não provar que foram adquiridos com o producto ou troca de bens incommunicaveis.

(Vid. nota ao artigo 1243.º)

Art. 1246.º Todas as dividas anteriores ou posteriores ao contrato, e todas as despezas dos socios, excepto as provenientes de delicto ou de facto reprovado pelas leis, ficam a cargo da sociedade, sendo esta de todos os bens presentes e futuros.

(Vid. nota ao artigo 1110.º)

Art. 1247.º Se a sociedade for só de adquiridos, ficarão unicamente a seu cargo, não havendo declaração em contrario:

1.º As dividas contrahidas pelos socios por causa da mesma sociedade;

2.º Os gastos e despezas necessarios á mantença dos socios e das suas familias.

§ unico. Entende-se por despezas de mantença, a habitação, o alimento, o vestuario, bem como o tratamento nas molestias.

(Vid. artigo 1285.º n.º 1.º) Na segunda especie de sociedade universal, como não se communicam os immoveis presentes, mas só os seus rendimentos, os moveis, e os bens posteriormente adquiridos a titulo oneroso, de modo que a sociedade não é *perfeitamente* universal, tambem não ha communhão *completa* nas dividas, mas só nas contrahidas por *causa da sociedade*. Assim as dividas que pesam sobre bens adquiridos por qualquer dos socios a titulo gratuito, como doação, legado ou herança, os quaes, ou sejam moveis ou immoveis, não entram na communhão nos termos do § unico do artigo 1243.º, não pesam sobre a sociedade, mas sobre os bens proprios do respectivo socio.

Alem das dividas contrahidas por causa da sociedade, só se communicam as despezas de mantença dos socios e das suas familias. Similhantes despezas são destinadas a um fim muito elevado e importante: nenhum dos socios deve ser isento de contribuir para a sustentação dos seus consocios e familia.

Este preceito é igualmente applicavel ás sociedades familiares, artigo 1285.º n.º 1.º Verdade seja que a referencia do artigo 1285.º n.º 1.º não é ao artigo 1247.º, mas sim ao seu § unico, que se limita a explicar quaes são as despezas que se comprehendem debaixo da palavra generica «*mantença*», sem declarar as pessoas a quem a sociedade a deve, por ser isso objecto do artigo e não do §.

Julgâmos porém applicavel á sociedade familiar a disposição do n.º 2.º do artigo 1247.º, ou pela referencia contida no artigo 1285.º n.º 1.º, ou por argumento de analogia, nos termos do artigo 16.º, devendo soccorrer-nos ao artigo 1247.º para explicarmos a providencia vaga do artigo 1285.º que se refere ás despezas de *mantença*.

Portanto tambem nas sociedades familiares as despezas com o tratamento dos socios nas suas molestias se comprehendem nas despezas de *mantença*. Assim, se os rendimentos da sociedade não chegarem para occorrer ás despezas com a molestia do socio ou de pessoa da sua familia, e for necessario contrahir alguma divida para esse fim, ficará a divida a cargo da sociedade.

Ainda mesmo que o emprestimo fosse contrahido em nome do socio, e não da sociedade, provando elle que o credito fôra destinado ao tratamento da molestia de uma pessoa da sua familia, ha de ficar a divida a cargo da associação.

O codigo, empregando as palavras «*gastos e despezas*», só define o que são despezas. É porém certo que elle toma como synonymos «*gastos e despezas*».

Art. 1248.º Dissolvida a sociedade universal, partir-se-hão por igual, entre os socios, os respectivos bens, não havendo estipulação em contrario.

(Vid. nota ao artigo 1123.º) D'este artigo e do artigo 1262.º, devidamente comparados e combinados, resulta a conclusão de que na sociedade universal, ou da primeira ou da segunda especie, ao contrario do que succede na sociedade particular, a partilha dos lucros e das perdas é sempre por igual ou por cabeça entre os socios, qualquer que seja a proporção das entradas ou capitaes, ou bens de cada socio, quer sejam iguaes quer desiguaes, e qualquer que seja a importancia da desigualdade. Na sociedade particular a partilha de lucros e das perdas é sempre proporcional ás entradas de cada um.

É o que se infere até da collocação das materias. O artigo 1248.º está sob a secção que se inscreve *Da sociedade universal*, e o artigo 1262.º sob a secção que se inscreve *Da sociedade particular;* e a julgar pela rubrica das secções parece que a doutrina dos artigos 1243.º a 1248.º é applicavel só ás sociedades universaes, e que a doutrina dos artigos 1249.º a 1274.º é applicavel só á sociedade particular.

Verdade seja que, referindo-se só á sociedade particular as sub-secções I e II da secção III, em que se trata dos direitos e obrigações reciprocas dos socios, e das obrigações dos socios em relação a terceiros, falta no codigo a legislação para regular os direitos e obrigações reciprocas dos socios, e as obrigações dos socios com relação a terceiros nas sociedades universaes, quando muitas das disposições contidas nas referidas sub-secções podem adaptar-se tanto á sociedade particular, como á universal, especialmente sendo esta da segunda especie.

Acrescentam alguns, que no artigo 1248.º se falla da partilha *dos bens*, e não dos lucros e perdas, ao passo que no artigo 1262.º se falla explicitamente da divisão dos beneficios e das perdas, podendo por isso dizer-se, que o artigo 1248.º regula a partilha dos bens na sociedade universal, emquanto estes se communicam, e o artigo 1262.º regula a partilha dos lucros e perdas nas sociedades, em que só o uso dos bens se communica, sem attenção a serem universaes ou particulares.

Esta interpretação porém não póde acceitar-se. Se partissemos do principio de que o artigo 1248.º só regulou a partilha dos bens na sociedade universal, em que os bens dos socios se communicam, e que o artigo 1262.º regula a divisão de lucros e perdas nas sociedades tanto universaes como particulares, a consequencia seria tornar applicavel ás sociedades universaes a legislação contida nas sub-secções I e II da secção III, sem n'ellas se encontrar artigo que assim o determine, como em caso analogo determina o artigo 1694.º

Portanto o que parece mais legal é que o artigo 1248.º contém a regra para a partilha de bens, e de lucros e perdas, em todos os ca-

sos de sociedade universal, quer esta seja da primeira quer da segunda especie, e que a partilha proporcional, estatuida no artigo 1262.º, é relativa só ás sociedades particulares.

Combatem alguns esta doutrina, fundados nos seguintes argumentos:

1.º Que não se descobre rasão solida para que na sociedade universal de segunda especie, que é verdadeiramente uma sociedade de ganhos, a partilha haja de ser por igual, emquanto que na sociedade particular, que só se differença d'aquella em que ali entram os socios com todos os seus bens, ou com toda a sua industria de certa e determinada especie, ha de ser proporcional a partilha.

2.º Que regulando a secção II unicamente as sociedades universaes, e a secção III unicamente a sociedade particular, não ha legislação no codigo para regular nas sociedades universaes a immensidades de hypotheses que as sub-secções d'esta secção regulam com respeito á sociedade particular.

3.º Que partindo do principio de que em todos os casos de sociedade universal a partilha é por igual, conforme a regra prescripta no artigo 1248.º, e que em todos os casos de sociedade particular a partilha é proporcional, conforme a regra do artigo 1262.º, se levanta a difficuldade de saber qual é a parte dos lucros ou perdas assignada ao capital e á industria, quando estas sociedades forem de bens e industria, e uns dos socios trabalharem e outros não, ou uns tenham profissão mais lucrativa que os outros.

4.º Que se em todos os casos de sociedade universal ha de fazer-se sempre a partilha por igual, quer o capital de uns seja maior, e o dos outros menor, quer trabalhem todos ou só alguns, e seja ou não a profissão de alguns mais lucrativa que a dos outros, tambem na sociedade particular a partilha deve ser proporcionada á industria e ao trabalho dos socios, devendo determinar-se qual a parte assignada á industria e em que proporção com o capital.

5.º Que o melhor era ter adoptado uma regra unica em virtude da qual, na falta de convenção das partes, fosse por igual, ou proporcional ás entradas a partilha, e que isto era tanto mais necessario, vista a difficuldade, já ponderada, de muitas vezes estremar a sociedade particular da sociedade universal de segunda especie.

No entretanto o codigo estabeleceu regras para resolver todos estes problemas, qualquer que seja o juizo que possa e deva fazer-se da justiça de algumas d'ellas; e comquanto fosse possivel adoptar n'alguns casos providencias mais acertadas do que as estatuidas n'esta secção e na seguinte.

O codigo declarou de uma maneira positiva, artigo 1248.º, que na sociedade universal a partilha é sempre por igual, ou sejam iguaes ou desiguaes os capitaes, ou todos os socios trabalhem ou só alguns, ou a profissão de uns seja ou deixe de ser mais lucrativa do que a de outros. Ha de pois cumprir-se o que a lei determina.

Na sociedade particular é feita a partilha, com relação ao capital, nos termos do artigo 1262.º, e com relação á industria nos termos do artigo 1263.º

Nos casos de sociedade particular não póde applicar-se a regra estabelecida no artigo 1294.º, como alguns pretendem, porque essa regra é unicamente applicavel ás sociedades familiares, e só a fructos e proventos da cultura dos bens immoveis.

SECÇÃO III

DA SOCIEDADE PARTICULAR

Art. 1249.º Sociedade particular é a que se limita a certos e determinados bens, aos fructos e rendimentos d'estes, ou a certa e determinada industria.

(Vid. nota ao artigo 1243.º)

Art. 1250.º Só por escriptura publica póde ser constituida qualquer sociedade particular, em cujos haveres entre a propriedade de algum immovel.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

SUB-SECÇÃO I

DOS DIREITOS E DAS OBRIGAÇÕES RECIPROCAS DOS SOCIOS

Art. 1251.º O socio é responsavel, para com a sociedade, por tudo aquillo a que se houver obrigado para com ella.

(Vid. artigos 1253.º, 1254.º, 1258.º, 1337.º, 1340.º e 1909.º) A organisação da sociedade importa a creação de uma pessoa juridica com direitos e obrigações não só entre os seus membros, mas com relação a terceiros; e de cada um d'estes dois objectos trata o codigo separadamente na presente secção e na seguinte.

A sociedade é um contrato oneroso, em que cada associado se obriga a dar ou a fazer uma cousa para receber o equivalente, e por isso surte todos os effeitos dos contratos onerosos quanto a direitos e a obrigações. O socio pois é obrigado a cumprir tudo o que prometteu do mesmo modo que o mandatario, a quem era alias licito recusar o mandato, ha de cumpri-lo nos termos a que se obrigou, artigo 1335.º, desde que por facto seu se sujeitou ás obrigações, que a procuração impunha.

O socio que se comprometteu a entrar com dinheiro, e que não entrou, bem como o que distrahiu fundos communs, não só para proveito *seu particular*, como expressamente determina o artigo 1254.º, mas para qualquer objecto estranho aos interesses sociaes, como implicitamente se deduz do mesmo artigo, responde pelos juros legaes d'essa somma de pleno direito a contar do dia em que a prestação era devida, ou do dia em que a distracção dos fundos teve logar, independentemente de qualquer interpellação.

O socio pelo simples facto de chegar o dia, em que a prestação era devida, ou de distrahir os fundos communs, fica constituido em móra, porque, desde que está formada a sociedade, e elle gosa das sommas fornecidas pelos associados, deve faze-los gosar tambem da sua respectiva quota, devendo portanto pagar-lhes os interesses d'ella, emquanto a retem em seu poder para proveito seu particular; e pela mesma rasão deve abonar-lhes os juros das sommas que distrahiu em seu proveito.

No artigo 291.º dispõe o codigo de commercio que o socio que devia entrar com uma somma de dinheiro, e o não fez, deve *pleno jure*, e sem dependencia de litigio, os juros d'essa somma, a contar do dia

em que com ella devia entrar, e que o mesmo é a respeito das sommas que tirar da caixa social para proveito seu particular, a contar do dia em que os tirou: tudo sem prejuizo de outras indemnisações, a terem logar.

O codigo commercial dispõe igualmente no artigo 333.º que o associado, que tarda em fornecer o seu contingente não consistente em dinheiro, responde para com a associação pelo damno emergente da móra, e que, sendo o contingente dinheiro, os juros legaes são inteira indemnisação.

Parece tambem que o socio de capital ou de industria, que distrahiu os fundos em contrario do estipulado pelos socios, póde, em vez de pagar os juros legaes das sommas distrahidas, entrar com os lucros do emprego d'esses fundos, se os lucros realisados não representarem somma inferior á dos juros legaes.

O mandatario, que distrahe em proveito seu dinheiro do constituinte tambem é responsavel pelos juros, mas só desde a *móra*, artigo 1340.º, isto é, não desde o *facto* da distracção dos fundos, como na sociedade, mas desde que elle era obrigado a entrega-los, ou por interpellação do mandante, ou por ser chegado o dia fixado para a entrega.

O mandatario, que distrahe em proveito seu as sommas que recebe do mandante, falta á fidelidade que deve guardar no exercicio das suas funcções, e por isso deve abonar os juros das sommas em desvio; e é alem d'isso punido com as penas de furto nos termos do artigo 453.º do codigo penal.

O nosso codigo commercial, encostando-se á doutrina do artigo 1996.º do codigo civil francez, estabelece mais um preceito, dispondo no artigo 294.º, que o mandatario é devedor dos juros das sommas, que empregar em uso proprio, *a datar do emprego*, e das que tiver em seu poder, a contar do dia em que estiver em móra.

A significação das ultimas palavras do artigo 1340.º «*se esse dinheiro os não vencer por outro titulo*» mal se percebem, porque a distracção arbitraria dos dinheiros, feita pelo procurador em proveito seu, não póde dizer-se *titulo*.

Verdade seja que pelo titulo *do mandato* é que o procurador tem os dinheiros em si. Mas qual é o outro titulo por que os dinheiros distrahidos pelo mandatario podem vencer juros?

Se lhe estão emprestados pelo constituinte, ficam então sem significação as palavras «*os distrahir em proveito seu*»; e não póde admittir-se que, estando elles em poder do procurador, vençam juros de uma terceira pessoa, por cujo motivo podessem dispensar-se os juros do mandatario.

Na hypothese do artigo parece que o mandatario não figura de depositario do dinheiro dos mandantes, mas sim de devedor d'elles.

Provavelmente o preceito do artigo refere-se ao caso de o mandatario ser devedor ao mandante de alguma quantia, e d'aquelle o encarregar de lhe dar certo destino.

N'esse caso, dada a móra por parte do mandatario, como o mandante não ha de receber juros em duplicado pelo mesmo capital, continua a recebe-los pelo titulo por que já os recebia, ou sejam maiores ou menores do que 5 por cento, que são os juros que o mandante venceria desde a móra se os não vencesse já por outro titulo.

O codigo de commercio nos artigos 293.º, 294.º e 787.º, dispõe que o mandatario que recebe dinheiro sem ordem, ou que recebido o não remette na fórma da ordem, é devedor de juros ao committente, assim como é devedor de juros das sommas que empregar em uso proprio a datar do emprego, e das que tiver em seu poder a contar do dia em que estiver em mora.

E o mandatario será unicamente responsavel pelos juros que deixou de entregar, e que distrahiu, ou vae a sua responsabilidade alem d'isso até ás perdas e damnos?

As fontes d'esta materia do nosso codigo, e especialmente dos artigos 1253.º e 1254.º, são o codigo civil francez, artigo 1846.º, e o projecto de codigo civil hespanhol, artigo 1578.º Ambos estes artigos são expressos em determinar que o socio, alem do pagamento dos juros legaes, é responsavel por perdas e damnos. Assim se a móra do socio em pagar a prestação devida, ou o facto do desvio dos fundos communs, diminuiram os meios da sociedade de modo que ella não pôde cobrir as suas obrigações, ou deixou de realisar uma operação, ou de entrar n'uma empreza, d'onde tiraria importantes lucros, responsavel é elle, alem do pagamento dos juros, pelos prejuizos que a sociedade soffreu ou pelos lucros que deixou de perceber.

Parece ser esta tambem a doutrina do nosso codigo, vista a generalidade com que responsabilisa para com a sociedade o socio pelos prejuizos que lhe causou por *culpa* ou *negligencia*, artigo 1258.º, mas com a modificação prescripta no artigo 720.º

N'este caso não é permittido ao socio compensar os prejuizos, que causou, com os proveitos da sua industria, artigo 1258.º Como a industria do socio pertence á sociedade, se elle pagasse com a sua industria, pagaria á sociedade com o que era já d'ella.

O mandatario, que não cumpre o mandato, artigo 1335.º, e que excede os seus poderes, ainda praticando actos da mesma natureza dos auctorisados, mas contrarios á sua procuração, artigo 1349.º, é responsavel pelas perdas e damnos que causar ao constituinte ou a terceiro, artigo 1338.º, alem do pagamento dos juros nos termos do artigo 1340.º

Igualmente é responsavel por perdas e damnos o testamenteiro, que se houver com *dolo* e *má fé* no cumprimento do seu encargo, artigo 1909.º

Por esta fórma, para se tornar effectiva a responsabilidade do socio por perdas e damnos, basta haver *culpa* ou *negligencia*; para se impor igual responsabilidade ao testamenteiro é já indispensavel que elle incorresse em *dolo* ou *má fé*; e para se impor a mesma responsabilidade ao mandatario basta tambem a culpa, ou é preciso o dolo?

O codigo guarda silencio a este respeito, e o seu silencio n'uns casos, e a variedade de suas disposições n'outros só podem ser remediados pelo bom senso do julgador, a quem pertencerá apreciar e qualificar a culpa e o dolo, e determinar em casos especiaes a responsabilidade de cada um.

Julgâmos no entretanto que o mandatario é responsavel; não só pelo dolo, mas tambem pela culpa.

Pelas rasões já dadas não permitte o codigo nem ao socio, artigo 1258.º, nem ao mandatario, artigo 1337.º, o compensarem os prejuizos, a que por um lado deram causa, com os proventos que por outro lado trouxeram. Procurando o socio beneficios á associação não fez mais do que cumprir o seu dever, e pagar uma divida á sociedade, não podendo estes beneficios dispensa-lo de reparar o prejuizo que causou. Pelas mesmas rasões não póde o mandatario compensar os prejuizos que causou com os interesses que diligenciou.

Art. 1252.º Se o socio entrar para a sociedade com algum objecto determinado, de que a sociedade venha a ser evicta,

será responsavel para com ella, como o seria qualquer vendedor para com o comprador.

(Vid. nota ao artigo 1046.º)

Art. 1253.º O socio, que não entrar para a sociedade com a somma de dinheiro a que se houver obrigado, será responsavel para com ella pelos juros d'essa somma, contados desde o dia em que a prestação for devida.

Art. 1254.º Na mesma responsabilidade incorrerá o socio, que, sem auctorisação, distrahir dos fundos communs alguma quantia para seu proveito particular.

(Vid. nota ao artigo 1251.º)

Art. 1255.º Aquelle, que se associou para exercer em commum certa industria, é responsavel para com a sociedade por todos os lucros, que obtiver por essa mesma industria.

A industria póde ser em todo ou em parte o objecto ou fundo social. O artigo regula o caso de responsabilidade do socio que vem exercer a industria, objecto da sociedade.

O socio de industria, ou como se exprimia o projecto primitivo no artigo 1306.º, correspondente a este, *o socio por certa industria* responde para com a sociedade por todos os ganhos provenientes da industria, que é *objecto* da sociedade, porque fóra d'este objecto não ha communhão. Assim, n'uma sociedade em que o objecto da industria é a pintura, quem se associou como socio de industria só responde á sociedade pelos ganhos provenientes d'esta profissão, e não pelos resultantes de qualquer outro genero de trabalho. Se porém não estava determinada a *especie* de industria da sociedade, comprehenderá esta tudo o que se adquirir com qualquer genero de industria ou de trabalho, e por consequencia responderá o socio para com a sociedade por tudo quanto por este modo haja adquirido, como opina Goyena no commentario ao artigo 1577.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este.

No projecto primitivo era redigido o artigo correspondente nos seguintes termos: «O socio por certa industria é responsavel para com a sociedade por todos os lucros que obtiver por essa mesma industria», e com esta redacção se conservou nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864. Só no projecto de 1865 é que se lhe deu a redacção que tem no codigo.

D'aquella má redacção podia inferir-se que era possivel haver socios que contribuissem com a sua industria, ainda que essa industria não fizesse parte do objecto social, o que não póde ser.

Por isso se deu nova redacção ao artigo, introduzindo-se as palavras «*para exercer em commum certa industria*», a fim de que ficasse bem claro que não podia haver socios de industria senão por industria que se comprehendesse no fim social.

Em todo o caso o socio de industria ha de entregar á sociedade todos os lucros que auferir por si da industria, que é objecto do fundo social.

Art. 1256.º O socio administrador, que receber alguma quantia de qualquer pessoa, obrigada para com elle e para com a sociedade simultaneamente, deverá repartir proporcionalmente, entre ambos os creditos, essa quantia, ainda que passe recibo só em seu nome.

§ 1.º Se, porém, tiver passado recibo por conta da sociedade, será toda a quantia por conta do credito d'esta.

§ 2.º Ficam salvas as disposições do artigo 728.º, mas só no caso em que o credito pessoal do socio seja mais oneroso.

Se a sociedade, por exemplo, era credora de 200$000 réis a Paulo, e o socio administrador tinha sobre este um credito pessoal pela mesma somma, e Paulo pagar ao socio qualquer quantia, ainda que só á conta da divida d'este, e postoque o recibo lhe seja passado como de pagamento da divida pessoal, ainda assim ha de ser imputada essa somma por igual no credito da sociedade e do socio, pela rasão de que a boa fé não permitte que o socio se occupe menos dos interesses da sociedade do que dos seus interesses particulares.

Se passar porém quitação da divida por conta do credito social, não tem logar a reciproca de se imputar parte no credito d'elle. N'este caso toda a somma paga se imputa no credito da sociedade, porque é licito ao socio renunciar ao seu direito e beneficiar a sociedade em prejuizo proprio.

Combinam-se assim os dois principios, de que ninguem póde pagar-se por suas mãos, e de que todos podem renunciar ao seu direito. É porém indispensavel, para ter applicação o preceito do artigo, que as dividas sejam ambas exigiveis, porque se for exigivel só a do socio, e não a da sociedade, só n'aquella se imputa o pagamento.

Para evitar conluios e fraudes em prejuizo da lei e da sociedade nem ao devedor é licito escolher o pagamento da divida do socio, de preferencia ao pagamento da divida social.

§ 2.º (Vid. nota ao artigo 728.º)

Art. 1257.º O socio, que houver recebido por inteiro a sua parte de um credito social, fica obrigado, se o devedor se tornar insolvente, a trazer á massa social o que recebeu, ainda que passasse recibo só em seu nome.

O preceito do artigo funda-se no principio de que o pagamento parcial é feito á socie[illegible], que é credora do todo, e não ao socio. Por exemplo. Paulo deve 600$000 réis a uma sociedade composta de tres pessoas, e paga 200$000 réis a um dos socios, que lhe dá quitação pela *sua parte*. Se o devedor se tornar insolvente, de modo que não possa pagar integralmente os quinhões dos outros, que foram menos diligentes em obter o pagamento do seu credito, têem estes recurso contra o consocio que foi pago integralmente, para que todos tenham parte proporcional nas perdas. *Quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi.*

Art. 1258.º O socio é responsavel para com a sociedade pelos prejuizos que lhe causar, por culpa ou negligencia, e não poderá compensa-los com os proveitos que lhe tiver trazido, por sua industria, em outros casos.

(Vid. nota ao artigo 1251.º)

Art. 1259.º Se o socio tiver contribuido com objectos certos e determinados não fungiveis, pondo em sociedade só os fructos e o uso d'elles, o risco da perda, ou a diminuição dos mesmos objectos, correrá por conta do mesmo socio; se, porém, houver contribuido com a propriedade dos objectos, será o risco por conta da sociedade.

Art. 1260.º Se o socio houver contribuido com objectos fungiveis, será o risco por conta da sociedade.

É a applicação do principio geral: *Res suo domino perit.* Se o socio contribue com objectos fungiveis como vinho, azeite, etc., que não podem *gosar-se* sem se consumirem no primeiro uso a que são destinados, a propriedade fica pertencendo á sociedade, vistoque sem a propriedade nenhum proveito a sociedade podia tirar d'elles. Se contribuiu com objectos não fungiveis, pondo em commum a propriedade, como utensilios, machinas, etc., tambem a propriedade pertence ao fundo social. Por isso n'estes dois casos a perda ou qualquer prejuizo nos referidos objectos corre por conta da sociedade, como dono.

Se porém o socio contribuiu, não com a *propriedade* de objectos não fungiveis, mas simplesmente com o *uso* d'elles, como, no exemplo posto, se contribuiu para a sociedade só com o uso das machinas ou dos utensilios, reservando-se a propriedade, a perda ou prejuizo dos objectos é por conta do socio, como proprietario, e não da sociedade, que só tem o uso.

Art. 1261.º A sociedade é responsavel para com o socio, tanto pelas quantias que este despender em proveito d'ella, como pelas obrigações que elle contrahir de boa fé em negocios da sociedade; e, bem assim, pelos riscos inherentes á gerencia, que estiver a cargo do mesmo socio.

(Vid. artigos 1344.º, 1345.º, 1346.º e 1347.º) O socio gerente é verdadeiro mandatario, gosando quasi dos mesmos direitos e sujeito ás mesmas obrigações, porque se um obra em nome do mandante, outro obra em nome da sociedade.

Por isso a sociedade é responsavel para com o socio gerente, e o mandante para com o mandatario, por todas as despezas que fizeram, por todas as quantias que adiantaram, e por todas as obrigações que contrahiram em negocio dos seus constituintes, ainda que estes d'ahi não tirassem proveito algum, comtantoque o gerente ou o mandatario procedessem em boa fé.

Em accordão de 24 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou a relação do Porto que, cumprido o mandato pelo mandatario, nos termos do artigo 1335.º do codigo, não póde recusar-se o constituinte, sem causa relevante e attendivel, ás consequencias do cumprimento da procuração, nos termos dos artigos 1344.º e 1347.º, pagando ao mandatario o salario estipulado, e as despezas feitas no cumprimento do mandato.

A justiça impõe esta obrigação á sociedade e ao mandante, porque o negocio foi feito só para elles e em proveito d'elles, devendo por isso supportar os casos fortuitos a que estão sujeitas as transacções humanas. A responsabilidade do mandante e da sociedade é absoluta, se da parte do socio gerente ou do mandatario não houve culpa ou excesso de poder, e se as despezas foram feitas de boa fé.

Em todos estes casos serviu o socio os interesses communs, e por isso é a communidade que deve indemnisa-lo, pois ninguem deve locupletar-se á custa alheia.

Tambem a sociedade e o mandante são responsaveis por todos os prejuizos e riscos do gerente e do mandatario, que sejam inherentes ao negocio, mas não pelos prejuizos e riscos que podiam evitar-se. Assim, se para a gerencia do negocio eram precisos 1:000$000 réis, e o socio ou mandatario levou 2:000$000 réis, e estes lhe foram roubados, a sociedade ou o constituinte so respondem por 1:000$000 porque o resto não era preciso para a gerencia do negocio, e por isso não deve responder por elle nem a sociedade, nem o constituinte.

A ordenação, livro IV, titulo XLIV, §§ 10.º e 11.º, tambem dispunha que as dividas feitas por respeito da companhia e sociedade, d'ella mesma se haviam de pagar, ainda que a esse tempo estivesse já acabada, que da mesma maneira se havia de tirar da companhia a perda e damno que houvesse nas cousas d'ella, ou que por via d'ella acontecesse a qualquer dos companheiros nas suas proprias cousas; e que do mesmo modo toda a despeza e gasto que se fizesse em beneficio da companhia se havia de pagar d'ella.

Art. 1262.º A parte dos socios, nos beneficios, ou nas perdas, será proporcional á sua entrada, se outra cousa não for estipulada.

Art. 1263.º Se algum dos socios entrar só com a sua industria, sem valor previamente estimado, ou sem previa designação da quota que deve receber, e não vier a algum accordo com os outros socios, a tal respeito, terá a parte que lhe for attribuida arbitralmente.

(Vid. nota ao artigo 1242.º)

Art. 1264.º Se algum socio, alem do capital com que entrou, se tiver tambem obrigado a exercer alguma industria, os direitos que tiver, em rasão da industria, não deverão ser confundidos com os que tiver, em rasão do capital com que entrou.

Tem direito aos lucros, como socio de capital e como socio de industria, o socio que entra com capital e industria. A conta dos lucros e perdas será em separado, segundo o capital e a industria, regulando-se, quanto ao capital, pelo disposto no artigo 1262.º, e, quanto á industria, pelo artigo 1263.º

Art. 1265.º Convencionando os socios, que a partilha seja feita por terceiro, não poderão impugnar a decisão d'este, salvo se tiver havido declaração em contrario.

A partilha dos ganhos e das perdas póde ser commettida a terceiro, que não seja socio. Por mais contraria que seja ao direito ou á equidade essa partilha, não póde ser impugnada, salvo declaração em contrario, visto assentar a designação do terceiro n'um principio de confiança, que todos acceitaram.

O codigo civil francez permitte o recurso de toda a decisão sobre este assumpto contraria á equidade, talvez porque reconhece o direito

de commetter a decisão d'este negocio a um dos socios que, como interessado, poderia prevalecer-se da sua posição para se locupletar á custa dos outros.

Art. 1266.º O socio encarregado da administração, por clausula expressa do contrato, póde exercer todos os actos respectivos a essa administração, sem dependencia de approvação ou desapprovação dos outros socios, excepto se proceder dolosamente.

§ unico. Estes poderes do socio administrador durarão, emquanto a sociedade durar, e só poderão ser revogados occorrendo causa legitima.

Art. 1267.º Os poderes, conferidos por acto posterior á instituição da sociedade, podem ser revogados, como simples mandato.

Os poderes do socio administrador terminam por motivos differentes, segundo lhe foram confiados no pacto social, ou por acto posterior ao estabelecimento da sociedade.

Se lhe foram conferidos posteriormente á instituição da sociedade consideram-se simples mandato, revogavel como qualquer outro pela mera vontade dos associados, haja ou não causa legitima para a cessação dos poderes de administrar.

Se porém os poderes de administrar lhe foram conferidos no pacto social, póde elle exercer todos os actos administrativos, sem embargo da opposição dos consocios, e mesmo contra a vontade d'estes, porque essa nomeação se considera uma *condição* do contrato, que não póde ser preterida sem o accordo de *todos* os associados, incluindo o consentimento do administrador. Os socios que, pelo acto da constituição social, entregaram ao administrador aquellas faculdades, renunciaram por esse facto a todo o poder deliberativo. Os poderes do socio administrador duram n'este caso tanto como a sociedade, salvo occorrendo causa legitima, ou havendo procedimento *doloso* do administrador em prejuizo dos consocios.

Ainda que o socio administrador siga marcha errada na sua gerencia, se não proceder com dolo, mas na boa intenção de gerir convenientemente os negocios sociaes, hão de os associados soffrer as consequencias da sua má administração, desde que lhe conferiram no pacto social os poderes de administrar.

É difficil determinar as causas legitimas de revogação dos poderes do socio administrador, nos termos do § unico do artigo 1266.º, visto guardar o codigo profundo silencio a tal respeito. Deverão porém considerar-se taes todas as que o tornarem inhabil para reger a sua pessoa e bens, como a demencia, a condemnação na perda dos direitos civis, etc.

A doutrina d'estes dois artigos é até certo ponto a reproducção do disposto nos artigos 614.º a 616.º do codigo commercial.

E quem é competente para conhecer das causas da revogação dos poderes? A assembléa geral dos socios, ou os tribunaes, segundo se achar determinado nos respectivos estatutos.

Art. 1268.º Sendo varios os socios encarregados da administração, indistinctamente, ou sem declaração de que deverão proceder de accordo, poderá cada um d'elles praticar separadamente os actos administrativos que bem lhe parecerem.

Art. 1269.º Se for convencionado, que um socio administrador nada possa praticar sem concurso de outro, ou outros socios, só poderá proceder de outro modo, havendo nova convenção, ou no caso em que haja a temer prejuizo grave e irreparavel.

Sendo varios socios encarregados da gerencia dos negocios sociaes *indistinctamente*, isto é, sem se determinarem distinctamente as funcções de cada um, ficam todos com os poderes sufficientes para por si praticarem qualquer acto de administração social, porque o facto da nomeação sem declarações dá a cada um a plenitude dos poderes necessarios para administrar.

Se porém se estipula que o socio administrador não possa praticar acto algum sem o concurso do outro, deve observar-se esta clausula, como condição do pacto social, sem que o socio possa desculpar-se com a ausencia ou impossibilidade do outro.

A excepção a esta regra é feita no interesse da sociedade, e portanto conforme a presumida vontade dos contrahentes, que não poderam prever, ou não previram, o caso extraordinario de um perigo imminente e de um damno irreparavel.

O artigo 1268.º é a reproducção fiel do disposto no artigo 613.º do codigo commercial.

Art. 1270.º A falta de estipulação expressa sobre a fórma da administração suppre-se pelas seguintes regras:

1.º Todos os socios estão revestidos de igual poder para administrar: os actos praticados por qualquer d'elles obrigam os outros, salvo o seu direito de opposição, emquanto esses actos não produzem effeito legal;

2.º Póde qualquer dos socios servir-se, na fórma do costume, das cousas da sociedade, comtantoque esta não seja prejudicada, ou os outros socios privados do uso a que tambem tenham direito;

3.º Cada socio tem direito de obrigar os outros a concorrerem com elle, para as despezas necessarias á conservação dos objectos da sociedade;

4.º Nenhum dos socios póde, sem consentimento dos outros, fazer alterações nos immoveis da sociedade, ainda que taes alterações lhe pareçam uteis, nem obrigar ou alienar os objectos mobiliarios ou immobiliarios da sociedade;

5.º Se houver divergencia entre os socios, serão os negocios resolvidos por maioria, seja qual for a desproporção das suas entradas; em caso de empate, o negocio ficará assim indeciso até ulterior resolução.

A falta de estipulação sobre a fórma da administração raras vezes ha de dar-se, a não ser em sociedades de tão pequena importancia, que nem se formam por escripto.

1.º, etc. Desde que não se commette a administração a nenhum dos socios determinadamente, todos devem reputar-se com igual direito a administrar, pela mesma rasão porque, encarregando-se varios socios indistinctamente da administração, nos termos do artigo 1268.º, cada um tem igual direito a administrar.

O codigo commercial tambem determina, no artigo 611.º, que todo o socio é considerado gerente da sociedade relativamente aos negocios communs d'ella, se o contrato registado não tiver estipulações em contrario.

Porém na hypothese d'este numero podem os outros socios oppor-se ao acto de administração, emquanto a operação não está concluida; e se, não obstante a opposição, o socio faz a operação, esta é nulla, pela regra: *In pari causa melior est conditio prohibentis.*

Se porém o socio se lembra de fazer opposição só depois de concluido o acto juridico, não póde já ataca-lo, porque o seu silencio na impugnação do facto faz presumir consentimento e acquiescencia ao mesmo acto, pelo brocardo juridico: *Qui prohibere potest et non prohibet, consentire videotur.*

Se o acto foi praticado em segredo, ou repentinamente, devem os outros socios respeita-lo, e a si imputem o não terem providenciado sobre a fórma da administração.

2.º, etc. Todos os socios têem igual direito sobre a cousa social, e por isso cada um póde servir-se d'ella *na fórma do costume*, isto é, dando-lhe o uso para que ella é destinada, como servindo-se do cavallo commum para tirar um trem, e não para cavallaria, se elle não é destinado para este uso, mas sim para aquelle, e não de modo que prejudique o serviço da sociedade, ou prive os outros socios de igual vantagem, vistoque elles têem igual direito ao uso do objecto.

3.º, etc. Estes gastos não podem evitar-se sem renunciar á propria cousa e deixar dissolver a sociedade. Porém o contingente com que cada socio é obrigado a contribuir é por conta dos fundos com que cada um se obrigou a entrar, sendo limitada a responsabilidade.

Se a conservação dos objectos reclamar somma superior ao fundo social, não é o socio obrigado a entrar com nova prestação, porque equivaleria isso á constituição de nova sociedade em que elle não póde ser obrigado a entrar contra sua vontade.

4.º, etc. Nenhum dos socios só por si póde fazer nos immoveis alterações que lhes mudem o destino, como reduzir o olival a vinha, etc. Este preceito é consequencia rigorosa do dominio commum. A prohibição porém limita-se aos immoveis pela sua maior importancia; e basta para legalisar a alteração o consentimento tacito dos associados pela regra acima citada: *Qui prohibere potest et non prohibet, consentire videtur.*

A prohibição porém de alienar ou de empenhar abrange tambem os bens mobiliarios. Vê-se pois que os poderes dos socios, em que não ha administrador, não são tão amplos como os poderes do socio administrador.

5.º, etc. As decisões tomam-se por maioria, adiando-se successivamente a resolução dos negocios em caso de empate, até haver maioria. A rasão é porque o direito de votar considera-se *jus personale*, como diziam os romanos; o socio vota, como associado, e não segundo a importancia dos valores que tem no fundo social.

Deve porém notar-se que a regra estabelecida n'este numero, de serem os negocios resolvidos por maioria dos socios, qualquer que seja a desproporção das entradas, é para o caso de no pacto social não se ter convencionado o contrario. Todas as regras estabelecidas n'este artigo são unicamente para a hypothese de não haver estipulação expressa sobre a fórma da administração.

Mesmo em Lisboa se acham estabelecidas sociedades em que o numero de votos de que gosa cada socio corresponde ao numero de acções que possue, isto é, ao seu quinhão no fundo social.

O projecto primitivo, em vez das palavras «em caso de empate, o negocio ficará assim indeciso até ulterior resolução», dizia «em caso de empate nada se fará»; e nos dois primeiros projectos da commissão revisora foi ainda conservada aquella redacção. Mas é incomparavelmente preferivel a redacção do codigo, já adoptada no projecto da commissão revisora de 1865.

Art. 1271.º Não carece o socio do consenso dos outros, para se associar com um terceiro, em relação á parte que tem na sociedade. Não póde, todavia, ainda que seja administrador, faze-lo entrar como socio na mesma sociedade.

A escolha dos socios é da essencia do contrato, que estabelece entre as partes uma especie de fraternidade. A confiança é a base da sociedade; e se um dos socios a tem n'um terceiro, não se segue que este mereça a mesma confiança a todos os associados. *Nam socii mei socius meus socius non est.*

Portanto, quando se associa com um dos associados outra pessoa pela sua parte, opera-se entre elles uma sociedade separada da primeira, e limitada ao quinhão do associado. O terceiro não tem acção contra a primeira sociedade, senão como credor do socio com quem se ajustou, e exercendo os direitos d'este.

Pelo codigo de commercio, artigo 586.º, tambem um socio não póde, sem consentimento de todos os outros, associar terceiro á sociedade, mas póde associa-lo á parte que tem na sociedade.

Em virtude do mesmo principio, nenhum socio póde deixar por testamento a um legatario o seu interesse no commercio em continuação da sociedade, artigo 700.º do citado codigo.

SUB-SECÇÃO II

DAS OBRIGAÇÕES DOS SOCIOS EM RELAÇÃO A TERCEIRO

Art. 1272.º Os socios não são obrigados solidariamente pelas dividas da sociedade, nem alem da sua parte no fundo social, excepto havendo convenção expressa em contrario.

Art. 1273.º Os socios são responsaveis, para com os seus credores, por quotas proporcionaes ás suas respectivas partes na sociedade, salvo havendo expressa convenção em contrario.

Os socios n'estas sociedades civis, ao contrario do que succede em regra nas sociedades commerciaes, nem são obrigados *solidariamente*, nem respondem pelos seus bens alem da parte que têem no fundo social.

Nas sociedades commerciaes com firma, e nas sociedades de capital e industria, a obrigação dos socios para com terceiros é solidaria e illimitada, artigos 548.º a 550.º e 558.º do codigo commercial.

O terceiro póde demandar um pela divida a que todos são obrigados, e fazer pesar a responsabilidade sobre todos os bens d'elle.

Nas sociedades commerciaes é tão essencial o principio da solidariedade que, sempre que a convenção limita a responsabilidade social dos associados para com terceiros, o contrato deixa de ser contrato de sociedade, e torna-se parceria, ou outra convenção, segundo as circumstancias, codigo de commercio, artigo 664.º

Os accionistas de companhias é que não respondem por perdas alem do montante do seu interesse n'ellas, citado codigo, artigo 543.º

Em regra, os compartes, na parceria mercantil, tambem não são obrigados alem da porção de cabedal, com que entram na parceria, ou do objecto indivisivel que a constitue, citado codigo, artigo 581.º

Na sociedade civil regulada no codigo cada um responde só pela parte com que contribuiu para o fundo social, e em proporção com essa parte. São quatro, por exemplo, os associados, tendo entrado um com 300$000 réis, e os outros tres com 100$000 réis cada um. O primeiro responderá por ametade de todas as dividas, e cada um dos outros por um sexto; e absorvido aquelle fundo social dos 600$000 réis, não têem os credores recurso algum contra os associados pelas dividas sociaes.

Os socios não respondem senão na proporção da sua quota. A solidariedade não se presume; não existe senão em virtude de pacto expresso, ou de disposição especial de lei.

A nossa antiga legislação admittia uma excepção a este principio, se a sociedade era para arrendamento de rendas do estado, lei de 22 de dezembro de 1761, titulo II, § 31.º; mas esta excepção deve julgar-se abolida em vista dos preceitos do codigo, de modo que nas sociedades civis nunca a responsabilidade dos socios é solidaria senão havendo clausula expressa em que assim se estipule.

O projecto primitivo no artigo 1324.º, correspondente ao artigo 1273.º do codigo, seguindo o artigo 1863.º do codigo civil francez, e o artigo 1593.º do projecto de codigo civil hespanhol, comquanto responsabilisasse os socios, uns para com os outros, em proporção das suas partes, responsabilisava os socios para com terceiros por partes iguaes, ainda que fossem desiguaes as entradas, salvo declaração especial, o que os respectivos commentadores explicam pela presumpção de que o terceiro ignora as convenções particulares dos socios, e os reputa igualmente obrigados.

A commissão revisora porém alterou esta doutrina, talvez no intuito de melhor garantir a existencia d'estas sociedades, assegurando aos socios que nem entre si, nem para com terceiros, seriam obrigados senão em proporção das suas entradas.

Segundo se lê em a nota ao artigo 1294.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1273.º do codigo, a commissão revisora na sessão em que resolveu que os socios fossem responsaveis, não por quotas iguaes, mas por quotas proporcionaes ás suas respectivas partes na sociedade, salva a estipulação em contrario, deliberou ao mesmo tempo que a este artigo se acrescentasse em um §, que o socio por industria, assim como os outros, não responderia por dividas com os seus bens patrimoniaes, salvo qualquer estipulação em contrario.

Todavia nunca foi cumprida esta resolução, julgando-se talvez desnecessario o formula-la em preceito legal; mas das disposições dos dois artigos 1262.º e 1263.º resulta evidentemente que o socio de industria responde para com os credores da sociedade pelos seus haveres, apesar de não ter capital no fundo da sociedade, sendo devidamente calculada a sua entrada, como socio de industria.

Art. 1274.º Os credores da sociedade preferem aos credores de cada um dos socios, pelo que toca aos bens sociaes; mas podem os credores particulares de cada socio penhorar, e fazer execução, na parte social do devedor.

§ unico. N'este ultimo caso, ficará dissolvida a sociedade, e o executado responderá por perdas e damnos, para com os outros socios, verificando-se a dissolução extemporaneamente.

(Vid. nota ao artigo 878.º) Como o socio tem dominio no seu quinhão, os seus credores particulares podem proceder contra elle, fazendo-lhe penhora e todos os mais actos de execução na sua parte social.

A penhora e a execução têem grande alcance, qual é a dissolução da sociedade; mas esta consequencia é inevitavel, porque não podendo o proprio socio introduzir na sociedade um estranho, se a lei não dissolvesse a sociedade pela penhora na parte social do devedor, executada e vendida essa porção, o comprador, pelo facto de se tornar dono da parte social, seria socio, ainda contra vontade dos outros socios, o que vae de encontro aos principios que regem a formação das sociedades.

Mas não se dissolve a sociedade se, antes de findar a execução, o socio executado pagar a divida.

Como o socio, que foi causa da dissolução extemporanea da sociedade, fica responsavel por perdas e damnos para com a sociedade, se a dissolução for extemporanea, e o socio não tiver outros bens por que responda, qual prefere? o estranho que fez a execução, ou a sociedade, que tem direito a ser indemnisada de perdas e damnos?

O credor levanta a importancia do seu credito do producto da execução, sem que a sociedade possa vir allegar preferencias ou entrar em concurso, porque não tem ainda a sentença que julgou a dissolução extemporanea, nem a liquidação das perdas e damnos, para entrar em concurso na execução.

SECÇÃO IV

DA DURAÇÃO E DA EXTINCÇÃO DA SOCIEDADE

Art. 1275.º A sociedade começa desde a celebração do contrato, nos termos do artigo 1240.º, se outra cousa não for accordada; fica, porém, sem effeito, se promettendo algum dos socios conferir a propriedade, ou o uso de alguma cousa essencial á existencia da sociedade, a entrega d'essa propriedade ou d'esse uso não chegar a realisar-se.

A sociedade, como todo e qualquer contrato, póde ser celebrada ou *ex tempore*, ou *sub conditione*. Mas não se fazendo declaração alguma sobre o tempo em que ella deve começar, principia desde a celebração do contrato, como succede com os contratos em geral. Fica porém sem effeito se algum dos socios prometteu entrar com a propriedade ou com o uso de alguma cousa essencial ao fim da sociedade, e não chegou a realisar-se a entrega, como se prometteu contribuir com uma carregação de fazendas, que esperava da India, e estas se perderam no mar, vistoque elle não póde concorrer com aquillo que prometteu. Se a cousa se perde depois de entregue não se dis-

solve por isso a sociedade, salvo se esta era limitada á cousa que se perdeu, como se era restricta aos fructos e rendimentos de cousa determinada, e esta pereceu ou deixou de os produzir.

O codigo de commercio, no artigo 610.º, diz assim: «A sociedade começa no tempo da celebração do contrato, caso na convenção se não designe outra epocha».

Art. 1276.º A sociedade acaba:

1.º Findo o tempo por que foi contratada;

2.º Pela extincção do seu objecto;

3.º Por se achar preenchido o fim d'ella;

4.º Pela morte ou pela interdicção de algum dos socios;

5.º Pela renuncia de algum dos socios, e no caso do artigo 1274.º § unico.

(Vid. artigos 1363.º n.º 5.º e 1428.º) Estabelecidas as condições da installação da sociedade, e determinados os direitos e deveres dos socios entre si, e com relação a terceiros, pedia a logica que se designasse: como se designam n'este artigo, os modos por que termina a sociedade.

A sociedade quanto á sua duração póde ser limitada ou illimitada, distincção manifestamente reconhecida nos artigos 1278.º e 1279.º A limitação póde provir, ou de expressa taxação do praso, ou da natureza do fim para que se constituiu.

Segundo dispõe o codigo commercial no artigo 610.º entende-se durar a sociedade por toda a vida dos socios, salvo havendo estipulação em contrario, ou tendo a sociedade por objecto um negocio de duração limitada; doutrina esta que julgâmos applicavel ás sociedades civis.

Enumera o codigo cinco causas de extincção da sociedade; mas a causa, que o codigo, de certo pelo julgar desnecessario, não menciona, é o mutuo dissenso que é a primeira causa de rescisão nos contratos, vistoque juridicamente as cousas pelos mesmos modos por que se fazem por esses se desfazem.

Examinemos agora as causas de extincção da sociedade, designadas no codigo.

1.º, etc. A vontade das partes é lei nos contratos. Se ellas marcaram a duração da sociedade, findo esse periodo não póde ella continuar sem nova prorogação, que deve ser revestida das mesmas formalidades que a constituição.

O praso não é só uma condição que, como qualquer outra, modifica o contrato, é uma parte essencial do accordo, de modo que, findo o praso, deixou de ter rasão de ser o contrato. Póde ser renovado; mas então ha novo contrato, e não o que existiu.

O mandato tambem expira findo o praso, porque foi contrahido, artigo 1363.º n.º 5.º Termina igualmente o contrato de aprendizagem pela expiração do termo, ou por ser decorrido o praso do costume; de modo que, o mestre se retiver o aprendiz alem d'aquelle tempo, é obrigado a pagar-lhe o respectivo serviço, artigo 1428.º

2.º e 3.º, etc. Se o objecto que constituia o fundo da sociedade se extinguiu, acaba esta, por ser impossivel a sua continuação, como se se perdeu a cousa, a cujos proventos a sociedade era limitada.

Por extincção do objecto entendem os francezes a extincção do *fundo commum* da sociedade.

Não é porém indispensavel para a dissolução da sociedade n'este caso, que se extinga totalmente o fundo social, basta que se extinga a ponto de não ser possivel a continuação da sociedade.

Tambem preenchido o fim da sociedade esta acaba por sua natureza; assim, se dois pedreiros se associaram para a edificação de uma casa, acabou a sociedade, concluida a construcção.

Se o conseguimento d'esse fim foi a causa da existencia da sociedade, *sublata causa cessat effectus.*

O mandato acaba tambem, concluido que seja o negocio para que foi dada a procuração, citado n.º 5.º do artigo 1363.º

4.º, etc. O contrato de sociedade funda-se todo na confiança dos socios entre si, e talvez os outros socios não entrassem na sociedade, senão em attenção á industria, habilidade, e outras qualidades pessoaes do socio que falleceu ou foi interdicto. Por isso a morte ou interdicção do socio acabou a sociedade.

Para a dissolução da sociedade pela interdicção de algum dos socios é indifferente que a interdicção seja temporaria ou perpetua, porque o codigo não distingue.

Nos termos do codigo de commercio, artigo 699.º, a morte de um dos socios dissolve cumulativamente a sociedade, seja qual for o praso da sua duração, de modo que se a sociedade tem mais de dois membros, a morte de um só opera a dissolução entre todos. Nos termos do mesmo codigo, artigos 698.º e 701.º, a quebra de um dos socios dissolve a sociedade desde o evento, e a insania de um socio é causa legal para a dissolução da sociedade.

Póde no entretanto estipular-se nas sociedades civis que a sociedade não termine pela morte ou interdicção de qualquer dos socios, e n'esse caso regulam as provisões do artigo 1277.º

Pelo codigo de commercio póde estipular-se a clausula da continuação da sociedade para o caso de morte de algum dos socios, mas não para o caso de quebra ou de insania.

Pela velha ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 4.º, a companhia desfazia-se pela morte *natural* de qualquer dos companheiros, mas podia continuar entre os outros que ficassem vivos, se a principio assim se tivesse accordado. Mas do principio do mesmo titulo da ordenação se mostra que o contrato de sociedade não passava aos herdeiros do fallecido, ainda que assim se tivesse estipulado, salvo se se tratasse de rendas da corôa ou do estado, que algumas pessoas houvessem tomado conjunctamente; porque n'estes casos, ainda que algum dos socios na renda fallecesse, passava o arrendamento aos herdeiros pelo tempo que durasse, se assim tivesse sido declarado no contrato, e o herdeiro fosse pessoa diligente e idonea para continuar na sociedade.

5.º, etc. A renuncia do socio só é permittida nas sociedades illimitadas. É excepção ao principio de que as sociedades, formando-se pelo mutuo consenso, só pelo mutuo consenso podem ser desfeitas. Mas admitte-se esta excepção nas sociedades de duração illimitada para evitar a desunião e a desordem que haveria, mantendo em associação contra sua vontade, e por tempo indefinido, pessoas que queriam renunciar a ella.

Nas sociedades de duração limitada só póde ser causa de extincção da sociedade a renuncia do socio, occorrendo causa legitima nos termos do artigo 1279.º

A ordenação, livro IV, titulo XLIV, tambem só permittia a dissolução da sociedade pela renuncia, como se mostra do seu § 5.º, quando no contrato de companhia se não tivesse declarado o tempo que ella havia de durar.

Art. 1277.º A sociedade continuará, comtudo, aindaque falleça algum dos socios, se tiver sido estipulado, que, n'esse caso, a sociedade continuaria com os seus herdeiros, ou com os socios existentes.

§ unico. N'este ultimo caso, os herdeiros do fallecido só terão direito á parte que a este pertencer no momento da sua morte, conforme o estado da sociedade, e só participarão dos direitos e obrigações posteriores, que forem dependencia necessaria dos direitos adquiridos pelo fallecido.

O direito romano não permittia em regra a estipulação de que a sociedade continuaria com os herdeiros, morto um dos socios, porque a base da sociedade é a confiança, sentimento por sua natureza pessoalissimo. Similhante estipulação porém não é contraria aos bons costumes, nem á essencia do contrato, para haver de ser prohibida. Os que celebram uma sociedade podem ter motivos ponderosos para desejar que a sua empreza seja continuada pelos herdeiros, quanto mais que a estes, na sociedade illimitada, fica-lhes o direito de se separarem, não prejudicando os outros, quando os seus interesses assim lh'o aconselhem.

Se porém se estipula que a sociedade continue, apesar da morte de um socio, não com os herdeiros d'este, mas entre os socios existentes, os direitos e as obrigações dos herdeiros serão os mesmos que o auctor da herança tinha ao tempo do seu fallecimento. Nem lhes aproveitam, nem os prejudicam os lucros e perdas posteriores á epocha do fallecimento, salvo no que for *dependencia necessaria dos direitos adquiridos pelo fallecido*, que d'elles não possa separar-se convenientemente: assim se a sociedade foi formada para levantar um edificio, e um dos socios morre, estando o edificio proximo da conclusão, os ganhos e as perdas que resultam dos trabalhos necessarios para o concluir alcançam ainda os herdeiros, porque não podem separar-se das relações já creadas, de que são dependencia necessaria.

Por direito romano, ainda adoptado na ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 4.º, extinguia-se a sociedade pela morte do socio, como acima dissemos, porque sendo fundada no mutuo consenso e na confiança dos socios, não podia julgar-se que esta existisse para o herdeiro, que podia ser completamente desconhecido dos outros socios.

O codigo austriaco, artigo 120.º, determina que a sociedade, que constar de mais de dois socios, se presume continuar, porque não devem ser os outros prejudicados pelo mal de um.

O nosso codigo commercial, artigo 699.º, seguiu o systema da ordenação, emquanto faz dissolver a sociedade, em consequencia da morte de um dos socios, qualquer que seja o praso da duração; e dispõe na segunda parte, que na sociedade com mais de dois membros, a morte de um opera a dissolução social entre todos, salva convenção em contrario, seguindo-se d'ahi que, por mais numerosa que seja a sociedade, á morte de um se dissolve a sociedade, não se havendo estipulado o contrario.

Art. 1278.º A dissolução da sociedade, pela renuncia de algum dos socios, só é permittida nas sociedades de duração illimitada, salvo o disposto no artigo seguinte:

§ 1.º Esta renuncia só produz effeito, sendo feita de boa fé, em tempo opportuno, e notificada aos socios.

§ 2.º A renuncia é de má fé, quando o socio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos beneficios, que os socios se propunham colher em commum.

§ 3.º A renuncia será havida por inopportuna, se as cousas não estiverem no seu estado integral, ou se a sociedade podér ser prejudicada com a dissolução n'esse momento.

Art. 1279.º A sociedade, por tempo determinado, não póde ser dissolvida por effeito de renuncia de algum dos socios, senão occorrendo causa legitima.

§ unico. É causa legitima a que resulta da incapacidade de algum dos socios para os negocios da sociedade, ou da falta de cumprimento das suas obrigações, ou de outro facto similhante, de que possa resultar prejuizo irreparavel á sociedade.

Na dissolução das sociedades influe muito a circumstancia da sua duração.

O modo de desfazer as sociedades de duração illimitada acha-se claramente explicado na ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 5.º, que diz assim: «E assi mais se desfaz a companhia, quando algum dos companheiros a renunciar, dizendo aos outros per si, ou per seu procurador, que não quer mais ser seu companheiro, e isso quando no contrato da companhia se não declarou o tempo que havia de durar».

O codigo commercial determina igualmente no artigo 693.º, que, não havendo convenção verbal ou escripta ácerca do tempo de duração da sociedade, qualquer dos socios póde fazer dissolver a sociedade desde o momento em que fizer saber aos mais socios a sua vontade.

A dissolução pois da sociedade illimitada póde ter logar pela simples renuncia de algum dos socios; comtanto porém que essa renuncia seja de *boa fé, opportuna*, e notificada aos consocios.

O codigo considera de má fé a renuncia, quando o socio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos beneficios que deviam ser communs.

É de *má fé* a renuncia se, por exemplo, foi celebrada a sociedade para fazer fornecimentos ao governo, e algum dos socios, podendo adquirir os meios para por si só fazer esses fornecimentos, renuncia a ella para se apropriar exclusivamente dos lucros que deviam ser para todos os associados.

É *inopportuna* se, no exemplo posto, já estavam feitas por conta da sociedade as antecipações necessarias, porque n'este caso a sociedade ha de continuar até á conclusão dos negocios pendentes, ficando o socio, que pretender sair, tão obrigado como os que querem a continuação da sociedade.

Quanto ao intempestivo da renuncia cita o jurisconsulto Paulo o caso da sociedade formada para a venda de um producto, que devia ser vendido em certa epocha do anno, e querer algum dos socios renunciar á sociedade na proximidade da venda, compromettendo assim os interesses dos consocios.

O renunciante pois não se exonera dos encargos sociaes, saindo n'estas circumstancias, mas tambem não póde ser excluido da sociedade pelos associados pelo simples facto da renuncia de má fé e inopportuna, porque o codigo o não permitte, como aliás permitte o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 1599.º, fonte do artigo 1278.º do nosso codigo.

Sobre a má fé e inopportunidade da renuncia diz a citada ordenação, livro IV, titulo XLIV, nos §§ 6.º e 7.º, o seguinte:

«§ 6.º Porém, quando o companheiro, que renunciar a companhia no dito caso, o fizer por manha e engano, nem por isso ficará desobrigado da companhia. Assim como será, quando em huma companhia de todos os bens hum dos companheiros se afastar d'ella, por haver só huma herança, ou legado, que lhe seja deixado, ou se em huma companhia feita entre muitos para tomarem de renda huma cousa, algum dos companheiros dissesse, que não queria mais ser companheiro, com intento de tomar a renda só para si. E em cada hum d'estes casos sem embargo da renunciação, cada hum d'estes companheiros será obrigado a dar parte aos mais das ditas cousas, e não das que, depois de ter renunciada a companhia, por nova causa adquirir.

«§ 7.º Da mesma maneira não poderá hum companheiro renunciar a companhia, quando a tal renunciação fôr em prejuizo d'ella, ou ainda durasse o tempo d'ella. E em cada um d'estes casos ficará obrigado a compor aos companheiros a perda, que pola tal renunciação se causar, e communicar com elles qualquer ganho, que elle houver, ou a companhia poderá haver, se elle se não afastára d'ella; e o dano, que succeder, ficará somente á conta do companheiro, que fôra do tempo fês a dita renunciação.»

A sociedade, celebrada por um periodo determinado, só póde ser dissolvida por consenso de todos os socios, antes de chegar o dia do termo.

Se a sociedade porém é de duração limitada não póde o socio renunciar a ella sem allegar *causa legitima* que lhe faça receiar prejuizo irreparavel, como é a incapacidade de algum dos socios, com cuja perícia e habilidade para o negocio elle contava, ou faltar algum ao cumprimento das obrigações indispensaveis para se preencher o fim social, ou qualquer outro motivo que faça receiar pelo bom exito da sociedade, o que deve ficar á apreciação e prudente arbitrio dos tribunaes.

Na supracitada ordenação, livro IV, titulo XLIV, acha-se declarada no § 8.º a doutrina do artigo 1279.º nos seguintes termos:

«E postoque antes do tempo da companhia ser acabado nenhum dos companheiros se possa afastar d'ella, todavia em certos casos o poderá fazer. Assim como, se algum dos companheiros for de condição tão aspera e forte, que com elle se não possam avir; ou se o que se afasta da companhia allegar que é enviado por nós, ou pela republica a algum negocio; ou que lhe não é cumprida alguma condição, com a qual entrou na companhia; ou se lhe foi tomada, ou embargada a cousa, em que a companhia é feita.»

Porém a ausencia por motivo de serviço publico só poderá ser considerada como causa de dissolução, quando os negocios da sociedade reclamarem necessariamente a assistencia e a presença do socio ausente.

A *incapacidade*, a que se refere o § unico do artigo 1279.º não é a incapacidade filha de *interdicção legal*, a qual vem mencionada no artigo 1276.º, mas sim a incompetencia e inhabilidade *pessoal* para o desempenho das obrigações sociaes.

Como o codigo, enumerando no artigo 1279.º, § unico algumas das causas legitimas de dissolução da sociedade limitada, acrescenta: «*ou de outro facto similhante, de que possa resultar prejuizo irreparavel á sociedade*», e os casos omissos devam regular-se pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, artigo 16.º, convem ter em conta o que dispõe o codigo commercial a este respeito.

Ora nos artigos 695.º e 696.º dispõe o codigo de commercio que a sociedade póde ser dissolvida antes do periodo limitado no contrato, mostrando-se que é impossivel a sua continuação, segundo o intuito e fim dos artigos sociaes, tal como a perda inteira do capital; e que o juiz póde julgar dissolvida a sociedade a requerimento de qualquer dos socios: 1.º, por mau comportamento de um dos socios, e a seu arbitrio, guardada a circumspecção devida; 2.º, provando-se a impossibilidade da continuação da sociedade nos termos em que foi convencionada; 3.º, havendo abuso de boa fé da parte de qualquer socio; 4.º, quando a sociedade é dissoluvel á vontade do socio, salvas as restricções legaes n'este caso.

Art. 1280.º São applicaveis ás partilhas entre os socios as regras geraes, que regulam as partilhas entre coherdeiros.

As regras relativas á divisão das successões, á fórma da partilha, e ás obrigações entre os coherdeiros, applicam-se ás partilhas entre os socios. Ás regras das partilhas são as mesmas na herança ou na sociedade. *Societas jus quodam modo fraternitatis in se habet.*

Sem embargo do disposto no artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força de lei ao codigo, e em virtude do qual ficava revogada toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, cremos que as disposições do codigo commercial sobre sociedades vigoram ainda mesmo na parte em que forem incompativeis com as disposições do codigo civil.

O codigo revogou só a materia puramente civil, e não a commercial, nem outra qualquer legislação especial, senão quando expressa e positivamente regulou qualquer ponto pertencente aos dominios d'essa legislação, cómo nas especies previstas nos artigos 819.º, 1194.º, 1196.º, 1197.º, etc.

A legislação civil é porém subsidiaria do direito commercial, por força do disposto no artigo 1.º do codigo de commercio, que torna applicavel aos negocios e materias commerciaes o direito civil, não sendo contrario ao codigo, ou por elle especialmente derogado.

Alem d'isso em varios pontos especiaes remette o codigo de commercio para a legislação civil, como a respeito dos meios de extincção e dissolução de obrigações, artigo 869.º, a respeito da prescripção, artigos 895.º e 1859.º, etc.

Em materia de sociedades é o direito civil igualmente subsidiario do direito commercial, mas só na falta de lei ou de usos do commercio, codigo commercial, artigo 537.º

SECÇÃO V

DA SOCIEDADE FAMILIAR

Art. 1281.º Sociedade familiar é a que póde dar-se entre irmãos, ou entre paes e filhos maiores. Esta sociedade é ou expressa ou tacita.

Art. 1282.º Sociedade familiar expressa é a que resulta de convenção expressa; e tacita, a que resulta do facto de terem os interessados vivido, por mais de um anno, em communhão de mesa e habitação, de rendimentos e despezas, de perdas e ganhos.

Art. 1283.º Na falta de convenção expressa, regem este contrato as seguintes disposições.

O nosso direito antigo era extremamente deficiente ou quasi omisso sobre a sociedade familiar, aliás muito frequente no nosso paiz; e o codigo tambem deixa bastante a desejar em materia tão importante e de tão constante applicação pratica.

Não é raro ver os irmãos em communhão dos bens do casal por morte dos paes, sem procederem a partilha, nem sequer amigavel, conservando-se assim por largos annos, quando não toda a vida, em perfeita sociedade, assim como constituir-se sociedade entre os paes e os filhos maiores.

Os irmãos para não partirem a fortuna do casal, continuam muitas vezes em communhão e perfeita sociedade entre si depois da morte dos paes.

Tambem é frequente continuarem os filhos, depois de maiores ou emancipados, a viver em communhão com os paes, e como depois d'esta epocha os paes não são já usufructuarios dos bens dos filhos, têem estes direito ao rendimento dos seus bens e ao producto do seu trabalho, devendo ser considerados como socios para terem parte nos lucros e nas perdas da communhão.

Tambem não reconhece sociedade familiar senão entre paes e filhos maiores, ou entre irmãos.

Em nosso entender pois, as palavras do codigo «*entre irmãos ou entre paes e filhos maiores*», são taxativas, e não exemplificativas. Se a sociedade se der entre outros parentes, como tios e sobrinhos maiores, ou se na sociedade familiar existir um cunhado, um tio ou um avô, deixa de ser sociedade familiar com respeito a todos.

Deixa de ser familiar a sociedade a respeito de todos desde que fazem parte d'ella pessoas que não podem figurar na sociedade familiar; porque a sociedade não havia de ser familiar com relação a uns, e não familiar com relação a outros. Apenas podem entrar na sociedade familiar, sem estarem comprehendidos na especie do artigo 1281.º, os filhos menores e as mulheres dos socios, como se infere do artigo 1292.º, porque estes não têem para assim dizer representação propria; são verdadeiramente representados pelo pae e marido.

Raras vezes se constitue esta sociedade por convenção expressa; mas no caso de convenção expressa regem as condições do contrato, que não forem oppostas a direito ou aos bons costumes. As disposições do codigo regulam apenas na falta de convenção, e respeitam á sociedade *tacita*, que se constitue pelo facto de os interessados viverem *por mais de um anno* em communhão de casa e mesa, despezas e rendimentos.

O codigo não reconhece a existencia de sociedade tacita na convivencia de menos de anno, talvez porque tão curta convivencia póde não significar communhão, e apenas a reunião dos interessados até fazerem a partilha.

Nos casos de ter durado menos de anno a communhão entre os parentes mencionados no artigo 1281.º, ou de ter durado mais de anno entre outros parentes ou herdeiros, ha de regular-se a partilha ou liquidação dos interesses de cada um pelas regras da sociedade em geral, ou pelas que determinam a divisão e a partilha nas successões, e não pelas regras relativas á sociedade familiar.

Em accordão de 14 de julho de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 37, 3.º anno, julgou a relação de Porto que os filhos, que depois da morte do pae continuaram a viver em communhão, sustentando-se á custa da herança, não podem exigir do cabeça de casal os rendimentos das respectivas legitimas sem deducção alguma.

N'uma das tenções que fizeram vencimento, e que vem publicada no mesmo numero do referido jornal, lê-se o seguinte: «Está plenamente provado, e em parte reconhecido pelos appellantes, que depois do fallecimento dos paes continuaram vivendo com os appellados em perfeita communhão de bens, sustentando-se e vestindo-se com os rendimentos do casal, sem que se mostre que em tempo algum houvesse economia separada, e este facto, emquanto a mim, constitue a sociedade familiar tacita, de que falla o artigo 1282.º do codigo civil.

«Demais, reconhecido pelos appellantes que se alimentaram do casal era mister provar os serviços que prestaram ao mesmo casal para poderem receber sem deducção os rendimentos da sua legitima, e taes serviços nem se allegaram, o que tudo leva a crer que todos viviam na mais perfeita communhão, e nos precisos termos do artigo citado, etc.»

Tambem o codigo é omisso, como já o era a legislação anterior, sobre um facto muito frequente na vida das familias, que consiste em os paes entregarem aos filhos os seus bens, reservando para si uma pensão alimenticia. É uma especie de partilha em vida do pae, que se despoja dos seus bens em beneficio dos filhos, reservando-se apenas o necessario para a sua subsistencia.

A alguns afigura-se ver n'este facto uma especie de censo reservativo, aliás prohibido pelo codigo no artigo 1707.º, que declara emphyteuticos os actos juridicos que se estipularem com o nome de censo reservativo. Este facto porém é uma verdadeira doação a favor dos filhos, que não ficam obrigados a respeitar a partilha feita em vida dos paes, ainda que a isso se compromettessem em documento authentico, porque a partilha n'estas condições é um acto nullo por força do disposto no artigo 2042.º do codigo.

