

**CODIGO CIVIL**

**PORTUGUEZ**

**ANNOTADO**

CODIGO CIVIL

**PORTUGUEZ**

ANNOTADO

POR

**JOSÉ DIAS FERREIRA**

LENTE CATHEDRATICO

DA FACULDADE DE DIREITO NA UNIVERSIDADE DE GOIMBRA  
E MINISTRO D'ESTADO HONORARIO

*Bernardus ... B. ...*

VOLUME IV

*C. 1800 n.º 158*

LISBOA  
IMPrensa NACIONAL

1875

## CAPITULO VIII

### DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

#### SECÇÃO I

##### DA COMPRA E VENDA EM GERAL

Art. 1544.º O contrato de compra e venda é aquelle, em que um dos contrahentes se obriga a entregar certa cousa, e o outro se obriga a pagar por ella certo preço em dinheiro.

Art. 1545.º Se o preço da cousa consistir, parte em dinheiro, e parte em outra cousa, o contrato será de venda, quando a parte em dinheiro for a maior das duas: e será de troca ou escambo, quando essa parte em dinheiro for a de menor valor.

§ unico. Quando os valores das duas partes forem iguaes, presumir-se-ha que o contrato é de venda.

(Vid. artigos 1592.º e 1594.º) É da *essencia* da compra e venda o ser paga em *dinheiro* a cousa vendida: *sine pretio nulla venditio est*, dizia a lei romana; e o codigo de commercio dispõe no artigo 453.º que a compra e venda é o contrato, pelo qual o vendedor se obriga a entregar uma cousa, e o comprador a pagar um preço ajustado e con-vindo.

O contrato não deixa de ser compra e venda, quando se fixou e determinou o preço em dinheiro, aindaque por convenção posterior se pague o preço n'outra cousa, porque para qualificar os contratos ha de attender-se á sua formação.

É da *essencia* da troca, ou *escambo* como dizia a velha ordenação, o dar-se uma cousa, que não seja dinheiro, por outra; e o codigo de commercio no artigo 505.º define troca ou escambo um contrato, pelo qual as partes se obrigam a dar respectivamente uma cousa por outra.

Nenhuma outra differença ha entre a compra e a troca; e por isso são applicaveis á troca, as regras da compra e venda artigo 1594.º emquanto á entrega da cousa, á garantia no caso de evicção, á lesão e vícios redhibitorios: n'uma palavra, em tudo, salvo no que respeita ao preço em dinheiro, que o não ha na troca.

Pelo código de commercio, artigo 511.º, também as regras, estabelecidas acerca do contrato de compra e venda e seus offeitos, procedem no contrato de troca.

Mesmo na troca a apreciação dos valores é feita em regra em dinheiro: assim troco um prédio rustico, que vale 1:000\$000 réis por um edificio que vale 1:000\$000 réis. Porém a essencia da permutação não está no padrão, que serve para se apreciarem os valores, mas na *cousa*, que se dá em troca, que pôde ser tudo menos dinheiro, ou titulos representativos de dinheiro, como letras de cambio, titulos de divida publica, etc.

Reputa-se dinheiro para este effeito os direitos ou papeis de credito, como titulos de divida publica, acções de companhias, letras de cambio, ou titulos de divida particular, de que se faça cedencia no contrato, a titulo de pagamento, ao vendedor.

Comquanto o código só considere como *preço* na compra e venda o dinheiro, é certo que a lei de 29 de junho de 1854 declarou no artigo 1.º, que no caso de ser feito o pagamento em papeis representativos de dinheiro haveria *compra e venda* e não *troca*, postoque as partes dessem ao contrato o nome de troca.

E aindaque a referida lei tinha por fim indicar os casos em que devia pagar-se siza, é certo que não pôde deixar de considerar-se como geral para estes effeitos.

O código commercial também determina no artigo 457.º que a compra e venda pôde celebrar-se parte em dinheiro ou *obrigações* e parte em mercadorias; e as obrigações, que ali se equiparam ao dinheiro, são indubitavelmente titulos representativos de moeda.

A questão — se o preço na compra e venda havia de consistir só em dinheiro, ou podia consistir em qualquer outra *cousa*, foi já muito disputada entre Proculeanos e Sabinianos.

Sustentavam aquelles que o preço na compra e venda só em moeda podia consistir. Seguiam estes a opinião contraria.

Justiniano abraçou a opinião dos Proculeanos, dispondo: *«pretium in numerata pecunia consistere debet»*.

Os contratos de compra e venda dependem só do consentimento, *cousa certa* e preço *certo*, independentemente de tradição, artigos 715.º e 1539.º

Comquanto devam ser *certos* a *cousa* e o preço, pôde também conventionalizar-se que o preço seja o que a *cousa* tiver em tal dia, mercado, ou logar, artigo 1546.º, e ficar a especificação da *cousa* dependente da escolha de qualquer dos estipulantes ou de terceiro, artigo 1547.º

A tradição é que não entra, como elemento constitutivo do contrato. O contrato de compra e venda diz-se perfeito, logoque se converteu na *cousa* e no preço, sem embargo de não se achar entrado a *cousa*, nem pago o preço, como dispõe o código civil no artigo 1539.º, e o código de commercio no artigo 454.º

A troca, do mesmo modo que a venda, opera-se pelo simples consentimento, artigo 1594.º; e tudo o que pôde ser vendido pôde ser objecto de troca, segundo o preceito do artigo 506.º do código de commercio.

Por isso o código, assim como define a compra o contrato em que um dos contraheutes *se obriga*, mostrando claramente que a tradição não é elemento necessario d'este contrato, devia servir-se da mesma linguagem com relação á troca. Em vez de definir a troca, como a define no artigo 1539.º, «o contrato por que *se dá*», devia dizer «o contrato em que os contraheutes *se obrigam a dar*», para evitar equi-

vocos, que felizmente desapparecem em vista da disposição terminante do artigo 715.º, e do artigo 1539.º, que é applicavel á troca por força do disposto no artigo 1531.º

O projecto de código civil hespanhol, artigo 1367.º, do qual foi literalmente traduzido o artigo 1531.º do nosso código, conserva a mesma uniformidade de linguagem com relação á troca, definindo-a no artigo 1469.º «o contrato pelo qual os contraheutes *se obrigam* a dar uma *cousa* por outra».

O código civil francez é que labora no mesmo defeito do nosso, definindo, no artigo 1582.º, venda «o contrato, pelo qual os contraheutes *se obrigam*», e no artigo 1702.º «troca o contrato pelo qual as partes *se dão* reciprocamente uma *cousa* por outra»; e esta incoherencia de redacção é devidamente notada por Rogron nas suas notas áquelle código.

Effectivamente tanto na compra, como na troca, só não ha verdadeiramente contrato, sem estar reduzido a escripto, e sem estar paga a contribuição de registro nos termos da lei de 31 de agosto de 1847 e do regulamento de 30 de junho de 1870, quando o seu objecto são bens immobiliarios, em conformidade do artigo 1591.º

A troca de moeda por moeda, como de ouro por prata, também segue as regras do contrato de troca, porque se permutam especies por especies, e não se dá uma *cousa* por dinheiro.

Muitas vezes nos contratos dá-se por uma *cousa* dinheiro e outra *cousa*, assim dá-se um edificio por um predio rustico, pagando o dono do predio rustico ao do edificio 400\$000 réis, por exemplo, de volta. Nestes casos o contrato ficará sujeito ás regras da compra e venda, ou ás da troca, nos termos do artigo 1545.º; isto é, será venda ou troca, segundo for ou não mais valiosa a porção dada em dinheiro: e em igualdade de valores será venda.

Mesmo nos casos de troca, em que se dá dinheiro para saldo de valores reciprocamente transmitidos, o preço da contribuição de registro tem de ser calculado sobre cada um d'estes valores, como declarou a portaria de 27 de fevereiro de 1869.

Em officio da direcção geral dos proprios nacionaes de 26 de março de 1872, publicado no jornal o *Direito*, n.º 17, 4.º anno, se declara que por despacho do ministro da fazenda, de 18 do mesmo mez e anno, se determinará que para distinguir os contratos de permutação dos de venda, deverá attender-se exclusivamente ao disposto no artigo 1545.º do código civil, considerando se n'esta parte alterada a circular de 28 de outubro de 1864, e que nos contratos de permutação a contribuição de registro é de 3 por cento sobre o valor total dos bens permutados, nos termos dos artigos 6.º e 7.º § 1.º da lei de 30 de junho de 1860, e artigos 5.º e 7.º § 9.º do regulamento de 30 de junho de 1870, devendo a importancia d'aquella percentagem ser paga por ambos os permutantes, na razão de metade por cada um.

Assim, quando o preço da *cousa* consistir, parte em dinheiro e parte em outra *cousa*, e a parte em dinheiro for maior, ou pelo menos igual ao valor da outra *cousa* dada pelo mesmo pactuante, o contrato será considerado de venda.

Portanto, quando no § 9.º do artigo 7.º do citado regulamento de 30 de junho de 1870 se manda acrescentar ao valor dos bens permutados a differença paga a dinheiro, deve entender-se que esta differença em dinheiro é menor que a outra *cousa* que se dá conjunctamente com este, porque, se fosse igual ou maior, a contribuição de registro deveria ser calculada sobre o preço dos bens transmitidos

nos termos do § 4.º do artigo 7.º do mesmo regulamento, considerando-se neste caso o contrato de compra e venda.

Por esta forma acabaram as duvidas que suscitava a redacção do artigo 5.º e § 9.º do artigo 7.º do citado regulamento de 30 de junho de 1870, porque aquelle artigo dispunha que nos contratos de permutantes a contribuição é de 3 por cento para cada um dos permutantes, e no § 9.º do artigo 7.º declarava que, effectuando-se a transmissão por meio de permutação, seria calculada a contribuição sobre o valor total dos bens permutados para ambas as partes contratantes, de modo que podia concluir-se que cada um dos permutantes tinha de pagar 3 por cento sobre a somma dos bens permutados, o que equivaleria a 12 por cento de contribuição.

Felizmente o despacho de 18 de março de 1872, acima referido, fixou a interpretação do regulamento da contribuição de registo n'esta parte.

Não é necessario pagar a contribuição de registo previamente á celebração dos contratos feitos em paiz estrangeiro sobre bens de raiz existentes no reino, bastando para a sua validade que a contribuição seja satisfeita no reino antes da entrega dos bens transmitidos, porque a disposição do artigo 11.º § 1.º da lei de 30 de junho de 1860 é respectiva só aos contratos celebrados no reino, e porque se prescreve nos formulários e mais annexos ao regimento consular de 26 de novembro de 1851, approved pela carta de lei do 1.º de junho de 1853, que nos contratos, que se celebrarem em paizes estrangeiros sobre bens de raiz, existentes no reino, e de que se devam pagar direitos, se faça expressa declaração, de que fica suspenso o vigor d'esses contratos, até que no reino se paguem esses direitos. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 22 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 3.º anno.

Segundo dispõe o código commercial no artigo 455.º a venda pôde ser feita pura e simplesmente, ou debaixo de condição suspensiva ou resolutoria; pôde ter por objecto duas ou mais cousas alternativas; e em todos os casos o seu effecto é regulado pelos principios geraes das convenções.

Art. 1546.º Os estipulantes podem convencionar, que o preço da cousa seja o que ella tiver em certo dia ou em tal mercado ou lugar.

Art. 1547.º Podem tambem os estipulantes convencionar, que a especificação da cousa vendida fique dependente de escolha; bem como, que esta seja feita por qualquer d'elles ou por terceiro.

§ unico. Quando a escolha houver de ser feita por terceiro, e este não quizer ou não poder faze-la, ficará o contrato sem effecto, se outra cousa não for accordada.

A designação do preço não pôde ficar dependente do arbitrio de nenhum dos contraheentes. Mas poderá ficar dependente do arbitrio de terceiro? No artigo 1371.º dispõe o projecto de código civil hespanhol que a fixação do preço não pôde ficar dependente do arbitrio de nenhum dos contraheentes, mas é omisso quanto á especie, — se pôde ou não ficar dependente do arbitrio de terceiro; e o código civil francez, no artigo 1592.º, permite o deixar a designação do preço a arbitrio de terceiro,

O nosso código não contém disposição expressa sobre nenhum d'estes dois pontos. Não decide de modo positivo, se a fixação do preço pôde ou não ficar dependente do arbitrio de algum dos contraheentes, ou de terceiro.

Inferese porém do artigo 1544.º, onde se determina que o preço deve ser certo, e do artigo 1546.º, onde se estabelece que os estipulantes podem convencionar que o preço da cousa será o que ella tiver em certo dia ou em tal mercado ou lugar, que a fixação do preço não pôde ser entregue nem ao arbitrio de qualquer dos contraheentes, nem ao de terceiro.

O nosso código commercial encosta-se tambem á legislação franceza, dispondo no artigo 465.º, que o preço da venda pôde ser incerto, sem que esta materia influa na validade do contrato; que pôde ser deixado ao arbitrio de terceiro por convenção das partes; e que, se o terceiro não pôde ou não quer fazer a avaliação, não ha venda.

Sendo o preço da essencia do contrato, desde que ficou indefinido e indeterminado, faltou um elemento essencial da convenção.

Não é indispensavel que o preço fique desde logo certo e determinado, comtantoque se estabeleçam bases que sirvam para o determinar, basta que se refira « *ad aliquod, ex quo possit certificari* ». Assim vendo o meu vinho pelo preço do primeiro mercado no Porto.

Com relação a cousas fungiveis, trigo, milho, vinho e azeite, é muito frequente o deixar-se a fixação do preço dependente do que ellas tiverem em certo dia, mercado, ou lugar.

Tambem o código de commercio dispõe no artigo 466.º, que, quando em consequencia de compra se faz entrega da cousa vendida, sem pela convenção constar do preço, entende-se feito o contrato pelo preço corrente no dia e lugar da entrega, determinado por arbitadores.

Tambem é preço certo o que consiste em se obrigar o comprador a sustentar o vendedor durante toda a sua vida, porque o preço é certo e ajustado, e, se não está especificamente determinado, pôde todavia ser determinado pela justiça.

A especificação da cousa porém pôde deixar-se ao arbitrio de terceiro, ou de qualquer dos contraheentes. Por exemplo compro 20 metros de terreno na quinta de Pedro: pôde deixar-se ao meu arbitrio, ao de Pedro, ou de terceiro o designar a parte da quinta onde hão de ser escolhidos os 20 metros de terreno.

A cousa em rigor é incerta; mas acha-se comprehendida em cousas certas, e por isso a falta de especificação não importa a falta de cousa certa. Se não houvesse absolutamente cousa certa faltaria um dos elementos essenciaes do contrato.

Se o terceiro não quizer ou não poder fazer a escolha, fica sem effecto o contrato, salvo convenção em contrario, porque não se presume que as partes, tendo designado um individuo certo e determinado para fazer a especificação, vão commettê-la a outro.

No entretanto se por dolo de uma das partes o terceiro deixar de fazer a escolha, poderá a outra parte obrigar aquella a louvar-se n'outra pessoa para fazer a especificação.

Se a escolha ficou dependente de um dos estipulantes, não pôde elle recusar-se á designação.

Mas tambem proferido o arbitrio ou por qualquer dos estipulantes, ou por terceiro, não podem elles rejeitá-lo, a não ser de commun accordo, como dispunha o projecto primitivo no artigo 1611.º, correspondente ao 1547.º do código, que a commissão revisora ainda conservou nas edições de 1863 e de 1864, e que depois eliminou, provavelmente por desnecessario.

Tambem o projecto primitivo no citado artigo 1611.º continha um § que era redigido nos seguintes termos: «O preço de fructos e cereaes vendidos a credito, a pessoas não commerciantes, e para seu consumo, não pôde exceder o mais alto preço que esses generos tiverem na terra desde o acto da entrega até ao fim da seguinte colheita.»

Porém a commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão eliminou aquelle preceito, de certo por contrario á liberdade das convenções.

Julgamos igualmente applicavel ás questões civis o disposto no artigo 464.º do codigo de commercio, em virtude do qual, sendo certa em regra a cousa, objecto do contrato de compra e venda, é todavia licita a compra da cousa incerta e a compra da esperanza.

Art. 1548.º A simples promessa reciproca de compra e venda, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação de cousa, constitue uma mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos geraes dos contratos; com a differença, porém, de que, se houver signal passado, a perda d'elle ou a sua restituição em dobro valerá como compensação de perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 676.º) Pela regra de que, se nenhum dos pactuantes tiver cumprido a convenção, e só um quizer prestar-se a cumpri-la, pôde este demandar o outro, ou só pela execução do contrato ou conveniente indemnisação, ou só pela pena convencional, mas não por ambas as cousas ao mesmo tempo, artigo 676.º; o estipulante que pretende cumprir o contrato de promessa de compra e venda não pôde exigir do outro, que tambem não cumpriu, perdas e damnos e a pena convencional ao mesmo tempo, artigo 1548.º Ha de exigir só a pena convencional, que é o valor do signal, e que se reputa a *verdadeira compensação* de perdas e damnos: n'este caso não se concede a alternativa ao pactuante que quer cumprir pela sua parte.

Se não cumprir o contrato quem deu o signal, *perde-o*; se não cumprir o contrato quem recebeu o signal, *restitue-o em dobro*. Aindaque perdas e damnos não houvesse para nenhuma das partes com a não realisação da venda, ou aindaque, havendo-os, fossem muito maiores ou menores, do que a importancia do *signal*, a lei para o caso de compra e venda, no intuito de evitar liquidações difficeis e dispendiosas, e na presunção de que o *valor* do signal seria considerado por qualquer das partes como sufficiente indemnisação dos prejuizos, resultantes da não realisação do contrato, declara exonerada qualquer das partes, pago que seja o valor do signal.

Assim não é necessario para a perda do *valor* do signal o verificar primeiro se houve ou não perdas e damnos, como á primeira vista poderia deprehender-se da redacção do final do artigo 1548.º O valor do signal é a compensação das perdas e damnos, ou antes a *pena* do não cumprimento da promessa ou da acceitação.

Nos termos do regulamento de 30 de junho de 1870, artigos 85.º e 88.º, só se paga contribuição de 1 por cento pelos contratos de venda condicional, sendo verificada a realidade; e verificado o pagamento da contribuição de registo por titulo oneroso, o respectivo contrato pôde celebrar-se a todo o tempo sem augmento ou diminuição dos impostos já satisfeitos, aindaque subsequentes leis os tenham alterado.

Se porém se não houver passado signal, o comprador arrependido ha de indemnizar o lezado, nos termos dos artigos 676.º, e 705.º a 709.º

Para ser completa a indemnisação, n'este caso, e mister que o pactuante, que se recusou a cumprir pela sua parte o contrato, restitua a cousa ou valor recebido, e pague ao outro contraheute os prejuizos resultantes do não cumprimento da convenção. Assim o vendedor que, depois de feita a promessa de venda a um, vendeu a outro por maior quantia, ha de repór ao lezado este excesso de valor, que pertenceria ao primeiro comprador, se o vendedor lhe tivesse feito boa a venda.

A leitura do artigo 1548.º persuade á primeira vista de que a promessa de venda, nas condições ali prescriptas, longe de constituir só mera convenção de prestação de facto, é verdadeira venda, porque reúne os tres requisitos constitutivos d'este contrato: 1.º consentimento das partes, ou *promessa reciproca*; 2.º, cousa certa, ou *cousa especificada*; 3.º, preço certo, ou preço determinado.

N'este sentido se acha formulado o artigo 1373.º do projecto de codigo civil hespanhol, que diz assim: «A promessa de vender ou comprar, havendo accordo quanto á cousa e quanto ao preço, equivale a um contrato perfeito de compra e venda.»

No mesmo sentido legisla o codigo civil francez no artigo 1589.º, onde se determina que a *promessa de venda* vale venda, quando ha consentimento reciproco das duas partes sobre a cousa e sobre o preço.

E o projecto primitivo no artigo 1612.º, correspondente ao artigo 1548.º do codigo civil, declarava que não constitua contrato de compra e venda, mas uma convenção de prestação de facto, a simples promessa de compra e venda, *sem determinação de preço, ou especificação de cousa*. doutrina esta que ainda foi mantida pela commissão revisora na alteração de 1863, artigo 1577.º, e na de 1864, artigo 1577.º

Mas a final a commissão manteve a mesma conclusao, estabelecendo o principio exactamente opposto.

A simples promessa de compra e venda pois, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação de cousa, importa um contrato *valido*, que se denomina mera convenção de prestação de facto, mas não importa uma *venda valida* sem ser acompanhada de mais alguns requisitos.

Das alterações feitas a final ao artigo pela commissão revisora mostra-se:

1.º Que a simples promessa de compra e venda sem determinação de preço e especificação de cousa, não cria obrigação nem acção; o que é rasoavel vistoque a simples promessa, que eu faço de vender a Paulo um dos meus cavallos, sem dizer qual, e sem determinar o preço, nada significa. Não ha obrigação convencional, que não seja nascida do *accordo* de vontades, o qual não tem logar na compra e venda enquanto não se determina a cousa e o preço:

2.º Que a promessa de venda com determinação de preço e especificação de cousa já forma um contrato, mas não um contrato de *venda*.

Se pois ajusto com Paulo vender-lhe a casa em que vivo por réis 400\$000, responde apenas por perdas e damnos aquelle de nós, que se recusa depois á realisação do contrato.

Mas o que falta para se reputar, n'esta hypotheze, *celebrado o contrato*, de modo que nos termos do artigo 1548.º fique o comprador com direito á cousa, e o vendedor com direito ao preço, e sem possibilidade de arrependimento? Em nosso entender falta a *forma* do contrato, que nos bens *immobiliarios* ha de ser reduzido a escripto, sem o que não subsiste nos termos do artigo 1590.º, e devendo tambem

pagar-se previamente a contribuição de registo, em conformidade do regulamento de 30 de junho de 1870.

Verdade seja que o artigo 1549.º declara que a cousa pertence ao comprador desde o momento em que o contrato é celebrado; mas este artigo deve entender-se em harmonia com o artigo 1590.º, que não reconhece contrato de venda de bens de raiz sem estar reduzido a escripto. O contrato de compra e venda de bens immobiliarios é um dos casos comprehendidos na excepção estatuida no artigo 649.º do codigo.

Emquanto a escriptura não é assignada, não está o contrato perfeito e consummado, como tambem já estava determinado na ordenação, nos casos por ella regulados no livro IV, titulo XIX, e titulo XXVI, § 18.º

Em accordão de 9 de agosto de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 162, julgou a relação do Porto que antes de concluido o titulo de venda com as formalidades legais não está o contrato perfeito e irrevocavel.

A fazenda mesmo só pôde receber devidamente a contribuição de registo respectiva quando o contrato ficou perfeito e acabado. Se não chegou a consummar-se o contrato ha de a fazenda restituir o imposto que porventura tenha recebido.

Em todo o caso as disposições do artigo 1590.º não são applicaveis ás vendas, a que se refere o artigo 1554.º, que não de ser feitas pela forma estabelecida na respectiva legislação de processo.

A commissão revisora na alteração do artigo sancionou apenas a doutrina de que a promessa de compra e venda, sem determinação de preço e especificação de cousa, não formava convenção, nem produzia direito ou acção.

A disposição do artigo 1548.º abrange na sua generalidade todas as vendas, qualquer que seja o seu objecto, mas tem applicação sobretudo aos bens immobiliarios. Ajusto com Paulo a venda de minha casa por 400,000 réis, ainda mesmo que elle entre para a casa, e eu receba o preço, e a contribuição de registo se pagar, o contrato não está consummado sem ser reduzido a escriptura publica. Nem direito tenho de obriga-lo a fazer a escriptura, vista a disposição terminante do artigo 1548.º, que dá o caracter de mera convenção de prestação de facto a este accordo; e o obrigado á prestação do facto, segundo o disposto no artigo 711.º, não pôde ser compellido judicialmente a prestá-lo, mas simplesmente á indemnisação de perdas e damnos.

Talvez a mente do legislador, dispondo que a promessa reciproca de venda, com determinação de preço e especificação de cousa, formava mera convenção de prestação de facto, fosse resolver a duvida que havia pelo nosso direito anterior, lei de 9 de julho de 1849, — se, nos contratos de compra troca de bens immobiliarios de valor excedente a 50,000 réis, a parte que se recusava á realisacão do contrato, depois do ajuste, podia ou não ser compellido judicialmente a fazer escriptura publica, sob pena de ficar servindo como titulo de igual força a sentença que a isso a condemnasse.

A referida lei de 9 de julho de 1849 determinava que os contratos de compra e venda, e troca de bens de raiz, de valor excedente a 50,000 réis, não podessem *fazer prova em juizo senão por escriptura publica*, e foram sempre interpretadas de differente modo pelos tribunaes estas palavras.