Art. 1284.º A sociedade familiar abrange o uso e os rendimentos dos bens dos socios, o producto do seu trabalho e industria, e os bens que os socios possuirem indivisamente.

O fundo da sociedade familiar é o uso e os rendimentos dos bens dos socios, e igualmente os bens não partilhados que elles possuirem *pro indiviso*, moveis ou immoveis, bem como o producto do seu trabalho e industria.

N'esta especie de sociedade pois não se communica entre os socios a propriedade dos immoveis divididos, nem mesmo a dos moveis ou capitaes, que não se acharem divididos por partilhas legaes, como ainda se mostra dos artigos 1290.º e 1293.º

Deve porém notar-se que na liquidação social a partilha dos bens que os socios possuiam *pro indiviso*, ha de ser feita em proporção da parte que cada socio tenha nos referidos bens, e a dos fructos d'esses bens será regulada nos termos dos artigos 1291.º a 1294.º

Esta regra de proporção ha de observar-se na partilha, ou os bens sejam immobiliarios, como dispõe o artigo 1290.º, ou sejam mobiliarios, como é de rasão, e as regras de analogia aconselham.

O coherdeiro, que tem um terço no valor de inscripções, possuidas *pro indiviso* na sociedade familiar, ha de ter direito a um terço do capital e dos rendimentos, como se tivesse o terço em bens immobiliarios, teria tambem direito a haver a terça parte d'estes bens, e a terça parte d'estes rendimentos.

Deve notar-se que com esta sociedade familiar, que é regida pela lei civil, póde coexistir igualmente uma sociedade commercial. Assim, se tres irmãos (hypothese já discutida na imprensa juridica) vivendo em sociedade familiar, constituirem sociedade para negocio de padejo, comprando trigo para o revenderem manufacturado, é mercantil esta especulação; e como tal sujeita ás leis do commercio, sendo da competencia da jurisdicção commercial qualquer questão sobre a divisão dos lucros provenientes d'este negocio.

As questões porém sobre a divisão do capital e dos lucros, pertencentes ao fundo social, designado n'este artigo 1284.º, hão de ser decididas perante as justiças ordinarias.

Art. 1285.º Estão a cargo da sociedade:

1.º As despezas de mantença, conforme o que fica disposto no artigo 1247.º § unico;

2.º As dividas contrahidas em beneficio commum;

3.º Os adiantamentos e as despezas ordinarias da cultura, e as extraordinarias feitas nos predios indivisos;

4.º Os onus inherentes ao usufructo d'aquelles bens, cujo rendimento entra na sociedade.

§ unico. Ao socio, que contrahiu as dividas, incumbe provar, que foram contrahidas em proveito commum.

Em seguida á especificação dos bens, que constituem o fundo da sociedade familiar mencionam-se as despezas a cargo da mesma sociedade.

1.º, etc. (Vid. nota aos artigos 171.º e 1247.º)

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1114.º)

3.º e 4.º, etc. A rasão é porque quem recebe os fructos e os rendimentos deve ser obrigado a pagar as despezas necessarias para a producção, como são as despezas de cultura e as despezas com os encargos tributarios, e com as pensões que oneram o usufructo pela regra «*Ubi commodum, ibi incommodum*».

§ unico, etc. (Vid. nota ao artigo 1114.º)

Art. 1286.º As acquisições mobiliarias, que os socios fizerem, presumir-se-hão feitas em seu nome, se não forem applicadas ao uso commum.

Art. 1287.º As acquisições immobiliarias, que os socios fizerem, serão igualmente propriedade sua, ainda que declarem, que a compra é feita em commum, se para isso não tiverem sido especialmente auctorisados pelos outros socios; salva a indemnisação da sociedade, se essas acquisições tiverem sido feitas com fundos communs.

Art. 1288.º As perdas e damnos, que, por caso fortuito, padecerem os bens de alguns dos socios, recairão sobre o proprietario.

Nos artigos 1286.º e 1287.º regula o codigo a propriedade e a partilha das adquisições mobiliarias e immobiliarias feitas durante a sociedade. Para a partilha dos immoveis *existentes* ao tempo da formação da sociedade, dá o codigo no artigo 1290.º as regras necessarias que, por analogia, e no silencio da lei, devem ser applicadas tambem aos moveis.

As acquisições que os socios fizerem, tanto de bens mobiliarios, como de bens immobiliarios, ficam-lhes pertencendo, e não á sociedade, salvo as acquisições de bens mobiliarios, que forem applicadas ao uso commum. Porém as acquisições de bens immobiliarios, ainda mesmo que o socio acquirente declare que a compra é feita em commum, não ficam pertencendo á sociedade, se esta não *auctorisou especialmente* a acquisição, mas sim ao adquirente, salvo a obrigação d'este indemnisar a sociedade, se se provar que a compra foi feita com fundos communs, incumbindo á sociedade o onus da prova.

A sociedade familiar tem de especial que abrange unicamente *o uso e os rendimentos*, artigo 1284.º; e por isso as perdas e damnos, que por caso fortuito padecerem os bens de algum dos socios, pesam sobre este e não sobre a sociedade, assim como as acquisições de bens pertencem ao adquirente, e não a todos os associados.

N'esta sociedade pois têem os socios cousas communs e cousas proprias, como é da natureza e do caracter da sociedade familiar.

Art. 1289.º Dissolvida a sociedade, far-se-ha a partilha pela fórma seguinte, salvo havendo estipulação em contrario.

Art. 1290.º Se houver immoveis, indivisos ao tempo em que começar a sociedade, serão repartidos igualmente por glebas, ou por valor entre todos os socios, se alguns não tiverem direito certo a maior porção.

(Vid. artigo 1295.º) O preceito do artigo 1290.º presta-se a muitas observações. Em primeiro logar tratando-se de bens que os socios já tinham quando principiou a sociedade, e sendo assim o direito dos socios independente d'ella, estava regulada a partilha pela lei geral das successões, sem ser necessaria esta providencia especial, que nem para prevenir o caso da prescripção era necessaria.

Em segundo logar considera o artigo só os bens immoveis, deixando no esquecimento os moveis e os capitaes, que os póde haver tambem anteriores ao estabelecimento da sociedade; e á partilha dos quaes deverão applicar-se as mesmas regras, como temos dito.

Igualmente as palavras «*direito certo*», que representam em rigor unicamente o direito que resulta de caso julgado, não são muito proprias. A palavra «*certo*» é uma redundancia n'este logar.

Em todo o caso no artigo 1290.º e seguintes dão-se regras para a partilha dos bens e dos rendimentos, ou para a liquidação de uns e outros, quando se verifica a dissolução da sociedade familiar.

A sociedade familiar dissolve-se, ou por mutuo consenso, ou por morte de algum dos socios, ou por alguma das outras causas, que extinguem as sociedades em geral. Mas até nas regras da partilha a sociedade familiar se distingue das outras sociedades, porque essas estão subordinadas ás regras que regulam a partilha entre os coherdeiros.

Nas condições da partilha influem, como vamos ver, a natureza dos bens, e os modos ou instrumentos de acquisição.

Assim o codigo estabelece regras: 1.º, para a divisão dos bens immoveis indivisos, existentes ao tempo da formação da sociedade, artigo 1290.º; 2.º, para a divisão dos bens adquiridos durante a communhão social, ou sejam moveis ou immoveis, artigo 1295.º; 3.º, para a divisão dos lucro provenientes da cultura de fazenda alheia, artigo 1296.º; 4.º, para a divisão dos fructos ou proventos da cultura de immoveis indivisos ao tempo da formação da sociedade, artigos 1291.º a 1294.º; 5.º, para a divisão dos productos, provenientes do trabalho simultaneo em fazendas proprias e alheias, artigo 1297.º

Nos tres primeiros casos a regra a observar nas partilhas é a prescripta no artigo 1290.º; no quarto ha de seguir-se a regra determinada nos artigos 1291.º a 1294.º; e no quinto prevalece uma ou outra d'aquellas duas regras segundo são de fazendas alheias ou proprias os productos do trabalho a dividir.

Os principios estabelecidos pelo codigo sobre partilhas na sociedade familiar, observam-se só na falta de convenção, como se mostra do artigo 1283.º Os immoveis indivisos ao tempo da sociedade dividem-se por igual, ou na substancia ou no valor, salvo se algum dos socios tiver direito a porção desigual. Do mesmo modo se dividem os bens adquiridos, artigo 1295.º, moveis ou immoveis, porque o artigo não faz distincção.

Em regra as acquisições mobiliarias e immobiliarias não se presumem feitas em nome da sociedade e para a sociedade. Mas quando fizerem parte do objecto social, nos termos dos artigos 1286.º e 1287.º, ha de ser regulada a partilha em conformidade do disposto no artigo 1290.º, por força do disposto no artigo 1295.º

Effectivamente o artigo 1295.º, não só na letra, mas no espirito, comprehende todos os bens adquiridos, tanto mobiliarios, como immobiliarios, poisque nos termos do artigo 1286.º as acquisições mobiliarias pertencem á sociedade, sendo applicadas ao uso commum, e nos termos do artigo 1287.º as acquisições immobiliarias pertencem tambem á sociedade, se tiverem sido especialmente auctorisadas pelos outros socios.

Portanto á dissolução da sociedade póde haver bens adquiridos a partilhar, tanto mobiliarios, como immobiliarios, verificando-se quanto ao seu destino ou acquisição as condições prescriptas nos artigos 1286.º e 1287.º

Nos mesmos termos se dividem tambem entre os que trabalharam os lucros provenientes da cultura da fazenda alheia, artigo 1296.º

Sustentam alguns que o artigo 1295.º, mandando fazer a partilha dos bens adquiridos *conforme a regra de proporção*, devia referir-se ao artigo 1291.º, onde se estabelecem as regras para a partilha proporcional, e não ao artigo 1290.º, onde se manda fazer a partilha por igual entre os socios, salvo tendo alguns direito a maior porção.

Esta observação porém é de todo improcedente, porque o artigo 1290.º, ordenando que a partilha dos immoveis, indivisos ao tempo em que começar a sociedade, seja feita segundo a porção a que cada socio tiver direito certo, estabelece em definitiva uma partilha rigorosamente proporcional.

Na imprensa juridica porém têem-se levantado duvidas sobre a intelligencia e applicação do artigo 1295.º na referencia que faz sobre a divisão dos adquiridos ao artigo 1290.º

Alguns jurisconsultos applicam regras differentes á partilha dos *adquiridos*, segundo estes são *immoveis*, artigo 1290.º, ou são *fructos* ou *quaesquer outros proventos*, artigos 1291.º a 1293.º, e dizem que os adquiridos se são immoveis, se repartem na mesma proporção declarada no artigo 1290.º com relação aos immoveis indivisos existentes ao tempo da formação da sociedade, e que se são fructos ou outros proventos, se repartem em attenção ao capital e ao trabalho, nos termos dos artigos 1291.º a 1293.º

Dizem que ha uma fórma de partilha para tudo o que são fructos ou quaesquer proventos, resultado da cultura dos immoveis, artigos 1291.º e 1292.º, e outra para os demais adquiridos, artigo 1295.º; e que é difficil, se não impossivel, discriminar os adquiridos, que são resultado da cultura dos immoveis, dos que o não são.

Ponderam que n'uma familia composta de lavradores, que vive da cultura de bens immoveis, póde dizer-se que todos os adquiridos por compras, bemfeitorias e quaesquer augmentos, são em ultima analyse resultado da cultura dos immoveis; que aparte os adquiridos por titulo gratuito, dos quaes se não trata n'este logar, o preço dos bens comprados por aquella familia, as bemfeitorias e quaesquer augmentos são producto do trabalho e dos fructos accumulados, que se transformaram em capital com que se adquiriram os bens, e que sendo assim não ha rasão para ser proporcional a partilha dos fructos, emquanto existem em especie, e ser por igual a do representativo d'esses mesmos fructos, quando estes se convertam no capital, com que foram comprados os bens, ou com que se fizeram as bemfeitorias.

É porém difficil applicar o artigo 1290.º só aos bens immobiliarios, porque o artigo 1295.º, na generalidade «*bens adquiridos*», abrange de certo tanto os mobiliarios, como os immobiliarios. Nem ha rasão alguma para estabelecer regras differentes na partilha dos bens mobiliarios e immobiliarios adquiridos em vista das disposições reconhecidas nos artigos 1286.º e 1287.º

Tambem já houve quem sustentasse que os adquiridos se repartem sempre igualmente por todos os socios, e que a limitação do final do artigo 1290.º se applica unicamente ao caso em que haja lei que expressamente mande reparti-los de outro modo, adjudicando a algum dos socios maior porção.

É porém claro, em vista da disposição do artigo 1290.º, que a partilha dos bens immoveis só se faz igualmente, quando algum dos socios não tenha direito a porção desigual, qualquer que seja a proveniencia d'esse direito.

Supponhâmos, porém, que não ha indivisos ao tempo em que começou a sociedade, porque se partiram todos os immoveis, segue-se ainda a mesma regra quanto a divisão dos adquiridos, isto é, á dissolução da sociedade, cada socio retira os bens que lhe pertenceram pela partilha anterior, e os adquiridos dividem-se em proporção da partilha anterior, regra que o artigo 1290.º não invalidou, quando na primeira parte estabelece as regras de partilhar no caso de haver indivisos ao tempo em que começa a sociedade.

Assim a viuva com dois filhos, que entrou com elles em sociedade familiar, levanta ametade dos adquiridos, e cada um d'elles a quarta parte, quando se dissolver a sociedade, ou tivessem entrado para a communhão com immoveis indivisos, ou com immoveis partilhados.

Assim a base para a divisão dos bens moveis ou immoveis adquiridos é a regra de proporção estabelecida no artigo 1290.º Conseguintemente se dois forem os socios, e um tiver nos immoveis valor na rasão de 4, e outro na rasão de 100, terão parte nos adquiridos, mobiliarios ou immobiliarios, na mesma proporção; quando se os proventos dos immoveis não estiverem ainda convertidos ao tempo da dissolução da sociedade, e se acharem ainda em fructos, a divisão é feita nos termos do artigo 1291.º

Os moveis existentes no começo da sociedade sem estarem partilhados devem ser tambem divididos, nos termos do artigo 1290.º, pelos socios, por igual, se algum socio não tiver direito a maior valor.

Alguns reputam injusta a regra de mandar repartir os adquiridos por igual, vistoque os adquiridos não são só producto do trabalho, mas tambem producto do capital posto em giro, e ás vezes mais d'este do que d'aquelle, e que portanto a partilha por igual n'este caso é manifestamente injusta.

Para justificar a sua doutrina figuram as seguintes hypotheses:

A mulher viuva, tendo feito partilhas judiciaes com dois filhos por morte do marido, ficando ella com o valor de quatro, e cada um d'elles com o de dois, trabalharam todos, e a somma dos adquiridos representa o valor de dois, como ha de fazer-se a partilha? Ha de ficar a viuva com o dobro do que pertencer a cada filho, vistoque todos trabalharam, e o fundo social d'ella era o dobro do capital de cada filho?

Dizem que n'uma sociedade de irmãos, dos quaes um tem, alem da sua legitima, as terças que lhe deixaram seus paes e os prazos da casa que lhe nomearam, póde dar-se a mesma desigualdade, e que n'este caso não póde justificar-se a partilha por igual.

Não têem porém rasão, com respeito á partilha dos bens adquiridos, nos termos do artigo 1295.º, porque, como são partilhados segundo a regra estabelecida no artigo 1290.º, ficam sujeitos á partilha proporcional.

Já a ordenação, livro IV, titulo XLIV, § 9.º, nas palavras *«entender-se-ha que cada um haverá assim do ganho como da perda partes iguaes»*, estabelecia a doutrina de que cada um dos socios teria nos ganhos e nas perdas uma parte proporcional ao seu capital, porque as palavras *«partes iguaes»* exprimem a idéa de relação entre a perda e o ganho de cada socio, e não a idéa de relação dos socios entre si.

O codigo porém não estabelece como a ordenação a mesma fórma de partilha para os fructos e provcntos, que são resultado da cultura dos immoveis, e para os bens adquiridos com esses mesmos fructos.

O socio, a quem não convier a partilha dos adquiridos segundo a regra estabelecida no artigo 1295.º, mas sim segundo a regra estatuida no artigo 1291.º, tem facil meio de fazer valer o seu direito. Assim o socio, que nos proventos tiver direito a maior parte em virtude do seu trabalho, póde não consentir na applicação d'esses proventos ás acquisições immobiliarias, e pedir a indemnisação a que se refere a ultima parte do artigo 1287.º e oppor-se á applicação das cousas mobiliarias no uso commum nos termos do artigo 1286.º, e por este modo tem segura a remuneração do seu trabalho, sendo esses proventos repartidos nos termos do artigo 1291.º e seguintes; e, se consente na conversão dos proventos em bens mobiliarios, ou immobiliarios, *sibi imputet* qualquer prejuizo que do seu proprio facto lhe possa resultar, porque em tal caso o prejuizo vem da sua omissão, e não da disposição da lei, que lhe dá os meios de o evitar.

São complicadas e em parte inexplicaveis as regras, que o codigo estabeleceu para a partilha nas sociedades familiares; mas são lei, que ha de observar-se.

Art. 1291.º Se existirem fructos, ou quaesquer proventos, resultado da cultura dos immoveis, na qual alguns dos socios houverem trabalhado, e outros não, far-se-hão dois montes: o primeiro será repartido entre os proprietarios dos immoveis, em proporção do seu capital; o segundo será repartido, por cabeça, entre os que trabalharam.

(Vid. artigos 1296.º e 1297.º) N'este artigo dá o codigo as regras para a partilha dos fructos e dos proventos da cultura dos immoveis existentes na sociedade familiar ao tempo da sua formação.

É tal a redacção do artigo 1291.º, que, comparado unicamente com o artigo 1290.º, fica-se na duvida se os fructos e proventos, a que elle se refere, são os existentes ao tempo da formação da sociedade, ou os adquiridos pelos socios durante a communhão. É preciso examiná-lo em face do artigo 1290.º, e em comparação com os artigos seguintes para se reconhecer que o codigo n'aquellas palavras se refere aos fructos e proventos, adquiridos pelos socios.

Os fructos e proventos indivisos ao tempo da formação da sociedade hão de ser partilhados segundo as regras estabelecidas para a partilha dos immoveis.

Tambem póde entrar em duvida se o artigo 1291.º se refere só aos fructos provenientes da cultura dos immoveis indivisos ao tempo da constituição da sociedade, ou igualmente aos fructos provenientes da cultura de immoveis adquiridos na constancia da sociedade. Nós entendemos que se refere tanto a uns como aos outros; porque onde ha a mesma rasão, deve haver a mesma disposição.

Na partilha dos fructos devem fazer-se dois montes iguaes, um para os proprietarios dos predios, e outro para os que trabalharam. O primeiro monte é repartido pelos donos, não por igual, mas em proporção do seu capital, e o segundo é repartido por igual ou por *cabeça* entre os que trabalharam.

Effectivamente os bens e o trabalho são os dois agentes fornecidos pelos socios para a producção dos fructos. Nem as terras produzem fructos sem cultura, nem a cultura é possivel sem terra para cultivar. Por isso, na falta de convenção, é rasoavel attribuir metade da producção ao trabalho ou grangeio, e considerar a outra metade como renda liquida dos bens.

O codigo, mandando repartir o primeiro entre os proprietarios dos immoveis em proporção do seu *capital*, abrange na palavra *«capital»* só os bens immoveis, predios urbanos e rusticos, frugiferos ou não frugiferos, e não os capitaes de outra especie.

Podem dar-se realmente circumstancias em que esta providencia não seja justa; como se o rendimento de capitaes de outra especie, comquanto venha para a sociedade, não é empregado na cultura dos immoveis.

Mas por outro lado póde tambem verificar-se a hypothese de ser consumido na cultura dos immoveis da sociedade o rendimento de quaesquer outros capitaes.

Os socios porém têem no amplissimo direito de convenção o meio de obstar a todos estes inconvenientes.

Tambem póde haver alguma duvida sobre a intelligencia da palavra *«proventos»*, resultado da cultura dos immoveis. Assim, póde discutir-se se as lãs, por exemplo, e as creações de gado de toda a especie, que existirem ao tempo da dissolução da sociedade familiar, são ou não *proventos*, resultado da cultura dos immoveis, porque ha localidades em que os gados, pela maior parte, se sustentam pelos montes baldios, e outras em que é necessario crea-los e pença-los nos estabulos.

Nós entendemos que todos estes objectos se comprehendem na palavra *«proventos»*.

Igualmente a palavra «*fructos*» não tem uma significação precisa; mas o artigo refere-se evidentemente aos fructos naturaes, e a todos, comquanto nem todos sejam resultado de cultura, como a castanha, as [illegible]es, as hervagens proprias para estrumes, e outros.

Estas questões não são de pequena importancia desde que não se estabelecem as mesmas regras para a partilha dos adquiridos, ou estes adquiridos sejam fructos e proventos da cultura dos immoveis, ou os fructos e proventos estejam invertidos em capital mobiliario ou immobiliario. Porém ás partes é licito estabelecer quaesquer convenções, em que evitem as difficuldades provenientes da deficiencia da lei.

Por esta fórma se algum dos socios tinha propriedades, e alem d'isso trabalhou, tem quinhão nos dois montes.

Este preceito póde em alguns casos dar logar a flagrantes desigualdades, porque se os socios são, por exemplo, tres, que trabalharam todos, mas tendo um 1:000, e cada um dos outros 100, o que tem 1:000 fica muito lesado, sendo separados ametade dos fructos ou proventos para cada um dos que trabalharam ter n'elle a terça parte. No entretanto esta regra tem ao menos o merecimento de ser simples e de facil execução. Qualquer outro alvitre havia de ser sujeito a grandes complicações e difficuldades.

O codigo, em vez de uma regra generica, estabeleceu n'este artigo uma hypothese casuistica, referindo-se unicamente á especie de uns socios terem trabalhado e outros não.

Supponhamos porém que todos os socios trabalharam, ou que nenhum trabalhou, ou que algum, por doença ou por outra causa, trabalhou parte do anno, e outra parte não: qual é então a regra para a partilha dos fructos e demais proventos da cultura dos immoveis? Deve observar-se por analogia, nos termos do artigo 16.º, a mesma regra. Se a regra é justa para um caso, deve-o ser para todos os casos analogos.

Portanto, se todos os socios trabalharam, devem fazer-se os mesmos dois montes, para ser partido um d'estes pelos socios, nos termos d'este artigo e dos dois seguintes, e ser partido o outro pelos socios em proporção do seu capital; se nenhum dos socios trabalhava, não se faz monte do trabalho, mas partem-se os fructos e renovos entre os socios na justa proporção dos seus capitaes; e se algum d'elles trabalhava só parte do anno, deve levantar-se do monte do trabalho a parte que lhe competir *pro rata temporis*.

Por essa rasão, havendo a partir fructos de fazendas proprias e alheias, é preciso estremar uns dos outros, vistoque nos primeiros têem os donos dos predios um quinhão proporcionado ao capital, e, se trabalharam tem mais um quinhão por cabeça no segundo monte, porque se dividem primeiro em dois montes, subdividindo-se depois pelos donos do capital e pelos que trabalharam.

Se os fructos são de fazenda alheia não ha dois montes a fazer, mas unicamente a dividir os fructos por cabeça entre os que trabalharam, artigo 1296.º, salvo se algum dos socios não tiver direito a igual porção por não ter trabalhado durante o mesmo tempo.

A leitura do artigo 1296.º, pelo ambiguo da sua redacção, deixa grande duvida sobre se nas palavras «*na fórma prescripta*» se refere ao artigo 1295.º, ou se nas palavras «*na fórma prescripta, entre os que trabalharam se refere aos artigos 1291.º e 1292.º*».

A grammatica porém não deixa duvida de que a referencia do artigo 1296.º é ao artigo anterior, 1295.º

É absurdo applicar a esta hypothese a regra estabelecida no artigo 1295.º com referencia ao artigo 1290.º, porque não se descobre nem imagina rasão plausivel para repartir entre os socios os productos do trabalho em fazendas alheias em proporção com o valor que tinham nos immoveis indivisos ao tempo da constituição da sociedade. Dois socios, que entraram na sociedade com um immovel indiviso, no qual um tinha 2 e outro 8, lucraram na cultura de fazendas alheias 1:000. Partilhado o producto d'esta cultura entre os dois na proporção estabelecida no artigo 1290.º, fica um com 200 e o outro com 800. Será justo? É desarrasoado, mas vem na lei. O artigo 1297.º, mandando repartir de differente modo os productos da cultura das fazendas, segundo estas são proprias ou alheias, evidentemente applica á partilha dos productos da cultura de fazendas alheias a regra estabelecida no artigo 1290.º, porque para a partilha não estabelece o codigo outras regras, senão essa, ou a da partilha dos fructos de fazendas proprias, consignada nos artigos 1291.º a 1294.º

Se os fructos das fazendas proprias e alheias se acharem confundidos, é preciso calcular a porção de uns e de outros para se estremarem, artigo 1297.º, vistoque a partilha se faz de modo differente, segundo elles provêm de fazendas proprias ou alheias.

Este calculo ha de ser feito por arbitros, como dispunha expressamente o projecto primitivo, preceito que foi conservado em todos os projectos posteriores da commissão revisora, sendo eliminado no projecto de 1865, talvez por desnecessario ou por ser materia de processo.

Pela mesma rasão, talvez, eliminou a commissão revisora no seu projecto de 1865 o seguinte artigo, que no projecto primitivo era o ultimo d'esta secção, e que ainda foi conservado nos projectos de 1863 e de 1864. «Todas as questões que se suscitarem entre os socios sobre a repartição de perdas ou lucros serão decididas arbitralmente».

A eliminação d'este artigo, na nossa opinião, era absolutamente indispensavel, porque tendia a estabelecer o arbitramento forçado, que deve ser eliminado do nosso processo, tanto civil, como commercial.

Art. 1292.º Se algum dos socios tiver filho, ou mulher, que igualmente trabalhasse, observar-se-ha o seguinte: as mulheres vencerão metade da quota dos homens; e os filhos, o que merecerem, e que, attendendo ás circumstancias, lhes for assignado.

Art. 1293.º Se, todavia, algum dos filhos, que não tenha trabalhado na cultura, houver contribuido para o casal em outra especie de industria, será contemplado como os que trabalharam.

Art. 1294.º Se houver na sociedade gados empregados na cultura, que sejam proprios de algum dos socios, será assignada ao proprietario, tirando-se do segundo monte, a parte que parecer rasoavel.

No artigo 1292.º figura o codigo a hypothese de algum dos socios ter na sociedade filho ou mulher que trabalhasse. A palavra «*igualmente*» não tem n'este artigo a mesma significação que no artigo 1290.º Empregada no artigo 1290.º com respeito á divisão dos immoveis, significa que serão repartidos em quinhões arithmeticamente iguaes em valor. Porém no artigo 1292.º significa o mesmo que «*tambem*»; não exprime a idéa de quantidade ou de qualidade de trabalho.

Se algum dos socios tiver mulher vencerá ella, não por cabeça, mas ametade da quota dos homens, o que n'alguns casos não será rasoavel, dando-se, como se dá, quota por cabeça ás mulheres socias, que são solteiras ou viuvas.

Na sociedade da mãe viuva com os filhos maiores, ou na sociedade entre irmãos e irmãs solteiras, as mulheres vencem por cabeça, e não simplesmente a metade da quota dos homens.

Verdade seja que, se o trabalho das mulheres casadas é de menor proveito e valia para a sociedade do que o dos homens, e por isso vencem ametade, não ha rasão para que vençam o mesmo que os homens pelo facto de serem solteiras ou viuvas. Qualquer que seja o estado da mulher, o seu trabalho na commum e geral estimação vale menos, e é até mais mal retribuido do que o dos homens.

Todavia póde justificar-se a doutrina do codigo com o fundamento de que a mulher do socio tem deveres pessoaes a cumprir para com elle, e para com os filhos, se os tiver, o que necessariamente a distrahe dos trabalhos da sociedade. Em todo o caso, nos termos do codigo, as mulheres solteiras e viuvas são membros principaes da sociedade, emquanto que as casadas vencem apenas ametade da quota dos homens.

No caso de ser membro da sociedade alguma mulher solteira ou viuva, e casar, entrando o marido na sociedade, fica este considerado desde logo como socio principal, e a mulher desce de vencer por cabeça a vencer ametade da quota pertencente aos homens, se a sociedade continuar como familiar, e não degenerar em sociedade de outra especie.

Os filhos terão, não uma quota por cabeça, mas a que lhes for assignada em attenção á sua idade, robustez, pericia, assiduidade no trabalho e outras circumstancias.

O codigo refere-se n'esta especie evidentemente aos filhos menores, porque os maiores passam a ser considerados por cabeça na sociedade, nos termos do artigo 1281.º

Esta quota ha de ser designada por meio de arbitragem, como dispunha expressamente o projecto primitivo, que tambem no fim d'esta sessão, como já mostrámos, sujeitava á decisão arbitral as questões que se suscitassem entre socios sobre a repartição das perdas e lucros, doutrina que a commissão revisora eliminou, talvez pela julgar mais propria do codigo do processo.

Para a assignação da quota devida ao socio de industria nas sociedades geraes, estabeleceu o codigo expressamente o meio arbitral, artigo 1263.º

Se o filho, em vez de trabalhar na cultura, tiver contribuido com outra especie de industria, a sua quota não será menor do que a dos outros que trabalharam, entrando por cabeça no monte commum.

Póde muito bem acontecer que n'uma familia de lavradores haja algum socio que tenha officio, como de pintor, marceneiro, etc., e que entre com os ganhos para a sociedade, e então pede a justiça que elle não receba menos do que os que trabalham na cultura dos immoveis.

Porém o filho do socio que contribuiu com outra especie de industria, e que ha de ser contemplado como os que trabalharam, ha de ser contemplado como os socios que trabalharam, ou como os filhos dos socios que trabalharam?

O artigo 1293.º não é explicito a este respeito, e a solução da questão é importante, porque a porção dos socios que trabalham é a assignada no artigo 1291.º, e a porção dos filhos dos socios que trabalham é a que for arbitrada nos termos do artigo 1292.º

Em vista da interpretação grammatical parece que os filhos dos socios, que contribuiram com outra industria, hão de ser contemplados como os filhos dos socios que se occuparam em trabalhar na cultura dos immoveis, e não como os socios.

Parece que o codigo equiparou para o effeito da partilha dos proventos a industria agricola a outra qualquer industria.

Por analogia do disposto no artigo 1291.º; os socios que não se empregaram na cultura dos immoveis, mas que contribuiram para a sociedade com outra especie de industria, devem ser contemplados exactamente como aquelles.

O socio que tiver gados, alem do quinhão que porventura lhe pertença ou como dono dos predios, ou como fazendo parte dos que trabalham, terá uma quota correspondente ás vantagens que os gados proporcionam, que ha de ser tirada do monte destinado aos que trabalham.

Os gados reputam-se accessorio do trabalho e não do capital, e por isso os donos dos gados são pagos, não do monte destinado ao pagamento dos proprietarios, mas do monte destinado ao pagamento dos que trabalham.

Os gados empregados na cultura são tambem instrumento de producção; mas o codigo não lhes assigna quinhão certo, nem isso seria possivel. Fica dependente de arbitramento a quota que ha de pertencer ao socio que contribuir com gados para a cultura dos immoveis. Porém o augmento ou a diminuição de valor que possa haver nos gados, ou por effeito da medrança, ou das crias, ou pelas circumstancias do mercado, é tudo por conta do socio proprietario d'elles.

Art. 1295.º Se houver bens adquiridos, serão repartidos conforme a regra de proporção ordenada no artigo 1290.º

Art. 1296.º Se os socios houverem cultivado fazendas alheias, serão os lucros repartidos, na fórma prescripta, entre os que trabalharam.

(Vid. nota ao artigo 1290.º)

Art. 1297.º Se os socios houverem trabalhado simultaneamente, em fazendas proprias e alheias, far-se-ha separação dos productos de umas e de outras fazendas, e depois a divisão, conforme as regras anteriormente ordenadas.

§ unico. Achando-se confundidos os fructos, serão devidamente calculados.

(Vid. nota ao artigo 1291.º)

SECÇÃO VI

DA PARCERIA RURAL

Art. 1298.º A parceria rural abrange a parceria agricola e a pecuaria.

SUB-SECÇÃO I

DA PARCERIA AGRICOLA

Art. 1299.º Ha parceria agricola, quando alguma pessoa dá a outrem algum predio rustico, para ser cultivado por quem

o recebe, mediante o pagamento de uma quota de fructos, do modo que entre si accordarem.

(Vid. o artigo 1303.º) N'esta secção trata-se da parceria para exploração rural, que consiste na associação de duas ou mais pessoas, em que umas contribuem com os predios ou com os gados, e outras com o seu trabalho, e repartem entre si os lucros ou as perdas n'uma certa proporção.

Como ha disposições especiaes a reger a parceria, segundo esta abrange as terras ou os gados, por isso o codigo a divide em agricola e pecuaria.

A parceria, especialmente a agricola, é uma especie de arrendamento, e por isso lhe são applicaveis as disposições relativas aos locadores e arrendatarios em tudo o que não for regulado por provisões especiaes, artigo 1303.º

A parceria agricola não faz outra differença do arrendamento dos predios rusticos senão em o proprietario receber apenas uma *quota* dos fructos que o predio produzir, sujeitando-se a todas as eventualidades da producção, em vez de receber uma porção ajustada e certa, quaesquer que sejam as contingencias da producção.

Já na imprensa juridica se discutiu se o parceiro agricola ha de ter partilha nas arvores silvestes que nascem espontaneamente no predio. As arvores porém não são *fructos*, e a parceria é limitada aos fructos. Ás arvores nem o proprio usufructuario tem direito, sendo aliás muito mais ampla a sua propriedade do que a do parceiro ou a do arrendatario. O usufructuario só póde aproveitar as arvores que perecerem naturalmente, e as de talhadio ou córte, artigo 2211.º, e ainda assim com a obrigação de plantar tantos pés quantos perecerem naturalmente, artigo 2226.º Portanto, sempre que as plantas não forem consideradas *fructos*, ou pela natureza do predio, onde nascem, ou por costume da terra, pertencem integralmente ao proprietario, sem n'elles ter partilha o parceiro.

Na parceria agricola ajusta o proprietario receber um terço, metade, ou dois terços dos fructos que o predio der. No arrendamento ajusta receber uma quantidade determinada, 500, 1:000 litros de trigo ou de milho, etc. No entretanto consideram alguns esta convenção, menos como arrendamento do que como sociedade de capital e industria, representado aquelle pela terra ou pelos gados, e esta pela cultura ou guarda e tratamento dos animaes.

Estes arrendamentos de predios rusticos por quota incerta eram, de ha muito usados entre nós, e reconhecidos pelo direito anterior.

Até se lhes dava ordinariamente o nome de sociedade *a meias*, por ser esta a retribuição mais ordinaria. A ordenação livro IV, titulo XLV, que regulava este assumpto, inscreve-se «*Do que dá herdade a parceiro de meas, ou a terço, ou quarto, ou a arrenda por certa quantidade*».

O contrato da parceria agricola, como é definido no artigo 1299.º, apenas se distingue do determinado na ordenação, em não se restringir só á vinha e á herdade, Porém mesmo por direito anterior já se entendia que a ordenação mencionava a vinha e a herdade exemplificativamente apenas, e não taxativamente. Tambem o codigo não limita a duração d'estes contratos a menos de dez annos, como limitava a lei velha, porque nos termos da ordenação, livro III, titulo XLVII, e livro IV, titulo XLVIII, § 8.º, só revogada pelo alvará de 3 de novembro de 1757, os arrendamentos dos bens de raiz por dez annos ou mais, eram verdadeiras emphyteuses, o que o codigo não permitte.

Art. 1300.º Se, durante o tempo do contrato, fallecer algum dos estipulantes, não serão, nem o que ficar vivo, nem os herdeiros do fallecido, obrigados a manter e cumprir o contrato.

§ unico. Mas se, ao tempo da morte do proprietario, o lavrador tiver a herdade lavrada, a vinha podada, ou feitos alguns outros trabalhos de cultura, ou quaesquer adiantamentos, subsistirá o contrato pelo tempo necessario para aproveitar as despezas e os trabalhos feitos, se o proprietario não preferir pagal-os.

(Vid. artigos 1385.º, 1403.º, 1404.º, 1430.º n.º 1.º e 1619.º) N'este artigo vem outra especialidade da parceria agricola, comparada com os arrendamentos. Os arrendamentos por pensões certas e sabidas não se rescindem, achando-se authenticada a sua data, nem pela morte das partes que se julga terem contratado para si e para os seus herdeiros, nem pela alienação da propriedade, artigo 1619.º O dono alienando-a, não póde transmittir direitos que não tinha, não póde fazer indirectamente o que directamente não poderia fazer. A agricultura interessa em que o arrendatario possa entregar-se com segurança á cultura do predio que arrendou.

Mesmo nos termos da velha ordenação, livro IV, titulo XLV, § 3.º, o contrato de arrendamento passava sempre aos herdeiros, por ser diverso do contrato da parceria, e dever ser julgado de outra maneira; e por maioria de rasão passava quando o contrato, ainda de parceria, era feito por tempo de dez annos ou mais.

Nos termos da ordenação, livro IV, titulo XLV, se o arrendatamento não era por pensão certa, mas por uma quota de fructos, como metade, terço ou cousa similhante, o contrato acabava com a morte de qualquer das partes (§ inicial) porque tinha a qualidade do contrato de *parceria*. Se porém a renda era certa (§ 3.º), sempre o contrato passava aos herdeiros. E se a cousa fosse *vendida* (ordenação, livro IV, titulo IX), o comprador podia tambem despedir o arrendatario.

O codigo manteve no artigo 1300.º os principios adoptados na ordenação quanto aos arrendamentos por *quota* de fructos, que denomina *parceria agricola*, e por isso esses contratos caducam com a morte de qualquer das partes.

Para o adquirente ser obrigado a manter o arrendatario é indispensavel que a data esteja *authenticada*, para se saber o tempo em que começou e em que deve acabar o arrendamento, e não ser illudido o adquirente com arrendamentos falsamente datados. Se os arrendamentos estão no caso do artigo 1622.º, é preciso alem d'isso que estejam registados para poderem acompanhar o predio em poder do novo possuidor.

O dono do predio arrendado tambem não póde expulsar o arrendatario com o fundamento de querer ir elle mesmo occupa-lo, porque o arrendamento como qualquer outro contrato não deve depender só da vontade de uma das partes.

N'este ponto fez o codigo profunda alteração no nosso direito velho, ordenação, livro IV, titulo XXIV, que permittia a expulsão do arrendatario, não só pela alienação do predio a titulo singular, mas querendo o senhorio ir habita-lo, e ainda por outros motivos independentes da vontade do arrendatario.

A parceria agricola porém, como é uma sociedade, termina pela morte de qualquer dos parceiros, e não são os seus herdeiros obrigados a continua-la.

Estando porém já feitos ao tempo da morte de qualquer dos parceiros alguns trabalhos ou adiantamentos para a cultura, não póde o proprietario dar por findo o contrato sem indemnisar os herdeiros do parceiro das despezas e trabalhos feitos. A mesma doutrina, apesar do silencio do codigo, é applicavel aos arrendamentos, que o adquirente não for obrigado a manter, ou por não terem data authentica ou por não estarem registados, quando for caso d'isso.

A ordenação, livro IV, titulo XLV, no § 1.º, fonte d'este artigo, dizia assim: «Porém, se ao tempo da morte de cada uma das partes principaes o lavrador tivesse já a herdade lavrada, a vinha podada, ou feita alguma outra obra de adubio, passará o contrato aos herdeiros *por esse anno*. E assim elles, como a outra parte que ficar viva, serão obrigados a o manter por esse anno sómente, que já era começado de adubar, e mais não».

O codigo, não podendo emancipar-se de todo da influencia da velha ordenação, refere-se n'este artigo, mas de certo exemplificativamente, á vinha e á herdade. É porém mais logico do que a ordenação, não restringindo a um anno a duração do contrato com os herdeiros. Os trabalhos de cultura e adiantamentos podem ser de ordem a serem aproveitados em menos de um anno, ou reclamarem periodo mais longo para d'elles se colherem todos os fructos correspondentes.

Tambem o contrato de aprendizagem termina pela morte do mestre ou do aprendiz, artigo 1430.º n.º 1.º Igualmente por morte do amo ou do serviçal se resolve o contrato de serviço domestico, artigo 1385.º, sendo desde logo pagas ao serviçal *pela herança do amo*, as soldadas vencidas, como expressamente dispunha o projecto primitivo no artigo 1443.º, palavras que a commissão revisora eliminou provavelmente por escusadas, poisque a idéa por elles significada, está tão radicada nos principios geraes de direito, que é verdadeiramente superfluo consigna-la n'uma disposição legal.

Se o contrato de serviço se resolver pela morte do amo, terá o serviçal direito não só ás soldadas vencidas, mas a quinze dias mais, como compensação do tempo que fica desempregado, emquanto não póde ser collocado n'outra casa, citado artigo 1385.º

O codigo não declara dissolvido o contrato de empreitada pela morte do empreiteiro, mas deixa a faculdade, artigo 1403.º, de se requerer a rescisão do contrato por este motivo, porque podia ser contratada a obra em attenção ao zêlo, intelligencia e outras qualidades pessoaes do empreiteiro, que o dono não reconheça nos herdeiros. Não se rescinde porém por fallecimento do dono da obra, artigo 1404.º, porque o empreiteiro não se obrigou de certo em attenção ás qualidades pessoaes d'elle, e ser-lhe-ha indifferente trabalhar para elle ou para seus herdeiros.

A rescisão no caso de fallecimento do empreiteiro *poderá* ser requerida ou pelos herdeiros d'este ou pelo dono da obra, vista a generalidade da disposição do artigo 1403.º Mas o dono da obra ha de pagar aos herdeiros do empreiteiro, que não tiveram culpa do facto que deu logar á rescisão do contrato, todo o trabalho e despezas feitas, porque não deve locupletar-se á custa d'elles. O nosso codigo separou-se do artigo 1536.º do projecto do codigo civil hespanhol, do artigo 1796.º do codigo civil francez, e do artigo 522.º do nosso codigo commercial, suas fontes, emquanto manda abonar aos herdeiros do empreiteiro todo o trabalho e despezas feitas, fossem ou não uteis, porque o artigo não distingue, emquanto que nas fontes do artigo se determinava muito expressamente, que elle só seria obrigado a pagar as obras e despezas, quando d'ahi lhe proviesse ou podesse provir utilidade.

Pelo nosso codigo commercial, artigo 522.º, o contrato de locação de obra dissolve-se pela morte do operario, emprezario ou empreiteiro; mas o proprietario é obrigado a pagar a seus herdeiros, em proporção do preço estipulado na convenção, o valor da obra já feita e materiaes apparelhados, no caso sómente que taes obras e materiaes lhe possam ser uteis.

A doutrina do nosso codigo civil porém é mais rasoavel, porque os herdeiros do empreiteiro não devem ser prejudicados com a falta de utilidade da obra, desde que ella é feita em conformidade com o plano ajustado.

A mesma obrigação de pagar a obra e despezas feitas tem o dono da obra, quando o empreiteiro a abandonar por motivo independente da sua vontade, artigo 1403.º § unico, como por se impossibilitar para continuar o serviço, pela regra «*ad impossibilia nemo tenetur*»; e porque o caso de impossibilidade póde equiparar-se na sua causa e nos seus effeitos ao caso de morte.

Art. 1301.º Os lavradores, que trouxerem predios rusticos de parceria, não poderão levantar o pão da eira, nem tirar o vinho do lagar, nem recolher quaesquer outros fructos, de que devam partilha, sem que o façam saber ao proprietario, ou a quem suas vezes fizer, estando na mesma parochia.

§ 1.º Se na parochia se não achar o proprietario, ou seu representante, poderá o lavrador fazer medir os fructos na presença de duas testemunhas insuspeitas.

§ 2.º Se assim não proceder, pagará em dobro a parte que teria a dar.

§ 3.º As sementes serão deduzidas do quinhão do cultivador, se outra cousa não tiver sido estipulada.

(Vid. artigo 1312.º) O caracter especial do contrato de parceria consiste na partilha dos fructos entre os parceiros; e por isso o codigo estabelece as providencias necessarias para não ser illudido o proprietario pelo cultivador.

O parceiro agricola não póde, sob pena de pagamento em dobro, recolher os fructos, sem os contar, pesar ou medir na presença do proprietario ou de quem suas vezes fizer, estando na parochia, ou de duas testemunhas maiores de toda a excepção, não se achando na parochia o proprietario ou seu representante. Estas providencias são dictadas no intuito de remover toda a suspeita de fraude na partilha, e as contestações que a esse respeito poderiam levantar-se.

É por esta mesma rasão e sob a mesma pena que o parceiro pencador não póde fazer a tosquia do gado lanigero sem avisar o proprietario, artigo 1312.º, a fim de que este possa velar pela fidelidade da partilha, devendo applicar-se por analogia á hypothese do artigo 1312.º o disposto no § 1.º do artigo 1301.º

O projecto primitivo no artigo 1356.º correspondente ao artigo 1301.º concluia o § 2.º com as seguintes palavras: «avaliada a producção a arbitrio de bom varão», assim como no artigo 1367.º, correspondente ao

artigo 1312.º, terminava pelas seguintes palavras: «segundo o arbitrio de bom varão». Foi conservada esta redacção nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864, e eliminadas aquellas palavras no projecto de 1865, de certo por escusadas.

Tambem com rasão a commissão revisora substituiu no projecto de 1865 a palavra «*herdades*», que se lia no projecto primitivo no artigo (1356.º) correspondente ao artigo 1301.º, e nos dois projectos de 1863 e de 1864, pelas palavras «*predios rusticos*», que exprimem melhor a idéa da parceria agricola, que no projecto primitivo era applicada aos predios rusticos, exactamente como no codigo.

As sementes na parceria agricola não sáem do monte commum, mas do quinhão do cultivador.

O § 4.º da ordenação, livro IV, titulo XLV, fonte d'este artigo, accrescenta mais duas disposições, que naturalmente se deduzem dos preceitos do codigo. É a primeira que, para se calcular o dobro do pagamento ao senhorio, deve ser a terra avaliada por dois ou tres homens bons ajuramentados, que déem o seu laudo do que a terra poderia produzir, e a segunda é que d'esta falta de comprimento do contrato não resulta direito a nenhuma outra acção civel ou crime.

Art. 1302.º O parceiro, que deixar o predio sem cultura, ou não o cultivar conforme o convencionado, ou, pelo menos, na fórma do costume, será responsavel pelas perdas e damnos a que der causa.

(Vid. artigos 1306.º, 1336.º, e 1627.º) A doutrina do artigo é a consequencia do principio geral de que cada um responde pelo seu facto, devendo indemnisar os outros dos prejuizos que lhe causar.

É obrigação do parceiro, assim como do arrendatario, artigo 1627.º, o cultivar bem os predios, e não os deixar deteriorar.

Benevolo é o legislador com o parceiro agricola, não o responsabilisando pela cultura nos termos do contrato, e dispensando-o da indemnisação de perdas e damnos, logoque elle cultive pelo menos na fórma do costume. Pela mesma rasão o parceiro pençador deve tratar os animaes da parceria com o cuidado com que ordinariamente trata as suas cousas, sob pena de responder por perdas e damnos, artigo 1306.º

Pela mesma rasão responde o mandatario pelas perdas e damnos a que der causa, por não empregar para o bom desempenho do mandato a diligencia e cuidado de que é capaz, artigo 1336.º

O mandatario, encarregando-se do negocio, obriga-se a empregar todos os seus cuidados, todo o seu zêlo e habilidade para bem se desempenhar da sua missão, por isso responde, não só pelo dolo, mas por qualquer falta de diligencia, que estava ao seu alcance empregar e que não empregou.

Pela mesma rasão o depositario é tambem obrigado a prestar na guarda e conservação do deposito, não só a diligencia usada nas suas cousas, como dispõe o codigo civil francez, mas toda aquella de que for capaz, artigo 1435.º n.º 1.º

Art. 1303.º São applicaveis aos parceiros as disposições dos artigos relativos aos direitos e obrigações dos locadores e arrendatarios, em tudo o que não for regulado por disposições especiaes.

(Vid. nota ao artigo 1299.º)

SUB-SECÇÃO II

DA PARCERIA PECUARIA

Art. 1304.º Dá-se o contrato de parceria pecuaria, quando uma, ou mais pessoas, entregam a outra, ou outras pessoas, certos animaes, ou certo numero d'elles, para os crearem, pençarem e vigiarem, com o ajuste de repartirem entre si os lucros futuros em certa proporção.

Art. 1305.º As condições d'este contrato serão reguladas a aprazimento dos interessados; mas, na falta de accordo, observar-se-ha o costume geral da terra, salvas as seguintes disposições.

(Vid. artigos 1308.º e 1309.) Este contrato é muito usado entre nós sob o nome de contrato de *animaes a ganho*, e a elle se referia a ordenação, livro IV, titulo LXIX, prohibindo certas estipulações, que estava em uso fazerem-se, e que eram vexatorias para o socio industrial que é o mais dependente, vistoque ordinariamente o socio proprietario é rico, e o socio cultivador pobre.

A ordenação fallando dos bois e *gado* que podiam ser objecto de contrato, especifica entre os animaes, comprehendidos no *gado*, os bois, vaccas, cabras, porcos, colmeias abrangendo de certo n'esta expressão tambem o gado lanigero. Mas as regras d'este contrato podem extender-se a quaesquer outros animaes, como perus, gallinhas, etc.

O dono dos animaes póde entrar com certos e determinados animaes, como os bois A, B e C, ou com certo numero, como tres bois, etc.

O codigo civil francez acrescenta muitas outras disposições, regulando as varias especies de parceria que existem em França. O nosso codigo porém, nem para a parceria, em que entram predios rusticos e animaes ao mesmo tempo, estabelece providencias especiaes.

Entre nós, todas as omissões da lei, tanto a respeito da parceria agricola, como a respeito da parceria pecuaria, hão de ser reguladas segundo o uso da terra; e na falta de uso pelos principios geraes de direito, artigo 16.º

As condições que regulam a parceria podem fixar-se por convenção, e é só na falta d'esta que rege o costume da terra subordinado ás disposições do codigo. Póde ser objecto da parceria pecuaria toda e qualquer especie de animaes que seja susceptivel de dar proveito para a agricultura ou para o commercio. No contrato deve marcar-se a proporção dos lucros entre os parceiros, lucros que provém das novas crias, que téem os animaes, do augmento de valor dos proprios animaes dados na parceria, da lã, do leite, etc.

A propriedade dos animaes dados na parceria não passa ao parceiro pençador; o que constitue fundo da sociedade não são os animaes em si, mas o augmento de valor que elles possam ter. Se se fixar o preço dos animaes na occasião do contrato não é para os vender á parceria, mas para verificar no fim da parceria o augmento ou diminuição de valor. N'este caso *aestimatio non facit venditionem*.

Por consequencia se os animaes morrem por caso fortuito, é o prejuizo por conta do parceiro proprietario pela regra *res suo domino perit*, artigo 1308.º É ao parceiro pençador que incumbe a prova de que os animaes pereceram sem ser por culpa d'elle, v. g., de molestia que os atacou, sem que elle lhe tivesse dado pastos damnosos, nem

por qualquer modo concorrido por acto ou omissão sua para a morte d'elles.

Pela mesma rasão pertence ao proprietario o que possa tirar-se dos animaes, que morreram, artigo 1309.º, como as pelles que se aproveitarem, de que o parceiro pençador deve dar contas, observando a regra *quod ex re mea superest, meum est.*

A apresentação da pelle tambem tem por fim dar um meio de prova da morte do animal. Não sendo possivel a apresentação da pelle incumbe ao parceiro pençador fazer a prova, não só da morte do animal, mas do modo como teve logar.

Art. 1306.º O parceiro pençador é obrigado a empregar na guarda e tratamento dos animaes aquelle cuidado que ordinariamente emprega nas suas cousas, e, se assim o não fizer, responderá pelas perdas e damnos a que der causa.

(Vid. nota ao artigo 1302.º)

Art. 1307.º O parceiro proprietario é obrigado a assegurar a posse, e o uso dos animaes sobre que se contratou, ao parceiro industrial, e a substituir por outros, em caso de evicção, os animaes evictos, aliás responderá pelas perdas e damnos, a que der causa com a inexecução do contrato.

Assim como a obrigação do parceiro industrial é crear, pençar e vigiar os animaes, assim a do parceiro proprietario é assegurar-lhe a posse e o uso dos animaes, e substitui-los no caso de evicção.

Sem a posse dos animaes não ha fundo social em que possa exercitar-se a actividade do socio pençador; e o parceiro proprietario ha de responder pelas consequencias do seu facto, indemnisando o parceiro industrial da não execução do contrato.

Deve tambem notar-se que o parceiro proprietario fica obrigado a assegurar ao parceiro industrial a posse e o uso dos animaes nos mesmos termos em que o senhorio é obrigado a assegurar ao arrendatario o uso da cousa arrendada, em conformidade do disposto no artigo 1606.º n.º 4.º, e segundo deixámos explicado em a nota ao artigo 1046.º

Assim tambem na parceria agricola o proprietario só é obrigado a garantir a posse e o uso dos animaes ao parceiro industrial contra os embaraços e turbações provenientes *de direito,* que terceiro pretenda ter com relação aos animaes, e não contra os embaraços e turbações provenientes de mero facto de terceiro, como tudo fica largamente explicado em a nota ao referido artigo 1046.º

Art. 1308.º Se os animaes perecerem por caso fortuito, será a perda por conta do proprietario.

Art. 1309.º Se algum proveito se podér tirar dos animaes que morrerem, tal proveito pertencerá ao proprietario, ficando responsavel por isso o parceiro pençador.

(Vid. nota ao artigo 1304.º)

Art. 1310.º É nulla a estipulação, pela qual todas as perdas resultantes de caso fortuito ficam por conta do parceiro pençador.

O parceiro pençador fica responsavel por todas as perdas a que der causa. Annulla porém o codigo a condição de ficar elle responsavel por todas as perdas resultantes de caso fortuito, porque quiz impedir que os parceiros industriaes, que ordinariamente são pobres e desvalidos, se sujeitassem, para terem um rebanho de gado, e na esperança de tirar algum lucro, a condições muito desvantajosas aos seus interesses. O codigo porém, não estabelecendo positivamente que a responsabilidade pelas perdas estivesse na rasão dos lucros, deu margem para a disposição ser illudida pelo parceiro proprietario, que póde obrigar o parceiro industrial a pagar uma quota de perdas tão exorbitante, que equivalha a paga-las todas.

Art. 1311.º O parceiro pençador não póde dispor de cabeça alguma de gado, quer do principal, quer do acrescido, sem consentimento do proprietario, bem como este o não póde fazer sem consentimento d'aquelle.

Os animaes acrescidos pertencem, como lucros, ao parceiro pençador e ao industrial; e os animaes principaes, comquanto em propriedade pertençam ao parceiro proprietario, são tambem do uso do parceiro industrial. Têem pois os parceiros direitos communs sobre os mesmos objectos, e por isso não póde um fazer alienação sem o consentimento do outro.

Art. 1312.º O parceiro pençador de gado lanigero não póde fazer a tosquia, sem que previna o proprietario; se o fizer, pagará em dobro o valor da parte, que poderia pertencer ao proprietario.

(Vid. nota ao artigo 1301.º)

Art. 1313.º A parceria durará pelo tempo convencionado, e, na falta de convenção, por todo o tempo que, conforme o uso geral da terra, costumarem durar taes parcerias.

Art. 1314.º Em todo o caso, o proprietario poderá fazer resolver o contrato, se o pençador não cumprir as suas obrigações.

A duração d'esta parceria na falta de convenção é determinada pelo costume geral da terra.

O projecto primitivo no artigo correspondente (1368.º) dispunha que na falta de convenção e de costume da terra, nunca a parceria poderia durar menos de um anno. A commissão revisora porém nos seus projectos de 1863 e de 1864 estabelecia a doutrina de que na falta de convenção e de costume da terra seria a parceria resolvel á vontade de qualquer das partes.

A final supprimiu esta ultima providencia, e não regulou a duração da parceria para a hypothese de falta de convenção ou de costume geral da terra. É porém rasoavel que n'este caso a parceria seja resolvel á vontade dos parceiros, nos termos do artigo 1278.º, porque deve ser considerada uma sociedade de duração illimitada.

O artigo 1314.º tinha no projecto primitivo quasi a mesma redacção que tem no codigo, mas a commissão revisora nos projectos de 1863 e de 1864 additou-lhe um § unico, que a final eliminou, e que era

redigido nos seguintes termos: «Esta resolução do contrato terá logar por arbitrio de bom varão».

Esta provisão era effectivamente mais propria do codigo de processo.

É ao prudente arbitrio do juiz que cabe apreciar se o parceiro pençador cumpre ou não as obrigações do seu contrato.

Em todo o caso o proprietario póde fazer resilir o contrato, antes mesmo de findo o tempo da parceria, por inexecução de obrigações da parte do parceiro industrial.

A disposição do artigo 1314.º era bem escusada em presença dos artigos 676.º, 709.º e outros, que auctorisam o pactuante, nos contratos bilateraes, a resilir do contrato, quando o outro pactuante falte ás suas obrigações, e poderá dar logar a suppor-se, que póde o parceiro proprietario rescindir o contrato quando o pençador falta ás suas obrigações, e que não pertence a este igual direito contra o proprietario por inexecução do estipulado no accordo.

Comquanto o artigo 1314.º só ao parceiro proprietario dê o direito de resolver o contrato por inexecução das respectivas obrigações, nem por isso deixam de assistir ao parceiro industrial todos os direitos sobre contratos, que se acham determinados nos artigos 672.º e seguintes do codigo.

Art. 1315.º Os credores do proprietario só podem penhorar o que por direito lhe pertence, ficando salvas as obrigações por elle contrahidas com o socio pençador.

Art. 1316.º Os credores do pençador não podem penhorar os animaes da parceria, mas só o direito que este tenha adquirido, ou possa adquirir pelo seu contrato.

Esta doutrina é corrente. O proprietario tem, como proprio, o gado mas o uso é commum; e por isso não lhe póde ser penhorado senão o seu direito, bem como ao parceiro industrial.

Porém o pensamento fundamental do artigo 1315.º é que os crédores do proprietario, comquanto possam penhorar o direito d'este, não podem penhora-lo com prejuizo das obrigações por elle contrahidas para com o socio pençador.

Assim, ainda que o proprietario é o dono do gado; e postoque a propriedade dos animaes, como exclusiva d'elle, visto não entrar na parceria, artigo 1304.º, possa ser penhorada, não póde o exequente levar á praça os animaes, e faze-los vender, desfazendo assim a parceria. A penhora dos animaes não poderá ter resultado definitivo sem findar a parceria; mas poderá o exequente ir sobre o quinhão de lucros do proprietario, e obter a venda ou adjudicação d'elle.

Esta providencia é dictada no interesse da parceria para evitar que o socio pençador visse dissolvida a sociedade em consequencia de creditos de terceiro sobre o proprietario, em que o parceiro industrial não teve parte.

Pela sua parte o dono dos animaes póde deduzir embargos de terceiro, se o gado for penhorado por dividas do socio industrial.

Art. 1317.º O proprietario, cujo gado for indevidamente alienado pelo pençador, tem direito a reivindica-lo, excepto sendo esse gado arrematado em praça, ficando, n'esta hypothese, salvo o seu direito por perdas e damnos contra o pençador, que o não haja avisado a tempo.

O codigo já tinha determinado no artigo 1311.º que o parceiro pençador não podia dispor do gado, nem sequer do acrescido. Dando como assente esta proposição, no artigo 1317.º regula apenas os direitos do proprietario com relação a terceiro, que adquiriu o gado.

Duas hypotheses previne o codigo quanto á fórma da alienação para determinar as relações juridicas entre o proprietario e o adquirinte.

É a primeira o ter sido feita essa particularmente pelo parceiro industrial. N'este caso fica ao proprietario o direito de reivindicar o gado do poder do adquirinte, tendo este apenas regresso, nos termos de direito, contra o parceiro pençador, que vendeu o que não era seu.

É a segunda o ter sido *arrematado* o gado em praça em virtude de execução judicial. N'este caso o proprietario não tem direito de reivindicar o objecto vendido em hasta publica com intervenção da justiça, porque a lei deve respeitar e fazer cumprir os actos juridicos, celebrados com tanta solemnidade e legalidade. Ao proprietario resta n'este caso unicamente o recurso por perdas e damnos contra o pençador, que não o avisou a tempo para elle defender o seu direito.

Convem notar que a venda do gado em praça póde ter logar de dois modos, ou por execução judicial forçada, ou por mera vontade do pençador, que póde fazer uma venda publica e affrontada, como ás vezes acontece nas feiras e mercados.

Comprehender-se-hão ambas estas hypotheses no preceito estatuido na segunda parte do artigo? Cremos que não.

O codigo, regulando a hypothese da venda em praça, refere-se n'este ponto á venda judicial. É o que se deduz do emprego da palavra «*arrematado*», e sobretudo da obrigação imposta ao socio pençador de avisar a tempo o proprietario da arrematação do gado em praça. Esta providencia só póde referir-se á venda forçada, ordenada pela justiça, e não á venda publica, feita pelo parceiro pençador.

E parecendo omisso o artigo a respeito da venda feita em publico pelo pençador, qual dos dois preceitos do artigo ha de applicar-se a esta especie, a disposição consignada na primeira parte do artigo, ou a consignada na segunda?

Ha de applicar-se em nosso entender a regra geral, e não a excepção do artigo, que não nos parece omisso sobre o caso.

O codigo dá ao proprietario o direito de reivindicar do adquirente o gado indevidamente alienado pelo parceiro industrial, quaesquer que sejam as formalidades e solemnidades de que a alienação vá acompanhada, porque onde a lei não distingue, a ninguem é licito distinguir, e portanto é applicavel á especie a primeira parte do artigo.

Conseguintemente podemos em vista do artigo formular as duas seguintes conclusões: **1.ª**, se o gado for indevidamente alienado pelo parceiro pençador, qualquer que seja o titulo da alienação, e quaesquer que sejam as formalidades que a acompanhem, pode o proprietario reivindicar o gado do poder do adquirente; **2.ª**, se o gado for vendido pela justiça, então só resta ao proprietario o recurso por perdas e damnos contra o socio industrial, se este o não avisou a tempo.

No projecto primitivo terminava esta secção com os dois artigos seguintes, que a commissão revisora eliminou logo nos trabalhos da primeira revisão, de certo por escusados:

«Artigo 1373.º Se o parceiro proprietario não exigir a partilha dos lucros dentro de sessenta dias, depois de findo o tempo do contrato, entender-se-ha consentido por outro tanto tempo.

«Art. 1374.º Quando tenha logar a venda dos animaes, terá o proprietario direito de ficar com elles pelo valor da estimação, que se fizer amigavelmente, ou a arbitrio de bom varão.»

CAPITULO III

DO MANDATO OU PROCURADORIA

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1318.º Dá-se o contrato de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa, por mandato e em nome de outrem. O mandato póde ser verbal ou escripto.

Art. 1319.º Diz-se procuração o documento, em que o mandante ou constituinte exprime o seu mandato. A procuração póde ser publica ou particular.

(Vid. artigos 1330.º a 1333.º) O nosso antigo direito era omisso quanto ao contrato do mandato, contendo apenas alguns preceitos dispersos com respeito ao procurador judicial, mas todos os praxistas tratavam largamente do mandato, e o distinguiam, mesmo quando remunerado, do contrato de locação de serviços.

Este contrato é muito frequente, e da maior importancia em grande numero de casos.

Em direito commercial apresenta muitas modificações, que se revelam por differentes fórmas, como saques de letras, cartas de credito e de ordens, commissões, consignações, etc.

Em direito civil reconhecem-se apenas duas grandes divisões do mandato —mandato em geral e mandato judicial—; e debaixo d'estes dois pontos de vista o trata o codigo n'este capitulo.

A regra geral é que cada um póde mandar fazer por terceiro os actos que por si póde praticar, e que não forem meramente pessoaes, artigo 1332.º Assim póde qualquer constituir procurador para fazer ou acceitar uma doação, mas não póde fazer testamento por meio de procurador.

A mesma disposição é applicavel aos actos do processo judicial, segundo dispõe o artigo 847.º da novissima reforma judicial; preceito este, que se deriva da regra juridica *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Para ter logar o mandato é preciso que o que manda podesse fazer a cousa por si. Todavia ha casos em que o mandante não póde fazer por si actos que póde fazer por outro. Assim as minutas das petições de aggravo hão de ser assignadas por advogado, havendo-o no auditorio, e não pela parte, novissima reforma judicial, artigos 674.º § 5.º e 747.º

Em commercio tambem não é de receber a petição de acção que for assignada por advogado, codigo commercial, artigo 1080.º

Pela mesma rasão póde o mandatario acceitar procuração para todos os actos que não lhe sejam vedados por lei, artigo 1333.º, devendo ser applicavel esta parte final do artigo 1333.º igualmente ao mandante, como ao mandatario.

A incumbencia que uma pessoa faz a outra de lhe tratar em seu nome e debaixo da sua responsabilidade um ou mais negocios, diz-se mandato ou procuradoria.

Nós definimos assim o contrato de mandato pelo lado do mandante, porque pelo lado do mandatario está elle definido no artigo 1318.º

O codigo de commercio define o mandato tanto pelo lado do constituinte, como pelo lado do procurador, porque diz no artigo 762.º: «O mandato em geral é um contrato, pelo qual um dos contrahentes, que se chama mandante, confia a gestão de um ou mais negocios a outro, que se denomina mandatario, o qual se encarrega e se obriga a exequi-la».

A incumbencia póde ser feita de palavra ou por escripto. Por isso o projecto primitivo no artigo 1388.º, final d'esta secção, e que foi substituido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, pelos artigos 1326.º a 1329.º do codigo, dizia: «O mandato póde provar-se por qualquer especie de prova, mas não poderá o mandatario praticar sem procuração publica, ou considerada como tal, nenhum acto d'aquelles em que a lei exige escriptura publica».

Este contrato, como é puramente consensual, em regra não tem formalidades essenciaes e determinadas.

Todavia, logoque o objecto do mandato seja de alguma importancia, como os actos do mandatario ligam o mandante para com terceiros, terá elle de lhes mostrar muitas vezes a extensão dos seus poderes, e n'estes casos o mandato por conveniencia das partes terá de ser escripto.

O mandato escripto, como n'uma carta, etc., que não tem os requisitos determinados nos artigos 1320.º a 1322.º, reputa-se para todos os effeitos como mandato verbal.

Quando é conferido por escripto o mandato, este escripto ou instrumento do contrato chama-se *procuração*, que póde ser publica ou particular.

O que delega em outro poderes para este o representar em certo negocio ou negocios diz-se *constituinte* ou *mandante*, e o que acceita esses poderes e os exerce diz-se *mandatario* ou *procurador*.

Para a existencia do mandato é necessaria a acceitação do mandatario, porque n'este, como em todos os outros contratos, a base fundamental é o mutuo accordo. Póde conferir-se até a ausentes; mas n'este caso não tem validade senão depois da acceitação, artigo 1330.º Basta porém em qualquer caso a acceitação tacita.

No projecto primitivo o artigo 1385.º, correspondente ao artigo 1330.º do codigo, terminava pelas palavras «*ou seja tacita ou expressa*», palavras que a commissão revisora eliminou logo nos trabalhos da primeira revisão de certo por inuteis, porque na generalidade do termo «*acceitação*» se comprehende tanto a acceitação tacita como a expressa.

Até o artigo 1330.º poderia reputar-se desnecessario, porque no artigo 1318.º se exige a acceitação do mandatario sem distincção entre presentes e ausentes.

Diz-se «*tacita*» a acceitação quando o mandatario sem fazer a declaração explicita de que acceita o mandato, se encarrega da procuração, e começa logo a tratar do negocio do seu constituinte. A responsabilidade que resulta ao mandatario da acceitação tacita é a mesma que lhe resulta da acceitação expressa.

O codigo de commercio dispõe tambem no citado artigo 762.º que o mandato se completa pela acceitação, e determina no artigo 764.º que a acceitação do mandato póde ser expressa ou tacita, e que a execução do mandatario prova acceitação.

Portanto o mandante ha de conferir em regra o mandato por palavras ou por escripto, mas o mandatario póde acceita-lo tacitamente. Um dos casos vulgarissimos de acceitação tacita são as procurações forenses, que raras vezes têem outro indicativo de acceitação por parte do mandatario alem do *facto* de advogar ou procurar na causa.

É ainda argumento a favor d'esta opinião o preceito do artigo 1726.º, que, fallando de *mandato expresso*, implicitamente reconhece a existencia e validade de mandato tacito.

Comquanto seja mais frequente o mandato tacito por parte do mandatario do que por parte do mandante, é certo que o mandante tambem póde mandar *tacitamente*: assim o creado que faz as compras, e a mulher que trata do arranjo interno da casa, praticam estes factos por mandado tacito do amo e do marido.

Em regra é gratuito o mandato, devendo estipular-se remuneração expressamente se as partes quizerem alterar aquella presumpção. Até alguns definem o mandato um contrato gratuito. Ha porém casos em que, por excepção, se presume remunerado, devendo declarar-se gratuito o acto para o constituinte ficar exonerado de recompensar o mandatario, como é nos negocios que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa, artigo 1331.º

Assim a parte que encarrega o advogado, ou o solicitador judicial de lhe promover os termos de uma demanda, fica obrigada, salvo declaração em contrario, a pagar-lhe os respectivos honorarios ou salarios, porque n'esta hypothese presume-se oneroso o mandato, attendendo á *profissão* e officio do mandatario.

Portanto é *da natureza* do mandato em geral o ser gratuito; é *da natureza* do mandato especial, como profissão lucrativa, o ser remunerado. No direito romano era *da essencia* do mandato a gratuidade.

Art. 1320.º É procuração publica a que póde ser feita por tabellião, ou pelo escrivão respectivo, sendo exarada em alguns autos.

Art. 1321.º Procuração particular é a que foi escripta e assignada pelo mandante, ou que foi escripta por outrem, e assignada pelo mandante e mais duas testemunhas.

Art. 1322.º São havidas por publicas a procuração escripta e assignada pelo mandante, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por tabellião; e a escripta por pessoa diversa do mandante, mas assignada por este e por duas testemunhas, se taes assignaturas forem feitas perante tabellião, que assim o certifique, e as reconheça no proprio documento.

(Vid. nota ao artigo 686.º, e artigo 1931.º) O codigo marcou as formalidades indispensaveis para a validade da procuração publica e da procuração particular, sem attenção á qualidade da pessoa que figura como mandante, ou como mandatario.

Quatro são as especies de procuração publica, duas indicadas no artigo 1320.º e duas no artigo 1322.º A redacção do artigo 1320.º dá logar a crer-se, que elle se refere só á procuração *apud acta*, o que mais se confirma, attendendo a que no projecto de 1865, apresentado como proposta de lei ás côrtes, não se achava virgula em seguida á palavra «tabellião».

No entretanto a redacção do projecto primitivo no artigo (1379.º) correspondente, conservada ainda nos projectos de 1863 e de 1864, era concebida nos seguintes termos: «A procuração publica póde ser feita por tabellião, ou nos autos pelo escrivão competente».

Por esta redacção era claro que o legislador comprehendia no artigo as duas procurações, tanto a procuração avulsa feita por tabellião, como a procuração nos autos feita pelo escrivão competente.

Em nosso entender o codigo consagra a mesma doutrina, e talvez para esse fim acrescentou a commissão de legislação da camara dos deputados uma virgula á palavra «*tabellião*», devendo ter eliminado ao mesmo tempo a virgula, que se segue á palavra «*respectivo*»; ou, o que era melhor, ter mantido a redacção do projecto primitivo, que era logica e clara.

A primeira especie de procuração é um acto de fé publica, feito por tabellião em papel avulso com a intervenção do mandante e de mais duas testemunhas, tudo nos termos do artigo 2425.º

A segunda especie de procuração é a chamada procuração *apud acta*, segundo a phrase da ordenação livro III, titulo XXIX, *pr.*, nome tambem já usado pelos jurisconsultos romanos.

Da mesma ordenação, admittindo a validade da procuração *apud acta*, feita sem testemunhas, estando presente o juiz, se infere que são precisas as testemunhas para assistirem a esta procuração, se o juiz não estiver presente.

As duas fórmas de procuração publica, a que se refere o artigo 1322.º, eram já até certo ponto reconhecidas na nossa antiga legislação, mas como excepção. Fundava-se na disposição da ordenação, livro III, titulo XXIX, a excepção, a qual é extensamente desenvolvida na mesma ordenação, livro III, titulo LIX, § 15.º

Alem das pessoas a quem pela ordenação, livro III, titulos XXIX e LIX, era permittido fazer procuração por sua mão, leis posteriores concederam igual faculdade aos negociantes matriculados; faculdade esta que pelo uso do fôro se ampliou aos bachareis formados, advogados, officiaes militares de patente e mulheres d'estes, e aos clerigos com beneficio e sem beneficio.

O codigo civil tornou regra geral este privilegio.

Por direito anterior considerava-se como feita pelo proprio punho do constituinte a procuração escripta pelo secretario das pessoas a quem a lei o concedia, sendo assignada pelo mandante; porque a lei concedia aos grandes do reino o mandarem fazer as procurações pelos seus secretarios, *limitando-se elles a assigna-las*.

Gosavam d'este favor os arcebispos e bispos, os infantes, duques, mestres, marquezes e condes, que podiam mandar fazer a procuração dos seus secretarios assignando-a elles, citada ordenação, livro III, titulo LIX, § 15.º

O projecto primitivo ainda conservava esta jurisprudencia no artigo 1381.º

Acabou porém com esta excepção a commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão. Hoje nem o rei póde fazer procuração fóra das regras prescriptas nos artigos 1320.º a 1322.º

Convem notar que para ser havida por publica a procuração escripta e assignada pelo mandante, é indispensavel que o tabellião declare positiva e terminantemente que reconhece, não só a *assignatura*, mas a *letra* do mandante. São nullos os reconhecimentos, alguns dos quaes temos visto, em que o tabellião declara reconhecer *o signal supra*. Ha de reconhecer expressa e explicitamente a *letra* e a *assignatura*, para a procuração ter o caracter de publica.

É nulla a procuração a que se refere a primeira parte do artigo 1322.º, e nullo todo o processado em virtude d'ella, que não foi competentemente sanado, se o tabellião reconhece apenas a *assignatura* e não conjunctamente a *letra* do mandante. Por esta falta annullou a relação de Lisboa um processo em accordão de 4 de fevereiro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 20.

Para valer, como publica, a procuração a que se refere a segunda

parte do artigo 1322.º, é indispensavel duas cousas: 1.ª, que o tabellião certifique que as assignaturas do mandante e das duas testemunhas foram feitas na sua presença; 2.ª, que elle reconhece essas assignaturas no proprio documento.

Faltando alguma d'estas formalidades não tem esta procuração os requisitos de publica. N'esta fórma de procuração não ha que reconhecer a letra, todos os certificados e reconhecimentos respeitam unica e exclusivamente ás *assignaturas*.

A procuração feita por marido e mulher, escripta por um e assignada por ambos, valerá com relação ao que a não escreveu como se tivesse sido escripta por elle?

Esta é a opinião mais geralmente recebida na pratica; comquanto seja muito questionado este ponto.

Sendo marido e mulher reputados em regra uma só pessoa, a procuração, escripta por um e assignada por ambos, deve valer como particular, independentemente de testemunhas, e, como publica, sendo reconhecida por tabellião a letra do que escreveu, e a assignatura dos dois.

Tambem na pratica já foi objecto de duvida, se uma procuração geral impressa, anterior á installação das conservatorias, em que se concediam os poderes necessarios para assignar termos de registos, e de manifestos de dinheiro a juros, ou de outros quaesquer contratos, e para dar baixa nos mesmos registos e manifestos, era sufficiente para promover hoje quaesquer registos.

Nós decidimo-nos pela affirmativa, porque o registo já existia, creado por força do disposto nos decretos de 26 de outubro de 1836 e de 3 de janeiro de 1837. A lei de 1 de julho de 1863 e o codigo civil apenas lhe deram nova fórma e o ampliaram, mas não crearam a instituição. Para os cancellamentos é que se torna precisa procuração especial, visto o preceito do artigo 68.º § 2.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

A procuração para o fim previsto no artigo 1931.º é que não póde ser feita pelo mandante; ha de ser necessariamente feita por tabellião e assignada por quatro testemunhas, devendo assigna-la tambem o mandante, apesar do silencio do codigo, se souber e podér assignar, ou não podendo ou não sabendo assignar, uma quinta testemunha a seu rogo, e devendo ficar alem d'isso registada no livro que os tabelliães têem para registar os actos e contratos feitos fóra da nota, como dispõe a tabella dos salarios e emolumentos judiciaes de 30 de junho de 1864, no artigo 86.º n.º 2.º

No projecto primitivo o artigo 2069.º, correspondente ao artigo 1931.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «A procuração, tanto para a entrega como para a extracção do testamento, só póde ser feita por tabellião e será assignada por quatro testemunhas, e ficará registada na competente nota». Nas edições de 1860 e de 1864 appareceu com a mesma redacção, eliminadas apenas as palavras *«tanto para a entrega, como...»* Só no projecto de 1865, que foi apresentado pelo governo, como proposta de lei, ás côrtes, é que se lhe deu a redacção que hoje tem no codigo.

Alem das condições prescriptas no codigo, algumas outras são indispensaveis quanto á fórma, para a validade das procurações. Assim é nulla a procuração ou substabelecimento, que não tiver o sêllo legal, que é de 60 réis pelo regulamento de 2 de dezembro de 1869, como já era tambem pelo anterior regulamento de 4 de setembro de 1867.

A nullidade da procuração por falta de sêllo importa a nullidade de todo o processado em virtude d'ella, como julgou a relação de

Lisboa em accordão de 4 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 191.

Diz-se n'uma das tenções que precede o accordão, e que vem publicada na mesma folha, o seguinte: «... todavia a procuração não póde ser admittida em juizo, por falta de sêllo correspondente... poisque a lei vigente áquelle tempo, o n.º 8.º, classe IX, secção II, da tabella n.º 1.º, junta ao regulamento de 4 de setembro de 1867, fixa o sêllo de 60 réis; e o que ahi se póz foi o de 30 réis, e o § 1.º do artigo 58.º do mesmo regulamento manda que n'este caso, não sendo pago o sêllo respectivo, não se faça obra pelo documento, onde falta o sêllo correspondente, sem que este esteja satisfeito e a multa respectiva, etc.»

Porém melhor teriam andado os juizes mandando sellar primeiro competentemente a procuração, e dando depois andamento ao processo. A isso os aconselhava a lei geral do processo, e a propria disposição do regulamento invocada.

Continua tambem em vigor o disposto na lei de 16 de junho de 1855, artigo 33.º, que diz assim: «Nenhum official publico fará procuração sem que o outorgante declare, se é menor ou emancipado, casado ou viuvo; o que faltar a isto será multado pelo juiz do processo, ou em correição, na quantia de 5$000 réis. Se a procuração não for feita por official publico, e não contiver a predicta declaração, a pessoa que a fizer incorrerá em metade da multa».

Com relação ás procurações vindas do ultramar exigem-se especialidades no reconhecimento de modo que, a falta de alguma d'ellas, annulla a procuração, e conseguintemente todo o processado feito em virtude d'ella, não sendo competentemente sanada a nullidade. Essas procurações devem ser feitas ou reconhecidas por tabellião, o signal do tabellião reconhecido e legalisado pela assignatura do respectivo juiz de direito, e a assignatura do respectivo juiz de direito reconhecida e legalisada na secretaria d'estado dos negocios da marinha e do ultramar, como tudo é expresso no artigo 1.º da lei de 24 de maio de 1837.

O não ter sido reconhecida na secretaria de marinha a assignatura do respectivo juiz de direito n'uma procuração vinda do ultramar, concorreu para a relação de Lisboa annullar todo o processado em virtude d'ella por accordão de 4 de março de 1871, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:481.

Os documentos que forem do reino para o ultramar devem tambem ser legalisados na secretaria da marinha, como dispõe a referida carta de lei de 24 de maio de 1837. Alem d'isso ha um emolumento pago pelo reconhecimento, que era de 800 réis pela carta de lei de 15 de novembro de 1844, e que foi elevado a 1$000 réis, quando estes emolumentos passaram a ser receita eventual, para cujo pagamento se passa a competente guia na secretaria do ultramar.

Quanto ás procurações vindas de paiz estrangeiro, para poderem fazer fé em juizo, ou fóra d'elle, é indispensavel que venham legalisadas pelo competente consul geral, consul ou vice-consul de Portugal, que for competente, e selladas com o sêllo das armas reaes do respectivo consulado, como determina o artigo 169.º do regulamento consular de 25 de novembro de 1856, sendo desnecessario e inutil que taes documentos venham reconhecidos por auctoridade estrangeira, como declara a portaria de 20 de março de 1852.

Quando haja alguma duvida sobre a veracidade da assignatura dos differentes agentes consulares, deve ser reconhecida na secretaria de estado dos negocios estrangeiros, como determina o referido regulamento no artigo 161.º, e é costume geral não fazer uso de taes docu-

mentos sem se legalisarem primeiro no ministerio dos negocios estrangeiros.

Para este fim determina o artigo 16.º do regulamento, que os empregados consulares, logo depois de nomeados, enviem em duplicado aquelle ministerio a assignatura de que houverem de servir-se officialmente, disposição esta cuja observancia foi ainda suscitada pelo officio circular de 30 de março de 1870.

Este officio determina que nenhum agente consular exerça as funcções do seu cargo, sem que previamente tenha enviado ao ministerio dos negocios estrangeiros a sua assignatura. Nos termos do mesmo officio, tambem no ministerio do reino, onde funcciona a junta de saude publica, deve haver um livro em que se achem as assignaturas de todos os agentes consulares.

A procuração sem as formalidades legaes fica sem authenticidade, torna-se nulla, e portanto nullo quanto em virtude d'ella se processa, nos termos da ordenação livro III, livro LXIII, § 4.º, se a nullidade não foi competentemente sanada.

Tem sido tambem muito discutido na imprensa juridica e no fôro, se a falta de procuração nos processos judiciaes é nullidade supprivel. Nós inclinâmo-nos á negativa em vista da ordenação, livro III, titulos XX e LXIII.

Se a procuração é *falsa* não ha duvida nenhuma em face da ordenação, livro III, titulo LXIII, que todo o processado em virtude d'ella é nullo.

Para o caso de ser *insufficiente* a procuração, ou seja por falta de formalidades externas ou formalidades internas, é que nós entendemos que póde ser sanada a falta em qualquer estado da causa, salvo em revista.

Se a procuração é *insufficiente*, diz a citada ordenação que póde ser supprida por officio do juiz, e a *insufficiencia* póde ser tal, que equivalha á falta absoluta de procuração. A mesma ordenação, mandando ao marido auctor, que traga a procuração da mulher, quando esta faltar, dá o argumento de analogia para o juiz, se a parte não for mulher casada, não annullar o processado por falta de procuração insufficiente, e mandar que o interessado a apresente; e a mesma ordenação, livro III, titulo XX, § 12.º, permitte a ratificação do processado pela parte, quando se deduzir excepção contra a procuração.

A mesma doutrina se deduz do disposto no artigo 1351.º, apesar de não ser applicavel ao mandato judicial.

A pratica dos tribunaes porém, segundo se mostra das decisões indicadas n'esta nota, é em contrario da nossa opinião.

Tambem já se discutiu na imprensa juridica se a lei de 1 de julho de 1867, que deu força de lei ao codigo, e revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, tinha ou não alterado o decreto de 9 de janeiro de 1832, em virtude do qual os escrivães das camaras municipaes eram competentes para passarem as procurações em que outorgassem as respectivas municipalidades. O referido decreto dizia assim:

«A regencia, tomando em consideração o que lhe foi representado e as informações que houve a tal respeito, depois de ouvir a junta consultiva, manda em nome da rainha que em todos os contratos e escripturas, e mais causas em que as camaras municipaes forem partes principaes estipulantes ou acceitantes, os secretarios das mesmas camaras, emquanto servirem este cargo, possam fazer as vezes de tabelliães publicos de notas, para lavrarem as respectivas escripturas ou instrumentos, podendo n'elles usar de signal publico, que terão

anteriormente feito no livro da camara, e o livro das notas estará sempre no archivo da camara, d'onde não poderá sair sem licença d'esta, e debaixo da responsabilidade dos vereadores».

Para nós porém é fóra de duvida que este decreto continua em vigor. O codigo não definiu quaes eram os officiaes publicos que tinham competencia para passar procurações, e apenas determinou as *condições* da procuração escripta, publica ou particular. Portanto continuam os escrivães das camaras municipaes a ser tabelliães nos contratos em que ellas outorgam, assim como continuam a ser tabelliães para lavrar instrumentos de approvação dos testamentos cerrados os escrivães dos juizes de paz, etc.

Art. 1323.º A procuração póde ser geral ou especial.

Art. 1324.º A procuração geral é a que representa o mandato para todos e quaesquer actos, sem os especificar. A procuração especial é a que representa o mandato para certos e determinados negocios.

Art. 1325.º A procuração geral só póde auctorisar actos de mera administração.

Outra divisão importante da procuração ou do mandato é em geral ou especial.

A procuração póde ser, ou especial, como para arrendar o predio A, ou geral para todos os negocios do constituinte sem os especificar. O projecto primitivo, no artigo 1384.º, correspondente ao artigo 1324.º do codigo, definia *procuração geral* a que comprehende a gerencia de todos os negocios do mandante.

A procuração para a gerencia de todos os negocios do mandante, dá só poderes para administrar, como para alugar casas, arrendar terrenos, semear as terras, recolher e vender fructos, fazer córtes de madeira, etc., mas não para transigir, hypothecar, alienar ou fazer qualquer outro acto de rigorosa transferencia de dominio. Para estes actos requer-se pela sua importancia consentimento *especial*, porque vão affectar os direitos de propriedade.

Por isso o projecto primitivo continha um artigo collocado entre os artigos correspondentes aos artigos 1330.º e 1331.º do codigo, redigido nos seguintes termos: «Os actos que importarem transferencia de dominio, não poderão ser praticados sem poderes especiaes».

A commissão revisora porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou este artigo, de certo por escusado, mas a idéa por elle significada não póde deixar de considerar-se salva.

De explicação a estes artigos serve tambem o artigo 765.º do codigo commercial, que está redigido nos seguintes termos: «O mandato ou é especial, e para um ou certos negocios sómente; ou geral, e para todos os negocios do mandante. Quando o mandato é concebido em termos geraes, abrange só actos de pura administração. O mandato para hypothecar, transigir ou alhear, carece de ser expresso».

A lei que deve velar pelos interesses de todos nao póde consentir que o individuo se expresse vaga e genericamente sobre o direito que confere a outro para alienar ou hypothecar, com o que facilmente poderia despojar-se de quanto possuisse e consummar a sua ruina. Um poder tão exorbitante deve achar-se escripto em termos formaes e explicitos; e, quando assim não acontecer, a lei conforme com a rasão presume que o mandante não quiz conferi-lo.

Por isso alguns dizem que as procurações geraes para vender ou hypothecar, ainda dadas pela mulher a marido, sem designar especialmente as propriedades que devem ser vendidas ou hypothecadas, não valem.

Esta opinião porém não nos parece conforme ás disposições legaes. A auctorisação do marido para a mulher poder adquirir, alienar e contrahir obrigações é que carece de ser especial para cada um dos actos, artigo 1194.º Mas não ha disposição alguma que exija em reciprocidade outorga especial da mulher para cada um dos actos que o marido pretenda praticar, nem que obrigue a especificar nas procurações para a alienação de bens immobiliarios as propriedades alienandas; comquanto fosse conveniente alguma providencia n'este sentido, porque sobretudo nas procurações entre os conjuges é muito mais facil ao marido obter da mulher procuração para alienar bens em geral, do que para a alienação de certa e determinada propriedade.

Julgâmos applicavel tambem ao mandato civil a disposição do artigo 781.º do codigo do commercio, que determina que o mandato geral, dado ao mandatario, se entende segundo o que é costume, e segundo o que de ordinario se pratica, e não se interpreta por causas extraordinarias.

No nosso velho direito era tambem conhecida a procuração com a clausula *in rem propriam*, impropriamente chamada procuração, porque importava uma verdadeira cessão de direitos. N'este documento bem podia dizer-se que não havia mandante e mandatario, mas sim cedente e cessionario, poisque o mandato não terminava pela morte de nenhum dos pactuantes, o que é incompativel com a natureza d'este acto juridico, artigo 1363.º

O codigo pois com rasão não reconhece entre as fórmas do mandato um titulo ou acto juridico, que está subordinado ás regras da cessão dos direitos.

Art. 1326.º O mandato verbal prova-se por qualquer meio de prova; o escripto, nos casos em que a lei o exige, só pelos meios estabelecidos nos artigos 1320.º, 1321.º e 1322.º

Art. 1327.º É necessaria procuração publica, ou havida por publica, para os actos que têem de realisar-se por modo authentico, ou para cuja prova é exigido documento authentico.

Art. 1328.º É sufficiente a procuração particular para os actos, cuja prova só depende de documento particular.

Art. 1329.º Nos actos, não comprehendidos nos dois artigos antecedentes, é admissivel a prova de simples mandato verbal.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 1330.º O mandato póde ser conferido a ausentes, mas o contrato só se valida pela acceitação do mandatario.

Art. 1331.º O mandato presume-se gratuito, não tendo sido estipulada remuneração, excepto se o objecto do mandato for d'aquelles, que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa.

SECÇÃO II

DO OBJECTO DO MANDATO, E DAS PESSOAS QUE PODEM CONFERIR E ACCEITAR PROCURAÇÃO

Art. 1332.º Póde qualquer mandar fazer por outrem todos os actos juridicos, que por si póde praticar, e que não forem meramente pessoaes.

Art. 1333.º O mandatario póde acceitar procuração para todo e qualquer acto, que lhe não seja vedado por disposição da lei.

(Vid. notas aos artigos 1318.º e 1740.º)

Art. 1334.º As mulheres casadas, e os menores não emancipados podem ser mandatarios, salvo o disposto no artigo 1354.º; mas o mandante só terá acção contra o menor ou contra a mulher casada, em conformidade das regras geraes que regulam a responsabilidade dos actos d'estas pessoas, excepto se o mandato, sendo escripto, tiver sido auctorisado pelo marido, pae ou tutor do mandatario.

(Vid. artigos 1354.º n.ºs 1.º e 2.º, 1887.º e 1888.º) O preceito consignado n'este artigo é consequencia do principio de que a capacidade legal do mandatario não é essencial para a validade dos actos praticados com terceiros.

Não tem o mandante acção contra o mandatario, a quem falta a capacidade necessaria para obrigar-se pelas consequencias do mandato, mas fica com obrigação e acção a respeito de terceiros, com quem o mandatario contratou em seu nome.

Se o mandatario, dentro dos limites do mandato, contratou mal, *sibi imputet* o mandante, porque foi liberrimo na escolha.

Assim a capacidade do mandatario não influe na validade do mandato, e são validos actos praticados por mandatarios incapazes de em seu proprio nome se obrigarem áquillo a que obrigam o mandante.

No projecto primitivo, o artigo 1391.º, correspondente ao artigo 1334.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «As mulheres e os menores podem ser mandatarios, salvo o disposto no artigo 1411.º (1354.º do codigo); mas não terá o mandante acção contra o menor, ou contra a mulher casada, senão segundo as regras geraes, que regulam a responsabilidade dos seus actos».

Tendo sido discutido este artigo nas sessões da commissão revisora de 13, 17 e 22 de fevereiro de 1862, consta das actas d'essas sessões, e da nota ao artigo 1360.º do projecto de 1863, que a commissão votára primeiramente por quesitos a doutrina do artigo, decidindo o seguinte: 1.º, que a mulher casada e o menor podiam ser mandatarios; 2.º, que a mulher casada, tendo auctorisação do marido para acceitar o mandato, contrahia todas as obrigações de mandatario; 3.º, que a mulher casada podia acceitar o mandato sem auctorisação do marido; 4.º, que a mulher casada, obrando de facto como mandataria sem auctorisação do marido, não contrahia obrigações para com o mandante nem para com terceiros, nem a ellas sujeitava o marido.

Approvado assim o artigo primitivo, foi apresentado um outro artigo addicional, redigido nos seguintes termos: «Porém as mulheres casadas não poderão, sem auctorisação de seus maridos, nem os menores sem consentimento de seus paes ou tutores acceitar mandato escripto, ou seja por procuração publica ou particular, sendo nullos todos os actos que em virtude de taes procurações praticarem sem o alludido consentimento».

A final os dois artigos refundidos, o do projecto primitivo e o artigo addicional, produziram o artigo 1334.º do codigo.

Assim o artigo consigna os tres seguintes principios: 1.º, os menores não emancipados, sem auctorisação de seus legitimos representantes, e as mulheres casadas sem auctorisação dos maridos, podem ser mandatarios; 2.º, mas em regra não tem o mandante nem terceiros a acção ordinaria do mandato contra estas pessoas, que ficam sujeitas só á responsabilidade que lhes compete pelos seus actos nos termos geraes de direito; 3.º, se porém for escripto o mandato, e tiver sido auctorisado pelo marido com relação á mulher casada, e pelo pae ou tutor com relação ao menor não emancipado, respondem estas pessoas pelos seus actos, como se fossem mandatarios capazes de por si se regerem e administrarem seus bens.

Custa a crer que a commissão revisora deixasse ao tutor, sem a intervenção do conselho de familia, a faculdade de auctorisar o menor para exercer procuradoria, quando para actos aliás de menor importancia exige a confirmação do conselho de familia, artigos 224.º e 243.º

No entretanto os tutores não hão de ter facilidade em conceder aos menores auctorisação para exercer o mandato, vistoque são responsaveis pelos prejuizos que por dolo ou culpa causarem ao tutelado, artigo 248.º

O artigo nega ao mandante a acção ordinaria de mandato contra os mandatarios, mulher casada e menor emancipado, não auctorisados; e não regula os direitos dos terceiros, com quem estes mandatarios contratam, em respeito a elles, quando o exercicio do mandato cria relações juridicas tambem entre o mandatario e os terceiros, com quem elle contrata em nome do mandante, e que são reguladas na secção 5.ª d'este capitulo.

No entretanto deve applicar-se ás relações entre aquelles mandatarios não auctorisados e terceiros o mesmo que o artigo determina com respeito á acção do mandante contra aquelles mandatarios.

Mas qual é a responsabilidade do menor mandatario sem auctorisação do pae ou do tutor, e da mulher casada mandataria sem autorisação do marido, com relação ao constituinte e a terceiro? O menor não póde ter responsabilidade alguma senão nas hypotheses previstas no artigo 299.º

A responsabilidade da mulher casada é tambem nenhuma, salvo no casamento com separação de bens, com relação aos bens mobiliarios separados da communhão, e á terça parte dos seus rendimentos nos termos do artigo 1125.º As mulheres solteiras podem ser procuradores, visto o artigo 1333.º combinado com o artigo 1114.º

Procuradores judiciaes não o podem ser os menores não emancipados, ainda com auctorisação do pae ou tutor, nem as mulheres casadas ainda com auctorisação do marido, nem mesmo as mulheres solteiras, artigo 1354.º n.ºs 1.º e 2.º A rasão é porque a procuradoria judicial, apesar de ser uma profissão particular, tem um certo caracter de officio publico, e é sujeita á fiscalisação do governo, pelo perigo que haveria de deixar entregar as partes as suas causas, os seus segredos e os seus mais caros interesses a quem não offerecesse garantias de intelligencia e de probidade. Por isso os solicitadores judiciaes são obrigados a tirar carta para solicitar, a qual lhes é passada pela auctoridade publica.

São pois excluidas d'esta funcção, publica até certo ponto, as mulheres, qualquer que seja o seu estado.

Mal se casa com o temperamento das mulheres e com o seu decoro a guarda dos segredos, e a investigação de certos factos.

Ainda que o codigo as auctorisa a procurar nas suas causas, de seu marido, ascendentes e descendentes, ellas hão de limitar-se em regra a substabelecer a procuração a advogados e procuradores, sem irem por si praticar os competentes actos judiciaes.

O codigo exceptua o caso de serem procuradores *em causa propria*, o que não é excepção, porque n'este caso não são procuradores, mas *partes* e interessadas directamente. Tambem podem ser procuradores nas causas dos ascendentes e descendentes, e do marido, achando-se estes impedidos, porque as relações de sangue e do amor as fazem verdadeiramente interessadas n'estas questões, podendo reputar-se antes partes do que procuradores.

Mas a mulher, como procurador de seus ascendentes, descendentes ou marido, que se acham impedidos, não carece para exercer o mandato judicial de diploma passado em conformidade do artigo 1.º do decreto de 12 de novembro de 1869, ou de despacho do juiz, nos termos do artigo 12.º do mesmo decreto. Deve apenas ajuntar á procuração documento comprobativo da sua qualidade de ascendente, de descendente, ou de mulher do constituinte, e do impedimento d'este, a não constarem dos autos estas circumstancias.

É preciso porém notar as palavras do n.º 2.º do artigo «*achando-se estes impedidos*». Estas palavras não vinham no projecto primitivo, nem foram introduzidas nos dois primeiros projectos da commissão revisora. Apparecem pela primeira vez no projecto de 1865. Não se refere o codigo de certo ao impedimento, filho de interdicção ou de ausencia julgada por sentença, em que a mulher é tutora ou curadora, porque n'estes casos figura verdadeiramente em causa propria, e não em causa alheia. Póde porém abranger estes mesmos casos de impedimento, se ella não é tutora nem curadora, os casos de prisão do homem, em que não ha sentença condemnatoria que importe interdicção, ou em que a sentença condemnatoria não transitou ainda em julgado.

Não é porém impedimento *legal* o andar o homem homisiado em consequencia de pronuncia, que obriga a prisão ou livramento sem substituição por fiança, vistoque este impedimento não póde comprovar-se perante os tribunaes.

Não havia porém rasão alguma para negar á mulher casada e ao menor não emancipado o exercicio do mandato particular extrajudicial, sem que o estado quizesse exercer uma especie de tutela sobre os cidadãos na materia do mandato. O constituinte que confia a gerencia dos seus negocios a um menor não emancipado ou a uma mulher casada, é porque julga que elles têem a capacidade para bem os administrarem. Os contratos que elles celebrarem com terceiros pois serão validos, não podendo o mandante fugir á responsabilidade das suas consequencias.

O committente na escolha do mandatario não póde ser sujeito a outra regra, que não seja a sua propria confiança.

Se a confiança que o constituinte deposita no menor ou na mulher casada é tão grande que apesar de saber que elles não ficam obrigados, lhes entrega a administração do negocio, a si impute as consequencias.

Tambem não ha inconveniente com relação a terceiros em conferir o mandato a menores e a mulheres casadas. O mandatario é mero representante do mandante. Trata dos interesses d'este e não dos seus, e não fica obrigado pessoalmente. O terceiro pois tem o seu direito contra o mandante, como se houvera tratado directamente com elle.

Se pois o menor e a mulher casada não podem ser encarregados por outrem de lhe promoverem os termos de uma demanda em juizo, podem no emtanto ser encarregados da compra de um predio, da cobrança de rendas, fóros, etc.

Testamenteiras não podem ser as mulheres casadas sem auctorisação do marido ou supprimento judicial, salvo achando-se judicialmente separadas de pessoas e bens, artigo 1887.º, porque esta separação rompe todos os laços conjugaes. A testamentaria, pela obrigação de administrar e de dar contas, podia trazer-lhes graves responsabilidades que compromettessem a sua fortuna. Mas como por outro lado poderiam perder algum legado, que lhes fosse deixado no testamento em remuneração de acceitar e desempenhar a testamentaria, permitte-se-lhes implorar o supprimento judicial; mas só no casamento com separação de bens, artigo 1887.º

Não se permitte pois á mulher casada o fazer-se auctorisar pela justiça, se o marido recusa consentir na acceitação da testamentaria, porque não ha para ella grande interesse em acceitar, e os herdeiros não teriam garantia segura contra a sua má administração, porque não poderiam perseguil-a senão pelos seus bens pessoaes.

Se porém ella é casada com separação de bens já póde ser auctorisada pelo juizo, recusando o marido o seu consentimento, porque a separação de bens a colloca n'uma especie de independencia do poder marital quanto ás obrigações d'esta natureza, e os herdeiros têem outras garantias por que podem perseguil-a pelos seus bens pessoaes.

Os menores não emancipados, ainda que auctorisados pelos paes ou pelos tutores, não podem ser testamenteiros, artigo 1888.º, pelas difficuldades de administração que importa a testamentaria, e para desempenho das quaes elles não são competentes.

O menor não póde acceitar a testamentaria, ainda auctorisado pelo tutor, ou mesmo pelo conselho de familia, porque os actos de execução da testamentaria teriam de ser feitos pelo tutor, o que é contrario á natureza d'este mandato, que é um encargo pessoal e de confiança.

Verdade seja que o menor não emancipado e a mulher casada são capazes de acceitar o mandato ordinario, nos termos do artigo 1334.º Porém o que deu aquelle mandato expõe-se voluntariamente, e não póde queixar-se se o escolhido não offerece muitas garantias, ao passo que na execução da testamentaria é o testador quem escolhe o mandatario, e os herdeiros que correm o risco da sua gerencia; e, como elles o não escolheram, é justo que elle lhes offereça todas as garantias necessarias.

O disposto no artigo 1334.º não é applicavel ás mulheres casadas, que estão separadas de pessoa e bens. Essas não estão sujeitas á auctoridade marital, e podem exercer o mandato, argumento do artigo 1887.º

SECÇÃO III

DAS OBRIGAÇÕES DO MANDATARIO EM RELAÇÃO AO CONSTITUINTE

Art. 1335.º O mandatario é obrigado a cumprir o seu mandato, nos termos e pelo tempo por que lhe foi conferido.

Art. 1336.º O mandatario deve dedicar á gerencia de que é encarregado a diligencia e cuidado, de que é capaz, para o bom desempenho do mandato; se assim o não fizer, responderá pelas perdas e damnos a que der causa.

(Vid. notas aos artigos 1251.º e 1302.º) Do contrato do mandato resultam direitos e obrigações reciprocas entre mandante e mandatario, e por isso o codigo regula em separado os direitos e as obrigações d'estes contrahentes, tanto em relação a cada um, como em relação a terceiros.

O mandatario representa a pessoa do mandante, mas só dentro dos limites que este lhe traçar na procuração, tanto em relação á especie do negocio, como em relação á fórma e á duração.

Por isso o mandatario encarregado de comprar não póde tomar de aforamento e vice-versa; assim como terminado o negocio ou expirado o praso do mandato, o mandatario não póde mais exercer os poderes da procuração.

Mas tambem o mandatario deve dedicar á gerencia do negocio todo o cuidado e zêlo de que é capaz, ainda que esse cuidado não podesse ser empregado pelo mandante, como superior ás suas forças.

O mandato é um encargo de confiança que o mandatario podia recusar; mas, desde que o acceitou, seria abusar da confiança n'elle depositada não empregar todos os esforços para o bom desempenho da procuração.

Assim o advogado, encarregado por constituinte illetrado de lhe tratar uma questão forense, não póde desculpar-se de não ter dedicado ao negocio todos os seus exforços com o fundamento de que empregou tantos ou mais do que o constituinte poderia empregar.

O codigo de commercio tambem estabelece no artigo 763.º o principio geral de que acceite o mandato é obrigado o mandatario a cumpri-lo, e responde pelas perdas e damnos resultantes da sua inexecução.

Art. 1337.º O mandatario não póde compensar os prejuizos, a que deu causa, com os proveitos que, por outro lado, tenha diligenciado para o seu constituinte.

Art. 1338.º O mandatario, que exceder os seus poderes, será responsavel pelas perdas e damnos que causar, tanto para com o constituinte, como para com qualquer terceiro com quem haja contratado.

(Vid. nota ao artigo 1251.º)

Art. 1339.º O mandatario é obrigado a dar contas exactas da sua gerencia.

(Vid. notas aos artigos 59.º e 152.º) Era bem escusado este preceito. É claro que o mandatario, desde que administra negocios alheios, ha de dar contas, porque todo o administrador deve dar contas; e que estas devem ser *exactas*, aliás não mereceriam o nome de contas. A *exactidão* deve entender-se, não só no sentido de serem conformes aos factos as contas, mas tambem de serem documentadas, para se saber *que, como* e *quando* se cumpriram as ordens do mandante.

Art. 1340.º Se o mandatario distrahir, em proveito seu, o dinheiro do seu constituinte, será responsavel pelos juros,

desde que se achar constituido em móra, se esse dinheiro os não vencer por outro titulo.

(Vid. nota ao artigo 1251.º)

Art. 1341.º Sendo varias pessoas encarregadas conjunctamente do mesmo mandato, responderá cada uma d'ellas pelos seus actos, se outra cousa não for estipulada.

§ unico. No caso de inexecução do mandato, será a responsabilidade repartida, por igual, entre os mandatarios.

(Vid. artigos 1348.º e 1356.º) A nomeação de diversos mandatarios ainda no mesmo acto e no mesmo instrumento não importa a indivisibilidade da gerencia, nem a solidariedade na responsabilidade dos procuradores, salvo estipulação em contrario. Assim póde cada um dos mandatarios obrar sem necessidade de accordo com os outros, ficando responsavel só pelos seus factos pessoaes. É a consequencia do principio de que a solidariedade não se presume, e ainda porque o mandatario, que exerce em regra um acto de beneficencia e de amizade, não quereria responder pelos actos do seu commandatario, em que elle não interveiu. Por isso mesmo na inexecução do mandato, que póde ser resultado combinado entre elles, e filho assim de culpa commum, a responsabilidade é ainda dividida por todos.

O codigo de commercio dispõe tambem no artigo 785.º que, se no mesmo mandato se estabelecerem muitos mandatarios, não ha entre elles solidariedade, salvo sendo expressa.

O contrario succede sendo um o mandatario, e muitos os constituintes que o encarregaram de um negocio commum, como os coherdeiros que encarregaram terceiro da administração da herança, que são solidariamente responsaveis para com este, salvo o regresso de uns contra os outros, artigo 1348.º

Pelo codigo de commercio, artigo 786.º, tambem quando o mandatario é constituido por muitas pessoas para um negocio commum, cada uma d'ellas é solidariamente obrigada para com elle por todos os effeitos do mandato.

A rasão é porque, recebendo ellas o beneficio e o serviço em commum, devem ficar obrigadas solidariamente a indemnisar o mandatario; e ainda porque esta solidariedade será mais uma garantia a favor do mandatario, que lhe assegure a completa indemnisação dos prejuizos que soffrer na gerencia de um negocio, em que ordinariamente se entra gratuitamente; e finalmente porque, qualquer que seja o numero dos mandantes, o mandato é um só.

O constituinte que paga pelos outros não póde exigir solidariamente de cada um dos consocios a sua quota parte, salvo se obteve cessão de direitos do mandatario, visto que a lei não dá o caracter de solidariedade ao seu direito contra os outros constituintes; elle demanda-os *jure proprio*.

Nas funcções judiciaes ha a especialidade de que na procuradoria concedida a muitos não póde estabelecer-se a clausula, de que um nada possa fazer sem os outros, artigo 1356.º

Art. 1342.º O mandatario não póde encarregar a outrem o cumprimento do mandato, se para isso não lhe tiverem sido dados poderes; e se lhe forem dados sem designação de pessoa, responderá pelo substituto, sendo este notoriamente inhabil ou insolvente.

Na delegação do mandato, feita pelo mandatario, podem verificar-se com respeito á procuração originaria quatro hypotheses: 1.ª, prohibir o substabelecimento, delegação ou emprego de um outro por escolha do mandatario para o substituir; 2.ª, completo silencio a esse respeito; 3.ª, auctorisar o mandatario a nomear um ou mais, e dar a estes tambem o poder de substabelecer-se; 4.ª, designar a pessoa que hade substituir o mandatario.

Da primeira e da quarta hypotheses não se occupa o codigo: regula apenas as hypotheses 2.ª e 4.ª «o mandato não contém poderes para substabelecer», «o mandato dá poderes para substabelecer, mas sem designação da pessoa a quem hão de ser delegados».

O artigo consigna o principio geral de que não póde fazer-se o substabelecimento do mandato, não havendo na procuração poderes de substabelecer. É pois nullo o substabelecimento feito sem poderes de substabelecer, e nullo todo o processado em virtude d'esse substabelecimento, não sendo competentemente sanada a nullidade.

O projecto primitivo no artigo (1400.º) correspondente ao artigo 1342.º do codigo impunha ao mandatario a mesma responsabilidade, no caso de elle substabelecer sem ter poderes para isso, ou de substabelecer, tendo poderes, em pessoa notoriamente inhabil ou insolvente, não tendo havido designação de pessoa.

O artigo era redigido nos seguintes termos: «O mandatario póde encarregar a outrem o cumprimento do mandato, se outra cousa não for estipulada; mas se estes poderes lhe não tiverem sido expressamente outorgados, ou o forem sem designação de pessoa, responderá pelo substituido, sendo este notoriamente incapaz ou insolvente».

A commissão revisora porém supprimiu do projecto a parte em que se regulava a hypothese do substabelecimento sem haver poderes para substabelecer, talvez porque este caso deva considerar-se excesso de mandato, e portanto comprehendido no artigo 1351.º do codigo. A suppressão d'aquella parte do artigo não significa que o mandatario fique isento de responsabilidade pelo substituido, quando substabelece sem poderes para isso. Pelo contrario a commissão revisora, segundo se lê em a nota ao artigo 1369.º do projecto de 1863, resolveu que o mandatario responderá sempre pelo substituido quando lhe não tenham sido expressamente outorgados os poderes para substabelecer o mandato.

É portanto responsavel o mandatario pelo substituido, ou substabelecesse sem poderes, ou substabelecesse, tendo poderes sem designação de pessoa, em pessoa notoriamente incapaz ou insolvente.

O mandatario só é isento de responsabilidade pela gerencia do substituido quando, tendo poderes para substabelecer, ou substabelece na pessoa designada, se houver designação de pessoa, ou substabelece em pessoa habil e capaz, não havendo designação de pessoa.

Ainda assim ha quem sustente, e a nós parece-nos plausivel em face do disposto no artigo 1336.º, que se o mandatario substabelecer o mandato na pessoa designada pelo mandante, reconhecendo que ella é inhabil e incapaz, responde pelo seu acto, visto que o substabelecimento não era obrigatorio, mas subordinado á condição de o mandatario não desempenhar o mandato.

Diversa é porém a responsabilidade do mandatario, segundo substabelece a procuração, não tendo poderes para isso, ou substabele-

ce, tendo poderes sem designação de pessoa, em pessoa notoriamente inhabil ou incapaz.

No primeiro caso o mandatario responde directamente pela gerencia do substabelecido, ainda que este seja pessoa muito capaz, ou antes é nullo tudo o que o substabelecido fizer, como excesso de mandato, visto que o constituinte, confiando no zêlo e na amisade do mandatario, só a este entregou os poderes de administração. Sendo pois nullo o substabelecimento do mandato, como excesso de auctorisação, nullos são todos os actos provenientes d'aquelle substabelecimento.

No segundo caso não é absolutamente nullo o substabelecimento, porque estava auctorisado sem designação de pessoa; mas o mandatario commetteu uma falta grave no exercicio d'esta faculdade, substabelecendo-se por pessoa inhabil ou insolvente, e por isso ha de responder pela sua gerencia.

Em todo o caso a redacção do artigo 1994.º do codigo civil francez, fonte d'este, é muito mais clara, pois está concebida nos seguintes termos:

«*Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion:*

«*1º Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un;*

«*2º Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.*»

Porém o facto de o mandatario não ter poderes de substabelecer, não o inhibe de, sob a sua responsabilidade, encarregar terceiro de tratar o negocio, com a unica differença de que este não contrahe relações juridicas com o mandante, derivadas do mandato.

Assim o mandatario, encarregado da compra de certa porção de trigo, póde mandar faze-la por delegado seu.

Art. 1343.º O mandatario substituido tem para com o mandante os mesmos direitos e obrigações, que tinha o mandatario originario.

Este artigo fixa as relações juridicas entre o constituinte e o mandatario substituido.

Substabelecida legalmente a procuração, quando para isso ha poderes, o procurador substabelecido toma inteiramente o logar do mandatario com os mesmos direitos e obrigações, podendo demandar e ser demandado pelo constituinte, que não tem acção contra o mandatario senão quando este se substituir por pessoa notoriamente inhabil ou insolvente, que não venha designada no instrumento da procuradoria.

Se porém a procuração foi substabelecida sem haver poderes para isso, tem o constituinte acção tanto contra o mandatario originario, como contra o substabelecido, para o indemnisarem dos prejuizos, que cada um d'elles lhe causasse, não pelo exercicio do mandato, mas pelo excesso de mandato, sem que o substabelecido tenha acção contra o constituinte.

SECÇÃO IV

DAS OBRIGAÇÕES DO CONSTITUINTE EM RELACÃO AO MANDATARIO

Art. 1344.º O constituinte tem obrigação de indemnisar o mandatario de todas as despezas, que este fizer, e de todos os prejuizos, que lhe provierem do cumprimento do mandato,

comtantoque o dito mandatario não excedesse os seus poderes, e procedesse de boa fé.

(Vid. nota ao artigo 1261.º) Os principios estabelecidos n'este artigo e nos seguintes são consequencia rigorosa da natureza do mandato. O mandato pertence á classe dos contratos bilateraes, que geram obrigações para ambas as partes; e por isso, assim como nos artigos 1335.º a 1343.º se tratou das obrigações do mandatario em relação ao constituinte, tambem agora se trata n'estes artigos e nos seguintes das obrigações do constituinte em relação ao mandatario.

O mandante ha de indemnisar o mandatario de todos os prejuizos a que desse causa a execução do mandato, porque, se elle proprio o houvesse executado, teria soffrido esses prejuizos; e por isso os doutores são de opinião que o mandante tem obrigação de indemnisar o procurador mesmo dos prejuizos que talvez se não dessem, se elle não mandasse fazer o acto, e praticasse por si o que mandou praticar por outro.

O que é indispensavel é que o prejuizo resultasse da execução do mandato, e que não houvesse má fé da parte do mandatario, o qual nos termos do artigo 1336.º deve dedicar á gerencia do negocio toda a diligencia de que é capaz.

A redacção do artigo 1344.º prova que o mandante é obrigado a indemnisar o mandatario, não só das despezas, que foram consequencia directa e immediata do mandato, mas tambem das perdas indirectas e casuaes, como se o mandatario, encarregado de vigiar certa construcção, foi maltratado pelos operarios, etc.

Nos termos do artigo 295.º do codigo de commercio os juros dos adiantamentos, feitos pelo mandatario, são devidos pelo mandante a contar da data em que effectivamente se verificarem esses adiantamentos.

Art. 1345.º O constituinte não póde escusar-se de cumprir todas as obrigações, que o mandatario houver contrahido em seu nome, dentro dos limites do mandato.

Feito o contrato em conformidade do mandato, ou com approvação do mandante, desapparece a pessoa do mandatario; e assim como ao mandante incumbe a obrigação de cumprir o que em seu nome fez o mandatario, é elle tambem quem tem o direito de obrigar esse terceiro ao cumprimento do contrato feito entre elle e o mandatario, não tendo este acção alguma para obrigar a pessoa, com quem contratou em nome de outro artigo 1350.º

Art. 1346.º Não é licito ao constituinte eximir-se de cumprir o que lhe é ordenado nos artigos antecedentes, com o fundamento de não ter percebido os proveitos, que do mandato esperava.

Art. 1347.º O constituinte é obrigado a pagar ao mandatario os salarios estipulados, ou que lhe sejam devidos, conforme o que fica disposto no artigo 1331.º, ainda que o mandato não tenha sido vantajoso ao dito constituinte, excepto quando isso acontecer por culpa ou negligencia do mandatario.

(Vid. nota ao artigo 1261.º)

Art. 1348.º Se muitas pessoas houverem constituido um só mandatario para algum negocio commum, será cada um dos constituintes solidariamente responsavel por todas as obrigações, que resultarem da execução do mandato, salvo o regresso do constituinte, que haja pago, contra os outros pela parte respectiva a cada um d'elles.

(Vid. nota ao artigo 1341.º)

Art. 1349.º O mandatario tem direito de retenção sobre o objecto do mandato, até que esteja embolsado do que, em rasão d'este, se lhe deva.

(Vid. nota ao artigo 498.º) Ainda que o objecto do mandato seja divisivel, e qualquer das suas partes exceda o valor da divida, não é obrigado o mandatario a entrega-lo sem estar integralmente pago do seu credito. O mandatario está no caso do crédor pignoraticio, que póde reter todo o objecto do penhor até estar inteiramente pago do seu credito, artigo [illegible].

Com o mandato mercantil succede o mesmo. Nos termos do artigo 774.º do codigo de commercio tem o mandatario direito a reter e a não entregar o objecto da operação a elle commettida, até que seja pago de tudo o que lhe é devido em consequencia do mandato.

SECÇÃO V

DOS DIREITOS E DAS OBRIGAÇÕES DO CONSTITUINTE E DO MANDATARIO EM RELAÇÃO A TERCEIRO

Art. 1350.º O constituinte é responsavel para com qualquer pessoa, nos termos do artigo 1345.º, pelo que o mandatario tiver feito, como tal, em relação a essa pessoa; mas o mandatario não tem acção para exigir d'ella, em nome do constituinte, o cumprimento das obrigações contrahidas pela mesma pessoa. Este direito compete ao constituinte.

N'este contrato ha de especial que o mandante se liga a terceiros por via do mandato; e por isso é necessario regular as relações creadas por intermedio do mandatario entre os constituintes e terceiros.

Dos actos praticados pelo mandatario dentro dos limites do mandato nascem relações juridicas entre o constituinte e a terceira pessoa obrigada, ficando completamente fóra d'ellas o mandatario, que nos actos juridicos interveiu *unicamente*, como representante do constituinte, e não em nome proprio. Pedro dá procuração a Paulo para comprar umas casas a Sancho: feita a compra, todas as questões nascidas d'este acto juridico são discutidas entre Pedro e Sancho, porque Paulo não figurou no acto juridico senão em nome de Pedro. Nenhumas obrigações contrahiu em seu nome; e por isso nenhuma responsabilidade póde ter pelos actos que praticou dentro dos limites do mandato.

São applicaveis a esta especie os seguintes preceitos contidos nos artigos 775.º a 780.º do codigo do commercio. Quando o mandatario contratar expressamente em nome do constituinte, não contrahe obrigação propria: n'estes casos é o constituinte responsavel pelas operações do mandatario, e pelos damnos resultantes da execução do mandato. Se a este respeito houver disputa entre o mandatario e o terceiro, com quem elle contratou, o mandatario só é obrigado a exhibir o mandato, ou a procurar a ratificação do constituinte.

Assim como o mandatario não contrahe obrigação propria pelas operações do mandato, tambem não póde adquirir por ellas direito algum, desde que obrou n'essa qualidade, e nomeou a pessoa do commettente. A indicação do nome considera-se retroactiva á epocha do contrato, o qual se entende estipulado com a pessoa nomeada.

O mandante, como dispõe o codigo commercial no artigo 773.º, é obrigado a cumprir as obrigações do mandatario, contrahidas em conformidade da ordem dada.

Quando porém o mandatario, não obstante o mandato, contratou expressamente em seu proprio nome, o dominio e a posse da cousa comprada não se adquirem para o mandante: mas compete-lhe a acção directa do mandato para obrigar o mandatario, que faltou á fé devida, a restituir-lhe as fazendas compradas, offerecido o preço. É o que dispõe o codigo de commercio no artigo 777.º

Art. 1351.º Os actos, que o mandatario pratica em nome do seu constituinte, mas fóra dos limites expressos do mandato, são nullos em relação ao mesmo constituinte, se este não os ratificou tacita ou expressamente.

Art. 1352.º O terceiro, que assim houver contratado com o mandatario não terá acção contra elle, se o dito mandatario lhe houver feito conhecer, quaes eram os seus poderes, e se não se tiver responsabilisado pessoalmente pelo constituinte.

Art. 1353.º São havidos por não auctorisados, embora sejam da mesma natureza dos auctorisados, os actos que forem evidentemente contrarios ao fim do mandato.

(Vid. artigo 1726.º) O que o mandatario fizer fóra dos limites do mandato não obriga o constituinte, se elle o não ratificar posteriormente.

A ratificação do mandato póde ser expressa ou tacita, como expresso ou tacito póde ser o mandato, visto serem nullos só os actos praticados fóra dos limites expressos do mandato.

A ratificação da gestão, ou tacita ou expressa, porque o codigo não faz distincção, tambem produz os effeitos do mandato, artigo 1726.º. D'este artigo parece inferir-se que o mandato expresso produz effeitos differentes do mandato *tacito*, aliás não acrescentaria o legislador ao termo «*mandato*» a palavra «*expresso*». A palavra «*ratificação*», empregada no artigo 1726.º, tambem parece indicar só a ratificação *expressa*, mesmo porque a ratificação *tacita* é regulada no artigo 1730.º No entretanto são os mesmos os effeitos do mandato ou seja mandato expresso ou tacito.

O excesso de mandato pois, não sendo ratificado pelo constituinte, é nullo; no emtanto obriga o mandatario para com terceiros, não pela acção de mandato, mas pela acção de dolo, salvo se o mandatario declarou a esses terceiros a extensão dos seu poderes, e não se responsabilisou pessoalmente, porque n'este caso os terceiros imputem a si o terem contratado fóra dos limites do mandato.

Se pois o terceiro que contrata com o mandatario sabe que elle está auctorisado para o negocio, ou pelo menos tem conhecimento dos poderes, de que elle se acha investido, a personalidade do mandatario desapparece, e as relações do terceiro são com o mandante.

Assim se o terceiro vendeu ao mandatario uma casa, sabendo que elle estava auctorisado apenas para comprar um navio, ou se vendeu por mais do que os termos do mandato, nenhuns direitos adquire contra o constituinte fóra das condições do mandato, salvo se este expressa ou tacitamente ratificou os actos do mandatario.

Não julgâmos porém incompativeis com as provisões d'estes artigos os preceitos contidos nos artigos 782.º e 783.º do codigo de commercio, em virtude dos quaes o commerciante que, sem mandato ou excedendo os limites d'elle, conclue algum negocio, é gestor do negocio segundo a lei; e, sendo o contrato ratificado, toma o caracter de mandato, e entende-se feito no logar do gestor, e não do commerciante, que o ratifica, devendo julgar-se comprehendido no mandato o que d'elle é consequencia necessaria.

Tambem julgâmos applicavel ao mandato civil o preceito do artigo 784.º do codigo de commercio, em virtude do qual o mandato de negociar e contratar com certas pessoas se estende a poder negociar e contratar com outras pessoas não expressas, uma vez que se dê a mesma rasão para o fazer com estas pessoas, e que o constituinte venha a obter o mesmo fim e effeito.

SECÇÃO VI

DO MANDATO JUDICIAL

Art. 1354.º Não podem ser procuradores em juizo:

1.º Os menores não emancipados;

2.º As mulheres, excepto em causa propria, ou dos seus ascendentes e descendentes ou de seu marido, achando-se estes impedidos;

3.º Os juizes em exercicio, dentro dos limites da sua jurisdicção;

4.º Os escrivães e officiaes de justiça nos respectivos julgados, excepto em causa propria;

5.º Os magistrados do ministerio publico, em toda e qualquer causa em que possam intervir de officio, dentro dos limites dos seus respectivos districtos;

6.º Os que tiverem sido inhibidos, por sentença, de procurar em juizo ou de exercer officio publico;

7.º Os ascendentes, descendentes ou irmãos do julgador;

8.º Os descendentes contra os ascendentes, e vice-versa, excepto em causa propria.

O codigo dedica uma secção particular ao exame do mandato judicial, cujas especialidades, attenta a sua elevada importancia, deviam na verdade ser tratadas em separado.

A primeira duvida sobre esta materia, que se levantou na imprensa juridica e no fôro, era sobre se as disposições do codigo ácerca do

mandato judicial revogavam ou não totalmente o decreto de 6 de setembro de 1866, hoje substituido pelo decreto de 12 de novembro de 1869; isto é, discutiu-se muito, logoque foi promulgado o codigo, se todas as pessoas não excluidas pelo artigo 1354.º de solicitar em juizo podiam ser procuradores judiciaes, independentemente de carta ou de diploma passado pela auctoridade publica, ou se estava ainda nas faculdades do poder executivo o regulamentar o exercicio das funcções de solicitador judicial.

O decreto de 6 de setembro de 1866, substituindo os decretos de 3 de março de 1842, de 7 de março de 1843 e a portaria de 30 de abril de 1852, tinha estabelecido as condições indispensaveis para ser solicitador judicial, exigindo em regra uma carta passada pelo presidente da respectiva relação e confirmada pelo ministerio da justiça.

Diziam alguns que depois da publicação do codigo civil tinham ficado completamente revogadas as disposições d'aquelle decreto:

1.º Porque o codigo tratava n'esta secção do mandato judicial, e o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 revogára toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, ficando assim substituidas por esta secção do codigo todas as disposições anteriores relativas ao mandato judicial;

2.º Porque os artigos 1331.º e 1333.º não marcavam outras restricções ao exercicio do direito de procurador senão as que estivessem expressas na lei, e que esta secção do codigo, unica lei applicavel, não estabelecia outras restricções alem das determinadas n'este artigo, que não exige carta ou diploma de auctoridade alguma para o exercicio d'esta profissão.

Nós porém, sem contestarmos a verdade dos principios estabelecidos por aquelles que julgavam revogado o decreto de 6 de setembro de 1866 pelas disposições da presente secção, nunca acceitámos as suas conclusões por julgarmos inapplicaveis á nossa hypothese similhantes principios.

O codigo regulou o mandato judicial como doutrina do direito civil, mas não determinou as condições da *profissão* de solicitador, que é materia completamente distincta, e de ordem administrativa, que deve ser regulada pelo poder executivo.

Nem póde negar-se ao governo o direito de regulamentar o exercicio d'esta profissão desde que o codigo a considera, não uma industria meramente particular, mas um officio publico debaixo de certo ponto de vista. O n.º 6.º d'este artigo nega o direito de solicitar em juizo aos inhibidos por sentença *de procurar em juizo ou de exercer officio publico*, d'onde se mostra que o codigo considera a profissão de solicitador a par do exercicio de funcção *publica*.

Se o mandato judicial fosse considerado um simples contrato ou industria puramente particular, como se explicaria que a sentença, inhibindo de exercer officio publico, havia de obstar tambem ao exercicio do mandato judicial?

A este respeito não deixa duvida alguma o artigo 1357.º Se o mandato judicial não fosse em caso algum officio publico, mas um mero contrato particular, e assentando os contratos essencialmente sobre o livre consentimento das partes, independentemente da intervenção da auctoridade, como poderia ser obrigado o procurador do juizo a acceitar procurações, e até a soffrer uma pena pela não acceitação?

No sentido da nossa opinião julgou a relação de Lisboa, em accordão de 3 de outubro de 1868, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4:103, e a relação do Porto, em accordão de 11 do mesmo mez e anno, publicado no *Jornal de Vizeu*, n.º 334.

É importante a doutrina do referido accordão da relação de Lisboa, proferido em 3 de outubro de 1868, que diz assim: «Ainda que o livre accesso de qualquer pessoa á profissão de solicitador de causas em juizo seja de direito publico, e emane das genericas disposições dos artigos 1332.º e 1333.º do codigo, e se não ache mencionada no artigo 1354.º, entre as excepções áquella regra, a da falta de encarte, comtudo, achando-se o exercicio d'esta profissão regulado pelo decreto de 6 de setembro de 1866, sujeito ás condições que d'elle constam, as quaes se tiveram por necessarias para abonar a intelligencia e moralidade dos que a ella se dedicam, e resguardar os interesses dos que têem de encarregar-lhes a gerencia de suas causas, é evidente que nem a disposição d'este decreto (emquanto á existencia do encarte) contraria o principio consignado n'aquelles artigos, porque não exclue pessoa alguma que se apresente em circumstancias de bem exercer uma profissão tão honrada, nem póde, como regulamentar do livre accesso a essa profissão, considerar-se comprehendido na disposição do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867. Acresce, alem d'estes principios geraes, a circumstancia de que o mesmo codigo civil reconhece no artigo 1557.º a existencia de procuradores do juizo, e em sua profissão um como officio publico, de que póde o juiz suspende-los, e por isso que não podem os mesmos deixar de considerar-se sujeitos ás condições de admissibilidade estatuidas no respectivo regulamento».

A mesma opinião seguiu o governo publicando, posteriormente á promulgação do codigo, o decreto com a data de 12 de novembro de 1869, que regula as condições de admissão a solicitador judicial, e que é a lei vigente sobre o assumpto. No relatorio que precede o decreto se allude com grande desenvolvimento á questão que se agitára sobre se as determinações do decreto de 6 de setembro de 1866 estavam revogadas pelo codigo civil, e se declara que o codigo civil fixou apenas as incompatibilidades legaes para se exercer o mandato judicial, mas sem derogar a legislação particular, que determinava as condições de idoneidade indispensaveis para o desempenho das funcções de procurador do juizo.

Portanto ninguem póde procurar em juizo sem se habilitar com a respectiva carta ou despacho nos termos do decreto de 12 de novembro de 1869.

Na verdade convinha exigir, tanto no interesse da sociedade, como no dos proprios constituintes, certas habilitações e provas de capacidade e de moralidade nos que tivessem de procurar em juizo.

Tambem alguns têem já sustentado que o artigo 1354.º se refere unicamente ás funcções de solicitador, e não ás funcções de advogado.

E realmente a redacção do artigo, fallando só de *procuradores*, quando no artigo 1358.º e seguintes distingue expressamente entre procuradores e advogados, e a circumstancia de não fallar até ao artigo 1357.º uma unica vez de *advogados*, dão logar á duvida.

Entendem alguns que o preceito do artigo 1357.º é applicavel unicamente aos solicitadores judiciaes e não aos advogados, porque se o codigo quizesse applica-lo tambem aos advogados, acrescentaria a palavra «*advogados*», como faz em todos os artigos subsequentes d'esta secção em que consigna disposições communs a uns e a outros.

No entretanto similhante opinião é inadmissivel em toda a sua extensão. A secção inscreve-se «*do mandato judicial*», que póde ser exercido tanto pelos advogados, como pelos solicitadores, e a prova de que a inscripção abrange uns e outros é que nos artigos 1358.º e seguintes falla-se, não só de procuradores, mas tambem de advogados.

O artigo 1357.º falla de procuradores do juizo, comprehendendo na expressão «*procuradores*» os advogados tambem.

A sentença do artigo, se é necessaria com relação aos solicitadores, é absolutamenie indispensavel com respeito aos advogados. Nos artigos seguintes falla o codigo sempre de procuradores *ou* advogados, salvo no artigo 1359.º, em que falla de procuradores *e* advogados. Esta variedade de estylo porém não prejudica o pensamento de tornar applicaveis a uns e aos outros todas as provisões contidas n'esta secção. Tambem no artigo 1356.º, cujo preceito é evidentemente applicavel tanto a advogados como a procuradores, se emprega unicamente a expressão «*procuradores*».

Provavelmente o codigo emprega nos artigos 1354.º, 1356.º e 1357.º unicamente a expressão «*procuradores*», porque se refere principalmente á «*funcção*» de procurar em juizo, e emprega nos artigos seguintes as expressões «*procuradores e advogados*», porque se refere principalmente ás *pessoas* que exercem essa funcção. Esta mesma diversidade de linguagem se encontrava já no projecto primitivo, e foi conservada em todos os projectos da commissão revisora.

Portanto o artigo 1354.º, designando as pessoas excluidas de serem procuradores em juizo, abrange na palavra «*procuradores*», tanto os advogados como os solicitadores.

O artigo 1354.º pois só não se refere aos advogados quanto ás suas funcções estranhas ao mandato judicial, porque n'esta secção, tanto a respeito de advogados como de solicitadores, só providenceia ácerca do mandato judicial de que elles podem ser incumbidos, e de nenhuma outra especie de mandato.

O codigo, para o effeito do mandato judicial, não distingue entre advogados e procuradores, porque sempre que falla d'elles ou usa de conjuncções copulativas, ou torna communs a uns e a outros as suas disposições.

Differençam-se porém os advogados dos procuradores: 1.º, em que o advogado em regra só instrue de direito e não solicita, e o procurador em regra só solicita; 2.º, em que os advogados carecem de ter habilitações litterarias superiores, porque ou hão de ser bachareis formados, e terem registada a sua carta nos termos da ordenação, livro I, titulo XLVIII, § 1.º, novissima reforma judicial, e decreto de 17 de fevereiro de 1858, ou hão de ter sido approvados como advogados provisionaes nos termos d'este decreto, e aos procuradores bastam as habilitações ordenadas no decreto de 12 de novembro de 1869.

Até á recompensa do trabalho do advogado se dá o nome de *honorario*, e á do procurador o de *salario*.

Do despacho do presidente da relação que negar ao pretendente a carta de solicitador cabe recurso para o ministerio da justiça? O decreto não estabelece similhante recurso. Fica porém ao pretendente sempre aberto o direito de queixa, que, attendido pelo ministro, póde servir de remedio ao mal causado pelo presidente da relação.

Pela mesma rasão julgâmos que o ministro da justiça póde remediar o mal causado pelo presidente do supremo tribunal que negar ao bacharel formado em direito o registo das suas cartas, para ser inscripto como advogado.

O § 1.º do artigo 12.º do decreto de 12 de novembro de 1869 auctorisa a nomeação de solicitadores *por simples despacho* do juiz da comarca, verificando-se n'elles os requisitos mencionados nos artigos 12.º e 13.º, para o caso em que não ha solicitadores *encartados* em numero sufficiente.

Os nomeados por simples despacho do magistrado judicial não são

obrigados ao pagamento dos direitos de sêllo, de que fallam os n.os 2.º e 3.º da classe 8.ª, secção 2.ª, tabella 1.ª do regulamento de 2 de dezembro de 1869, porque taes direitos são devidos só pelo *diploma* de solicitador nomeado e confirmado nos termos do artigo 7.º do regulamento de 12 de novembro de 1869.

Tambem já se discutiu se as disposições d'este artigo e do regulamento de 12 de novembro de 1869 eram especiaes para os solicitadores em juizo contencioso, ou comprehendiam tambem o procurador perante o juizo de paz. Porém estas disposições evidentemente se referem unicamente aos solicitadores em juizo contencioso, como era já pela ordenação, livro I, titulo XLVIII, § 24.º, e livro III, titulo XXVIII, § 3.º O juizo de paz é juizo só no nome; e o codigo permitte nos artigos 1332.º e 1333.º a qualquer o acceitar procuração para actos que não lhe sejam vedados.

As disposições do artigo 1354.º do codigo e do decreto de 12 de novembro de 1869 tendem apenas a evitar que solicitem em juizo os que não offerecem ás partes garantias de saber e de probidade, ou que pela sua posição e influencia podem prejudicar a administração da justiça.

O codigo enumera as causas de inhabilidade para procurar em juizo, concluindo-se d'ahi que são habeis para este fim todos os que não estiverem comprehendidos n'alguma das oito excepções marcadas no artigo.

Para advogar ou procurar em juizo porém não basta estar excluido d'aquellas excepções, é alem d'isso indispensavel reunir as habilitações prescriptas nos citados decretos de 17 de fevereiro de 1858 e de 12 de novembro de 1869.

1.º e 2.º (Vid. nota ao artigo 1334.º)

3.º e 4.º, etc. É para evitar a offensa do principio — de que ninguem póde ser juiz e parte na mesma causa. Esta regra não é inteiramente applicavel aos escrivães, mas é certo que elles exercem grande influencia nos pleitos pela sua importante intervenção no processo, e que podem concorrer para que a balança da justiça se incline antes para um do que para o outro lado.

A imparcialidade d'estes funccionarios, que deve ser superior a toda a suspeita, não seria devidamente apreciada nas causas em que elles interviessem como procuradores.

Os outros officiaes de justiça, se não exercem tanta influencia nos pleitos como os escrivães, podem todavia ver-se em grandes collisões quando se achar o cumprimento dos seus deveres em opposição com o interesse dos seus constituintes.

A excepção estabelecida em o n.º 4.º para os escrivães e officiaes de justiça não é applicavel aos juizes, os quaes nem em causa propria podem figurar, ainda que elles não julgam as causas em que são partes. Porém attenta a sua posição ha inconveniente em elles procurarem e solicitarem mesmo nas causas em que são interessados.

Já a lei VI, cod. *De postulando*, dizia: *Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advogatus et judex*, disposição conforme á rasão e ao bom senso, porque sem duvida não póde julgar com imparcialidade e justiça quem primeiro advogar em favor de uma das partes.