Julgavam uns que o contrato naquellas condições era nullo, emquanto não reduzido a escriptura publica, porque a escriptura era da *essencia* do contrato. Julgavam outros, que em vista das palavras

«fazer prova em juizo» a escriptura não era da *essencia* do contrato, mas só necessaria para se provarem os contratos *em juizo*, onde não eram reconhecidos, não constando de escriptura publica. Por esta segunda jurisprudencia a parte, que interessava na realisacão do contrato, demandava a outra para ser condemnada a fazer-lhe escriptura, sob pena de, não a fazendo dentro de um mez depois de ter passado em julgado a sentença condemnatoria, ficar esta servindo de titulo de força igual á escriptura publica.

Ora o codigo, com a disposição do artigo 1548.º, cortou estas questões, e fixou a jurisprudencia no sentido de que na promessa de venda e troca em geral, e portanto de bens immobiliarios, com a simples promessa de venda, acompanhada de determinação de preço e especificação de cousa, ha mera convenção de prestação de facto para o effeito de se exigirem perdas e damnos, e não para o effeito de ser obrigada a parte á realisacão do contrato, mas que não ha contrato de venda e troca, sem que a promessa n'estas condições seja reduzida a escripto, publico ou particular, segundo o valor excede ou não réis 50,000, artigo 1590.º, e paga a contribuição de registo nos termos do citado regulamento de 30 de junho de 1870, quando o objecto da compra ou da troca forem bens immobiliarios.

É tambem o que se colhe do já citado artigo 1373.º do projecto de codigo civil hespanhol, que logo em seguida ás palavras, que acima deixámos transcritas, termina da maneira seguinte: «Porém para ser *valida* deverá estar feita em escriptura publica, se a venda é de bens immoveis.»

Ainda assim já vimos sustentar na imprensa juridica, depois da promulgacão do codigo, que arrependendo-se o vendedor de celebrar a escriptura de venda, pôde o comprador usar da acção alternativa, para o compellar a fazer a escriptura, ou a indemnisa-lo de perdas e damnos. Esta doutrina porém é inadmissivel. Não pôde tentar-se a acção n'estes termos, porque para exigir a celebração da escriptura falta legitima causa de pedir, desde que o codigo declara terminantemente que a simples promessa reciproca de venda, ainda com determinação do preço e especificação da cousa, é uma mera convenção de prestação de facto, que apenas dá direito a indemnisação de perdas e damnos, a qual exclue de certo a obrigação de fazer a escriptura publica.

Por isso é nulla a convenção em que se estipule uma pena para o que se recusar a fazer a escriptura de venda, e não portanto a pena convencional por força do disposto no artigo 673.º do codigo.

A promessa reciproca de venda, acompanhada de determinação de preço e de especificação de cousa, aindaque respeite a bens mobiliarios, constitue tambem mera convenção de prestação de facto, e não verdadeira venda, comquanto tenha os três requisitos: consentimento, preço certo, e cousa certa. Não fica desde logo *celebrado o contrato*, segundo a phrase do artigo 1549.º, aindaque a venda de bens mobiliarios não depende de formalidade alguma especial, artigo 1589.º, porque a disposição do artigo 1548.º é generica, abrangendo, tanto a venda dos bens immobiliarios, como a dos mobiliarios.

No entretanto em face dos principios juridicos não vemos rasão plausivel para applicar ás vendas e trocas de bens mobiliarios o disposto no artigo 1548.º. O que parece é que o legislador quiz estabelecer o principio geral de que a *promessa de venda não vale venda*.

Quanto ao valor do signal, deve o comprador principalmente ter cuidado em não o fixar em pequena quantia; porque, como a parte não pôde exigir a realisacão do contrato, nem indemnisação de per-

das e damnos superior ao valor do signal, quando o houver, o comprador, que pagar a contribuição de registo n'uma venda avultada, e depois encontrar no vendedor recusa em fazer a escriptura, ficará lezado, sem possibilidade de reparação, se o valor do signal, que o vendedor perde, não cobrir todas as despesas já feitas pelo comprador, incluindo as da contribuição de registo.

Tambem a disposição do artigo cortou a velha questão se o dinheiro dado ao tempo do ajuste devia, em caso de duvida, reputar-se mero signal, ou signal e principio de paga, porque no primeiro caso podiam as partes arrepender-se, perdendo o valor do signal, e no segundo caso já o arrependimento não podia ter logar. Hoje todo o dinheiro dado n'estes casos é signal; porque o arrependimento na venda e na troca de bens de raiz é permitido enquanto não se celebra o contrato por escripto.

Em commercio é outra a jurisprudencia. Nos termos do artigo 463.º do codigo commercial a promessa de vender tem força de venda, logo que ha consentimento reciproco de ambas as partes sobre a cousa e preço; e não pôde resilir-se do contrato a titulo de haver-se dado signal, porque em commercio sempre este se entende em principio de paga, salva convenção expressa em contrario.

Na venda de bens mobiliarios, como de vinho e de azeite, ou ha promessa reciproca, com determinação de preço e especificação de cousa, e temos o contrato de prestação de facto, ou apenas o comprador promete ao vendedor vir comprar-lhe o vinho, com fixação ou sem fixação de praso, mas sem determinação de preço e especificação de cousa, e nem ha contrato de venda, nem mera convenção de prestação de facto, de modo que qualquer das partes pôde arrepender-se, sem a pena da perda do valor do signal, se o tiver havido.

A doutrina do artigo 1548.º veio resolver ainda outra questão muito agitada no nosso foro antes da promulgação do codigo civil, e julgada de diferentes maneiras, que é se o que trespassa o lanço, depois de lhe ser entregue o ramo nas arrematações feitas ou perante o thesouro publico ou perante os tribunaes judiciais, tem obrigação de pagar contribuição de registo por este facto, assim como a ha de pagar o aquirente a quem elle alheia o seu direito adquirido pela arrematação.

Em virtude da doutrina do codigo, depois da arrematação, enquanto esta não é reduzida a escripto, nos bens immobiliarios, unicos por cuja transmissão ha contribuição de registo a titulo oneroso, ha apenas promessa reciproca de compra e venda com determinação de preço e especificação de cousa, que constitue mera convenção de prestação de facto, mas que não forma o contrato de compra e venda, enquanto não for reduzida a escripto nos termos das leis.

O arrematante pois não paga a contribuição de registo pela compra, que não estava *ainda effectuada*; nem trespassando o lanço, transfere um direito adquirido em virtude de compra, mas o direito a concluir o contrato de venda. Só é obrigado o cedente a pagar contribuição de registo, e o cessionario tambem, quando é trespassada a propriedade depois de assignado o auto de arrematação, de adjudicação, ou de conciliação.

É o que se infere tambem da lei de 31 de agosto de 1869, que no artigo 5.º diz assim: « Nas transmissões operadas pela venda em hasta publica ou por adjudicação judicial, ou em actos de conciliação, a contribuição será paga dentro de oito dias contados da assignatura do termo de arrematação ou do auto de conciliação ».

§ unico. A cedência ou trespassa da propriedade transmittida por

qualquer das fórmias designadas n'este artigo depois da arrematação, adjudicação ou auto de conciliação, fica sujeita ao pagamento da contribuição de registo. »

No mesmo sentido dispõe o regulamento de 30 de junho de 1870, no artigo 11.º § 1.º

A escriptura de compra e venda em que se passasse quitação do preço recebido, mas sem que se satisfizesse ao pagamento do sello proporcional e correspondente ao valor do preço de que se desse quitação, seria totalmente nulla. vistos os preceitos dos artigos 80.º e 81.º § 1.º do regulamento de 2 de dezembro de 1869, ou só quanto á quitação ?

Decidiam alguns pela nullidade quanto á quitação sómente com os seguintes fundamentos: 1.º, que não sendo o pagamento immediato do preço elemento essencial do contrato, podia a convenção surtir todos os seus effectos, ou na escriptura existisse ou não a declaração ou quitação relativa ao pagamento do preço; 2.º, que não podia ser da mente do legislador sacrificar o acto principal, perfeitamente valido, á nullidade de um acto accessorio e incidente do contrato; 3.º, que sendo a nullidade uma pena gravissima, devia antes entender-se restricta do que ampliativamente.

Esta opinião porém era insustentavel. O regulamento da lei do sello, nos artigos citados, declarava *nullos os papeis* que não tivessem sido sellados nos termos da lei. Portanto o *papel* ou escriptura de venda, sendo nullo, não podia subsistir com relação a nenhum dos factos que consignava, ou fossem accessorios ou principaes. Porém a lei de 2 de abril de 1873 abollu a pena de nullidade pela falta de pagamento do sello devido, e substituiu-a pela de multa.

Art. 1549.º A cousa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contrato é celebrado, bem como, desde esse momento, fica o vendedor com direito a haver do comprador o preço estipulado; mas, em relação a terceiro, a venda, sendo de bens immobiliarios, só produzirá effecto, desde que for registada nos termos declarados no titulo respectivo.

(Vid. notas aos artigos 745.º e 949.º n.º 4.º)

Art. 1550.º O risco da cousa vendida será regulado pelo que fica disposto nos artigos 744.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 744.º)

Art. 1551.º As vendas a contento, ou de cousas que se costumam provar, pesar, medir, ou experimentar antes de serem recebidas, consideram-se sempre como feitas debaixo de condição suspensiva.

(Vid. artigos 1576.º e 1577.º) O risco das cousas vendidas a contento, e das cousas que pela sua natureza costumam ser provadas, pesadas, medidas, ou experimentadas, antes de se receberem, corre por conta do vendedor: o das primeiras enquanto o comprador não se dá por satisfeito; e o das segundas enquanto não são effectivamente provadas, pesadas, medidas, ou experimentadas. Compro um relógio a



*contento* por um mez, todo o risco occorrido durante o mez, que não seja imputavel, é por conta do vendedor; ao contrario do que succedia por direito romano, em que esta clausula se considerava resolutoria, e não suspensiva. É todavia mais racional a doutrina do codigo, porque o consentimento não pôde dizer-se prestado n'aquella hypothese sem ter decorrido o mez de *ensayo* ou *experiencia*.

A regra geral estabelecida no artigo com relação ás cousas que, antes de se receberem, costumam provar-se, medir-se, pesar-se, ou experimentar-se, é absoluta e applicavel, em todas as circumstancias, ou essas cousas sejam compradas em globo, isto é, por partida inteira, ou sejam compradas por conta, peso ou medida?

Pela doutrina do nosso codigo commercial, artigo 458.º, seguida até certo ponto no projecto de codigo civil hespanhol, artigos 1374.º e 1375.º, e no codigo civil francez, artigos 1587.º e 1586.º, as cousas, que costumam ser contadas, pesadas, ou medidas, vendidas a esmo ou por partida inteira, ficam por conta e risco do comprador, ainda que não tenham sido contadas, pesadas, ou medidas, para determinar a quantia do preço. Assim vendo toda a partida de algodão que está no armazem da alfandega, e que veio no navio B, como consta do conhecimento respectivo, e a 240 réis o kilogramma. A perda acontecida depois de effectuada a venda, e mesmo antes de pesada a fazenda para o effeito de determinar o preço, é por conta do comprador.

Porém quando esta doutrina do codigo de commercio não seja admissivel, nos termos do artigo 1551.º, como realmente não é, será ao menos perfeita a venda quando, alem da especificação da cousa em globo, se fixar o preço na totalidade, como, por exemplo, compro a Pedro todo o trigo que elle tem no celeiro da sua quinta por 1.000.000 réis?

A redacção do artigo parece excluir esta hypothese tambem, estabelecendo a regra absoluta de que a venda de cousas que se costumam provar, pesar, medir, ou experimentar, antes de recebidas, se considera sempre como feita debaixo da condição suspensiva. No entretanto como a disposição do artigo não prejudica as convenções ou intenções das partes em contrario, quando claramente manifestadas, cremos que, no caso de se comprar uma partida ou a *totalidade* d'essas cousas por preço certo, e sem sujeição a conta, peso ou medida, fica desde logo perfeita e pura a venda, e que o artigo só tem razão de ser, e é applicavel nos casos em que for condição da venda ou da natureza do objecto vendido o peso, conta, medida, ou experiencia, salva estipulação em contrario.

Podem comprar-se *em rasão* de certo numero, peso, ou medida, não só cousas fungiveis, mas até cousas immoveis, como indica a generalidade do artigo 1574.º, e a sua fonte, os artigos 1617.º a 1620.º do codigo civil francez: assim compro por 100.000 réis a propriedade de Pedro, que tem 1.000 metros a 100 réis o metro.

A primeira obrigação do vendedor, que é expressa no codigo francez, e que se subentende no nosso, apesar do seu silencio, é entregar ao adquirente a quantidade marcada no contrato.

Porém, se na entrega se descobre falta ou excesso consideravel, ficando a apreciação do *consideravel* dependente do arbitrio do juiz, tem o comprador a faculdade, ou de resilir o contrato, ou de exigir a redução do preço ou de supportar o augmento conforme houver falta ou excesso, artigo 1576.º

O vendedor que deu causa ao engano, por não conhecer exactamente a medição do seu terreno, não pôde queixar-se da alternativa concedida ao comprador.

Este, se houver falta, se o terreno medir só 800 metros, por exemplo, em vez de 1.000, pagará só 80.000 réis em vez de 100.000 réis, devendo reduzir-se o preço em proporção da falta, aliás ficaria cada metro ao comprador mais caro do que o ajuste.

Se porém o terreno, longe de medir 1.000 metros, mede 1.200, pagar-lhe-ha 120.000 réis, para não se locupletar com a jactura alheia. Para se verificar a hypothese do artigo 1574.º não basta que no contrato se declare a condição, como se eu comprar a totalidade do predio, que contém 1.000 metros, é preciso que se compre por medida, *verbi gratia*, a 100 réis o metro.

Se porventura o comprador preferir abandonar a convenção, é o vendedor obrigado a resituir-lhe, alem do preço, se o recebeu, as despesas do contrato, artigo 1577.º, visto que o vendedor deu causa á rescisão, não conhecendo, como devia, a medida exacta da cousa vendida.

Art. 1552.º As despesas da escriptura e do registo, havendo-as, ficam a cargo do comprador, na falta de declaração em contrario,

(Vid. nota ao artigo 746.º)

## SECÇÃO II

### DO OBJECTO DA COMPRA E VENDA

Art. 1553.º Podem ser objecto de compra e venda todas as cousas que estão em commercio, e não são exceptuadas por lei ou pelos regulamentos administrativos.

(Vid. nota ao artigo 370.º)

Art. 1554.º Só podem ser vendidos nos casos e pela forma estabelecida na lei:

- 1.º Os bens dos menores e dos interdictos, e quaesquer outros que estejam em administração;
- 2.º Os bens dotaes;
- 3.º Os bens nacionaes, municipaes ou parochiaes, ou de quaesquer estabelecimentos publicos;
- 4.º Os bens penhorados.

1.º (Vid. notas aos artigos 76.º e 267.º a 274.º)

2.º (Vid. nota ao artigo 1149.º)

3.º (Vid. nota ao artigo 35.º)

4.º (Vid. nota ao artigo 949.º)

Cumpre notar que a relação do Porto julgou em accordão de 18 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 5.º anno, que os jazigos de familia estão fóra do commercio, e que por isso não podem ser penhorados, nem vendidos em hasta publica, nem ser objecto de hypotheca legal ou convencional.

Art. 1555.º Ninguem pôde vender senão o que for propriedade sua, ou a que tenha direito; e se vender cousa, que pertença a outrem, será o contrato nullo, e o vendedor res-

ponderá por perdas e danos, tendo procedido com dolo ou má fé.

§ unico. O contrato será, comtudo, revalidado, e ficará o vendedor quite da responsabilidade penal em que tiver incorrido, se antes que se dê a evicção ou accusação, o dito vendedor adquirir por qualquer titulo legitimo a propriedade da cousa vendida.

Por direito romano era valida a venda da cousa alheia, não no sentido de transferir o dominio para o comprador, porque o vendedor não podia transferir mais direitos do que tinha, mas no sentido de que o comprador não podia rescindi-la, quando soubesse que o vendedor não era o verdadeiro proprietario, senão havendo dolo da parte d'este.

Pelo nosso codigo porém o comprador, logoque saiba que o vendedor não é o verdadeiro proprietario, aindaque da parte d'este não tivesse havido dolo, e que o comprador não seja incommodado por terceiro com direito ao predio, pôde requerer immediatamente a rescisão do contrato.

Todavia a nullidade da venda de cousa alheia, como determina o codigo italiano no artigo 1459.º, em caso nenhum pôde ser allegada e opposta pelo vendedor. Alguns têm entendido que a nullidade é absoluta, ou por falta de causa, ou por não estar a cousa no commercio do vendedor. No entretanto não pôde considerar-se radical a nullidade, desde que não ha vicio no consentimento, e que existe a garantia pela evicção.

O comprador pôde intentar a acção de nullidade do contrato, e alem d'isso a de perdas e danos, se o vendedor procedeu de má fé.

Segundo indicam os bons principios juridicos, e se acha estatuido no citado artigo 1459.º do codigo civil italiano, e no artigo 468.º do nosso codigo commercial, o contrato de venda de cousa alheia, alem de nullo, pôde dar logar á acção de indemnisação por perdas e danos contra a vendedor, ignorando o comprador que a cousa era de outrem.

Realmente não pôde admitir-se que o comprador tente a acção de perdas e danos contra o vendedor de má fé, se em má fé estava elle tambem.

O individuo pôde vender, não só a sua propriedade determinada, mas o direito a propriedade indeterminada, como o seu quinhão n'uma successão aberta, e ainda indivisa, porque quinhão em herança de pessoa viva não pôde vende-lo, artigo 1.º.

O vendedor de cousa alheia, comquanto fique isento de responsabilidade por perdas e danos, no caso de não ter procedido com dolo, em caso nenhum fica desobrigado da evicção. Se proceder com dolo fica responsavel, não só pela evicção, mas tambem por perdas e danos, nos termos do artigo 1048.º

Na responsabilidade por perdas e danos vae incluída a responsabilidade penal, que é de prisão por mais de seis mezes, podendo ser aggravada com multa e suspensão dos direitos politicos por dois annos, nos termos do artigo 430.º n.º 1.º do codigo penal.

É comtudo revalidado o contrato, se o vendedor houver a cousa alheia de seu verdadeiro dono por compra ou por doação, ou por qualquer outro meio legitimo, porque esta acquisição sana a nullidade, que é relativa, e não absoluta ou de ordem publica.

Os unicos que podiam intentar a acção eram o verdadeiro proprietario para entrar na posse da sua propriedade, e o comprador para evitar, não só a evicção, mas qualquer procedimento penal por culpabilidade criminosa com o vendedor. Porém, assim que o vendedor se torna proprietario da cousa vendida, desapparece o vicio que a convenção continha em principio, assim como as acções que poderiam nascer d'esse vicio.

Esta revalidação porém, comquanto produza os efeitos de segurar a propriedade ao comprador, e de isentar o vendedor de responsabilidade, não desonera este da responsabilidade civil por quaesquer perdas e danos, que o comprador em consequencia d'aquelle facto tenha supportado.

O vendedor só é isento da responsabilidade criminal, verificando a acquisição antes que se dê a evicção ou a accusação.

Estas palavras dão logar a duvidas, que devem esclarecer-se no sentido mais favoravel ao vendedor pela regra « odiosa restringenda ». Quando se dá a evicção? É logoque se propõe em juizo a respectiva acção, ou só depois que passa em julgado a sentença, que julgou procedente a acção? Parece que só se dá a evicção depois que a sentença transitou em julgado; e que por isso se livra o vendedor da responsabilidade criminal, e fica sem efeito qualquer processo criminal para esse fim instaurado, conseguindo elle a acquisição do predio antes de transitar em julgado a sentença que julga procedente a acção de evicção.

E quando se dá a accusação? No rigor da linguagem da nossa legislação penal, e no processo de querrela, que é o competente, em vista do artigo 4.º 1.º do codigo penal e da lei de 18 de agosto de 1853, para perseguir a quem, fingindo-se senhor de uma cousa alheia, a alienou como propria, começa a accusação, depois de ter transitado em julgado o despacho de pronuncia, com o offercimento do libello accusatorio.

Portanto se o vendedor adquirir o predio antes do libello accusatorio, fica sem efeito o despacho de pronuncia, e annullado todo o procedimento criminal.

O § unico do artigo 1555.º veiu introduzir uma modificação importante no artigo 450.º do codigo penal, que não absolvía o burlão, que tinha vendido cousa alheia, fingindo-se senhor d'ella, pelo facto de a adquirir posteriormente, antes que se julgasse a evicção ou começasse a accusação.

A penalidade pela venda de cousa alheia, quando o objecto da venda forem bens immobiliarios, desapparecerá de todo, logoque se declare obrigatorio o registro do dominio, porque então a propriedade pertence a quem o registro indica como dono, e o adquirente tem no registro provisório do contrato o meio de evitar qualquer logro do transmittente.

Se o comprador sabia que a cousa era alheia, não pôde reclamar o preço, por argumento do disposto no artigo 1051.º n.º 1.º A hypotheca de o testador legar cousa alheia vem regulada nos artigos 1301.º a 1304.º

(Vid. nota ao artigo 1047.º)

Art. 1556.º Não pôde ser objecto de compra e venda o direito a herança de pessoa viva, ainda havendo consentimento d'ella, nem o podem ser os alimentos devidos por direito de familia.

ção, vestuário, instrução e educação; mas que os alimentos provisionaes podiam pedir-se, como antecipação dos ordinarios.

Art. 1557.º A venda de cousa ou de direito litigiosos não é defeza; mas, se o vendedor não declarar, como a cousa vendida é litigiosa, responderá por perdas e damnos, se a dita cousa for evicta, ou se no litigio se provar, que não tinha esse direito.

(Vid. nota ao artigo 785.º)

Art. 1558.º É nulla a venda de cousa que já não existe, ou não póde existir, e o vendedor responderá por perdas e damnos, se tiver procedido com dolo ou má fé.

§ unico. Se, porém, a cousa vendida tiver perecido só em parte, ficará ao arbitrio do comprador desfazer o contrato, ou aceitar a parte restante, reduzindo-se proporcionalmente o preço.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

### SECÇÃO III

#### DAS PESSOAS QUE PODEM COMPRAR, E DAS QUE PODEM VENDER

Art. 1559.º Podem vender todas as pessoas, que não são legalmente inhibidas de dispor de seus bens, ou seja em rasão do seu estado ou da natureza da cousa.

Art. 1560.º Podem comprar todas as pessoas que podem contratar, salvas as seguintes excepções.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 1561.º Não podem comprar bens immobiliarios as associações ou corporações perpetuas, senão nos casos e pela fórma em que por lei lhes é permitido.

(Vid. nota ao artigo 35.º)

Art. 1562.º Não podem ser compradores, nem directamente, nem por interposta pessoa:

1.º Os mandatarios ou procuradores, e os estabelecimentos, quanto aos bens, de cuja venda ou administração se acham encarregados;

2.º Os tutores e os protutores, quanto aos bens dos seus tutelados ou protutelados, durante a tutela ou protutela;

3.º Os testamentarios, quanto aos bens da herança, em quanto durar a testamentaria;

4.º Os funcionarios publicos, quanto aos bens em cuja venda intervem, como taes, quer esses bens sejam nacionaes, municipaes ou parochiaes, quer de menores, de interdictos ou de quaesquer outras pessoas.

(Vid. notas aos artigos 35.º e 244.º n.º 3.º) Em a nota ao artigo 244.º escrevemos nós, que os membros do conselho de familia estavam inhibidos de arrematar os bens dos menores, cuja administração superintendiam. Mas posteriormente julgou a relação do Porto o contrario em accordão de 15 de março de 1870, proferido sobre acção intentada em 1867, e publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 27, dizendo-se na tenção vencedora que não ha disposição alguma, nem no codigo civil, nem na novissima reforma judicial, que inhabita os membros do conselho de familia de arrematar bens de orphãos; que na venda dos bens dos menores em praça não podem ser equiparadas as funcções do tutor, curador, juiz e escrivão ás dos vogaes do conselho de familia, que nenhuma funcção exercem na praça; e que as excepções que restringem os direitos dos cidadãos não podem ser ampliadas, visto o preceito do artigo 11.º do codigo.

Diz o accordão: «Que, não estando os membros do conselho de familia por alguma disposição legal comprehendidos no numero das pessoas, a que a lei expressa e designadamente prohibe, com pena de nullidade, arrematar em hasta publica os bens dos orphãos, nem podendo a elles estender-se por identidade de rasão essa prohibição, sendo entidades diversas das referidas pessoas, a respeito das quaes militam e se dão rasões attendiveis e concludentes para essa prohibição, etc.»

Interpondo-se recurso d'esta decisão para o supremo tribunal de justiça, foi denegada a revista. Parece-nos effectivamente melhor esta jurisprudencia por argumento do n.º 2.º d'este artigo, que inhibe os tutores e os protutores de comprarem os bens dos tutelados, e que não estende aos membros do conselho de familia a mesma prohibição. As excepções não se ampliam fóra dos casos expressos nas leis.