Em harmonia com estas idéas sempre se entendeu que ao juiz era prohibido advogar nas causas que houvessem de ser submettidas á sua decisão. Até a nossa ordenação, livro I, titulo VI, § 22.º, estabelecia que, quando os juizes mandassem emendar alguns artigos, não declarassem as cousas em que se haviam de emendar, *porque não deviam ensinar ás partes, nem a seus procuradores, como haviam de formar seus artigos.*

O que era duvidoso, em face da legislação vigente ao tempo da promulgação do codigo, era se os juizes podiam ou não procurar nas causas que corriam fóra dos limites da sua jurisdicção. A ordenação, livro III, titulo XXVIII, § 2.º, mandava que «nenhum homem poderoso por rasão do officio, assim como cada um *dos julgadores das relações*, ou vedor da fazenda, ou qualquer outro official de justiça, *igual d'estes, ou maior*, não advogue nem procure», parecendo assim prohibir aos juizes o advogar, quer dentro, quer fóra dos limites da sua jurisdicção. Esta ordenação porém parecia não comprehender os juizes subalternos fóra do exercicio das suas funcções, e apenas os juizes de categoria superior, que podiam exercer influencia sobre os subalternos.

Veiu a lei de 19 de dezembro de 1843; e, revogando no § 3.º do artigo 18.º, as ordenações, livro I, titulo XLVIII, § 22.º, e livro III, titulo XXVIII, permittiu o exercicio da advocacia a todos os que tivessem a habilitação necessaria, excepto aos juizes em exercicio de suas funcções.

D'este preceito deduziam uns que os juizes eram inhibidos de advogar tanto dentro como fóra dos limites da sua jurisdicção, e sustentavam outros que, como os juizes não podem exercer funcções onde não têem jurisdicção, bem podiam advogar as causas que corressem fóra dos limites da sua jurisdicção.

O codigo acabou com todas estas duvidas, permittindo aos juizes procurar nas causas que hão de ser julgadas em juizo differente. No entretanto, mesmo depois da promulgação do codigo, continua a ser seguida a pratica de os juizes não advogarem nem dentro nem fóra da comarca onde exercem jurisdicção.

Tambem os juizes não podem procurar nas causas de seus descendentes, ascendentes, ou mulher, comquanto não possam julga-las; porque a presença do juiz, como advogado, podia exercer maior e mais directa influencia sobre os juizes substitutos e sobre as testemunhas, e até o decoro publico pede que elles se afastem do juizo em casos taes.

Nas palavras «*escrivães e officiaes de justiça*» empregadas em o n.º 4.º, comprehender-se-hão os escrivães de juiz de paz? Cremos que não.

As funcções dos escrivães do juiz de paz, limitadas a lavrar autos conciliatorios, e instrumentos de approvação de testamentos cerrados, não os collocam na categoria de escrivães ou officiaes de justiça; e o mesmo dizemos a respeito dos escrivães do juiz eleito.

Na pratica é seguida esta doutrina. Mesmo as palavras «*respectivos julgados*» significam que o artigo se refere unicamente aos escrivães dos julgado, seja ou não cabeça de comarca o julgado, e não aos escrivães dos districtos de paz, nem aos escrivães das parochias.

É inteiramente destituido de plausibilidade, e até de rasão, o parecer dos que sustentam que os escrivães de paz e do juiz eleito são inhibidos de exercer procuradoria nos districtos ou nas parochias, onde exercem jurisdicção; porquanto não ha questões contenciosas perante o juiz de paz, nem mesmo perante o juiz eleito, senão aquellas em que o escrivão tem que intervir n'esta qualidade, e em que por isso não póde, pela natureza das cousas, exercer o mester de procurador.

A palavra «*escrivães*» ligada a «*officiaes de justiça*» exclue tambem da sentença e sanvção do artigo os escrivães da administração do concelho, da regedoria de parochia, e quaesquer outros que não sejam escrivães de justiça nos julgados.

Porém nem os escrivães de juiz de paz, nem os do juiz eleito, nem quaesquer outros, podem ser admittidos a procurar em juizo sem o diploma de solicitador nos termos do artigo 9.º do decreto de 12 de novembro de 1869, ou sem despacho do juiz nos termos do artigo 12.º do mesmo decreto.

Os ajudantes dos escrivães do julgado são tambem inhibidos de procurar em juizo, porque são considerados officiaes de justiça, visto exercerem funcções judiciaes, nos termos do artigo 100.º da novissima reforma judicial, e artigo 31.º da lei de 16 de junho de 1855.

Os contadores são tambem officiaes de justiça em vista, não só da ordenação, livro I, titulo LXXIX, § 45.º, mas tambem em presença dos decretos de 20 de setembro de 1849, artigos 1.º e 3.º, e de 17 de novembro de 1868, e por isso inhibidos de procurar em juizo.

No entretanto ha contadores que exercem a profissão de advogado, assim como ha distribuidores que exercem a profissão de solicitadores encartados.

Em iguaes circumstancias se acham os tabelliães de notas, os quaes por differentes providencias legaes são considerados officiaes de justiça.

No mesmo caso estão os sub-delegados do procurador regio que, comquanto magistrados do ministerio publico, e sob este ponto de vista comprehendidos em o n.º 5.º do artigo, estão como contadores comprehendidos em o n.º 4.º

Os conservadores, comquanto sujeitos ao ministerio da justiça, e aos procuradores regios e procurador geral da corôa, não são inhibidos de exercer as funcções de mandatarios judiciaes até onde esse exercicio seja compativel com o desempenho dos deveres de officiaes do registo predial. Nem o artigo 1354.º do codigo, nem o regulamento do registo predial de 28 de abril de 1870, nem o decreto de 12 de novembro de 1869, estabelecem incompatibilidade entre as funcções de conservador e as de mandatario judicial; mas não podem prejudicar o desempenho d'aquellas com o exercicio d'estas.

5.º, etc. Os magistrados do ministerio publico, que apenas *requerem* e não julgam, nem organisam processos, podem advogar em todas as causas em que não seja interessada a fazenda, a sociedade, ou pessoas incapazes de se regerem e de administrarem seus bens, porque têem elles de estar do lado d'estas pessoas nas questões que lhes respeitam.

Nos magistrados do ministerio publico devem julgar-se comprehendidos os curadores geraes dos orphãos em Lisboa e Porto em relação á materia das suas attribuições.

6.º, etc. A sentença do artigo não abrange os procuradores em causa propria, em virtude de cessão legalmente feita, não são inhibidos de solicitar em causa propria, porque esses verdadeiramente não exercem o mandato judicial.

A legislação antiga, ordenação, livro I, titulo XLVIII, excluia de procurar em juizo os *infames*, ou estivessem assim declarados por sentença, ou pelo exercicio de profissões então julgadas infames.

É o bacharel formado em direito condemnado a degredo temporario poderá, apresentando as suas cartas, ser admittido ao exercicio da profissão de advogado no logar do degredo?

Um bacharel formado, condemnado nos tribunaes de Lisboa á pena de degredo temporario, foi para Angola cumprir a sentença judicial. Quiz advogar, e obteve para isso auctorisação do presidente da relação de Loanda nos termos do decreto de 13 de maio de 1869, mas foi annullado pela relação um processo por elle ter figurado n'elle de procurador.

Onde está o direito? Que elle não podia ser julgado pelos tribunaes incapaz de exercer o mandato judicial, estando devidamente auctorisado pelo presidente da relação, parece-nos indubitavel, porque sendo esta auctorisação um acto de mera administração judicial, só pelo governo podia ser cassada.

Mas deveria o referido bacharel ser admittido a advogar pelo simples facto de ter umas cartas de bacharel formado em direito, independentemente de ser auctorisado pelo presidente da relação, e sem embargo de estar cumprindo a pena de degredo temporario?

Os que seguem a negativa fundam-se nos artigos 37.º e 57.º do codigo penal, que dizem assim:

«Artigo 37.º A pena da perda dos direitos politicos consiste na incapacidade de tomar parte por qualquer maneira no exercicio, ou no estabelecimento do poder publico, ou funcções publicas. Esta pena é perpetua, salva a rehabilitação nos casos determinados na lei.

«Art. 57.º A perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, priva o condemnado das honras e distincções da nobreza, de qualquer condecoração, do direito de trazer armas, do de ensinar, ou dirigir, ou concorrer na direcção de qualquer estabelecimento de instrucção; e produz a incapacidade de ser tutor, ou curador, ou membro de algum conselho de familia, *de ser procurador em juizo* e de ser testemunha em qualquer acto solemne e authentico.»

Os que seguem a opinião contraria dizem que o artigo 57.º falla apenas de procurador, e não comprehende o advogado; que o § unico do artigo 58.º só permitte a suspensão do exercicio de profissão que exija titulo, quando a lei expressamente o declarar; que nos termos do codigo civil, artigo 355.º, os criminosos não podem ser interdictos de nenhum dos seus direitos civis, senão por virtude de sentença passada em julgado; que o proprio artigo 1354.º n.º 6.º só exclue de procuradores em juizo os que tiverem sido inhibidos por sentença de procurar em juizo ou de exercer officio publico; que o artigo 53.º § 2.º do codigo penal permitte ao condemnado o exercer os direitos civis no logar do degredo, e que a faculdade de exercer a advocacia é um direito civil e não politico.

Para nós é indubitavel que o degredado, bacharel formado em direito, é inhibido de exercer a profissão de advogado no que respeite a mandato judicial. Desde que é effeito da pena de degredo, temporario ou perpetuo, a perda dos direitos politicos, código penal, artigos 53.º e 54.º, e que a perda dos direitos politicos, mesmo como effeito de outra pena, priva o condemnado de ser procurador em juizo, sem distinguir entre solicitador e advogado, é evidente que o bacharel formado em direito, achando-se n'esta posição, não póde exercer o mandato judicial. Julgâmos porém muito desarrazoada esta disposição.

7.º, etc. É para evitar a influencia d'estas pessoas no animo do juiz. A disposição d'este numero é applicavel tanto ao juiz ordinario, como ao juiz de direito. Onde a lei não distingue não póde o interprete distinguir.

8.º, etc. Este preceito é dictado pela repugnancia natural que ha em estarem procurando os filhos contra os paes, ou estes contra aquelles.

Art. 1355.º O mandato judicial só póde ser conferido por procuração publica, ou havida por tal.

(Vid. nota ao artigo 686.º) O mandato judicial só póde ser conferido por procuração publica, ou havida por tal; mas basta que estas pro-

curações sejam concebidas nos termos geraes usados no fôro para que sejam validas. Não é preciso que na procuração se mencione *especialmente* o pleito a que a procuração respeita.

No entretanto é indispensavel que a procuração contenha poderes judiciaes. Uma procuração geral para todos e quaesquer actos sem os especificar, artigo 1324.º, auctorisa apenas actos de mera administração. Conseguintemente a procuração judicial, para ser bastante, deve indicar, senão o pleito, pelo menos os actos judiciaes.

O processado a requerimento de procurador com excesso de mandato, póde ser ratificado pela parte, ratificação que deve ser acceite pelo juizo, vista a disposição do artigo 1351.º do codigo.

No projecto primitivo, em seguida ao artigo correspondente a este, liam-se mais os dois seguintes:

«Artigo 1443.º Se a procuração do auctor apresentada em juizo for illegal, poderá o juiz, a requerimento do réu, absolver o mesmo réu da instancia, se o auctor a não reformar no praso que lhe for assignado.

«Art. 1444.º Se a procuração illegal for do réu, proseguirá o juiz no feito á sua revelia se a não reformar no praso que lhe for assignado.»

Nos dois primeiros projectos da commissão revisora ainda foram conservados aquelles artigos, e exactamente com a mesma redacção. No projecto definitivo porém foram eliminados, e com rasão, porque pertencem á materia do processo. Mas a sua doutrina é digna de ser adoptada.

Art. 1356.º Não será admittida em juizo procuração a dois ou mais procuradores, com a clausula de que um nada possa fazer sem os outros; mas podem conferir-se os mesmos poderes a differentes pessoas simultaneamente.

(Vid. nota ao artigo 1341.º)

Art. 1357.º Se os procuradores do juizo, por attenção á parte contraria, recusarem a procuração conferida, deverá o juiz, a requerimento do constituinte, nomear algum d'elles, que a acceite, sob pena de suspensão por seis mezes, não provando escusa legitima.

A provisão do artigo é consequencia do eterno principio de que a defeza é de direito natural. Ninguem deve ser condemnado sem ser ouvido; e, quando precise de fallar por intermedio de advogado e o não tenha, dá a lei ao juiz a faculdade de compellir um advogado a tomar o patrocinio da causa.

Por direito anterior a pena que cabia ao advogado que não acceitasse o patrocinio de uma causa, depois de assim lhe ter sido ordenado pelo juiz a requerimento da parte, era a de desobediencia prescripta no artigo 188.º do codigo penal, que é applicavel em todos os casos em que especialmente se não declara nas leis ou nos regulamentos administrativos auctorisados por lei a pena ou a responsabilidade civil que deve ter logar pela desobediencia.

A lei de 18 de julho de 1855, revogando no artigo 21.º o § 4.º do artigo 1107.º da novissima reforma judicial na parte em que impunha a pena de suspensão ao advogado que não acceitasse a defeza do réu para que tivesse sido officiosamente nomeado, ou faltasse aos termos

d'ella, sem justo impedimento, impõe-lhe por esta falta a multa de 5$000 a 50$000 réis.

Mas esta penalidade era applicavel só ás nomeações *officiosas*. Portanto para as nomeações obrigadas a requerimento da parte era indispensavel recorrer á penalidade prescripta no codigo criminal contra o facto da desobediencia, porque não havia para este delicto penalidade especial.

Agora o codigo impõe ao advogado que não acceita a nomeação feita a requerimento da parte a pena de suspensão por seis mezes, que a novissima reforma judicial impunha no artigo 1107.º ao advogado que não acceitava a nomeação officiosa, pena que foi substituida para esta hypothese pela de multa pela lei de 18 de julho de 1855, citado artigo 21.º

Já a ordenação, livro III, titulo XX, dava ao juiz auctoridade para constranger o advogado a acceitar procuração, ainda que estivesse contratado com a parte contraria; para que a outra parte não perdesse o seu direito por desigualdade de procurador.

Art. 1358.º Será nullo todo o contrato, que as partes fizerem com os seus advogados ou procuradores, concedendo-lhes alguma parte do pedido na acção.

§ unico. Os procuradores ou os advogados, que infringirem o que se dispõe n'este artigo, serão inhibidos, por espaço de um anno, de procurar ou de advogar em juizo.

A sociedade para demandas é permittida, e até um contrato legitimo, só prohibido aos advogados e aos procuradores judiciaes. Póde formar-se uma sociedade em que uns entrem com o direito, e outros com os meios de o fazer valer.

Assim Pedro, que tem direito a reivindicar certos bens da mão de terceiro, póde associar-se com Paulo, entrando Pedro para a sociedade com o seu direito e acção, e Paulo com a sua agencia e adiantamento das despezas da demanda, e dividindo a final entre si os lucros e perdas.

Tambem é frequente, e igualmente válido, o contrato de o fornecedor dos fundos ajustar com o interessado na demanda o pagamento de certa quantia no caso de ella se vencer; e este contrato nem aos advogados e procuradores judiciaes é prohibido, porque não póde considerar-se como parte do pedido na acção.

O codigo prohibe aos advogados e procuradores judiciaes apenas a *associação* com as partes nos lucros ou nas perdas das demandas, para evitar que elles, prevalecendo-se da sua posição, ou da pobreza das partes, façam com ellas contratos leoninos; mas não prohibe os ajustes maiores ou menores entre procuradores judiciaes e as partes, segundo se vencer ou não a demanda: isto é, o codigo, como a lei anterior, só prohibe aos procuradores e aos advogados os pactos *quota litis*.

O sr. dr. Joaquim José Paes da Silva queria que a prohibição dos pactos *quota litis* fosse absoluta.

Dizia este distincto jurisconsulto nas suas observações ao projecto primitivo do sr. Seabra: «Ao artigo 1417.º (artigo 1358.º do codigo), que impõe pena de nullidade aos pactos *quota litis* feitos entre as partes, advogados e procuradores, parece-me se devia isso ampliar aos mesmos pactos feitos com quaesquer outras pessoas, porque os prejuizos são os mesmos, e até são mais frequentes os pactos entre pes-

soas que não são advogados e procuradores, e os advogados e procuradores têem o meio de fazer intervir n'elles terceiras pessoas. Já tivemos entre nós o alvará do 1.º de agosto de 1774, que os prohibiu com pena de nullidade a todas e quaesquer pessoas sem differença de classes, e ha conveniencia em o restabelecer».

A esta observação respondia o sr. Seabra: «Não nos parece justo. É na verdade possivel que se valham de interpostas pessoas, mas esses contratos em fraude da lei são nullos. Prohibem-se estes pactos aos advogados e aos procuradores, porque, sendo o seu officio tratar de demandas, mais facilmente podem abusar. As pessoas que não estão n'este caso não podem fazer taes contratos sem que sejam logo publicos, e incorrem no odioso que os acompanha, o que é, até certo ponto, um freio. E por outro lado, quando este mal aconteça, é por certo menor que o que resultaria de inhabilitar as partes pobres de poderem fazer valer os seus direitos».

As rasões do sr. Seabra parecem-nos procedentes. É difficil obstar a estes contratos feitos por meio de interpostas pessoas, e a unica pena valiosa é o estigma publico contra quem os faz.

Os pactos *quota litis* eram já prohibidos pelas leis romanas, pelo menos desde o tempo de Ulpiano.

Pela nossa ordenação, livro I, titulo XLVIII, § 11.º, e alvará de 1 de agosto de 1774 eram punidos os pactos *quota litis;* que deixaram de ser crime depois da publicação do codigo penal, em vista dos artigos 5.º e 15.º do mesmo codigo.

Porém a imposição da pena comminada no § unico do artigo 1358.º do codigo civil é da competencia dos tribunaes criminaes a requerimento da parte offendida.

Art. 1359.º Os procuradores e os advogados haverão os salarios do estylo no respectivo auditorio, alem das despezas que fizerem com a causa.

A provisão do artigo é destinada a regular o caso de haver questão entre a parte e o procurador ou advogado por via dos seus salarios, por não terem ajustado o preço do seu serviço com a parte, e por a parte se recusar depois a pagar-lhes as contas, julgando-as exorbitantes.

Não entrou no pensamento do legislador o marcar tabella de preços para o serviço dos advogados e dos procuradores, nem similhante tabella seria possivel. Consignou apenas um preceito que servisse de regra para decidir as questões que se suscitassem entre elles e as partes, por causa do preço dos seus trabalhos.

Em regra são pequenas as differenças nos salarios dos differentes procuradores que solicitam no mesmo auditorio, mas com os advogados não succede o mesmo. N'algumas comarcas, ao passo que um advogado leva tres, outro leva seis pelo mesmo serviço. Ora, levantada questão entre a parte e o advogado por causa dos salarios d'este, havia de ser decidida não segundo os preços exagerados para mais ou para menos que se levassem no auditorio, mas segundo os preços medios. O codigo, como já fizera o projecto primitivo, emprega a palavra «*salarios*» para designar, não só a retribuição do procurador, mas a do advogado. De outra palavra se serviu o codigo com respeito á remuneração dos advogados no artigo 540.º; e empregava a palavra «*honorarios*» o projecto primitivo no artigo (620.º) correspondente a este. (Vid. nota ao artigo 540.º)

Art. 1360.º O procurador ou o advogado, que houver acceitado o mandato de uma das partes, não póde procurar ou advogar pela outra na mesma causa, ainda que deixe a anterior procuração.

§ unico. O procurador ou advogado, que assim o não cumprir, será suspenso de procurar ou de advogar por espaço de um anno.

Art. 1361.º O procurador ou o advogado, que revelar á parte contraria os segredos do seu constituinte, ou lhe subministrar documentos, ou quaesquer esclarecimentos, será inhibido para sempre de procurar ou de advogar em juizo.

(Vid. artigo 2511.º n.º 5.º) Duas penalidades differentes estabelece o codigo para dois crimes distinctos, que o procurador ou advogado póde praticar no exercicio das suas funcções.

1.º Se o procurador depois de acceitar o mandato de uma das partes, for procurar na mesma causa a favor da outra, ainda deixando a anterior procuração, tem a pena de suspensão *por espaço de um anno.*

2.º Se revelar á parte contraria os segredos do seu constituinte, ou lhe subministrar documentos ou esclarecimentos, será inhibido *para sempre* de procurar em juizo.

As penas de suspensão por um anno e de inhibição perpetua decretadas n'estes artigos, visto o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, ficam substituindo as penas de suspensão temporaria e multa correspondente a tres mezes até tres annos, que o codigo penal no artigo 289.º impunha ao advogado ou procurador, que, tendo acceitado procuração e sabido os segredos da causa, fosse advogar, procurar ou aconselhar em publico ou secreto, pela outra parte, na mesma causa.

Porém esta pena da lei vigente só póde ser imposta nos tribunaes criminaes, como era já por direito anterior.

Sem embargo de ter sido consignada no codigo civil esta materia, a imposição da pena é da competencia do juizo criminal, e não do juizo civil.

Ainda que a lei de 1 de julho de 1867 revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias comprehendidas no codigo, cremos que fica de pé a penalidade estatuida no codigo penal contra o advogado, para os casos não prevenidos no codigo civil, e ali previstos, que vem a ser: 1.º, o descobrir segredos do seu cliente, tendo tido conhecimento d'elles no exercicio do seu ministerio, a outra pessoa que não seja a parte contraria; 2.º, o ter recebido de alguma das partes, não procuração, mas dinheiro ou outra qualquer cousa para lhe procurar a sua demanda e ir procurar pela outra parte; 3.º, o receber alguma cousa da parte contra quem procurar.

Não devem ficar fóra da sancção penal especialmente estes dois ultimos factos de não menor gravidade, que o incriminado no artigo 1361.º, que tambem não é mais grave do que o previsto no artigo 1360.º, para os quaes o codigo penal estabelece a pena de suspensão temporaria, cabendo pelo codigo civil ao caso do artigo 1361.º a suspensão perpetua.

Nós somos em regra contra a perpetuidade de penas, mas pugnâmos sobretudo pelo principio da igualdade. O crime previsto no artigo 1361.º aos olhos da moral não tem defeza nem desculpa, mas em

face da sciencia juridica não tem maior gravidade de que outros punidos com penas muito menores, como succede com o empregado publico, que revela os segredos de que tenha conhecimento em rasão do exercicio do seu emprego, ou indevidamente entrega a alguem papeis ou copias de papeis que não devem ter publicidade, existentes na sua repartição, facto este que é punido apenas com suspensão, nos termos do artigo 290.º do codigo penal.

Felizmente que não se têem dado factos ou pelo menos não se têem instaurado processos pelos crimes a que se referem estes artigos, e é de esperar por honra da classe dos advogados e dos procuradores, que o juizo criminal não tenha que fazer por via de taes delictos.

Para promover os termos do processo contra os advogados ou procuradores pelos factos especificados n'estes dois artigos não é preciso provar que á parte resultára *damno* da pratica dos factos. Basta provar que os factos se deram; mas o ministerio publico não póde por si só promover este processo.

Convem notar que o codigo em todos os artigos d'esta secção se refere unicamente aos advogados e aos procuradores com procuração para alguma causa, e não ao procurador encarregado de certo negocio, mas sem procuração para intentar ou seguir qualquer acção, nem ao advogado que é simplesmente consultado sobre qualquer assumpto do seu officio.

O codigo não deveria proceder de outro modo, para evitar que uma das partes consultando sobre o seu negocio todos os advogados de um auditorio, impossibilitasse por isso a outra parte de encontrar advogado que lhe defendesse a sua justiça n'aquelle juizo.

No entretanto aos olhos da moral, e em face da opinião publica, o procedimento do advogado que revela os segredos do consulente, é igualmente criminoso, ou tivesse ou não procuração judicial por parte d'elle.

Os advogados e procuradores judiciaes são até *inhabeis*, segundo a phrase da lei, artigo 2511.º n.º 5.º, para servirem de testemunhas nos negocios relativos á sua profissão. O codigo não podia deixar de garantir os segredos, que as partes communicam aos advogados e procuradores pela confiança que n'elles depositam, porque a publicidade poderia pôr em perigo a sua propriedade e até a sua honra e liberdade.

No projecto primitivo o n.º 5.º do artigo 2885.º correspondente ao n.º 5.º do artigo 2511.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Os que por seu estado são obrigados a segredo nos negocios relativos ao mesmo estado»; e com esta redacção appareceu ainda no projecto de 1864. Mas a final acrescentaram-se com justa rasão as palavras «*ou profissão*», para o artigo comprehender assim de modo claro os medicos, advogados, procuradores, etc.

Art. 1362.º O procurador ou o advogado, que tiver justo impedimento para continuar na procuradoria, não poderá abandona-la sem substabelecer a procuração, tendo poderes para isso, ou avisar em tempo o seu constituinte, para que nomeie outro; aliás responderá por perdas e damnos.

(Vid. artigos 1366.º a 1368.º) O mandatario póde recusar absoluta e incondicionalmente qualquer procuração que lhe seja offerecida, negando-se a desempenhar uma missão de confiança e amisade, que não se impõe, e que deve ser reciproca. Porém desde que acceitou o mandato, comquanto possa renuncia-lo a todo o momento, não póde todavia renuncia-lo em prejuizo do constituinte, artigo 1368.º

O mandatario póde querer renunciar ao mandato depois de o ter acceitado, ou porque a continuação lhe cause prejuizo e *nemini suum officium debet esse damnosum*, ou porque não queira continuar os officios de amisade ao constituinte; e a lei garante-lhe a renuncia, mas é obrigado a continuar emquanto não avisar o constituinte para este providenciar, e lhe não der o tempo sufficiente para isso.

Esta *continuação* no exercicio do mandato até que o constituinte providenceie é forçada, quaesquer que sejam os prejuizos que ao mandatario resultem d'ella, os quaes não podem releva-lo da responsabilidade do abandono, como aliás acontece por direito francez, codigo civil, artigo 2007.º, e dispõe o artigo 1626.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso codigo n'esta materia. Esta mesma doutrina passou para o nosso codigo de commercio.

Pelo codigo commercial, artigo 822.º, tambem o mandatario póde renunciar ao mandato, notificando ao mandante a sua renuncia; mas se d'esta renuncia provier prejuizo ao committente, é por elle responsavel o commissario, salvo achando-se na impossibilidade de continuar no mandato sem soffrer elle mesmo damno consideravel.

Achâmos muito mais rasoavel a doutrina do nosso codigo civil.

O constituinte não deve ser victima da sua confiança, nem joguete do capricho ou da fraude do mandatario.

Nada mais injuridico do que permittir ao mandatario judicial o renunciar o mandato, a pretexto dos grandes prejuizos que soffreria com a continuação d'elle, n'uma occasião em que fosse preciso, por exemplo, offerecer articulados ou interpor de recursos, e deixando assim lançar o constituinte ou transitar a sentença em julgado. A amisade e a confiança impõem deveres sagrados, cujo respeito está primeiro de que a consideração dos interesses individuaes, por mais elevados que sejam.

Mas por outro lado a renuncia do mandatario não póde embaraçar o andamento de uma causa prejudicando a outra parte, como com rasão decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 26 de março de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 78, de 8 de abril do mesmo anno, cujos considerandos são os seguintes:

«Attendendo a que a nomeação de procurador feita por uma das partes nada tem com a outra parte;

«Attendendo a que por esta rasão não póde a renuncia d'esse procurador que acceitou e exerceu o mandato, impedir com prejuizo de terceiro a continuação dos termos legaes do processo; os quaes por serem de direito publico são peremptorios e improrogaveis emquanto nova procuração se não junta no interesse da outra parte; e

«Attendendo finalmente a que se a doutrina contraria, adoptada pelo accordão recorrido, se admittisse, ficaria ao arbitrio e vontade da parte que n'isso tivesse utilidade e interesse, impedir o andamento da causa, etc.»

Portanto se o advogado depois de ter os autos com vista para minutar, renunciar a procuração findo o praso da vista sem minutar, não póde o constituinte já requerer que os autos sejam continuados a outro advogado para aquelle fim, que embaraçaria isso o andamento da causa em prejuizo da outra parte.

Mas póde intentar a acção de perdas e damnos contra o advogado, por este não o ter avisado *em tempo*. Estas providencias porém, como se mostra do artigo, só são applicaveis ao caso de o advogado ter acceitado a procuração.

Portanto se a parte, sem prevenir o advogado, e sem este acceitar o mandato, ajuntou procuração a uns autos, e elle, tratando de os examinar, renunciou a procuração depois de findo o praso da vista, não podem ser continuados os autos com vista para o mesmo fim a outro advogado, mas tambem o renunciante não é responsavel por perdas e damnos, salvo o caso de dolo.

O mandato tambem acaba pela morte do mandante ou do mandatario, porque a amisade e a confiança não se transmittem, como os direitos. Findo o mandato porém pela morte do mandante deve continuar o mandatario na gerencia dos negocios até que os herdeiros provideneeiem, se d'ahi lhes resultar prejuizo, artigo 1366.º; porque do contrario faltaria á amisade e á confiança, que n'elle depositou o constituinte, o que até novas instrucções dos herdeiros abandonasse com prejuizo d'elles uma gerencia, em que a amisade e a confiança o envolveram.

Igualmente pela morte do mandatario devem os herdeiros d'este avisar o constituinte e continuar no exercicio do mandato até que elle provideneeie para lhe evitarem qualquer prejuizo, artigo 1367.º; porque, ainda que elles não sejam obrigados a continuar o mandato, a obrigação de velar pela conservação da cousa, objecto da procuração, é natural, e um encargo da herança, que se deriva da obrigação originaria contrahida pelo defunto mandatario.

Em direito commercial não se revoga o mandato pela morte do committente. Nos termos do artigo 823.º do referido codigo, não se entende revogada a commissão pelo fallecimento do committente emquanto por seus legitimos successores não for contramandada; todos os direitos e obrigações produzidos pela commissão conferida passam para os successores.

Mas, morrendo o commissario, ou tornando-se por qualquer modo inhabilitado para exercer a commissão, esta se reputará terminada e finda; os seus herdeiros ou successores, tendo conhecimento da mandato, devem participar immediatamente o evento ao committente, para prover como achar a bem, sob pena de responderem por perdas e damnos, provada a culpa, segundo o preceito expresso do artigo 825.º do citado codigo de commercio.

SECÇÃO VII

DO TERMO DO MANDATO

Art. 1363.º O mandato expira:

1.º Pela revogação;

2.º Pela renuncia do mandatario;

3.º Pela morte, ou pela interdicção do constituinte ou do mandatario;

4.º Pela insolvencia, ou pela mudança de estado do constituinte ou do mandatario, se por esta mudança se tornar inhabil aquelle para conferir, ou este para acceitar o mandato;

5.º Pela expiração do praso do mandato, ou pela conclusão do negocio.

1.º, etc. (Vid. artigos 1364.º e 1365.º) Como excepção á regra de que os contratos só podem revogar-se pelo mutuo dissenso, o mandato, como se funda na confiança ou na amisade, termina pela von-

tade de qualquer das partes, ou — pela renuncia do mandatario, ou — pela revogação do mandante.

Por este motivo não se apresenta como causa da revogação o mutuo dissenso, visto ser inutil e menos exacto dar como causa duas vontades, quando basta só uma para produzir o devido effeito.

Assim como o mandatario póde a todo o tempo renunciar ao mandato conforme lhe aprouver, salvo o prejuizo do mandante, igualmente o constituinte póde revogar á vontade a procuração, artigo 1364.º, sem prejuizo de convenção ou de condição em contrario.

As palavras «*sem prejuizo de qualquer condição ou convenção em contrario*», empregadas no artigo 1364.º, não significam, como póde parecer á primeira vista, que o constituinte fica inhibido de revogar a procuração, se se obrigou a não a revogar, mas sim que ha de responder por perdas e damnos, sendo feita a revogação sem causa legitima.

O mandato tem por objecto o interesse e o beneficio do mandante, e por isso póde este renuncia-lo a todo o tempo; e nasce tambem da confiança, devendo por isso cessar logo que esta acabe.

A faculdade pois de revogar o mandato não tem limites; exercer-se-ha *como e quando aprouver* ao mandante, artigo 1364.º

Por isso não póde convencionar-se que o mandato seja perpetuo, porque seria nulla similhante clausula, como contraria á natureza do contrato, mas póde marcar-se certa duração, ou até á conclusão de um certo negocio; e o constituinte é responsavel pela revogação intempestiva, feita sem causa legitima, cassando, por exemplo, os poderes de uma procuração para tratar um negocio em paiz estrangeiro, depois que o mandatario ali foi estabelecer-se, e fez despezas que só poderia cobrir concluindo o negocio de que ia encarregado.

Póde portanto o mandante revogar sempre o mandato, ou o negocio esteja começado, ou se ache ainda *re integra*, mas ha de responder pelos prejuizos que d'ahi resultarem ao mandatario, como se infere das disposições contidas nos artigos 1345.º e 1350.º

Não póde o mandatario questionar a procedencia dos motivos da revogação, mas póde exigir a indemnisação dos damnos causados pela revogação extemporanea.

O codigo commercial tambem dispõe no artigo 819.º, que o mandante póde revogar o mandato quando bem quizer, e cassar a procuração, ordem ou poder dado, achando-se o negocio inteiro, ou indemnisando o commissario das despezas incursas e prejuizos emergentes.

Se o mandato posterior for nullo não fica por isso revogado o anterior, porque a manifestação da falta de confiança por parte do mandante deve ser revestida das formalidades legaes para produzir effeitos juridicos.

Se porventura forem muitos os mandantes, e só um ou algum d'elles quizer revogar o mandato, é exequivel esta revogação só com relação a esse, subsistindo o mandato com relação aos outros. O mesmo succederá quando o mandatario não acceitar o mandato com relação a algum dos constituintes; e igual doutrina é applicavel quando fallecer algum dos mandantes.

A revogação do mandato tambem póde ser *tacita*, e resultar unicamente da nomeação de novo procurador *para o mesmo e unico objecto*, artigo 1365.º

Mostra-se pois d'esta redacção que a nomeação do novo procurador só cassa os poderes do anterior, sendo a nova procuração *especial*, e que fica em vigor a anterior em tudo aquillo em que não for

expressamente prejudicada pela posterior. Assim, tendo-se dado a alguem uma procuração geral, e dando-se depois a outro mandato especial, por exemplo, para arrendar certas casas e receber as respectivas rendas, não é revogado o primeiro mandato senão quanto ao negocio comprehendido no segundo.

A revogação do mandato pela nomeação de novo procurador em caso nenhum se conta senão desde o dia em que ella foi noticiada ao mandatario, não sendo todavia necesario noticia-la *authenticamente*, artigo 1365.º

Por isso, sempre que as partes substituem um advogado por outro nas causas pendentes em juizo, fazendo a revogação do mandato por meio de procuração especial para aquelle pleito, deve ser intimada ao primeiro advogado a juncção da nova procuração.

O preceito do citado artigo 1365.º é a reproducção do disposto no artigo 821.º do codigo commercial.

Portanto, nem o mandato posterior *especial* revoga o *anterior*, senão quanto ao negocio a que respeita, nem o *geral* posterior revoga o *especial* anterior, porque não se presume mudança de vontade sempre que é possivel conciliá-la.

O mandato *especial* posterior revoga o mandato especial anterior; assim como o mandato geral na parte a que respeita o negocio comprehendido na procuração especial, porque repugna a coexistencia na mesma pessoa de duas vontades oppostas, ambas efficazes.

O mandato geral *posterior* revoga o mandato geral *anterior?* O mandante que tendo procurador constituido nos autos por meio de procuração geral para as causas forenses passa posteriormente outra nos mesmos termos a pessoa differente, sem se referir á primeira, revogou tacitamente esta, de modo que depois de junta aquella aos autos não possa mais ser considerado como procurador legitimo o primeiro mandatario? Nem o artigo 1365.º do nosso codigo nem os artigos 2006.º do codigo civil francez, e 1625.º do projecto de codigo civil hespanhol, fontes do nosso, resolvem expressamente esta hypothese.

Deduzimos no entretanto *a contrario sensu* da redacção do artigo 1365.º, que o mandato geral posterior não se presume revogar o mandato geral anterior sem a elle se referir expressamente, porque a revogação não se presume senão quando o novo procurador é *para o mesmo e unico objecto*. Conseguintemente a revogação tacita não póde effectuar-se senão por mandato especial para o mesmo e unico objecto, aliás ficam simultaneamente procuradores o primeiro e o ultimo, salvo se a requerimento do constituinte for intimado o primeiro procurador de que ficam cassados os seus poderes, em virtude da apresentação da nova procuração.

Temos assim quatro casos a considerar na revogação do mandato: 1.º, mandato geral revogando outro geral; 2.º, mandato particular revogando outro particular; 3.º, mandato geral revogando outro particular; 4.º, mandato particular revogando outro geral.

Se o mandato tiver sido constituido por escripto póde o mandante, que o revogou, exigir o instrumento da procuração, artigo 1364.º § unico, para evitar que o mandatario abuse de poderes já revogados.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1362.º) Tambem julgâmos applicavel ao mandato civil o preceito consignado no artigo 820.º do codigo de commercio, em virtude do qual a revogação unicamente intimada ao commissario não póde ser opposta a terceiros que trataram sem d'ella saber, salvo o direito do committente contra o mandatario.

3.º e 4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1362.º) Expira o mandato pela interdicção do constituinte ou do mandatario, sendo privados de direitos civis nos termos do artigo 355.º Interdicto o mandante é impossivel ao procurador continuar a obrar em nome d'aquelle a quem a lei não permitte estipular para si mesmo. Se a interdicção recae sobre o mandatario fica igualmente sem effeito o mandato, porque o curador do interdicto póde não merecer ao constituinte a confiança que aquelle lhe inspirava.

A insolvencia faz expirar tambem o mandato, tanto a do mandatario como a do mandante: a do mandatario que não póde inspirar confiança desde que pela desordem dos seus negocios deitou a perder a sua fortuna; a do mandante que não tem negocios a administrar desde que foi declarado insolvente, porque todos os seus bens passaram ás mãos dos crédores ou de um curador. Rompe-se pois a relação juridica entre o mandante e o mandatario em caso de insolvencia de um ou de outro, porque nem o mandante póde ficar exposto a perder o objecto do mandato, nem o mandatario a importancia dos seus gastos e antecipações.

Aqui a palavra «*insolvencia*» significa não só o mesmo que fallencia no sentido do direito civil, mas tambem fallencia commercial, vistos os expressos termos do artigo 1622.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte do nosso, que usa das palavras «*quebra ou insolvencia*» como synonymas, e tambem do artigo 2003.º do codigo civil francez, igualmente fonte do nosso, que usa do termo «*déconfiture*».

Termina igualmente o mandato pela *mudança de estado* do constituinte ou do mandatario. Assim se o constituinte ou o mandatario era mulher solteira, que depois casou, pelo facto do casamento cessou a procuração. Não póde continuar a ser constituinte, porque não é em nome d'ella, mas do marido, que se praticam todos os actos administrativos e judiciaes desde o casamento. Não póde continuar a ser mandatario, porque depois de casada não póde contrahir obrigações pelo mandato sem auctorisação do marido, senão nos termos indicados no artigo 1334.º

Por isso o codigo de commercio, enumerando no artigo 848.º os modos por que termina o mandato, diz: «Pelo casamento da mulher, que deu ou recebeu o mandato». O citado artigo 848.º do codigo de commercio contém a mesma doutrina que se acha estatuida no artigo 1363.º do codigo civil.

Os artigos acima citados do codigo civil francez e do projecto de codigo civil hespanhol, fontes do artigo 1363.º do nosso codigo, não preveniam esta hypothese da *mudança de estado*.

5.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1276.º)

Art. 1364.º O constituinte póde revogar, quando e como lhe aprouver, o mandato conferido, sem prejuizo de qualquer condição ou convenção em contrario.

§ unico. Se a procuração for por escripto, poderá o constituinte exigir, que o mandatario lh'a restitua, se a tiver em seu poder.

Art. 1365.º A nomeação de um novo procurador, para o mesmo e unico objecto, equivale á revogação da primeira procuração, sendo noticiada pelo constituinte ao anterior mandatario.

(Vid. nota ao artigo 1363.º n.º 1.º)

Art. 1366.º Postoque o mandato expire pela morte do constituinte, deve, em tal caso, o mandatario continuar na gerencia, emquanto os herdeiros não proverem sobre o negocio, se do contrario lhes podér resultar algum prejuizo.

Art. 1367.º Se, em consequencia da morte do mandatario, expirar o mandato, deverão os seus herdeiros avisar o constituinte, e fazer entretanto o que for possivel para evitar qualquer prejuizo d'este.

Art. 1368.º Em caso de renuncia do mandatario, será este obrigado a continuar com a gerencia, se do contrario podér seguir-se algum prejuizo ao constituinte, emquanto este não for avisado e não tiver o tempo necessario para prover aos seus interesses.

(Vid. nota ao artigo 1362.º)

Art. 1369.º Os actos praticados pelo mandatario depois da expiração do mandato não obrigam o constituinte, nem para com o mandatario, nem para com terceiro, excepto:

1.º Nos casos dos artigos 1366.º, 1367.º e 1368.º;

2.º Se o mandatario ignora a expiração do mandato;

3.º Se o mandatario, auctorisado a tratar com certa e determinada pessoa, houver com ella contratado, ignorando esta a expiração do mandato, postoque o dito mandatario a não ignorasse.

§ unico. N'este ultimo caso, porém, o mandatario é responsavel para com o constituinte por todas as perdas e damnos, a que der causa.

O constituinte não póde ficar obrigado pelos actos praticados pelo mandatario depois de findo o mandato, como não responde pelo excesso de auctorisação. Desde que expirou o mandato já o mandatario não póde obrar em nome do constituinte. Exceptuam-se os casos seguintes.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1362.º)

2.º, etc. Esta providencia é estabelecida em favor da boa fé do mandatario que ignorava a causa que fizera expirar o mandato, e portanto a revogação dos seus poderes. Ainda que em rigor não deviam valer os actos feitos pelo mandatario depois da cessação do mandato, admittiu-se n'este caso o contrario, pela regra *Ex bono et æquo*, que em contratos d'esta especie deve prevalecer sobre os apices do direito.

Tambem pelo codigo de commercio, artigo 824.º, ignorando o commissario a morte do committente, ou qualquer dos outros factos que fazem terminar o mandato, o que praticar na ignorancia é valido e effectivo; e n'este caso todas as obrigações contrahidas pelo mandatario são exequiveis com terceiros que estejam de boa fé.

3.º, etc. Pela mesma rasão por que o constituinte fica obrigado para com o mandatario que, ignorando o facto da expiração do mandato, continuou a exercel-o depois d'elle ter expirado, fica igualmente obrigado para com terceiros que na boa fé contratarem com o procurador.

Não fica porém obrigado o constituinte, se os terceiros já sabiam da expiração do mandato, ainda que o mandatario a ignorasse.

A redacção porém do n.º 3.º dá a entender que a terceiro só lhe aproveita a boa fé quando é *pessoa certa e determinada:* assim, se o mandatario tem procuração para tratar com Pedro, aproveita a este a boa fé; mas se a procuração é geral para tratar indistinctamente com qualquer individuo, sem designação de pessoa, não aproveita a boa a terceiros.

A idéa porém que resulta da interpretação litteral d'este n.º 3.º é de tal maneira absurda, que não podiamos acceita-la isoladamente sem a combinarmos com os principios geraes de direito e casos analogos previstos no codigo. Porque ha de aproveitar a boa fé em todos os casos ao mandatario, e só n'alguns casos a terceiros que com elle contratarem? Porque ha de aproveitar a boa fé a terceiros só quando é *certa e designada pessoa* que mais motivos póde ter para saber da expiração do mandato, e não quando esses terceiros não vem designados na procuração para com elles tratar o mandatario?

Tendo em attenção os principios geraes de direito sobre a materia da boa fé, e a circumstancia de em hypothese analoga se respeitar a boa fé do mandatario, e a de terceiro que é pessoa certa e designada, e examinando os artigos 1624.º e 1628.º do projecto de codigo civil hespanhol, e 2005.º do codigo civil francez, fontes d'este numero, chega-se á conclusão de que a boa fé aproveita a terceiros, sempre que ignorem a expiração do mandato, e que se estes terceiros são pessoas certas e designadas fica o constituinte obrigado para com elles, mesmo depois de terminado o mandato, emquanto os não avisar do facto que o fez cessar. O codigo não poderia obrigar o constituinte a prevenir terceiros indistinctamente da expiração do mandato, salvo avisando pelos jornaes e pondo annuncios no domicilio do mandatario, o que seria perigoso e inconveniente.

Se porém se dá poder para tratar com certas e determinadas pessoas facil é noticiar-lhes a expiração do mandato. No entretanto o nosso codigo não exige que seja *especialmente* avisada a terceira pessoa designada, com quem o mandatario estava auctorisado a contratar, de ter terminado o mandato.

Temos pois que a terceiros aproveita em todo o caso a ignorancia da expiração do mandato, visto ser erro de facto, e que para terceiro que foi *designado* na procuração se julga tambem terminado o mandato logoque elle d'isso tenha conhecimento, ainda que se lhe não tenha feito saber especialmente a causa da cessação.

Não é esta a interpretação mais accommodada á letra do artigo, mas é a unica conforme aos principios geraes de direito, reconhecidos em differentes artigos do codigo.

CAPITULO VI

DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

SECÇÃO I

DO SERVIÇO DOMESTICO

Art. 1370.º Diz-se serviço domestico o que é prestado temporariamente a qualquer individuo por outro, que com elle convive, mediante certa retribuição.

Art. 1371.º O contrato de prestação de serviço domestico, estipulado por toda a vida dos contrahentes, ou de alguns d'elles, é nullo, e póde a todo o tempo ser rescindido por qualquer d'elles.

No projecto primitivo não vinha artigo correspondente ao artigo 1371.º do codigo, de certo porque o preceito contido n'este artigo estava já comprehendido nas palavras «*prestado temporariamente*» que se liam no artigo 1429.º, correspondente ao artigo 1370.º, e que n'este se encontram tambem. Mas a commissão revisora resolveu, segundo se lê em a nota ao artigo 1399.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1372.º do codigo, que este artigo fosse redigido de modo que se dissesse tambem que o contrato de prestação de serviços por toda a vida era nullo, podendo ser rescindido a todo o tempo tanto pelo amo como pelo creado.

A final foi consignada esta idéa em artigo novo e especial, ficando a redacção do artigo 1372.º do codigo tal qual era no projecto primitivo.

O certo é que nem o amo póde obrigar-se a servir-se perpetuamente com o serviçal, nem este obrigar-se a servir perpetuamente o amo. O principio de que o serviço domestico é temporario é fundamental em materia de prestação de serviços.

Póde contratar-se o serviço, ainda por um praso largo, porque em todo o caso é temporario o contrato, e não deroga o principio prohibitivo do serviço perpetuo. É porém nullo o contrato de serviço perpetuo, como attentatorio da liberdade individual, porque com relação ao serviçal se assimilha á servidão, e com relação ao amo deve observar-se a reciprocidade de direitos e obrigações.

Se porém for contratado o serviço por um praso tão longo, que illuda o principio prohibitivo do serviço perpetuo, tanto o amo, como o serviçal tem nas disposições dos artigos 1377.º a 1384.º meio facil de quebrar essa relação perpetua, alem das acções ordinarias a que poderiam recorrer.

Porém o contrato de serviço perpetuo é radicalmente nullo. Póde rescindi-lo em qualquer tempo qualquer das duas partes, sem por isso ficar obrigada a perdas e damnos.

As disposições d'estes artigos são restrictas, unica e exclusivamente ao serviço domestico. Nenhuma disposição legal obsta a que se contrate com um medico, por exemplo, a prestação perpetua dos seus serviços. Os preceitos restrictivos consignados n'esta secção abrangem unicamente o *serviço domestico*.

O *serviço domestico*, para se comprehender nos preceitos consignados n'esta secção, carece de reunir os seguintes requisitos: 1.º, ser temporario; 2.º, retribuido e não gratuito; 3.º, prestado a um individuo por outro, que com elle *convive*.

Art. 1372.º O contrato de prestação de serviço será regulado a aprazimento das partes, salvas as seguintes disposições.

Art. 1373.º Na falta de convenção expressa sobre o tempo do serviço, entender-se-ha que o contrato é feito por anno, no serviço rustico, e por mez, em qualquer outro serviço, salvo se houver costume da terra em contrario.

Art. 1374.º Na falta de convenção expressa ácerca da retribuição, que o serviçal deva receber, observar-se-ha o costume da terra, segundo o sexo, a idade e o mister do serviçal.

Art. 1375.º Não sendo o serviçal ajustado para certo e determinado serviço, entender-se-ha, que é obrigado a todo e qualquer serviço compativel com as suas forças e condição.

(Vid. artigo 1390.º § 2.º) Estabelece o codigo as regras para se decidirem as questões, que em geral podem levantar-se a proposito do serviço domestico, e que podem dizer respeito: 1.º, ao tempo do serviço; 2.º, á retribuição do serviço; 3.º, á natureza do serviço a prestar.

Quanto ao *tempo* do serviço observa-se o costume da terra; na falta de costume, dura um anno o contrato no serviço rustico, e um mez em qualquer outro serviço.

Quanto á *retribuição* do serviço ha de observar-se o costume da terra, tendo em attenção a idade, o sexo e o mister do serviçal. Não providenceia o codigo para o caso de não haver costume da terra, talvez porque só em casos excepcionaes não haverá esse costume; mas em taes casos é de rasão, e aconselhado pelo artigo 16.º do codigo, que se recorra a um arbitrio judicial.

É rasoavel a providencia consignada no artigo 1375.º para o caso de não se ter marcado o serviço, que o serviçal ha de desempenhar.

Art. 1376.º O serviçal contratado por certo tempo não póde ausentar-se nem despedir-se, sem justa causa, antes que preencha o tempo ajustado.

(Vid. artigos 1378.º, 1379.º, 1380.º, 1382.º, 1392.º, 1394.º e 1429.º)

O serviçal, domestico, ou assalariado, antes de findo o tempo ajustado não póde, sem justa causa, despedir-se, nem ser despedido, artigos 1380.º e 1394.º Se o serviçal domestico se despedir com justa causa tem direito a ser pago das soldadas *vencidas*, artigo 1378.º, disposição, que por analogia deve julgar-se applicavel ao serviçal assalariado. Se o serviço domestico ou assalariado forem despedidos, sem justa causa, serão pagos não só das soldadas e salarios vencidos, mas de todas as que venceriam durante o tempo do serviço ajustado, artigos 1382.º e 1394.º § unico. Se se despedir sem justa causa o serviçal domestico terá em todo o caso direito ás soldadas *vencidas* e pagas, artigo 1379.º, as quaes não restitue, perdendo todo o direito ao vencido, que não estiver pago, mas sem responsabilidade por perdas e damnos para com o amo, a que aliás o obrigava o projecto primitivo do sr. Seabra no artigo 1437.º, quando elle se despedisse sem justo motivo por modo e em occasião que désse causa a prejuizo irreparavel.

N'esta parte a commissão revisora ampliou ainda o favor, com que o projecto primitivo já tratava o serviçal domestico em relação ao amo, favor devido á posição pouco invejavel d'esta classe de serviçaes.

Porém o serviçal assalariado por dia, ou pelos dias necessarios para perfazer certo serviço, despedindo-se sem justa causa, não lucra o salario vencido, esteja ou não pago, artigo 1394.º § unico, que aliás venceria, sendo despedido pelo servido, artigo 1392.º

Tambem o codigo não trata com o mesmo favor o aprendiz que abandona o mestre sem justa causa, porque dá a este o direito de o demandar, ou ao seu abonador, ou representante, por perdas e damnos, artigo 1429.º

Esta differença porém facilmente se explica. O serviçal domestico ou assalariado, que se despede extemporaneamente, não póde causar com esta despedida tão graves prejuizos ao amo ou ao servido, para consignar na lei o direito a perdas e damnos, alem da perda das soldadas ou do salario. Creados e operarios, em regra, facilmente se substituem. Porém o aprendiz que abandona o mestre antes de acabado o tempo, póde faze-lo em occasião, em que o mestre, contando com o serviço do aprendiz, se tenha encarregado de obras, que lhe seja impossivel concluir no tempo ajustado, resultando-lhe d'ahi grave responsabilidade, da qual deve ser indemnisado pelo aprendiz ou pelo seu representante.

E qual é a responsabilidade do amo, que despedir o serviçal domestico com justa causa? O codigo é omisso a este respeito. Parece porém que fica apenas obrigado a pagar as soldadas vencidas, e não as vincendas, aliás ficaria em igual posição o amo, que despede com justa causa, e o que despede sem justa causa, artigos 1378.º a 1380.º e 1382.º É isto tambem o que se deduz por analogia do disposto com relação ao serviçal assalariado. O servido, que o despedir com justa causa, antes de findar o dia, ha de pagar-lhe os lucros do serviço prestado, artigo 1392.º

Pela mesma rasão do disposto no artigo 1382.º com relação ao serviçal domestico, se o amo despedir sem justa causa, antes de findar o dia, o serviçal assalariado, ha de pagar-lhe o dia por inteiro, artigo 1394.º § unico.

Art. 1377.º Diz-se justa causa a que provém:

1.º De necessidade de cumprir as obrigações legaes, incompativeis com a continuação do serviço;

2.º De perigo manifesto de algum damno, ou mal consideravel;

3.º De não cumprimento da parte do amo das obrigações a que este esteja adstricto para com o serviçal;

4.º De molestia que impossibilite o serviçal de cumprir com o seu serviço;

5.º De mudança de residencia do amo para logar que não convenha ao serviçal.

1.º, etc. (Vid. artigo 1430.º, n.º 2.º) É justa causa a necessidade de ir desempenhar as obrigações do recrutamento militar, por exemplo. O chamamento a encargos publicos e ao desempenho de obrigações legaes justifica a despedida do serviçal, e faz terminar o contrato de aprendizagem, artigo 1430.º n.º 2.º A obrigação legal é um caso de força maior, porque não é responsavel, nem o serviçal, nem o aprendiz «*casus nemo praestat.*»

2.º, etc. Se se acha implicado n'algum crime e receia ser preso, ou se receia ser victima de uma epidemia mortifera que assole a povoação, etc.;

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 676.º) N'este contrato, como em todos os contratos onerosos, uma das condições essenciaes do ajuste é a reciprocidade de serviços. Se o amo não pagar, por exemplo, as soldadas ao serviçal, póde este despedir-se.

4.º, etc. Pela regra *Ad impossibilia nemo tenetur;*

5.º etc. Alteram-se assim as condições do ajuste, que se presume subordinado tambem á residencia do amo, que não póde ter a pretensão de suppor que o serviçal, pelo facto de se prestar a servir, por exemplo, em Lisboa, queira acompanha-lo para Traz os Montes, ou para o Algarve.

Art. 1378.º O serviçal, que se despedir com justa causa, tem direito a ser pago de todas as soldadas vencidas.

Art. 1379.º O serviçal, que abandonar arbitrariamente seu amo, antes que finde o tempo do ajuste, perderá o direito ás soldadas, relativas a esse tempo, vencidas e não pagas.

Art. 1380.º Não poderá o amo despedir sem justa causa o serviçal, contratado por tempo certo, antes que o dito tempo expire.

(Vid. nota ao artigo 1376.º)

Art. 1381.º Será justa causa de despedimento:

1.º A inhabilidade do serviçal para o serviço ajustado;

2.º Os seus vicios, molestias ou mau procedimento;

3.º A quebra ou a falta de recursos do amo.

1.º e 2.º, etc. (Vid. artigo 1425.º n.ºs 2.º e 3.º) N'estes casos faltam ao serviçal as condições para servir, ou porque não sabe do serviço pela sua *inhabilidade*, ou porque não póde exercê-lo por impedimento physico, filho de *molestia*, ou porque pelos seus vicios e mau comportamento não inspira confiança ao amo, e se torna indigno de viver na sua companhia. Desde que o serviçal não satisfaz a sua missão, não póde ser obrigado o amo a soffrer-lhe, por todo o tempo do ajuste, o mau serviço, ou a falta de serviço, porque cessa a reciprocidade, condição impreterivel nos contratos onerosos.

O mau procedimento do aprendiz e o mau tratamento do mestre, são tambem motivo de rescisão do contrato de aprendizagem, artigo 1425.º, n.ºs 2.º e 3.º

3.º, etc. Desde que o amo não tem recursos para pagar ao serviçal, compensando-o do serviço, que este lhe presta, póde despedi-lo, até pela bem conhecida regra «*Necessitas caret lege*».

Art. 1382.º O amo, que despedir o serviçal sem justa causa, antes que finde o tempo do ajuste, será obrigado a pagar-lhe a sua soldada por inteiro.

(Vid. nota ao artigo 1376.º)

Art. 1383.º O serviçal é obrigado:

1.º A obedecer a seu amo em tudo o que não for illicito, ou contrario ás condições do seu contrato;

2.º A desempenhar o serviço que lhe incumbe com a diligencia compativel com as suas forças;

3.º A vigiar pelas cousas de seu amo, e a evitar, podendo, qualquer damno a que se achem expostas;

4.º A responder pelas perdas e damnos que, por culpa d'elle, o amo padecer.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 142.º)

2.º e 3.º, etc. Os serviços aqui designados constituem o fundo da obrigação do serviçal. O serviçal é obrigado não só a desempenhar o serviço para que foi ajustado, mas a vigiar pelas cousas do dono, e a evitar-lhe qualquer damno.

4.º, etc. É consequencia das prescripções consignadas nos dois numeros antecentes. A não execução de qualquer obrigação resolve-se sempre em perdas e damnos; e o amo póde descontá-las ao serviçal na soldada, artigo 1388.º

Art. 1384.º O amo é obrigado:

1.º A corrigir o serviçal, sendo menor, como se fôra seu tutor;

2.º A indemnisar o serviçal das perdas e damnos, que padecer por causa ou culpa d'elle;

3.º A soccorrer ou mandar tratar o serviçal á custa da sua soldada, se o não quizer fazer por caridade, sobrevindo-lhe molestia, e não podendo o serviçal olhar por si, ou não tendo familia no logar onde serve, ou qualquer outro recurso.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 143.º)

2.º, etc. É consequencia do principio geral, que responsabilisa cada um pela indemnisação do damno, a que deu causa.

3.º, etc. Esta disposição é dictada por um principio de equidade. Se o serviçal adoece sem poder olhar por si, e sem familia, ou recursos n'aquelle logar por não haver estabelecimento publico que trate gratuitamente os doentes, e o amo não quizer despender por sua conta com a doença d'elle, deve ao menos faze-lo tratar á custa da soldada.

Art. 1385.º O contrato de serviço domestico resolve-se por morte do amo ou do serviçal. No primeiro caso, terá o serviçal direito de ser pago das soldadas vencidas e de quinze dias mais; no segundo, só poderão os herdeiros do serviçal exigir as soldadas vencidas.

(Vid. nota ao artigo 1300.º)

Art. 1386.º Não se entende, que o legado, deixado em testamento pelo amo ao serviçal, é por conta das soldadas, senão quando isso for expresso no testamento.

(Vid. artigos 1818.º e 1820.º) O artigo 1386.º está aqui completamente deslocado. O seu assento proprio era no capitulo dos legados.

A ordenação estatuia sobre esta materia no livro IV, titulo XXXI. § 11.º o seguinte: «Item, se algum defuncto em seo testamento deixou a criado, ou criada, que o servisse, algum legado, não declarando n'elle, que lho deixava liberalmente, alem da sua satisfação, mandâmos que o dito legado se desconte da soldada e salario, que o tal criado havia de haver, como se o testador assim o declarára, porque n'este caso queremos, que se presuma que quiz antes livrar-se da divida, a que era obrigado, do que fazer doação que não devia».

O codigo porém consigna n'este artigo exactamente a jurisprudencia contraria.

O codigo resolve porém no artigo 1820.º uma das mais importantes questões do nosso velho direito, onde era muito controvertido, se o legado deixado ao crédor sem mais declaração alguma, se entendia ou não em compensação da divida.

Estabelece a regra geral, artigo 1820.º, de que o legado deixado do crédor sem referencia á divida, e portanto o deixado ao serviçal sem referencia ás soldadas, não póde reputar-se compensação da divida ou das soldadas. Esta doutrina parece-nos muito ajustada á natureza das disposições de ultima vontade que, em caso de duvida, devem interpretar-se no sentido de beneficiar aquelles, a quem se referem, devendo as disposições favoraveis ampliar-se sempre pela regra *«favorabilia ampliandâ.»*

A formula de legar a titulo de divida é uma faculdade concedida ao testador de beneficiar alguem, ser sob a fórma de liberalidade. N'este modo de dispor ha falsidade na fórma, mas intenção evidente do testador de deixar ao supposto crédor a cousa confessada, como divida.

Já tem havido quem sustente que em vista do artigo 1818.º póde legar-se sob a fórma de divida até com prejuizo das legitimas, porque alias inutil seria o artigo; vistoque todos os que téem herdeiros necessarios sabem que lhes hão de deixar as suas porções legitimas, e que podem livremente dispor do resto da sua herança, sem que lhes seja necessario fingir que são devedores de cousas ou de sommas, que realmente não devem, e na lei não podem suppor-se palavras inuteis.

Similhante doutrina porém não póde admittir-se. Aqui trata-se do legado sob fórma de confissão de divida.

Não é pelos principios do mutuo ou de outro qualquer contrato, que produza a obrigação de pagar ou de restituir, mas pelos principios dos legados, que a questão ha de ser resolvida.

Mesmo a secção, em que se encontra o artigo, se inscreve «da instituição de herdeiros, e da nomeação de legatarios e seus direitos e obrigações».

O artigo serve apenas para indicar a maneira como a lei considerou esta falsa confissão de divida.

Não podem portanto offender-se por esta fórma as legitimas, nem o legatario fica exonerado de pagar a competente contribuição de registro a titulo gratuito, pelo facto de ser deixado o legado em fórma de divida; verificando-se que os serviços, indicados como rasão do legado, não eram exigiveis.

O codigo apenas exceptua da regra geral estabelecida no artigo 1818.º o caso de ser incapaz de receber por doação o legatario. Para evitar que se façam doações a pessoas inhabeis contra o disposto no artigo 1481.º, é nullo o legado deixado a titulo de divida a legatario, incapaz de receber por doação, não se provando que a cousa ou somma legada era realmente devida ao legatario, como diremos em a nota ao artigo 1480.º

Se em testamento feito antes da promulgação do codigo se deixar legado a serviçal, sem declaração se é ou não por conta das soldadas, e o testador fallecer posteriormente, rege o direito consignado no codigo civil, e não o estabelecido na ordenação do reino. As disposições dos testamentos estão subordinadas só á lei vigente ao tempo da morte do testador, salvo no que respeita ás formalidades externas do testamento, artigos 1753.º e 1762.º

Portanto n'esta hypothese fica o serviçal com o legado, e com direito ás soldadas devidas.

No projecto primitivo em seguida ao artigo 1444.º, correspondente ao artigo 1386.º do codigo, lia-se o seguinte preceito: «Todas as duvidas que occorrerem entre amos e creados sobre o tempo e condições do contrato, serão decididas verbalmente pelo juiz eleito da freguezia, sem appellação nem aggravo».

Esta disposição ainda apparece nos dois primeiros projectos da commissão revisora; mas no ultimo foi supprimida, e com rasão, não só porque a materia era propriamente de processo, mas principalmente porque fôra uma iniquidade entregar a decisão de questões tão graves ao juiz eleito, e sem appellação nem aggravo.

Com similhante julgador haviam de vencer em regra os amos.

Art. 1387. Na acção por soldadas devidas e não pagas, na falta de outras provas, será a questão resolvida por juramento do amo.

§ unico. Esta acção prescreve pelo tempo e fórma declarada nos artigos 538.º e 539.º

Art. 1388.º O amo póde descontar na soldada do serviçal a importancia de perdas e damnos, que este lhe haja causado, salvo o direito do serviçal a oppor-se ao desconto no caso de injustiça.

§ unico. Se o amo não fizer o desconto no momento do pagamento, não terá acção contra o serviçal senão durante um mez depois da sua despedida ou do termo do contrato.

(Vid. nota ao artigo 538.º)

Art. 1389.º O contrato do serviço dos menores só póde ser celebrado com as pessoas, a cujo cargo elles estiverem.

(Vid. nota ao artigo 224.º n.º 7.º)

Art. 1390.º Mas se, por acaso, o menor não tiver quem o represente, observar-se-ha o seguinte:

1.º Se o menor não exceder dez annos de idade, sendo do sexo masculino, e doze, sendo do feminino, só será obrigado o amo aos alimentos;

2.º Se exceder esta idade, vencerá tudo o que for de costume na terra, relativamente aos serviçaes da mesma condição e idade.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 177.º)
2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1374.º)

SECÇÃO II

DO SERVIÇO SALARIADO

Art. 1391.º Serviço salariado é o que presta qualquer individuo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario.

(Vid. nota ao artigo 538.º)

Art. 1392.º O serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida. Se assim o não fizer, poderá ser despedido antes que finde o dia, pagando-se-lhe as horas de serviço prestado.

(Vid. nota ao artigo 1376.º)

Art. 1393.º O servido é obrigado a satisfazer a retribuição promettida, ou no fim da semana, ou no fim de cada dia, conforme a necessidade do assalariado.

§ unico. O preço da retribuição presume-se sempre estipulado em dinheiro, salvo havendo convenção expressa em contrario.

(Vid. nota ao artigo 538.º)

Art. 1394.º O serviçal, assalariado por dia, ou pelos dias necessarios para perfazer certo serviço, não póde abandonar o trabalho, nem o servido despedi-lo, antes que finde o dito dia ou dias, não havendo justa causa.

§ unico. Se o serviçal, ou o servido, fizerem o contrario, aquelle perderá o salario vencido, e este será obrigado a paga-lo por inteiro, como se fôra feito.

(Vid. nota ao artigo 1376.º)

Art. 1395.º Se o trabalho ajustado por certos dias, ou emquanto durar a obra, for interrompido por caso fortuito ou força maior, nem por isso ficará o servido desobrigado de pagar o trabalho feito.

Se o mau tempo, por exemplo, obstar á continuação do trabalho, ou á conclusão da obra, o serviçal terá todavia direito á paga do serviço feito, vistoque o trabalho se não interrompeu por culpa d'elle; entra a regra «*casus nemo praestat*».

No projecto primitivo vinha um artigo antes do correspondente ao artigo 1395.º do codigo, que, depois das modificações feitas pela commissão revisora se achava no projecto de 1864, redigido nos seguintes termos: «No caso de disputa entre os interessados sobre a procedencia ou improcedencia da causa será a questão resolvida por juizo de arbitros, quando o preferirem ambas as partes ou uma d'ellas sómente, sendo a decisão homologada sem recurso pelo juiz eleito, ou resolvida por este quando nenhuma das partes achar conveniente aquelle juizo. § unico. O processo para a escolha dos arbitros, compromisso e mais actos do juizo arbitral, terá logar verbalmente perante o juiz eleito.»

Nos trabalhos da ultima revisão porém foi eliminado este artigo, talvez por conter materia de processo, ou por ser extremamente injusta a sua doutrina.

SECÇÃO III

DAS EMPREITADAS

Art. 1396.º Dá-se o contrato de empreitada, quando algum, ou alguns individuos se encarregam de fazer certa obra para outrem, com materiaes subministrados, quer pelo dono da obra, quer pelo empreiteiro, mediante certa retribuição proporcionada á quantidade do trabalho executado.

Art. 1397.º Se o empreiteiro, ou empreiteiros se obrigarem a subministrar o lavor e os materiaes, todo o risco da obra correrá por conta dos empreiteiros, até ao acto da entrega, salvo se houver mora da parte do dono da obra em recebe-la, ou convenção expressa em contrario.

Art. 1398.º Se a empreitada for unicamente de lavor, todo o risco será por conta do dono, excepto se houver mora, culpa ou impericia dos empreiteiros, ou se, conhecendo a má qualidade dos materiaes, não tiverem prevenido o dono da obra do risco, a que, empregando-os, ficaria exposta.

(Vid. artigo 1408.º) Nas empreitadas de trabalho, como na construcção de edificios, póde estipular-se que o empreiteiro forneça o trabalho e os materiaes, ou unicamente o trabalho.