Art. 1563.º Não podem comprar cousa litigiosa os que não podem ser cessionarios, conforme o que fica disposto no § unico do artigo 785.º, excepto no caso de venda de accções hereditarias, sendo os compradores coherdeiros, ou de os compradores possuirem bens hypothecados para segurança do direito litigioso.

(Vid. nota ao artigo 785.º)

Art. 1564.º Não podem comprar nem vender reciprocamente os casados, excepto achando-se judicialmente separados de pessoas e bens.

§ unico. Não será, comtudo, havida como venda prohibida entre casados a cessão ou doação em pagamento, feita pelo conjuge devedor ao seu consorte, por causa de alguma divida legitima.

(Vid. notas aos artigos 1170.º e 1211.º)

Art. 1565.º Não podem vender a filhos, ou netos, os paes ou avós, se os outros filhos ou netos não consentirem na venda.

§ unico. Se algum d'elles recusar o seu consentimento, po-

derá este ser supprido por um conselho de familia, que para esse fim será convocado.

É o nosso direito antigo. Já a ordenação, livro IV, título XII, prohibia a venda a qualquer descendente sem consentimento dos outros descendentes, *para evitar muitos enganosa e demandas, que se causam e podem causar das vendas que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes*, etc.

A troca só a prohibia sem consentimento dos outros descendentes, que houvessem de ser herdeiros do vendedor, *quando ella fosse desigual*. O codigo porém prohibe a venda e a troca nas mesmas condições, sem deixar ao adquirente por troca o direito de a manter, provando que ella não fôr desigual.

O codigo restringe a prohibição só a *filhos e netos*, porque no praso ordinario da vida do homem só em excepção rarissima é que descendentes em grau inferior poderão chegar á idade de contratar, vivos ainda os bisavós.

Mas o codigo não prohibe, como não prohibia o antigo direito, as vendas feitas pelos descendentes aos ascendentes. Nem os motivos para prohibir as vendas feitas pelos ascendentes aos descendentes procedem para prohibir as vendas feitas por estes áquelles; nem aqui milita o principio da reciprocidade, que tem logar na materia de alimentos e de successões.

As restricções não se ampliam. Por esta razão a prohibição, consi-gnada no artigo 1565.º do codigo, não abrange o direito de *remir* concedido aos descendentes do executado pelo artigo 602.º da novissima reforma judicial, e artigo 16.º da lei de 16 de junho de 1855, assim como não é prohibido igual direito concedido n'aquelle artigo ao marido ou á mulher do executado, apesar do disposto no artigo 1564.º do codigo.

O disposto nos artigos 1564.º e 1565.º do codigo não é innovação na nossa jurisprudencia; já existia pelo direito anterior, e coexistia, sem controversia nem discrepancia, com a provisào do citado artigo 602.º da novissima reforma judicial.

Dizem alguns que a prohibição de vender aos filhos e netos não abrange os descendentes por afinidade, como noras e genros, porque a lei que faz excepção ás regras geraes não pôde ser applicada a nenhuns casos que não estejam *especificados* na mesma lei, artigo 11.º, salvo se ainda viver o descendente legitimo com quem o affirm é casado e houver communhão nos adquiridos, porque n'esse caso a venda ao descendente por afinidade é feita tambem ao descendente por parentesco.

Esta opinião é verdadeira. Se o artigo 1565.º não prohibisse expressamente as vendas feitas pelos ascendentes aos descendentes por afinidade vivo o consorte d'estes, prohibia-as o artigo 1567.º, que considera interposta pessoa o consorte do inibido; e portanto, vivo o consorte por parentesco, não pôde comprar o consorte por afinidade, qualquer que seja o regimen matrimonial.

A dação em pagamento, feita pelos ascendentes aos descendentes, esta no mesmo caso, e sujeita ás mesmas regras da compra e venda. Todavia diz-se na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4516, que em sentido contrario á nossa opinião fôr decidida esta hypothese por um juiz de primeira instancia, sendo confirmada a sentença pela rel. ... e denegada a revista pelo supremo tribunal de justiça; e o artigo 1564.º presta effectivamente grande argumento para se sustentar esta jurisprudencia

dos tribunaes, porque, prohibindo a venda e a troca entre casados, permite-lhes todavia a cessão e a dação em casamento.

Tambem já se discutiu na imprensa juridica se deviam reputar-se prohibidos os emprestimos feitos pelos descendentes aos ascendentes, assim como são nullas as vendas e trocas feitas por estes áquelles, para evitar que os ascendentes simulassem emprestimos recebidos dos descendentes, por quem tivessem mais predilecção, e assim deixassem a sua herança a uns com prejuizo dos outros.

A verdade é que alguns doutores, e nomeadamente Lobão, julgavam comprehendido na ordenação, livro IV, título XII, tambem o caso dos emprestimos feitos pelos descendentes aos ascendentes, para se evitarem os conluio e fraudes, que a citada ordenação quiz acaulelar.

Porém nem a ordenação, nem o codigo civil, se prestam a abranger mais um caso, que foi inventado simplesmente pelos doutores, e de que a lei não cogitou. A lei preveniu os casos de abuso mais geraes, e esses verificam-se na compra e venda. Para obstar ou remediar os casos dos emprestimos simulados têm os lesados apenas a faculdade de usar do direito reconhecido no artigo 1031.º e seguintes do codigo.

E não são raros os casos de os herdeiros legitimarios impugnarem as dividas estafadas pelo ascendente em testamento, aindaque o credor seja um estranho.

Assim como são prohibidas as vendas e trocas feitas pelos ascendentes aos descendentes, se-lo-hão tambem as hypothecas? Evidentemente, porque só pôde hypothecar quem pôde alienar, artigo 894.º No entretanto é obrigação do conservador tomar o registo de transmissões e hypothecas feitas pelos ascendentes aos descendentes, sempre que dos proprios documentos apresentados a registo não conste a existencia de outros descendentes, igualmente herdeiros do alheador, porque elles não podem recusar o registo por nullidade ou illegalidade do titulo, senão quando essa nullidade ou illegalidade for *manifesta*, artigo 981.º, isto é quando a evidencia da nullidade ou illegalidade constar do proprio documento apresentado ao registo, nota ao citado artigo.

No caso de opposição dos outros descendentes á venda, troca ou hypotheca, é o consentimento d'elles supprido, não pelo juiz, mas por um conselho de familia, para este fim especial convocado, aindaque os herdeiros oppoentes sejam todos maiores. O conselho de familia, antes de formular a sua deliberação, deve ouvir todos os interessados e proceder a quaesquer informações e averiguações.

Aindaque não haja opposição á hypotheca ou a transmissão, se algum dos herdeiros do alheador for menor, ha de reunir-se o conselho de familia para auctorisar a hypotheca ou a transmissão por parte d'elle.

Supponhamos porém que se realisa uma transmissão feita por um ascendente a favor de um descendente, sem consentimento dos outros descendentes, que são igualmente seus herdeiros, nem supprimento d'este consentimento pelo conselho de familia quaes são os effectos da nullidade da transmissão? O codigo é omisso a este respeito. Julgamos porém reconhecido pelos principios geraes de direito, e até certo ponto justificado pelas disposições do codigo, o seguinte preceito da citada ordenação: «E fazendo a tal venda, ou troca, sem consentimento dos filhos, ou sem nossa expressa licença, será nenhuma e de nenhum effeito. E por morte do vendedor, a coisa, que assim for vendida, ou trocada, será partida entre os seus descendentes, que seus herdeiros forem, como que estivera em poder do vendedor, e fôr sua ao tempo de sua morte, sem por isso pagarem preço algum ao que a comprou».

Entendemos que ainda hoje a nullidade d'estas transmissões pode ser julgada no juizo do inventario, sem ser necessario recorrer a acção ordinaria de nullidade; e que o adquirente não tem direito a reembolsar o preço por que se presume fraudulento o contrato.

Art. 1566.º Não podem os com-proprietarios de cousa indivisivel vender a estranhos a sua respectiva parte, se o consorte a quizer tanto por tanto. O com-proprietario, a quem não se der conhecimento da venda, póde, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, comtantoque o requereira no praso de seis mezes.

§ unico. Se forem muitos os com-proprietarios, preferirá o que tiver maior parte. Se as partes forem iguaes, haverão todos os consortes, ou os que a quizerem, a parte vendida, feito previamente o deposito do preço.

(Vid. artigos 1598.º 1669.º n.º 2.º, 1678.º, 1680.º a 1683.º, 1703.º, 1704.º, 1708.º, 2176.º, 2177.º, 2191.º e 2195.º) N'estes artigos, que vamos analysar conjuntamente, encontramos substituidas as palavras «opção» e «optar», que se usavam no direito velho com respeito á venda dos predios emprazados, pelas palavras «preferencia» e «preferir», em resultado de decisão tomada pela commissão revisora em sessão de 14 de março de 1851.

Na velha legislação era rigorosa a phrase «direito de opção», visto que este direito só se usava na venda dos predios emprazados, onde o sujeito respectivo tinha a *optar* ou *escolher* entre a aquisição e o laudemio. Como porém aquelle direito, pelas provisões do código, se estendeu a outros actos juridicos, em que ao sujeito do direito não é licito optar entre duas cousas, mas unicamente declarar se quer ou não adquirir, foi substituida a palavra «opção» pela palavra «preferencia».

Sendo possuida por dois ou mais com-proprietarios uma cousa em commum, *pro indiviso*, por exemplo, um edificio, uma fabrica, etc., cada um tem sobre o seu quinhão um direito tão favorecido como qualquer proprietario de cousa determinada e individual, artigo 2176.º Não póde porém dispor de *determinada parte* da cousa commum sem que esta lhe seja assignada em partilha; e o direito, que tenha á venda da sua parte, póde ser limitado em favor dos com-proprietarios, artigo 2177.º

A lei tomou todas as providencias e estabeleceram todas as disposições necessarias para que a propriedade em commum e a propriedade imperfeita podessem tornar-se, ou approximar-se, quanto possivel, da propriedade singular e perfeita, que é o estado normal e regular da propriedade. Por este pensamento, que dominou o legislador, se applica a obrigação, que elle impoz ao proprietario de cousa indivisivel, de preferir na venda o consorte; e ao senhorio directo, emphyteuta, subemphyteuta, censuista e censuario, a de se preferirem reciprocamente na venda dos seus respectivos direitos.

É preciso desenvolver conjuntamente todas estas materias, para completa-las e entende-las umas pelas outras.

1.º O direito de preferencia não tem logar nas transmissões a titulo gratuito, nem mesmo nas trocas, mas unicamente nas dações em pagamento, e nas vendas, ou judiciaes, ou extrajudiciaes.

Este principio, que é de inteira exactidão na emphyteuse, artigos 1678.º, 1704.º e 1683.º, carece de algumas explicações na venda de cousa indivisivel, nas subemphyteuses e nos censos. O direito de preferencia tem logar, quanto á emphyteuse, artigo 1678.º, subemphyteuse, artigo 1704.º, censos, artigo 1708.º, e quinhões, artigo 2195.º; tanto nas vendas, como nas dações em pagamento.

Quanto aos com-proprietarios de cousa indivisivel, obriga-os a lei a preferir o consorte tanto por tanto no caso de venda, sem se referir á dação em pagamento, omissão que mal póde attribuir-se a esquecimento, quando o código, relativamente ás emphyteuses, subemphyteuses, censos e quinhões, se refere muito positiva e distinctamente a ambas as cousas: *vendas e dações em pagamento*.

E tanto no artigo 1678.º, como nos artigos 1703.º e 2195.º, usa o código uma e muitas vezes das palavras «preferir» e «dar em pagamento», guardando pelo contrario no artigo 1704.º absoluto silencio a respeito da dação em pagamento.

Ainda assim julgámos comprehendido no artigo 1566.º o caso de verdadeira venda, reunindo todos os requisitos essenciaes d'este contrato—consentimento, preço certo e cousa certa—, mas ainda e por analogia do disposto sobre tudo nos quinhões, artigo 2195.º

Já vimos sustentar na imprensa juridica que o artigo 1678.º § 1.º, concedendo ao foreiro o direito de preferencia, é contrario á carta constitucional, que no artigo 145.º § 21.º, garante o direito de propriedade, sem outra restricção que não seja a exigida pelo bem publico, legalmente verificado; que o código só podia referir-se ao direito de propriedade regulado pela legislação vigente ao tempo da sua publicação, e que por esse direito não era permitido ao foreiro o direito de preferir.

Contraria porém ou não á carta a disposição referida, o que nos não importa averiguar n'este assumpto, é certo que ella é tão obrigatoria, como qualquer outra provisão legal, porque entre nós não podem os tribunaes recusar-se ao cumprimento de leis votadas em côrtes ordinarias com o fundamento de que ellas se oppõem á constituição do estado.

2.º O processo a que é obrigado o vendedor para se realizar o direito de preferencia acha-se determinado no artigo 1678.º com relação ao senhorio, emphyteuta, subemphyteuta, censuista e quinhoeiro, como se mostra dos artigos 1678.º, 1704.º, 1708.º e 2195.º; mas com relação ao consorte de cousa indivisivel nem uma só providencia estabelece o código, nem no artigo 1566.º, nem n'outro qualquer.

Falla da obrigação que tem o vendedor de *dar conhecimento da venda* ao com-proprietario, obrigação subentendida desde que o consorte tem direito de ser preferido tanto por tanto; mas não determina nem o periodo, nem a fórma de dar-lhe conhecimento da venda, como aliás determina o artigo 1678.º e outros com relação ás emphyteuses, subemphyteuses, censos e quinhões.

Deve porém applicar-se, por analogia, ao aviso que é obrigado a fazer ao respectivo com-proprietario o consorte, que quer vender a sua parte, o processo estabelecido no artigo 1678.º para avisar de venda quem tem o direito de preferencia.

O processo estabelecido no artigo 1678.º para se dar conhecimento da venda reduz-se a um simples *aviso*, em que se declara o preço definitivo offerecido, ou o preço por que se pretende alienar, não podendo o proprietario *deser* do preço declarado *no aviso*, sem de novo dar

conhecimento da modificação, feita no preço, ao que tem o direito de preferencia.

Não carece de ser *judicial* o aviso, nem mesmo de ser formulado por escripto.

É todavia necessario que seja feito o aviso, pelo menos diante de duas testemunhas, nos termos do artigo 711.º § 4.º, para o interessado poder depois provar que não faltou aquella solemnidade, aliás essencial, para a validade da venda.

É o mais prudente, desde que o vendedor não se accorda amigavelmente sobre a prestação do consentimento para a venda, com o que tem o direito de preferencia, é fazer o aviso judicialmente.

Se o individuo a quem pertence o direito de preferencia é menor, ou está impedido de reger a sua pessoa e bens, deve o vendedor avisar o seu legitimo representante.

Se o foreiro vender a propriedade sem auctorisação do senhorio, desde logo este adquire o direito de usar da preferencia, que lhe confere o artigo 1681.º

Aindaque o vendedor e o comprador façam posteriormente alguma conciliação ou escriptura, em que desfaçam a venda, e declarem insubsistente a preferencia por falta de transmissão effectiva, não podem prejudicar o direito, que o senhorio adquiriu pelo primeiro contrato. Neste sentido decidiu a relação do Porto em accordo de 2 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 180, julgando procedente e provada a acção, cuja conclusão era formulada nos seguintes termos: « Nestes termos devem os réus ser condemnados a fazer a escriptura da venda referida ao auctor pelo preço por que os réus vendedores a tinham feito aos réus compradores, e a entregarem a propriedade ao auctor, ficando nullas e sem effeito tanto a escriptura de compra, como a conciliação e escriptura que a ratificou ».

A conclusão do libello estaria mais regularmente deduzida, se fosse formulada no sentido de que a sentença ficasse servindo de titulo no caso de os réus se recusarem a fazer escriptura, porque sem o julgamento d'esta clausula, no caso d'elles se recusarem a fazer a escriptura, sendo a acção julgada nos termos do pedido, o auctor só poderia exigir d'elles perdas e damnos, nos termos do artigo 712.º, mas não haver á mão a propriedade.

Era até absolutamente escusado pedir que os réus fossem condemnados a fazer escriptura. Bastava que a sentença declarasse nulla a transmissão a favor dos réus, e que a propriedade devia pertencer ao auctor, para este com a respectiva carta de sentença se investir na posse da propriedade, sem necessidade de titulo algum emanado dos réus.

O sujeito do direito de preferencia, querendo usar d'elle, deve preferir, e pagar dentro de trinta dias, desde o aviso. O seu silencio, ou qualquer procedimento fóra das condições prescriptas, isto é, que não seja *preferir e pagar*, dentro de trinta dias, auctorisa a venda a terceiro, sem que elle possa fazer valer outro direito, que não seja o de laudemio, se houver logar a elle, como compensação do não uso do direito de preferencia.

Neste sentido julgou a relação de Lisboa em accordo de 15 de janeiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 16, 5.º anno, decidindo que o senhorio, depois de avisado pelo emphyteuta para preferir, devia usar do seu direito dentro do prazo improrogavel de trinta dias, sem que obstassem ao decurso do tempo quaesquer duvidas sobre a legalidade da venda, e do direito do vendedor, e que

nem é admissivel a declaração do senhorio de que usará do seu direito, logoque se apresente pessoa, que prove estar na posse legal do dominio util, adiando assim o exercicio do direito de optar para depois de se verificar uma condição, que não era expressa no contrato.

Para o computo dos trinta dias não entra o dia da venda, em que se fez o aviso, por argumento da ordenação, livro III, titulo XIII, cuja observancia foi suscitada pela lei de 16 de junho de 1855, artigo 30.º Se o aviso for judicial, não só não se conta o dia, em que se fez o aviso, mas nem o ultimo dia do prazo, se este for feriado, porque n'este caso o ultimo dia do prazo será o primeiro dia util depois do dia ou dias feriados.

Por occasião de se examinar no seio da commissão revisora o artigo 1786.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1681.º do codigo, em sessão de 12 de maio de 1862, propoz o sr. Ferreira Lima: 1.º, que se estabelecesse alguma providencia tendente a evitar que o senhorio ou o foreiro fossem fraudados no seu direito de preferencia; 2.º, que se declarasse expressamente que, depois de prevenido o senhorio ou o emphyteuta para fazer uso do direito de preferencia, não podia ser retirada a proposta de opção no prazo marcado no mesmo artigo.

Emquanto á primeira proposta deliberou a commissão que, para evitar esta fraude, bastavam as regras geraes sobre a nullidade dos contratos, em que a fraude intervem.

Quanto á segunda julgou-a tambem desnecessaria pelo mesmo motivo, vistas as regras geraes sobre contratos.

A commissão revisora porém só com o silencio não resolveu as duas difficuldades.

Quanto á primeira ficámos sem saber, se havendo fraude no preço da venda, é apenas nulla a alienação, ou se o sujeito do direito de preferencia poderá haver a cousa, pagando o preço real e verdadeiro que ella custava, conquanto achemos mais razoavel e mais conforme aos principios esta ultima jurisprudencia.

Quanto á segunda, postoque o contrato fique em regra perfeito pela acceitação da proposta, pôde esta ser retirada ainda depois de declarada a preferencia, e emquanto o contrato não está reduzido a escriptura publica ou particular, nos termos do artigo 1590.º, porque na venda de bens de raiz, alem da acceitação da proposta, exige-se para a *perfeição* do contrato, que a convenção seja reduzida a escripto.

O sujeito do direito de preferencia poderá obrigar por perdas e damnos o proponente, que retirou a proposta depois de acceita, mas não pôde obriga-lo a reduzir a escripto o contrato, porque nenhum artigo do codigo lh'o faculta.

O codigo ampliou, e com justa razão, o direito de preferir alem do que se achava estabelecido na velha ordenação. Pela antiga legislação, não tinham direito de preferir nem o com-proprietario com relação á cousa indivisivel, nem o emphyteuta, nem o subemphyteuta, nem o censuario, nem o censuista com relação aos direitos em que têm propriedade imperfeita.

Pela legislação anterior ao codigo o direito de preferencia só se usava nos aforamentos, e a favor unicamente dos senhorios.

O projecto primitivo conservava ainda a mesma doutrina que foi emendada pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão».

O artigo 1783.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo

1878.º do código, era redigido nos seguintes termos: «Se o foreiro quizer vender ou dar em pagamento o predio aforado, deverá prevenir o senhorio, declarando-lhe o preço definitivo que lhe é offerecido, ou por que entende aliena-lo; e, se dentro de trinta dias o senhorio não optar e pagar, poderá o foreiro aliena-lo livremente.

§ unico. Optando e pagando o senhorio, fica extincto o emphyteuta.

A exclusão do foreiro do direito de preferir, e o privilegio da opção só a favor do senhorio, eram ainda vestígios das antigas idéas feudaes, e do velho direito de vassallagem.

Entendia-se que o aforamento era um *beneficio* feito ao foreiro pelo senhorio, e que portanto o foreiro não devia ter direitos iguaes a elle. Talvez até se julgasse que seria uma *degradação* para o senhorio o abater-se a ponto de offerecer tanto por tanto o seu direito ao foreiro.

Porém, como o direito de preferencia não tem hoje por fundamento nenhum genero de reconhecimento ou de vassallagem para com aquelle a favor de quem se acha estabelecido, mas sim a necessidade de estabelecer a liberdade da terra, e de garantir o direito de propriedade perfeita, reunindo os direitos desmembrados, concede-se a alguns dos que têm a propriedade imperfecta, e não a todos, mas só aquelles que gosam de algum direito predial n'essa propriedade imperfecta, o serem preferidos na venda ou na dação em pagamento, para assim se promover quanto possível a realisação da propriedade perfeita.

Por isso o artigo 1678.º amplia este direito, que a lei antiga só permitia ao senhorio, ao foreiro tambem, visto que nem a sciencia nem o direito admittem a distincção da velha ordem. Pedro, por exemplo, é senhor de um predio, que paga 100 medidas de trigo a Paulo: tanto se consolidam os dois direitos, e formam propriedade perfeita, sendo preferido Paulo na venda que Pedro fizer do predio, como sendo preferido Pedro na venda que Paulo fizer do dominio das 100 medidas de trigo.

O direito de remir, que pelas leis anteriores ao código já se permitia aos emphyteutas e subemphyteutas, censuarios e quinhoeiros de bens vendidos perante o thesouro publico, estabelecido até com relação aos bens pertencentes ás corporações e estabelecimentos publicos nas leis de 4 de abril de 1861 e de 22 de junho de 1866, e ainda confirmado pela ultima lei de desamortisação de 28 de agosto de 1869, era já o reconhecimento a favor d'estas pessoas do direito de preferencia, e ainda mais do que isso, porque sendo dispensados da praça, não eram obrigados a pagar tanto por tanto, podendo ficar com os respectivos direitos por preço inferior ao que outrem daria.

Como na subemphyteuse ha a considerar tres direitos *distinctos*, o do senhorio, o do emphyteuta, e o do subemphyteuta, e todos tenham o direito de remir, era preciso regular tambem a preferencia do direito n'este caso de collisão; e o código regula-o até certo ponto em varios artigos.

Pedro é subemphyteuta de um predio, pelo qual paga de pensão emphyteutica a Paulo 100 medidas de trigo, pagando este ao senhorio directo Martinho 50 medidas: se Pedro quizer vender o predio, assim como se Paulo quizer vender o dominio emphyteutico, o principio a usar do direito de preferencia é o senhorio directo, artigo 1703.º; a quem o sub-emphyteuta ou o emphyteuta devem participar o facto da venda. Decorridos os trinta dias sem elle preferir, deve ser signficado o facto da venda pelo mesmo modo ao emphyteuta ou subemphyteuta, segundo se tratar de vender o dominio subemphyteutico ou o dominio emphyteutico.

Se o vendedor não quizer ou não poder esperar tanto tempo pôde fazer o aviso ao mesmo tempo a todos aquelles a quem a lei concede o direito de preferencia, prevalecendo a final em collisão o direito do que for mais favorecido pelas leis, se preferir e pagar dentro de trinta dias.

A regra geral é que o senhorio directo em collisão ou com o emphyteuta ou com o subemphyteuta prefere sempre tanto a um como ao outro.

Em concurso entre o emphyteuta e o subemphyteuta dá o código com justa razão a preferencia ao subemphyteuta, como para o direito de remir os fóros pertencentes ás corporações e estabelecimentos comprehendidos nas leis da desamortisação th'a dera a lei de 22 de junho de 1866, ainda confirmada pela de 28 de agosto de 1869.