No artigo 515.º estatue o codigo commercial que quando qualquer se encarrega de fazer uma obra, póde convencionar o fornecer sómente o seu trabalho ou industria, ou prestar-se igualmente a fornecer a materia, e que só n'este ultimo caso é que tem o nome de *empreitada.*

Pelo codigo civil porém em ambos os casos se denomina *empreitada.*

Se o empreiteiro fornece trabalho e materiaes todo o risco é por conta d'elle, porque o contrato assemelha-se n'este caso á venda pelo facto de elle se ter obrigado a entregar pelo preço convindo um todo, que haveria de resultar do material e do trabalho reunidos. É o empreiteiro pois o verdadeiro proprietario da cousa, e entra por isso a regra *«res suo domino perit».*

Igual disposição se encontra no artigo 516.º do codigo de commercio.

Se porém o empreiteiro entra só com a industria, corre o risco por conta do proprietario, cujos são os materiaes, pela mesma citada regra *«res suo domino perit.»*

É tambem a disposição do artigo 517.º do codigo commercial.

Exceptua-se o caso de mora n'uma e n'outra hypothese, porque um dos effeitos da mora é passar o perigo da cousa para o moroso. Assim na primeira hypothese deixa de correr o risco por conta do empreiteiro, se houve mora da parte do dono da obra em recebê-la; e na segunda deixa tambem de correr o perigo por conta do dono da obra se houve mora da parte do empreiteiro na entrega, ou culpa e impericia no trabalho, commettendo o empreiteiro erros de officio, que prejudiquem a conservação da obra.

Ainda na hypothese de ser unicamente de lavor a empreitada passa o risco para o empreiteiro tambem, se este, conhecendo a má qualidade dos materiaes, não preveniu o dono da obra do perigo, a que ficava sujeita, sendo feita com aquelles materiaes.

Em todo o caso, e aindaque não seja rejeitada a obra, o empreiteiro de lavor responde por todas as consequencias da sua impericia, como por inutilisar ou deteriorar os materiaes, ou por não fazer a obra conforme o risco e medidas, artigo 1408.º

Em a nota ao artigo 1439.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1408.º do codigo, lê-se o seguinte: «O sr. Marreca propoz que se acrescentasse uma nova secção intitulada «*Dos serviços prestados no exercicio das artes liberaes*», contendo o seguinte:

«Artigo ... *Os honorarios dos que exercem profissões liberaes serão ajustados entre os que prestam essa especie de serviços, e os que os recebem.*

«§ unico. *Em falta de ajuste os tribunaes arbitrarão os honorarios pela taxa da terra. Esta taxa comtudo poderá ser modificada, tendo attenção á importancia especial do serviço prestado, á reputação do que o prestou, e á fortuna do que o recebeu.*

«A commissão porém, tendo adiado o exame d'esta proposta, não chegou a tomar deliberação alguma ácerca d'ella.»

Porém a final foi considerada, e convertida em preceito legal nos termos em que se encontra no artigo 1409.º

Supponhâmos porém, ainda n'esta hypothese, que a obra se destruiu antes de ser entregue, sem haver culpa, nem da parte do dono nem da parte do empreiteiro, perderá o empreiteiro o seu trabalho, assim como o dono da obra perde os materiaes?

Não regula o nosso codigo esta hypothese, que estava aliás prevenida no artigo 1790.º do codigo civil francez, e no artigo 1531.º do projecto de codigo civil hespanhol.

O mais rasoavel porém é que cada um dos contrahentes supporte o prejuizo da cousa que lhe pertence, perdendo o dono da obra os materiaes que eram seus, e o empreiteiro o trabalho, de que era proprietario até entregar a obra.

Se na destruição da obra houve culpa do dono, como por ter fornecido materiaes de má qualidade, que o empreiteiro não conheceu, tem este direito a exigir a remuneração do seu trabalho, como decidem nos artigos citados o codigo civil francez e o projecto de codigo civil hespanhol.

O codigo de commercio dispõe no artigo 518.º que, no caso de o empreiteiro ter fornecido só o seu trabalho, se a cousa vem a perecer sem culpa da parte d'elle antes que a obra fosse recebida, e sem que o encommendador estivesse em mora, o empreiteiro não tem salario algum a reclamar, uma vez que a cousa não perecesse por vicio proprio; e no artigo 519.º determina que, se o objecto tomado de empreitada perece em todo, ou em parte, por vicio de construcção, o empreiteiro é responsavel por perdas e damnos, para com o proprietario. Julgâmos estes preceitos applicaveis ás empreitadas civis, em vista do artigo 16.º do codigo civil, que manda regular as hypotheses omissas pelos casos analogos prevenidos em outras leis.

As doutrinas d'estes artigos e de mais alguns d'esta secção cortaram completamente as questões que se ventilavam no nosso fôro sobre a natureza commercial ou civil de alguns actos, que cáem debaixo das provisões dos mesmos artigos. Quanto aos empreiteiros, que alugavam os seus serviços, sem idéa ou possibilidade de revenda, é certo que o acto não podia dizer-se commercial. Mas a construcção por parte do dono da obra poderia ser objecto de especulação mercantil.

No entretanto em vista do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu sanção ao codigo, e pela regra de que em caso de duvida se presume ordinaria, e não excepcional, a jurisdicção todas as empreitadas, que podem cair debaixo da esphera d'estes artigos, são actos civis, e da competencia exclusiva dos tribunaes ordinarios.

Art. 1399.º Nos contratos de empreitada de edificios ou de outras construcções consideraveis, o empreiteiro de materiaes e de execução será responsavel, pelo espaço de cinco annos, pela segurança e solidez do edificio ou construcção, tanto em rasão da qualidade dos materiaes, como da firmeza do solo, excepto se houver prevenido com tempo o dono da obra de não achar o dito solo sufficientemente firme.

O empreiteiro de lavor e de materiaes em construcções consideraveis ainda depois da entrega da obra responde durante cinco annos pelo vicio da construcção, porque está obrigado pela sua profissão, não só a saber construir um edificio bom e solido, mas tambem a conhecer se o solo podia ou não sustentar o edificio.

Assim o empreiteiro de obras consideraveis é responsavel, não só pelos vicios que se manifestam até ao acto da entrega, mas tambem pelos que se manifestarem nos cinco annos immediatos. Porém, ainda que a obra seja de pequena consideração, se se provar dolo da parte do empreiteiro, responde elle tambem pelos vicios que posteriormente apparecerem.

A responsabilidade comminada no artigo ao empreiteiro subsiste ainda mesmo que a obra tenha sido approvada por declaração de peritos.

O projecto primitivo salvava o empreiteiro de responsabilidade no caso de ter sido approvada a obra por peritos. Mas a commissão revisora com rasão alterou esta doutrina, porque é impossivel conhecer a má qualidade de certos materiaes, e todos os vicios occultos da construcção, logoque ella sáe das mãos dos operarios.

Nem seria necessario marcar um certo praso posterior á obra, dentro do qual durasse a responsabilidade do empreiteiro, logoque se lhe facultasse o entrega-la sem responsabilidade futura mediante a vistoria por peritos.

Da comparação d'este artigo com o anterior deprehende-se que o empreiteiro só é responsavel pelo risco da obra em rasão da má qualidade dos materiaes quando a *conhecer*, e não prevenir o dono, e que é sempre responsavel por não o ter avisado da pouca firmeza do terreno, ou a conhecesse ou não. Presume-se que o empreiteiro devia sempre conhecer a natureza do solo em que a obra se fazia.

Os cinco annos contam-se desde a entrega da obra; e, para proceder a acção, não basta que os prejuizos appareçam dentro d'este periodo, é essencial tambem que a acção seja posta em juizo dentro d'este praso.

O empreiteiro responde igualmente pelos factos das pessoas que emprega na obra, como com rasão dispõe o codigo de commercio no artigo 523.º

Art. 1400.º Não se tendo assignado praso para a conclusão da obra, é o empreiteiro obrigado a conclui-la no tempo que rasoavelmente for necessario para esse fim.

O codigo estabelece um principio de eterna justiça para regular a hypothese de não se ter convencionado praso para a conclusão da obra.

Na falta de convenção sobre o praso para a conclusão da obra não fica ao arbitrio do empreiteiro o adia-la indefinidamente. Por meio de arbitros póde marcar-se-lhe praso rasoavel dentro do qual a deva concluir sob pena de perdas e damnos ou de rescisão do contrato.

No projecto primitivo seguia-se ao artigo correspondente a este o seguinte: «O empreiteiro que não der a obra feita no devido tempo, será responsavel por perdas e damnos». A commissão revisora porém eliminou-o logo nos trabalhos da primeira revisão, de certo por escusado.

Art. 1401.º O empreiteiro, que se encarregar de executar planta, desenho ou descripção de qualquer obra, por preço determinado, não terá direito de exigir mais cousa alguma, aindaque o preço dos materiaes ou dos jornaes augmente, e ainda que se tenha feito alguma alteração na obra, em relação á planta, ao desenho ou á descripção, se essa alteração e o custo d'ella não foram convencionados por escripto com o dono da obra.

É a repetição do disposto no artigo 520.º do nosso codigo commercial e no artigo 1793.º do codigo civil francez. O projecto primitivo no artigo correspondente (1464.º) continha só a primeira parte do artigo até ás palavras «*ou dos jornaes augmente*». Notou-se immediatamente logo a necessidade de reproduzir no artigo a disposição completa do nosso codigo commercial e do codigo civil francez, indicação que foi adoptada pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, devendo-se porém á ultima revisão a redacção que hoje tem o artigo no codigo.

Este artigo é destinado a prevenir grandes abusos por parte dos empreiteiros. Desde que estes se encarregaram da construcção da obra por certo plano ajustado e convindo, só depois fizerem algumas mudanças n'esse plano, não podem pedir augmento de preço se essas mudanças não foram auctorisadas por escripto pelo dono da obra. Os empreiteiros pretextavam e faziam mudanças no plano da obra, e pediam augmento de preço, invocando a maxima constante de que ninguem deve enriquecer á custa alheia, e allegavam não poucas vezes que os donos da obra haviam approvado aquellas mudanças expressa ou tacitamente, ainda que não por escripto. Queixavam-se com rasão os donos da obra de não terem consentido nas alterações do plano, e de não poderem fazer desembolsos maiores do que os que haviam calculado quando ajustaram a construcção. Por isso o codigo não admitte estas exigencias, senão tendo o proprietario consentido na alteração do plano e no preço, e havendo prova escripta d'esse consentimento.

Verdade seja que podem dar-se casos extraordinarios em que o augmento do preço seja rasoavel, como se ao abrir os alicerces se encontrassem obras ou edificios subterraneos que fosse indispensavel destruir e mudar depois os materiaes; e Rogron em a nota ao artigo 1793.º do codigo civil francez é de opinião que o empreiteiro póde n'este caso recorrer a juizo para lhe ser augmentado o preço, se o dono da obra não quizer amigavelmente augmenta-lo.

Porém, nem o artigo do codigo civil francez, nem o do nosso se prestam a similhante interpretação, de mais contraria ao pensamento do legislador que quiz acabar com todos os pretextos de augmento de preço contra vontade do dono da obra depois d'esta ter sido ajustada,

bem como o seu custo, e não estando no poder de uma só das partes o resolver os contratos legalmente celebrados.

A alta dos materiaes e dos jornaes não póde servir de fundamento ao empreiteiro para augmento de preço, assim como a baixa não poderia servir de fundamento ao dono da obra para pedir a diminuição de custo. N'este contrato, apesar de commutativo, ha sempre uma parte aleatoria, a cujas consequencias as partes hão de sujeitar-se; e os empreiteiros podem acautelar por clausulas expressas na convenção quaesquer prejuizos que possam sobrevir-lhes de ficarem sujeitos ás disposições do codigo.

Em accordão de 10 de maio de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 26, julgou a relação do Porto que o empreiteiro não tem direito a exigir do dono da obra os augmentos feitos fóra das condições prescriptas no artigo 1401.º, e que aindaque tivesse direito a exigi-lo, não tinha direito a abandonar a obra deixando de a ultimar por falta de pagamento, vista a disposição do artigo 1406.º, e que portanto o dono da obra podia mandar conclui-la nos termos do artigo 712.º

Art. 1402.º O dono da obra póde desistir da empreitada começada, comtantoque indemnise o empreiteiro de todos os seus gastos e trabalho, e do proveito que elle empreiteiro poderia tirar da obra.

Este artigo é uma excepção ao principio geral de que os contratos só se resolvem pelo mutuo consentimento das partes, mas dictada no interesse de uma das partes sem prejuizo da outra. Póde acontecer que a obra, ao principio reputada necessaria ou util, deixe de o ser por circumstancias supervenientes; e a lei devia evitar que o proprietario, cuja fortuna se acha repentinamente compromettida por successos imprevistos, se arruinasse completamente com trabalhos muito dispendiosos. Por isso concede ao dono da obra a faculdade consignada n'este artigo.

O empreiteiro nada perde, porque se lhe dá tudo o que elle poderia lucrar depois de concluida a obra.

O preceito d'este artigo é a reproducção do disposto no artigo 521.º do codigo de commercio.

Art. 1403.º Se o empreiteiro fallecer, poderá o contrato ser rescindido; mas deverá o dono da obra indemnisar os herdeiros do dito empreiteiro, do trabalho e das despezas feitas.

§ unico. Vigorará a mesma disposição, quando o empreiteiro não podér ultimar a obra, por impedimento independente de sua vontade.

Art. 1404.º O contrato de empreitada não se rescinde por fallecimento do dono da obra. Os herdeiros d'este são obrigados a cumpri-lo.

(Vid. nota ao artigo 1300.º)

Art. 1405.º Os que trabalharem por conta do empreiteiro, ou lhe subministrarem materiaes para a obra, não terão acção contra o dono d'ella, senão até á quantia de que este for devedor ao empreiteiro. Se o dono da obra antecipar, a favor do empreiteiro, as epochas do pagamento estipuladas no contrato, tanto os vendedores de materiaes, como os operarios terão acção contra o dono da obra pelo que se lhes dever, até a quantia cujo pagamento este antecipou.

Nem os fornecedores de materiaes, nem os operarios contrataram cousa alguma com o dono da obra, mas sim com o empreiteiro, e por isso é contra este e não contra aquelle que hão de deduzir as suas reclamações. No entanto como favor e equidade para com os que cooperaram na obra, ou com materiaes ou com industria, permitte-se-lhes o demandarem o dono da obra até ao montante do que dever ao empreiteiro ao tempo da instauração da acção, como dispõe o codigo de commercio no artigo 524.º; porque n'este caso pede-se verdadeiramente o que pertence ao empreiteiro e não o que é do dono da obra.

O codigo considera como não feitos, relativamente aos operarios e aos fornecedores de materiaes, os pagamentos antecipados, porque esta antecipação quebra uma das garantias de pagamento de que elles gosavam, e póde ser feita dolosamente para os prejudicar. E, comquanto seja dura esta disposição, quando a antecipação for feita de boa fé, é certo que o dono da obra conhecendo a disposição da lei revela má fé pelo facto de a contravir.

A celebração porém de um contrato de sociedade entre o empreiteiro e um terceiro, sem intervenção do dono da obra, não póde invocar-se, nem ter effeito contra este, que fica sempre directamente obrigado para com o mesmo empreiteiro; e o que contratou com o empreiteiro não póde oppor-se em juizo a que o dono da obra pague áquelle o preço da empreitada a titulo de assistente, porque a opposição é prohibida pelo artigo 323.º da novissima reforma judicial, competindo-lhe apenas usar dos meios ordinarios. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 26 de junho de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 33, 4.º anno.

O segundo periodo do artigo não vinha no projecto primitivo, mas foi acrescentado pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, como garantia dos direitos dos fornecedores de materiaes ou de mão de obra.

Art. 1406.º O preço da empreitada será pago na entrega da obra, salvo o costume da terra ou qualquer convenção em contrario.

Como o preço é devido pela obra, emquanto esta não for entregue não ha rasão para o pedir.

Art. 1407.º O empreiteiro de qualquer obra mobiliaria tem o direito de a reter, emquanto não for pago do preço.

(Vid. nota ao artigo 498.º)

Art. 1408.º O empreiteiro de lavor que, por sua impericia, inutilisar ou deteriorar os materiaes subministrados, ou não fizer a obra conforme o risco e medidas, que lhe forem dados, responderá por todos os prejuizos que causar, aindaque a obra lhe não seja rejeitada.

(Vid. nota ao artigo 1398.º)

SECÇÃO IV

DOS SERVIÇOS PRESTADOS NO EXERCICIO DAS ARTES E PROFISSÕES LIBERAES

Art. 1409.º Os vencimentos dos que exercem artes e profissões liberaes, serão ajustados entre os que prestarem essa especie de serviços, e os que os receberem.

§ unico. Em falta de ajuste, os tribunaes arbitrarão os vencimentos, conforme o costume da terra. A verba dos vencimentos regulada por este costume poderá, comtudo, ser modificada, tendo attenção á importancia especial do serviço, á reputação de quem o houver prestado, e ás posses de quem o houver recebido.

Este artigo não vinha no projecto primitivo. Foi introduzido pela commissão revisora sob proposta do sr. Marreca, como já dissemos. Os vencimentos, por exemplo, por um discurso serão ajustados entre o orador e o que lh'o encommenda. Na falta de ajuste deve fazer-se um arbitramento segundo o costume da terra; mas este costume deve ser subordinado á natureza especial do serviço, á fama do orador e aos recursos de quem lhe encommendou o discurso. São rasoaveis as disposições do artigo, e vão de harmonia com o preceituado no artigo 1374.º

SECÇÃO V

DA RECOVAGEM, BARCAGEM E ALQUILARIA

Art. 1410.º Diz-se recovagem, barcagem e alquilaria o contrato, por que qualquer ou quaesquer pessoas se obrigam a transportar, por agua ou por terra, quaesquer pessoas, ou animaes, alfaias ou mercadorias de outrem.

Art. 1411.º Este contrato será regulado pelas leis commerciaes, e pelos regulamentos administrativos, se os conductores tiverem constituido alguma empreza ou companhia regular e permanente. Em qualquer outro caso, observar-se-hão as regras geraes dos contratos civis, com as modificações expressas na presente secção.

Art. 1412.º Os recoveiros e barqueiros serão havidos, para todos os effeitos, por depositarios dos objectos conduzidos, desde o momento em que estes lhes forem entregues.

O codigo, depois de definir o que é recovagem, barcagem e alquilaria, determina a jurisdicção a que similhantes estão sujeitos; e estabelece as disposições communs á recovagem e á barcagem, e as disposições privativas da alquilaria. Em regra todas as questões emergentes d'estes actos hão de ser discutidas nos tribunaes civis, mas por excepção pertencem á jurisdicção mercantil, quando os recoveiros, barqueiros e alquiladores tiverem companhia ou empreza regular para o desempenho do seu mister. Assim vae o codigo civil de accordo com o prescripto no codigo de commercio, artigo 204.º n.º 5.º

Se pois os conductores tiverem estabelecido empreza regular e permanente serão os seus direitos e obrigações regidos pelas leis commerciaes. Se a não tiverem constituido ficam sujeitos ás disposições das leis civis.

O codigo de commercio tem uma secção, que se inscreve «*dos commissarios dos transportes e dos recoveiros*», e que abrange os artigos 170.º a 202.º; e no artigo 171.º falla do *almocreve*, como recoveiro, porque effectivamente é aos almocreves que têem mais applicação as disposições relativas aos recoveiros.

Os recoveiros e os barqueiros que não constituem empreza regular, e que estão por isso sujeitos ás disposições das leis civis, são considerados para todos os effeitos como depositarios, com os direitos e obrigações d'estes, artigos 1435.º e seguintes. N'este caso é o deposito consequencia necessaria da natureza dos serviços prestados pelos conductores, a quem se impõem rigorosas responsabilidades no interesse do transito e do commercio.

Igual responsabilidade tem o albergueiro, artigo 1420.º Esta responsabilidade, que á primeira vista parece rigorosa, é de ordem publica, necessaria para segurança dos viajantes e albergados, e base solida da prosperidade dos proprios albergueiros. A confiança que elles inspiram pelas obrigações a que as leis os sujeitam facilita e multiplica as viagens, e attrahe aos estabelecimentos de albergaria.

A responsabilidade dos recoveiros e dos barqueiros começa no momento da entrega, como os principios juridicos indicam, e a commissão revisora decidiu, segundo se lê em a nota ao artigo 1442.º do projecto de 1863.

No projecto primitivo, em vez do artigo 1412.º, que hoje se lê no codigo, vinha o seguinte: «Os recoveiros e barqueiros são responsaveis pela damnificação ou estravio que soffrerem os objectos conduzidos, excepto se provarem que o prejuizo ou estravio teve logar por caso fortuito, força maior ou vicio dos mesmos objectos».

A commissão revisora porém resolveu, como se mostra da referida nota ao artigo 1442.º do projecto de 1863, que se consignassem em artigos as seguintes idéas, que estão effectivamente consignadas no artigo 1412.º: 1.ª, que a responsabilidade dos recoveiros e barqueiros principia no momento da entrega; 2.ª, que serão para todos os effeitos considerados como depositarios dos objectos transportados. As emendas introduzidas pela commissão revisora acrescentaram apenas a circumstancia, aliás importante, de sujeitar os recoveiros e barqueiros ás condições que regem os depositarios.

Em vista da disposição do artigo 1412.º, que só se refere ao recoveiro e ao barqueiro, os conductores de carruagens não respondem como depositarios pelos objectos do passageiro?

Cremos que os conductores de carruagens estão comprehendidos na palavra «*recoveiro*», porque o termo «*alquilador*» refere-se unicamente ao alugador de animaes para andar a cavallo e não ao que transporta as pessoas em trens, onde podem ir bagagens, pelas quaes o conductor como recoveiro responde nos mesmos termos que o depositario.

Art. 1413.º O recoveiro ou barqueiro terá direito a haver, no momento da entrega dos objectos, ou em que concluir o serviço, o preço convencionado, ou do costume, e quaesquer despezas a que a conducção dos objectos tiver dado causa, se por convenção ou costume não são incluidas no frete.

(Vid. artigo 1415.º) O recoveiro ou barqueiro paga-se do preço ajustado ou do costume, e de todas as despezas feitas com o transporte, umas vezes no momento da entrega dos objectos, e outras depois de concluido o serviço; assim como é obrigado a prestar o serviço no tempo convencionado, e responde por todas as perdas e damnos, se assim o não fizer, salvo caso fortuito, pela regra *casus nemo praestat.*

N'este artigo ha apenas a notar a faculdade que a lei concede ao recoveiro ou barqueiro de haver o pagamento da sua retribuição logo na occasião da entrega dos objectos, sem ser obrigado a esperar pela conclusão do serviço. Não concede o codigo ao alquilador a mesma faculdade se este a não estipular.

Os recoveiros e barqueiros gosam de mais vantagens do que os alquiladores, mas tambem estão sujeitos a maiores responsabilidades.

Art. 1414.º O recoveiro e o barqueiro gosam do direito de retenção dos objectos conduzidos.

(Vid. notas aos artigos 498.º e 882.º)

Art. 1415.º O recoveiro ou barqueiro é obrigado a fazer o serviço, no tempo convencionado, e responderá, se assim o não fizer, por perdas e damnos, excepto se for impedido por caso fortuito ou força maior.

(Vid. nota ao artigo 1413.º)

Art. 1416.º O alquilador deve declarar as manhas, ou os defeitos das cavalgaduras, e responderá pelos damnos e prejuizos que resultarem da falta d'esta declaração.

Art. 1417.º Se as cavalgaduras morrerem ou se arruinarem durante o serviço, será a perda por conta do alquilador, se não provar que houve culpa da parte do alugador.

Art. 1418.º Se o alquilador alugar para certos serviços cavalgaduras, que não os possam prestar por defeito preexistente, conhecido do mesmo alquilador, mas não do alugador, responderá pelas perdas e damnos, a que tiver dado causa pela sua má fé.

Assim como os quatro artigos anteriores se referiam exclusivamente ao recoveiro e ao barqueiro, referem-se estes tres unicamente ao alquilador. Este responde por quaesquer prejuizos resultantes de não declarar ao alugador os defeitos dos animaes, porque cada um responde pelo seu dolo. Se porém as manhas ou defeitos eram conhecidas tambem do alugador, e, apesar d'isso, elle entrou no contrato, *sibi imputet* quaesquer perdas e damnos que resultem d'essas manhas ou defeitos, pelos quaes o alquilador não responde, porque o alugador os conhecia. Aproveitando-se o alugador dos animaes, apesar de lhes conhecer as manhas, tomou sobre si a responsabilidade dos damnos que d'ahi lhe proviessem. A morte ou a deterioração das cavalgaduras é por conta do alquilador em virtude da regra geral *res suo domino perit,* salvo culpa da parte do alugador, pela qual este responde.

SECÇÃO VI

DO CONTRATO DE ALBERGARIA OU POUSADA

Art. 1419.º Dá-se contrato de albergaria, quando alguem presta a outrem albergue e alimento, ou só albergue, mediante a retribuição ajustada ou do costume.

§ unico. Este contrato deduz-se de factos, sem necessidade de estipulação expressa, quando o que presta albergue é albergueiro por officio.

A doutrina d'esta secção, que no projecto primitivo vinha collocada depois da materia da aprendizagem, logo na primeira revisão teve a collocação que agora conserva no codigo.

A maior parte das obrigações do albergueiro estão determinadas na legislação administrativa. A lei civil encara este objecto unicamente na essencia da convenção. Determina as condições da formação do contrato, e os direitos e as obrigações civis que d'elle derivam. Este contrato quasi sempre se deduz de factos quando o albergueiro é de profissão. O hospede que entra na hospedaria presta-se, independentemente de accordo com o dono, a satisfazer pelo albergue os preços do costume.

Art. 1420.º O albergueiro é responsavel, como se fôra depositario, pela bagagem, ou por quaesquer alfaias, que o hospede haja recolhido na pousada.

§ unico. Se, porém, forem cousas de pequeno valor e faceis de sumir, deverá o hospede recommenda-las á guarda do albergueiro, aliás não responderá este pelo extravio ou deterioração d'ellas, não se provando culpa da sua parte.

(Vid. nota ao artigo 1412.º e artigo 1435.º) O legislador, reconhecendo a obrigação que tem o albergueiro de vigiar e guardar as cousas do hospede, como se foram suas proprias, declara-o depositario da bagagem e das alfaias, para lhe impor responsabilidade no caso de extravio ou deterioração, independentemente de qualquer recommendação, que o hospede lhe faça.

Se porém essa bagagem ou alfaias representam pequeno valor, e são faceis de sumir, então só é responsavel o albergueiro, recommendando-lhe o hospede expressamente a sua guarda.

Portanto o albergueiro não se defende da responsabilidade com a allegação de falta de dolo ou de culpa, mas simples e unicamente, allegando força maior, ou culpa do hospede.

O direito concedido ao hospede n'este artigo não é julgado procedente sem elle provar que a subtracção dos objectos, que lhe pertenciam, teve logar effectivamente na hospedaria.

O albergueiro, assim como responde pela bagagem e pelas alfaias do hospede, independentemente de se lhe provar culpa ou dolo, responde tambem por qualquer porção de dinheiro, ou valores de credito, que o hospede trouxesse, e lhe não declarasse? O artigo não resolve esta hypothese, e devendo interpretar-se as obrigações, em caso de duvida, no sentido mais favoravel ao obrigado, cremos que o albergueiro não terá responsabilidade pelo extravio, se o hospede o não

preveniu a fim de elle tomar todas as cautelas para a segurança e guarda d'aquelles valores, salvo dolo ou culpa da parte do albergueiro.

Verdade seja que o dinheiro póde ser de grande valor. Mas se for facil de sumir-se, por ser um pequeno volume, não póde o albergueiro ser responsavel pelo extravio, como é quanto ás bagagens e alfaias, que perfeitamente se vêem, e podem acautelar-se, independentemente de quaesquer prevenções ou recommendações do dono.

É a opinião que nos parece mais rasoavel, comquanto não seja talvez a mais conforme á letra do codigo.

Art. 1421.º O albergueiro responde, igualmente, pelos damnos que os proprios creados, serviçaes, ou qualquer estranho por elle albergado, causarem, salvo o regresso contra estes.

Art. 1422.º O albergueiro não é, todavia, responsavel pelos damnos provenientes de culpa do hospede, de força maior, ou de caso fortuito, para os quaes de nenhum modo haja concorrido.

(Vid. artigos 2380.º e 2381.º) Não responde o albergueiro pelos damnos causados por força maior, como por incendio, inundação, etc., porque *casus nemo praestat;* nem pelos provenientes de culpa do hospede, como se elle deixou aberta a porta do quarto, devendo te-la fechado, etc., porque *sibi imputet* os prejuizos resultantes do seu descuido.

Responde todavia o albergueiro pelos damnos causados pelos *serviçaes*, domesticos ou assalariados, ou por quaesquer pessoas empregadas no seu serviço, artigo 2380.º, vistoque foi elle quem os escolheu, e n'essa escolha devia ter toda a cautela.

A regra é «*habitator suam suorumque culpam praestare debet*».

O projecto primitivo no artigo 1491.º, correspondente ao artigo 1421.º do codigo, responsabilisava o albergueiro pelos *domesticos;* redacção esta que foi conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e só no ultimo alterada. A alteração porém é justa. O albergueiro deve responder pelos seus commissionados, ou estes vivam ou não de portas a dentro; isto é, deve responder *por quaesquer pessoas encarregadas de certos serviços ou commissões,* como expressamente determina o artigo 2380.º, e tambem determinava o projecto primitivo no artigo 2655.º, correspondente a este. A rasão da responsabilidade é a mesma em todos estes casos.

Tambem responde pelo damno causado por *estranhos* que estejam ou venham á estalagem, mas só quando os receber *sem cumprir os regulamentos policiaes,* como dispõe mui terminantemente o artigo 2381.º

O artigo 1421.º, que teve por fonte o artigo 1690.º do projecto de codigo civil hespanhol, reproduz exactamente a disposição d'este artigo, com relação aos estranhos, responsabilisando o albergueiro pelos damnos causados por estes, sem restricção alguma.

O artigo 2381.º, que teve por fonte o artigo 116.º do nosso codigo penal, responsabilisa o albergueiro pelos damnos causados por estranho, unicamente quando este se acha albergado sem cumprimento, por parte do albergueiro, dos regulamentos policiaes, differindo apenas do referido artigo do codigo penal, em que este só responsabilisava o albergueiro pelo damno causado por estranho, que fosse albergado por mais de vinte e quatro horas, quando o codigo civil o responsabilisa, qualquer que fosse a duração da pousada, ou excedesse ou não as vinte e quatro horas.

N'esta differença de disposições entre os artigos 1421.º e 2381.º deve observar-se o segundo artigo, como mais favoravel ao responsavel e obrigado, porque em caso de duvida e de collisão deve seguir-se a regra «*odiosa restringenda*».

Esta antinomia vinha já do projecto primitivo, como se mostra dos artigos 1491.º e 2656.º, correspondentes aos artigos 1421.º e 2381.º do codigo.

No projecto primitivo porém não era tão palpitante esta desharmonia, porque antes do artigo correspondente ao artigo 1420.º do codigo vinha o seguinte preceito, que a commissão revisora eliminou logo nos trabalhos da primeira revisão: «Os albergadores de profissão são obrigados a conformar-se com os regulamentos administrativos, debaixo das penas comminadas no codigo penal, ou nos ditos regulamentos.»

Segue-se portanto que o albergueiro só responde pelos damnos causados por estranhos, quando deixou de dar parte á auctoridade policial, nos termos das disposições vigentes, do estranho que albergára.

Se o albergueiro teve o cuidado de participar na repartição competente o nome do estranho, ha os elementos precisos para o reconhecer, e para fazer correr sobre elle directamente a responsabilidade.

Desde que o hospede prove que o damno teve effectivamente logar na estalagem pertence ao albergueiro provar, para se defender, que o damno proveiu de culpa do hospede, de força maior, ou de estranho, a respeito de cuja pousada elle cumpriu os regulamentos policiaes.

Art. 1423.º Havendo contenda entre o albergueiro e o hospede, sobre a quantia da retribuição devida por este áquelle, o hospede satisfará, depositando perante a competente auctoridade judicial do logar, onde é situada a pousada, toda a quantia pedida.

§ unico. A contenda será resolvida, attendendo-se aos preços ordinarios da terra, quanto aos objectos ministrados, e aos serviços feitos ao hospede, e a divida liquidada será paga pela somma depositada. O excedente, havendo-o, terá a applicação que o depositante houver indicado, ou, na falta de indicação, continuará em deposito, até que o depositante venha ou mande recebe-lo.

Este artigo não tinha correspondente no projecto primitivo. Foi porém introduzido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, com a unica differença de que pelo artigo, como foi primitivamente formulado, e se encontra nos projectos de 1863 e de 1864, o deposito devia ser feito perante o juiz eleito da parochia do albergador; e este, tomando conhecimento summarissimo dos motivos da questão, fixava sem recurso a somma devida. A commissão revisora porém, nos trabalhos da ultima revisão, tirou da competencia exclusiva do juiz eleito o conhecimento d'estas questões, que ás vezes

podiam representar grandes valores, devendo assim ser julgadas em conformidade da lei geral, que regula as jurisdicções e as alçadas, e nos termos do processo commum.

O codigo, prevendo a hypothese de divergencia entre o albergueiro e o hospede, sobre o preço da pousada, e attendendo á necessidade que o hospede tem de saír antes de se resolver o litigio, determina que o hospede satisfará depositando a quantia pedida, para o albergueiro se pagar depois, pelo deposito, da quantia, que judicialmente lhe for arbitrada, dispondo o hospede do excedente do deposito, se houver excesso.

Este preceito concilia o direito do hospede, a quem garante o não pagar a arbitro do albergueiro quantias exorbitantes, com o direito do albergueiro, que não tem obrigação de ir demandar o hospede á sua localidade, pelo facto d'elle se recusar a pagar-lhe a importancia da pousada.

A redacção do preceito do artigo porém presta-se a muitas e importantes duvidas.

Em primeiro logar, se o hospede quizer saír da terra, sem fazer o deposito, poderá o albergueiro recorrer á auctoridade administrativa ou á judicial para o reter até elle effectuar o deposito?

Não concede a lei esta faculdade ao albergueiro, a qual não póde admittir-se, sem vir expressamente reconhecida na lei. Ha arresto de cousas, e não arresto de pessoas.

O direito de retenção na bagagem e nas alfaias do hospede até se pagar tambem a lei não concede ao albergueiro. Terá de recorrer ao embargo, se podér provar os respectivos elementos d'este meio juridico, e tiver tempo para o fazer decretar, pagando-se depois pelo producto do seu credito, que é privilegiado nos termos do artigo 882.º

Porém o arresto só poderá abranger as alfaias, e não a bagagem, que for necessaria para cama e vestuario do executado e sua familia; porque sobre estes objectos não póde recair penhora, visto os termos do artigo 590.º § 3.º n.º 3.º da novissima reforma judicial. Sobre a bagagem do hospede, qualquer que seja a natureza d'ella, não tem o albergueiro credito privilegiado por despezas de pousada, como aliás tem no valor das alfaias, citado artigo 882.º

A questão do arbitramento do preço do albergue ha de ser disputada no logar do mesmo albergue, e perante a auctoridade judicial competente, segundo o valor da causa.

Verdadeiramente o favor que o artigo concede ao albergueiro é o da competencia do fôro para se tratarem as questões levantadas entre elle e o hospede por causa do preço da pousada. Se o hospede se ausentar sem ter pago, nem depositado, não gosa o albergueiro de outro favor, se não da competencia do foro.

É o que se infere do artigo do codigo, comquanto a redacção não seja sufficientemente expressa e clara em dar ao albergueiro a competencia de fôro no seu domicilio, no caso de o hospede se ausentar sem effectuar o deposito.

Porém o hospede tem ainda meio de illudir, ou, pelo menos, difficultar e muito a execução do direito do albergueiro, mesmo depois de feito o deposito; porque, se o hospede não quizer deixar procuração, e seguir longa viagem, póde tornar muito difficil a citação para os termos do processo, que não póde supprir-se em todos os casos pela citação edital. Convem que o codigo de processo regule expressamente estas hypotheses.

SECÇÃO VII

DA APRENDIZAGEM

Art. 1424.º Chama-se contrato de prestação de serviço de ensino, ou contrato de aprendizagem, aquelle que se celebra entre maiores, ou entre maiores e menores devidamente auctorisados, pelo qual uma das partes se obriga a ensinar á outra uma industria ou um officio.

(Vid. nota ao artigo 224.º n.º 7.º)

A auctorisação devida para o contrato de prestação de serviço de ensino a menores, de que trata o artigo 1424.º, pertence ao conselho de familia no caso de tutela, porque durante o patrio poder não ha conselho de familia, nota ao artigo 100.º

Art. 1425.º Este contrato só póde ser rescindido nos casos seguintes:

1.º Por inexecução das obrigações contrahidas por uma ou por outra parte;

2.º Por mau tratamento da parte do mestre;

3.º Por mau procedimento da parte do aprendiz.

§ unico. Nos diversos casos d'este artigo, haverá acção de indemnisação de perdas e damnos, contra o que der causa á rescisão do contrato.

1.º e § unico. (Vid. nota ao artigo 676.º)
2.º e 3.º (Vid. nota ao artigo 1381.º)

Art. 1426.º Póde ser rescindido todo e qualquer contrato d'esta especie, em que o aprendiz se tenha obrigado a trabalhar por tanto tempo, que o seu trabalho viria a valer mais do dobro da retribuição que rasoavelmente deveria dar ao mestre, pagando o ensino a dinheiro.

Esta disposição é destinada a evitar os abusos, que os mestres commettiam constantemente nos contratos de aprendizagem, obrigando os aprendizes a darem-lhes tanto tempo de trabalho, que equivaleria a mais do dobro do preço do ensino, se este fosse pago a dinheiro. A lesão disfarçada, que ia implicita n'este contrato, e a facilidade com que o aprendiz ou o seu representante se sujeitavam a um preço exagerado, por ser representado em trabalho, e não em réis, determinaram o legislador a consignar n'este artigo uma correcção contra similhantes abusos.

Art. 1427.º Nenhum aprendiz, antes dos quatorze annos, póde ser obrigado a trabalhar mais de nove horas em cada vinte e quatro; nem, antes dos dezoito, mais de doze.

Este artigo contém outra providencia destinada a evitar o abuso, que commettiam muitos mestres, obrigando os aprendizes a trabalhar em cada dia mais horas, do que a sua idade permittia, prejudicando-

lhes assim o desenvolvimento da sua organisação, e o seu bem estar physico. A commissão revisora deliberou, segundo se lê em a nota ao artigo 1458.º do projecto de 1863, e na acta da sessão de 15 de março de 1862, que as nove e doze horas, de que se trata no artigo, se entendem em cada vinte e quatro horas, contadas de meia noite a meia noite.

O artigo não vinha no projecto primitivo. Foi introduzido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão; e assim appareceu pela primeira vez no projecto de 1863, onde porém se fallava de nove horas *por dia*, que depois se emendou no sentido de serem nove e doze horas em cada vinte e quatro horas.

Tambem a commissão resolveu, segundo se lê em a nota ao artigo 1460.º do projecto referido, e na mencionada sessão da commissão revisora de 15 de março de 1862, ácerca de uma proposta do sr. Marreca, para que se estabelecessem algumas regras relativas ao tempo de trabalho dos operarios fabris, que, comquanto tal objecto fosse merecedor de attenção, comtudo não era este o logar proprio para ella, vistoque aqui se trata sómente da aprendizagem.

Art. 1428.º O mestre não poderá reter o aprendiz, alem do tempo convencionado ou do costume. Se o fizer sem novo ajuste, será obrigado a pagar-lhe o serviço que prestar.

(Vid. nota ao artigo 1276.º)

Art. 1429.º Se o aprendiz abandonar o mestre, sem justa causa, antes de acabado o tempo do ajuste, poderá o mestre demanda-lo, ou a pessoa que o haja abonado, ou que tenha contratado por elle, pela indemnisação do prejuizo, que lhe resultar da inexecução do contrato.

(Vid. nota ao artigo 1376.º)

Art. 1430.º Este contrato termina:

1.º Por morte do mestre ou do aprendiz;

2.º Por chamamento do mestre ou do aprendiz ao desempenho de serviço publico imposto por lei, o qual seja incompativel com a continuação da aprendizagem.

1.º (Vid. nota ao artigo 1300.º)

2.º (Vid. nota ao artigo 1377.º n.º 1.º)

SECÇÃO VIII

DO CONTRATO DE DEPOSITO

SUB-SECÇÃO I

DO CONTRATO DE DEPOSITO EM GERAL

Art. 1431.º Diz-se contrato de deposito aquelle, por que alguem se obriga a guardar e a restituir, quando lhe seja exigido, qualquer objecto movel, que de outrem receba.

Art. 1432.º Este contrato é de sua natureza gratuito, o que não impede, todavia, que o depositante possa convencionar a prestação de qualquer gratificação.

(Vid. artigo 1437.º) O codigo trata propriamente do deposito, que no nosso antigo direito se denominava voluntario, ou filho de contrato, ou antes do deposito extrajudicial; e não do deposito, chamado judicial, que é filho de despacho ou sentença do juiz, e que pela sua natureza deve reservar-se para o codigo de processo.

O deposito *forçado*, a que se refere o § 1.º do artigo 1434.º, e o deposito mencionado nos artigos 1412.º e 1420.º, como depositos extrajudiciaes, e em geral os depositos voluntarios, são regulados pelas disposições d'esta secção.

Segundo se lê na acta da sessão da commissão revisora de 15 de março de 1862 lembrou o sr. Ferreira Lima a conveniencia de tratar n'alguma parte do deposito, chamado universal; mas o sr. Seabra declarou que podia tratar-se d'esse objecto quando se tratasse da materia de damnos, com a qual tinha connexão.

O sr. Ferreira Lima de certo se referia ao deposito *miseravel*, e não ao deposito *universal*, devendo attribuir-se a erro a palavra «*universal*», que se lê nas actas impressas, a pagina 231.

O contrato do deposito, como pacto real, não existe sem que a cousa depositada esteja em poder do depositario pela tradição real ou ficta.

Pelo codigo de commercio, artigo 304.º, tambem este contrato se aperfeiçoa pela tradição real ou ficta da cousa depositada.

A definição de deposito, que se lê no artigo 304.º do nosso codigo de commercio, resume a doutrina d'estes dois artigos do codigo civil, porque é redigida nos seguintes termos: «Deposito é o contrato, pelo qual o depositador, quer dono, quer consensiente, dá em guarda uma cousa em especie ou quantidade, que o depositario recebe e acceita gratuitamente, com a obrigação de a restituir na mesma especie».

O deposito, que muitas vezes se toma pelo *contrato*, não poucas se toma pelo *objecto* depositado.

O codigo, seguindo a legislação franceza, declara a *gratuidade* um elemento *natural*, mas não essencial do contrato. Ainda que o deposito seja por natureza gratuito, porque é dictada a creação das suas obrigações pela amizade e confiança reciproca do depositante e do depositario, se porventura se estipular uma remuneração para o trabalho e cuidados do depositario, nem por isso o deposito degenera n'outra qualidade de contrato.

Entre nós os vogaes das juntas do deposito publico em Lisboa e Porto têem uma percentagem pela guarda e conservação dos objectos levados ao deposito em virtude do capitulo v do alvará de 21 de maio de 1751, e do § 16.º do alvará de 25 de agosto de 1774, que a lei de 10 de setembro de 1868 applicou aos depositarios das comarcas do continente, e ilhas adjacentes.

Por isso o depositario, sob pena de perdas e damnos não póde servir-se da cousa depositada sem permissão expressa do depositante. A cousa não está em poder do depositario senão como em casa do depositante: reputa-se que o depositario emprestou apenas o logar para ella; e portanto usando d'ella sem licença viola a fé devida ao contrato, artigo 1437.º

Mas não perde o contrato a sua natureza de deposito, para ficar sujeito ás regras de outra convenção, pelo facto do depositante permittir ao depositario o usar da cousa, como se lhe deixou em deposito um cavallo, e lhe permittiu servir-se d'elle.

Até no deposito commercial feito em casas bancarias, ou estabelecimentos para isso destinados, o depositario usa do deposito, quando

é em dinheiro, sendo apenas devedor da quantidade numerica nos termos do artigo 307.º do codigo de commercio.

Mas n'este caso o perigo e commodo da quantidade numerica de dinheiro depositado corre por conta do banqueiro, ou do depositario d'elle. Pela mesma rasão, consistindo o deposito em certa qualidade especifica de moedas para ser volvida a especie effectivamente depositada, o perigo e commodo da cousa certa e qualificada corre por conta do depositador, salvo o caso de culpa, negligencia, ou dolo do depositario, citado codigo de commercio, artigo 308.º

O deposito feito em bancos publicos determina-se em seus effeitos pela lei de sua instituição, como dispõe o codigo commercial no artigo 311.º

O objecto do deposito são unicamente cousas *moveis*, porque o fim do deposito é a guarda e entrega da cousa, para que o depositante possa encontra-la em poder do depositario, quando d'ella precise; e um edificio ou predio rustico não é preciso entrega-lo á guarda de ninguem, para depois se encontrar de novo. Se o dono de um predio o entregar a alguem para lhe velar por elle, teremos o contrato de mandato, mas não o de deposito.

Art. 1433.º Podem depositar e ser depositarios todos os que podem contratar, mantidas as seguintes regras:

1.ª A incapacidade de um dos estipulantes não exime, o que acceitou o deposito, das obrigações a que os depositarios estão sujeitos;

2.ª O incapaz que acceitar o deposito póde, sendo demandado por perdas e damnos, defender-se com a nullidade do contrato, mas não valer-se da propria incapacidade para subtrahir-se á restituição da cousa depositada, achando-se ainda em seu poder, ou a repor aquillo, com que, pela alienação d'ella, se locupletou.

3.ª Se o incapaz não for destituido de sufficiente intelligencia, poderá ser condemnado em perdas e damnos, havendo procedido com dolo e má fé.

(Vid. nota ao artigo 643.º)
1.º e 2.º (Vid. nota ao artigo 99.º)
3.º (Vid. nota ao artigo 299.º)

Art. 1434.º O deposito de valor, excedente a 50$000 réis, só póde ser provado por escripto, assignado pelo proprio depositario ou reconhecido como authentico, e, se exceder a 100$000 réis, só por escriptura publica.

§ 1.º Exceptua-se o deposito feito forçadamente por occasião de alguma calamidade, o qual poderá ser provado por qualquer meio de prova, seja qual for o seu valor.

§ 2.º A exoneração do deposito póde provar-se pelos mesmos meios, por que a prova do deposito é admittida.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

SUB-SECÇÃO II

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO DEPOSITARIO E DO DEPOSITANTE

Art. 1435.º O depositario é obrigado:

1.º A prestar, na guarda e conservação da cousa depositada, o cuidado e diligencia de que é capaz, para o bom desempenho do deposito;

2.º A restituir o deposito, quando lhe for exigido pelo depositante, com todos os seus fructos e acrescidos.

Art. 1436.º O depositario só responde pelo prejuizo acontecido ao deposito por caso fortuito ou força maior:

1.º Se a isso se tiver obrigado expressamente:

2.º Se estava em mora quando se deu o prejuizo.

(Vid. nota ao artigo 861.º)

O depositario deve entregar exactamente a cousa que recebeu, a cousa identica, *in individuo*, porque elle devia te-la guardado com fidelidade sem poder tocar-lhe, nem troca-la por outra. Assim um deposito de sommas amoedadas, por exemplo, em peças de 8$000 réis, deve ser entregue nas mesmas especies, ou ellas tenham augmentado ou diminuido de valor.

Se a cousa depositada produziu fructos, que tenham sido percebidos pelo depositario, é este obrigado a restitui-los, como accessorio do principal.

Quando o deposito é em papeis de credito com vencimento de juros, hypothese prevista no artigo 309.º do codigo de commercio, é obrigado o depositario á cobrança, e a todas as mais diligencias necessarias para a conservação de seu valor e effeitos legaes: pena de responsabilidade pessoal.

O depositario não deve juros das sommas em deposito, senão desde o dia em que é moroso na restituição, porque elle devia guardar fielmente o dinheiro depositado sem lhe tocar, e por consequencia sem lhe fazer produzir interesses.

Se o depositario distrahir em proveito seu dinheiro do deposito, é responsavel pelos juros da mora, como em caso analogo o mandatario segundo o disposto no artigo 1340.º?

Assim o determina expressamente o projecto de codigo civil hespanhol, mas o nosso codigo com rasão *não reconhece* esta hypothese, porque em caso nenhum é licito ao depositario servir-se do deposito.

Se porém se servir do dinheiro contra o disposto no artigo 1437.º, responderá, nos termos do mesmo artigo, por perdas e damnos, que a final equivalerão aos juros segundo o preceituado no artigo 720.º

O depositario entrega a cousa no estado em que se acha no momento da restituição, correndo todas as deteriorações, que não provierem de culpa sua, por conta do depositante, porque a cousa como nunca deixou de pertencer a este, nunca deixou de estar por sua conta e risco.

É principio geral — que os devedores de objectos determinados, que não chegaram a adquirir o dominio d'elles, não respondem pelos perigos da cousa, mas sim o dono, pela regra «*res suo domino perit*». Por isso o depositario não responde pelo deposito consumido por um incendio, salvo se a isso se obrigou, ou se o incendio teve logar depois de passado o dia em que elle devia restitui-lo, sem que o tivesse

restituido, porque se presume que se elle o tivesse restituido, não lhe teria acontecido a mesma cousa em poder do dono.

Em vista d'estas disposições, que não impõem ao depositario senão responsabilidades civis, julgâmos nullas depois da promulgação do codigo, como já as julgavamos prohibidas por direito anterior, as clausulas que alguns agiotas costumam estipular nos contratos de usura, transformando os devedores em depositarios do dinheiro, para que, não pagando no tempo competente, os possam fazer recolher á cadeia, como infieis depositarios.

Nos contratos só são admissiveis as condições physicas e legalmente possiveis segundo os artigos 643.º, 669.º, 672.º e 683.º do codigo. Ora a pena de prisão não póde estipular-se, por não ser legalmente possivel nos termos do artigo 671.º n.º 4.º, porque os artigos 673.º e 674.º reconhecem, como pena convencional, certa prestação, qualquer que seja a sua importancia, mas não a pena de prisão.

Succintamente indicaremos aqui as providencias da legislação romana e da nossa a respeito da prisão por dividas.

Nos primeiros tempos de Roma, e segundo as disposições das leis das doze tábuas, os devedores condemnados, que não satisfaziam as suas dividas, eram entregues aos crédores, que podiam fazer d'elles o que quizessem, e até vendê-los e a sua familia.

Posteriormente determinou-se que só fossem entregues aos crédores os bens; mas, se estes não chegassem, ficavam os devedores em todo o caso sujeitos a prisão. A final permittiu-se aos devedores o beneficio da cessão de bens, de que se trata no *Digesto* no titulo *de cessione bonorum*, e no codigo no titulo *qui bonis cedere poss.*

A cessão de bens era a entrega fiel e exacta dos bens e fortuna do devedor para pagamento dos seus crédores. Era equiparada á apresentação voluntaria da fallencia em commercio.

Estas disposições passaram para a nossa legislação.

Conforme a ordenação philippina livro IV, titulo LXXVI, já transcripta da ordenação manuelina titulo LII, assim como esta da affonsina titulo LXVII, o devedor de dividas civeis condemnado por sentença definitiva, podia ser preso depois de esgotados os bens, ou ainda tendo-os, se na obrigação se tinha expressamente sujeitado á clausula de prisão, que só podia evitar, aproveitando-se, assim como por direito romano, do beneficio da cessão de bens nos termos da ordenação philippina, livro IV, titulo LXXIV, transcripta da manuelina livro III, titulo LXXXIX, e esta da affonsina livro III, titulo CXXI.

Este beneficio era denegado a alguns devedores, como: 1.º, aos de má fé, e taes se reputavam os que não mostrassem que ao tempo da celebração da divida tinham bens sufficientes para a pagar, ou que n'esse acto tinham patenteado aos crédores o estado da sua fortuna, citada ordenação, titulo LXXIV pr.; 2.º, aos devedores á fazenda nacional, nos termos do titulo LXXVI § 4.º; 3.º, aos negociantes, titulo LXXIV § 7.º; 4.º, aos devedores de dividas criminaes titulo LXXVI § 5.º; 5.º, aos bulrões e illiçadores e outros citado titulo LXXIV § 7.º

Em virtude da cessão nem por isso ficavam os devedores alliviados de pagar por outros quaesquer bens, que depois adquirissem, como ainda hoje não ficam alliviados os fallidos, nos termos do codigo de commercio, artigo 1262.º; mas emquanto aos adquiridos gosavam do beneficio da competencia, isto é, de lhe ficarem salvos os alimentos, citado titulo LXXIV pr.

Esta jurisprudencia porém foi profundamente alterada pelas reformas do marquez de Pombal. A lei de 20 de junho de 1774 no § 19.º ordena que depois de arrematados os bens, ainda que a divida não ficasse inteiramente satisfeita, se o devedor não tiver mais bens, nem o exequente os mostrar ou que o executado com dolo os occulta, *mandará o juiz nos autos que se não prosiga mais na execução*, palavras estas que o assento de 18 de agosto do mesmo anno interpretou no sentido de que deviam ser immediatamente soltos os devedores, que então estavam encarcerados, ou que depois o fossem por dividas civeis ou crimes, mostrando assim que tinha cessado a prisão por dividas.

Veio depois a carta constitucional, que no artigo 145.º § 9.º prohibe mandar prender sem culpa formada, salvos os casos em que a lei o determine.

Em quasi todos os codigos tem sido conservado o preceito da prisão por dividas, e em França estava largamente desenvolvido na lei de 17 de abril de 1832, que foi alterada em 1867.

Ainda hoje se conserva entre nós até certo ponto a prisão por dividas especialmente nos seguintes casos:

1.º Contra os depositarios *judiciaes* de penhores, sequestros, etc., novissima reforma judicial, artigo 611.º, e mesmo contra os depositarios em geral, quando os depositos não provém de convenção das partes, ordenação, livro IV, titulo LXXVI, § 5.º, mas não contra os fiadores dos depositarios, ou contra os fiadores de devedores sujeitos a prisão, salvo se se obrigaram a ella perante a auctoridade publica, nem contra os herdeiros dos devedores ou dos fiadores, novissima reforma judicial, artigo 660.º;

2.º Pela repetição de dinheiros ou de outros objectos consignados em poder de pessoas publicas para esse fim designadas, ordenação, livro IV;

3.º Contra o lançador em praça, que não satisfaz no termo designado, lei de 20 de junho de 1774, § 16.º, e novissima reforma judicial, artigo 606.º;

5.º Contra os tutores pelo alcance, novissima reforma judiciaria, artigo 450.º, e codigo civil artigo 255.º;

6.º Contra os recebedores fiscaes, novissima reforma judicial, artigo 657.º, e regulamento da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, comprehendendo todos os exactores fiscaes;

7.º Contra os condemnados em acção crime, que não têem bens para pagar as penas pecuniarias, custas e perdas e interesses, que podem ser presos por tantos dias quantos importar a execução na rasão de 1$000 réis por dia, novissima reforma judicial, artigos 645.º, 672.º e 1206.º

Por dividas civeis não podem ser presas as mulheres, ordenação, livro IV, titulo LXXVI, § 6.º

Por contrato é que não póde estabelecer-se pena de prisão, ainda como garantia de divida civil; e os juizes tambem não podem comminar a pena de prisão, senão nos casos expressamente taxados nas leis.

Art. 1437.º O depositario não póde servir-se da cousa depositada sem permissão expressa do depositante; aliás responderá por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 862.º)

Art. 1438.º Se as cousas depositadas forem entregues cerradas e selladas, deverá o depositario restitui-las no mesmo estado.

Art. 1439.º Se o depositario devassar o deposito feito na fórma sobredita, ficará obrigado a repor o conteúdo, pelo juramento do depositante; salvo se o devassamento não procedesse de culpa sua.

Art. 1440.º O devassamento presume-se feito por culpa do depositario, emquanto este não provar o contrario.

§ unico. Feita esta prova, é o depositante obrigado a provar o valor do deposito.

O depositario deve respeitar a intenção do depositante, que lhe entregou cerradas as cousas depositadas, abstendo-se de devassar o deposito, assim como deve guardar segredo a respeito d'elle, se o depositante lhe declarou o objecto do deposito, e assim lh'o exigiu.

Se o depositario devassar o deposito, fica obrigado em pena do seu delicto, e de violar a fé do contrato, a repô-lo segundo o juramento do depositante, sem que possa allegar outra prova contra esta, desde que o depositante provar, que lhe entregou o deposito sellado, e que o achou devassado; e até porque tendo sido entregue fechado o deposito, mal poderia ser provado o seu conteúdo a não ser pelo juramento do depositante.

Se o devassamento não proveiu de culpa do depositario, então, longe de ser crido o depositante pelo seu juramento, será obrigado a provar pelos meios ordinarios o valor do deposito.

O devassamento presume-se sempre feito por culpa do depositario, emquanto este não provar o contrario, não só pelo principio geral de que a cousa perdida em poder do devedor se presume perdida por culpa d'elle até prova em contrario, mas até porque de outro modo ficariam a maior parte das vezes impunes ou irresponsaveis os depositarios infieis.

Art. 1441.º A restituição deve ser feita ao depositante ou a quem o represente.

(Vid. artigos 1445.º e 1446.º) O deposito deve ser entregue ou ao depositante, como verdadeiro dono, ou ao seu representante, por exemplo, ao seu procurador bastante, ou á reunião de crédores, quando elles representarem o casal do depositante, ou ao tutor, curador ou administrador d'este.

Se o depositante muda de estado, como se a mulher inteiramente livre no momento do deposito, casou depois, ficando assim sob a *obediencia* do marido, ou se o depositante no goso pleno dos seus direitos, foi depois declarado interdicto, e em todos os casos identicos, não póde ser entregue o deposito senão a quem tiver a administração dos bens e direitos do depositante, artigo 1446.º, porque o depositante, tendo-se tornado incapaz de administrar os seus bens, não póde receber validamente o deposito que lhe pertence.

O artigo 1445.º, como vinha no projecto primitivo no artigo correspondente 1506.º, que teve por fonte o artigo 1941.º do codigo civil francez, e o artigo 1679.º do projecto de codigo civil hespanhol, era redigido nos seguintes termos: «O deposito feito em nome de algum incapaz, por seu legitimo representante, será restituido áquelle, cessando a incapacidade».

Este artigo era completamente inutil, assim como é inutil o artigo 1446.º, introduzido pela commissão revisora nos trabalhos da ultima revisão, porque é repetição escusada da segunda parte do artigo 1441.º E inutil continua a ser o artigo 1445.º depois da nova redacção. Estabelecido no artigo 1441.º o principio de que o deposito deve ser entregue ao depositante, ou ao seu legitimo representante, escusados eram os commentarios feitos a este principio nos artigos 1445.º e 1446.º

O proprio artigo 1441.º poderia dizer-se dispensavel, porque o seu preceito está contido nos principios geraes de direito.

A restituição ha de ser feita ao depositante ou ao seu representante, salvo se no contrato de deposito se fez a indicação da pessoa a quem elle devia ser entregue, porque n'esse caso ha de ser respeitada a lei do contrato. Se o que fez o deposito com indicação da pessoa a quem elle devia ser entregue, morre antes da entrega, ha de ser entregue o deposito á pessoa indicada, ou ao herdeiro do depositante? Rogron trata esta questão em as notas ao artigo 1939.º do codigo civil francez, onde se estabelece o principio geral de que no caso de morte do depositante, a cousa depositada não póde ser entregue *senão ao seu herdeiro;* e sustenta que n'este caso deve ser entregue o deposito ao herdeiro, apesar de no contrato se ter feito a indicação da pessoa, a quem devia ser entregue, hypothese esta que o referido artigo 1939.º do codigo civil francez não previne. Cita a decisão n'este sentido do tribunal de cassação, fundada em que o depositante não deixou de ser o proprietario da cousa depositada, e de que se ella podesse ser entregue a outras pessoas, que não aos herdeiros do depositante, poderia o deposito encobrir liberalidades prohibidas pela lei, o que o referido artigo quiz prevenir, conformando-se alem d'isso com o principio de que o mandato expira pela morte do mandante.

Não julgâmos porém consentanea ao systema do nosso codigo similhante jurisprudencia. Nem o legislador adoptou o referido artigo do codigo civil francez, que aliás teve presente, nem o deposito está subordinado ás regras do mandato; e não póde admittir-se que deva ser entregue aos herdeiros do depositante, que não têem outros direitos senão os que este lhes transmittiu, um deposito que não podia ser entregue á propria pessoa do depositante, porque no contrato se estipulára que um terceiro o receberia.

O projecto de codigo civil hespanhol repetiu no artigo 1676.º a disposição do artigo 1939.º do codigo civil francez, que o nosso omittiu de certo de proposito, porque teve aquelles artigos presentes, e aquelles dois codigos foram as suas principaes fontes.

Em sessão de 14 de novembro de 1864 propoz o sr. Ferreira Lima que se alterasse o artigo 1443.º do projecto de 1864, correspondente ao artigo 1441.º do codigo, para o caso de ter sido feito o deposito para ser entregue a terceiro, e o depositante morrer antes da entrega; mas não foi approvada a proposta.

Parece que o sr. Ferreira Lima propunha a adopção da jurisprudencia franceza.

Se sob a apparencia de deposito houver alguma doação ou outro qualquer contrato simulado, o remedio para a rescisão pela fraude lá está nas leis, mas não ha de ser pela acção do deposito, que n'este caso os herdeiros hão de haver os objectos depositados.

Nos casos de simulação e de fraude ha os meios ordinarios para fazer rescindir o contrato.

Na pratica já se discutiu, segundo se lê na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4454, se depositada uma quantia á ordem do juiz do inventario, podia ser levantada por mandados de outros juizes, e se estes mandados absolviam o depositario de toda a responsabilidade. O juiz de primeira instancia julgou não extincta a responsabilidade do deposi-

tario com o fundamento de não terem sido competentemente averbadas no inventario, nem d'elle terem dimanado as ordens de pagamento, deixando-lhe salvo o direito de rehaver o que indevidamente tivesse pago. Este despacho porém foi reformado pela relação sob aggravo interposto pelo depositario com fundamento na ordenação, livro IV, titulo LXXVI § 5.º

A decisão da relação não parece muito conforme ao disposto nos artigos 1435.º § 2.º, 1441.º, 1447.º e 1448.º do codigo civil.

Art. 1442.º Se o depositario vier no conhecimento, de que a cousa depositada foi furtada, deverá participa-lo ao dono, sabendo quem é, ou, não o sabendo, ao ministerio publico. E se, dentro de quinze dias, contados desde a data d'esta participação, a cousa depositada não for embargada judicialmente, ou reclamada por seu dono, poderá ser entregue ao depositante, sem que o depositario por isso fique sujeito a responsabilidade alguma.

O depositario não póde exigir do depositante, para lhe entregar a cousa, a prova de que elle é o proprietario. Entrega-lh'a por isso que é elle o depositante. Se o depositario queria exigir a prova da propriedade, devia faze-lo antes de a receber, para não correr o risco de ser depositario de uma cousa furtada.

Tão forte é a obrigação que tem o depositario de entregar a cousa ao depositante pelo simples facto do deposito, que por direito romano até o ladrão podia reclamar a cousa furtada, que tinha depositado, a qual lhe devia ser entregue, salvo se o verdadeiro dono a reclamasse ao mesmo tempo; e aquella legislação não obrigava o depositario, que sabia do furto, e conhecia o dono, a preveni-lo.

Pela legislação franceza, e pelo projecto de codigo civil hespanhol o depositario, que descobre que a cousa é furtada, e sabe quem é o verdadeiro dono, deve avisa-lo para elle a reclamar; e, se o dono a não reclama, póde o depositario entrega-la ao depositante, ficando livre de toda a responsabilidade.

Porém se o depositario, comquanto saiba do furto, ignorar quem é o proprietario, não é obrigado a diligencia de especie alguma para o descobrir, podendo entregar o deposito ao depositante sem responsabilidade.

O nosso codigo foi muito mais rigoroso, e foi mais longe com relação ao depositario. Pelo codigo, desde que o depositario sabe que a cousa é furtada, aindaque ignore quem é o dono, já não póde entrega-la ao depositante sem satisfazer as diligencias legaes, prescriptas n'este artigo, sob pena de responsabilidade civil, e tambem criminal no caso de cumplicidade.

Desde que o depositario sabe do furto, deve prevenir o dono se sabe quem é; e, não sabendo, o ministerio publico. Se passam quinze dias sem a cousa ser reclamada pelo dono, ou embargada judicialmente a requerimento do dono ou do ministerio publico, póde o depositario entrega-la ao depositante, devendo reputar falsas as suas suspeitas, vistoque nem o proprietario avisado pediu á justiça o que era seu, nem o ministerio publico procedeu civil ou criminalmente, como lhe cumpria; e o depositario não era pessoa competente para proceder civil ou criminalmente por um facto em que elle não era offendido.

Se o dono for incapaz deve o depositario, nos termos do artigo antecedente, prevenir o respectivo representante; e a participação ao ministerio publico não é só para os effeitos penaes, mas tambem para elle proceder civilmente, se o deposito pertencer a algum incapaz, ou ausente, ou a pessoa a estes equiparada pelas leis.

Os quinze dias não podem rasoavelmente contar-se desde a data em que se *escreveu* a participação, mas sim desde a data em que se *entregou* ao dono, ou ao ministerio publico.

Na acceitação dos depositos deve haver o maior escrupulo da parte dos depositarios para que á sombra do contrato de deposito, que se funda na amisade e na confiança, não se vejam implicados em responsabilidades penaes, como receptadores ou encobridores dos effeitos de um crime nos termos dos artigos 463.º e 464.º do codigo penal.

Em sessão de 15 de março de 1862 propoz o sr. Ferreira Lima, que o depositario, desde que descobrisse e provasse que o objecto depositado lhe pertencia, ficasse desonerado de todas as obrigações de depositario. Não foi approvada esta proposta; mas em nosso entender a disposição do artigo 1442.º é applicavel a todo e qualquer dono de cousas ainda que seja o depositario.

Deve entender-se em vista dos principios geraes de direito, e por analogia do disposto no artigo 1442.º, que as obrigações do depositario cessam logoque elle sabe que a cousa é sua, como prescreve expressamente o artigo 1946.º do codigo civil francez, e o artigo 1683.º do projecto de codigo civil hespanhol, e talvez por esse motivo fosse rejeitada a proposta do sr. Ferreira Lima.

Art. 1443.º Se forem varios os depositantes, mas não solidarios, e se a cousa depositada admittir divisão, não poderá o depositario entregar a cada um d'elles senão a sua respectiva parte.

Se os depositantes não são solidarios, e a cousa depositada admittir divisão commoda, reputam-se depositantes cada um pela sua quota parte, e só esta poderá ser entregue a cada um. Assim, se os herdeiros do depositante vem reclamar o deposito de dinheiro feito pelo auctor da herança, o depositario deve entregar a cada um apenas a sua quarta parte. Convem notar que a solidariedade não se presume.

Art. 1444.º Se os depositantes forem solidarios, ou a cousa for indivisivel, observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 750.º e 751.º

(Vid. nota ao artigo 750.º)

Art. 1445.º Se o deposito, feito em nome de algum incapaz, por seu legitimo representante, ainda subsistir, quando a incapacidade cessar, será restituida a cousa depositada á pessoa, em cujo nome o deposito tiver sido feito.

Art. 1446.º Se o depositante se tornar incapaz, ou se, sendo mulher, casar, a cousa depositada será entregue, no primeiro caso, a quem legitimamente representar o incapaz, e no segundo, ao marido ou á mulher com auctorisação d'este.

(Vid. nota ao artigo 1441.º)

Art. 1447.º A cousa depositada deve ser entregue no logar, onde o deposito foi feito, não havendo convenção em contrario.

(Vid. nota ao artigo 739.º)

Art. 1448.º O depositario deve restituir a cousa depositada, a todo o tempo em que a restituição lhe seja requerida pelo depositante, ou por seu legitimo representante, ainda que o deposito fosse estipulado por tempo determinado, salvo se for judicialmente embargada a cousa depositada, ou o depositario intimado para não a entregar.

Art. 1449.º O depositario póde restituir a cousa depositada ainda antes de findar o praso convencionado, sobrevindo justa causa, e se o depositante a não acceitar, poderá o depositario requerer, que se ponha em deposito judicial.

(Vid. artigos 1510.º e 1524.º) No emprestimo, nem o commodante, artigo 1510.º, nem o mutuante, artigo 1524.º, podem reclamar a cousa emprestada, nem sequer perturbar a posse do tomador de emprestimo, emquanto não findar o praso convencionado, porque consentiram voluntariamente em que o commodatario ou o mutuario se servisse da cousa durante certo periodo, e seria faltar á boa fé o exigi-la primeiro.

Mas no deposito não succede o mesmo. O depositario, não tendo a cousa senão para a guardar, sem poder fazer uso d'ella, não tem direito de a reter desde que lhe é reclamada, apesar da fixação do praso para a entrega, a que o depositante póde renunciar, porque se presume estatuido em seu favor, vistoque o depositario nenhum interesse tira da detenção da cousa.

O depositario porém não póde compellir o depositante a recebe-la antes de findo o praso, vistoque se obrigou a servi-lo durante certo periodo, salvo se lhe sobreveiu justa causa para não continuar a ter o deposito, como se é decorrido muito tempo depois que se fez o deposito e o depositario deseja ausentar-se, ou se sobrevem graves perigos de que a cousa se perca, etc.

Se porventura o depositante se negar a acceitar o deposito póde o depositario livrar-se requerendo ao juiz a consignação em deposito judicial do objecto depositado, nos termos do artigo 759.º e seguintes; e ao juiz toca decidir se é ou não extemporanea a restituição do deposito, e se os motivos que o depositario allega são *causa justa*, cuja apreciação fica sendo do exclusivo arbitrio do julgador.

O depositario desde que o depositante reclama a cousa não póde negar-se a restitui-la, salvo se ella foi embargada judicialmente em seu poder, ou elle intimado judicialmente para não a restituir ao depositante, porque em qualquer d'estes casos ha de entrega-la só á pessoa que o juiz determinar. Pedro, por exemplo, é depositario de cousas pertencentes a Paulo, que é pela sua parte devedor a Martinho, póde Martinho nos termos da lei de processo fazer intimar a Pedro para que não pague a Paulo, mas á ordem do juizo, segundo este determinar na sua sentença final. Se apesar d'esta intimação Pedro entregou o deposito a Paulo, fica responsavel pelo seu valor para com Martinho, querendo este executar o seu credito contra Paulo, salvo o direito de Pedro de repetir d'este o que lhe restituiu.

Art. 1450.º O depositante tem obrigação de indemnisar o depositario de todas as despezas, que haja feito na conservação da cousa depositada, ou por causa d'ella.

§ unico. O depositario póde reter a cousa depositada, emquanto não é pago.

(Vid. nota ao artigo 498.º)

Art. 1451.º O depositario, que for perturbado ou esbulhado da cousa depositada, dará d'isso aviso, sem detença, ao depositante, tomando a defeza dos direitos d'este, até que elle proveja no caso como cumprir; e se não der o dito aviso, ou não tomar a dita defeza, ficará responsavel por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1046.º, e artigos 1515.º, 1608.º n.º 4.º, 2219.º e 2240.º) A disposição d'este artigo não vinha no projecto primitivo, foi introduzida de novo pela commissão revisora. A obrigação imposta ao depositario, artigo 1451.º, ao commodatario, artigo 1515.º, e ao arrendatario, artigo 1608.º n.º 4.º, de darem parte sem demora ao individuo, *em nome de quem possuem*, de qualquer turbação ou esbulho, e de conjunctamente intentarem a acção de manutenção ou de restituição, nos termos do artigo 504.º, até que elle proveja, foi dictada no interesse do proprietario, que poderia soffrer com a demora na restituição, vistoque sendo tomada publicamente a posse, conta-se o anno, não desde a *noticia*, mas desde o *facto* do esbulho, segundo o § unico dos artigos 482.º e 504.º

O codigo de processo regulará o modo e os termos da acção para que ella se não adiante a ponto de que o proprietario quando seja avisado não possa já offerecer outra prova que não seja a documental.

As palavras «e se não der o dito aviso, *ou* não tomar a dita defeza» significam que o possuidor em nome de outrem fica livre de responsabilidade por perdas e damnos logoque cumpra uma d'estas obrigações, as quaes nos termos da primeira parte do artigo deve satisfazer simultanea e não alternativamente, ou que fica responsavel logoque falte ao cumprimento de qualquer d'ellas?

Deduz-se da primeira parte do artigo que o depositario responde por perdas e damnos logoque falte a uma das duas obrigações, e nem de outro modo poderia satisfazer-se completamente o pensamento do legislador.

Outra conclusão porém parece derivar-se da segunda parte do artigo, devendo em collisão de disposições legaes prevalecer a menos onerosa para o devedor; e n'este sentido opinámos já em a nota ao artigo 1046.º

Na primeira redacção que a commissão revisora deu ao artigo não vinham consignadas as palavras «*e se não der o dito aviso, ou não tomar a dita defeza, ficará responsavel por perdas e damnos*», como se mostra do artigo 1453.º, correspondente ao artigo 1451.º do codigo. No ultimo projecto é que foram consignadas sem necessidade, e sem outro resultado que prestarem margem a duvidas e a difficuldades, aquellas palavras.

Opiniões respeitaveis porém sustentam que a segunda parte do artigo 1451.º não está em desharmonia com a primeira, e que atten-

dendo-se reflectidamente na sua letra, e tendo em conta a disjunctiva «*ou*», se conhece que a falta de cumprimento de qualquer dos dois preceitos estatuidos na primeira parte do artigo, importa a responsabilidade decretada na segunda parte do mesmo artigo. Adoptâmos agora esta opinião, que nos parece mais rasoavel, rectificando assim o que deixámos escripto a paginas 493 e 494 do volume II.

Em que *qualidade* se apresenta o depositario, commodatario ou arrendatario em juizo, tomando a defeza dos direitos do proprietario? Como mandatario *legal*. E no artigo 1480.º do projecto da commissão revisora, 3.ª edição, correspondente a este, onde pela primeira vez se introduziu em sessão de 15 de março de 1862, sob proposta do sr. Seabra esta disposição, e no artigo 1453.º da edição de 1864 achavam-se collocadas antes da palavra «*até*» as palavras «*como procurador bastante*», que foram supprimidas no projecto apresentado ás côrtes.

Mas a posição logica do defensor em nome de outrem é a de mandatario.

O usufructuario tambem é obrigado, sob pena de responsabilidade por perdas e damnos, a avisar o proprietario de qualquer lesão que este soffra nos seus direitos, artigo 2240.º, a qual o proprietario poderia ignorar por muito tempo, vistoque é o usufructuario quem se acha na posse *effectiva* da cousa.

Mas o usufructuario não é obrigado a tomar a defeza dos direitos do proprietario, porque como tem direito proprio, e é possuidor em nome proprio, artigo 2340.º, póde usar n'essa qualidade de todos os meios que pertencem ao proprietario para ser mantido no seu usufructo, artigo 2219.º

E se o usufructuario quer deixar correr á revelia os seus proprios direitos, ninguem póde responsabilisa-lo por deixar de velar pela conservação dos direitos alheios.

A doutrina do artigo 2240.º é consequencia da obrigação geral, que tem o usufructuario, de usufruir como proprietario prudente. Como o usufructuario gosa a cousa usufruida e está presente a ella, deve impedir que outrem adquira por prescripção alguma servidão sobre o predio ou se perca alguma pelo não uso, assim como participar ao proprietario toda a perturbação ou usurpação dos seus direitos. A usurpação tambem póde produzir a prescripção; e por isso deve o usufructuario avisar o proprietario de qualquer facto de terceiro, que possa lesar os seus direitos.

Como o proprietario está ausente, a negligencia do usufructuario que o não avisasse de todas as perturbações no seu direito podia serlhe funesta.

As despezas com os processos relativos ao *goso* do usufructuario, como sobre os fructos da cousa, se alguem lhe causar damno, ou negar estar constituido o usufructo: n'uma palavra os custos do litigio que o usufructuario sustentar para ser mantido no seu usufructo são por conta d'elle se o usufructo foi constituido por titulo gratuito. Se porém foi constituido por titulo oneroso o alheador, obrigado á evicção, pagará essas despezas, artigo 2219.º

Se o processo porém interessa ao proprietario e ao usufructuario ao mesmo tempo, como se a negativa se funda em que o constituinte do usufructo não era o proprietario da cousa, e se ambos intervem na demanda, as custas recairão sobre ambos *pro rata*.

CAPITULO V

DAS DOAÇÕES

SECÇÃO I

DAS DOAÇÕES EM GERAL

Art. 1452.º Doação é um contrato, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes.

(Vid. artigos 1455.º, 1739.º e 1754.º) Os meios juridicos de transmissão a titulo gratuito são as doações e os testamentos. A maior parte dos codigos tratam da materia dos testamentos e das doações em seguida uma á outra pelos seus importantes pontos de contacto, poisque estes actos juridicos são effectivamente os dois modos de transmissão a titulo gratuito, são ambos sujeitos á reducção no que tiverem de inoffICioso, etc.

Como porém são capitaes os pontos de differença entre um e outro acto juridico, não quanto ás formalidades da sua *constituição*, mas quanto aos seus *effeitos* legaes, e á capacidade juridica para os praticar, trata o nosso codigo das doações na materia dos contratos, e dos testamentos na materia das successões.

Effectivamente são fundamentaes as differenças entre as doações e os testamentos.

As doações são nullas se porventura se acham ligadas a condições impossiveis, artigo 683.º Pelo contrario as condições impossiveis nos testamentos reputam-se não escriptas, artigo 1743.º

Podem doar todos os que podem contratar, artigo 1476.º Não podem doar todos os que podem testar, artigo 1765.º

De receber por doação ninguem é *absolutamente* inhibido, como póde ver-se na nota ao artigo 1480.º De receber por testamento a titulo de herdeiro, são *absolutamente* inhibidas as pessoas mencionadas nos artigos 1779.º e 1781.º

Nos termos do nosso codigo a doação não é um simples *acto* juridico, mas um *contrato;* e por isso não está perfeita antes da acceitação do donatario, artigo 1456.º, e da acceitação authenticada nos termos do artigo 1466.º; e depois da acceitação é irrevogavel, como qualquer outro contrato, a arbitrio de uma só das partes. O testamento pelo contrario é um *acto* revogavel a todo o tempo, porque é a expressão simples da vontade do testador.

Para se conhecer a grande distancia, que separa as doações dos testamentos quanto aos seus effeitos juridicos, basta attender a que as doações em regra são *irrevogaveis*, artigo 1456.º, e os testamentos *revogaveis* a todo o tempo. Nos testamentos nem se póde sujeitar a restricções a sua revogação, nem renunciar ao direito de os revogar, artigo 1754.º

Nas doações só não póde renunciar-se o direito de revogar o beneficio por ingratidão, artigo 1490.º, porque tal pacto seria contrario aos bons costumes, como exclusivo do direito de castigar um crime ou uma immoralidade.

Tambem não póde renunciar-se ao direito de revogar a doação por superveniencia de filhos, artigo 1486.º, porque são nullas todas as clausulas estabelecidas em prejuizo de terceiros sem audiencia d'estes.

A palavra «*antecipadamente*» empregada n'esta hypothese no artigo 1490.º, e não usada nas outras, não augmenta a força e o alcance da significação da palavra «*renunciar*». A renuncia é em todos estes casos *antecipada*.

A doação não póde abranger mais do que os bens presentes, artigo 1453.º, salvas as excepções expressas em lei. O testamento póde abranger todos os bens, tanto presentes como futuros, artigo 1739.º, isto é, tanto os que o testador possue ao tempo do testamento, como os que lhe advierem depois. Como o testamento não tem effeito senão por morte do testador, basta que n'essa epocha estejam no seu patrimonio os bens deixados, porque o testador não se despoja a si em vida, despoja sim os seus herdeiros.

O codigo com rasão acabou com as chamadas doações *mortis causa*, que mais se approximavam dos testamentos do que das doações entre vivos, e que eram fonte perenne de questões pela ignorancia dos tabelliães e por falta de lei que regulasse as suas solemnidades.

Pelo codigo todos os actos de transmissão a titulo gratuito se resumem nas doações ou nos testamentos, artigo 1457.º

As doações porém, ou podem ser totalmente beneficas, ou trazer annexos alguns encargos, representando n'este caso um mixto de acto gratuito e de acto oneroso: como se alguem doa bens no valor de réis 6:000$000 com a obrigação de o donatario pagar 4:000$000 réis de dividas do doador, ou com a obrigação de dar a outrem uma pensão.

Quanto ao modo de considerar as doações com encargos é que o codigo fez innovação radical no nosso direito. Pela legislação anterior ao codigo as doações, por mais onerosas que fossem, salvos os casos de simulação e de fraude, eram sempre consideradas como doações, e sujeitas ás regras especiaes que determinam este contrato.

Pela lei de 30 de junho de 1860, e nos termos em que foi sempre executada, a doação de bens de raiz onerada com encargos, qualquer que fosse o valor d'estes, era sempre doação ou transmissão por titulo gratuito, e como tal dispensada da contribuição de registo quando feita entre ascendentes e descendentes, ou entre conjuges ou esposos verificado o casamento.

Com esta pratica eram conformes os decretos sobre consulta do conselho d'estado de 14 de setembro e de 4 de dezembro de 1867, publicados nos *Diarios* n.os 233 do mesmo anno e 12 do anno de 1868.

O codigo porém estabelecendo muito positivamente o principio de que a doação onerosa só é subordinada ás regras da doação *na parte em que exceder o valor dos encargos*, reconhece que a parte da doação absorvida pelos encargos fica sujeita ás regra dos contratos onerosos.

Com relação aos contratos, mixtos de compra e de troca declara o codigo, artigo 1544.º, que se presume venda ou troca, segundo a parte dada em dinheiro for a maior ou a menor, e que se presume venda no caso de serem *iguaes* a parte dada em dinheiro e a dada n'outra cousa. Esta disposição é rasoavel, não só porque os dois contratos de compra e de troca são ambos onerosos, mas porque as regras de um são as regras do outro, artigo 1594.º, salvo na parte que é contraria á indole de cada um.

Porém n'um contrato mixto de gratuito e de oneroso julgou o legislador mais acertado subordinar a parte gratuita á doutrina das doações, e a parte onerosa á doutrina dos contratos onerosos. Hoje não póde ser considerada como doação a parte correspondente ao valor dos encargos. O projecto de codigo civil hespanhol no artigo 943.º, fonte do artigo 1455.º do nosso codigo acha-se redigido nos seguintes termos: «*Las donaciones á titulo oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase*».

A redacção clara e positiva do artigo 1455.º, ainda esclarecida pela sua fonte, não deixa pois duvida alguma de que a doação na parte correspondente aos encargos ha de ser considerada como contrato a titulo oneroso.

Ha de portanto pagar-se a contribuição de registo a titulo oneroso do valor dos bens correspondente aos encargos, se os bens forem immobiliarios, e a titulo gratuito do resto dos bens, não sendo d'ella dispensada a transmissão. Não podem fazer-se doações com encargos aos filhos ou netos sem consentimento dos interessados, ou supprimento, no caso de recusa, pelo conselho de familia, artigo 1565.º; não podem ser revogadas pela superveniencia de filhos, ingratidão, inofficiosidade na parte relativa aos encargos, etc.: n'uma palavra, na parte correspondente ao valor dos encargos é a doação considerada como contrato oneroso, e regulada pelas regras a que os contratos onerosos estão sujeitos.

Por isso nas doações com encargos a obrigação pela evicção vae só até á concorrencia dos mesmos encargos, como dispõe o artigo 1077.º n.º 3.º do codigo civil italiano.

No entretanto têem alguns jurisconsultos sustentado que do preceito do codigo que nas doações onerosas declara doação só a parte que excede o valor dos encargos, não póde inferir-se que só esta parte se reputa feita a titulo gratuito, e deduzir-se *a contrario sensu* que a parte onerada com encargos fôra transmittida a titulo oneroso, e está sujeita ás regras que regulam os contratos bilateraes.

Dizem que a parte correspondente aos encargos não póde considerar-se contrato oneroso, porque não póde reputar-se venda nem troca, apesar de ser com estes contratos que tem maior similhança, porque tanto na venda, como na troca cada um dá e recebe; que nem póde conceber-se contrato oneroso sem reciprocidade de interesses entre os pactuantes; que os encargos a favor do doador não representam senão uma doação menos avultada a favor do donatario; e que os encargos a favor de terceiro representam doação a dois, mas não transmissão a titulo oneroso.

Effectivamente para ser onerosa uma doação basta que seja acompanhada de encargos para o donatario, quando para que a transmissão de bens seja a titulo oneroso é indispensavel que saiam valores da fazenda do adquirente para beneficio do transmittente e em consequencia e reciprocidade da transmissão.

As reservas a favor do doador não são valores que elle receba em compensação da doação. A parte reservada era sua antes da doação, e sua continua a ser por effeito da reserva.

Na doação da parte equivalente aos encargos ha uma especie de mandato, pelo qual o donatario recebe do doador os valores necessarios para solver as dividas, e o mandato necessario para as pagar.

Não ha nada cedido pelo donatario, nem recebido pelo doador *em compensação da transmissão*.

Sustentam finalmente que o disposto no artigo 9.º da lei de 31 de agosto de 1869, que diz assim: «Nas transmissões effectuadas por doações onerosas, dando-se bens immoveis em pagamento de algumas dividas, a contribuição será calculada por titulo oneroso sobre a importancia da divida que for paga com os bens transmittidos, e por titulo gratuito sobre o excesso que houver entre o valor dos ditos bens e a importancia da divida» se refere á hypothese de ser crédor da divida o donatario e de se lhe darem assim os bens em pagamento, e

não á imposição do pagamento de dividas que o doador deva a terceiros.

A verdade é que na pratica só por via do pagamento da contribuição de registo se teem levantado as duvidas, se a parte da doação correspondente a encargos está ou não sujeita ás regras da transmissão a titulo oneroso.

Em vista do artigo 1455.º a unica conclusão a deduzir é que só a parte livre de encargos se reputa doação, e que só esta parte está sujeita ás regras que regulam os contratos gratuitos, e que portanto na outra parte será regida a doação pelas mesmas regras a que estão subordinados os contratos a titulo oneroso. Não póde dar-se-lhe outra explicação.

Demais sobre a especialidade da contribuição de registo são as doações com encargos perfeitamente equiparadas ás transmissões a titulo oneroso por força do disposto no citado artigo 9.º da lei de 31 de agosto 1869, e do preceituado no artigo 7.º § 14.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

Este paragrapho não se refere só ás dividas de que o donatario é crédor, mas tambem ás dividas de que terceiros são crédores, porque a lei não faz distincção. Pelo contrario poderia até parecer que se referia só ás dividas de que terceiros são crédores, porque a doação de bens immoveis em pagamento de dividas ao donatario póde mais propriamente dizer-se «*dação em pagamento*», hypothese prevista, não no § 14.º, mas no § 6.º do mesmo artigo 7.º do citado regulamento de 30 de junho de 1870.

No entretanto declara-se no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 11, a pagina 173, que na pratica tem prevalecido a opinião de que as dividas a que se refere o citado § 14.º são só as que o doador deve ao donatario, e não as que deve a terceiros, e que estas devem ser abatidas nos termos do § 2.º do mesmo artigo 7.º

No referido jornal, 4.º anno, n.º 15, vem publicado um officio da direcção geral dos proprios nacionaes, com data de 12 de março de 1872, declarando que por despacho de 6 do mesmo mez se tinha resolvido:

1.º Que nas doações de pae a filho, com a obrigação de este dar áquelle certas e determinadas quantias para com ellas satisfazer as legitimas dos demais filhos, ou com a obrigação de dar certas e determinadas quantias aos demais irmãos d'elle doado, por conta ou em pagamento de suas legitimas, não ha contribuição de registo a satisfazer, nem por titulo gratuito, nem por titulo oneroso, attentas as disposições do artigo 2.º e § 2.º do artigo 7.º do regulamento de 30 de junho de 1870;

2.º Que nas doações em geral, em que o doador impõe ao doado a obrigação de este lhe dar certas quantias por uma só vez, ou de lhe dar pensões certas e annuaes sem concorrer para as despezas da cultura dos bens, ou mesmo de dar pensões certas a terceiros, ou de pagar as dividas em que os bens doados possam estar onerados para com terceiros, só se deve contribuição de registo por titulo gratuito, que deve ser calculada sobre o valor liquido dos bens, depois de deduzida a importancia das dividas passivas ou das pensões a que ficar obrigada a pessoa para quem for feita a transmissão, e dos encargos impostos sobre esses bens nos termos do artigo 7.º § 2.º do citado regulamento.

É bem de ver a rasão por que o regulamento de 30 de junho de 1870 só considera as doações na parte onerosa quando se transmittem bens immobiliarios para pagamento dos encargos, poisque a transmissão a titulo oneroso só é sujeita a acção da lei fiscal quando tem por objecto bens immobiliarios. A transmissão de bens mobiliarios a titulo oneroso não é sujeita a contribuição de registo.

Acrescenta a referida lei de 31 de agosto de 1869 no artigo 10.º: «Na contribuição de registo por titulo oneroso quando for liquidada, segundo o rendimento descripto nas matrizes, devem abater-se os encargos que onerarem as propriedades transmittidas».

Os *encargos* de que falla este artigo não são as *dividas* que oneram as doações, mas os *encargos reaes* das propriedades, como fóros, servidões, etc., que devem descontar-se no pagamento da contribuição de registo, porque não fazem parte do valor transmittido.

E diz a lei «*segundo o rendimento descripto nas matrizes*», porque como o valor, quando é calculado pelo rendimento collectavel descripto na matriz, como na hypothese do artigo 8.º da mesma lei, se reputa esse rendimento multiplicado por 20, pagar-se-ia a contribuição em desproporção com o valor não se abatendo os encargos.

Por exemplo, se a propriedade tiver de renda na matriz 10$000 réis, o seu valor são 200$000 réis, e a contribuição de registo 12$000 réis. Mas se a propriedade estiver onerada com o censo annual de réis 5$000, o valor d'ella é apenas 100$000 réis, e a contribuição de registo 6$000 réis.

Ha só a fazer este abatimento dos encargos quando a contribuição é liquidada pelo rendimento descripto na matriz, e não quando é calculada sobre o valor dado á propriedade no inventario, ou em outro qualquer titulo de partilhas, porque n'estes casos já na avaliação se deduziu o valor dos encargos, como é costume. Até as palavras «*tabelliães*», ou nos inventarios, ou em qualquer outro titulo de partilha, são: «E foi avaliado, sem attenção ao fôro, em tanto».

Emquanto á fórma da sua constituição não ha differença na venda e na doação de bens immobiliarios, ou o seu valor seja ou não excedente a 50$000 réis, artigos 1459.º e 1590.º; mas na transmissão de bens mobiliarios ha mais rigor na doação do que na compra, porque esta não depende de formalidade especial, artigo 1589.º, e n'aquella só poderá prescindir-se de titulo *escripto*, sendo acompanhada da tradição, artigo 1458.º Portanto não poderá subsistir a doação n'alguns casos em que subsiste a venda; mas sempre que o titulo seja habil para a doação é habil para a venda, devendo por consequencia guardar-se no titulo das doações onerosas as formalidades relativas á doação, e não as relativas á compra e venda.

Art. 1453.º A doação não póde abranger bens futuros.

§ unico. Por bens futuros entendem-se aquelles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito ao tempo da doação.

(Vid. nota ao artigo 1170.º)

Art. 1454.º A doação póde ser pura, condicional, onerosa, ou remuneratoria.

§ 1.º Pura é a doação meramente benefica, e independente de qualquer condição.

§ 2.º Doação condicional é a que depende de certo evento ou circumstancia.

§ 3.º Doação onerosa é a que traz comsigo certos encargos.

§ 4.º Doação remuneratoria é a que é feita em attenção a serviços recebidos pelo doador, que não tenham a natureza de divida exigivel.

A distincção mais importante nas doações é entre as *onerosas*, e as que o não são, vistoque as onerosas são as unicas que se regem na parte respectiva pelos principios dos contratos onerosos.

Todas as outras especies, sem excepluar as *remuneratorias*, se regem pelos principios expostos n'este capitulo, segundo se mostra *a contrario sensu* do artigo 1455.º, e dispõe expressamente no artigo 943.º o projecto de codigo civil hespanhol, fonte a mais abundante do nosso codigo n'esta materia.

A doação *remuneratoria* não perde o caracter de liberalidade, quando se refere unicamente a dividas, que não têem a natureza de exigiveis, como o bom tratamento durante a molestia, o conforto na adversidade, etc.

A doação remuneratoria refere-se a actos de gratidão, que não produzem em direito effeitos alguns civis. As doações em these são quasi todas remuneratorias, porque quasi todas significam o reconhecimento de serviços; mas só têem em direito esta natureza, quando o doador declara positivamente que a doação é feita em remuneração de certos serviços.

Se o amo fez doação ou legado ao creado, em attenção aos serviços e soldadas, tem o donatario ou legatario que pagar contribuição de registro a titulo gratuito unicamente pelos bens doados ou legados em attenção aos serviços, e não paga contribuição de registro a titulo oneroso pelos bens correspondentes ás soldadas, salvo sendo estes immobiliarios.

Se a doação remuneratoria porém tiver por fim, por exemplo, compensar o creado pelas soldadas em divida, o crédor pela importancia do seu credito, etc., não é remuneratoria, mas *onerosa*.

A rasão porque as doações remuneratorias podem formar uma divisão á parte é porque n'estas póde annullar-se o contrato por erro quanto á causa, nos termos dos artigos 660.º a 662.º Assim a doação feita a Pedro, por exemplo, em attenção a ser elle quem salvou do naufragio um filho do doador não produz effeito, provando-se que havia erro sobre a causa do facto, nos termos do artigo 660.º

As doações condicionaes tambem se differençam das puras, sob o ponto de vista de doação, em não poderem ser acceitas, sem auctorisação, pelas pessoas incapazes de contratar, artigo 1478.º

Art. 1455.º A doação onerosa só póde ser considerada como doação, na parte em que exceder o valor dos encargos impostos.

(Vid. nota ao artigo 1452.º)

Art. 1456.º As doações, que tiverem de produzir os seus effeitos entre vivos, são irrevogaveis desde que foram acceitas, excepto nos casos declarados na lei.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1457.º As doações, que tiverem de produzir os seus effeitos por morte do doador, têem a natureza de disposição de ultima vontade, e ficam sujeitas ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos.

§ unico. A disposição d'este artigo não abrange as doações para casamento, ainda que hajam de produzir o seu effeito depois da morte do doador.

(Vid. nota ao artigo 1174.º)

Art. 1458.º A doação póde ser feita verbalmente ou por escripto.

§ 1.º A doação verbal só póde ser feita com tradição da cousa doada, sendo esta mobiliaria.

§ 2.º A doação de cousas mobiliarias, não sendo acompanhada de tradição, só póde ser feita por escripto.

Art. 1459.º A doação de bens immobiliarios, se o valor d'elles não exceder a cincoenta mil réis, 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; se exceder aquella quantia, só poderá ser feita por escriptura publica.

§ unico. Estas doações só produzirão effeito a relação a terceiros, desde que forem registadas, como se determina no titulo respectivo.

(Vid. notas aos artigos 686.º § unico, e 951.º)

Art. 1460.º É nulla a doação, que abrange a totalidade dos bens do doador sem reserva de usufructo, ou que deixa o doador sem meios de subsistencia.

(Vid. nota ao artigo 1170.º)

Art. 1461.º Se o doador fizer doação de todos os seus bens moveis e immoveis, entender-se-ha, que a doação abrange os direitos e acções.

(Vid. nota ao artigo 377.º)

Art. 1462.º Se o doador, em contrato de casamento, fizer doação de seus bens por morte, sem fazer reserva alguma, ou reservando alguns bens sem designação d'elles ou de porção certa, entender-se-ha, que reserva a terça dos doados.

Art. 1463.º Se o doador, em contrato de casamento, dispozer da sua terça legal, entender-se-ha que reserva a terça da terça.

(Vid. nota ao artigo 1170.º)

Art. 1464.º Se o doador se finar sem dispor da reserva legal, pertencerá esta ao donatario.

§ unico. Se, porém, a reserva tiver sido feita por estipulação expressa no acto da doação, e o doador se finar sem dispor d'ella, pertencerá a dita reserva aos seus herdeiros legitimos dentro do quarto grau, e só na falta d'estes acrescerá ao donatario.

Este artigo já não se refere simplesmente á doação feita em contrato de casamento, de que se fallou nos dois artigos antecedentes. O seu preceito está concebido em termos genericos, e por isso ha de applicar-se a todas as doações, e não se restringir só ás doações em casamento. Se o doador não estipulou expressamente a reserva, e esta ficar estabelecida unicamente por força da lei, passa ao donatario por se presumir ser essa a sua vontade. Se porém o doador estipulou expressamente a reserva, mostrou que a não queria para o donatario pelo cuidado que teve em a estipular, e n'esse caso passa para os herdeiros legitimos, mas só para os que estiverem dentro do quarto grau, por direito civil, porque apesar da estipulação expressa da reserva presume-se que o doador não preferiria os parentes remotos, que estão alem do quarto grau, ao donatario, que elle tanto beneficiou.

O projecto primitivo não admittia esta distincção, porque o artigo correspondente (1526.º) era redigido nos seguintes termos: «Mas se o doador se finar sem dispor da reserva, pertencerá esta aos seus herdeiros legitimos, dentro do quarto grau, e sómente acrescerá ao donatario na falta d'estes».

A commissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, emendou o preceito nos termos hoje declarados no codigo.

Presume-se que o doador, que reserva expressamente a parte legal, não a quer deixar ao donatario, e que o que não faz menção alguma da reserva, implicitamente a deixa aos herdeiros legitimos.

Com relação á reserva feita em testamento não providenceia o codigo, e por isso vae sempre aos herdeiros, porque a herança só não abrange os direitos exceptuados por disposição do seu auctor, conforme se declara nos artigos 703.º, 1737.º e 2014.º

Art. 1465.º A doação caduca não sendo acceita em vida do doador, salva a disposição do artigo 1478.º

Art. 1466.º Se a doação não for acceita no proprio acto, e a acceitação não for inserida no contexto do documento, do qual consta a doação, será depois averbada n'elle.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1467.º Sendo a doação feita a varias pessoas conjunctamente, não se dará entre ellas o direito de acrescer, salvo se o doador expressamente houver declarado o contrario.

(Vid. artigos 1823.º, 1852.º a 1856.º, 1864.º, 1907.º e 1972.º) O direito de acrescer, que se acha perfeitamente regulado no codigo, era objecto de graves duvidas antes da sua promulgação, por falta de lei expressa que podesse resolver as difficuldades que a este respeito se levantavam. Algumas considerações faremos ácerca da velha legislação, que regulava o direito de acrescer, porque é ainda hoje applicavel ás successões abertas antes da publicação da lei nova.

Para ter logar o direito de acrescer requeria-se, tanto pelo velho como pelo novo direito, que o herdeiro ou o legatario fallecessem antes do testador, ou repudiassem a herança ou legado, ou se tornassem incapazes de os receber; porque se o fallecimento do herdeiro ou legatario era posterior á morte do testador, e já estava acceita a herança ou o legado, deferia-se o direito sobre os bens aos representantes do herdeiro ou do legatario.

É pois indispensavel, para ter logar o direito de acrescer, que o herdeiro ou legatario falleça, ou seja condemnado com os effeitos de insuccessivel antes da abertura da herança, ou recuse a sua quota antes de a ter acceitado, porque depois da acceitação qualquer renuncia á porção havida pelo testamento póde reverter em proveito dos herdeiros ou dos crédores do que acceitou, mas nunca em proveito dos coherdeiros.

Em direito romano foi reconhecido o direito de acrescer, como meio de salvar o principio «*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere protest*»; e assim acrescia qualquer porção caduca da herança aos coherdeiros instituidos, não podendo ir em caso algum aos herdeiros legitimos.

Nos legados fundava-se o direito de acrescer na vontade presumida do testador. Mas para ter logar o direito de acrescer entre legatarios, era preciso que elles fossem nomeados conjunctamente *re et verbis*, isto é, *vocati ad eandem rem*, e não simplesmente *re*, ou *verbis*.

Reputava-se *conjuncta* a nomeação quando os instituidos eram chamados á successão sem partes designadas, ou com a declaração de que partiriam por igual.

Os codigos modernos applicaram em regra o direito de acrescer, tanto aos herdeiros como aos legatarios, comtantoque uns e outros fossem *conjunctos*.

Entre nós, na falta de texto expresso de lei reguladora d'esta materia, entrava em duvida se devia ser adoptado o direito romano, e até que ponto. No entretanto era geralmente reconhecido no nosso paiz o direito romano sobre este assumpto, até á publicação das immortaes obras de Mello Freire, que o combaten, reputando supersticioso o principio em que se fundava o direito de acrescer entre os herdeiros, e não o applicando aos legatarios por maioria de rasão, visto ser a posição do legatario menos favorecida do que a do herdeiro.

Mello Freire julgava que este principio da jurisprudencia romana era repellido pelas disposições das leis de 18 de agosto e de 9 de setembro de 1769.

Lobão, negando o direito de acrescer entre herdeiros, sustentava-o entre legatarios *conjunctos*, por se presumir ordinariamente vontade mais favoravel do testador para com o co-legatario, do que para com o herdeiro.

Correia Telles e Liz Teixeira seguiram a opinião de Lobão.

Coelho da Rocha sustentava o direito de acrescer tanto nas heranças como nos legados, no caso de não haver designação de partes para cada um dos herdeiros, e de terem os legatarios sido nomeados *conjunctos*.

O certo é que no nosso fôro, antes da promulgação do codigo, era muito duvidoso o direito de acrescer nas heranças, mas era corrente o direito de acrescer nos legados, se os legatarios tivessem sido nomeados *conjuncti re et verbis*, isto é, nomeados ao mesmo tempo e para a mesma cousa.

Em accordão de 4 de maio de 1869 julgou a relação do Porto que o direito de acrescer «sempre se dava entre os co-legatarios *conjuncti*

re et verbis», sendo negada por accordão do supremo tribunal de justiça de 2 de agosto de 1870 a revista interposta contra aquella decisão, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 146, e em accordão de 28 de junho de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 31, julgou aquelle mesmo tribunal, ou pelo menos declarou a tenção que fez vencimento no accordão, a qual vem publicada no mesmo numero do referido jornal, que o direito de acrescer, ou seja em relação a co-herdeiros ou a co-legatarios, só lhes aproveita, sendo elles nomeados *conjunctamente*, e não tendo o testador disposto o contrario.

Nas doações porém nunca foi admittido o direito de acrescer.

Vejamos agora as disposições do codigo com respeito ao direito de acrescer, que é o direito de reunir á sua parte a d'aquelle, que não quiz ou não póde acceita-la.

O direito de acrescer póde ser considerado com relação aos *donatarios*, com relação aos *legatarios*, com relação aos *herdeiros*, e com relação aos *testamenteiros*.

Nada mais natural do que algum dos herdeiros ou legatarios não adir a herança, ou por não querer, ou por fallecer antes do testador, ou por se tornar incapaz de adquirir por testamento: e ao legislador cumpria determinar o destino que devia dar-se á parte da herança ou do legado, que assim tinha caducado.

Quanto aos *donatarios*.

Nos contratos, como são as doações, nunca foi admittido o direito de acrescer, mas sim e unicamente nas disposições de ultima vontade. Não reconhece o codigo o direito de acrescer entre os donatarios, ainduque a doação fosse feita *conjunctamente* a varias pessoas na mesma cousa. Assim doada uma casa a Pedro e a Paulo, á morte de Pedro não acresce a Paulo o quinhão d'aquelle, que passa para os seus herdeiros. Nas disposições de ultima vontade, como do testamento á abertura da herança ha intervallo e ás vezes muito longo, e n'esse intervallo podia fallecer ou tornar-se incapaz algum dos instituidos, era indispensavel prevenir a quem havia de acrescer a parte d'este, se aos herdeiros legitimos do testador, se aos outros contemplados no testamento.

Nas doações não succede o mesmo. Verificada a acceitação fica o direito transferido irrevogavelmente ao donatario, fazendo parte do seu patrimonio, e passa pela morte do donatario aos seus herdeiros.

Quanto aos *legatarios*.

Não reconhece tambem o codigo o direito de acrescer, artigo 1854.º O testador legando uma cousa determinada ao contemplado com o legado não deixa presumir a vontade de lhe augmentar o beneficio. Portanto o quinhão do que se tornar incapaz, ou do que o repudiar ou não podér adir, passa aos herdeiros instituidos ou legitimos, segundo a herança tiver de passar a uns ou aos outros.

Assim legado o usufructo de todos os bens a Pedro e a Paulo, se Pedro fallecer, ou se tornar insuccessivel, antes da abertura da herança, ou não acceitar, passa logo á morte do testador para o herdeiro a parte do usufructo que perteneeria a Pedro. Se este porém fallece depois de acceitar o legado, vae logo o usufructo tambem para o herdeiro; mas n'este caso, como o legatario falleceu não antes da abertura da successão, e sim depois da acceitação do legado, vae para o herdeiro, não pelo direito de acrescer, mas pelo direito hereditario, em virtude do qual o instituido na propriedade, separada do usufructo, ajunta o usufructo logo pela morte do usufructuario.

Sustentam alguns, com fundamento no artigo 2250.º, que fallecido

um dos usufructuarios, acresce a parte d'este, não ao proprietario, mas aos outros usufructuarios, vistoque nos termos d'aquelle artigo o usufructo, constituido em proveito de varias pessoas vivas ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da ultima que sobreviver.

A doutrina d'este artigo baseada n'outros principios não é uma excepção ao principio geral de que entre legatarios não ha direito de acrescer.

O sr. Seabra, escrevendo na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 2188, sobre a materia do direito de acrescer, consignada no seu projecto, e que passou sem modificações para o codigo, dizia:

«Rejeitâmos o direito de acrescer entre os legatarios, em beneficio dos herdeiros instituidos ou legitimos.

«Seja qual for o legado, *conjuncti verbis et re, re* ou *verbis* sómente, é sempre certo que o testador só quer beneficiar os co-legatarios na parte proporcional da cousa legada. Se o co-legatario não póde ou não quer recolher esta parte, não ha rasão alguma que justifique a preferencia dada ao co-legatario contra o herdeiro. Esta parte deve-lhe pois ser adjudicada.»

Já na imprensa juridica se tem discutido se este principio é ou não applicavel mesmo quando a herança é toda distribuida em legados.

Dizem alguns que os legatarios, como n'esta hypothese representam até certo ponto a posição de herdeiros, artigos 1794.º e 1839.º, devem gosar como estes do direito de acrescer, nos termos dos artigos 1852.º e 1853.º

Porém as disposições dos artigos 1853.º e 1854.º, negando aos legatarios o direito de acrescer, sem exceptuarem o caso de ter sido distribuida a herança toda em legados, condemnam absolutamente similhante opinião.

Quando o testador dividir em legados toda a sua herança sem instituir herdeiro, já não se verifica a vontade presumida de que o testador quiz excluir os herdeiros legitimos, pois existem legatarios contemplados com valor ou objectos determinados, ou com certa parte d'elles, alem da qual nada podem receber.

A presumpção n'este caso é, pelo contrario, de que o testador quiz dar a cada um dos legatarios só a cousa certa, ou o valor determinado, com que os contemplou em testamento, e nada mais.

Portanto as relações juridicas, que por força do disposto nos artigos 1794.º e 1839.º resultam para os legatarios, quando a herança é distribuida toda em legados, não alteram a situação dos instituidos, nem auctorisam a que elles possam ser considerados como herdeiros.

Na materia do direito de acrescer concede o codigo favor ao legatario apenas em duas hypotheses, que nenhuma similhança tem com o direito de acrescer, e que vem a ser: 1.º, o caso de ser indivisivel a cousa legada: 2.º, o de ser onerado o legado com algum encargo, que tivesse caducado, artigo 1854.º

Mas em nenhum d'estes dois casos se verifica o direito de acrescer. No primeiro verifica-se exactamente o contrario; e no segundo ha a extincção de um encargo que onerava o legado, e que não tem a mais ligeira relação com o direito de acrescer.

Se a cousa legada é indivisivel, ou não admitte divisão sem se deteriorar, como se se lega a Pedro e Paulo um cavallo, ou uma casa que não admitte commoda divisão, e fallece Pedro antes da abertura da herança, fica Paulo com o direito, ou de conservar o cavallo em propriedade perfeita, dando aos herdeiros o valor da parte de Pedro, ou de entregar-lhes o cavallo recebendo d'elles o valor do seu quinhão.

Do mesmo modo se se lega a Pedro uma quinta com a obrigação de pagar pelos rendimentos da propriedade uma pensão a Paulo, e este fallece antes da abertura da herança, fica Pedro senhor da quinta sem que tenha que pagar aos herdeiros o valor do encargo, que não supportou, e que teria de supportar se Paulo vivesse, e emquanto vivesse.

Quanto aos *herdeiros*.

O codigo reconheceu o direito de acrescer com respeito aos herdeiros, dando-lhes a faculdade de haverem as partes vagas, tanto dos herdeiros, artigo 1852.º, como dos legatarios, artigo 1853.º

O sr. Seabra no citado n.º 2188 da *Gazeta dos tribunaes* justificava nos seguintes termos o direito de acrescer concedido aos herdeiros:

«O principio romano da indivisibilidade das heranças, de que ninguem póde morrer parte testado e parte intestado, é hoje inadmissivel; de accordo; mas o principio da vontade presumida não é destruido pelas rasões adduzidas.

«O testador que, tendo herdeiros legitimos, os pretere completamente em seu testamento, desherda-os tacitamente e revela de sobejo a sua predilecção pelos instituidos.

«Isto é innegavel, e é por conseguinte forçoso conferir a estes o acrescido.

«Mas o testador devia saber que a lei chamava os herdeiros legitimos na falta de disposição.

«Sem duvida o testador devia conhecer a lei; mas esta lei só chama os legitimos na falta dos instituidos, e aqui ha instituidos, e o testamento deve entender-se uma vez que a lei o admitte, segundo a intenção manifesta do testador, sempre que occorra alguma duvida, e a mesma lei assim o determina.

«Mas a causa dos legitimos é mais favoravel que a dos instituidos? Sem duvida pelas rasões de parentesco. Mas esta rasão desapparece aos olhos da lei, quando começa a livre disposição do testador, a que a lei sómente se substitue dentro de certos limites, e d'ali para diante a lei só attende á vontade expressa ou presumida do testador.

«Demais o concurso unanime de quasi todas as legislações antigas e modernas ajuntou um certo peso sobre esta opinião que não deve desprezar-se sem rasões concludentes.»

Como a instituição de herdeiro significa a contemplação, não com quota certa, mas com o maximo de quota incerta que o testador póde deixar-lhe, não podendo ou não querendo algum herdeiro addir a herança, ou algum legatario addir o legado, passa, em rasão da presumida vontade do testador, o quinhão d'este herdeiro ou d'este legatario para os outros herdeiros instituidos, e não para os legitimos, artigos 1852.º e 1853.º

E os herdeiros têem direito á parte caduca em proporção das suas quotas hereditarias, sem se exigir nenhuma outra condição alem da sua qualidade geral de herdeiros.

Na legislação romana havia o direito de acrescer entre os herdeiros por uma necessidade politica, como dissemos, resultante de não ser permittido morrer parte testado e parte intestado, de modo que ao testador nem licito era prohibir o direito de acrescer, o que aliás é permittido pelo nosso codigo, artigo 1852.º, que faculta ao testador o ordenar que a parte do herdeiro ou do legatario, que este não quiz ou não póde addir, passe a algum legatario ou aos herdeiros legitimos d'elle testador, ou a certo e determinado herdeiro instituido, ou a qualquer outra pessoa.

No artigo 1852.º regula o codigo a hypothese de caducar a herança e não o legado; e no artigo 1853.º regula a hypothese de caducar o legado. Em ambos estes casos pertence aos herdeiros o direito de acrescer.

Sustentam alguns que o artigo 1853.º, em vista das palavras: «*se os legatarios não quizerem ou não podérem receber o respectivo legado*» se refere á hypothese de caducarem *todos* os legados, e não só algum ou alguns dos legados, e que, se assim não fôra, escusado era repetir no artigo seguinte outra vez «*entre legatarios não haverá direito de acrescer*».

Porém o artigo 1853.º refere-se evidentemente a ambas as hypotheses, tanto á de caducarem alguns, como á de caducarem todos os legados; nem a repetição do mesmo preceito em artigos separados é cousa de estranhar no codigo; e finalmente não vale a pena discutir este ponto, porque ou vaguem alguns ou todos os legados, o direito de acrescer pertence em todo o caso aos herdeiros.

É claro, e escusado era que o artigo 1855.º o determinasse, que os herdeiros, aproveitando-se do direito de acrescer, succedem em todos os direitos e obrigações que caberiam áquelle, em cujo direito succedem.

É em virtude d'aquelle principio que os chamados á substituição recebem a herança ou o legado com os mesmos encargos, excepto no que for puramente pessoal, com que os receberiam os herdeiros ou legatarios substituidos, salvo se outra cousa tiver determinado o testador, artigo 1864.º

Não póde presumir-se que o testador quizesse favorecer mais o substituto do que o substituido. Devem por isso entender-se repetidos com relação a este todos os encargos e condições impostos áquelle, *si non fuerit evidens diversa voluntas*, porque em materia de disposições testamentarias cede tudo á vontade do testador, manifestada nos termos das leis. As mesmas rasões se dão para no direito de acrescer pesarem sobre os substitutos os encargos impostos aos substituidos.

Exceptua-se o que era puramente pessoal; assim a condição de fazer uma ode imposta ao substituido, que era poeta, não póde obrigar o substituto, que o não era.

Podem porém os herdeiros repudiar o quinhão acrescido, se elle vier onerado com encargos especiaes, que lhes não convenha receber-lo, como um legado de usufructo com o encargo de pagar uma pensão, que excede o rendimento da propriedade legada em usufructo.

N'este caso não reverte o legado a favor dos herdeiros do testador, mas entrega-se á pessoa, a favor de quem foi constituida a pensão, para o usufruir pelo tempo que a pensão lhe for devida, artigo 1856.º

O projecto primitivo no artigo 1990.º, correspondente ao artigo 1856.º do codigo, obrigava os herdeiros a acceitarem a porção acrescida sob pena de se absterem da herança, salvo sendo legitimarios. Porém a doutrina adoptada a final pela commissão revisora é muito mais rasoavel e liberal.

Como é facil de ver, o direito de acrescer só póde ter logar nas successões testamentarias. Nas successões legitimas o herdeiro ao tempo da abertura da herança succede por direito proprio ou pelo direito de representação, e nunca pelo direito de acrescer.

Até a commissão revisora em sessão de 13 de dezembro de 1862, estabelecendo a doutrina que se lê no artigo 1856.º em substituição da que vinha no artigo 1990.º do projecto primitivo, tomou, diz a acta, a seguinte resolução: «resolvendo-se em seguida que *sendo esta doutrina sómente applicavel á successão testamentaria* fique no logar em que no projecto está collocada».

O disposto no artigo 1978.º a respeito da incapacidade do herdeiro é que é applicavel tanto á successão testamentaria, como á successão legitima nos termos indicados em a nota ao artigo 1772.º Mas do facto das pessoas *incapazes* de adquirirem por testamento não poderem adquirir por successão legitima, não se segue a conclusão de que todos os *capazes* de adquirir por testamento possam adquirir por successão legitima, como a seu tempo diremos.

Verdade seja que o direito de acrescer parece ter tambem logar nas successões legitimas, como se mostra do artigo 1972.º, onde se estabelece o principio de que se os parentes mais proximos repudiarem a herança, ou forem insuccessiveis, passará a dita herança aos parentes do grau subsequente; mas que se tão sómente algum dos coherdeiros repudiar a sua parte esta *acrescerá* á dos outros coherdeiros.

No entretanto não póde dizer-se que o herdeiro a quem acresce a parte repudiada, succede n'este caso pelo direito de acrescer. N'esta hypothese verifica-se a successão por direito proprio.

O direito de *acrescer*, de que falla o artigo 1972.º, é muito differente do direito de *acrescer*, regulado nos artigos 1852.º e seguintes. Aquelle não reune as condições do verdadeiro direito de acrescer.

Quanto aos *testamenteiros*.

Ha tambem entre os testamenteiros o direito de acrescer, artigo 1907.º O testador reserva certa remuneração para o encargo da testamentaria. É justo que d'ella se aproveitem os que se sujeitaram ao encargo.

Art. 1468.º O doador não responderá pela evicção da cousa doada, se a isso se não obrigar expressamente, salvas as disposições dos artigos 1142.º e 1143.º

§ unico. O donatario ficará, porém, subrogado em todos os direitos que possam competir ao doador, verificando-se a evicção.

(Vid. nota ao artigo 1046.º)

Art. 1469.º Se a doação for feita com encargo de pagamento das dividas do doador, entender-se-ha essa clausula, não havendo outra declaração, como obrigando ao pagamento das que, ao tempo da doação, existirem com data authentica ou authenticada.

Art. 1470.º Na falta de estipulação a respeito das dividas do doador, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º Se a doação for de certos e determinados bens, o donatario não responderá pelas dividas do doador, excepto no caso de hypotheca ou de fraude, em prejuizo dos credores.

§ 2.º Se a doação for da totalidade dos bens, responderá o donatario por todas as dividas do doador, anteriormente contrahidas, salvo havendo declaração em contrario.

(Vid. nota ao artigo 1033.º)

Art. 1471.º As doações de moveis ou dinheiro, feitas pelo marido, sem consentimento da mulher, serão levadas em conta na meação d'elle, excepto sendo remuneratorias ou de pouca importancia.

(Vid. nota ao artigo 1118.º)

Art. 1472.º A doação legitimamente feita, seja de que valia for, produzirá todos os seus effeitos juridicos, independentemente de insinuação ou de qualquer outra formalidade posterior á mesma doação, salvo o que fica disposto no § unico do artigo 1459.º

Ainda que o codigo acaba com a formalidade da insinuação nas doações, são tantos os contratos feitos á sombra da lei anterior, e que por esta hão de ser ainda resolvidos, que se torna indispensavel expor o estado da legislação e da jurisprudencia anterior ao codigo sobre este assumpto, porque ella terá de ser invocada em questões pendentes, e que de futuro se suscitem ácerca da insinuação das doações.

A historia d'esta instituição juridica está feita com o preciso desenvolvimento no preambulo da lei de 25 de janeiro de 1775.

Teve a insinuação das doações por origem a constituição do imperador Constantino, o qual para occorrer ás fraudes e ás suggestões com que já então tinham causado escandalo as dolosas machinações, pelas quaes se extorquiam aquelles beneficios, sujeitou geralmente todas as doações de qualquer qualidade, quantia e natureza que fossem, á formalidade da insinuação.

Depois o imperador Theodosio, moderando o rigor d'aquella constituição, sujeitou á insinuação unicamente as doações que excedessem a quantia de duzentos aureos, sem que d'esta regra eximisse doação alguma.

Ultimamente Justiniano ordenou que só fossem insinuadas as doações que excedessem 500 soldos, e estabeleceu varias excepções.

Os povos, que fundaram sobre a legislação romana a sua jurisprudencia, adoptaram uns a constituição de Constantino, outros a de Theodosio, e outros a de Justiniano.

Entre nós foi adoptada na ordenação Manuelina a constituição de Theodosio, unicamente com a excepção das doações regias tirada da constituição de Justiniano.

O systema da insinuação das doações era já assim reconhecido no direito romano; porém o processo de insinuação por aquelle direito era muito differente do nosso, não só emquanto ás formalidades que se observavam n'esta solemnidade, mas tambem quanto ás auctoridades perante as quaes tinham de praticar-se.

O espirito da legislação romana era evitar pela intervenção salutar da auctoridade publica as extorsões e as violencias dos grandes e dos senhores feudaes nas suas terras.

Todas as legislações, que adoptaram a insinuação, consideraram-na tambem como meio de evitar que as doações fossem captadas pelo dolo e pela fraude, e quizeram marcar um intervallo que habilitasse os doadores a corrigirem por meio da reflexão as precipitações em que porventura tivessem caido no acto da doação.

Este era tambem o espirito da nossa legislação, segundo se mostra da ordenação, livro IV, titulo LXII, § 1.º, nas palavras: «E a insinuação se fará, mandando tirar inquirição, em que primeiro será perguntado o que fez a doação, se a fez por induzimento, arte, engano, medo, prisão, ou outro algum conluio».

A insinuação entre nós era o acto pelo qual a auctoridade publica confirmava a doação, precedendo averiguações sobre a espontaneidade do doador, com o fim de lhe dar tempo a refletir, e de obstar á precipitação, e aos abusos e conluios com que poderia ser illudida a sua boa fé.

Segundo o direito romano a *insinuação* das doações fazia-se perante as justiças territoriaes. Segundo as nossas leis julgava-se uma dependencia immediata da auctoridade real, porque era da competencia do desembargo do paço. Ultimamente passou para os administradores de concelho em consequencia das reformas administrativas e politicas decretadas por occasião da inauguração do systema liberal entre nós, e perante esta auctoridade se processava nos termos do artigo 254.º n.º 1.º do codigo administrativo.

A insinuação depois de extincto o desembargo do paço consistia n'um processo, que começava por um requerimento feito pelo interessado ao administrador do concelho para este inquirir o doador sobre a espontaneidade com que fizera a doação, bem como alguns vizinhos que tivessem rasão de saber, se a doação fôra devida a mera liberalidade, ou a coacção, seducção ou fraude; e confirmando o doador a doação, e não dando as testemunhas depoimentos que fizessem suspeitar que a doação era devida a motivos illegitimos, o administrador do concelho proferia uma sentença, julgando insinuada ou não a doação, da qual havia recurso contencioso para o conselho de districto e d'ahi para o conselho de estado. Todas estas formalidades eram exigidas, como dissemos, tambem para dar ao doador tempo para reflectir sobre as consequencias da doação, e poder confirmá-la ou retira-la.

A intervenção da auctoridade publica na insinuação das doações não significava *confirmação* de doação, porque requerida em tempo, e satisfeitas as formalidades da lei, ao administrador só competia verificar a espontaneidade da doação e coadjuvar a fazenda publica na liquidação e cobrança dos direitos da contribuição de registro, quando fossem devidos; e tanto que do despacho do administrador do concelho, recusando-se a fazer a insinuação, havia recurso contencioso para o conselho de districto, e d'ahi para o conselho d'estado, como acima fica dito.

E já no tempo de regimen absoluto, em que este serviço estava commettido ao desembargo do paço, succedia o mesmo, porque comquanto na ordenação, livro IV, titulo LXII, § 2.º, se fallasse de doação «*por nós confirmada e approvada*» dizia-se logo em seguida: «A qual inquirição vista por nós ou pelos ditos desembargadores, se por ella se mostrar que foi feita bem, e como devia, e que aquelle que a fez é contente, que seja por nós confirmada, *ser-lhe-ha dada* nossa carta de confirmação, e de outra maneira não».

Portanto não bastava para se passar o alvará de insinuação, que se verificasse que a doação tinha sido espontanea; era alem d'isso indispensavel e substancial a declaração do doador de que confirmava a doação porque não podia conceder-se o alvará de insinuação, constrangendo-se o doador administrativa ou judicialmente a prestar o seu consentimento, nem depois da sua morte, como decidiu o supremo tribunal de justiça em accordãos de 15 de novembro de 1842 e de 12 de julho de 1851, e o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 4 de dezembro de 1849.

Para o começo e conclusão do processo da insinuação havia prasos fataes, marcados em o n.º 2.º da citada lei de 25 de janeiro de 1775, os quaes eram differentes, segundo as doações se faziam no continente do reino, nas ilhas adjacentes e dominios da America, na Africa e na Asia.

A insinuação devia ser requerida e concluida dentro de quatro mezes no continente do reino, sob pena de nullidade, como ainda ha pouco tempo decidiu o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 22 de abril de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 135 do mesmo anno, do qual transcrevemos o seguinte periodo:

«Considerando que a carta de lei de 25 de janeiro de 1775 declara expressa e terminantemente nullas e de nenhum effeito as doações excedentes á taxa da ordenação, livro IV, titulo LXII, que no continente do reino não forem insinuadas dentro do praso de quatro mezes, bastando o lapso do dito termo, sem outra interpolação, para como taes serem julgadas, etc.»

No entretanto se a demora na conclusão do processo proviesse, não de omissão dos interessados, mas de culpa da auctoridade publica, ou de impedimento legitimo, seria absurdo o declarar sem effeito a insinuação pelo facto de não se concluir no praso legal, tendo aliás sido requerida em tempo competente.

Esta mesma doutrina se infere do 2.º considerando d'aquelle decreto, que diz assim: «Considerando que dos autos se prova que a insinuação questionada não chegou a ultimar-se no praso legal, por effeito aliás da omissão dos proprios interessados na doação, etc.»

A insinuação só podia fazer-se passados os prasos legaes, quando respeitasse a menor que a requeresse, invocando nos termos da ordenação, livro IV, titulo LXXIX, § 2.º, o beneficio da restituição, segundo declarou a portaria de 9 de fevereiro de 1849.

N'uma bem fundamentada sentença, proferida por um juiz de direito de primeira instancia, e publicada no jornal *O Direito*, se sustenta a doutrina de que a insinuação é valida, sendo requerida dentro dos quatro mezes, ainda que se conclua depois.

A circumstancia de que a escriptura, que se queria insinuar, podia ser rescindida, não era motivo para se negar a insinuação, porque a insinuação não tolhia os direitos de terceiro contra essa escriptura, nem embaraçava os juizes de conhecerem da validade ou nullidade do contrato. Assim o declarou o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 5 de agosto de 1862.

A mesma ordenação, livro IV, titulo LXII, *pr.*, determinava que todas as doações, assim de moveis como de raiz, como de uns e outros conjunctamente, que passassem de 120$000 réis, sendo feitas por homem, e de 60$000 réis sendo feitas por mulher, quer solteira quer viuva, calculado o valor ao tempo da doação, seriam nullas no excesso d'aquella taxa, não havendo a insinuação.

Veiu porém o alvará de 16 de setembro de 1814, e triplicou aquellas quantias, de modo que pelo direito anterior ao codigo eram sujeitas á insinuação as doações de valor excedente a 360$000 réis, sendo feitas por varão, ou a 180$000 réis sendo feitas por mulher.

As doações, ainda que inferiores á taxa da lei cada uma d'ellas, sendo todavia feitas ao mesmo tempo pelo mesmo doador e ao mesmo donatario, se excediam todas reunidas a taxa legal, deviam ser insinuadas. Feitas porém em diverso tempo consideravam-se doações distinctas, e portanto não sujeitas á insinuação.

Da formalidade da insinuação nem uma só doação excedente áquella taxa era exceptuada pela ordenação. Sem embargo porém d'esta providencia absoluta foi-se introduzindo no fôro tal abuso de excepções ao preceito legal, que se publicou a lei de 25 de janeiro de 1775, em cujo preambulo se fulminam acremente essas limitações, mormente

com relação a doações pias, e a opinião dos doutores, para debellar a qual não bastára a lei de 18 de agosto de 1769; e ordenou a referida lei de 25 de janeiro de 1775 que todas e quaesquer outras doações *de qualquer qualidade e natureza que fossem*, salvo duas excepções, ficassem nullas e de nenhum effeito quanto ao excesso da taxa, não sendo insinuadas dentro do termo legal, ficando proscriptas e abolidas do fôro todas as outras excepções accumuladas pelos casuistas e escriptores forenses.

Em virtude d'esta lei pois, só foram exceptuadas de insinuação: 1.º, as doações regias, excepção reconhecida na ordenação manuelina, livro IV, titulo LIV, e cavilosamente omittida, segundo a expressão da referida lei, nas ordenações philippinas; 2.º, as doações remuneratorias feitas a pessoas estranhas á familia dos doadores, provada previamente não só a verdade dos serviços que as determinavam, mas tambem a equivalencia d'esses serviços.

Posteriormente pelo assento de 21 de julho de 1797 foram tambem exceptuadas de insinuação as doações á conta das legitimas, emquanto abrangessem as mesmas legitimas, por não se reputarem rigorosa liberalidade, e as doações de prazos de vidas com reserva de usufructo, por se julgar n'este caso proveniente o direito, não do nomeante, mas do senhorio, como se declara na provisão de 17 de agosto de 1801, que vem na collecção do dr. Delgado, e até certo ponto revoga a doutrina, reconhecida na provisão de 10 de novembro de 1775.

Ainda assim entendem alguns que mesmo a doação de prazos com reserva de usufructo só era isenta de insinuação nos termos do assento de 21 de julho de 1797, quando feita por paes a filhos, e á conta das legitimas.

No entretanto esta opinião na pratica nunca prevaleceu.

Em contrario tambem alguns sustentaram, com fundamento no mesmo assento, e pela rasão de que o doador não se faria pobre n'este caso, que nas doações entre vivos com reserva de usufructo não era necessaria a insinuação.

Similhante parecer porém, talvez pela improcedencia das rasões em que se fundava, nunca teve voga no fôro.

Ultimamente eram tambem isentas de insinuação por força do disposto na lei de 16 de julho de 1855, artigo 9.º, § 1.º, as doações que o rei fizesse de seus bens particulares, sendo a transmissão em tudo o mais regulada por direito commum.

Sem embargo porém de serem estas as unicas excepções ao preceito da necessidade da insinuação, a pretexto de que as doações matrimoniaes não eram rigorosas liberalidades, visto ser onerosa a causa do matrimonio, levantou-se a opinião de que as doações em casamento não careciam de insinuação, especialmente quando eram entre esposos, e não feitas por terceiros. Procurava-se apoiar esta opinião nos preceitos da ordenação, livro IV, titulo XLVI, e da lei de 17 de agosto de 1761; e n'este sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 4 de outubro de 1850, e a relação de Lisboa em accordão de 2 de dezembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 13.

Similhante opinião porém é contraria abertamente ao disposto na lei de 25 de janeiro de 1775, que revogou a ordenação, livro IV, titulo XLVI, e a lei de 17 de agosto de 1761 com relação ao presente assumpto, se é que a elle se referiram estas leis.

Demais contra aquellas decisões ha os accordãos do mesmo tribunal supremo de justiça de 4 de março e de 15 de novembro de 1842, e finalmente o de 13 de janeiro de 1869, publicado no *Jornal de jurisprudencia*, de Coimbra, 4.º anno, n.º 35, no qual um dos *considerandos* é «que, se a escriptura fosse de dote, faltava-lhe a insinuação, essencial n'este caso, para o complemento e validade do acto, por se tratar de um dote adventicio constituido pelos tios da dotada, disposição esta trivial e inconcussa no fôro, ordenação, livro IV, titulo LXII, lei de 25 de janeiro de 1775, assento de 21 de julho de 1797».

No mesmo sentido foi publicado um decreto sobre consulta do conselho d'estado com data de 4 de dezembro de 1849.

Assim a opinião seguida no fôro era pela necessidade da insinuação das doações feitas em casamento.

Esta opinião é muito rasoavel, vistoque as doações reciprocas feitas entre esposados no contrato antenupcial têem o caracter de irrevogabilidade nos termos da lei de 17 de agosto de 1761.

As doações *mortis causa* eram igualmente isentas de insinuação em virtude da resolução de 10 de outubro de 1805, que não vem na collecção das nossas leis, mas que é apontada no repertorio de Fernandes Thomás, verbo *insinuação*, e no tomo II do *Indice chronologico* de João Pedro Ribeiro.

Entendem alguns que esta resolução não póde constituir uma regra geral, porque se referia a *uma* certa e determinada doação, e porque não se publicou carta que lhe desse força legislativa, e carta em que se declarasse nos termos da ordenação, livro II, titulo XL, que valeria mais de um anno, poisque as resoluções sobre consultas dos tribunaes não estavam no caso dos assentos da casa da supplicação, que tinham força legislativa conforme a ordenação, livro I, titulo V, § 5.º, e lei de 18 de agosto de 1769, §§ 2.º, 5.º e 14.º

Porém a verdade é que na pratica nunca entrou em duvida que estas doações não careciam de insinuação, e basta attender a que tendo ellas a natureza das disposições testamentarias, bem dispensavam a insinuação, para verificar a espontaneidade da doação; porque o doador podia a todo o tempo revoga-las como entendesse, e acabar assim com a disposição que tivesse feito em rasão de conluio, engano ou coacção.

Tambem já se julgou, como póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 185, que não havia necessidade de insinuar uma doação feita a um asylo de infancia desvalida, e acceita por um delegado do governo; mas esta decisão é evidentemente contraria ás disposições das leis que regem o assumpto.

Era muito questionado se a insinuação era um acto propriamente de administração, ou se tinha a natureza de decisão controvertida, bem como se o poder judicial tinha jurisdicção, apesar d'aquelle acto ser da competencia administrativa, para conhecer da validade d'elle quando se allegasse coacção; sendo muito notavel a este respeito o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 11 de dezembro de 1851.

Nós sustentámos sempre que, se não houve recurso do despacho, que julgou a insinuação, de modo que elle passou em julgado, é o poder judicial incompetente para julgar nulla a insinuação.

Os juizes não podiam conhecer da legalidade do alvará de insinuação, devendo reputa-lo valido, logoque se apresentasse revestido de todas as solemnidades externas, visto ser um acto do poder executivo, que não podia ser controvertido no fôro judicial, e assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordãos de 14 de outubro de 1854 e de 30 de novembro de 1858: sendo por isso opposto ás leis o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 11 de dezembro de 1851, que estabeleceu a doutrina de que a insinuação, longe de ser um acto do poder executivo, era apenas uma convenção mais auctorisada.

Impugnada porém a doação ou a insinuação com o fundamento de ter havido *coacção* n'um ou outro acto, compete o conhecimento da questão aos tribunaes judiciaes e não ao poder administrativo.

N'este caso trata-se já da apreciação de direitos individuaes, derivados de um acto juridico, cujo conhecimento entra na esphera do direito civil. N'este mesmo sentido decidiu o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 11 de novembro de 1851.

Os nossos praxistas seguiam tambem a opinião de que as doações, que não estavam insinuadas, sendo aliás sujeitas a esta formalidade, eram nullas *ipso jure*. Todavia a relação do Porto em accordão de 4 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 185, julgou que estas doações deviam produzir todos os effeitos juridicos, emquanto não fossem rescindidas pelos meios competentes, visto não ser a contrariedade meio de pedir.

A nossa opinião porém foi sempre que os juizes deviam declarar nulla *ipso jure*, no excesso a doação não insinuada, e sujeita a insinuação, logoque do proprio titulo da doação constasse o valor excedente á taxa legal, porque o valor dos bens calculava-se com relação ao tempo da doação.

Supponhamos porém, que dentro dos quatro mezes anteriores á promulgação do codigo se fez uma doação, sujeita a insinuação pela lei anterior, mas ainda não insinuada ao tempo da promulgação do codigo, será não obstante isso indispensavel a insinuação para a sua validade?

Entendemos que não. A doação carecia da formalidade da insinuação, que a lei dispensou antes de feita, e a jurisdicção da auctoridade encarregada do processo da insinuação expirou com a publicação da lei nova.

O codigo com rasão proscreveu uma formalidade que importava a intervenção da auctoridade publica n'um negocio meramente privado, assim como justamente acabou com a formalidade da confirmação regia nas perfilhações. Nos governos de opinião a auctoridade publica não póde intervir como tutor nos negocios de interesse meramente privado. A lei não póde presumir que o doador fizesse a doação precipitada e irreflectidamente, especialmente desde que exigiu provas solemnes da sua constituição. Para o caso de coacção ou de fraude ha os meios ordinarios de nullidade.

As rasões que tinham determinado a solemnidade da insinuação, ou eram filhas das circumstancias do tempo, que já mudaram, ou eram igualmente applicaveis a outros contratos.

O sr. dr. Paes ainda insistiu na necessidade de insinuar as doações. Mas o sr. Seabra respondeu que não acceitava a insinuação pelas rasões que tinha dado na sua obra, intitulada *Philosophia de direito de propriedade*, pagina 298 e seguintes.

Art. 1473.º O doador póde estipular a reversão da cousa doada, comtantoque seja a seu favor e não de outras pessoas, salvo nos casos em que a substituição testamentaria é permittida.

Art. 1474.º A reversão, estipulada pelo doador a favor de terceiro, com quebra da disposição do artigo antecedente, é nulla, mas não produz a nullidade da doação.

(Vid. artigos 1867.º, 1869.º e 1874.º) A reversão é uma perfeita substituição, e sujeita ás mesmas regras. O doador póde fazer nas doações substituições vulgares, pupillares, quasi pupillares e fideicommissarias, nos mesmos termos em que as póde fazer o testador, artigo 1858.º e seguintes.