Effectivamente, tomando-se por base do direito de preferencia a conveniencia de libertar a terra e de favorecer o predomínio da propriedade perfeita sobre a imperfecta, deveria pertencer a preferencia sempre ao subemphyteuta em concurso com o emphyteuta ou com o senhorio directo. No exemplo acima posto o direito de preferir concedido ao subemphyteuta ou na venda do dominio directo, ou na venda do dominio emphyteutico reduzia o encargo do predio a metade, isto é, a cincoenta medidas. Se o exercicio d'este direito não libertava completamente a terra, era todavia um passo mais, dado para a sua liberdade. Menor ficava sendo o encargo que pesava sobre o possuidor do predio, pagando cincoenta, do que pagando cem medidas.

A preferencia dada n'este caso ao senhorio directo em concurso com o subemphyteuta na venda do dominio emphyteutico é que não tem explicação plausível em face dos principios que regem e determinam o direito de opção. A preferencia concedida ao senhorio directo no exemplo posto em nada atenua os encargos da terra. O possuidor do predio continua a ficar sujeito ao mesmo encargo das cem medidas de trigo depois da opção feita pelo senhorio.

O subemphyteuta devia ser preferido sempre, e em todos os casos, tanto ao senhorio directo, como ao emphyteuta, em concurso com qualquer d'elles. Dado o concurso entre o emphyteuta e o senhorio directo na venda do predio subemphyteutico deveria pela mesma razão ser preferido sempre o emphyteuta ao senhorio, porque mais diminuído ficava o encargo sobre o predio.

No exemplo dado, concedendo-se o direito de opção, no caso de venda da subemphyteuse, ao emphyteuta de preferencia ao senhorio, e usando este do direito de opção, ficava d'ahi em diante o predio sujeito ao encargo de cincoenta e não ao de cem medidas.

Partindo pois do principio de que o direito de preferencia é justificado pela conveniencia de libertar a terra, e de que a pensão emphyteutica é sempre superior á do dominio directo, aliás o emphyteuta teria largado o dominio emphyteutico, nós preferiríamos em todos os casos o subemphyteuta ao emphyteuta e ao senhorio directo, e o emphyteuta ao senhorio directo.

A preferencia que o código dá em todos os casos ao senhorio directo da-la-íamos nós ao subemphyteuta, e em concurso entre o senhorio directo e o emphyteuta da-la-íamos a este pelas razões expostas.

No caso de haver subemphyteuse de subemphyteuse, como ha effectivamente, aindaque em rarissimos casos, em que termos ha de exercitar-se o direito de preferencia? Devem observar-se por analogia as disposições estabelecidas nos artigos 1703.º e 1704.º Por exemplo, Pedro aforou a Paulo por vinte e cinco medidas de trigo, Paulo

aforou a Martinho por cincoenta, e Martinho a Sancho por cem: é Pedro senhorio directo, Sancho o subemphyteuta, Paulo e Martinho emphyteutas, que denominaremos emphyteutas em primeiro e em segundo grau.

Pelo systema do codigo na venda de qualquer dominio emphyteutico ou da subemphyteuse a preferencia é sempre do senhorio. Se o senhorio não quizer preferir na venda da subemphyteuse, o subemphyteuta deve participar a venda ao primeiro emphyteuta, Paulo, e não querendo este tambem preferir deve participa-la ao segundo emphyteuta, Martinho; visto que o primeiro emphyteuta está para com o subemphyteuta na razão de senhorio.

Querendo Paulo vender o seu dominio emphyteutico deverá participa-lo ao senhorio directo, e, não querendo este usar do direito de preferencia ao subemphyteuta, e não querendo este tambem usar do direito de opção, ao outro emphyteuta Martinho.

Se Martinho quizer vender o seu dominio emphyteutico deve participa-lo ao senhorio directo, e, não querendo este usar do direito de preferencia, ao subemphyteuta, e não querendo este tambem usar d'esse direito ao outro emphyteuta Paulo.

Este mesmo processo deve seguir-se, qualquer que seja o numero de graus de aforamento, e qualquer que seja o numero de emphyteutas intermediarios entre o senhorio directo e o subemphyteuta ou possuidor do predio. No concurso entre emphyteutas *sómente* pede a boa razão no systema do codigo que se prefira sempre o do primeiro grau ao do segundo, e assim successivamente, comquanto pelo nosso systema *de jure constituendo* devesse observar-se a ordem inversa.

As pessoas a quem a lei concede o direito de preferencia gosam d'elle, ainda mesmo que tivessem havido a sua propriedade de corporações de mão morta, ás quaes aliás não era licito usar d'esse direito. As leis de 4 de julho de 1763 e de 1776, cujo principio foi novamente confirmado na lei de 22 de junho de 1866, artigo 10.º, e está tambem adoptado no codigo civil, artigo 1679.º, prohibiram expressamente ás corporações de mão morta o consolidar o seu dominio directo com o dominio util, de que fossem senhorios.

Mas as razões que determinaram esta prohibição para as corporações de mão morta não são applicaveis aos actuaes possuidores dos bens, como alguém já pretendeu.

Aqui não entra a regra de que ninguém pôde transferir mais direitos do que tinha, porque o direito de preferir provém menos do contrato do que da lei, que estabeleceu o direito de preferencia no interesse da liberdade da terra, e que prohibiu o seu exercicio ás pessoas moraes para evitar a amortisação das propriedades.

Portanto se o mosteiro, enquanto foi o senhor do dominio directo, não podia por uma razão da lei exercer o direito de preferencia, cessando a razão da lei logo que esse dominio pertence a um particular, deve por isso cessar tambem a sua disposição.

Deve igualmente notar-se que para exercer o direito de preferencia não é indispensavel apresentar o registro do dominio emphyteutico, subemphyteutico, quinhoeiro ou censitico, adquirido antes de 1 de abril de 1867, porque para o registro d'aquelles direitos adquiridos antes da referida epocha foi prorogado o prazo até 22 de março de 1873 pela lei de 15 de junho de 1871, que ultimamente foi ainda ampliado até 22 de março de 1875 pela carta de lei de 20 de março de 1873.

Por direito antigo, se não estava expressamente acautelado que o prazo não podia ser alienado senão a favor de pessoa em quem o senhorio concordasse, podia o foreiro vende-lo livremente, ainda por

um real, a um mendigo, como julgou a relação de Lisboa em accordo de 7 de outubro de 1863, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4:467.

A associação dos advogados de Lisboa respondeu, em 22 de fevereiro de 1871 como se mostra a pag. 149 do tomo II do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que a clausula de que o fóro não podia ser trespassado a pessoa que não fosse do agrado do senhorio, sendo aliás valida por direito anterior, é hoje applicavel, vistos os artigos 1676.º, 1677.º e 1678.º, que permitem alienar e onerar o prazo sem outros limites alem dos avisos prescriptos nos artigos 1678.º e 1679.º, sendo as disposições de todos estes artigos tambem applicaveis aos emprazamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º

Na mesma occasião respondeu a referida associação, como se mostra do mesmo *Boletim*, que a clausula de que o foreiro não poderia vender o prazo *sem licença do senhorio*, não significava que o senhorio houvesse de intervir na escolha do adquirente, mas sim que o foreiro tinha obrigação de dar conhecimento da venda ao senhorio, para este receber o laudemio, ou preferir, se gosasse do direito de preferencia.

Tambem já se discutiu na imprensa juridica se tendo um emphyteuta requerido ao senhorio a declaração se queria ou não usar do direito de preferencia na venda do prazo, sem que o emphyteuta declarasse quem era o comprador, e tendo o senhorio concordado na venda com a condição de que o emphyteuta requerente ficaria obrigado ao pagamento dos direitos dominiciaes, podia o comprador do prazo recusar-se depois ao pagamento dos fóros.

A negativa porém n'este caso é indubitavel. O senhorio não renuncia por aquella clausula a haver do comprador o pagamento dos fóros; e apenas quiz assegurar o seu direito, responsabilizando o emphyteuta, visto não lhe ter este declarado quem era o comprador. Sem a extincção da emphyteuse não pôde ficar o comprador exonerado do pagamento dos fóros.

3.º Na venda de parte da coisa *indivisivel*, se forem muitos os proprietarios, prefere o que tiver maior quinhão, e, no caso de serem iguaes as partes, pertencerá a cada um dos que quizerem preferir uma parte respectiva ao seu quinhão, artigo 1566.º, § unico.

Se se der porém a hypothese, talvez rarissima, mas possível, de haverem dois fóros, ou dois censos, ou um fóro e quinhões sobre o mesmo predio, sem designação da parcella do terreno sobre que recae cada fóro ou censo, quem ha de preferir? Não previne o codigo esta hypothese, como a não prevenia tambem a lei anterior. Mas deverá observar-se por analogia o disposto no artigo 1566.º O senhorio do direito mais avultado é que exercerá o direito de preferencia, e só recusando-se elle a usar da opção se concederá ao outro, e no caso de serem iguaes os direitos, e de quererem ambos preferir, usarão do direito de preferencia em partes iguaes.

Na venda do quinhão segue-se outra regra muito differente, porque na venda feita por qualquer dos quinhoeiros a preferencia é do possuidor, e só na falta d'elle podem preferir os outros quinhoeiros, e no caso de ser mais de um a querer usar do direito de opção, o alheador escolherá qual d'elles lhe aprouver, artigo 2195.º

Se o possuidor quizer alhear a sua posse ou quinhão, em ambas as cousas terão preferencia tambem os quinhoeiros, escolhendo o possuidor de entre elles o que lhe aprouver, se mais de um quizer exercer o direito de preferencia.



É pena que o código não estabelecesse, no interesse da clareza e da simplificação das doutrinas, regras uniformes para o exercício do direito de preferencia na venda de fôros, censos, quinhões e partes de coisa commun indivisível.

O certo é que o direito de preferencia não pôde exercer-se sem que nos fôros, censos e quinhões se pague o preço dentro dos trinta dias, artigos 1678.º e 1708.º, e na venda de parte da coisa indivisível se *deposite* o preço, artigo 1566.º

Na venda de parte da coisa indivisível devem dar-se também trinta dias ao maior com-proprietario para preferir, outros trinta dias ao immediato, se aquelle não quizer usar do direito de preferencia, e assim aos outros, salvo se o vendedor preferir avisar-lhes todos na mesma occasião, para findo o periodo do aviso preferir o que tiver por si as disposições legaes.

4.º O com-proprietario a quem não se der conhecimento da venda pôde haver para si a parte vendida depositando o preço; direito que prescreve no prazo de seis mezes. Não declara porém o código se os seis mezes se contam da *verificação da venda* ou da *noticia da venda*.

O projecto primitivo dizia no artigo 1630.º, correspondente ao artigo 1566.º «mas sómente dentro em seis mezes da *verificação da venda*». A mesma redacção se conservou no projecto de 1863, artigo 1593.º, lendo-se porém em a nota a esse artigo que elle *ficou para ser redigido de novo*.

Na ultima redacção, em que se introduziu o § unico, que não se achava no projecto primitivo, nem na referida edição de 1863, e que apparece pela primeira vez no projecto de 1864, foram eliminadas as palavras «da *verificação da venda*».

Ora não só a eliminação d'estas palavras, senão ainda a boa razão e os argumentos de analogia deduzidos das doutrinas relativas á prescripção da acção possessoria, artigos 482.º e 504.º § unico, nos levam á conclusão de que os seis mezes devem contar-se desde a *noticia da venda*. Pelo contrario, o senhorio directo, o emphyteuta, o sub-emphyteuta, o censuista e o censuario podem usar d'esse direito a *todo o tempo*, artigos 1681.º e 1708.º

O direito do com-proprietario na venda de parte da coisa indivisível prescreve decorridos seis mezes. O direito dos interessados nos fôros e censos parece imprescriptível, dando-se ás palavras «a *todo o tempo*» o verdadeiro alcance da sua significação grammatical. Porém o § 2.º do artigo 1681.º vem modificar a significação d'essas palavras, dispondo que esse direito prescreve em conformidade das regras geraes, que são as determinadas nos artigos 526.º a 532.º

Qual é o prazo para o quinhoeiro, a quem se não deu parte da venda do quinhão, poder usar do seu direito? É omisso a este respeito o artigo 2193.º, ficando-se na duvida se o direito do quinhoeiro prescreve passados seis mezes, como o do com-proprietario de coisa indivisível, ou pelo prazo marcado nos artigos 526.º a 532.º, como nos fôros e nos censos. É porém nossa opinião que na prescripção do direito do quinhoeiro ha de observarse a *regra geral* adoptada para os fôros e censos, porque a prescripção especial admittida na venda da parte de coisa indivisível, como faz excepção ás regras geraes, não pôde ser applicada a nenhuns casos que n'ella não estejam *especificados*, artigo 11.º

A venda, mesmo sem prevenir o interessado no direito de preferencia, não é absolutamente *nulla*. É valida com relação ao vendedor e ao comprador, que não podem rescindi-la senão nos termos ordinarios em que podem rescindir-se os contratos em geral.

Só o sujeito do direito de preferencia poderá rescindi-la. Mas, não sendo esta rescisão decretada por sentença, não poderá reaver-se da fazenda a importância da contribuição de registo, paga pela transmissão annullada.

O interessado no direito de preferencia deve intentar a respectiva acção contra o *adquirente*, artigo 1681.º, que poderá chamar á autoria o alheador.

Se o interessado demandasse o alheador, não podia depois executar a sentença contra o adquirente, que na causa não foi ouvido, nem convencido.

Para isso deve o sujeito do direito de preferencia, depositando o preço da venda e da respectiva contribuição de registo, intentar acção *ordinaria*, pedindo em conclusão a nullidade do título e a entrega do predio. Tendo um juiz de direito de 1.ª instancia julgado, que o senhorio directo era obrigado a pagar apenas o preço, que o adquirente dera pelos bens, decidiu a relação do Porto, em accordão de 21 de abril de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 168, modificando aquella sentença, que o senhorio directo devia pagar não só o preço, mas todas as despesas, que o adquirente houvesse feito com a contribuição de registo, escriptura e traslados d'esta.

Com relação á venda de parte da coisa indivisível, sem participação aos consortes, já vimos julgado por um juiz de primeira instancia que era admissível um simples requerimento, com o deposito, pedindo a entrega da propriedade, ou que o demandado deduzisse embargos.

Entendemos, porém, que a annullação do título e da venda, e a entrega da propriedade não pôde obter-se senão pelos meios ordinarios; nem ha disposição legal ou principio juridico, que reconbeça o emprego de outro meio juridico n'esta hypothese.

A ordenação, livro iv, titulo xxxviii, § 1.º, impunha a pena de commissio ao foreiro que alienava o predio aforado sem o participar ao senhorio, para este usar, querendo, do direito de opção. O código, porém, com razão acabou com a pena de commissio tambem n'este caso, garantindo apenas ao lesado o direito de annullar a venda a todo o tempo, enquanto o seu direito não estivesse prescripto.

A disposição do artigo 1681.º é applicavel, não só aos empraçamentos de futuro, mas tambem aos de preterito, por força do disposto no artigo 1694.º, e não só aos *empraçamentos* feitos antes do código, mas ás *vendas* feitas antes do mesmo código, e realisadas n'uma epocha em que era punida com a pena de commissio a falta de participação ao senhorio. Esta proposição é consequencia do principio que assentamos no artigo 8.º, de que a lei nova podia offender o direito — *faculdade*, sem ferir o principio da não retroactividade. O senhorio que tinha direito de requer a pena de commissio contra o foreiro por este não lhe ter participado a venda, mas que não usou do seu direito antes da promulgação do código, não pôde hoje po-lo em juizo, porque não era um direito já adquirido e *effectivo*, mas um direito de acção, que foi inutilizado pela nova lei.

Por tanto a falta de aviso feito pelo vendedor ao sujeito do direito de preferencia não importa hoje a pena de commissio, como era por direito anterior; e nem com respeito aos empraçamentos de preterito pôde hoje exigir-se por este motivo a pena de commissio, vista a disposição expressa do artigo 1694.º

Aindaque o commissio estivesse vencido antes da promulgação do código, isto é, aindaque a venda sem aviso tivesse sido feita antes da

publicação do código, não pôde hoje propor-se a acção respectiva para o tornar effectivo depois da promulgação do mesmo código.

Em nosso entender não havia direito *effectivo* ou *adquirido* á pena de commisso antes da proposição da acção em juizo. A acção propoz-se quando já vigorava a lei que a não reconhecia. Portanto ha de ser julgada improcedente pelas razões que já demos em a nota ao artigo 8.º

As disposições d'esta secção regem não só os empraçamentos de futuro, como os de preterito, mesmo com relação a factos passados depois da promulgação do código.

Deve tambem notar-se que o sujeito do direito de preferéncia pôde limitar-se á acção pessoal para haver o laudemio, em vez de recorrer á acção real de reivindicção, accumulada com a de nullidade, para haver a propriedade.

Tem sido muito ventilada a questão, se não satisfazendo o vendedor ao preceito da lei, que o manda consultar o sujeito do direito de opção, para ver se este quer usar do direito de preferéncia, e intentando este depois a acção de reivindicção contra o adquirente para reaver o direito a este transmitido, ha de pagar nova contribuição de registo por esta transmissão alem da contribuição de registo já paga no trespasse da propriedade do poder do vendedor para o do adquirente.

Dizem alguns, que o sujeito do direito de preferéncia rehavendo a propriedade do poder do adquirente paga por este facto a respectiva contribuição á fazenda, e o preço do desembolso ao adquirente, sem que este possa reaver a contribuição de registo, paga ao estado pela venda rescindida.

Argumentam que, nos termos do capitulo vi dos artigos das sizas, e da lei de 31 de agosto de 1869, artigo 4.º, a contribuição de registo paga pela venda de qualquer propriedade, logoque a transmissão se tenha operado nos termos da lei civil, aindaque o contrato se desfça, só se restitue quando a mesma venda *for nulla* e assim julgada por sentença, e não quando for desfeita por accordo das partes, e que n'esta hypothese a venda *vale* com relação ao vendedor e adquirente, e só não vale com relação ao sujeito do direito de preferéncia; que este não vem annullar a venda, mas unicamente impor ao comprador a pena que a lei lhe commina por não ter observado as disposições legaes a seu respeito.

E algum fundamento parece fornecer a esta opinião a nova redacção dada ao artigo 1684.º do código, correspondente ao artigo 1786.º do projecto primitivo, onde era redigido nos seguintes termos: «Se o foreiro não cumprir com o disposto na primeira parte do artigo 1783.º, (1678.º do código) será *nulla* a alienação, e poderá o senhorio reaver o predio por commisso».

No entretanto a venda, se não foi *nulla ipso jure*, ficou todavia affectada de nullidade relativa, e é por virtude d'essa nullidade que pôde ser rescindida.

Mesmo a lei de 31 de agosto de 1869 apenas distingue, para o effecto da restituição da contribuição de registo, entre venda julgada *nulla* por sentença e venda desfeita por accordo das partes, e não distingue, na venda julgada *nulla*, entre nullidades absolutas e nullidades relativas.

Parece-nos pois fóra de duvida, em face da legislação vigente, que na hypothese questionada não pôde exigir-se duas vezes o pagamento da contribuição de registo, uma pelo trespasse do vendedor para o adquirente, e outra pela reversão do adquirente para o sujeito do direito de preferéncia.

Pelo contrario a nossa opinião é que o sujeito do direito de preferéncia não tem obrigação de pagar imposto de contribuição de registo para entrar na posse com o seu titulo de carta de sentença; e que ha de apenas pagar ao adquirente o preço que este deu pela propriedade, e a importancia da contribuição de registo como parte do mesmo preço, e o custo da escriptura nos termos do accordão da relação do Porto acima citado.

Alguns porém entendem que o sujeito do direito de preferéncia ainda n'este caso ha de pagar a contribuição de registo, cumprindo ao adquirente reaver da fazenda o que pagou pela sua transmissão, que foi depois rescindida.

Mas esta opinião não é accetavel. No caso de ser annullada a venda por sentença não pôde haver logar ao pagamento da contribuição de registo para o vencedor tomar posse da propriedade, cuja transmissão fóra rescindida.

Se porém a venda é desfeita por accordo entre o adquirente e o sujeito do direito de preferéncia ha que pagar nova contribuição de registo por este acto juridico, sem que o adquirente possa allegar direito á restituição da que já pagou, quando houve a propriedade do vendedor.

Assim o determinam o capitulo vi dos artigos das sizas, e o artigo 4.º da lei de 31 de agosto de 1869. Nem o tabellião, sem a sentença que julgou a nullidade, poderia saber se houve ou não o aviso prévio, de cuja falta proveiu a nullidade da venda, para lavrar a escriptura sem o pagamento de contribuição de registo, cujo conhecimento elle é obrigado a copiar na propria escriptura.

5.º Se o predio foreiro ou censitico abranger diversas glebas, artigos 1680.º e 1708.º, não pôde o directo senhorio, nem o censuista, nem o emphyteuta, artigo 1703.º, preferir umas e rejeitar outras. O mesmo deve observar-se com relação á coisa indivisivel, ou commum e quinhoeira. Se a coisa commum é por exemplo uma fabrica com diferentes edificios e accessorios, nos quaes todos os consortes têm parte, e que estão indivisos, como annexos ao principal indiviso, não pôde o consorte preferir uns e rejeitar outros.

Poderá o alheador vender ou dar em pagamento só *parte* do seu direito? Quanto ao quinhoeiro é expresso o artigo 2195.º, que elle pôde alhear o quinhão *no todo ou em parte*, independentemente do consentimento dos outros quinhoeiros, salvo o seu direito de preferéncia.

Com relação ao possuidor do predio foreiro dispõe o artigo 1662.º exactamente o contrario. Os prazos não podem dividir-se por glebas sem consentimento do senhorio. Quanto á parte de coisa indivisivel, aos censos e ao dominio emphyteutico e directo guarda o código o mais profundo silencio. Porém n'estes casos deve admitir-se a alheação, não só no todo, mas tambem *em parte*, independentemente de accordo com os interessados, não só pelo principio geral de jurisprudéncia, de que cada um pôde alhear o seu direito no todo ou *em parte*, como bem lhe aprouver, mas porque o código só prohibe a *divisão dos prazos por glebas*; e a excepção da indivisibilidade do prazo em glebas não pôde ampliar-se aos outros direitos, conquanto immobiliares, porque não se dá com relação a elles a mesma razão, nem a qualquer outra fórma de propriedade, porque as excepções não se ampliam fóra dos casos *especificados* na lei.

Supponhâmos, pelo contrario, que se trata, não da venda do direito na sua totalidade, nem da venda de parte d'esse direito, mas da imposição de uma servidão, ou de qualquer outro encargo no predio, tambem n'estes casos tem logar o direito de preferéncia?

Em nosso entender, sempre que se trate de alienar ou de dar em pagamento toda ou parte de alguma propriedade sujeita a opção, deve ser ouvido o sujeito do direito de preferencia, aliás facilmente podia ser logrado nos seus direitos.

Mas se effectivamente o foreiro vender, não todo o predio, mas só parte, sem ouvir o senhorio, pôde este, se concorda na divisão do prazo, exigir o laudemio correspondente, se houver lugar, ou rehavér a parte vendida do adquirente por força do disposto no artigo 1681.º; e, se não accêita a divisão do prazo, pôde intentar contra o vendedor e o comprador acção ordinaria para ser julgada nulla a venda da parte do prazo, e para se unir de novo todo o predio foreiro.

Este direito, que compete ao senhorio, nasce dos artigos 1657.º, 1662.º, 1678.º, 1681.º, 1693.º e 1694.º do código.

Por direito anterior competia tambem ao senhorio o direito de commisso, que prescrevia por cinco annos, segundo ensinavam os praxistas, fundando-se no assento de 27 de janeiro de 1748.

Julgam alguns que hoje é inteiramente livre ao foreiro desmembrar o prazo, comtantoque fique sempre seguro o valor do capital correspondente ao fóro, e mais um quinto, nos termos do artigo 1672.º Porém este artigo é unicamente applicavel ás deteriorações causadas no predio, e não ás alienações das glebas do mesmo predio.

Tratando-se porém da constituição de qualquer onus real ou hypothecario, não tem direito algum o senhorio directo senão o que lhe confere o artigo 1676.º do código.

Nas outras especies de propriedade, em que ha o direito de preferencia, não poderá constituir-se encargo sobre o predio com prejuizo dos direitos dos interessados.

6.º O direito de preferencia tem lugar tambem nas vendas judiciaes? Emquanto aos predios foreiros são expressos os artigos 1682.º e 1683.º em decidir pela affirmativa. Quanto aos censos não tem lugar, vista a disposição do artigo 1708.º, e tanto mais que sendo applicaveis aos censos pelo artigo 1840.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1708.º do código, todas as disposições comprehendidas na sub-secção iv, secção i, capitulo xiii d'este título, isto é, os artigos 1774.º a 1797.º do projecto, correspondentes aos artigos 1670.º a 1688.º do código, e achando-se na referida sub-secção iv do projecto com a designação numerica de 1787.º e 1788.º e com a mesma redacção os artigos 1682.º e 1683.º do código, e applicando o código positivamente aos censos os artigos 1678.º a 1681.º, de certo não quiz tornalhes applicaveis as disposições dos artigos 1682.º e 1683.º

Parece pois que o código reservou o direito de preferencia nas vendas judiciaes só para os predios aforçados, e por isso não julgámos applicavel á venda de parte da coisa indivisivel o disposto nos artigos 1682.º e 1683.º, assim como não é applicavel aos censos, nem aos quinhões, nem mesmo ao dominio directo e emphyteutico. Portanto nas vendas judiciaes de bens emphyteuticos só pertence o direito de preferencia ao *senhorio directo*, e no caso de estar em praça o *predio foreiro*.