Ainda que o modo mais frequente de estabelecer fideicommissos era em disposição de ultima vontade, tambem se faziam em actos entre vivos.

Nos patrimonios ecclesiasticos, que não eram feitos por ascendentes, era vulgar a clausula de passarem por morte do clerigo os bens doados para os herdeiros do doador. Já assim era tambem por direito romano. Voet nos seus comentarios ás Pandectas, fundando-se n'algumas leis do digesto e do codigo, dizia o seguinte: «*Nec tantum ultima voluntate sed et actu inter vivos, fideicommissa induci posse, nulla dubitatio est; dum donationi rerum adjicitur stipulatio de rebus donatis alterae personae restituendis... Et hoc ipsum moribus quoque hodiernis probatum esse, quod nempe actu inter vivos, fideicommissa induci posse, praecipue pactis dotalibus est*».

A reversão a favor do doador para o caso, por exemplo, de sobreviver ao donatario, ou a este e aos seus descendentes, ou herdeiros é digna do favor das leis, vistoque o doador se não desapossára do que era seu senão por consideração com esses individuos, por cuja morte se ha de realisar o direito de reversão. O codigo tanto favorece a reversão a favor da pessoa do doador, que reconhece não só a reversão convencional, mas tambem sanccionou um caso de reversão *legal* no artigo 1177.º

Nas doações feitas por terceiros aos esposados *ou em vida ou por morte* revertem os bens doados para o doador; ou caducam as doações no caso de este sobreviver ao donatario e aos seus filhos e descendentes.

Não póde porém o doador estabelecer este direito de reversão a favor de terceiros, ainda mesmo seus herdeiros, que equivaleria isso a uma substituição fideicommissaria, que se acha prohibida de futuro nos termos do artigo 1867.º

Hoje nem o doador, nem o testador podem fazer mais de uma nomeação. Não podem ordenar que o segundo nomeado entre na posse e dominio dos bens por morte do primeiro que os teve igualmente no seu dominio.

Pelo codigo não póde o doador ou o testador determinar: «Dôo, ou deixo a minha propriedade a Pedro, que será o meu herdeiro, e por morte d'este passará para Paulo». Podem o doador ou o testador substituir differentes donatarios, herdeiros ou legatarios para a hypothese de algum não acceitar, artigo 1858.º Podem o doador ou o o testador substituir pupillarmente ao descendente incapaz de dispor, para determinar a quem hão de passar os bens, fallecendo o descendente no estado de incapacidade, artigos 1859.º a 1863.º

Não podem porém o doador ou o testador determinar que haja de passar successivamente a duas pessoas o dominio de todos ou de parte dos seus bens. O doador ou o testador, que dão ou deixam os seus bens a Paulo, nada podem determinar ácerca da sorte d'esses bens pela morte de Paulo. Expira completamente o seu direito e a sua jurisdicção sobre os bens pela designação da *primeira* pessoa a quem devem pertencer.

Na mais antiga jurisprudencia o direito de substituir tinha chegado ao ultimo excesso e abuso, que o codigo quiz evitar. O filho recebia os bens do pae com o encargo de os transmittir ao neto, e este ao seu descendente immediato, e assim successivamente.

O que dava ou deixava os seus bens com o encargo do donatario

ou instituido os *conservar* e por sua morte os *entregar* a terceiro, arrogava-se o direito de por uma só disposição regular a ordem de diversas successões graduaes.

Os bens não eram possuidos em propriedade *perfeita*, porque o donatario ou instituido eram encarregados de os *conservar* para os *transmittir*. Os bens estavam separados do commercio e da circulação; e os que, ignorando a substituição, contratavam com o possuidor, julgando-o proprietario perfeito, viam muitas vezes os filhos d'elle recolher grandes fortunas sem o crédor ter meios por onde se pagar.

O caracter *essencial* das substituições prohibidas consiste em onerar um com o encargo de *conservar* para por sua morte *transmittir* a outro, sem que estas palavras «*conservar com a obrigação de por morte transmittir*» sejam sacramentaes, porque podem ser substituidas perfeitamente por outras que enunciem a mesma idéa.

É substituição prohibida aquella, pela qual o donatario ou o instituido é encarregado de conservar para transmittir a fortuna a terceiros, não *por morte*, mas passado um periodo determinado, como de vinte, trinta ou quarenta annos?

Esta disposição é illegal porque a designação do tempo em que deva começar ou cessar o effeito da instituição de herdeiro, e portanto do legatario e do donatario, ter-se-ha por não escripta, artigo 1747.º

Os effeitos da instituição do herdeiro ou do legatario começam á morte do testador, ou á realisação de condição, se d'esta dependem.

Porém nem as instituições nem as doações podem ser sujeitas a designação do tempo nos termos do artigo 1747.º, que é tão applicavel ás doações, como aos testamentos.

Permittindo-se ao doador e ao testador o designar o tempo em que devia começar ou cessar a instituição de herdeiro, de legatario ou de donatario, dava-se-lhes meio de illudirem facilmente o preceito prohibitivo das substituições fidei-commissarias.

O proprietario que quizesse instituir um fidecommisso em doação ou em testamento marcava o periodo, em que devia começar a instituição do herdeiro ou do donatario, calculando-o segundo o tempo provavel de duração de vida do primeiro a quem elle quizesse deixar os bens. Já com o legado não concede o mesmo artigo 1849.º, como tudo mais largamente se explicará em a nota ao referido artigo 1747.º

É mister não confundir a condição *resolutoria* com a substituição fideicommissaria. A substituição só não vale quando traz o encargo de *conservar* para *transmittir por morte*, ou altera a epocha em que nos termos da lei devem começar ou cessar os effeitos da instituição.

Suppunhamos porém que o testador instituia conjunctamente seus herdeiros Pedro e Paulo, devendo passar por morte do ultimo todos os bens para Martinho, seria inteiramente valido este fideicommisso por direito antigo, e pelo codigo, nos casos em que ainda hoje se admittem as substituições fideicommissarias?

Em accordão de 11 de maio de 1872 julgou a relação de Lisboa que a parte pertencente áquelle dos dois herdeiros instituidos conjunctamente que primeiro fallecesse não podia devolver-se a Martinho, porque essa transmissão representava um fideicommisso em segundo grau.

Nós porém entendemos o contrario. Se o testador instituisse Pedro para por morte d'este passarem os bens para Paulo, e por morte d'este para Martinho, n'esse caso a transmissão para Martinho era evidentemente um fideicommisso em segundo grau. Mas na especie sujeita a instituição de Pedro e de Paulo é uma instituição conjuncta e não uma instituição fideicommissaria. Não ha fideicommisso sem se verificar o requisito de um *conservar* para por sua morte *transmittir* a outro.

O systema do codigo, alem de formulado talvez no sentido de prohibir os morgados irregulares, que as substituições, especialmente admittidas em muitos graus, representavam, é conforme aos principios de direito natural, que não reconhece no proprietario o direito de governar os seus bens depois de morto.

É já muito difficil sustentar, em presença da boa philosophia, e do principio «*mors omnia solvit*», que o proprietario possa determinar quem por sua morte haja de succeder-lhe.

Mas se rasões politicas e economicas podem aconselhar o legislador a garantir ao proprietario o direito de escolher o seu *primeiro* successor em todos ou em parte dos seus bens, não vão essas rasões até ao ponto de lhe permittir escolher o segundo, o terceiro e milhares de successores por toda a successão dos seculos, porque permittindo-se-lhe o escolher o segundo, não ha rasão para o inhibir de escolher terceiro, quarto, etc., até ao infinito.

Pelo direito anterior ao codigo eram permittidas as substituições fideicommissarias nos termos da ordenação, livro IV, titulo LXXXVII; e questionava-se sobre o numero de graus de substituição admittidos por aquella ordenação.

A pratica porém, apoiando-se nos bons principios, e no exemplo de substituição mencionado n'aquella mesma ordenação, admittia ultimamente apenas um grau de substituição fideicommissaria. Assim era corrente que o testador podia dispor: «Seja meu herdeiro Paulo, e por morte d'elle passem os bens para Pedro».

Mas o testador, segundo a jurisprudencia seguida no fôro, não podia já ir alem, e dispor que por morte de Pedro passassem os bens, por exemplo, a Francisco, etc.

O codigo com relação aos fideicommissos de preterito, isto é, abertos ao tempo da sua promulgação, adoptou a jurisprudencia ultimamente seguida, artigo 1874.º O artigo 1874.º póde ter-se como a interpretação authentica da ordenação, livro IV, titulo LXXXVII, com relação aos fideicommissos de preterito, e interpretação derivada da pratica do fôro, e das opiniões dos jurisconsultos mais acreditados.

Aquelle artigo menciona os fideicommissos *temporarios*, porque não eram usados ao tempo da promulgação do codigo senão fideicommissos temporarios, isto é, substituições em graus determinados; mas, se porventura apparecesse alguma disposição com numero illimitado de substituições, ser-lhe-ia igualmente applicavel por analogia o disposto no mesmo artigo 1874.º

Não havia porém fideicommissos perpetuos entre nós desde que estava prohibida a constituição dos vinculos. Portanto o codigo reduziu os fideicommissos temporarios de preterito, unicos que existiam, a um só grau; e mesmo n'um grau só subsistem na hypothese de ter morrido o testador, antes da publicação da nova lei.

As substituições fideicommissarias feitas em testamento ainda não aberto ao tempo da promulgação do codigo, ficaram sem effeito pelo que se infere d'este artigo 1874.º, e principalmente pelo disposto no artigo 1762.º, que só reconhece a validade dos testamentos ainda não abertos ao tempo da promulgação do codigo que com elle não forem conformes *quanto a formulas ou solemnidades externas*; e a designação dos graus de substituição pertence á materia ou á *fórma interna* do testamento. O artigo 1874.º refere-se aos testamentos que já estavam em execução, e em que havia mais de um grau de substituição, e manda que elles só produzam effeito no primeiro grau, conside-

rando-se os outros graus como não mencionados, pela mesma rasão porque depois do codigo são nullas as substituições fideicommissarias nos testamentos, assim como a reversão a favor de terceiros nas doações, sem que a nullidade da substituição e da reversão prejudiquem a instituição, o legado, ou a doação, artigos 1474.º e 1869.º

O artigo 1874.º refere-se tambem ás doações por força do disposto no artigo 473.º

Os fideicommissos temporarios, a que se refere o artigo 1874.º, não são unicamente os definidos em o n.º 3.º do artigo 1871.º, mas tambem os mencionados em os n.ºs 1.º e 2.º do mesmo artigo, e no artigo 1866.º

Os dois artigos 1474.º e 1869.º vieram resolver tambem uma questão muita agitada no nosso fôro antigo, que era — se nulla a substituição em segundo grau, os bens haviam de passar para os herdeiros legitimos do testador ou para os herdeiros do primeiro substituto.

O codigo estabelece a jurisprudencia mais accommodada aos principios juridicos, e que era já geralmente respeitada no fôro antes da sua promulgação, ordenando que os bens doados ou deixados com clausulas fideicommissarias ou de reversão prohibidas pelas leis não voltam aos herdeiros do doador ou do testador, porque se radicam na pessoa do donatario ou do instituido, a cujos herdeiros hão de passar, vistoque a substituição ou reversão em nada affecta a instituição ou doação, e *apenas* se haverá por *não escripta*, artigo 1869.º

Assim como a nullidade da substituição não invalida a instituição, assim a nullidade da instituição não invalidará a substituição. A reciproca é verdadeira, porque o util não se vicia pelo prejudicial, e a substituição não é um accessorio da instituição para seguir a sorte do principal, nem ficou menos manifesta a intenção do testador de beneficiar o fideicommissario pelo facto de se não aproveitar do beneficio o fiduciario.

Assim se o marido dispõe a favor do conjuge adultero contra a disposição dos artigos 1771.º e 1978.º, e para á morte d'elle passarem os bens, por exemplo, a um sobrinho do testador, longe de este ficar privado dos bens pela incapacidade do instituido, fica pelo contrario com elles desde logo, como se fôra simples a instituição.

O codigo porém, apesar de toda a sua guerra ás substituições fideicommissarias, e ás reversões a favor de terceiro nas doações, ainda as permittiu *por excepção* nos graus em que eram permittidas *como regra* pelo direito anterior. Ha dois casos em que as substituições fideicommissarias, e portanto as reversões nas doações, são permittidas: 1.º, sendo feitas pelo pae ou mãe nas quotas disponiveis em proveito dos netos nascidos ou por nascer; 2.º, sendo feitas pelo irmão a favor dos filhos do irmão, artigo 1867.º

Por esta fórma o pae ou a mãe podem doar ou deixar a sua terça ou a sua ametade, artigo 1784.º, a favor de um filho ou de terceiro com a condição de os bens passarem por morte do doado ou do instituido para um neto do testador nascido ou por nascer, e um irmão póde doar ou deixar todos ou parte de seus bens a outro irmão ou a terceiro, para por morte do donatario ou do instituido passarem aos filhos do irmão ou sobrinhos em primeiro grau do doador ou do testador.

Estas excepções foram dictadas de certo no intuito de conciliar a satisfação dos affectos do avô para com os netos, e do tio para com os sobrinhos, com o desejo igualmente louvavel de beneficiar os filhos, os irmãos, ou um terceiro.

O pae que não quer privar os filhos da sua quota disponivel, e que ao mesmo tempo deseja que ella chegue aos netos, ou que pertende contemplar um estranho, sem que os bens fiquem para sempre fóra da familia, tem n'estas excepções o meio de conciliar os deveres de gratidão com as affeições de familia.

Prohibem-se em regra as substituições fideicommissarias e as reversões a favor de terceiro para evitar a instituição de morgados irregulares, que tem por fim satisfazer a vaidade do doador ou do testador, que deseja que a sua fortuna passe accumulada e sem divisão durante duas ou mais gerações. Permitte-se a substituição ou reversão, e alem d'isso só n'um grau, quando ella tem unicamente por fim satisfazer a um sentimento muito louvavel de familia, deixando passar os bens para os netos ou para os sobrinhos do testador, depois de terem sido desfructados por outra pessoa, em quem o doador ou o testador satisfaz tambem as suas affeições.

O mesmo favor é concedido ao tio pela affeição que se presume ter aos filhos em primeiro grau do irmão. A lei devia prevenir estes casos, offerecendo ao tio e ao avô o meio de favorecerem os sobrinhos e os netos, sem prejuizo das suas affeições para com terceiro, parente ou não parente. As substituições n'estas hypotheses nada têem de odioso nem de funesto.

O pae e a mãe só podem gravar com a substituição a quota disponivel, e não a legitima, que deve ficar intacta para os filhos. Se a herança fosse gravada com a substituição poderia o filho subtrahir-se a essa condição até á concorrencia da legitima que elle deve achar sempre intacta na successão.

Se a substituição é feita em doação basta que seja *acceita* pelo gravado, sem necessidade de intervenção do fideicommissario, como pondera Rogron em a nota ao artigo 1048.º do codigo civil francez, porque n'este caso a estipulação em proveito de terceiro, que não concorreu ao acto, é apenas condição da doação feita ao *gravado*, e tanto mais que o fideicommisso póde estabelecer-se a favor de individuo *por nascer*.

O mesmo codigo no artigo 1049.º só reconhece este direito de substituição aos tios quando elles morrem sem descendentes, restricção que o nosso codigo não acceitou.

Exige igualmente o codigo civil francez nos dois artigos mencionados como condição para proceder a substituição, que o *gravado* seja filho ou irmão do testador.

Entre nós tambem alguns têem sustentado que nos termos do artigo 1867.º do codigo não têem logar as substituições, fideicommissarias a favor dos netos e dos sobrinhos do testador, não sendo a instituição em primeiro grau a favor dos filhos, e dos irmãos do mesmo testador ou doador, e fundam-se nas seguintes rasões:

1.ª Que a fonte do artigo é o codigo civil francez, que nos artigos 1048.º e 1049.º estabelece esta mesma doutrina;

2.ª Que não póde attribuir-se ao legislador o absurdo de permittir fideicommissos a favor dos netos e dos sobrinhos, e não a favor dos filhos e dos irmãos, que se presumem collocados em mais alto grau na escala das affeições.

Esta questão foi largamente ventilada na associação dos advogados de Lisboa, que seguiu quasi por unanimidade como póde ver-se na *Gazeta dos tribunaes*, n.ºs 4:323 e 4:324, a opinião contraria que nós tambem sustentâmos.

Lendo-se desprevenidamente o artigo 1867.º conhece-se logo que o codigo não exige que o instituido seja filho ou irmão do instituidor para se verificar o fideicommisso a favor do neto ou do sobrinho; e a comparação do artigo com a sua fonte, longe de prejudicar, favorece

a nossa opinião, porque, se o legislador portuguez quizesse adoptar os preceitos da lei franceza, reproduziria fielmente a doutrina do codigo civil francez.

A mente do legislador não foi unicamente acautelar a posteridade contra a dissipação do pae, mas sim beneficiar essa posteridade, ainda quando o testador ou o doador quizessem excluir do usufructo seus filhos ou irmãos.

A substituição portanto póde aproveitar a todos os netos ou sobrinhos do doador ou do testador, ainda que não sejam filhos do gravado.

E se á morte do testador ou doador existirem netos ou sobrinhos, e filhos de sobrinho ou de neto já morto, succedem os filhos do fallecido na porção do pae pelo direito de representação.

As substituições fideicommissarias, reconhecidas no artigo 1867.º, como excepção á regra geral, não podem ampliar-se. Por isso é nulla a substituição em favor do irmão do testador, segundo opinou a associação dos advogados de Lisboa em conferencia de 25 de maio de 1870, como póde ver-se a pag. 161 do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação.*

Os irmãos ou irmãs (como se exprime o projecto primitivo, eliminando com rasão a commissão revisora a palavra «*irmãs*», que era escusada) poderão tambem estabelecer, como os paes a favor dos netos, a clausula de reversão nas doações, e a de fideicommisso nas instituições, para aproveitarem aos descendentes dos irmãos em primeiro grau, tanto nascidos como *por nascer?*

O artigo 1867.º que em o n.º 1.º permitte as substituições fideicommissarias a favor dos netos do testador, *nascidos ou por nascer*, não emprega estas mesmas palavras em o n.º 2.º a respeito das substituições fideicommissarias em favor dos sobrinhos.

A disposição do n.º 2.º do artigo 1867.º não se acha estabelecida, nem nos referidos artigos do codigo civil francez, nem nos do projecto de codigo civil hespanhol; foi introduzida pelo illustrado auctor do projecto, e conservada pela commissão revisora, sem que possamos recorrer ao subsidio das fontes para a explicar. No entanto julgâmos o n.º 2.º inteiramente subordinado ao 1.º, e por isso entendemos que a clausula de reversão ou do fideicommisso deve aproveitar aos filhos do irmão, tanto nascidos como *por nascer*, sem distincção de sexo ou de idade.

Demais é certo, sem embargo do silencio do n.º 2.º do artigo 1867.º, que podem estabelecer-se substituições fideicommissarias a favor dos sobrinhos *por nascer*, vistos os preceitos dos artigos 1479.º e 1776.º, e sobretudo a disposição expressa do artigo 1777.º, que permitte a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, postoque o futuro herdeiro ou legatario venha á luz fóra do praso dos trezentos dias.

Portanto tambem nas doações e substituições fideicommissarias, feitas pelos tios a favor dos sobrinhos, como nas feitas pelos paes a favor dos netos, podem contemplar-se os que estão *por nascer*, e ainda os não concebidos ao tempo da doação ou da morte do testador, artigos 1473.º, 1777.º e 1867.º n.º 1.º

No entender porém de alguns, como Goyena no commentario ao artigo 638.º do projecto de codigo civil hespanhol, fonte d'este preceito, não póde ser feita esta disposição a favor de um neto ou sobrinho determinado, mas a favor dos netos ou sobrinhos que o doador ou testador já tiver ou venha a ter sem preferencia em rasão do sexo ou idade.

Dizem que a reversão ou substituição ha de aproveitar a *todos os filhos* do donatario, nascidos ou por nascer, reversão ou substituição que aliás não póde passar dos *netos* do testador, como é expresso no referido artigo do projecto de codigo civil hespanhol, para evitar ou minorar quanto possivel os inconvenientes da substituição.

Não póde porém adoptar-se entre nós similhante jurisprudencia em vista da redacção do artigo 1867.º A lei não obriga o testador ou doador a estabelecer a reversão a favor de *todos* os netos ou sobrinhos, nascidos e por nascer.

A affeição do doador ou do testador póde abranger uns com exclusão dos outros, e não póde presumir-se, sem disposição expressa em contrario, que o legislador quizesse estabelecer um preceito que obrigasse o bemfeitor, para contemplar uns que lhe mereciam benevolencia, a contemplar outros que lhe podiam merecer odio e malquerença.

Na prohibição da substituição e da reversão não se comprehende de certo a clausula de reversão por se ter deixado de dar aos bens a applicação marcada pelo doador ou pelo testador. Ainda na lei da desamortisação de 4 de abril de 1861 se garante o direito de reversão dos bens doados ou deixados ás corporações religiosas com a clausula de voltarem á familia dos bemfeitores quando essas corporações deixassem de existir. As disposições que temos analysado não prejudicam esta reversão.

N'este caso voltam os bens á familia dos bemfeitores, não a titulo de substituição, ou de reversão, nos termos aqui consignados, mas por ter caducado a doação em consequencia de se verificar uma condição que a resolvia.

Esta clausula é permittida nas doações, vistos os artigos 672.º, 680.º e 683.º, e nada obsta a que seja incluida nos testamentos, artigos 1743.º e 1744.º

Art. 1475.º Os bens doados, passando, pela clausula de reversão, para o poder da pessoa ou pessoas a favor de quem tal clausula foi estipulada, passam livres de quaesquer encargos, que lhes tenham sido impostos no tempo em que estavam em poder do donatario.

(Vid. artigo 1873.º) A clausula da reversão nas doações, e a substituição nas instituições dão ao donatario, e ao instituido com o encargo de fideicomisso, os direitos de simples usufructuarios, artigo 1873.º, vistoque tanto o donatario, como o instituido, encarregados de *conservar* os bens, e de os *transmittir por sua morte*, não podem alienal-los, ou onera-los com hypothecas, ou com quaesquer onus reaes, que cessam logoque os bens passam ao poder de terceiro, designado na doação ou no testamento. Como os usufructuarios não gosam de particula alguma do direito de dispor, acabam quaesquer encargos, por elles impostos, com a cessação do usufructo pela regra «*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*».

O codigo, determinando positivamente que os direitos dos fiduciarios são os de meros usufructuarios, o que deve applicar-se por identidade de rasão aos donatarios com clausula de reversão, resolveu as duvidas que havia pelo direito anterior sobre a extensão e natureza dos direitos do fiduciario.

Ainda sob este ponto de vista é capital a differença entre a clausula da reversão convencional, e a reversão legal estabelecida no artigo 1177.º No primeiro caso os bens voltam inteiramente livres de

encargos para o doador ou seus herdeiros. No segundo caso os bens revertem-lhes no estado em que se acham ao tempo da reversão, vistos os artigos 1484.º § 1.º, 1489.º e 1501.º, em virtude dos quaes no caso de reversão subsiste a hypotheca sobre os bens doados, salvo ao doador o direito de expurgação com regresso contra o donatario.

O codigo portanto distingue entre a *reversão* dos bens doados, estipulada em contrato, e a reversão dos bens doados em virtude da lei.

A rasão da differença entre estas duas especies de reversão, legal e convencional, é porque na reversão convencional a doação é feita sob a condição resolutoria da sobrevivencia do doador ao donatario, e é da natureza d'esta condição o, verificada ella, voltarem as cousas ao primitivo estado como se a obrigação nunca existisse. Pelo contrario na reversão legal foram doados os bens sem condição alguma.

Demais no caso de reversão estipulada em contrato conhecem terceiros os encargos e condições que acompanharam a transmissão dos bens pelo registo da transmissão quando houver logar a elle, o que já não acontece, sendo a revogação das doações consequencia da superveniencia de filhos, de ingratidão, ou de inofficiosidade.

Por isso na reversão legal o codigo respeita as hypothecas constituidas sobre os bens doados, e registadas anteriormente á reclamação judicial contra a doação.

Na reversão estipulada nenhum encargo póde ficar subsistente. A reversão é consequencia de uma condição resolutoria, e a respeito das condições resolutorias nos contratos diz o artigo 680.º que, feito o contrato 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.

Tambem tem sido objecto de disputa na imprensa juridica se a palavra «*encargos*» na sua generalidade comprehende as hypothecas, o que para nós é evidente.

A grammatica e a logica dão-se as mãos para sustentar a interpretação de que a palavra *encargos* abrange tambem os hypothecarios.

Se o legislador francez julgou indispensavel empregar no artigo 952.º do codigo civil, fonte d'este, as palavras «*francs et quittes de toutes charges et hypothèques*», na nossa linguagem ordinaria e juridica, basta o emprego da palavra «*encargos*» para comprehender tambem as hypothecas.

Já a nossa ordenação, livro IV, titulo III, denominava as hypothecas um *encargo*; e assim foram consideradas pela portaria de 28 de março de 1868, e pelo regulamento de 14 de maio do mesmo anno, artigo 225.º n.º 4.º

Nem este, nem os quatro artigos anteriores vinham no projecto primitivo. Este e o anterior só no projecto de 1863 foram introduzidos pela commissão revisora. Os outros tres foram adoptados logo nos trabalhos da primeira revisão.

SECÇÃO II

DAS PESSOAS QUE PODEM FAZER OU RECEBER DOAÇÕES

Art. 1476.º Podem fazer doações todos os que podem contratar e dispor de seus bens.

Art. 1477.º Podem acceitar doações todos os que não são especialmente inhibidos d'isso por disposição da lei.

(Vid. notas aos artigos 35.º e 643.º)

Art. 1478.º As pessoas, que não podem contratar, não podem acceitar, sem auctorisação das pessoas a quem pertence concedel-a, doações condicionaes ou onerosas. Porém as doações puras e simples, feitas a taes pessoas, produzem effeito, independentemente de acceitação, em tudo o que aproveitar aos donatarios.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1479.º Os nascituros podem adquirir por doação, comtantoque estejam concebidos ao tempo da mesma doação, e nasçam com vida.

(Vid. nota ao artigo 6.º)

Art. 1480.º São nullas as doações feitas por homem casado á sua concubina. Esta nullidade, porém, só póde ser declarada a requerimento da mulher do doador ou dos herdeiros legitimarios d'ella, não podendo todavia a respectiva acção ser intentada senão dentro de dois annos depois de dissolvido o matrimonio.

(Vid. notas aos artigos 244.º, 547.º e 1118.º, e artigos 1771.º e 1818.º)

Já dissemos em a nota ao artigo 244.º e n'outros logares, e repetimos agora, que de receber doações ninguem é absolutamente inhibido, e que de nullidade relativa nas doações ha só tres casos.

O primeiro é o da doação feita ao tutor ou protutor pelo ex-pupillo emancipado ou maior, sem aquelles terem dado contas da sua administração e terem obtido quitação geral, artigos 244.º e 262.º

O segundo é o da doação feita pela pessoa tutelada ao tutor ou seu descendente que com ella casou antes de finda a tutela, e de approvadas as contas, sem ter havido permissão do pae ou da mãe em testamento, ou em qualquer outro escripto authentico, artigos 1058.º n.º 1.º e 1063.º

O terceiro é o da doação feita por homem casado á sua concubina.

Se a doação ao tutor ou protutor foi feita pelo menor antes da emancipação, labora então n'outra nullidade, que é resultante da incapacidade do doador. Se porém foi feita depois da emancipação, mas antes de o tutor dar contas da sua gerencia, e de obter quitação geral, é nulla pela incapacidade relativa do doado.

É singular que a lei prohiba ao homem casado o fazer doações á sua concubina, e não prohiba á mulher casada o fazer doações ao seu amante.

A rasão era igual, mas não ha a mesma disposição; e os preceitos restrictivos não se ampliam fóra dos caso expressos nas leis.

Como já dissemos n'outro logar, se a mulher do conjuge adultero approva a doação feita por este á concubina, a doação é valida. Presume-se que a mulher perdoou a affronta recebida com as relações illicitas de seu marido; e em todo o caso renunciou ao seu direito.

É de notar que a concubina de homem casado, que d'elle não póde receber cousa alguma por doação, a póde receber por legado, salva a excepção prevista no artigo 1818.º, e por herança, artigo 1771.º

Por herança só não póde receber do seu conjuge o conjuge adultero, cujo adulterio foi judicialmente provado antes da morte do testador.

Julga-se de tal modo repugnante aos bons costumes e á consciencia publica que o conjuge beneficie o seu consorte depois de dado o escandalo publico de se provar em juizo que este faltou á fidelidade jurada, primeiro dever entre os casados, que a lei não permitte n'esta parte o perdão, ainda que o conjuge innocente queira perdoar, porque se attribue n'este caso o perdão menos a sentimentos nobres do que a relaxação de costumes ou a suggestões cavilosas, que a lei não deve proteger nem garantir.

O disposto no artigo 1771.º não é applicavel ás doações feitas á concubina. Para se annullar a doação feita por homem casado á sua concubina não é necessario provar o facto do adulterio em vida do doador, porque o codigo não exige a prova d'esta circumstancia. Basta provar que o doador, durante o estado de casado, cohabitára com ella; e nem é preciso demonstrar que o doador a tivera teúda e mantenúda dentro ou fóra do domicilio conjugal. A prova do simples concubinato annulla a doação, sendo a acção de nullidade intentada pelas pessoas a quem o artigo 1480.º dá competencia e legitimidade para estas questões.

Pelo artigo 1771.º o conjuge adultero póde dispor a favor do seu cumplice, não se achando o adulterio judicialmente provado.

Portanto a concubina, que não póde receber doação do homem casado, que foi seu amante, póde receber a fortuna d'este por testamento, não se achando o adulterio judicialmente provado em vida do testador. Os principios juridicos saem feridos d'esta luta de preceitos legaes, mas as provisões da lei combinam-se perfeitamente applicando disposições differentes ás doações e aos testamentos.

Mas por outro lado é mais latitudinaria a acção para annullar as disposições de ultima vontade, feitas pelo conjuge adultero em favor do seu cumplice, porque póde ser intentada por qualquer herdeiro do testador, legitimo ou instituido, legitimario ou voluntario.

Tambem é menos immoral, e menos prejudicial para os interesses do casal, a disposição por morte da que a doação entre vivos.

A difficuldade principal é conciliar o disposto no artigo 1771.º com o preceituado no artigo 1818.º Em vista da determinação d'este artigo ha disposições testamentarias, para adir as quaes se requer a mesma capacidade que para receber a herança.

Assim a concubina que pelo artigo 1771.º poderia receber qualquer legado, não estando provado judicialmente em vida do testador o concubinato, na especie do artigo 1818.º, que se refere ao artigo 1480.º, fica inhibida de o receber, ainda que o adulterio só se prove depois da morte do testador.

Talvez que o legislador equiparasse ás doações o legado deixado sob fórma de divida, na idéa de que n'esta fórma de dispor manifesta o testador mais vontade de beneficiar o instituido.

O unico meio de conciliar os artigos seria declarar que o artigo 1771.º era applicavel só á instituição de herdeiros, e não á deixa de legados; mas esta interpretação dava o absurdo de se tratar com maior favor a concubina, quando instituida herdeira, do que quando contemplada com legado em testamento.

Tambem seria meio de harmonisar estas disposições, o tornar applicavel aos legados e doações o disposto no artigo 1771.º

Porém esta conciliação é abertamente contraria ao preceito da lei. Por isso nós, seguindo o rigor stricto do preceito legal, formulâmos n'esta materia as tres seguintes conclusões, em harmonia com a letra da lei: 1.ª, são nullas as doações feitas por homem casado á sua concubina, logoque se prove por qualquer modo o facto do concubinato; 2.ª, são porém validas as disposições testamentarias feitas por homem casado á sua concubina, salvo se em vida do testador se provou judicialmente o adulterio; 3.ª, esta segunda conclusão tem uma excepção, que é o caso de se legar certa cousa, ou certa somma, como pelo testador devida ao legatario, porque n'esta hypothese não póde a concubina receber o legado visto ser incapaz de receber doação.

Toca o extremo do absurdo equiparar os legados ás doações para o effeito de não poderem ser deixados á concubina, unicamente quando são deixados sob fórma de divida, porque nenhum testador os deixará de certo sob esta fórma, sabendo que d'este modo não valem. Porém é o que está na lei. Repugnaria menos applicar o disposto no artigo 1818.º a todos os legados, do que só á especie do legado feito sob fórma de confissão de divida. Sendo porém o preceito contido no artigo 1818.º uma restricção ao disposto no artigo 1771.º, não póde ampliar-se a outros casos não expressos na lei, que é isso contra a natureza dos preceitos restrictivos.

Todo o mal proveiu de a commissão revisora ter introduzido de novo o artigo 1480.º sem o harmonisar com os artigos 1771.º e 1818.º; mas desde que estão todos tres no codigo, não podem tirar-se d'elles outras illações senão as que acima deixámos formuladas nas tres conclusões.

Em todo o caso só o artigo 1771.º contém uma disposição generica.

O artigo 1480.º abrange só a hypothese da doação feita pelo conjuge adultero á sua concubina, e ainda com as duas seguintes restricções: 1.ª, de não poder ser intentada a acção de nullidade senão pela mulher do doador ou pelos herdeiros legitimarios d'ella; 2.ª, de prescrever passados dois annos, depois de dissolvido o matrimonio.

Art. 1481.º As doações feitas a pessoas inhabeis, quer sejam feitas simuladamente, quer o sejam com apparencia de outro contrato, ou por interposta pessoa, não produzem effeito algum.

§ unico. São havidas como interpostas pessoas os descendentes, ascendentes ou consortes dos inhabeis.

(Vid. artigos 1567.º, 1599.º § unico, e 1783.º) A doutrina do codigo sobre as doações simuladas, feitas a pessoas inhabeis, é igualmente applicavel ás disposições testamentarias, artigos 1783.º e 1818.º É notavel que o codigo faça duas classes de pessoas interpostas, segundo se trata de disposições a titulo gratuito, ou de contratos a titulo oneroso.

Nas doações e disposições testamentarias são interpostas pessoas os *descendentes*, *ascendentes* e *consortes* dos inhabeis. Nas vendas, trocas e arrendamentos são interpostas pessoas como nas disposições a titulo gratuito: 1.º, o *consorte* do inhibido; 2.º, a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, em cuja classe podem comprehender-se segundo as circumstancias os descendentes e os ascendentes, reputados interpostas pessoas nas disposições a titulo gratuito; 3.º, o terceiro que está de accordo com o inhibido para lhe transmittir a cousa, artigos 1567.º, 1594.º e 1599.º § unico.

Por esta fórma os *descendentes* e os ascendentes do inhibido, que se reputam interpostas pessoas nas disposições a titulo gratuito, não são considerados taes nos contratos onerosos, salvo se d'elle são herdeiros presumidos. Os *terceiros* combinados com o inhibido para lhe transmittirem a cousa, que são reputados interpostas pessoas nos contratos onerosos, não se especificam como taes nas disposições a titulo gratuito.

Se houver accordo entre o inhibido e o terceiro para este receber a doação na disposição testamentaria tambem se annulla o acto juridico, mas carece de ser *provada* a simulação.

O codigo em materia de doações declara *inhabeis* os incapazes de as receber de certas e determinadas pessoas, e em materia de contratos onerosos declara *inhibidos* os que não podem haver de outrem por compra, troca ou arrendamento.

As palavras «*ascendentes*» e «*descendentes*» referem-se unicamente aos parentes, e não aos affins.

Não se reputam interpostas pessoas para este effeito o sogro ou o genro, a sogra ou a nora.

Na expressão «*consortes*» comprehendem-se apenas as mulheres dos inhabeis, ou inhibidos, e não as das interpostas pessoas.

Herdeiro *presumido* significa na linguagem do codigo qualquer herdeiro successivel legitimo, ou testamentario, instituido em testamento publico, artigo 64.º; e no nosso caso, e por analogia com o disposto n'aquelle artigo, reputa-se herdeiro presumido o que o era no tempo do acto juridico, nullo por n'elle figurar interposta pessoa.

Mas pelo codigo quaes são as pessoas inhabeis para receber doações? Incapacidade *absoluta* para receber por doação não vemos nenhuma reconhecida no codigo; porque nem os condemnados a pena ultima por sentença, nos casos em que esta pena ainda tenha logar, ficam inhibidos de receber por doação, vistoque a pena de morte, comquanto prive de *todos os direitos politicos*, não priva de todos os direitos civis, mas só dos *expressamente* mencionados no artigo 52.º do codigo penal, e nas leis penaes militares e maritimas.

Incapacidade *relativa* ha, como já dissemos n'outro logar: 1.º, a da concubina com relação ao homem casado; 2.º, a do tutor ou descendente, que casou com a pessoa tutelada contra o disposto em o n.º 2.º do artigo 1058.º, com relação a esta; 3.º, a do tutor e protutor, que não podem receber doações do ex-pupillo maior ou emancipado, senão nos precisos termos dos artigos 244.º n.º 5.º, 262.º e 1767.º

A commissão revisora, segundo se lê em a nota ao artigo 1510.º do projecto de 1863, deliberou tambem que fosse sujeita a nullidade a doação feita pelo clerigo á sua amasia. Não chegou porém a deliberar-se sobre quem era competente para intentar esta acção de nullidade, por ter havido empate na sessão em que o objecto foi proposto, e posteriormente não haver sido posto á votação. Não se deu pois seguimento, e com rasão, áquella deliberação da commissão. Mesmo a prohibição ao homem casado de fazer doações á sua concubina devia ter sido feita nos termos do artigo 1771.º

O artigo 1481.º tende a evitar a sophismação da lei, simulando-se doações a pessoas inhabeis.

A simulação póde fazer-se de dois modos, ou sob a apparencia de um contrato oneroso, confessando, por exemplo, o homem casado á concubina uma divida, que lhe não devia, ou renunciando a uma divida, que ella lhe devia, etc.; ou fazendo a doação a interpostas pessoas, tão ligadas com o incapaz, que haja toda a presumpção de que lhe possam vir ás mãos os bens doados, ou que o incapaz se lisonjeia tanto com a doação feita a essas pessoas, como se fôra feita a elle.

O codigo para evitar duvidas e questões especifica as pessoas que a lei considera *interpostas*, e contra esta presumpção da lei não se admittem provas algumas. Não se póde allegar que os ascendentes, descendentes ou consorte do inhabil não são interpostas pessoas, e que a doação lhes foi feita sem o pensamento de favorecer o incapaz.

Por este motivo, de certo, eliminou a commissão revisora, e logo na primeira revisão, as seguintes palavras, por que terminava o artigo 1541.º, correspondente do projecto primitivo, «*sendo em prejuizo de terceiro, ou em fraude da lei*».

O projecto primitivo no artigo 1631.º, correspondente ao artigo 1567.º codigo, declarou de nenhum effeito os contratos de compra e venda celebrados em contravenção ao disposto nos artigos 1626.º, 1627.º e 1628.º, correspondentes aos artigos 1562.º, 1563.º e 1564.º do codigo; mas pela redacção que tem no codigo o artigo 1567.º são declaradas de nenhum effeito as vendas celebrados com quebra do disposto nos artigos 1559.º a 1566.º

O certo é que mesmo pelo projecto primitivo, eram nullas as vendas feitas com quebra do disposto nos artigos correspondentes aos artigos 1559.º a 1561.º, porque outras disposições lhes fulminavam a pena de nullidade, como o codigo lha fulmina tambem n'outros logares.

Entendem alguns, que não póde reputar-se interposta pessoa o descendente beneficiado pelo avô, vistoque a doação feita pelo avô ao neto não se reputa feita ao pae, que não é obrigado a conferi-la na herança d'aquelle, artigo 2101.º

No entretanto o preceito do artigo 1481.º do codigo não se presta a similhante distincção.

A doação feita ao consorte antes do casamento não é ferida de nullidade com fundamento na interposição de pessoa, salvo o caso de dolo.

A redacção do artigo está pessima, porque dá a entender que ha doações *simuladas*, sem ser com apparencia de outro contrato, ou por interposta pessoa, ou antes que não é a mesma cousa doar *simuladamente*, ou doar com a apparencia de outro contrato, ou a interposta pessoa.

A redacção do projecto primitivo, que tomava por norma o artigo 911.º do codigo civil francez, e o artigo 616.º do projecto de codigo civil hespanhol, estabelecendo a nullidade das *doações feitas a pessoas incapazes simuladamente, ou seja debaixo da fórma de qualquer outro contrato, ou por interposta pessoa*, era mais exacta a todos os respeitos.

A redacção do artigo do codigo, porém, não póde ter outra significação senão a do projecto primitivo, salvo se a commissão revisora, que logo nos trabalhos da primeira revisão resolveu dar-lhe outra redacção, como se lê em a nota ao artigo 1510.º do projecto de 1863, quiz dizer que as doações a pessoas inhabeis podem ser feitas de tres modos: ou *simuladamente*, dando-se ás escondidas a cousa a alguem para a entregar ao verdadeiramente beneficiado; ou com *apparencia de outro contrato* como dando á doação o caracter de venda sem receber preço; ou *por interposta pessoa*, como doando ao consorte do inhabil.

Em todo o caso não fica alterado o pensamento do legislador, ou se diga especificadamente que são aquelles os tres modos de doar a inhabeis, ou se dividam apenas em dois.

Deve notar-se que a presumpção estabelecida pela lei contra estas pessoas, como interpostas, não impede os interessados de provarem

que outras quaesquer foram interpostas. A unica differença é que a presumpção legal só subsiste com relação ás pessoas designadas no codigo; e que contra esta presumpção não se admitte prova em contrario.

A respeito de outras pessoas é preciso provar o facto da interposição.

Já na imprensa juridica se tem discutido se os filhos adulterinos são inhibidos de receber dos paes doações entre vivos ou por morte, visto poderem ser considerados interpostas pessoas com relação á mãe, que não póde ser contemplada pelo pae nem entre vivos, nem por morte, nos termos dos artigos 1480.º e 1771.º

Entendemos porém que o filho adulterino não póde ser considerado interposta pessoa com relação á mãe porque não é *descendente* d'esta.

O filho adulterino, que pelas leis da natureza é descendente da mãe, não o é para os effeitos juridicos, salvo disposição expressa e especial em contrario.

O filho adulterino, excepto o direito aos alimentos, é *em tudo o mais* havido por *estranho* aos paes e á familia d'estes. Fôra pois absurdo considera-lo *estranho* aos paes para o fim de o excluir da successão *ab intestado*, e considera-lo *parente* para o fim de o excluir das doações e das successões testamentarias.

Ás doações feitas a interpostas pessoas são applicaveis as regras geraes da prescripção, e não a prescripção especial, estatuida no artigo 1480.º

SECÇÃO III

DA REVOGAÇÃO E REDUCÇÃO DAS DOAÇÕES

Art. 1482.º As doações consummadas só podem ser revogadas, alem dos casos em que o póde ser qualquer contrato:

1.º Por superveniencia de filhos legitimos, sendo o doador casado ao tempo da doação;

2.º Por ingratidão do donatario;

3.º Por inofficiosidade.

Art. 1483.º A doação não será revogada por superveniencia de filhos:

1.º Se o doador já tiver algum filho ou descendente legitimo, vivo ao tempo da doação;

2.º Sendo a doação feita para casamento.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1484.º Rescindida a doação por superveniencia de filhos, serão restituidos ao doador os bens doados, ou, se o donatario os houver alienado, o valor d'elles.

§ 1.º Se os bens se acharem hypothecados, subsistirá a hypotheca; mas poderá ser expurgada pelo doador, com regresso contra o donatario, pelo que o dito doador despender por essa causa.

§ 2.º Quando os bens não podérem ser restituidos em especie, o valor exigivel será o que os ditos bens tinham ao tempo de doação.

Art. 1485.º Pertencem ao donatario os fructos ou rendimentos dos bens doados, até o dia em que for proposta a acção de revogação por superveniencia de filhos do doador.

(Vid. artigos 1489.º, 1502.º, 1504.º, 1505.º e 2106.º) A revogação das doações por superveniencia de filhos, ingratidão do donatario, e inofficiosidade, não tem o effeito das clausulas resolutorias, de modo que fiquem sem validade todas as alienações dos bens doados e quaesquer encargos sobre elles impostos pelo donatario no intervallo que decorre desde a doação até á demanda. Pelo contrario ao doador só revertem os bens doados, que ainda estiverem em poder do donatario, tanto na revogação por superveniencia de filhos, artigo 1484.º, como na revogação por ingratidão, artigo 1489.º, como na revogação por inofficiosidade, artigos 1501.º e 1502.º, com a unica differença de n'esta ultima hypothese poder ser demandado, no caso de insolvencia do donatario, o immediato adquirente pelo valor dos bens moveis ao tempo da acquisição, se esta foi gratuita, e não decorreu o tempo marcado no artigo 532.º, como tudo se mostra do artigo 1504.º

Na legislação franceza faz-se distincção quanto aos effeitos juridicos da revogação das doações, segunda ella tem logar pela superveniencia de filhos, por inofficiosidade, ou por ingratidão. Nos dois primeiros casos a revogação importa a annullação de todas as alienações e encargos impostos sobre os bens, que voltam ao doador no estado anterior á doação, porque se suppõe feito o beneficio sob a condição resolutoria da superveniencia dos filhos e da inofficiosidade.

No terceiro caso não houve o pensamento da clausula resolutoria pela ingratidão do donatario, que o doador não previu como possivel, aliás não teria praticado o acto de beneficencia. A revogação n'esta hypothese foi reconhecida apenas por um principio de moralidade para punir a ingratidão do donatario para com o seu bemfeitor.

O nosso codigo porém com rasão equiparou estes tres casos de revogação de doações para o effeito de respeitar os direitos de terceiro que na boa fé contratou com o donatario sobre os bens doados.

A applicação da clausula resolutoria á revogação por superveniencia de filhos, e por inofficiosidade, difficultaria ou tornaria impossiveis quaesquer convenções sobre os bens doados em prejuizo dos donatarios e da sociedade; e o codigo nega os effeitos da clausula resolutoria em todos estes tres casos, menos por favor ao donatario, do que por attenção para com terceiros, que com elle trataram em boa fé.

Têem alguns combatido o systema de rescindir as doações a não ser pelas causas geraes, communs a todos os contratos. O codigo porém, a exemplo de algumas legislações mais adiantadas, acceita a rescisão das doações, resalvando os direitos de terceiro constituidos sobre os bens, salva a hypothese especial prevista no artigo 1504.º, de serem moveis os bens doados, e de terem sido alienados a titulo gratuito pelo donatario.

O donatario é responsavel pelo valor dos bens doados que não podér restituir no caso de revogação da doação, ou seja pela superveniencia de filhos, artigos 1484.º § 2.º, ou por ingratidão, artigo 1489.º, ou por inofficiosidade, artigo 1501.º

E o que determinam estes tres artigos, o que escusadamente se repete com relação aos bens immoveis no artigo 1502.º

Este valor, segundo o disposto nos respectivos artigos, deve ser

calculado pela epocha da doação, e não pela epocha da demanda. Os bens podem ter augmentado ou diminuido de valor desde a doação até á demanda, e o doador não deve receber mais nem menos do que deu.

O donatario porém não é obrigado a restituir senão os bens, e não os rendimentos colhidos em boa fé, que se presume até á proposição da acção em juizo, na revogação, tanto por superveniencia de filhos, artigo 1485.º, como por ingratidão, artigo 1489.º, como por inofficiosidade, artigo 1505.º, salvo n'esta hypothese se o donatario é coherdeiro, porque então responde pelos rendimentos desde a morte do doador, não em virtude dos principios que regem os effeitos da revogação das doações, mas em virtude das regras relativas á collação, artigo 2106.º

Os fructos vencidos antes da abertura da successão pertencem ao donatario, porque seria arruina-lo o obriga-lo a conferir tudo o que devia consumir para occorrer ás despezas quotidianas. Deve notar-se que tambem n'este caso subsiste a regra de que os fructos civis se adquirem dia por dia, e os naturaes só desde o momento em que são colhidos.

Mesmo os fructos posteriores á morte do doador, para ser obrigado a conferi-los o donatario, não basta que seja *coherdeiro*, como dispõe o artigo 1505.º, é preciso que seja coherdeiro legitimario descendente, como dispõem os artigos 2098.º a 2102.º

O doador póde expurgar, nos termos do artigo 938.º e seus §§, as hypothecas que onerarem os bens doados, pagando o donatario as despezas da expurgação pelas mesmas rasões por que é obrigado a pagar o valor dos bens alienados. (Vid. nota ao artigo 938.º)

Igual direito compete aos herdeiros do doador no caso do artigo 1491.º

O projecto primitivo ordenava no artigo 1544.º, correspondente ao artigo 1484.º do codigo, que fossem restituidos ao doador os bens doados ou o seu valor apenas, quando alienados *antes do nascimento dos filhos*, o que facultava ao donatario a alienação dos bens, sem responsabilidade, depois de nascidos os filhos, e antes da proposta e de julgada provada a acção de revogação, sendo por isso com rasão alterado pela commissão revisora.

Tambem o projecto primitivo no artigo 1545.º, correspondente ao artigo 1485.º do codigo obrigava o donatario a restituir os fructos desde o nascimento do filho do doador, doutrina que a commissão revisora com rasão não acceitou, porque a doação não fica revogada pelo simples facto do nascimento do filho, se o doador ou os seus descendentes legitimos, artigo 1487.º, não propozerem a competente acção para esse fim. A redacção do artigo parece excluir a idéa de revogação pela legitimação de um filho por subsequente matrimonio, quando os legitimados são para todos os effeitos equiparados aos legitimos, artigo 121.º

Nós entendemos que a legitimação de filho illegitimo por subsequente matrimonio corresponde ao nascimento de filho legitimo.

Todavia os referidos artigos do projecto primitivo foram conservados sem alteração nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e apenas na ultima revisão se lhes fizeram as modificações com que hoje apparecem no codigo.

Art. 1486.º O doador não póde renunciar o direito de revogação por superveniencia de filhos.

(Vid. nota ao artigo 182.º)

Art. 1487.º A acção de revogação, por superveniencia de filhos, só se transmitte a estes e a seus descendentes legitimos.

(Vid. artigo 1491.º) A acção de revogação por superveniencia de filhos póde ser proposta pelo doador ou pelos filhos, ou pelos descendentes legitimos dos filhos, se estes tiverem morrido ou estiverem por qualquer fórma impedidos.

A acção póde ser proposta pelo doador pelo facto da superveniencia dos filhos, ainda que estes falleçam logo depois de nascidos, como se infere da redacção do codigo, que não faz distincção alguma? Cremos que a acção de revogação de doação por superveniencia de filhos deverá ser julgada improcedente, não estando proposta em juizo antes da morte do filho. O facto real, que dava logar a revogação da doação, cessou antes de se adquirir o direito resultante da proposição de acção.

A superveniencia de descendentes legitimos, que não sejam filhos, não annulla a doação; mas aquelles, como representantes dos filhos, são competentes para requerer a revogação da doação propondo a acção em juizo depois da morte do filho.

Esta acção não póde já ser transmittida, nem ab-intestado nem testamentariamente, nem aos ascendentes, nem a outros quaesquer parentes, herdeiros legitimos, nem a herdeiros testamentarios, porque foi introduzida só *por favor aos descendentes legitimos*, e não aos illegitimos, postoque perfilhados, aliás dar-se-ia ao doador occasião facil de achar pretexto para revogar as doações. Se porém a acção já estiver pendente, isto é, proposta em juizo, postoque não contestada, passa a quaesquer herdeiros, porque a proposição da acção *cria* um direito transmissivel como qualquer outro.

A acção de revogação por ingratidão é que não passa aos herdeiros do doador, nem contra os herdeiros do donatario ingrato, artigo 1491.º, porque se funda n'uma injuria *pessoal*, que só póde ser perseguida pelo lesado contra a pessoa do lesante. A acção não podia ser intentada contra os herdeiros do donatario, que não podem ser responsaveis pelos factos criminosos ou immoraes d'este, e aos quaes não póde ser imputado qualquer facto pessoal contra o doador, porque elles não são *donatarios*. Não se dá aos herdeiros do injuriante, porque pelo seu caracter penal extingue-se com a morte do offendido.

No entretanto a redacção do artigo 1491.º póde dar occasião a ficarem impunes crimes e immoralidades mais graves de que os por elle punidos. Se o donatario commetter contra o doador o mais insignificante crime de injuria verbal, póde este intentar a acção de revogação da doação por força do disposto no artigo 1488.º n.º 1.º, e é transmissivel esta acção aos herdeiros, achando-se pendente ao tempo da morte do doador.

Se porém o donatario assassinar o doador, como este não póde intentar a acção de revogação da doação, e os herdeiros a não podem intentar tambem, porque não ficou pendente, ficará o donatario gosando dos bens doados, sujeito apenas á responsabilidade criminal, se esta podér tornar-se effectiva!

Do direito á herança testamentaria, ou ab intestado, poderá ser excluido o herdeiro, que attentar contra a vida do testador, artigos 1749.º e 1782.º Mas o donatario, que praticou iguaes crimes, não fica privado das doações, se a acção não foi proposta pelo doador.

Achâmos por este motivo mais rasoavel a doutrina do artigo 957.º do codigo civil francez, que concede a acção de revogação da doação

por ingratidão aos herdeiros do doador, quando este tiver morrido sem findar o anno que elle tem a contar desde o dia de delicto para a propor em juizo; e a doutrina do artigo 969.º do projecto de codigo civil hespanhol, que tambem transmitte a acção aos herdeiros do doador, quando este *não póde* intenta-la.

Comprehende-se que uma acção, fundada na injuria pessoal, não passe contra os herdeiros do donatario, vistoque as penas como os delictos são pessoaes, e que se não transmitta aos herdeiros do doador, quando este, podendo intenta-la, a não intentou, porque se presume ter perdoado a injuria, e contra o perdão em caso nenhum ha recurso.

Cessa porém a presumpção de perdão quando o doador falleceu sem ter podido intentar a acção, e tanto mais que é n'estes casos que a injuria ou delicto contra o doador poderia ter sido mais grave.

Se porém a acção pelo systema do codigo está já proposta em juizo, ainda que não contestada pela parte, isto é, se está já *pendente*, porque a simples proposição da acção em juizo manifesta a intenção de revogar, transmitte-se aos herdeiros. Para se dizer pendente ou proposta a acção não basta ter-se procedido a conciliação, ou mesmo apresentado o requerimento em juizo para o offerecimento do libello: é indispensavel que se tenha offerecido effectivamente o libello. N'este caso a acção *jam in bonis esse coepit donatoris*, e os seus herdeiros poderão conseguintemente continua-la como um direito hereditario. Não podem os herdeiros principia-la ou intenta-la, mas podem continua-la e segui-la.

As acções penaes por injuria podem ser intentadas pelo ascendente, descendente, conjuge, irmão, ou herdeiro do offendido, quando o crime é commettido depois da morte d'elle, codigo penal, artigo 417.º Por maioria de rasão podem estas pessoas proseguir na acção, se o crime foi commettido, vivo ainda o offendido, e este a tinha proposto em juizo.

Se porém, tendo tempo para propor a acção, a não propoz, reputa-se ter perdoado ao offensor.

O supremo tribunal de justiça decidiu em accordão de 15 de novembro de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 273 do mesmo anno, com respeito a uma acção penal por crime de injuria, que, não tendo o fallecido perdoado a injuria, e estando pelo contrario a lide contestada, podia ser continuada a acção por sua filha e unica herdeira, visto ser inquestionavel o seu direito de vindicar a injuria feita ao pae, como sempre desde remotos tempos, em casos similhantes se julgou, e com tal praxe se conformou a novissima reforma judicial, artigos 865.º, 867.º e 868.º, e o codigo penal, artigos 107.º, 108.º, 416.º § unico, e 417.º

Art. 1488.º A doação póde ser revogada por ingratidão:

1.º Se o donatario commetter algum crime contra a pessoa, bens, ou honra do doador;

2.º Se o donatario accusar judicialmente o doador por crime, em que o ministerio publico tenha acção, salvo se houver sido commettido contra o proprio donatario, sua mulher ou filhos, que estejam debaixo do patrio poder.

3.º Se, caindo o doador em pobreza, o donatario recusar soccorrê-lo de modo proporcionado á importancia que, deduzidos os encargos, teve a doação.

(Vid. artigos 1875.º a 1876.º, e 1878.º a 1879.º) As causas de revogação das doações consummadas são quasi as mesmas que auctorisam a privar da legitima os herdeiros legitimarios. O auctor da herança é tão obrigado pela *disposição da lei* a transmittir a legitima respectiva aos herdeiros legitimarios, como é o doador pelo *seu contrato* de doação a respeitar no donatario a propriedade dos bens doados. O legislador porém, prevendo que o comportamento do donatario e do herdeiro legitimario poderia ser tão indigno contra o doador e contra o auctor da herança, que fosse contrario aos bons costumes e á moral publica o não permittir a estes rescindir a doação, e privar o herdeiro da legitima, e querendo ao mesmo tempo prevenir todos os abusos que poderiam resultar do exercicio d'esta faculdade, permittiu a revogação da doação por ingratidão, e a desherdação do herdeiro legitimario, mas *especificou* ao mesmo tempo os casos em que essa revogação ou desherdação poderia ter logar. Ainda que se verifiquem hypotheses da mesma ou de maior gravidade que as *taxadas* no codigo, e que revelem maior ingratidão do donatario, ou maior indignidade do herdeiro legitimario, não são procedentes para a revogação da doação ou para a privação da legitima.

Verdade seja que o codigo não determina *expressamente*, com relação ás causas de desherdação, artigo 1875.º, que nenhumas outras serão admittidas; e guarda o mesmo silencio quanto á revogação das doações por ingratidão, não inserindo n'esta materia disposição, em que declare positivamente que por nenhumas outras causas é admissivel a revogação das doações por ingratidão.

Não sendo todavia admittidos os argumentos de paridade em materia penal, e tendo esse caracter a revogação das doações por ingratidão, bem como a materia da desherdação que é *analoga*, julgâmos applicavel tanto a uma como a outra doutrina o principio «*favorabilia ampliandа, odiosa restringenda*».

A redacção do codigo, enunciando os casos em que a doação póde ser revogada por ingratidão, e em que o herdeiro legitimario póde ser privado de legitima, menciona-os taxativamente e não exemplificativamente, porque ninguem póde ser privado dos direitos, adquiridos por contrato ou por lei, senão nos casos expressos na mesma lei.

A ingratidão contra o doador, de cuja *beneficencia* unicamente houve o donatario a doação, é muito mais criminosa aos olhos da rasão e da moral do que a indignidade do herdeiro legitimario, que deriva o seu direito principalmente da lei; e por isso a haver differença entre as causas de revogação das doações por ingratidão e as causas de desherdação, deveria ser o codigo muito mais rigoroso com o donatario do que com o herdeiro legitimario. Porém as disposições do codigo n'esta parte não têem uma base racional: ora inerimina mais o facto do donatario, ora trata com mais rigor o herdeiro legitimario.

O primeiro motivo de revogação das doações por ingratidão é o crime praticado pelo donatario contra o doador, ou seja contra a *pessoa*, como ferindo-o, maltratando-o corporalmente, ou contra os *bens*, como roubando-o, burlando-o, ou contra a *honra*, como injuriando-o, calumniando-o, etc., e por mais grave, ou por mais insignificante que seja o delicto. O codigo evita todas as duvidas e difficuldades sobre a qualificação dos factos criminosos, causas de revogação das doações, declarando taes todo e qualquer facto classificado como crime na lei penal. Á primeira vista parece effectivamente que todo e qualquer facto, elevado á categoria de crime pela legislação penal, denuncia ingratidão da parte do donatario, e o torna indigno de conservar a liberalidade recebida do doador. Note-se porém que os crimes de homicidio,

ferimentos e outras offensas corporaes feitas involuntariamente por impericia, negligencia, falta de destreza, ou falta de observancia de algum regulamento, previstos nos artigos 368.º e 369.º do codigo penal, não deviam ser motivo de revogação das doações por ingratidão, ou de desherdação, como effectivamente são pelos artigos 1488.º, 1876.º, 1878.º e 1879.º, porque os referidos crimes n'aquellas circumstancias não denunciam, nem ingratidão, nem indignidade.

Esta conclusão é mais uma prova de que em direito todas as regras geraes são perigosas, como dizia o jurisconsulto romano, *omnis definitio in jure periculosa;* e que o codigo, querendo evitar a difficuldade de classificar factos constitutivos de ingratidão e de indignidade, estabeleceu uma regra demasiado ampla, cujos perigos só terão correctivo no bom senso do doador e do auctor da herança.

Para a desherdação só procede o crime commettido contra *a pessoa* do auctor da herança e não o commettido contra a sua honra, ou contra os seus bens, e não todo e qualquer crime contra a pessoa, mas só o crime a que corresponder uma pena superior a seis mezes de prisão, que é já perseguido pelo processo de querela, e não correccionalmente, vista a disposição da lei de 18 de agosto de 1853.

Por esta fórma o crime de offensas corporaes voluntarias previsto e punido no artigo 359.º do codigo penal, de que não resultou vestigio, nem doença, nem impossibilidade de trabalhar, é motivo de revogação da doação por ingratidão, e não motivo de desherdação.

Era a mesma a doutrina do projecto primitivo, em que o n.º 1.º do artigo 2013.º, correspondente ao n.º 1.º do artigo 1876.º, estava redigido nos seguintes termos: «Os filhos que attentarem directa, ou indirectamente, contra a vida de seus paes, os espancarem ou injuriarem gravemente, ou contra elles commetterem qualquer delicto, que importe pena de mais de seis mezes de prisão ou de um anno de degredo».

Nos termos do projecto primitivo pois, como nos do codigo, as injurias verbaes ou escriptas, ás quaes não cabe pena superior a seis mezes de prisão, são motivo de revogação das doações por ingratidão, mas não de desherdação.

O codigo, não permittindo a desherdação por facto praticado contra os bens do auctor da herança, vae de harmonia com o disposto no codigo penal, artigo 431.º n.º 2.º, que não permitte a acção criminal por furto pelas subtracções commettidas entre ascendentes e descendentes, comquanto deixe de pé a acção civil.

O codigo civil francez exige para a desherdação que o herdeiro legitimario tenha sido *condemnado* pelo crime commettido contra a pessoa do auctor da herança, não exigindo a condemnação como circumstancia especial para proceder quanto ao donatario a revogação da doação por ingratidão; e dá Rogron, como rasão d'esta differença, o ser mais criminoso o homem que attenta contra aquelle de cuja liberalidade lhe provém todos os direitos, do que o que attenta contra aquelle cujos direitos lhe são transmittidos em virtude da lei.

O nosso codigo porém em nenhum dos casos exige a condemnação do delinquente pelo delicto que serve de base á revogação das doações por ingratidão, ou á desherdação. Contenta-se com a *prova do facto* na acção de revogação da doação, ou na de desherdação.

O donatario que pelo mais leve delicto contra a pessoa, bens ou honra do doador fica sujeito á revogação da doação por ingratidão não fica sujeito á mesma pena se commetter o delicto contra a mulher ou filhos constituidos debaixo do poder do doador, porque o codigo o não determina; e esta materia, como odiosa, é de interpretação restricta; nem a acção de desherdação procede tambem pelos delictos

commettidos pelo herdeiro legitimario contra a mulher ou filhos constituidos sob o poder do auctor da herança. O codigo não permitte qu o pae desherde o filho por este ter commettido contra a mãe crime que constitua alguma das causas de desherdação, nem que o filho desherde o pae por este ter commettido crime contra a madrasta, nem que o avô desherde o neto por este ter commettido crime contra seu tio, filho do avô, e constituido debaixo do patrio poder d'este. Porém o ascendente que attentar contra a vida do seu conjuge, e depois se não reconciliar com elle, bem póde ser desherdado pelo descendente com este fundamento, artigos 1878.º e 1879.º O legislador reconheceu que o pae ou avô que attentava contra a vida do seu consorte fazia n'esse facto grave injuria ao filho, e se tornava indigno de haver os seus bens, vistoque o filho não poderia ver a sangue frio tamanho attentado commettido por um contra o outro dos auctores de seus dias, e cujo sangue lhe girava nas veias.

Esta causa de desherdação porém não é reciproca. O pae não póde desherdar o filho por este ter attentado contra a vida de sua consorte. Não são as mesmas as relações e o vinculo natural e legal entre o pae e a nora que entre o filho e a mãe.

A disposição do artigo tambem já não procede se o pae attentar, não contra a vida da mãe, mas da madrasta, ou o avô contra a vida da consorte, que só por affinidade tem relações com o descendente.

A reconciliação produz todos os seus effeitos, ainda que seja posterior á feitura do testamento. É o que determina muito expressamente o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 670.º, e o que se deduz das doutrinas do nosso codigo.

O segundo motivo de revogação das doações por ingratidão é a accusação judicial do doador feita pelo donatario por crime em que intervenha o ministerio publico, e que não tenha sido commettido contra a pessoa do donatario, de sua mulher, ou filhos constituidos debaixo do patrio poder.

N'este caso ainda que o crime se julgue provado, e o donatario fique livre da imputação de calumniador, nem por isso fica livre da imputação de ingrato. Por delictos que não affectam o donatario, a sua mulher, ou filhos menores ou interdictos, não póde elle accusar senão como pessoa do povo, como são os crimes de suborno, peita, peculato e concussão, em que qualquer pessoa do povo póde accusar nos termos do artigo 771.º da novissima reforma judicial. Ora o donatario que não prescinde de usar d'esta acção, que podia ser posta em andamento pela parte offendida, pelo ministerio publico, ou por qualquer outra pessoa, e que, em logar de se compadecer do seu bemfeitor, o vae perseguir, commette uma ingratidão que o legislador não devia deixar impune.

As palavras «*em que o ministerio publico tenha acção*» eram bem escusadas, porque não ha hoje delicto algum que possa ser perseguido pela acção popular em que o ministerio publico não seja obrigado a intervir; salvo se o codigo quiz exceptuar, por exemplo, as acções crimes que o donatario intentasse contra o doador por delictos por este praticado contra um seu tutelado.

N'esta parte o foi codigo muito menos rigoroso com o donatario do que com o herdeiro legitimario. O herdeiro legitimario póde ser desherdado, não só por ter accusado o crime, mas pelo simples facto de o ter *denunciado* judicialmente, isto é, de o ter participado em juizo nos termos do artigo 891.º da novissima reforma judicial; quando o donatario póde *denunciar* os crimes que quizer contra o doador, ou administrativa ou judicialmente, que se não querelar e accusar, e não se

sujeitar assim ás despezas e riscos do processo, não vê correr perigo a doação. A *denuncia*, que denota mais perversidade talvez que a accusação do crime, é motivo para a desherdação, e não para a revogação da doação por ingratidão!

Era melhor ter copiado sem additamento os artigos 672.º e 965.º do projecto do codigo civil hespanhol, ou fazer então em ambos os casos o additamento da «*denuncia*». A denuncia em todo o caso não é motivo de desherdação senão quando voluntaria, e não quando consequencia do cumprimento de um dever. A pena da revogação da doação por ingratidão em caso de denuncia não abrange o denunciante que é juiz eleito, ou auctoridade administrativa, nem aquelles que nos termos dos artigos 893.º a 895.º da citada novissiva reforma judicial são obrigados a participar os crimes publicos. Tambem não incorre em pena o donatario ou herdeiro legitimario que accusar o doador ou auctor da herança no exercicio das suas funcções officiaes.

Ainda mais. O herdeiro legitimario, se houvesse crimes sujeitos á acção popular em que não interviesse o ministerio publico, até pela accusação ou denuncia d'esses ficaria sujeito á desherdação, quando o donatario só fica sujeito á revogação da doação por ingratidão se o *accusar* judicialmente por estes crimes, e quando elles forem de tal gravidade que reclamem a intervenção do ministerio publico.

Por outro lado o donatario só fica sujeito á revogação da doação por ingratidão na accusação dos crimes que podem ser perseguidos pela acção popular, que são rarissimos, porque só n'esses póde accusar não sendo parte offendida. O herdeiro legitimario fica sujeito á desherdação pela denuncia de todos e quaesquer crimes, susceptiveis ou não de serem perseguidos pela acção popular, sem outra restricção que não seja a necessidade da intervenção do ministerio publico, porque a denuncia respeita só a crimes publicos.

Não é causa de revogação da doação por ingratidão a accusação do doador por crime commettido contra o donatario, sua mulher ou filhos constituidos debaixo do patrio poder, porque o direito de vingar um crime commettido contra si e contra as pessoas cuja defeza lhe está commettida prefere a todo e qualquer outro direito.

Aqui foi o codigo mais rigoroso com o donatario do que com o herdeiro legitimario.

O herdeiro legitimario póde accusar e denunciar impunemente o auctor da herança nos mesmos casos em que póde accusa-lo o donatario, e alem d'isso pelos crimes commettidos contra todos os seus descendentes, ainda que não sejam filhos constituidos debaixo do patrio poder, e contra os seus ascendentes ou irmãos.

O terceiro caso de revogação da doação por ingratidão, e de privação da legitima, é a recusa de alimentos ao doador ou ao auctor da herança.

Basta a *recusa* dos alimentos, ainda que o alimentante seja depois condemnado a presta-los, para proceder a revogação por ingratidão, ou a desherdação.

Reputa-se um attentado contra a vida de alguem o negar-lhe alimentos. *Necare videtur qui alimenta denegat.*

N'este ponto o codigo, ao passo que por um lado é mais rigoroso com o donatario, é por outro mais rigoroso com o herdeiro legitimario. O donatario deve alimentos *proporcionados* ao valor da doação, depois de deduzidos os encargos, pelo *simples facto* de o doador cair em pobreza, e portanto ainda que o doador se tenha reduzido á pobreza por acto reprehensivel, e esteja a tempo de emendar-se nos termos do artigo 180.º do codigo. O herdeiro legitimario só fica sujeito

á pena de desherdação se os recusar *sem justa causa*, isto é, se lh'os negar, verificando-se todas as circumstancias necessarias para haver o direito a alimentos, e portanto as exigidas no artigo 180.º Mas é mais rigoroso com o herdeiro legitimario do que com o donatario emquanto o obriga a alimentos, que devem ser proporcionados aos recursos do alimentante e ás necessidades do alimentando, ao passo que o donatario só é obrigado a presta-los pelos rendimentos dos bens doados, e não por todos os rendimentos, e só alimentos proporcionados á importancia da doação, deduzidos os encargos.

O projecto primitivo no citado artigo 2013.º, correspondente ao artigo 1876.º do codigo, estabelecia ainda mais duas causas de desherdação, que abrangiam: 1.º, os filhos que se casassem, sendo menores, contra vontade de seus paes; 2.º, a filha que se entregasse á prostituição.

A segunda d'estas duas causas foi eliminada logo nos trabalhos da primeira revisão; e a primeira, comquanto appareça ainda no projecto de 1863, já não figura no projecto de 1864.

Alem dos casos de desherdação prescriptos no artigo 1876 fica igualmente privado do seu direito á herança: 1.º, o que por dolo, fraude ou violencia impediu alguem de fazer testamento, artigo 1749.º; 2.º, o que por dolo deixou de apresentar testamento cerrado que tinha em seu poder dentro de tres dias, desde que tever conhecimento do fallecimento do testador, ou do caso previsto no artigo 66.º, independentemente de lhe ser exigido, artigo 1937.º; 3.º, o que subtrahiu dolosamente o testamento do espolio do testador, ou do poder de qualquer pessoa onde estivesse depositado, artigo 1938.º; 4.º, o que viciou ou dilacerou o testamento de modo que não possa ler-se a primitiva disposição, artigo 1940.º

N'estes quatro casos porém a privação da successão não é o mesmo que a desherdação, nem está sujeita ás mesmas regras. Não é preciso para proceder n'estas hypotheses a privação da herança que seja ordenada em testamento, e com expressa declaração da causa, como é indispensavel na desherdação, artigo 1880.º; nem mesmo era possivel nos tres ultimos casos a desherdação em testamento.

Os que praticam os factos comprehendidos nos quatro casos acima referidos, que dão logar á privação da successão, ficam alem d'isso sujeitos ás penas criminaes e á reparação de perdas e damnos, salvo na primeira hypothese em que o codigo não estabelece a obrigação de indemnisar aquelle que seria instituido herdeiro se o testador não fosse impedido de fazer as suas ultimas disposições.

N'este caso não ha a obrigação de indemnisar o pretendido herdeiro, porque o beneficio a favor d'elle não chegou a ser manifestado com as formalidades exigidas pelo codigo para a validade dos testamentos.

As penas criminaes para os tres ultimos casos são as prescriptas nos artigos 424.º e 453.º do codigo penal. Não ha porém pena no codigo penal para o que por dolo ou fraude impedir outrem de fazer testamento, e só para o que empregar actos de offensa corporal nos termos do artigo 359.º do mesmo codigo.

Art. 1489.º É applicavel á revogação da doação por ingratidão o que fica disposto nos artigos 1483.º n.º 2.º, 1484.º e 1485.º

(Vid. notas aos artigos 1169.º e 1484.º)

Art. 1490.º A acção de revogação por ingratidão não póde ser renunciada antecipadamente, e prescreve por um anno, contado desde o facto que lhe deu causa, ou desde que houve noticia d'elle.

(Vid. nota aos artigos 182.º e 547.º)

Art. 1491.º Esta acção não póde ser intentada, nem contra os herdeiros do donatario ingrato, nem pelos herdeiros do doador, mas será transmissivel se, porventura, se achar pendente ao tempo da morte do doador.

(Vid. nota ao artigo 1487.º)

Art. 1492.º A doação, seja quem for o donatario, póde ser revogada ou reduzida por inofficiosa, se envolver prejuizo da legitima dos herdeiros legitimarios do doador.

§ 1.º Mas, se o prejuizo da legitima não abranger o valor total da doação, será esta reduzida em tanto quanto for necessario, para que a dita legitima seja preenchida.

§ 2.º O calculo da terça, para se conhecer se ha ou não inofficiosidade, será feito pelo modo estabelecido no titulo das successões.

(Vid. nota ao artigo 1147.º)

Art. 1493.º A reducção das doações inofficiosas começará pelas doações testamentarias ou legados, e só se estenderá ás doações entre vivos, se não chegarem os bens legados.

Art. 1494.º Se bastar reducção parcial dos legados, será esta rateada entre os legatarios, salvo se o testador houver ordenado, que para este effeito seja preferido um d'elles, ou que algum fique isento de tal encargo.

Art. 1495.º Se for necessario recorrer ás doações entre vivos, começar-se-ha pela ultima, em todo ou em parte; e, se não bastar, passar-se-ha á immediata, e assim por diante, em quanto doações houver.

Art. 1496.º Havendo diversas doações feitas no mesmo acto ou da mesma data, far-se-ha a reducção entre ellas rateadamente.

(Vid. artigos 1789.º e 2111.º) Excedendo o valor das doações ou das disposições testamentarias a quota disponivel do doador ou do testador, ha de fazer-se a reducção das doações e deixas nos termos d'este artigo e dos seguintes, artigo 1789.º

A reducção começa primeiro pelas disposições testamentarias, artigo 1493.º Se a legitima podér ser satisfeita á custa das liberalidades testamentarias não se entra pelas doações. A rasão é porque os direitos dos legatarios são *posteriores* aos dos donatarios; os donatarios tinham adquirido um direito pela acceitação da doação, de que o testador não podia já priva-los pela distribuição dos bens em legados.

Foram os legados que vieram offender as legitimas que não estavam ainda prejudicadas pelas doações, e por isso rasão de mais para soffrerem os legatarios primeiro do que os donatarios.

Sendo preciso entrar nas doações, começa-se pela ultima, artigo 1495.º, porque a suppressão ou reducção deve principiar onde principiou a inofficiosidade, ou a offensa das legitimas, e esta offensa apparece seguindo-se a ordem gradual inversa, isto é, a mais recente das doações. Demais, sem esta disposição ficaria inteiramente ao arbitrio do doador o prejudicar um donatario anterior, ou mesmo tornar completamente illusorio o seu direito irrevogavelmente adquirido, fazendo outras doações posteriores.

Com as doações feitas no mesmo acto, ou na mesma data, como não póde observar-se a regra da prioridade, ha de por essa mesma regra fazer-se rateio, artigo 1496.º Ha duas doações na mesma data, uma de 500$000 réis, e outra de 1:000$000 réis, e faltam 600$000 réis para preencher as legitimas: desfalcam-se 400$000 réis na de 1:000$000 réis e 200$000 réis na de 500$000 réis. Pelo mesmo principio quando a legitima não absorve a totalidade dos legados, que basta reducção parcial d'estes, procede-se ao rateio entre os diversos legatarios, porque os legados têem todos a mesma data, que é, não a data do testamento, mas a da morte do testador. Pela mesma rasão por que os legados são reduzidos proporcionalmente para satisfação das legitimas, são tambem reduzidos proporcionalmente para pagamento das dividas da herança quando esta for distribuida em legados, artigo 1794.º; e estes são tambem pagos proporcionalmente quando a herança não chegar para os cobrir todos, artigo 1795.º

O rateio tanto para pagamento das legitimas, como para pagamento dos encargos da herança, artigos 1494.º e 1794.º, ficam excepctuados os legados quando o testador assim o determinar. A vontade do testador é a lei do testamento, e por isso se elle determinou que certo legado não fique sujeito a encargos, ou que seja pago primeiro do que os outros, fica esse legado isento do desfalque ou da reducção, emquanto os outros poderem cobrir os encargos das legitimas, e das dividas do testador.

Os legados deixados em recompensa de serviços não gosam de favor algum no rateio, nem para satisfação das legitimas, nem para pagamento das dividas da herança quando esta for distribuida em legados; mas no rateio para pagamento dos legados pelos bens da herança, quando estes não chegam para satisfação integral dos legados, são pagos em primeiro logar os deixados em recompensa de serviços, artigo 1795.º

Estes legados representam por parte do testador uma divida *moral*, uma divida de gratidão, e presume-se por isso que elle quiz preferir o pagamento do legado remuneratorio aos de pura e absoluta liberalidade.

No entanto ha quem sustente, fundado na letra do artigo 1795.º do codigo que o legado em remuneração de serviços é uma rigorosa divida da herança, como qualquer outra, que deve ser tida em conta no acer commum do casal, sendo paga pela massa hereditaria, e pesando proporcionalmente sobre a legitima dos herdeiros e sobre a quota disponivel do auctor da herança; e que apenas é licito aos herdeiros legitimarios o disputar a qualidade de *remuneratorio* ao legado para evitar que o testador, a pretexto de remuneração, vá prejudicar as legitimas que são verdadeiras dividas da herança.

No emtanto sendo os legados meras liberalidades, só depois de pagas as dividas e as legitimas é que podem ser tomados em conta,

aindaque sejam remuneratorios; salvo se esses legados representam uma verdadeira divida, porque então pesam sobre a massa da herança, como outra qualquer divida.

Póde o legatario exigir a divida judicialmente, mas ha de renunciar ao legado.

No rateio das doações feitas na mesma data, não ha que attender a preferencias expressas ou tacitas da parte do doador, porque o donatario adquire desde o momento da acceitação da doação um direito irrevogavel aos bens doados, salvo estando registada a transmissão em differentes epochas, porque o registo, comquanto não influa na validade da doação, e por isso effeitos juridicos com relação a terceiros. Estando registadas as doações ha de começar a reducção pela ordem inversa da data dos registos.

O codigo trata da reducção dos legados para pagamento das *legitimas* e das dividas da *herança*, e da reducção das doações só para pagamento das legitimas, e não para pagamento das dividas do doador. No entretanto as doações tambem ficam sujeitas ás dividas do doador, nos termos do artigos 1033.° a 1035.° do codigo, se as dividas constarem de titulo authentico ou authenticado por argumento dos artigos 1149.° n.° 3.° e 1469.°

Portanto quando for necessario entrar pelas doações para pagamento das dividas do doador hão de observar-se, por analogia, os preceitos contidos nos artigos 1495.° e 1496.° do codigo.

É tambem de notar que a reducção rateada nas doações ou nos legados se faz indistinctamente entre todas as liberalidades, ou ellas abranjam um objecto determinado, ou uma quantidade certa.

Art. 1497.° Consistindo a doação em objectos mobiliarios, attender-se-ha, na reducção, ao valor, que elles tinham ao tempo da doação.

§ unico. Não será imputada ao donatario a perda ou deterioração dos objectos mobiliarios, se tiverem desapparecido, ou estiverem deteriorados por causa fortuita ou força maior.

Art. 1498.° Consistindo a doação em objectos immobiliarios, será a reducção feita em especie.

§ 1.° A estas doações é applicavel o que fica disposto no § unico do artigo antecedente.

§ 2.° O valor dos bens immobiliarios doados será calculado com relação á epocha, em que se houver de fazer a reducção, não se incluindo no calculo, nem o augmento de valor proveniente de bemfeitorias feitas pelo donatario, nem, por outra parte, a diminuição d'esse valor procedida de deteriorações imputaveis ao mesmo donatario.

(Vid. nota ao artigo 1147.°)

Art. 1499.° Se algum immovel não podér ser dividido sem detrimento, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.° Se a importancia da reducção exceder metade do valor, haverá o donatario o resto em dinheiro.

§ 2.° Se a reducção não exceder a dita metade, reporá o donatario a importancia da reducção.

Art. 1500.° Se, porém, o donatario for tambem coherdeiro, só poderá reter o immovel doado, se o valor d'esse immovel não exceder o da legitima do coherdeiro accumulado com o da doação reduzida. No caso contrario, o donatario entrará com o immovel doado para o casal, e será pago da legitima e da doação reduzida, em conformidade das regras geraes que regulam as partilhas.

(Vid. artigo 2111.°) Se da doação fizer parte algum immovel, que não caiba na porção do donatario, e que não possa ser dividido sem detrimento, são differentes os effeitos juridicos conforme o donatario é ou não coherdeiro. Se não é coherdeiro restitue o immovel, e recebe a sua porção em dinheiro, ou paga em dinheiro a importancia da reducção, e fica com o immovel, segundo esta excede ou não metade do valor immovel.

Vale o immovel 1:000$000 réis, e a importancia da reducção é de 400$000 réis: o donatario fica com o immovel, e repõe 400$000 réis. Pelo contrario dado o mesmo valor do immovel, se a importancia da reducção é de 600$000 réis, o donatario recebe a quantia de 400$000 réis, e restitue o immovel.

Assim fica o donatario ou não com o immovel, segundo o desfalque feito na doação excede ou não a metade do valor do predio.

A palavra «*reducção*», empregada no artigo 1499.°, é synonyma das expressões «*doação reduzida*», empregadas no artigo 1500.°

Se o donatario é coherdeiro são outras as regras a observar. O donatario retem o immovel, se lhe cabe na legitima e na doação reduzida porque o donatario coherdeiro, em cuja legitima não cabem os bens doados, entra pela terça do doador até onde ella chegar para cobrir a doação, artigo 2111.° Se houver diversos donatarios a inteirar pela terça, e esta não chegar para cobrir com as legitimas de cada um as doações feitas a todos, pagam-se de preferencia aquelles cujas doações forem mais antigas, ou pagam-se rateadamente, se ellas tiverem sido feitas no mesmo acto, ou na mesma data, citado artigo 2111.° § 1.°

Se a terça for assim absorvida pelas doações, fica sem effeito qualquer disposição testamentaria da terça, ou de toda ou de parte, citado artigo 2111.° § 2.°, porque o auctor da herança já não podia dispor testamentariamente do que doára em vida irrevogavelmente.

Se pois o immovel exceder, pouco que seja, o valor da legitima do donatario, e da terça integral ou rateada do doador, não póde elle ficar com o immovel, ainda pagando o excesso. Ha de entrar o immovel na massa dos bens do casal, e o donatario será pago da sua legitima e doação respectiva, nos termos dos artigos 2126.° e seguintes.

Sobre a conciliação do artigo 1500.°, que manda conferir em *substancia* o immovel doado, quando elle exceder o valor da legitima do coherdeiro accumulado com o da doação reduzida, com o artigo 2104.°, que manda conferir os bens doados em estimação, vid. nota ao artigo 1147.°

Alem do alvitre ali proposto para a conciliação dos dois artigos, talvez possa tambem dizer-se, que o artigo 1500.° não se refere ao caso de collações entre herdeiros legitimarios descendentes, como o artigo 2107.°, mas sim ao caso de reducção de doações por inofficiosidade, hypothese que póde ter logar, mesmo sem haver collações,

como se os herdeiros prejudicados na sua legitima, não ascendentes do doador.

Art. 1501.º É applicavel á revogação, ou reducção por inofficiosidade, o que fica disposto nos artigos 1483.º n.º 2.º e 1484.º

Art. 1502.º Se os immoveis se não acharem, ao tempo da revogação ou reducção, em poder do donatario, será este responsavel pelo valor d'elles ao tempo da doação.

(Vid. nota ao artigo 1484.º)

Art. 1503.º Esta acção prescreve, não sendo intentada dentro de dois annos, contados desde o dia em que o herdeiro legitimario haja acceitado a herança.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

Art. 1504.º Se a doação consiste em moveis, e o donatario se achar insolvente, só poderão os interessados demandar o immediato adquirente, pelo valor d'esses moveis ao tempo da acquisição, tendo sido transferidos gratuitamente, e não obstando a prescripção.

Art. 1505.º O donatario, sobre quem recáe revogação ou reducção de doação por inofficiosidade, só responde pelos fructos e rendimentos desde que é demandado; salvo sendo coherdeiro, porque, n'esse caso, responde por elles desde a morte do doador.

(Vid. nota ao artigo 1485.º)

CAPITULO VI

DO EMPRESTIMO

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1506.º O contrato de emprestimo consiste na cedencia gratuita de qualquer cousa, para que a pessoa a quem é cedida se sirva d'ella, com a obrigação de a restituir em especie ou em cousa equivalente.

Art. 1507.º O emprestimo diz-se commodato, quando versa sobre cousa que deva ser restituida na mesma especie; e mutuo, quando versa sobre cousa que deva ser restituida por outra do mesmo genero, qualidade e quantidade.

Art. 1508.º O emprestimo é essencialmente gratuito. Logo que o commodato ou o mutuo é retribuido, toma aquelle a natureza de aluguer, e este a de usura.

(Vid. artigos 1510.º, 1523.º, 1524.º e 1636.º) As condições do emprestimo variam segundo as cousas, objecto d'elle, são *fungiveis*, ou *não fungiveis*, e segundo a cedencia é *gratuita* ou *retribuida*. É da essencia do commodato e do mutuo o serem *gratuitos*. Se a cedencia for retribuida segue as regras do aluguer ou da usura, segundo são não fungiveis, ou fungiveis, as cousas, objecto da cedencia.

Entrego um cavallo a um amigo para d'elle se servir, e depois restituir-m'o, é elle obrigado a entregar o cavallo depois de se ter servido d'elle, artigo 1510.º Se acaso elle pagar alguma retribuição temos o aluguer.

Esta regra porém soffre a modificação prescripta no artigo 1533.º, em virtude do qual mesmo o mutuo deixa de ser gratuito, e vence juros desde a móra.

Nos contratos de commodato e de mutuo a obrigação principal é a do tomador de emprestimo; as obrigações do cedente não são consideradas senão como accessorias e incidentes. O contrato de emprestimo não se forma senão pela tradição. A obrigação de restituir a cousa, que é a obrigação principal do emprestimo, e um dos seus elementos essenciaes, não póde nascer antes da tradição da cousa. Feita a promessa do emprestimo é valida a obrigação de entregar a cousa, e ha acção para obrigar o senhor d'ella a entrega-la, mas o emprestimo é que não está formado senão depois da tradição.

No commodato continua o dominio em poder do commodante, e correndo por conta d'elle os prejuizos da cousa, que não forem imputaveis ao commodatario.

O commodante aindaque simples usufructuario tem poder para realisar o contrato do commodato. O usufructuario do cavallo tem o direito de o emprestar, porque não cede senão o *uso*.

Por essa rasão o codigo commercial no artigo 298.º define *commodato* o emprestimo gratuito que se faz de alguma cousa para certo uso; e por isso corre todo o risco da cousa por conta do commodatario, citado codigo artigo 302.º

No mutuo, como o seu objecto são cousas que se consomem pelo primeiro uso a que são destinadas, e que não se usam sem se consumirem, passa a propriedade para o mutuario, porque de nenhum proveito lhe serviria o mutuo, se elle não tivesse o direito de dispor da propriedade da cousa, artigo 1523.º

Por isso dizia a velha ordenação no livro IV, titulo LIII, § 1.º, que a differença entre o commodato e o mutuo era, que no commodato não passava o senhorio nem a posse da cousa no que a recebeu, e sómente se lhe concedia o uso d'ella, para tornar a mesma cousa.

Tambem o codigo de commercio diz no artigo 273.º, que o dominio da cousa mutuada passa para o tomador. Conseguintemente corre por conta do mutuario todo o risco da cousa, pela regra «*res suo domino perit*». Perde-se o azeite, o vinho, etc., em seu poder por caso não imputavel ao mutuante, é sempre o mutuario obrigado a restituir-lhe igual numero ou quantidade, e qualidade, artigo 1523.º

O codigo commercial no artigo 272.º define *mutuo*, segundo o direito civil, o contrato de emprestimo de cousa consistente em numero, peso e medida, feito debaixo da condição de que a cousa emprestada será restituida pelo mutuatario no tempo aprasado na convenção ou marcado na lei, verificando-se o pagamento ou restituição no mesmo genero e bondade, em que fôra recebido.

Nos termos da lei commercial, citado codigo, artigo 274.º, o credito é um emprestimo reciproco, que se faz de fazendas ou dinheiro sobre a reputação da probidade e solvabilidade de um negociante, e

todo o contrato commercial, feito a credito, envolve em si o contrato de mutuo.

O credito é o mutuo mercantil, e em ultima analyse o unico contrato a que todas as convenções commerciaes podem referir-se.

Por *convenção* podem tornar-se objecto de commodato cousas fungiveis, que em regra são objecto de mutuo. Assim o dinheiro que é objecto de mutuo póde tornar-se commodato, como quando se emprestam algumas peças para marcar ao jogo, com a obrigação de serem de novo restituidas.

Por isso dizia a velha ordenação no livro IV, titulo L § 1.º: «Porém, se algumas cousas d'estas se déssem para se não gastarem, antes se tornarem as mesmas, seria commodato; assi como, se huma pessoa emprestasse a outra algumas moedas de ouro, ou prata para algum apparato de festas, ou representações, e para lhe tornarem as mesmas moedas, acabadas as festas: polo que, se o tal dinheiro se perdesse por algum caso fortuito, em poder do commodatario, não será obrigado a paga-lo, como fôra, se se lhe dera o tal dinheiro para o gastar e consumir».

Por outro lado póde tornar-se objecto de mutuo o que é por sua natureza objecto de commodato, como se empresto um exemplar novo de qualquer obra para ser restituido outro igualmente novo, ainda-que o primeiro não tivesse sido consumido pelo uso.

Tambem os animaes em certos casos podem considerar-se cousas fungiveis pelo uso a que são destinados, como se se empresta um carneiro para matar, com a condição de o tomador de emprestimo restituir outro da mesma qualidade.

O codigo para evitar de certo as continuas questões e diversidade de opiniões sobre a significação e distincção entre cousas fungiveis e não fungiveis, cuja distincção e determinação era sobretudo precisa por via das regras do mutuo e do commodato, abandonou as velhas distincções e definições escolasticas, e estabeleceu, como caracteristica para distinguir o mutuo do commodato, o versar o emprestimo sobre cousa que deve ser restituida por outra do mesmo genero, qualidade ou quantidade, ou por outra da mesma especie.

Porém em primeiro logar esta regra seria acceitavel por si só sempre que do contrato constassem claramente as condições do emprestimo, para assim se determinar se era mutuo se commodato, o que ha de acontecer poucas vezes, porque em regra estes contratos fazem-se verbalmente. E por outro lado o codigo n'alguns artigos serve-se positivamente das expressões «*fungivel*» e «*não fungivel*», como nos artigos 1633.º, 1636.º e 1637.º

Por isso na falta de declarações do contrato ha de decidir-se pela *natureza* da cousa se é mutuo ou commodato, e ahi estamos de novo envolvidos na questão da determinação e distincção entre cousas fungiveis e não fungiveis.

Até a definição que dá o codigo de commodato no artigo 1507.º, para ser restituida a cousa na mesma *especie*, é sobremaneira viciosa. No commodato restitue-se a *mesma* e identica cousa, que se recebeu, e não outra, ainda-que da mesma especie. O commodatario que recebeu o cavallo A, não satisfaz restituindo outro cavallo da mesma *especie* ou qualidade, ha de restituir exactamente o cavallo A, que recebeu.

O legislador empregou n'este caso a palavra «*especie*», não para significar certo grupo de individuos da mesma classe, mas para designar um individuo especifico. Pelo menos não póde ser outra a significação juridica da palavra «*especie*» empregada no artigo 1507.º; e o artigo 1510.º é expresso em que o commodatario deve restituir *a cousa emprestada*.

Assim o codigo adoptou n'esta parte a terminologia dos romanos, que havia passado tambem para o nosso direito velho.

Na legislação romana empregava-se a palavra *genus*, para significar o que nas sciencias se chama *species, verbi gratia*, um livro, um cavallo; e usava-se da palavra *species*, para significar o individuo, *verbi gratia*, o cavallo n.º 5, etc.

Na mesma accepção dos romanos se encontra empregada a palavra «*genero*» na ordenação, livro IV, titulo L, *pr.*, e titulo LIII, § 1.º, e no nosso codigo commercial, artigo 272.º

No entretanto n'algumas leis modernas tinha-se abandonado esta linguagem viciosa, preferindo a recommendada pelas indicações da sciencia. Assim o codigo civil francez no artigo 1873.º, o da Baviera e o da Austria, dispõem que no commodato ha de ser restituida a *mesma* cousa emprestada, e não estatuem que a restituição se faça em *especie*; e no nosso codigo, artigo 2109.º, se encontra a palavra «*especie*» com a significação scientifica.

No artigo 1530.º é a palavra «*especie*» empregada n'outra accepção muito differente, e nos artigos 1805.º, 2109.º e 2142.º é empregada a palavra «*especie*», como synonyma de «*genero*», isto é, como significando cousa *indeterminada*, ou comprehendendo muitas cousas.

Emfim o que convem saber é que no commodato se restitue a *propria* cousa, e no mutuo o equivalente em peso, qualidade e quantidade.

A usura nenhuma outra differença faz do mutuo senão em haver retribuição pela cousa emprestada, artigo 1636.º Esta retribuição paga-se ordinariamente pelo emprestimo de dinheiro, e diz-se *juro*. O dinheiro tem valor como qualquer outra mercadoria, é o intermediario em quasi todas as convenções, e o padrão legal dos valores, e por isso o que o empresta tem direito a uma retribuição, como compensação das privações que soffre, e dos beneficios que proporciona ao tomador de emprestimo.

Para ser reputado mercantil o *mutuo* era indispensavel, como dispunha o codigo de commercio no artigo 276.º: 1.º, que a cousa ou credito emprestado fosse destinado a operação mercantil; 2.º, que pelo menos o devedor fosse commerciante.

A lei de 27 de julho de 1850, porém, alterou profundamente este artigo do codigo commercial, reputando acto de commercio tudo o que tivesse relação com letras de terra, livranças e bilhetes á ordem, sem distincção da qualidade das pessoas ou do objecto d'onde resultasse a obrigação.

É para desejar que a legislação commercial se reforme no sentido de declarar commerciaes os actos só pela sua natureza, abstrahindo inteiramente da qualidade das pessoas, que n'elles intervem.

Nos termos do artigo 299.º do mesmo codigo, para que o commodato seja mercantil, é indispensavel: 1.º, que ambos os contrahentes sejam commerciantes; 2.º, que a cousa emprestada seja mercadoria ou genero de commercio.

Art. 1509.º Os direitos e as obrigações, resultantes do emprestimo, são transmissiveis, tanto aos herdeiros e representantes do que empresta, como aos do que recebe o emprestimo.

(Vid. nota ao artigo 703.º)

SECÇÃO II

DO COMMODATO

Art. 1510.º O commodatario é obrigado a restituir a cousa emprestada, findo o praso convencionado.

(Vid. nota ao artigo 1506.º)

Art. 1511.º Se não houver declaração sobre o praso do emprestimo, entender-se-ha, que fôra pelo tempo indispensavel para o uso concedido.

Art. 1512.º Se o uso da cousa emprestada não estiver determinado, poderá o commodante exigi-la quando lhe aprouver.

§ unico. Qualquer duvida, que se levante a este respeito, será resolvida pela declaração do commodante.

Art. 1513.º O commodante poderá exigir a cousa, antes que finde o praso convencionado, sobrevindo-lhe necessidade urgente, ou finando-se aquelle a quem o emprestimo foi feito.

(Vid. artigos 1525.º a 1528.º) As regras quanto ao praso da restituição do objecto emprestado são differentes, segundo o emprestimo é mutuo ou commodato. Se foi convencionado o praso da restituição, ha de respeitar-se a convenção, como lei entre as partes, tanto no commodato, artigo 1510.º, como no mutuo, artigo 1525.º, porque quem empresta uma cousa por determinado tempo faltaria á boa fé dos contratos, exigindo a restituição antes de findar esse tempo.

Apenas com relação ao commodato se dá uma excepção, que não se amplia ao mutuo, que é o caso de sobrevir ao commodante necessidade imprevista e urgente, ou de se finar o commodatario. Quem empresta uma cousa presume-se que não previa a necessidade d'ella para si. Se lhe appareceu uma necessidade urgente, como de fazer uma jornada, para que lhe era preciso o cavallo emprestado, póde reclama-lo do commodatario antes do tempo, porque em igualdade de necessidades, emquanto ao uso de cousas proprias, nunca se presume que o proprietario prefira outrem a si mesmo.

O commodato é uma concessão *graciosa*, de que ao commodante nenhum proveito resulta, e que por conseguinte deve interpretar-se sempre restrictamente em seu favor, pela regra «*iniquum est damnosum cuique esse officium suum*».

Se porém o commodatario se recusa a entregar a cousa antes de findar o tempo convindo, carece o commodante de justificar judicialmente a necessidade urgente da exigencia antes do tempo.

Tambem o commodante póde exigir a restituição da cousa antes de fechado o tempo do emprestimo se o commodatario se finou, porque sendo este contrato essencialmente gratuito e benefico, talvez o commodante não queira ampliar aos herdeiros do commodatario o beneficio pessoal, que a este dispensava.

Se o praso não estiver marcado, mas sim o uso, a restituição da cousa commodada só póde exigir-se passado o tempo indispensavel para o uso concedido: assim se se pedir uma prensa para fazer o vinho, não póde exigir-se a restituição senão depois de concluido este serviço.

Se não está marcado o uso, ou se ha duvidas, tudo se resolve pela declaração do commodante, a favor do qual são todas as vantagens n'esta hypothese, porque é quem faz o beneficio, e pela regra estabelecida no artigo 685.º, de que nos contratos gratuitos se resolve, em caso de duvida, pela menor transmissão de direitos e de interesses.

Por essa rasão no mutuo, quando este não for de productos ruraes ou de dinheiro, o tempo da duração é determinado tambem pela declaração do mutuante, artigo 1528.º

Entendem alguns que, para evitar abusos da parte do commodante e do mutuante, seria preferivel ao disposto nos artigos 1512.º e 1528.º o preceito da velha ordenação, que no livro IV, titulo L, § 1.º, deixava ao prudente arbitrio do julgador o regular o negocio, segundo a qualidade das pessoas, tempo e logar.

Se o emprestimo é dinheiro não póde exigir-se senão depois de trinta dias, artigo 1527.º

Disseram alguns a proposito da doutrina consignada no artigo 1527.º que, sendo o emprestimo de dinheiro a juro, não havia rasão para alterar o disposto no alvará de 17 de janeiro de 1757, que, ao passo que fixou em 5 por cento a taxa do juro nos emprestimos, ordenou que a sua duração não fosse de menos de anno, para cortar o abuso de se emprestar dinheiro a um e a mais por cento ao mez, debaixo do pretexto de lucros cessantes e damnos emergentes; e até havia quem sustentasse que devia continuar a manter-se a doutrina, que applicava o alvará geralmente ao emprestimo gratuito, posto que elle só fallasse do dinheiro a juro.

Respondia porém o sr. Seabra: « Não podemos concordar. As partes podem estipular praso, se o não estipularem, a regra é que o mutuante ficaria com direito de reclamar o dinheiro emprestado quando quizesse; porém, marca-se o praso de tres mezes (que era o praso marcado no artigo 1589.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1527.º do codigo) n'estes emprestimos, para evitar que o mutuario seja surprehendido com exigencias com que não contasse, e o poriam em graves apuros. Um anno seria sem duvida maior favor, mas não temos direito a favorecer tão exorbitantemente uns á custa dos outros. Não pequeno beneficio é já o que resulta do emprestimo gratuito. A generalisação que se tem feito do citado alvará é injustificavel».

Se o emprestimo é de productos ruraes, feito a individuo, que ou cultiva ou recebe de renda productos similhantes, não póde exigir-se antes da primeira colheita de productos iguaes, artigo 1526.º, porque se julga que antes da colheita não os tem o mutuario para os restituir, salvo se os comprasse; e, se elle quizesse compra-los, não teria celebrado o mutuo.

A disposição do artigo 1526.º deve abranger, por analogia e identidade de rasão, os fructos recebidos de renda de terras arrendadas, como de renda de terras proprias.

Por direito commercial, artigo 277.º do codigo de commercio, a restituição de cousa emprestada por tempo indeterminado, só poderá ser pedida passados os prasos estabelecidos na lei.

Art. 1514.º O commodatario tem obrigação de velar pela conservação da cousa emprestada, como se fôra sua propria.

(Vid. artigos 1516.º e 1517.º) O commodatario que recebe beneficio com o emprestimo deve velar, como diligente pae de familias, pela con-

servação da cousa, e com tal cuidado, que se para salvar as suas deixar perder a emprestada, responde por ella, artigo 1516.º § unico, como se atacado pelos ladrões preferiu salvar o seu cavallo a salvar o emprestado. Devia ao sacrificio do homem generoso, que lhe fez o favor do emprestimo, o preferir a salvação da cousa emprestada á salvação da sua propria.

A ordenação livro IV, titulo LIII, § 2.º, determinava que, sendo este contrato ordinariamente feito em proveito do que recebe a cousa emprestada, e não do que a empresta, fica aquelle obrigado a guarda-la com toda a diligencia, como só fôra sua; e que não só se lhe imputa o dolo e culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levissima, assim pela cousa principal, como pelo accessorio.

Por casos fortuitos responde o commodante, como dono da cousa, pela regra «*res suo domino perit*», salvo se o commodatario empregou a cousa em uso differente ou por mais tempo do que o ajustado, como se, tendo-lhe sido emprestado o cavallo para cavallaria, o destinou para trem, ou se tendo-lhe sido emprestado para uma jornada de dez leguas, fez com elle uma jornada de vinte.

Na hypothese de caso fortuito ou força maior, se a cousa perigasse como por um incendio em casa do commodatario, e se mostrasse que não lhe teria acontecido o mesmo em casa do commodante, ainda que a perda deveria recair toda sobre este pela já citada regra «*res suo domino perit*», dividem-se as perdas entre ambos por equidade para com o commodante, artigo 1517.º, que se privou do uso da cousa sem retribuição alguma, e pela regra «*nemini officium suum debet esse damnosum*». No entretanto as legislações modernas não offerecem exemplos d'esta *meia responsabilidade*.

A ordenação referida não reconhecia esta meia responsabilidade, como se mostra dos §§ 3.º e 4.º do citado livro IV, titulo LIII.

O codigo commercial regula esta especie nos artigos 302.º e 303.º, nos seguintes termos: «O commodatario responde por casos fortuitos e de força maior, incorrendo em culpa levissima. Assim, se remover a cousa dada em commodato para logar diverso d'aquelle para que especificadamente fôra emprestada, e ella vier a perecer por caso fortuito ou força maior, o commodatario responderá pelo seu equivalente.

«O commerciante que carregar em commodato fazendas conjunctamente com outras proprias suas, deve empregar com as fazendas emprestadas exactamente as mesmas diligencias, que usar com as suas. Se no mesmo sinistro salvar as suas e não as alheias, responderá pela perda. Perdendo-se parte de umas e outras fazendas, a perda será equilibrada por contribuição reciproca, determinada por arbitradores.»

A ordenação citada no § 5.º, final do titulo, regulava tambem especialmente a hypothese da perda da cousa em poder dos messageiros, e dispunha que, se a cousa se perdesse por culpa do messageiro, corria o risco por conta d'aquelle que o tivesse mandado, salvo se o messageiro tivesse sido mandado, não para trazer a cousa, mas para lembrar que se mandasse; porém que se o que recebeu a cousa, a reenviasse por messageiro tão idoneo, que d'elle costumasse fiar similhantes recados, de modo que não se podesse presumir d'elle similhante maldade, e fosse enganado por algum mau homem, que lhe houvesse a cousa á mão, perder-se-ia por conta e risco do que a emprestou, porquanto tal caso devia reputar-se fortuito.

Julgâmos reconhecida tambem no codigo esta doutrina, apesar de elle não descer a tantas especialidades.

Art. 1515.º O commodatario fica tambem sujeito, pelo que respeita á cousa emprestada, ás mesmas obrigações que o artigo 1451.º impõe ao depositario, em relação á cousa depositada.

(Vid. nota ao artigo 1451.º)

Art. 1516.º Se a cousa perecer, ou se deteriorar no uso que lhe é proprio; ou por acontecimento fortuito ou força maior, não sendo a dita cousa empregada em uso differente d'aquelle para que foi emprestada, será toda a perda por conta do dono, salvo havendo estipulação do contrario.

§ unico. Porém, se, ainda no caso de força maior ou de acontecimento fortuito, o commodatario, podendo salvar a cousa emprestada, não a salvou ou preferiu salvar as suas, deixando perder a emprestada, toda a perda será por conta d'elle.

Art. 1517.º Se o caso fortuito ou força maior for tal que seja obvio, que tal caso ou força não se teria dado, se a cousa estivesse em poder de seu dono, responderá o commodatario por metade das perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1514.º)

Art. 1518.º O commodatario responde por perdas e damnos, desde o momento em que se acha constituido em mora.

(Vid. nota ao artigo 711.º)

Art. 1519.º O commodatario é obrigado ás despezas, que a conservação da cousa naturalmente exige.

Art. 1520.º Sendo dois ou mais os commodatarios, estarão solidariamente adstrictos ás mesmas obrigações.

Art. 1521.º O commodante é obrigado:

1.º A indemnisar o commodatario das despezas extraordinarias e inevitaveis que elle fizer com a cousa emprestada, sem que por isso o dito commodatario gose do direito de retenção;

2.º A reparar os prejuizos que o commodatario padecer em rasão dos defeitos occultos da cousa emprestada, se o commodante o não preveniu, tendo conhecimento d'esses defeitos.

(Vid. artigo 1532.º) As despezas ordinarias com a conservação da cousa são a cargo do commodatario, como consequencia do uso e do proveito que elle tire d'ella, mas não assim as extraordinarias. No exemplo posto a sustentação do cavallo é da obrigação do commodatario; mas, se o cavallo adoece, que o commodatario faz com elle despezas inevitaveis e imprevistas, são estas de conta do commodante, sem que o commodatario tenha por isso o direito de retenção, como

o mandatario ou o depositario, artigos 1349.º e 1450.º, porque ao contrario d'elles é o commodatario quem tira interesse e o commodante quem soffre com o commodato.

A ordenação porém, no livro IV, titulo LIII § 1.º, dava ao que recebeu a cousa emprestada, e n'ella fez algumas bemfeitorias necessarias necessarias ou proveitosas, o direito de a reter em si até que lhe fosse paga a despeza feita.

Tanto o commodante, como o mutuante, artigo 1532.º, respondem pelos vicios occultos da cousa que elles conheciam e de que não preveniram o commodatario ou mutuario, como se o commodante emprestou um cavallo doente de mormo, e este foi pegar a molestia aos do commodatario, que perceram d'ella; ou se o mutuante emprestou ao mutuario azeite mau que foi estragar o outro, com que este o misturou, etc.

Não ha realmente epitheto bastante ignominioso para qualificar o procedimento do homem que, sob a apparencia de querer obsequiar terceiro, lhe empresta dolosamente uma cousa que póde prejudicar a vida, a saude, ou a fortuna de quem ha de usar d'ella. Se o commodante ou mutuante não conhecia os vicios da cousa não é responsavel, porque n'um contrato de beneficencia não se póde ser responsavel senão pelo dolo.

Se são dois ou mais os commodatarios são solidariamente responsaveis pelas obrigações resultantes do commodato, como se emprestei a minha carruagem a duas pessoas, posso pedir a restituição a qualquer d'ellas, ainda que cada uma se não tenha servido d'ella, senão pela sua parte, ou separadamente, porque a minha intenção foi empresta-la por inteiro a cada uma d'ellas, e tornar cada uma responsavel pela sua restituição.

A lei estabelece n'este caso a solidariedade em proveito do commodante, que faz o favor, contra os commodatarios, que são os favorecidos, pela mesma rasão por que no artigo 1348.º a estabelece em proveito do mandatario contra os mandantes.

Art. 1522.º As acções por perdas e damnos, ou por despezas feitas com a cousa emprestada, prescrevem dentro de um mez, contado desde a entrega da mesma cousa.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

SECÇÃO III

DO MUTUO

Art. 1523.º O mutuario adquire a cousa emprestada, e por sua conta correrá todo o risco, desde o momento em que lhe for entregue.

Art. 1524.º O mutuario é obrigado a restituir a cousa por outra equivalente em numero, quantidade e qualidade, dentro do praso convencionado.

(Vid. nota ao artigo 1507.º)

Art. 1525.º Se não houver declaração ácerca do praso da restituição, observar-se-ha o seguinte.

Art. 1526.º Se o emprestimo for de cereaes ou de quaesquer outros productos ruraes feito a lavrador, presumir-se-ha feito até a seguinte colheita dos fructos ou productos similhantes.

§ unico. A mesma disposição é applicavel aos mutuarios que, apesar de não serem lavradores, recolhem fructos similhantes pela renda de terras proprias.

Art. 1527.º Se o emprestimo for de dinheiro, nunca se presumirá, que fôra feito por menos de trinta dias.

Art. 1528.º Sendo o emprestimo de qualquer outra cousa, o tempo da duração será determinado pela declaração do mutuante.

(Vid. nota ao artigo 1511.º)

Art. 1529.º A restituição do emprestimo far-se-ha no logar convencionado. Na falta da convenção, sendo o mutuo de generos, far-se-ha no logar onde estes tiverem sido recebidos, e, sendo de dinheiro, no domicilio do mutuante.

(Vid. nota ao artigo 739.º)

Art. 1530.º Se não for possivel ao mutuario restituir em especie, satisfará, pagando o valor do mutuo ao tempo do vencimento, e no logar onde o emprestimo tiver sido feito.

(Vid. artigo 2209.º) O valor ou preço da cousa, no caso de não poder ser restituida na mesma quantidade e qualidade, devia regular-se pelo que ella valesse ao *tempo* do vencimento, no *logar* da restituição. Nem o crédor póde aspirar a mais, nem o devedor offerecer menos. A cousa, tanto com relação ao mutuante, como com relação ao mutuario, está representada pelo seu preço no tempo e no logar da restituição.

Pedro tinha emprestado a Paulo no Porto vinte almudes de vinho para lh'os restituir em Lisboa pelo natal. Paulo não póde restituir-lh'os; mas, correndo o vinho em Lisboa n'esta epocha a 1$000 réis o almude, desonera-se da obrigação restituindo-lhe 20$000 réis. Ha de alem d'isso pagar os juros desde a mora, artigo 1533.º

Esta doutrina é rasoavel, e acha-se estabelecida no artigo 1647.º do projecto de codigo civil hespanhol, que é redigido nos seguintes termos: « *Cuando sea imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidade, entregará el deudor su precio regulado por el que tenia la casa prestada en el lugar y tiempo en que deba hazer-se la restitucion, conforme á lo dispuesto en el articulo anterior* ».

Segue a mesma doutrina o codigo civil francez, que no artigo 1943.º diz assim: « *S'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire, il est tenue d'en payer la valeur en égard au temps et au lieu, où la chose devait être rendue d'après la convention. Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le payement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait* ».

É porém outra a doutrina do codigo. O artigo 153.º manda pagar o valor que tiver o objecto do mutuo ao tempo do vencimento, não no logar da restituição, mas no logar *onde o emprestimo tiver sido feito.*

A verdade d'esta doutrina melhor se reconhece, comparando o artigo 1530.º do codigo com o artigo correspondente do projecto primitivo e dos projectos da commissão revisora.

No projecto primitivo estava redigido o artigo correspondente (1592.º) nos seguintes termos: «Se não for possivel ao mutuario restituir em natura, satisfará, pagando o seu valor ao tempo, e no logar em que o emprestimo for feito».

No projecto de 1863, artigo 1560.º, e no de 1864 artigo 1535.º, veiu com a mesma redacção, supprimindo-se apenas duas virgulas, e conservando-se a que estava posta em seguida á palavra *natura*.

No projecto definitivo da commissão revisora, apresentado como proposta de lei pelo govêrno ás côrtes, vinha com a mesma redacção que tem no codigo, faltando-lhe apenas a virgula, que se encontra em seguida á palavra *vencimento*.

É pois evidente em vista da letra do artigo, e da historia da sua redacção, que nos termos do codigo, não podendo o mutuario restituir em especie, ha de pagar o valor, que o objecto do mutuo tiver, na epocha do vencimento, não no logar da restituição, mas no logar da celebração de emprestimo. É desarrazoada esta doutrina, mas é o que está na lei. Na convenção, porém, é licito ás partes estipular em contrario do preceituado no artigo.

Ao mutuario é tambem equiparado o usufructuario, cujo usufructo abrange cousas *fungiveis*, as quaes não podem usufruir-se sem se consumirem, que ha de entregar o valor d'ellas findo o usufructo, se foram *estimadas* no começo do usufructo, porque ha de entregar o valor da estimação, artigo 2209.º

E, se não foram estimadas, poderá o usufructuario fazer a restituição pela entrega de outras do mesmo genero, qualidade ou quantidade, ou do valor d'estas na conjunctura em que findar o usufructo. Tambem o mutuario deve entregar esse valor se as cousas mutuadas lhe foram entregues com avaliação.

Uma só differença estabelece o codigo entre o usufructuario e o mutuario; e vem a ser que este só póde pagar o valor quando lhe não for possivel a restituição em especie, e áquelle é inteiramente livre fazer a restituição em especie ou pagar o valor, quando as cousas não tiverem sido estimadas.

As palavras «*em especie*» empregadas n'este artigo foram substituidas pela commissão de legislação da camara dos deputados a est'outras «*em natureza*» que se achavam no projecto apresentado pelo governo ás côrtes, herdadas ainda do projecto primitivo. A substituição feita, especialmente conservando a linguagem do artigo 1507.º, que faz objecto do commodato as cousas que devem ser restituidas *na mesma especie*, estabelece confusão entre o objecto do mutuo e o do commodato, que só se remove subordinando a significação das palavras á natureza dos principios que regem o assumpto. No commodato restitue-se a *propria cousa* emprestada e não outra, ainda que da mesma especie. Empresto o cavallo A, não posso ser obrigado a receber do commodatario um outro, ainda que da mesma raça e qualidade.

No mutuo restitue-se *outro tanto* em quantidade e qualidade como o que se recebeu. Emprestei vinte almudes de vinho de Bordeaux, devo receber outros vinte almudes da mesma qualidade.

Art. 1531.º A restituição dos emprestimos, feitos em moeda metallica, será regulada pelo modo estabelecido nos artigos 721.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 724.º) Se o emprestimo ou a estipulação em moeda for feito em moeda, peso, ou medida não corrente no paiz da da execução, dispõe o codigo de commercio no artigo 262.º, que seja reduzida a moeda, peso ou medida d'este paiz, por convenção das partes, ou, discordando ellas, a juizo de arbitradores espertos.

Julgâmos applicavel este preceito tambem aos contratos civis, visto o artigo 16.º do codigo civil, e por não ir de encontro ao preceituado no artigo 723.º e seguintes.

Pelo mesmo codigo de commercio, artigo 377.º, se a letra de cambio não póde ser paga na moeda que indica, porque não tem curso legal no reino, a somma da letra será reduzida á moeda nacional pelo curso do cambio da praça mais vizinha do logar do pagamento.

Tambem pelo codigo commercial, artigos 278.º e 378.º, nos emprestimos a dinheiro, sobrevindo augmento ou diminuição antes do embolso, e nos emprestimos em letras de cambio, augmentado ou diminuido o valor politico da moeda por ordem do governo, entre o tempo do saque e o do vencimento da letra de cambio, será regulado o pagamento sobre as bases seguintes: 1.º, a obrigação, que resulta de uma divida pagavel a dinheiro, é sempre da somma numerica annunciada no contrato; 2.º, augmentado ou diminuido o valor das especies antes do pagamento, o devedor deve entregar a somma numerica nas especies correntes ao tempo do pagamento; 3.º, sendo a divida contrahida de certo numero de especies determinadas, o pagamento deve fazer-se n'essas especies.

Segundo o preceituado no referido artigo 378.º, são applicaveis estas mesmas determinações ao caso de acontecer o augmento ou diminuição antes do saque, se o sacador não esteve ao alcance de saber da alteração.

Art. 1532.º O mutuante é responsavel pelos prejuizos que o mutuario tiver, nos termos do artigo 1521.º n.º 2.º

(Vid. nota ao artigo 1521.º)

Art. 1533.º O mutuario é obrigado a pagar juros, desde que se acha constituido em mora.

(Vid. nota aos artigos 711.º e 720.º) Pelo codigo commercial, artigos 273.º e 275.º, tambem o mutuario, não pagando, ou restituindo no tempo estipulado no contrato, fica constituido em mora; e prestado o credito preciuo ou accidentalmente em qualquer contrato mercantil, a estipulação, a mora, o lucro cessante e damno emergente, resultante da privação da cousa emprestada ou fiada, legitimam os juros.

Art. 1534.º O mutuo de quantia excedente a duzentos mil réis só póde ser provado por escripto, assignado pelo proprio mutuario; ou reconhecido como authentico; e se exceder a quatrocentos mil réis, só póde ser provado por escriptura publica.

§ unico. Á prova da quitação é applicavel o que acima fica disposto para a prova do mutuo.

(Vid. nota ao artigo 686.º) Em accordão de 26 de janeiro de 1872, publicado na *Revista da legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 222, julgou com rasão a relação do Porto, que o pagamento de uma

divida de mutuo excedente a 400$000 réis, se prova por escripto particular, passado pelo crédor e reconhecido por este, quando aquelle pagamento e o escripto, que d'elle se passou, teve logar antes do codigo civil, em tempo em que vigorava o artigo 462.º da novissima reforma judicial.

SECÇÃO IV

DO EMPRESTIMO FEITO AOS FILHOS FAMILIAS

Art. 1535.º O emprestimo feito a menor, sem a devida auctorisação, não póde ser exigido, nem do mutuario, nem do fiador, se o houver.

§ unico. Porém se o menor tiver pago a cousa pedida ou parte d'ella, não terá direito de pedir a sua restituição.

(Vid. nota ao artigo 694.º) As rasões d'esta doutrina lêem-se na ordenação, livro IV, titulo L, § 2.º, que diz assim: «E porquanto de se emprestar dinheiro aos mancebos filhos familias se dá azo a o converterem em usos deshonestos, e occasião de serem viciosos, e se póde presumir, que carregados de dividas e apertados por ellas procurem a morte a seus paes ou lh'a desejem: para se isto evitar, mandamos que o que emprestar a algum filho que estiver debaixo do poder de seu pae, quer seja varão, quer femea, perca o direito de o pedir assim a seu pae, como a elle, postoque os ditos filhos familias, a que se fez o dito emprestimo, sáiam do poder de seus paes por morte, casamento ou emancipação. E da mesma maneira se não poderá pedir aos fiadores, que por elles ficaram».

Art. 1536.º A disposição do artigo 1535.º não produzirá effeito:

1.º Se o emprestimo for ratificado por aquelles cuja auctorisação era, aliás, necessaria, ou pelo mutuario, depois da sua emancipação ou maioridade;

2.º Se o menor tiver bens com livre administração, que possam responder pelo emprestimo, até onde os ditos bens chegarem;

3.º Se o dito menor, achando-se ausente das pessoas a quem pertencia auctorisá-lo, se viu obrigado a contrahir o emprestimo para seus alimentos.

(Vid. nota ao artigo 98.º) É eloquente commentario aos n.ºs 1.º, 2.º e 3.º do artigo, o disposto na ordenação, livro IV, titulo L, §§ 3.º e 4.º, que estão redigidos nos seguintes termos:

«§ 3.º Porém, se o tal filho familias estiver em algum logar de mercadorias, ou tiver algum tracto de consentimento e mandado de seu pae, ou sem elle, será obrigado a pagar o que se lhe emprestar. Porque, se por mandado de seu pae está no tal tracto, fica o pae obrigado pelo emprestimo, que ao dito filho se fizer; e se o dito filho negociava sem mandado de seu pae, ficará elle obrigado até onde chegar o seu peculio, e mais não.

«§ 4.º E quando o filho familias está em parte alongada e remota por causa do studo, será o pae obrigado a pagar o que se emprestar ao dito filho para os gastos do estudo, não sendo porém mais que o que o pae lhe costumava dar. E o mesmo será no que se emprestar ao filho familias soldado, que stiver na guerra em parte remota, ou que andar na corte em nosso serviço.»

CAPITULO VII

DOS CONTRATOS ALEATORIOS

Art. 1537.º É contrato aleatorio aquelle, pelo qual uma pessoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam reciprocamente, a prestar ou fazer certa cousa, dado certo facto ou acontecimento futuro incerto.

Art. 1538.º Se a prestação é em todo o caso obrigatoria e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou fazer alguma cousa em retribuição, dado um determinado evento incerto, o contrato aleatorio diz-se de risco ou de seguro.

Art. 1539.º Se a obrigação de fazer ou prestar alguma cousa é commum, e deve necessariamente recair em uma das partes, conforme a alternativa do evento, este contrato aleatorio chama-se jogo ou aposta.

O artigo 1.º do capitulo é a epigraphe dos dois artigos immediatos. Os contratos aleatorios tomam o nome de contratos de risco ou de seguro, e de jogo ou de aposta, segundo a prestação é obrigatoria e certa só para uma das partes, ou para ambas.

Esta distincção é fundamental, porque os contratos de seguro ou de risco são permittidos, ao passo que os de jogo ou aposta são nullos ou prohibidos.

A denominação de contratos *aleatorios* vem da palavra latina «*alea*», que significa todo o jogo de sorte ou fortuna, risco e incerteza.

Estes contratos são por sua natureza bilateraes. Por isso a commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou o seguinte artigo, que no projecto primitivo se achava em seguida ao artigo 1599.º, correspondente ao artigo 1537.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «O contrato aleatorio reveste a natureza de doação condicional, se o estipulante, que deve receber a prestação, não fica sujeito a retribuição alguma, quer se verifique ou não o acontecimento».

A essencia d'estes contratos consiste em que a perda ou lucro das partes depende de um acontecimento incerto, a que ellas se sujeitam; como no contrato de seguro, pelo qual, servindo-nos da definição do codigo commercial, artigo 1672.º, o segurador se obriga para com o segurado mediante um premio a indemnisa-lo de uma perda ou damno, ou da privação de um lucro esperado, que possa soffrer por um evento incerto.

Por exemplo, o negociante que espera um navio de Moçambique com uma carregação de fazendas no valor de 100:000$000 réis contrata com o segurador o pagar-lhe este o valor do navio, se elle se perder no mar, mediante a retribuição de 10 por cento que lhe paga o segurado.

N'estes contratos verdadeiramente só uma das partes se expõe a um risco em proveito da outra, mediante certa quantia que esta lhe dá como premio do risco. Aqui ha certeza para uma das partes e incerteza para a outra. Ha obrigação de ambas as partes, com a differença de que a obrigação do segurado é *certa* e definida, paga 10 por cento do valor das fazendas, ou o navio chegue ou não a porto de salvamento, e a obrigação do segurador é indefinida e incerta; ou recebe a prestação de 10 por cento sem outro incommodo do que o risco a que se sujeitou chegando o navio a porto de salvamento, ou tem que pagar o valor dos 100:000$000 réis, ou menos, se se perdeu toda a carga, ou só parte da carga segura.

N'este caso ambas as partes contrahiram uma obrigação com a formação do contrato, com a unica differença de que a obrigação de uma ficou desde logo definida e certa, e a extensão da obrigação da outra ficou inteiramente dependente de acontecimento fortuito.

Mas tambem ha contratos aleatorios em que a obrigação de todos os pactuantes fica dependente do evento incerto, como nas apostas e no jogo. Por exemplo, Pedro aposta com Paulo o ganhar-lhe 100:000$000 réis se as nossas inscripções estiverem a 50 por cento em 30 de junho de 1873, e perde-los a favor d'elle se as inscripções n'essa epocha estiverem cotadas por preço inferior.

N'este caso não ha obrigação certa e definida para nenhuma das partes. A obrigação tanto de uma como de outra depende de evento incerto.

A incerteza é elemento essencial para a validade dos contratos aleatorios. Se uma das partes tiver já noticia do facto é nullo o contrato por motivo de dolo, nos termos do artigo 663.º, e codigo commercial, artigo 1676.º, como se o segurado foi fazer o seguro quando já sabia que as fazendas se tinham perdido em naufragio.

Porém n'esse mesmo exemplo, se o seguro foi feito ou quando as fazendas estavam perdidas, ou quando salvas, mas estando o segurado e o segurador ambos na boa fé, e na ignorancia a respeito d'estes factos, é valido o contrato, em que a sorte e a incerteza são a sua parte essencial, e em que ha igualdade para ambas as partes, visto que a cousa, assim como podia ter perecido, podia tambem estar já fóra de perigo.

É igualmente para notar que o segurador não indemnisa o segurado senão dos damnos causados por acontecimento incerto, e não imputaveis ao segurado. Se o segurado carregou as fazendas em navios innavegaveis, por exemplo, e por esse motivo ellas se perderam, nenhuma indemnisação póde reclamar do segurador.

O codigo não estabelece regras especiaes para os contratos de risco, comquanto os reconheça e lhes garanta validade juridica, subordina-os ás regras geraes estabelecidas para os outros contratos, salvo se respeitarem a objectos de commercio, porque então são regulados pela legislação commercial.

Art. 1540.º O contrato de risco ou de seguro, que não disser respeito a objectos commerciaes, será regulado pelas regras geraes dos contratos estabelecidas no presente codigo.

Este artigo introduziu uma alteração profunda no direito anterior. Em virtude do disposto no codigo commercial, artigo 204.º n.º 10.º, todos os contratos de seguro, qualquer que fosse *a sua especie*, eram considerados actos commerciaes.

Assim todo o contrato de seguro, quer fosse terrestre, quer maritimo, ou fosse de vidas, ou contra incendios, riscos de mar, etc., era considerado mercantil; e conseguintemente da exclusiva competencia dos tribunaes de commercio todas as acções e questões d'elle emergentes, artigo 206.º do citado codigo commercial.

O codigo civil porém, subordinando ás disposições das leis civis o contrato de risco ou seguro, que não disser respeito a objectos commerciaes, se não derogou completamente o artigo 204.º n.º 10.º do codigo de commercio, limitou todavia a sua disposição aos seguros que disserem respeito a objectos de commercio.

Portanto hoje as questões de seguros pertencem á esphera da jurisprudencia civil ou da jurisprudencia commercial, segundo têem natureza civil, ou dizem respeito a assumptos commerciaes.

Assim o seguro sobre a vida humana ou a respeito da vida humana tem uma natureza puramente civil, e portanto ha de ser regido pelo codigo civil, e as questões d'elle emergentes apreciadas e julgadas nos tribunaes ordinarios; salvo quando feitos por companhias. N'esse caso fica sujeito á jurisdicção commercial, não pela natureza do acto, mas pela qualidade do segurador.

É pena que o codigo não estabelecesse algumas providencias a respeito d'esta especie de seguro, tão frequente, como importante, e a respeito da qual se discute até a sua validade e legitimidade.

Sustentam alguns que as convenções conhecidas pelo nome de *seguros de vidas* não são verdadeiros contratos de seguro; e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que no seguro é o valor do objecto, combinado com as condições do risco, que determina a importancia do premio, e o valor da cousa no momento do sinistro, que determina a quantia da indemnisação; quando nos seguros de vidas é uma quantia a pagar por antecipação, que determina a importancia do premio;

2.º Em que o seguro é um contrato essencialmente de indemnisação, de modo que a cousa não póde ser segura por inteiro em muitas companhias, nem póde ser exigida em caso de sinistro senão uma vez; quando nos seguros de vidas a existencia da mesma pessoa póde ser assegurada ao mesmo tempo por muitos, e no caso de morte podem exigir-se tantas indemnisações quantos forem os seguros;

3.º Em que nos seguros em geral ha só uma pessoa materialmente interessada, ou como proprietario, ou como crédor, que póde segurar a cousa, e nos seguros de vidas uma pessoa póde, sem interesse algum, fazer assegurar a vida de outra;

4.º Em que nos seguros, chegado o caso de indemnisação, tem o segurador o direito de provar a exageração do valor dado pelo segurado; e nos seguros de vidas em caso nenhum o segurador tem similhante direito;

5.º Em que nos seguros ordinarios cada uma das partes tem interesse na conservação da cousa; e nos seguros de vidas uma das partes tem interesse na morte da outra;

6.º Em que nos verdadeiros seguros não ha logar ao pagamento da indemnisação, senão no caso de sinistro; e nos seguros de vidas a velhice ou a morte, que são acontecimentos *necessarios*, e não *sinistros*, determinam a indemnisação.

Quaesquer porém que sejam as considerações theoricas, que possam offerecer-se contra a legitimidade juridica dos seguros de vidas, é certo que elles estão hoje reconhecidos nos habitos e nas leis de todos os povos civilisados.

Art. 1541.° O contrato de jogo não é permittido como meio de adquirir.

Art. 1542.° As dividas de jogo não podem ser pedidas judicialmente, embora se disfarcem com as apparencias de outro qualquer contrato ou novação. Mas se o jogador tiver pago o que perdêra não poderá tornar a pedir o que assim pagou, excepto:

1.° No caso de dolo ou fraude da outra parte, ou quando se der alguma outra circumstancia das que, conforme as regras geraes, obstam a que os contratos produzam effeito;

2.° Se a somma ou cousa tiver sido paga em resultado de perda em jogo de azar.

§ 1.° Diz-se jogo de azar aquelle, em que a perda ou o ganho depende unicamente da sorte e não das combinações do calculo ou da pericia do jogador.

§ 2.° A restituição de dinheiro, emprestado para jogo de azar no acto do mesmo jogo, não póde igualmente ser exigida.

Art. 1543.° As disposições dos artigos antecedentes são applicaveis ás apostas.

O codigo reconhece os contratos de seguro, como meio de adquirir, ou versem sobre objectos commerciaes, ou sobre objectos civis; porém não reconhece como meio de adquirir o jogo nem as apostas. As dividas provenientes de jogo ou de aposta não podem pedir-se, porque têem uma origem torpe, e a torpeza não póde ser causa de pedir.

A lei não permitte o jogo, como meio de adquirir; tolera o jogo, que não for de azar, como mero divertimento, segundo se exprimia o projecto primitivo no artigo 1604.°, correspondente ao artigo 1541.° do codigo. E mesmo o jogo, que não é de azar, não o tolera, senão como divertimento, porque se alguem fizer do jogo modo de vida, é punido, como vadio, codigo penal, artigo 264.°, e póde arriscar-se á interdicção por prodigalidade nos termos do artigo 340.° e seguintes do codigo civil.

O codigo com relação ao jogo de azar leva o seu rigor até ao ponto de dar direito ao jogador, que perdeu, de rehaver de quem lhe ganhou as sommas pagas, e não dá acção ao crédor para repetir que emprestou para jogo de azar no acto mesmo do jogo, porque o reputa cumplice, pelo concurso que lhe prestou, no acto do jogador.

O codigo civil francez e o projecto de codigo civil hespanhol não vão tão longe. Comquanto não déem acção para pedir as dividas do jogo, negam-na tambem para repetir o pago no jogo, ou este seja ou não de azar. Todos porém são concordes em que o jogador, que perdeu em virtude de fraude, ou o jogo seja ou não de azar, póde repetir do auctor da fraude o que em virtude d'ella pagou.

N'este caso não é igual a torpeza dos dois jogadores. É mais grave a do que empregou a fraude, como assignalando as cartas, etc. Até o nosso codigo penal, artigo 269.°, lhe impõe a pena do furto.

As disposições estabelecidas n'este capitulo com relação aos jogadores, applicam-se sem prejuizo das penas criminaes, determinadas no codigo penal, artigos 264.° a 269.°, como expressamente dispunha o projecto primitivo no artigo 1608.°, final d'este capitulo, que a commissão revisora eliminou de certo por desnecessario, por se subentender, como implicita no codigo e nos principios geraes de direito, a sua doutrina.

Tambem o jogador póde pedir o que pagou *quando se der alguma outra circumstancia das que, conforme as regras geraes, obstam a que os contratos produzam effeito*, como se o jogador era menor, interdicto por demencia, etc.

Para que o *jogo* ou *aposta* seja prohibido, é necessario: 1.°, que a obrigação de fazer ou de prestar alguma cousa seja *commum;* 2.°, que essa obrigação tenha de recair necessariamente *em uma das partes*, segundo a alternativa do evento; e por isso parece que pela letra do codigo não são absolutamente prohibidas as loterias, que são de cousa determinada, em poder de alguma pessoa individual ou moral, e que tem de ser entregue a um dos tomadores de bilhetes, representativos do valor da mesma cousa.

Pelo menos na pratica tem continuado, sem reclamação, as loterias, mesmo depois da promulgação do codigo, sem embargo do artigo 5.° da lei de 1 de julho de 1867, que lhe deu sancção.

O projecto primitivo, de harmonia com o artigo 272.° do codigo penal, dispunha no artigo 1607.° o seguinte: «O jogo de loteria poderá comtudo ser permittido pelo governo, mas sómente para fins de beneficencia, ou protecção das bellas artes, ou das letras».

A commissão revisora porém eliminou-o, sem que das actas conste, se o eliminou por superfluo, ou por condemnar a sua doutrina.

Tambem ha possessões portuguezas, como Macau, onde continuam a ser permittidos os jogos publicos, sem embargo de ali dever estar em vigor o codigo civil desde 1 de julho de 1870 por força do disposto no decreto de 18 de novembro de 1869.

O codigo torna applicaveis ás apostas as disposições *antecedentes*, que devem entender-se só as relativas ao *jogo*, ao qual são equiparadas na definição, artigo 1539.°

Portanto não ha duvida de que as dividas provenientes de apostas não podem repetir-se, e de que póde pedir-se o que se pagou no caso de dolo ou de fraude, como se o outro estipulante apostou, sabendo já do evento, ou se empregou meios dolosos para preparar a sua realisação, ou se era menor ou interdicto.

Mas poderá o apostante pedir o que pagou, tendo capacidade para obrigar-se, e não havendo dolo da parte do outro estipulante? Tudo depende da aposta ser classificada ou não como jogo de azar. Se é classificada como jogo de azar póde pedir o que pagou em virtude d'ella, mas já não póde pedi-lo se ella não for considerada como jogo de azar; e o codigo declaração nenhuma faz a este respeito.

O projecto primitivo não fallava de *apostas*. Esta doutrina foi introduzida pela commissão revisora, e o artigo 1543.° tem por fonte o artigo 1702.° do projecto de codigo civil hespanhol, a todos os respeitos mais claro e menos sujeito a duvidas, que o nosso, porque diz: «O disposto nos *dois* artigos anteriores a respeito do jogo é applicavel ás apostas. Reputam-se prohibidas as apostas que têem connexão ou analogia com os jogos prohibidos».

Pelo systema do projecto de codigo civil hespanhol, pois, nenhuma difficuldade havia na applicação do artigo, porque n'aquelle projecto não ha a distincção reconhecida no nosso entre jogo de azar ou de não azar para o effeito de se poder pedir ou não o que se pagou ao jogo.

Em nosso entender póde pedir-se o que se pagou pela *aposta*, porque a aposta é o jogo de azar, e com elle é comparada no referido

projecto, salvo se se der alguma hypothese de aposta, em que a perda ou o ganho não dependa unicamente da sorte, mas das combinações do calculo ou perícia do estipulante, nos termos do artigo 1542.º § 1.º

Se pois a aposta depende só do acaso, e não da arte ou industria do homem, considera-se verdadeiro jogo de azar.

Se tem por base um objecto rasoavel e plausivel, como *actos de força e de destreza*, é sujeita ás regras por que se rege o jogo, que não é de azar.

FIM DO VOLUME III