Recusando-se o senhorio a usar do direito de opção, não pertencerá esse direito ao emphyteuta, nos termos do artigo 1703.º, e não haverá este o mesmo direito quando se pizer em praça o dominio directo, nem pertencerá ao subemphyteuta igual direito pondo-se em praça o dominio emphyteutico, e recusando-se o senhorio a optar?

O artigo 1704.º estabelece o processo a seguir para o emphyteuta ou subemphyteuta usarem do direito de preferencia nas vendas voluntarias, mas guarda absoluto silencio a respeito das vendas judiciaes n'esta hypothese.

É de notar que o projecto primitivo não reconhecia ao emphyteuta e subemphyteuta o direito de opção. Foi introduzido pela commissão revisora o § 1.º do artigo 1678.º, bem como os artigos 1703.º e 1704.º, e toda a doutrina da secção iii do capitulo xiii, porque o projecto primitivo nem uma palavra dispunha a respeito de subemphyteuse.

Ora a commissão revisora, se quizesse dar o direito de preferir nas vendas judiciaes ao emphyteuta e ao sub-emphyteuta, teria harmonizado os artigos 1682.º e 1683.º com a doutrina introduzida no § 1.º do artigo 1678.º, e não teria deixado de indicar no artigo 1704.º o processo para os avisar.

Verdade seja que era facil o desenido de dar aos artigos redacção em harmonia com a nova doutrina, e que não ha razão plausivel para negar ao emphyteuta e ao subemphyteuta o direito de preferir nas vendas judiciaes, dando o código ácerca do direito de preferencia *igual* direito ao foreiro que ao senhorio, artigos 1678.º e 1681.º, tendo o subemphyteuta, sob pena de ficar inutil o seu direito de preferir, o direito de haver a coisa vendida sem o consentimento do terceiro adquirente nas vendas voluntarias, apesar de o código só o garantir expressamente ao senhorio e ao foreiro, artigo 1678.º e § 1.º, e de não se referirem a elle os artigos 1703.º e 1704.º No entretanto pelos artigos do código não têm o emphyteuta e subemphyteuta nas vendas judiciaes o mesmo direito de opção que nas vendas voluntarias.

Poderá dizer-se que do § unico do artigo 1683.º, que não dá o direito de preferir nas vendas judiciaes aos que o não têm nas vendas voluntarias, pôde inferir-se *à contrario sensu* que todos os que têm direito de preferencia nas vendas voluntarias o têm nas vendas judiciaes. Todavia, alem do perigo dos argumentos *à contrario sensu*, a disposição d'este paragrapho refere-se evidentemente ás pessoas moeraes mencionadas nos artigos 35.º e 1679.º, ás quaes se nega o direito de preferencia nas vendas judiciaes, vistoque o não têm nas vendas voluntarias, e tanto mais que a disposição d'este § unico já vinha no projecto primitivo, artigo 1788.º, onde não se permitia nem ao emphyteuta, nem ao subemphyteuta o direito de preferencia.

Se do direito de opção nas vendas voluntarias podesse argumentar-se para as vendas judiciaes tambem os com-proprietarios da coisa indivisivel, e o censuista e o censuario teriam o direito de preferencia na venda judicial da parte da causa commun e dos censos.

No entretanto a relação de Lisboa julgou, em accordão de 12 de março de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 27, que na venda judicial do dominio directo tambem ha lugar ao direito de preferencia.

A tenção vencedora, que vem publicada no mesmo jornal, e no numero citado, é redigida nos seguintes termos:

«No despacho recorrido foi decidido que ao appellado, na qualidade de emphyteuta do prazo arrematado pelo appellante, e em execução por elle promovida contra o senhorio do mesmo prazo, pertencia o direito de preferencia.

«O juiz de primeira instancia fundou a sua decisão nos artigos 1678.º, 1703.º e 1704.º do código civil, e o appellante, exequente e arrematante oppoz-se ao requerimento dos appellados para preferencia, fundando-se nos artigos 1682.º e 1683.º do mesmo código civil, os quaes a meu ver não são applicaveis á especie de que se trata. Entendo que esta questão se deve decidir pela disposição do § 1.º do artigo 1703.º do citado código civil, e que o direito de preferir, não querendo usar d'elle o subemphyteuta (havendo-o) pertence ao emphyteuta que se apresentar a requere-lo.

«Foi isso o que fez o appellado, visconde de Villa Nova da Rainha, no seu requerimento, e como se trata da venda de um dominio directo, e a lei não faça distincção entre venda voluntaria ou venda forçada, e em ambos se dê a mesma razão para a preferencia (a consolição dos dominios) como se deduz da ordenação, livro iv, titulo xxxviii pr. nas palavras «que se fizer por vontade do foreiro, mas tambem na necessaria que se faz por mandado e auctoridade de justiça», segue-se que ao appellado pertence, na especie dos autos, este direito de preferencia. A opção ou preferencia só é prohibida nas expropriações voluntarias por utilidade publica, § 3.º do artigo 1678.º do codigo civil.

«Nestas circumstancias é o meu voto de que se negue provimento ao recurso, confirmando-se inteiramente o despacho de que se recorreu.»

Parece-nos contraria ao espirito do codigo esta decisão.

De *jure constituendo* porém é excellente a doutrina da tenção, que fez vencimento, mas em face do codigo todas as rasões por ella invocadas nos parecem contraproducentes.

Antigamente depois de arrematado o praso para pagamento de qualquer quantia é que se citava o senhorio para declarar se queria ou não preferir. Hoje ha de ser citado e prevenido do dia da praça o senhorio, para ahi mesmo exercer, querendo, o seu direito de preferencia.

Esta jurisprudencia é mais simples e mais rasoavel.

Concedendo-se aos emphyteutas e aos subemphyteutas o direito de preferir nas vendas judiciaes, pôde applicar-se para o aviso d'elles e exercicio do direito de preferencia o processo estabelecido na lei de 22 de junho de 1866 com relação ao direito de remir os fóros, censos ou quinhões comprehendidos na desamortisação, decretada e confirmada pela lei de 28 de agosto de 1869?

Não. Esse processo é incompativel com o aviso para as vendas judiciaes. Neste caso devem ser citados todos para a praça, e prevalecer ahi o melhor direito.

No projecto primitivo, e ainda no projecto de 1863, o artigo correspondente ao artigo 1682.º do codigo terminava pelas seguintes palavras «mas as despesas da praça serão por conta do executado». A commissão revisora eliminou este preceito, de certo por estranho ao codigo civil, e pertencente á lei de processo.

7.º Só nas expropriações por utilidade publica é que se torna impossivel o exercicio do direito de preferencia.

Não tem lugar o direito de preferencia nas expropriações por utilidade publica, aindaque não cheguem a ser decretadas pelo governo, e que sejam feitas amigavelmente entre o proprietario e o representante do estado, ou de corporação que faça parte do estado, ou de pessoa a quem a lei conceda por motivos geraes de interesse publico o direito de expropriar; porque se a expropriação é feita no *interesse publico*, e se o predio é preciso ao publico, não pôde pertencer a quem tem o direito de preferencia em nome do interesse particular.

Se o proprio dono vê sacrificado ao interesse publico o seu direito de propriedade, como ha de o senhor do direito de opção queixar-se de não ter exercitado o direito de preferencia.

A expropriação em regra não tem lugar senão com relação aos predios; só por excepção seria requerida com relação ao dominio directo e emphyteutico.

Com respeito ás expropriações de coisa commum *indivisivel* não ha que discutir as relações do direito de preferencia, vistoque ahi,

pelo facto de estar *indiviso* o predio, não se expropria a parte de certo e determinado com-proprietario, mas a parte do dominio commum da pessoa moral.

8.º Não pôde locar o com-proprietario de coisa indivisa sem consentimento dos interessados, artigo 1598.º Porém nos quinhões pôde locar sem intervenção dos outros quinhoeiros o possessor, artigo 2191.º; não restando a estes senão o direito de exigir que o predio seja arrendado quando andar administrado por conta do possessor, ou que seja arrendado em hasta publica quando andar arrendado particularmente. No caso de divergencia decide-se o negocio por maioria, e em caso de empate continua o possessor a exercer o seu direito como até ali, até que se verifique uma reunião de interessados em que possa tomar-se deliberação por maioria. Nos censos e nos fóros cada um pôde locar á vontade o seu direito.

Nas vendas de bens, a que se procede em virtude das leis da desamortisação, não tem sido admittido o direito de preferencia, como se mostra do accordo do conselho da direcção geral dos proprios nacionaes, que em seguida publicámos, e que diz assim:

«Considerando que o direito de preferencia procede dos contratos ou da lei;

«Considerando que no primeiro caso não pôde obrigar senão ás pessoas que contrataram, e não o governo, que em execução de uma lei de utilidade publica procede á venda de certos bens;

«Considerando que, quando estabelecido na lei, sendo uma excepção ao principio geral da liberdade dos contratos, só deve julgar-se permittido nos casos em que a mesma lei expressamente o auctorisa;

«Considerando que, segundo a expressa disposição dos artigos 1678.º e 2195.º do codigo civil, o direito de preferencia só tem logar nas vendas voluntarias, poisque até as que se fazem por execução em hasta publica, bem que pareçam ser necessarias, têm comtudo principio voluntario, por nascerem de obrigações anteriores, livremente acceitas, Lobão, direito emphyteutico, § 893.º, e é por isso que a lei manda citar o senhorio directo para o dia da praça, a fim de preferir pelo maior lance;

«Considerando que tanto é certo que pelo codigo civil só é admittido o direito de preferencia nas alienações voluntarias, que tendo no § 1.º do artigo 1678.º determinado os casos em que esse direito é admissivel, só exceptuou do seu exercicio as expropriações voluntarias por utilidade publica, e não as forçadas, onde haveria igual fundamento para a excepção; e não pôde explicar-se este silencio da lei senão pela razão de só ter logar aquelle direito nas alienações voluntarias, e ser por isso desnecessario incluir expressamente na mencionada excepção as expropriações forçadas;

«Considerando que a não accuitar este principio, e admittindo-se que o direito de preferencia tem logar em todas as alienações de predios emprazados ou sujeitos a quinhões em virtude das disposições dos artigos 1678.º e 2195.º e seus §§, teria de permittir-se igualmente o uso d'aquelle direito nas expropriações forçadas por causa de utilidade publica, poisque se não acham comprehendidas no § 3.º do mesmo artigo, o que seria manifesto absurdo por ser o direito de preferencia incompativel com as expropriações, quer forçadas quer voluntarias, por utilidade publica;

«Considerando igualmente que o direito de preferencia outorgado no § 2.º do artigo 2195.º do codigo civil aos quinhoeiros só tem logar nas vendas voluntarias, que os possessores fizerem no uso do direito de alhear, que no mencionado artigo lhes é concedido;

«Considerando que na hypothese, de que se trata, se não fez venda voluntaria, nem em virtude do referido direito de alhear, que no artigo 2195.º é conferido aos posseiros ou quinhoeiros, mas sim se arremataram bens por virtude e em execução das leis de 4 de abril de 1861, e 22 de junho de 1866, que por utilidade publica determinaram a subrogação por inscrições ou obrigações prediaes dos bens n'ellas comprehendidos:

«Considerando que as arrematações a que se procede, em cumprimento das citadas leis, não são voluntarias, porque não dependem do consentimento dos possuidores dos bens arrematados, nem judiciais, não só porque não são feitas judicialmente, mas ainda porque em nenhuma parte o codigo civil permite o direito de preferencia nas vendas de quinhões feitas em hasta publica, como permittiu no artigo 1682.º nas alienações de predios emprazados feitos em hasta publica, em virtude de execução;

«Considerando que por serem feitas estas arrematações pelo governo se não pôde dizer que sejam voluntarias, allegando-se que o governo representa as corporações e procede em nome d'ellas, poisque similhante asserção é desmentida pelo artigo 3.º da lei de 22 de junho de 1866, que permittiu ás ditas corporações o fazerem-se representar por procuradores seus, e pelo artigo 16.º da mesma lei, que elegeu tribunaes para decidir as questões que se levantassem entre as mencionadas corporações, e o governo, sendo que este desempenha apenas um serviço publico analogo ao do funcionario, que n'um processo judicial ordena a venda de bens em hasta publica, sem que por isso se possa dizer que representa qualquer das partes;

«Considerando que, não sendo a hypothese de que se trata nenhuma d'aquellas em que, segundo o codigo civil, tem lugar o direito de preferencia, deve considerar-se a presente questão comprehendida no principio geral acima estabelecido, de que não cabe aquelle direito senão quando a lei expressamente o auctorisa, e que consequentemente não pôde ter logar n'este caso assim como não o tem nas expropriações forçadas por utilidade publica, de que igualmente se não faz menção no codigo civil;

«Considerando que ainda quando estas razões não procedessem, não poderia pelo menos deixar de admitir-se, que a hypothese controversada não está comprehendida nos citados artigos do codigo civil, e teria então, nos termos do artigo 3.º da lei de 1 de julho de 1867, de regular-se pela legislação especial de desamortisação, e como n'essa nada se dispoz, nem preveniu sobre este assumpto, tambem se não poderia permittir o direito de preferencia, porque, não se tratando de alienações voluntarias, não basta o silencio da lei para o auctorisar, como já fica demonstrado;

«Considerando, que da admissão do direito de preferencia em similhantes casos, resultaria gravissimo prejuizo ao estado e ás corporações ou estabelecimentos comprehendidos nas leis da desamortisação, não só porque diminuiria consideravelmente a concorrência dos licitantes em praça, senão ainda porque exceptuando-se da licitação publica os mais interessados nas compras, por menor preço e até com successivos abatimentos se teriam de vender as propriedades sujeitas aos encargos de foro ou quinhão;

«Considerando finalmente que se não pôde julgar contrariado o principio benefico da allodialidade da terra, que a lei teve em vista quando admittiu o direito de preferencia na venda de propriedades sujeitas a quinhões, porque já fica demonstrado que a lei só admittiu esse direito nas vendas particulares e voluntarias, e não nas necessa-

rias e feitas em hasta publica, como são aquellas a que se procede em virtude das leis da desamortisação, e por isso, não se realisando a hypothese, de que depende a applicação do referido direito, não se offende tambem o pensamento que inspirou a lei; sendo que as arrematações de que se trata devem considerar-se excepçionaes e estranhas aos contratos particulares onde não foram prevenidas, devendo o direito de preferencia ter logar em todas as vendas, que nos termos do artigo 2195.º do codigo civil posteriormente quizerem fazer os arrematantes das propriedades sujeitas a quinhões:

«Accordam, sendo conforme o conselheiro procurador geral da fazenda que foi presente, em que ao supplicante não assiste o direito de preferencia que allega na compra da propriedade de que se trata.

«Conselho da direcção geral dos proprios nacionaes, 30 de outubro de 1868.»

Não nos parece aceitavel similhante jurisprudencia em toda a sua extensão.

As leis de 4 de abril de 1861, de 22 de junho de 1866 e de 28 de agosto de 1869, que decretaram a desamortisação dos bens das corporações e estabelecimentos publicos, não alteraram as relações juridicas estabelecidas entre senhorios e foreiros, nem podiam privar ninguém de direitos adquiridos, sem d'isso fazerem expressa menção. Nós equiparámos as vendas feitas por ordem do thesouro publico em execução das leis da desamortisação ás vendas voluntarias, para o effeito de se conceder o exercicio do direito de preferencia a quem o tiver.

E se á data da publicação d'aquelle accordão podia haver duvida a respeito da verdade da nossa opinião, não a deve haver hoje, em virtude do decreto com força de lei de 22 de abril de 1869, que diz assim:

«Considerando que pelo artigo 1678.º do codigo civil se impõe ao foreiro, que quizer vender ou dar em pagamento o predio aforado, a obrigação de avisar o senhorio directo, declarando-lhe o preço definitivo que lhe é offerecido ou por que pretende aliena-lo, podendo o foreiro realisar a alienação se dentro de trinta dias o senhorio não preferir e não o pagar:

«Considerando que igual obrigação é imposta pelo § 1.º do mencionado artigo ao senhorio directo em analogas circumstancias;

«Considerando que pelos artigos 1704.º, 1708.º e 2195.º são applicaveis estas disposições á subemphyteuse, censos reservativos de preterito e quinhões:

«Considerando que é indispensavel harmonisar estas disposições com a legislação que regula o serviço das arrematações dos foros, censos ou quinhões pertencentes á fazenda nacional, sem prejuizo dos interesses do thesouro, nem offensa dos direitos individuaes assegurados na lei:

«Considerando finalmente que a venda dos bens nacionaes não pôde fazer-se sem a precedencia de annuncios por espaço de trinta dias pelo menos, nos termos do artigo 34.º do regulamento de 12 de dezembro de 1863, podendo por isso n'aquelles annuncios avisar-se os interessados para usarem do seu direito no acto da praça, preenchendo assim as formalidades legais:

«Hei por bem determinar o seguinte:

«1.º Que nos annuncios para a venda de foros, censos ou quinhões pertencentes á fazenda nacional, se declare sempre que as pessoas a quem cabe o exercicio do direito de preferencia poderão usar do mesmo direito no acto da praça, querendo haver o respectivo foro, censo ou quinhão pelo maior lance que se offerecer.

« Que se essas pessoas não declararem no acto da praça que usam do direito de preferencia, não poderão mais reclamar o seu exercicio ».

Ora se este decreto equipara, para os effectos do exercicio do direito de preferencia, as vendas dos bens nacionaes feitas em hasta publica no thesouro ás vendas voluntarias, não vemos razão para se proceder de outro modo quando os bens pertencem, não directamente ao estado, mas aos estabelecimentos e corporações comprehendidos nas leis da desamortisação.

**Art. 1567.º** Os contratos de compra e venda, quer feitos directamente, quer por interposta pessoa, com quebra das disposições contidas nos artigos antecedentes, serão de nenhum effecto.

§ unico. Entende-se, que a compra é feita por interposta pessoa :

1.º Quando é feita pelo consorte do inibido, ou por pessoa de quem este seja herdeiro presumido.

2.º Quando é feita por terceiro, de accordo com o inibido, com o fim de transmittir a este a cousa comprada.

(Vid. nota ao artigo 1481.º)

#### SECÇÃO IV

##### DAS OBRIGAÇÕES DOS VENDEDORES

**Art. 1568.º** O vendedor é obrigado :

- 1.º A entregar ao comprador a cousa vendida ;
- 2.º A responder pelas qualidades da cousa ;
- 3.º A prestar a evicção.

#### SUB-SECÇÃO I

##### DA ENTREGA DA COUSA VENDIDA

**Art. 1569.º** A entrega das cousas moveis effectua-se pela transferencia d'ellas para o poder do comprador, ou pelo facto de serem postas á sua disposição.

Em duas se resumem as obrigações do vendedor: a 1.ª é *entregar* a cousa, objecto da venda, artigos 1569.º a 1589.º; a 2.ª é *garantir* a cousa vendida, artigos 1581.º e 1582.º

O codigo commercial dispõe tambem no artigo 471.º que o vendedor tem duas obrigações principaes a preencher: a de entregar, e a de garantir a cousa vendida.

A entrega dos moveis effectua-se passando-os das mãos do vendedor para as do comprador. Vendo um livro, está cumprida a minha obrigação de o entregar, logoque o passo para o poder do comprador.

Esta entrega quanto ás cousas moveis pôde ser feita, ou por acto material, a que chamam tradição *real*, pela qual as cousas passam da mão do vendedor para a do comprador, ou por acto *symbolico*, como entregando ao comprador as chaves, onde estão os objectos, para elle os ir buscar e arrecadar, ou *por mero consentimento das partes*, como

se eu vendo ao alugador o cavallo, que lhe tinha alugado, antes d'elle m'o restituir, e elle desde logo guarda, a titulo de venda, o que já guardava a titulo de locação, ou pela entrega do titulo.

No supracitado artigo 471.º, determina o codigo de commercio que a tradição é a transferencia da cousa vendida para o poder e posse do comprador, e que se opera pela entrega real ou symbolica, ou pelo consentimento das partes, ou pela entrega do titulo; e no artigo 472.º especifica varios modos por que se effectua a tradição symbolica nas vendas mercantis.

O artigo 1569.º tem a mesma redacção que o projecto primitivo, com a unica differença de estar substituída a palavra «tradição» pela palavra «transferencia», substituição que só se fez no projecto de 1863, talvez em virtude da resolução tomada pela commissão revisora em sessão de 17 de novembro de 1864 para que se alterasse a redacção de fórma que não se confundisse a entrega, considerada como facto material, com a entrega considerada como facto juridico.

Era final da secção anterior no projecto primitivo o seguinte artigo: « As disposições especiaes relativas ás compras e vendas feitas em hasta publica serão declaradas no titulo das arrematações ».

Este artigo, ainda conservado nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864, foi a final eliminado, não só porque se eliminou do projecto o titulo das arrematações, mas porque a venda em hasta publica não são applicaveis estes preceitos senão em harmonia com os da lei de processo.

**Art. 1570.º** Os gastos da entrega da cousa vendida serão por conta do vendedor, não havendo estipulação em contrario.

(Vid. nota ao artigo 746.º)

**Art. 1571.º** A entrega dos bens immoveis e dos direitos reputa-se feita, logoque o vendedor entrega ao comprador o respectivo titulo, abandonando-lhe o gozo da cousa ou do direito, não havendo estipulação em contrario.

(Vid. nota ao artigo 745.º)

**Art. 1572.º** Se o vendedor deixar de fazer a entrega, por causa que lhe seja imputavel, ao tempo e no logar convencionado, poderá o comprador requerer a entrega da cousa, com perdas e damnos, ou a rescisão do contrato.

(Vid. nota ao artigo 676.º)

**Art. 1573.º** Se a venda for feita com espera do preço, poderá o vendedor exigi-lo com os interesses da móra, se não for pago no prazo convencionado; mas não poderá pedir a rescisão do contrato.

**Art. 1574.º** O vendedor não é obrigado a entregar a cousa vendida, sem que o preço lhe seja pago, salvo se houver convensão em contrario.

(Vid. artigos 1583.º § 2.º e 1585.º) O vendedor, que ainda não entregou a coisa, pôde deixar de a entregar, se o preço lhe não é pago, artigo 1574.º, porque até ao pagamento conserva-a em seu poder como penhor; nem o comprador pôde exigir do vendedor a entrega da coisa, sem pela sua parte satisfazer á sua obrigação pagando integralmente o preço.

Nos termos do código de commercio, artigo 476.º, também o vendedor não é obrigado a entregar a coisa vendida, se o comprador não paga o preço, não lh'o tendo o vendedor fiado; e mesmo n'este caso cessa a obrigação da entrega, se o comprador depois da venda quebra, ou se torna insolvente, salvo prestando fiança idonea ao pagamento no vencimento.

Em todos os casos, em que o comprador tem direito de desistir do contrato, é o vendedor obrigado, segundo determina no artigo 478.º o código commercial, tendo recebido o preço, a restituí-lo, e bem assim as despesas do contrato.

A principal obrigação do comprador é realmente pagar o preço, conquanto haja outras obrigações accessorias, como as de pagar as despesas feitas na conservação da coisa pelo devedor não moroso, os juros do preço nas vendas a prazo, as despesas do contrato, artigo 1552.º, etc.

A regra é que o preço ha de ser pago no acto da entrega, *salvo se a venda não fosse feita a pagar no acto da entrega*, como se exprimia o projecto primitivo no artigo 1639.º, correspondente ao artigo 1574.º do código. Por isso não pôde o comprador exigir a entrega da coisa, sem pagar o preço, o que vac de harmonia com os princípios juridicos estabelecidos no artigo 676.º do código.

Porém *depois de entregue* a coisa já não pôde o vendedor rescindir o contrato por falta de pagamento de preço, artigo 1583.º É o contrario do que succede com o comprador. Este só pôde rescindir o contrato, pela falta de entrega da coisa, *depois de pago* o preço, e não *antes d'elle pago*, artigo 1572.º

O vendedor, desde que entrega a coisa, não pôde rescindir o contrato por falta de pagamento de preço, mas só exigir os competentes juros a contar do tempo, em que devia ser embolsado, e o não foi.

Se entrar em duvida qual se fará primeiro, se a entrega da coisa, se o pagamento do preço, serão postas a coisa e o preço em deposito em *poder de terceiro*, como expressamente determina o artigo 1583.º § 2.º, ou mesmo em deposito judicial, como ensinam as regras geraes de direito, e por analogia se infere do artigo 1584.º As obrigações da entrega da coisa e do pagamento do preço são correlativas, e deve cumprir primeiro o que primeiro quizer instar pelo cumprimento do contrato, aliás será elidido o seu pedido pela excepção de inexecução do contrato pela sua parte nos termos do artigo 676.º

Ora o vendedor cumpre, entregando ou depositando a coisa, e o comprador pagando ou depositando o preço.

Nos termos do artigo 462.º do código commercial, para ser considerado em móra o comprador ou o vendedor, é indispensavel que preceda interpeção do pagamento do preço ou da entrega da coisa respectivamente.

No artigo 492.º encerra o código commercial uma provisão, que não é inteiramente applicavel em materia civil, e vem a ser que não pagando o comprador antes da entrega da coisa o preço, que o vendedor não fiou, pôde este demandar a resolução da venda; que a resolução da venda da coisa não entregue terá igualmente lugar *pleno jure* e sem intimação a favor do vendedor, expirado o termo convindo

para o pagamento; mas que entregue a coisa, fiado o preço, só ha em regra direito ao preço.

Art. 1575.º O vendedor deve entregar a coisa vendida no estado em que estava ao tempo do contrato, e bem assim todos os seus fructos, rendimentos, accessões e titulos, se outra coisa não foi estipulada.

Feita a venda não pôde o vendedor mudar o estado da coisa, nem o comprador pôde obriga-lo a melhora-la. A coisa foi vendida tal qual era no tempo do contrato.

Por isso dispõe o código de commercio nos artigos 474.º e 477.º que a obrigação de entregar a coisa comprehende os seus accessórios, e quanto foi destinado ao seu uso perpetuo; que a coisa vendida deve ser entregue na forma do contrato, ou tal qual se acha ao tempo da venda; que a tradição deve fazer-se no lugar, onde se achava a coisa ao tempo da venda; e que as despesas do recebimento e extracção da coisa vendida do lugar da entrega são por conta do comprador, salvas em todo o caso as estipulações das partes.

Os augmentos e diminuições posteriores, que a coisa experimentou sem culpa do vendedor, são por conta do comprador, porque a coisa lhe pertence desde o momento do contrato. É por isso também que elle tem direito aos fructos, tanto naturaes, como industriaes e civis nos termos do artigo 495.º O comprador de uma casa arrendada tem direito ás rendas desde o dia, em que ella devia ser-lhe entregue. Pela palavra *«titulos»* designa o código os *documentos* comprobativos do dominio do vendedor.

Art. 1576.º Se a coisa for vendida em rasão de certo numero, peso ou medida, poderá ser o contrato rescindido pelo comprador, havendo na entrega falta consideravel ou excessivo, que não possa separar-se sem prejuizo da coisa; mas se o comprador quizer manter o contrato, poderá exigir a redução do preço em proporção da falta, assim como o deve augmentar, em proporção do excessivo.

Art. 1577.º Sendo o contrato rescindido, em conformidade das disposições do artigo precedente, será o vendedor obrigado a restituir o preço, se o tiver recebido, e a satisfazer todas as despesas, que o comprador tiver feito com o contrato.

(Vid. nota ao artigo 1551.º)

Art. 1578.º Se a mesma coisa for vendida pelo mesmo vendedor a diversas pessoas, observar-se-ha o seguinte: se a coisa vendida for mobiliaria, prevalecerá a venda mais antiga em data; se não for possível verificar a prioridade da data, prevalecerá a venda feita ao que se achar de posse da coisa.

Art. 1579.º Em qualquer dos casos mencionados no artigo precedente, responderá o vendedor pelo preço, que te-

nha recebido indevidamente, e por perdas e danos, além da responsabilidade penal em que tiver incorrido.

Art. 1580.º Se a coisa vendida for immobiliaria, prevalecerá a venda primeiramente registada, e, se nenhuma se achar registada, observar-se-ha o que fica disposto no artigo 1578.º

(Vid. notas aos artigos 715.º e 956.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DA GARANTIA E DA EVICÇÃO

Art. 1581.º O vendedor é obrigado a assegurar a propriedade e posse pacifica do comprador, e a prestar a evicção, nos termos declarados nos artigos 1046.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 1046.º)

Art. 1582.º O contrato de compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vícios da coisa, denominados redhibitorios, salvo se essa lesão ou esses vícios envolverem erro que annulle o consentimento, nos termos declarados nos artigos 656.º a 668.º e 687.º a 701.º, ou havendo estipulação expressa em contrario.

(Vid. notas aos artigos 8.º e 656.º) Em as notas aos artigos 8.º e 656.º tratámos já largamente a questão da rescisão por lesão. Efectivamente a rescisão por lesão não podia reputar-se senão um abuso de força. Nos contratos commutativos cada uma das partes recebe o equivalente do que dá, mas d'esse equivalente só ellas são juizes.

Quando o contrato é formado com inteira liberdade, sem intervir erro ou dolo, não pôde romper-se a pretexto de lesão, sendo de mais tão difficil a apreciação do valor venal das cousas, por depender de uma infinidade de circumstancias nas diferentes occasiões.

É duro que o proprietario, forçado pelas circumstancias a pôr em venda a sua propriedade, seja compellido a larga-la por um preço insignificante; mas por outro lado é certo que o comprador nem tomou a iniciativa da venda, nem lhe extorquiu o consentimento.

Quando uma coisa é comprada por baixo preço é porque não vale mais na occasião da venda. O comprador teria dado um preço inferior por ella, por não ter necessidade de a alcançar. Admittir a acção de lesão é reconhecer o emprestimo forçado entre particulares.

Repetimos tambem que não pôde hoje propor-se a acção da rescisão por lesão, com respeito a contratos feitos antes da promulgação do codigo, se não se resalvou expressamente esse direito. Se o legislador quizesse o contrario teria feito, como se fez na Hollanda, onde, acabando o codigo com a acção de lesão, a lei que o mandou executar estabeleceram expressamente no artigo 51.º, que a acção de rescisão por lesão no contrato de compra e venda, effectuado antes da execução do codigo civil, seria julgada na conformidade das leis em vigor ao tempo em que a venda se realisára.

No entretanto a relação do Porto em accordão de 28 de junho de 1872, publicado na *Revista de legislação e jurisprudencia*, de Coimbra,

n.º 265, julgou por tres votos contra dois, que, mesmo depois da vigencia do codigo civil, era ainda admissivel a acção de lesão, com respeito aos contratos celebrados durante o dominio da lei velha, e que o artigo 1582.º, em vista da clausula final *salvo... havendo estipulação... em contrario*, evidentemente se referia unicamente aos contratos de futuro, porque só n'elles podia proceder validamente a renuncia á acção de lesão, que pela ordenação, livro iv, titulo xiii, § 9.º, era prohibida.

Tambem o mesmo tribunal julgou em accordão de 12 de julho d'aquelle anno, publicado no referido jornal, que para a procedencia de acção de lesão não basta allegar no libello só a commum e geral estimação, mas que é indispensavel allegar tambem o verdadeiro valor do predio ao tempo do contrato, como exigia a ordenação, livro iv, titulo xiii.

Para a acção de annullação de escriptura de compra e venda, intentada por pessoa estranha ao contrato, deve ser citado tanto o comprador como o vendedor, porque a ambos toca primariamente o negocio. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 7 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 24.

A respeito dos vícios redhibitorios, especialmente nos animaes, a respeito dos quaes a ordenação providenciava largamente, e que o codigo sujeitou ás mesmas regras da lesão, algumas observações mais serão necessarias.

Um dos contratos mais frequentes nas transacções sociaes é o da compra de animaes, ao qual a ordenação no livro iv, titulo xvii, dedidou bastantes providencias.

Segundo o disposto na referida ordenação podia ser *engeitado* o animal por manqueira, doença, vícios ou faltas de animo, como se, sem se lhe fazer mal algum, se *espantasse*, *impinasse* ou *rebellasse*, comtantoque o comprador provasse que, *ao tempo da entrega*, já o animal tinha o defeito, e entre presentes só era concedido *um mez* para usar d'este direito.

Na pratica tinha-se introduzido n'algumas povoações o costume das compras *á cautela*, e n'este caso dentro de tres dias podia o comprador resilir livremente do contrato; assim como havia durante o tempo competente logar sempre aberto ao direito de acção de lesão, em conformidade da ordenação, livro iv, titulo xiii.

Hoje porém, 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, nem o animal pôde ser engeitado nos termos da ordenação, livro iv, titulo xvii, nem ha a venda a contento ou á cautela, nem os prazos marcados no velho fóro, senão estipulando-se nos termos do artigo 1551.º do codigo.

Hoje pois não ha a acção *quanti minoris*, para resarcir o comprador quando elle não encontrou na coisa vendida as qualidades previstas no contrato.

Pôde porém rescindir-se a venda por erro sobre o objecto ou sobre as qualidades da coisa, comtantoque o enganado haja declarado, ou se prove pelas circumstancias do mesmo contrato, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa rasão e não por outra contrária.

Hoje os vícios redhibitorios, assim como a lesão, salvo convenção em contrario, só importam nullidade do contrato, havendo erro nos termos prescriptos nos artigos 659.º a 663.º do codigo. A disposição do artigo é applicavel, não só ás vendas voluntarias, mas tambem ás vendas feitas em hasta publica.



## SECÇÃO V

## DAS OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

Art. 1583.º O comprador é obrigado a cumprir tudo aquillo que estipulou, e especialmente a pagar o preço da coisa no tempo, no lugar, e pela fôrma convencionados.

§ 1.º Não se tendo assignado tempo e lugar, entender-se-ha que são os da entrega da coisa vendida.

§ 2.º Se entrar em dúvida qual se fará primeiro, se a entrega da coisa vendida, se o pagamento do preço, tanto aquella como este serão postos em deposito na mão de terceiro.

§ 1.º (Vid. nota ao artigo 739.º)

§ 2.º (Vid. nota ao artigo 1574.º)

Art. 1584.º Se o comprador, com espera de preço, for perturbado no seu direito e posse, ou se tiver justo receio de o ser, de modo que tenha, ou venha a ter, direito de demandar o vendedor pela evicção, pôde depositar judicialmente o preço, emquanto o vendedor não fizer cessar a turbação, ou lhe não der caução, salvo se outra coisa tiver sido estipulada.

(Vid. nota ao artigo 1051.º n.º 4.º)

Art. 1585.º Depois da entrega da coisa vendida, quer esta seja mobiliaria, quer immobiliaria, não pôde o vendedor fazer rescindir o contrato, por falta de pagamento do preço.

(Vid. nota ao artigo 1573.º)

## SECÇÃO VI

## DA VENDA A RETRO

Art. 1586.º Diz-se a retro a venda que é feita com a clausula ou condição, de que o vendedor poderá desfazer o contrato, e recobrar a coisa vendida, restituindo o preço recebido.

Art. 1587.º Fica prohibido para o futuro o contrato de venda a retro.

Art. 1588.º Nos contratos de venda a retro, feitos anteriormente á promulgação d'este codigo, e que não tiverem praso estipulado para o retrato, será este praso de quatro annos, contados desde a dita promulgação.

(Vid. artigos 1701.º, 1707.º e 2196.º) Quando o vendedor estipulava que poderia rehaver a propriedade, restituindo ao comprador o preço dentro de certo periodo, chamava-se venda a remir, ou contrato com

a clausula de *retro vendendo*. O codigo porém acabou com as vendas a remir, provavelmente porque ellas em regra encerravam um contrato usurario.

O comprador pagava a coisa por pequeno preço, e raros eram os casos em que o vendedor podia rehaver-la, porque tinha a restituir não só o preço, senão ainda as despesas do contrato, e a contribuição de registo, se os bens vendidos eram immobiliarios, e até as despesas necessarias e uteis, que o comprador fizesse de boa fé, e não no intuito de impossibilitar ou difficultar a remissão, e que fossem extraordinarias, porque ás ordinarias era obrigado o comprador, como consequencia da percepção e gozo dos fructos da propriedade.

Outra razão haveria ainda para prohibir estes contratos de futuro, que talvez fosse o evitar a incerteza do proprietario definitivo de uma propriedade resolvel, porque este estado de duvida prejudica a cultura e o commercio; poisque o codigo, com relação aos contratos celebrados anteriormente á sua promulgação e durante o predomínio da velha ordenação, não consente que essa incerteza se prolongue alem de quatro annos, contados desde a mesma promulgação.

Portanto é hoje nulla a venda com a condição de remir, visto que a illegalidade da condição produz a nullidade do contrato, artigo 683.º

O projecto primitivo ainda conservava a venda a remir, aliás limitada a bens immobiliarios, assim como a conserva o moderno codigo italiano. A conservação da venda a remir porém não pôde explicar-se senão por homenagem á liberdade das convenções, visto ser sempre suspeito de extremamente usurario similhante contrato. Na Italia conservou-se com o fundamento de que os seus inconvenientes não eram tão graves que legitimassem a restricção da liberdade das partes n'este assumpto.

O vendedor não remia pagando unicamente o preço *recebido*, como pôde inferir-se da letra do artigo 1586.º, poisque havia de pagar todas as despesas do contrato, ou tudo o que se estipulasse, podendo até convencionar-se que o preço a receber para o effeito da remissão fosse maior do que o recebido effectivamente no momento da venda.

O vendedor podia até ceder o seu direito de remir, que formava parte do seu patrimonio, assim como podia ser penhorado e judicialmente executado esse mesmo direito.

Como o projecto primitivo nos artigos 1651.º a 1667.º regulava com certa largueza o contrato de venda a remir, indicaremos aqui algumas das suas disposições, que são ainda applicáveis ás vendas a remir, celebradas antes da promulgação do codigo.

Se o vendedor, no praso ajustado, ou dentro de quatro annos no caso do artigo 1588.º, não fizer a remissão, fica a venda irrevogavel. O comprador responde pelos damnos e deteriorações, que a coisa haja soffrido por culpa sua. Se a coisa perecer por caso fortuito ou força maior durante o periodo da remissão, será por conta do vendedor.

O vendedor pôde demandar a coisa, aindaque esta se ache em poder de terceiro, salvo o direito que este possa ter contra o alienante.

O comprador exerce sobre a coisa, emquanto não se realizar a remissão, todos os direitos do vendedor, salvo os que importarem offensa do seu direito de remissão.

Se varias pessoas venderem conjunctamente algum predio indiviso, ou se o predio vier a ser dividido entre varios herdeiros do vendedor, nenhum d'elles pôde exercer separadamente o direito de remissão, mas aquelles que quizerem remir, bem podem remir o seu respectivo quinhão, aindaque os outros não queiram usar pela sua parte d'esse direito.

Se a cousa passou por morte do comprador para os seus herdeiros, ha de ser pedida aquelle que estiver na posse d'ella.

O vendedor recupera a cousa livre de quaesquer encargos com que o comprador a tenha onerado, porque entra a regra « *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum* ».

No intuito de libertar a terra de onus e encargos, que prejudicam a sua cultura e desenvolvimento, ou antes das complicações e difficuldades a que está sujeita pela divisão dos direitos, que constituem o dominio, prohibe o código de futuro o subemprazamento, artigo 1701.º, a constituição do censo, artigo 1707.º, e a constituição de quinhões, artigo 2196.º, ficando sujeita ás disposições que regem a propriedade commum a propriedade a cuja fruição for por qualquer modo dada esta ultima fórma.

O projecto primitivo não consignava disposição alguma com relação á subemphyteuse e ao quinhão, mas com respeito ao censo reservativo já dizia, como diz o código, que não haveria differença alguma entre este contrato e a emphyteuse.

## SECÇÃO VII

### DA FÓRMA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Art. 1589.º O contrato de compra e venda de bens mobiliarios não depende de formalidade alguma especial.

Art. 1590.º O contrato de compra e venda de bens immobiliarios será sempre reduzido a escripto.

§ 1.º Se o valor dos ditos bens não exceder a cincoenta mil réis, poderá a venda ser feita por escripto particular com assignatura do vendedor, ou de outrem a seu rogo, não sabendo elle escrever, e de mais duas testemunhas que escrevam os seus nomes por inteiro;

§ 2.º Se o dito valor exceder a cincoenta mil réis, a venda só poderá ser feita por escriptura publica.

(Vid. nota ao artigo 686.º) Para se verificar se a compra de bens immobiliarios pôde ser feita por titulo particular deve attender-se sómente ao preço que o vendedor recebe, e não se pôde computar para este effeito, alem d'esso valor, a contribuição de registo, e o laudemio nos prazos.

Verdade seja que o regulamento de 30 de junho de 1870 no artigo 7.º § 8.º manda acrescentar a importancia do laudemio ao valor sobre que ha de recair a contribuição, e que o artigo 11.º do mesmo regulamento dispõe que a contribuição será sempre paga por aquelles para quem passarem os bens.

Porém a propria disposição do citado artigo 7.º § 8.º do regulamento, mandando acrescentar o laudemio ao valor sobre que ha de recair a contribuição, distingue claramente entre o preço ou valor da cousa, e o laudemio. E o regulamento manda acrescentar o laudemio ao valor da cousa *por conveniencia fiscal* para que o imposto tenha maior base, o que não prova que o valor, a que se refere o artigo 1590.º, seja mais alguma cousa do que a quantia recebida pelo vendedor como preço.

A contribuição de registo tambem não faz parte do preço para este effeito, porque já pela legislação anterior os bens immobiliarios de valor não excedente a 50,000 réis podiam ser comprados por escripto particular, tendo o comprador 60 dias para pagar a siza, lei de 9 de julho de 1849; e se aquella contribuição sommada com o preço recebido pelo vendedor excedia 50,000 réis nem por isso se exigia escriptura publica.

Portanto, aindaque o comprador tenha a pagar, alem do preço propriamente dito, a contribuição de registo, e o laudemio, só o preço é tido em conta para regular a natureza do titulo em que ha de celebrar-se o contrato, e que ha de ser escripto particular ou escriptura publica.

Quando por qualquer motivo se requerer a annullação de uma venda titulada, deve requerer-se a annullação do respectivo titulo, sob pena de ser declarado inepto o libello e absolvido o réu da instancia; como tem decidido constantemente o supremo tribunal de justiça, e ainda ha pouco julgou a relação de Lisboa em accordão de 17 de janeiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 235.

Art. 1591.º A venda de bens immobiliarios não produzirá effeito em relação a terceiro, não sendo registada nos termos prescriptos na lei.

(Vid. nota ao artigo 949.º n.º 2.º)

## CAPITULO IX

### DO ESCAMBO OU TROCA

Art. 1592.º Escambo ou troca é o contrato por que se dá uma cousa por outra, ou uma especie de moeda por outra especie d'ella.

§ unico. Dando-se dinheiro por outra cousa, será de venda ou escambo, segundo o disposto nos artigos 1544.º e 1545.º

(Vid. nota ao artigo 1544.º)

Art. 1593.º O permutador, a quem for evicta a cousa que recebeu em troca, pôde reivindicar a que prestou, achando-se ainda em poder do com-permutador, ou exigir o valor d'ella.

§ unico. Se a cousa dada em troca tiver sido onerada pelo com-permutador com encargos registados, continuarão estes a subsistir; mas o permutador que a reivindicar terá tambem direito a ser indemnizado pelo dito com-permutador da diminuição do valor, que a cousa teve por effeito dos mesmos encargos.

(Vid. notas aos artigos 956.º e 1051.º § unico.)

Art. 1594.º São applicaveis a este contrato as regras do

contrato de compra e venda, excepto na parte relativa ao preço.

(Vid. notas aos artigos 686.º e 1544.º)

## CAPITULO X

### DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

#### SECÇÃO I

##### DISPOSIÇÕES GERAES

**Art. 1595.º** Dá-se contrato de locação, quando alguém traspassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e fruição de certa cousa.

**Art. 1596.º** A locação diz-se arrendamento, quando versa sobre cousa immovel; aluguer, quando versa sobre cousa movel.

(Vid. artigos 1600.º, 1603.º, 1634.º, 1654.º, 1656.º e 1658.º) O contrato de locação não está sujeito a prova especial, como já o não estava por direito anterior. Sendo feito por escriptura publica ou titulo particular, ou por termo em autos, ou processos judiciaes ou administrativos, estava sujeito ao imposto do sello designado em o n.º 8.º da classe 5.ª da tabella n.º 3 annexa ao regulamento de 2 de dezembro de 1869.

Porém a lei de 2 de abril de 1873, como se mostra do seu artigo 15.º e da tabella annexa, n.º 3, classe 5.ª, n.º 8, equiparou os arrendamentos feitos sem titulo aos feitos com titulo para o pagamento do sello correspondente.

A este respeito dispõe o regulamento de 18 de setembro do mesmo anno no artigo 75.º o seguinte: «Os arrendamentos feitos sem titulo são equiparados aos feitos com titulo para o pagamento do sello correspondente, e os locadores podem manifesta-los por meio de declaração escripta, sellada com o sello devido pelo contrato, ante o escriptão de fazenda do concelho ou bairro da situação dos predios.»

Ha profundas differenças e grandes pontos de contacto entre a venda e o arrendamento.

Na compra e venda cede-se a *cousa*, na locação o *uso* da *cousa*: até o codigo da Austria, artigo 1094.º, considera a locação como venda do *uso* da *cousa*; e esta é a differença característica entre o arrendamento e a venda. As obrigações porém do vendedor e do locador são muito semelhantes, com a differença de que na venda se trata da propriedade, e na locação do uso. Não deve em caso algum confundir-se o *uso* que resulta da locação, com o *uso* proveniente do usufructo, que é muito mais pleno.

A locação não abrange como a venda, os bens mobiliarios e os immobiliarios; porque não podem tomar-se n'esta acceção amplissima as palavras «*immovel*» e «*movel*» empregadas no artigo 1596.º Tambem a locação não pôde comprehender, como a venda, cousas fungiveis, artigo 1633.º, cujo uso não pôde ceder-se sem a propriedade.

Por direito anterior o arrendamento abrangia, alem dos predios rusticos ou urbanos, os fóros e quaesquer prestações; e ainda hoje

continuam em uso arrendamentos de toda a especie de bens immobiliarios.

Porém o codigo diz muito positivamente, no artigo 1596.º, que o arrendamento versa sobre *cousa immovel*, bem como o aluguer sobre *cousa movel*, e com relação ao aluguer repete a mesma expressão no artigo 1633.º Verdade seja que no artigo 1634.º, a respeito do aluguer, emprega a expressão *mobiliarios*; mas no artigo immediato, 1635.º, sujeita ás regras da *cessão* a transferencia do direito de perceber, por tempo e preço certos, quaesquer prestações ou rendas.

Parece pois que o aluguer só tem por objecto as *cousas moveis* propriamente ditas, e o arrendamento os predios rusticos ou urbanos, nos termos do artigo 374.º; e que o direito de receber quaesquer prestações ou rendas se rege pelas regras relativas á *cessão*, artigo 1635.º

Conseqüentemente, ainda que se arrendem pelo mesmo titulo bens immoveis e immobiliarios, a locação d'estes ha de ser regida, não pelas regras relativas ao arrendamento, mas pelas regras relativas á *cessão* de bens ou direitos.

N'esta secção consigna o codigo apenas as disposições relativas ao arrendamento dos bens immoveis, mas essas disposições são igualmente applicaveis ao aluguer dos bens moveis em tudo o que não repugnar á sua indole, artigo 1634.º

No arrendamento a pessoa que concede o *uso* *cousa* chama-se *senhorio*, e a que o aceita *arrendatario*.

O preço do arrendamento não é essencial pagar-se em *dinheiro*, artigo 1603.º, como o da compra e venda. O preço do arrendamento pôde ser pago em fructos, contantoque a pensão seja *certa* e *determinada*, citado artigo 1603.º, e não uma *quota*, alias degenera em parceria agricola, nos termos do artigo 1299.º, ou em contrato de sociedade.

O mesmo é com o fóro, que ha de constar de quantidade certa, e não de quotas incertas, artigo 1656.º, conquanto em regra possa ser estipulado em qualquer genero. Apenas, quando o emprazamento for de predio urbano ou de chão para edificar, é que o fóro será sempre a *dinheiro*, artigo 1658.º, como já dispunha a ordenação, livro IV, titulo XI, que n'este caso mandava aforar a *dinheiro* ou *aves*, talvez porque as casas não produzem os generos, que podem ser pensão nos predios rusticos. No entretanto hoje, que a moeda é um valor como qualquer outro, a restricção determinada no artigo 1658.º não tem explicação plausivel em presença da sciencia economica.

Por direito anterior a *locação* abrangia, não só o uso e fruição de certa *cousa*, mas tambem a *prestação de serviços* debaixo das suas variadas fórmãs, de modo que do contrato de locação faziam-se duas especies principaes: a *locação de cousas* e a *locação de obras*.

Mas pelo codigo não está sujeito ás regras do arrendamento, como era pelo direito anterior, o contrato da *prestação de serviços*, que agora se rege pelas disposições consignadas nos artigos 1370.º e seguintes.

O codigo permite os arrendamentos *perpetuos*? Pelo direito anterior eram admittidos em casos excepcionaes, podendo consultar-se sobre este ponto os alvarás de 3 de novembro de 1757, de 21 de maio de 1764, de 20 de junho de 1774, de 27 de novembro de 1804, a resolução de 6 de novembro de 1770, a lei de 4 de julho de 1776, etc.

Pela antiga legislação era de sua natureza temporario, salvas casos especies, o contrato de arrendamento.

O alvará de 21 de maio de 1764 ordenou que não fossem expulsos os lavradores das herdades do Alentejo e da casa de Bragança, nem lhes fossem levantadas as rendas enquanto as pagassem.

A resolução de 6 de novembro de 1770 determinou que nas herdades das commendas das tres ordens militares não fossem despedidos os colonos, nem lhes fossem levantadas as rendas, emquanto ali se conservassem com suas familias, determinação que o alvará de 20 de junho de 1774 ampliou a todas as herdades do Alemtejo.

Finalmente, o alvará de 27 de novembro de 1804 ampliou os fundamentos do despejo ao caso de não se terem feito bemfeitorias, e permitiu o augmento de rendas de nove em nove annos, precedendo arbitramento de louvados.

Eis-aqui a legislação especial sobre arrendamentos ou *colonias perpetuas*.

A ordenação, livro IV, titulo XLV, § 3.º, determina que no caso que o senhor da vinha ou herdade a dê de renda por certa quantidade de pão, vinho, azeite ou dinheiro, por muito ou por pouco tempo, sempre o contrato passe aos herdeiros, porque é contrato de arrendamento. E no § 2.º applica igual disposição aos contratos de arrendamento a meias por tempo de dez annos e mais.

Por isso, nos termos da ordenação, livro IV, titulo IX, *pr.*, e titulo XLVIII, § 8.º, o contrato de arrendamento que excedesse a dez annos convertia-se em aforamento.

Ainda assim a mesma ordenação, no titulo XXIV, marcava quatro casos em que o senhorio podia despedir o arrendatario antes de findo o arrendamento, quando pelo código só nos dois casos previstos no artigo 1607.º é que o senhorio pôde despedir o arrendatario sem ter findado o praso do contrato.

O alvará de 3 de novembro de 1737 determinou que os contratos de locação por longo tempo, que não fossem de aforamento ou *phatiota*, ou em vidas, com inteira trasladação do util dominio ou para sempre, ou pelo menos por tres vidas, se julgassem de simples locação ordinaria, sem que fosse visto transferir-se por elles dominio algum a favor dos locatarios.

A ordenação tinha auctorisado os arrendamentos *por dez annos e mais, e por pouco ou muito tempo*, isto é, os arrendamentos a longo praso, mas com um praso certo e com limitação prefixa nos contratos. O alvará de 3 de novembro de 1737 veio apenas declarar que taes arrendamentos em caso nenhum transferiam dominio aos locatarios.

A lei de 4 de julho de 1776, definindo no seu preambulo o contrato de locação por longo tempo, de annos ou de vidas, que consiste em aforar casas, quintas ou terras fructíferas pela mesma renda que costumam andar, sem a necessidade de n'ellas se fazer bemfeitoria alguma para produzirem as sobreditas rendas em que são aforadas, manda considerar como colonias perpetuas, ou contratos de locação por longos annos, e de vidas, os ditos aforamentos de casas, quintas e terras fructíferas pelas mesmas rendas em que costumaram a andar, ficando os *colonos d'esta nova especie* sujeitos aos direitos dominicaes estabelecidos nos contratos.

Porém esta lei tambem no seu preambulo se referiu unicamente aos contratos de locação por longo tempo, de annos ou de vidas, mas sempre com praso certo, maior ou menor, conforme pela citada ordenação eram permittidos. E reduz-se a applicar aos aforamentos, a longo praso ou perpetuos, de predios cultivados, pela mesma renda em que andavam, as regras por que se costumam a julgar as questões entre os rendeiros ou colonos e os seus respectivos senhorios, isto é, os principios do contrato de locação.

Esta lei porém não permite arrendamentos perpetuos em geral: refere-se só aos arrendamentos de terras cultivadas; e como estes eram

perpetuos ou a longo praso, a lei, mandando applicar-lhes os principios do contrato de locação, considera-os como colonias perpetuas, porque assim haviam sido accordados pelas partes. A lei, convertendo-os em arrendamentos, não podia deixar de conservar-lhes a primitiva natureza de perpetuos.

Portanto estes aforamentos passaram a ser arrendamentos perpetuos, sendo assim uma hypothese especial que não pôde constituir regra geral.

E tanto que a lei de 4 de julho de 1776 faz referencia ás colonias perpetuas permittidas no Alemtejo, quando applica os principios da locação aos aforamentos de propriedades cultivadas.

Por esta fórma as colonias perpetuas estabelecidas pela lei de 4 de julho de 1776, § 1.º, que consistiam em casas já feitas, ou quintas habitaveis, ou terras fructíferas, deixaram de ser reguladas pelas leis do arrendamento, e são consideradas para todos os effeitos como *emphyteuse*. Hoje mesmo, depois da promulgação do código, não havia intertense em regular pelas regras do arrendamento os aforamentos de terrenos já cultivados, porque os rendeiros não podem actualmente pedir abatimento de renda por esterilidade, artigo 1630.º, como lhes era permittido pelo direito anterior, ordenação, livro IV, titulo XXVII; e alem d'isso acabou o direito de rescindir os contratos por lesão, artigo 1382.º, que era garantido na lei anterior.

O código permite aos pactuantes o estipularem o arrendamento pelo tempo que lhes aprouver, artigo 1600.º; mas este tempo deve ser certo, nos termos do artigo 1393.º Parece pois que o arrendamento pôde fazer-se pelos prazos mais longos, por mil, ou dois mil annos, contantoque se *determine* o tempo da duração, e que não se estabeleça a clausula da perpetuidade. Nem pôde suppor-se que fosse outra a mente do legislador, que não quereria deixar perpetuamente dividido o dominio e a fruição.

O código, mesmo n'outros artigos, só faz menção de arrendamentos por tempo *determinado*, e por tempo *indeterminado*, isto é, não declarado no contrato, artigos 1623.º, 1628.º e 1629.º, mas em nenhum artigo faz a mais leve referencia a arrendamentos perpetuos.

Nem pôde admitir-se que o legislador, que prohibiu os censos de futuro, reconhecesse arrendamentos com perpetuidade.

No entretanto pôde fraudar-se completamente o pensamento da lei, disfarçando transmissões de propriedade sob fórma de arrendamentos quando estes são a longuissimo praso, e essa fraude não pôde evita-la completamente o imposto do sello, aindaque augmenta na razão da duração do contrato, visto o n.º 2.º da classe 6.ª, da tabella n.º 2, annea ao regulamento da lei do sello de 18 de setembro de 1873.

Por isso o novo código italiano não permite arrendamentos por mais de trinta annos, salvo sobre casas, que pôde ser vitalicio, e sobre terras incultas, que pôde elevar-se a cem annos.

Como porém o nosso código não estabelece providencia especial com relação aos arrendamentos de preterito, ha de com respeito a estes regular a lei vigente ao tempo em que foram feitos.

Sem embargo do silencio das nossas leis, e das leis romanas, que bem ao contrario pareciam mandar regular o contrato de arrendamento pelas regras relativas á compra e venda, já tinha entre nós grande auctoridade o artigo 1709.º do código civil francez, que exigia a *certeza* da duração do arrendamento como circumstancia necessaria para a sua validade. E o nosso código, não providenciando com relação aos arrendamentos de preterito, implicitamente reconheceu que a doutrina que estabelecia não era differente da reconhecida por direito anterior.

A faculdade da prorrogação do arrendamento por tempo indefinido, *verbi gratia*, até o arrendatario se pagar, pelas rendas, de quaesquer adiantamentos feitos ao senhorio durante o arrendamento de prazo definido, não é incompatível com as provisões do código, que exigem que o arrendamento seja por tempo certo; e a citada tabella n.º 3, classe 3.ª, n.º 8.º, annexa á lei do sello de 2 de abril de 1873, reconhece a validade de arrendamentos sem estipulação de prazo, ou com prazo incerto, no que vae de accordo o respectivo regulamento de 18 de setembro do mesmo anno, tabella 2.ª, classe 6.ª, verba n.º 2.

Portanto os arrendamentos perpetuos devem considerar-se como de tempo indeterminado.

É até incompatível com a indole do arrendamento, em que não se transfere o dominio, com a *perpetuidade* do contrato, que importa necessariamente a transmissão de propriedade. Alem de que do artigo 1654.º se infere que o arrendamento não pôde ser perpetuo.

A *emphyteuse* é por natureza perpetua; e todos os contratos, ainda com o nome e forma de *emphyteuse*, mas *por tempo limitado*, serão tidos como arrendamentos, e, como taes, regulados pela legislação respectiva, citado artigo 1654.º Logo, a clausula da *perpetuidade* é tão essencial ao contrato *emphyteutico*, como a *de limitação de tempo* ao arrendamento. As regras relativas aos arrendamentos são unicamente applicaveis a contratos de duração *limitada*.

O arrendamento poderia considerar-se propriedade imperfeita, visto que o artigo 2169.º, especificando os direitos comprehendidos no direito de propriedade, enumera em primeiro lugar o *direito de fruição*; e o arrendamento consiste na *fruição* de certa coisa, artigo 1595.º

Goyena chama aos arrendamentos *uma segunda propriedade*, e pelo nosso código estão sujeitos a registro nos casos do artigo 1622.º

Demais, são consideradas propriedades imperfeitas o *usufructo*, que acaba pela morte do usufructuario, artigo 2241.º, o *uso e habitação*, que se limitam ás necessidades pessoais quotidianas, artigo 2254.º, o *censo consignativo*, que pôde ser remido pelo censuario, artigo 1648.º, quando o arrendamento, que pôde durar milhares de annos, não é considerado propriedade imperfeita, nem vem comprehendido nas especies de propriedade imperfeita, descriptas no artigo 2189.º

Porém o arrendamento não é considerado propriedade imperfeita, porque não encerra particula alguma de dominio. Está no caso da *hypotheca*, que muito diminua, e pôde até absorver o valor da propriedade, e que ninguem considera propriedade imperfeita.

Art. 1597.º Podem locar todos os que podem contratar e dispor do uso ou fruição da coisa locada.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 1598.º Não pôde, todavia, locar o com-proprietario de coisa indivisa, sem consentimento dos outros com-proprietarios ou de quem os represente, excepto o que, ácerca do quinhão, vae estabelecido no artigo 2191.º

(Vid. nota ao artigo 1566.º)

Art. 1599.º Podem aceitar a locação todos os que podem contratar, salvas as seguintes excepções:

1.º É defezo aos magistrados, juizes, e quaesquer outros empregados publicos, tomar de aluguer ou de arrendamento,

quer por si, quer por interposta pessoa, quaesquer bens postos em locação pelo tribunal, juizo ou repartição, onde exercem magistratura, jurisdicção ou emprego;

2.º É defezo aos membros de qualquer estabelecimento publico tomar de aluguer ou de arrendamento, por si, ou por interposta pessoa, quaesquer bens pertencentes ao dito estabelecimento.

§ unico. São interpostas pessoas as que declara taes o artigo 1567.º § unico.

1.º e 2.º (Vid. notas aos artigos 244.º e 643.º, n.º 2.º)  
§ unico. (Vid. nota ao artigo 1481.º)

Art. 1600.º A locação pôde fazer-se pelo tempo que aprouver aos estipulantes, salvas as disposições dos dois artigos seguintes:

(Vid. nota ao artigo 1595.º)

Art. 1601.º Os administradores de bens dotaes e os usufructuarios vitalicios ou fideicommissarios podem arrendar, pelo tempo que quizerem; mas, se o arrendamento ainda durar quando findar a administração do dote, o usufructo ou o fideicommisso, findará com elles.

§ unico. O usufructuario por tempo limitado não pôde fazer arrendamento por tempo que exceda o do seu usufructo; porém, se o fizer, não ficará de todo nullo o arrendamento, mas só pelo que toca ao tempo que exceder á duração do usufructo.

(Vid. artigos 2207.º e 2224.º) No projecto primitivo estavam os artigos 1680.º e 1681.º, correspondentes ao artigo 1601.º do código, redigidos nos seguintes termos:

«Artigo 1680.º Os que administrarem bens vinculados ou dotaes, usufructuarios vitalicios, ou fideicommissarios, não podem dar de locação os ditos bens, senão pelo tempo do costume na terra; comtanto que não exceda o prazo de nove annos, nem recebam a renda adiantada por mais de um anno.

«Artigo 1681.º O usufructuario, por tempo limitado, não pôde fazer arrendamento por tempo que exceda o do seu usufructo.»

De conformidade com estes principios estatua o projecto primitivo no artigo 2372.º, correspondente ao artigo 2207.º do código, que o usufructuario podia gosar pessoalmente da coisa, arrendala ou alugala; mesmo alienar o seu usufructo; mas que os contratos que fizesse não poderiam produzir effeito, senão emquanto não findasse o usufructo, salvo o disposto no artigo 1680.º (1601.º do código).

A redacção e a doutrina estão no código muito melhor do que no projecto primitivo.

O usufructuario pôde dar de locação as consas, objecto do usufructo, e até vender o seu direito de usufruir, artigo 2207.º, o que o usuario já não pôde fazer, artigo 2258.º

O usufructuario porém, que alienar o seu usufructo por qualquer

fôrma ou título, responde sempre pelos danos que os bens padecerem por culpa da pessoa que o substituir, artigo 2224.º

Também os contratos que fizer o usufructuario, ou o usufructo seja por um periodo determinado, ou por toda a sua vida terminam, logo que termina o usufructo, pela regra — *Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum*. Não se lhe concedem em caso nenhum mais nove annos para o gozo do arrendamento, como era aliás permitido pelo projecto primitivo.

O arrendamento de bens de menores pôde continuar, ainda depois da morte do tutor ou do pupillo, nos termos dos artigos 224.º, n.º 14, e 243.º, n.º 6; mas o dos bens usufruidos cessa com o termo do usufructo, porque terminam os direitos do usufructuario, que não podia dispôr para epocha em que o direito de dispôr pertencia já a outrem. Por isso não podem ser penhorados os rendimentos do predio, depois da morte do usufructuario; e, se o forem por divida d'este, pôde o proprietario oppôr embargos de terceiro, visto que com a morte do usufructuario cessou qualquer encargo, a que elle houvesse sujeitado os rendimentos. Assim o decidiu a relação de Lisboa, em accordão de 30 de maio de 1871, publicado na *Revista de lagislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 172.

Em virtude d'estes mesmos principios determinava o decreto de 4 de abril de 1832, que os successores de vinculo tinham o direito de exigir do rendeiro as rendas dos bens vinculados que este houvesse pago adiantadamente ao administrador antecedente, sem que o immediato successor consentisse no contrato, como também julgou o supremo tribunal de justiça, em accordão de 14 de agosto de 1870, publicado no *Diario do governo* de 8 de outubro do mesmo anno. Cessa igualmente o arrendamento dos bens dotaes com a dissolução do matrimonio, ou com a separação judicial, porque o marido é obrigado a entrega-los desde logo á mulher ou a seus herdeiros, nos termos dos artigos 1456.º e seguintes.

Escusado era modificar a palavra « usufructuarios » com o qualificativo « vitalicios » ou « fideicommissarios, » porque hoje o fiduciario, quanto a direitos e obrigações, não faz differença alguma do usufructuario, artigo 1873.º

Art. 1602.º Nos arrendamentos dos bens de menores e interdictos observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 243.º n.º 6.º, 263.º, 264.º, 265.º e 266.º

(Vid. nota ao artigo 224.º n.º 14.)

Art. 1603.º O preço da locação ou renda pôde consistir em certa somma de dinheiro, ou em qualquer outra coisa que o valha, contanto que seja certa e determinada.

(Vid. nota ao artigo 1595.º)

Art. 1604.º A fôrma do arrendamento dos bens do estado, e de quaesquer estabelecimentos publicos, é regulada pela legislação administrativa.

(Vid. nota ao artigo 33.º)

Art. 1605.º Se no contrato não houver clausula alguma prohibitiva de sublocação, o locatario poderá sublocar livre-

mente, ficando, porém, sempre responsavel para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo, e mais obrigações derivadas da locação.

(Vid. artigo 1608.º n.º 2.) O projecto primitivo, reproduzindo a doutrina do projecto de codigo civil hespanhol, estabelecia a jurisprudencia contraria. Não permitia a sublocação sem consentimento do locador.

O artigo 1685.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1605.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: « o locatario não pôde sublocar sem consentimento do locador; se o fizer, responderá solidariamente com o sublocatario por perdas e danos, e poderá o locador rescindir o contrato ».

Logo nos trabalhos da primeira revisão, porém, foi substituido este preceito pelo que se encontra hoje no codigo.

A doutrina da commissão revisora é mais juridica, e é a do nosso direito velho. Não devia negar-se ao locatario o direito de dispôr livremente do uso da coisa, poisque lhe pertencia esse uso sem o character de direito pessoal; e sobretudo desde que elle ficava responsavel para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo, e pelas mais obrigações derivadas da locação.

Em virtude do principio geral reconhecido no artigo, pôde o locatario sublocar em todo ou em parte, e haver sublocações de sublocações sem numero limitado.

A sublocação sem accordo com o locador não cria relações algumas entre este e o sublocatario. O sublocatario ficará obrigado para com o locatario, e este obrigado para com o locador, respondendo pelos prejuizos que sobrevierem á coisa por culpa do sublocatario e dos seus familiares, artigo 1608.º, n.º 2, pela regra *habitor suam suorumque culpam praestare debet*.

O locatario deve tratar a coisa, como bom pae de familia, respondendo *pela culpa e negligencia*, citado artigo 1608.º, n.º 2.

No entretanto cremos que, não podendo o locatario pagar a renda, ou causando o sublocatario prejuizos na propriedade, pôde ser pedida a indemnisação a este directamente pelo senhorio.

A circumstancia de ficar sempre responsavel o locatario para com o senhorio pelo pagamento do preço locativo, e pelas mais obrigações derivadas da locação, não isenta o sublocatario de responder para com o senhorio, não pelas consequencias do contrato, porque nenhum tem com elle, mas pelas consequencias do *seu proprio facto* em prejuizo da propriedade do senhorio.

Pôde portanto haver acção directa do senhorio contra o sublocatario. O senhorio mesmo, quando quizer fazer despejar o possuidor do predio arrendado, deve intentar a acção, tanto contra o locatario como contra o sublocatario, aliás não poderá executar a sentença contra aquelle que não for ouvido nem convencido. Entre locatario e sublocatario ha as mesmas acções e excepções, que entre senhorio e locatario. Correia Telles, *Doutrina das acções*, § 377.

O sublocario de anterior arrendamento deixou de ter direito a elle, desde o momento em que expirou esse arrendamento, e que o dono da propriedade tomou posse d'ella com intimação para se considerar findo o arrendamento, como julgou a relação de Lisboa, em accordão de 7 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 9.

## SECÇÃO II

## DO ARRENDAMENTO

## SUB-SECÇÃO I

## DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS SENHORIOS E DOS ARRENDATARIOS

Art. 1606.º O senhorio é obrigado:

1.º A entregar ao arrendatario o predio arrendado, com as suas pertenças, e em estado de prestar o uso para que foi destinado;

2.º A conservar a coisa arrendada no mesmo estado durante o arrendamento;

3.º A não estorvar, nem embaraçar por qualquer forma o uso da coisa arrendada, a não ser por causa de reparos urgentes e indispensaveis; n'este caso, porém, poderá o arrendatario exigir indemnisação do prejuizo, que padecer por não poder servir-se da coisa, como era direito seu;

4.º A assegurar o uso da coisa arrendada contra os embaraços e turbações provenientes de direito, que algum terceiro tenha com relação a ella, mas não contra os embaraços e turbações nascidos de mero facto de terceiro;

5.º A responder pelos prejuizos, que padecer o arrendatario em consequencia dos defeitos ou vicios occultos da coisa, anteriores ao arrendamento.

O codigo denomina senhorio ao locador, e arrendatario ao locatario, quando trata do arrendamento de predios rusticos; e tratando da locação em geral, tambem o codigo emprega a palavra *locatario*, como quando não use do termo *locador* e sim do termo *senhorio*, como tudo se mostra d'este artigo 1603.º

1.º etc. A entrega da coisa é da *essencia* do contrato. Sem ella não pôde existir a convenção, porque é impossivel o gozo e fruição da coisa. A entrega deve fazer-se com todos os accessorios da coisa, aliás não será completa, e deve entregar-se o predio *em bom estado*, aliás será illusoria a entrega; porque sem isso não poderá o locatario tirar do objecto o proveito com que contava, como aconteceria se o proprietario arrendasse uma casa para habitação, sem que ella tivesse compartimentos e commodidades para este fim.

Se o proprietario da coisa a der de locação a mais de uma pessoa prevalece o direito d'aquella que estiver de posse, aindaque fosse posterior o contrato? Não. Deve observar-se a este respeito por analogia o disposto nos artigos 1578.º a 1580.º, vistoque os contratos se aperfeçoam pelo mero consentimento, salvo disposição especial de lei em contrario.

Portanto, se o arrendamento for sujeito a registo nos termos do artigo 1622.º, e estiver registado, prevalece o arrendamento que se achar primeiro inscripto. Se o arrendamento não for sujeito a registo, ou não estiver registado, prevalece o mais antigo, e se houver duvida sobre a prioridade do contrato, prevalecerá o direito do que estiver de posse.

O locador que arrendar o mesmo predio a diferentes pessoas, sendo o verdadeiro dono, não fica sujeito a pena alguma, porque é elemento constitutivo de incriminação n'este caso o  *fingir-se senhor da coisa*, segundo o disposto no artigo 430.º, n.º 1.º, do codigo penal.

(2.º e 3.º, etc. Vid. artigo 1611.º) O senhorio é obrigado a conservar a coisa durante o arrendamento no *mesmo estado de servir* para o uso a que é destinada, devendo para isso fazer os reparos necessarios, salvo os que por uso e costume estão, em rasão da sua pequena importancia, a cargo do locatario.

A obrigação porém de fazer os reparos não é da *essencia* do contrato, como é a entrega; mas é da sua *natureza*, porque a fruição da coisa é possivel com as reparações necessarias, seja quem for o que estiver obrigado a faze-las. Pôde tomar sobre si esse encargo o locatario.

O senhorio não pôde perturbar o arrendatario no uso da coisa arrendada, salvo para reparos indispensaveis e urgentes, como para levantar paredes, concertar telhados, etc. Mas se o arrendatario, em consequencia dos reparos, soffrer algum prejuizo, como se ficar privado de algum compartimento da casa, e tiver de arrendar outra durante as obras, ha de indemnisa-lo d'essa despeza o senhorio.

Pelo codigo civil francez, artigo 1724.º, não tinha o locatario direito a pedir indemnisação pelos prejuizos soffridos em consequencia dos reparos urgentes, por mais incommodos que fossem, e aindaque o privassem de parte da coisa arrendada, quando elles não duravam mais de quarenta dias. O codigo porém concede todas as garantias ao locatario, assegurando-lhe o direito de indemnisação em consequencia dos prejuizos soffridos com os reparos, por menor que seja o valor do prejuizo, e por mais curta que seja a duração dos trabalhos.

O arrendatario pôde *requerer* ao senhorio os reparos necessarios; e se este, judicialmente requerido, os não fizer, fica ao arbitrio do arrendatario a alternativa ou de rescindir o contrato com perdas e danos, ou de mandar fazer os reparos por conta do senhorio, artigo 1611.º

N'este caso porém deve o locatario usar do meio committatorio, fazendo citar o senhorio para dentro de certo prazo fazer os reparos, sob pena de os pagar, mandados fazer pelo arrendatario, servindo a este de titulo de execução a sentença que condemnar o senhorio a fazer os reparos n'um prazo certo.

A proposito da doutrina d'este n.º 3.º convem apreciar a disposição do artigo 380.º do codigo penal, que tem sido largamente debatida na imprensa juridica. Nos termos do citado artigo 380.º do codigo penal o que se introduzir fora dos casos, em que a lei o permite, ou persistir em ficar na casa de habitação de alguma pessoa por meio de violencia ou de ameaça, não tendo intenção de commetter outro crime, é punido com a prisão de quinze dias a seis mezes, sendo a pena de prisão de um a tres annos no caso de escalamento, arrombamento ou chaves falsas.

São pois elementos constitutivos do crime previsto no artigo 380.º do codigo penal: 1.º, que o delinquento se introduza, ou persista em ficar em casa; 2.º, que para o conseguir empregue violencias ou ameaças; 3.º, que a casa seja de habitação.

Será comprehendido no artigo 380.º do codigo penal o dono da propriedade que a arrendou, e que durante o periodo do arrendamento n'ella se introduziu por ameaças ou violencias?

Decidem alguns pela negativa com o fundamento de que na especie do citado artigo não ha crime, não sendo *atheia* a casa, em que o

delinquente se introduz, porque a casa não deixa de ser do senhorio pelo facto de a arrendar e porque a epigraphe da secção, em que se acha collocado o artigo 380.º do código penal, « introdução em casa alheia », combinada com o artigo 48.º do mesmo código, que prohibe argumentar em materia penal por indução, analogia ou maioria de razão, exclue a idéa de applicar a disposição do referido artigo ao dono da casa.

Nós porém seguimos outra opinião. No artigo 380.º do código penal trata-se, não da propriedade da casa, mas do direito de a habitar, e, desde que o senhorio não pôde estorvar o uso da cousa arrendada, artigo 1606.º, n.º 3.º, tanto direito tem de habitar a casa o arrendatario durante o arrendamento, como o senhorio que a não arrendou.

O arrendatario tem na casa arrendada um asylo inviolavel nos termos do artigo 145.º § 5.º da carta, como o senhorio, que não tem o seu direito limitado pelo facto do arrendamento.

A epigraphe da secção não pôde prevalecer sobre o preceito do artigo, que se refere, não à *introdução em casa alheia*, mas à *introdução na casa de habitação de alguma pessoa*.

4.º etc. (Vid. nota ao artigo 1046.º) Intentando-se uma acção de esbulho contra os arrendatarios de uma quinta, podem estes nomear á demanda, ou chamar á autoria os donos dos predios arrendados, como decidiu a relação do Porto em accordo de 24 de fevereiro de 1874, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 47.

Entendiam alguns que os arrendatarios não podiam chamar á autoria os senhorios n'este caso, porque as acções de força só podem ser intentadas pelos turbados ou esbulhados contra os turbadores ou esbulhadores.

Porém os arrendatarios, que já por direito anterior, ordenação, livro III, titulo XLV, § 40.º, podiam nomear os senhorios á demanda, evidentemente os podem chamar hoje tambem, vista a disposição do artigo 1608, n.º 4.º

Demais, a turbação ou esbulho em predio arrendado parece dirigida mais contra o senhorio, do que contra o arrendatario.

5.º, etc. (Vid. nota ao artigo 637.º)

**Art. 1607.º** O senhorio poderá, comtudo, despedir o arrendatario, antes de o arrendamento acabar, nos casos seguintes:

1.º Se o arrendatario não pagar a renda nos prazos convencionados;

2.º Se o arrendatario usar do predio para fim diverso d'aquelle que lhe é proprio, ou para que foi arrendado.

1.º, etc. (Vid. artigo 1608.º, n.º 1.º) A primeira obrigação do arrendatario é pagar a renda no tempo e fórma convencionados, ou segundo o costume da terra na falta de ajuste, artigo 1608.º, n.º 1.º Como esta obrigação é das principaes, o não cumprimento d'ella dá lugar á rescisão do contrato e á despedida do arrendatario. Não é só a falta de pagamento da renda nos prazos convencionados que dá lugar á despedida, mas tambem a falta de pagamento na fórma ajustada, porque o pagamento contra a fórma convencionada não é verdadeiro pagamento; *verbi gratia* o pagamento em fructos, quando devia ser em dinheiro, não é verdadeiro pagamento.

... Aqui a palavra « *fôrma* » refere-se tambem ao logar do pagamento. Enquanto a *fôrma* propriamente dita e ao tempo do pagamento deve observar-se o costume da terra em virtude do disposto no artigo 684.º, e enquanto ao logar o determinado no artigo 739.º

2.º etc. (Vid. artigo 1608.º, n.º 3.º) A segunda obrigação principal do arrendatario é usar da cousa segundo o ajuste, ou segundo a natureza d'ella, artigo 1608.º n.º 3.º Por isso dá tambem logar o não cumprimento d'esta obrigação á despedida do arrendatario; como se este destinasse para officina a casa arrendada para habitação, etc. N'este caso o arrendatario não usa, abusa, e é melhor prevenir o augmento do damno, ou a total destruição da cousa, do que trabalhar depois para a sua reparação.

É conveniente declarar no arrendamento, especialmente dos predios urbanos, o uso para que são destinados, não só para que o senhorio fique obrigado a fazer as obras que esse uso exige, como para que o rendeiro não se sirva do predio para outro fim, e para que no caso de transgressão possa ser despedido não obstante não ter findado o arrendamento.

Goyena no commentario ao artigo 1479.º do projecto de código civil hespanhol, fonte d'este numero, opina que a sua disposição abrange tambem o caso de omissão, como se o arrendatario da casa a tem fechada, e d'ahi resulta damno, porque se deterioram muito as casas destinadas á habitação, que são inhabitadas. A idéa de Goyena parece-nos razoavel e impléita na disposição do artigo. Pela ordenação, livro IV, titulo XXIV, muitos mais eram os casos em que o senhorio podia despedir o arrendatario antes de findo o arrendamento, como já tivemos occasião de ver.

**Art. 1608.º** O arrendatario é obrigado:

1.º A satisfazer a renda no tempo e fórma convencionadas, ou na falta de ajuste, conforme o costume da terra;

2.º A responder pelos prejuizos que sobrevierem á cousa arrendada, por sua culpa e negligencia, ou de seus familiares ou sublocatarios;

3.º A servir-se da cousa tão sómente para o uso convencionado, ou conforme com a natureza da cousa;

4.º A dar parte ao senhorio das usurpações, tentadas ou feitas por terceiro, e a defender os direitos do mesmo senhorio, nos termos ordenados na segunda parte do artigo 1451.º;

5.º A restituir a cousa, no fim do arrendamento, sem deteriorações, salvo as que forem inherentes ao seu uso ordinario.

1.º (Vid. nota ao artigo 1607.º, n.º 1.º)

2.º (Vid. nota ao artigo 1605.º)

3.º (Vid. nota ao artigo 1607.º, n.º 2.º)

4.º (Vid. nota ao artigo 1451.º)

5.º (Vid. artigos 1614.º, 1618.º, 1626.º e 1629.º Este numero do artigo determina expressamente que o arrendatario é obrigado a restituir a cousa, findo o arrendamento. Igual preceito se encontra no artigo 1614.º, onde se dispõe que o arrendatario não pôde recusar a entrega do predio, findo o arrendamento.



A redacção porém de outros artigos do código faz nascer a duvida, se o arrendamento finda *ipso facto* por terminar o prazo convencionado, ou se será indispensavel alem d'isso aviso de qualquer dos pactuantes para se julgar findo, e a este respeito tem-se professado diferentes opiniões na imprensa juridica, sobretudo com relação ao arrendamento dos predios urbanos, que é a hypothese mais frequente, e a mais questionada.

Sustentam uns, que o aviso do senhorio ao arrendatario, ou d'este ao senhorio para a cessação do arrendamento nos predios urbanos, só é necessario nos arrendamentos por tempo indeterminado, em presença das razões seguintes:

1.ª Que o aviso só é necessario n'estes arrendamentos para livrar os pactuantes dos prejuizos a que ficariam sujeitos com qualquer surpresa dos senhorios, tendo de terminar o arrendamento rapidamente; mas que, quando o arrendamento é feito por tempo certo e determinado, o aviso é desnecessario, porque o arrendatario sabe perfeitamente, quando termina o arrendamento;

2.ª Que do artigo 1618.º se deduz, que a prevenção não é necessario nos arrendamentos por tempo determinado, aliás a opposição nunca se daria depois de findar o arrendamento, como diz o artigo, vistoque seria intempestiva, e não poderia já ter logar; e que, se fosse necessaria a prevenção, datava a renovação do contrato desde o tempo em que esta se não fez, e nunca desde que findou o arrendamento, como dispõe o referido artigo do código;

3.ª Que a sub-secção do código em que se encontra regulada esta materia parece legislar só para o caso de indeterminação de tempo nos arrendamentos de predios urbanos, como se vê logo do artigo 1623.º, o primeiro da sub-secção 2.ª d'esta secção, sem que nos artigos seguintes se apresente hypothese alguma de arrendamento por tempo certo e determinado.

4.ª Que os artigos 1623.º e 1626.º são inteiramente independentes, e sem relação alguma, legislando cada um para casos diversos.

Dizem outros em contrario que nos arrendamentos de predios urbanos por tempo determinado nas terras onde não se usam escriptos, é precisa a prevenção quarenta dias antes de findar o arrendamento, para não se presumir renovado o contrato, e funda-se para isso nas razões seguintes:

1.ª Que a disposição do artigo 1626.º é generica, e não distingue entre arrendamentos de predios urbanos por tempo determinado ou por tempo indeterminado, e que onde a lei não distingue, não pôde o interprete distinguir, devendo assim entender-se que o artigo abrange tanto uns como os outros;

2.ª Que esta doutrina mais se confirma, comparando o artigo 1626.º com o artigo 1629, poisque este, exigindo a prevenção no arrendamento de predios rusticos, determina n'esta hypothese, para não se presumir renovado o contrato por tempo indeterminado, o que o artigo 1626.º estabelece em these, sendo na essencia o mesmo o pensamento dos dois artigos, e divergindo apenas quanto á forma;

3.ª Que nem as expressões finais do artigo 1626.º, «antes d'este findar», têm applicação, senão aos arrendamentos por tempo determinado; porque a um arrendamento por tempo indeterminado não pôde applicar-se a expressão «findar»;

4.ª Que a prevenção do senhorio ao arrendatario da cessação do arrendamento é sempre necessaria, não só para que este não presuma renovado o contrato nos termos do artigo 1624.º, mas tambem para que possa com antecipaçao escolher outra casa que habite, aliás se-

ria o arrendatario victima das surpresas, senão das repotencias do senhorio;

5.ª Que esta era já a doutrina da velha ordenação, que o código não alteraria, senão de modo muito explicito, porque a ordenação, livro IV, título XXII, §§ 1.º e 2.º, dizia que as pessoas que alugassem casas a outrem por tempo certo, deviam trinta dias antes que se acabasse o tempo do aluguer, requerer os alugadores que lh'as deixassem e despejassem, quando acabasse o tempo; e não tendo os senhorios prevenido com esta antecipaçao os arrendatarios, da cessação do arrendamento, ficava na escolha d'estes deixarem as casas, acabado o tempo por que as tenham alugado, ou ficarem n'ellas e pagarem o aluguer a seus donos;

6.ª Que a generalidade da inscripção da sub-secção 2.ª, *disposições espedias dos arrendamentos de predios urbanos*, exclue toda a idéa de se restringir a sua doutrina só aos arrendamentos de predios urbanos por tempo indeterminado;

7.ª Que as palavras «sem opposição», de que usa o artigo 1618.º, significam «sem que o senhorio intente a competente acção de despejo» e não excluem a necessidade da prevenção feita para a cessação do arrendamento; e que se tal conclusão se derivasse do artigo 1618.º ficaria elle em contradicção com o artigo 1629.º, que exige a prevenção nos arrendamentos dos predios rusticos, ou estes fossem por tempo determinado, ou por tempo indeterminado;

8.ª Que não é exacto que, se fosse necessaria a prevenção nos arrendamentos dos predios urbanos, a renovação do contrato dataria desde que tal prevenção se fizesse, porque o contrato renova-se desde o momento em que acaba, e a prevenção tem por fim obstar a que se presuma *relocação tacita*.

Ora não ha duvida de que o arrendamento por tempo determinado acaba findo o prazo convencionado, porque expressamente o preceituam assim os artigos 1608.º n.º 3, e 1614.º, sem haver a mais ligeira disposição de lei em contrario. Qualquer dos estipulantes pôde fazer-lo cessar, chegando o prazo do ajuste. O que se questiona é se para evitar a prorogação ou recondução do arrendamento é necessaria prevenção certo tempo antes de findar o respectivo prazo, e isto tanto nos arrendamentos dos predios rusticos, como nos de predios urbanos, e tanto nos arrendamentos por tempo determinado, como nos arrendamentos por tempo indeterminado.

Quanto aos arrendamentos de predios rusticos por tempo indeterminado, é necessaria a prevenção nos termos do artigo 1629.º do código, para se fixar o dia da cessação do arrendamento, vistoque no contrato se não fixou. Mas se o arrendamento foi por tempo determinado, escusada é tal prevenção. O artigo 1629.º não só não a estabelece, mas pela clareza da sua redacção nem pretexto dá a que se diga, que elle estabelece a necessidade de prevenção nos arrendamentos de predios rusticos por tempo determinado.

Portanto, com relação a estes arrendamentos por tempo determinado, subsiste em toda a sua força e sem modificação alguma o disposto no artigo 1608.º n.º 5, e no artigo 1614.º

Se não houvesse arrendamentos em que a prevenção fosse escusada, para não se presumir renovado o contrato, não teria razão de ser o artigo 1618.º, que o presume renovado, continuando o arrendatario sem opposição na fruição do predio, *depois de findar o arrendamento*, porque em logar das palavras que deixamos sublinhadas, devia dizer «depois de chegar o dia em que a prevenção devia fazer-se» para entre ella e o termo do arrendamento mediarem quarenta ou sessenta dias,

conforme se referisse a predios urbanos ou a predios rusticos, artigos 1626.º e 1629.º

A velha ordenação, ao passo que exigia a prevenção para evitar a renovação tacita nos arrendamentos de predios urbanos, por tempo determinado ou indeterminado, não prescrevia a mesma exigencia para os arrendamentos de predios rusticos. Neste ponto pois o codigo nada innovou do direito anterior.

Emquanto aos arrendamentos de predios urbanos ou rusticos, por tempo indeterminado, todos concordam em que é precisa a prevenção.

Conseqüentemente toda a questão versa em saber se tambem é necessaria a prevenção nos arrendamentos de predios urbanos por tempo determinado, e esta questão é para nós extremamente duvidosa.

Inclinamo-nos porém a que a prevenção é sempre necessaria nos arrendamentos de predios urbanos, ou sejam feitos por tempo determinado ou por tempo indeterminado.

A disposição do artigo 1626.º é muito generica, e não pôde considerar-se intimamente ligada com o artigo 1623.º, porque o legislador n'esta sub-secção limitou-se a consignar algumas disposições espezias isoladas, que não são dependencia immediata umas das outras.

Se o artigo 1626.º se refere só aos arrendamentos de predios urbanos por tempo indeterminado, como ligado com o artigo 1623.º, então nenhum dos artigos da sub-secção respeita aos arrendamentos por tempo determinado, o que é contrario á rubrica amplissima da sub-secção, que dispõe para o arrendamento dos predios urbanos em geral, sem restringir as suas disposições só aos arrendamentos por tempo indeterminado.

Em accordão de 22 de março de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 92, do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, com respeito a um arrendamento a praso fixo, que findára em 1870, que o locatario de predios urbanos não pôde ser obrigado a despejo quando não tiver sido prevenido em tempo habil pelo locador.

Eis o accordão:

«Considerando que, não havendo o senhorio despedido a tempo o locatario, conforme a ordenação, livro IV, titulo xxvii, §§ 1.º e 2.º, corroborada pelo artigo 1624.º do codigo civil, que *procede indistinctamente em todos os arrendamentos de predios urbanos*, não ha lugar ao rigor da citada ordenação, e do assento de 23 de julho de 1811.»

Se o aviso não for feito exactamente com o intervalo de quarenta ou sessenta dias, marcados nos artigos 1626.º e 1629.º, mas com maior antecipação, é do mesmo modo valido, porque o senhorio que assim procedeu, longe de contrariar as prescripções da lei, observou-as ainda com maior vantagem para o arrendatario, como julgou o juiz de direito da Figueira da Foz, em sentença de 18 de fevereiro de 1870, publicada na *Gazeta dos tribunaes*, n.ºs 4466 e 4477. Julgámos tambem ainda comprehendida nos principios geraes, organisados no codigo, a doutrina da lei 13.ª, § 11.º, *Digest. locati conducti*, pela qual a recondução do arrendamento equivalia a novo arrendamento, ficando tambem obrigados os penhores e caução do primeiro arrendamento, salvo no caso de ter sido prestada a caução por terceiro, que ficava desobrigado, findo o primeiro arrendamento, não tendo consentido expressamente na renovação.

O arrendatario tem tambem o direito de retenção por bemfeitorias, nos casos e nos termos determinados no artigo 1614.º O projecto primitivo nos artigos 1695.º e 1696.º, correspondentes ao artigo 1614.º do codigo, dizia assim:

«Artigo 1695.º Se o predio for de morada, sómente poderá ter lo-

gar a retenção pelo importe das bemfeitorias expressamente consentidas, ou feitas segundo o disposto no artigo 1691.º (artigo 1611.º do codigo).

«Artigo 1696.º Se o predio for de cultura, terá logar a retenção, não sómente pelas bemfeitorias consentidas, mas por todas as bemfeitorias, necessarias e urgentes, que o arrendatario fizer, mesmo sem consentimento do senhorio.»

A commissão revisora porém resolveu, segundo se lê em a nota ao artigo 1659.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1695.º do projecto primitivo, que para haver direito de retenção por bemfeitorias devem estas ser expressamente consentidas por escripto, ou autorisadas nos termos do citado artigo 1695.º do projecto (1611.º do codigo) e provadas *in continenti*, devendo estes preceitos applicar-se tanto aos predios urbanos como aos predios rusticos.

Porém como sobre a prova immediata das bemfeitorias pôde levantar-se contestação, deverá n'esse caso recorrer-se ao deposito da quantia articulada ou jurada, e realizar-se immediatamente o despejo.

A acção de despejo só pôde ser intentada com fundamento em contrato de arrendamento perfeito e consummado. Se alguém propor a acção com o fundamento de que o réu se apoderou do predio fundado apenas na promessa, que o auctor lhe fizera, de arrendar-l'ho, a petição de despejo é inepta, como julgou a relação do Porto em accordão de 26 de novembro de 1872, publicado no *jornal O Direito*, 5.º anno, n.º 3.º

Art. 1609.º O arrendatario não é obrigado a pagar os encargos do predio, excepto nos casos em que a lei expressamente o determine; e ainda em tal caso, serão pagos esses encargos por conta da renda, salvo se outra cousa tiver sido estipulada.

(Vid. artigos 1675.º, 2238.º e 2239.º) O que percebe os fructos e as rendas deve pagar todos os impostos que recaem sobre esses rendimentos, e que significam uma diminuição d'elles. Aindaque se paguem em dinheiro, representam a parte dos fructos que o estado teria direito de levantar em especie. Por isso o usufructuario, senhor *dos fructos*, é obrigado a pagar as contribuições que recaem sobre o *rendimento* dos bens, artigo 2238.º, ou esses impostos sejam para o estado, ou para o municipio, ou para a parochia, e ou sejam *ordinarios, geraes*, como os que se pagam annualmente no continente e nas ilhas adjacentes para as despezas do thesouro, ou sejam *espezias*, como os que lançam ás vezes os municipios extraordinariamente para a construção, por exemplo, de uma casa para o serviço municipal ou administrativo, etc.

O usufructuario não paga só os tributos, mas *tambem quaesquer outros encargos annuaes*, censos, pensões, etc., que sejam vencidos durante o periodo do usufructo. Não paga porém os atrazados.

Recaem sobre o usufructo, *verbi gratia*, a contribuição predial a pessoal, e a decima de juros, e sobre a propriedade, *verbi gratia*, os emprestimos forçados.

A contribuição de registo pelo usufructo e pela propriedade é paga nos termos da lei de 31 de agosto de 1869 e do regulamento de 30 de junho de 1870.

Na imprensa juridica levantou-se já questão sobre se o artigo 2239.º do codigo tinha revogado o artigo 8.º § 1.º da lei de 30 de ju-

nho de 1860, para o effeito de se liquidar a contribuição de registo por inteiro ao proprietario, a fim de ser paga nos termos dos §§ 1.º e 2.º do artigo 2239.º do código. Este artigo porém não tinha revogado nem alterado as disposições d'aquella lei fiscal.

Mas hoje cessaram todas as duvidas a este respeito em vista da citada lei de 31 de agosto de 1869, que impõe ao proprietario a obrigação de pagar por inteiro a contribuição de registo, e ao usufructuario a obrigação de pagar ametade, devendo cada um pagar quando entrar no gozo effectivo do seu direito.

O usufructuario é só obrigado ao *incommodo* de pagar os encargos que pesam sobre os fructos durante o tempo em que tem o *commodo* de gosar d'elles.

O arrendatario pelo contrario em caso nenhum é obrigado a supportar aquellos encargos, aindaque tenha de os pagar por disposição de lei especial, salva convenção em contrario.

A razão é porque o arrendatario pelo facto do arrendamento não é verdadeiramente o senhor da *renda*, que continúa a pertencer ao dono do predio, e apenas representa de *industrial*, sendo a sua industria a cultura do predio, e até lhe são lançadas contribuições n'esta qualidade, mas nunca como senhor dos fructos e da renda.

Durante o usufructo as contribuições lançadas directamente á propriedade são pagas: o capital da contribuição pelo proprietario, e os juros pelo usufructuario, artigo 2239.º, vistoque se se vendesse a porção de propriedade precisa para o pagamento da contribuição, ficaria o proprietario sem aquella parte de capital, e o usufructuario sem os rendimentos que ella produziria. Assim decretado um imposto de guerra, ou um emprestimo forçado, em que coubesse 100\$000 réis á propriedade, separada do usufructo, pagava o proprietario esta somma, e recebia do usufructuario 5\$000 réis por anno de juro, enquanto o usufructo durasse.

Consequentemente, se o proprietario paga a contribuição, deve o usufructuario abonar os juros, porque em compensação recebe os fructos da parte que deixou de alienar-se em virtude do pagamento, e a obrigação de pagar recae *directamente* sobre o proprietario, artigo 2239.º, § 1.º

Se porém o usufructuario se *antecipar* a fazer o pagamento, tem direito a ser reembolsado pelo proprietario ao terminar do usufructo, vistoque lhe conserva a parte da propriedade representada pelo pagamento anticipado; mas não tem direito aos juros que estão compensados com os fructos percebidos, e que o usufructuario não perceberia, se a parte da propriedade tivesse sido alienada.

É tambem o usufructuario quem paga os fóros, porque as pensões emphyteuticas são *encargos annuaes*, artigo 2238.º Verdade seja que já vimos sustentar na imprensa juridica, que os fóros recæem sobre o predio, e não sobre a renda, vistoque pelos artigos 1687.º e 1688.º só a destruição total ou parcial do predio é que justifica a extincção do contrato, ou a modificação do fóro.

Este argumento porém é de todo improcedente. O dominio directo pesa sobre o predio, mas as pensões annuaes recæem sobre o producto do predio; e se a destruição parcial ou total do predio influe no pagamento do fóro, é porque a destruição do predio importa a aniquilação da renda. O usurario porém não é obrigado a pagar os fóros, porque não tem direito a servir-se das cousas senão para as suas necessidades pessoais, *ad usum proprium tantum*, enquanto que o usufructuario tem direito a servir-se d'ellas, tanto para as suas necessidades pessoais, como para o seu recreio, *ad compendium etiam et voluptatem*.

Na emphyteuse recæem as contribuições sobre o senhorio e sobre o foreiro, artigo 1675.º, porque ambos têm direito aos rendimentos. O senhorio tem direito á pensão emphyteutica, e o foreiro fica com a differença que houver entre a pensão e o rendimento real do predio. Porém a fazenda recebe todos os tributos só do foreiro, ficando a este o direito de descontar ao senhorio, no pagamento do fóro, as contribuições correspondentes á pensão que elle recebe.

A disposição do artigo 1675.º é applicavel tanto aos emprazamentos de futuro, como aos de preterito, artigo 1694.º

A redacção do artigo 1675.º, demais applicavel aos emprazamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º, desde logo levantou as seguintes duvidas, sobre que se tem escripto muito na imprensa juridica: 1.º, devem reputar-se sem effeito as estipulações expressamente inseridas nas investidas de preterito, pelas quaes os foreiros tomaram sobre si o encargo de pagar a expensas suas, e sem direito de abono, todas e quaesquer contribuições presentes e futuras, correspondentes aos fóros? 2.º, pôde estipular-se nos emprazamentos de futuro que o pagamento das contribuições fique a cargo do foreiro sem o direito de exigir o abono do senhorio?

Decidia pela affirmativa em ambos os casos o sr. Silva Ferrão no seu dicionario ao código, verbo *tributos*, fundando-se em que o artigo 672.º, estabelecendo *em geral* que é licito aos contrahentes ajuntar aos seus contratos as condições ou clausulas que bem lhes parecerem, tem, como ahi se declara, na *especialidade emphyteutica* a excepção que se vê no artigo 1671.º, exclusiva de quaesquer outros direitos a favor do senhorio directo, que não sejam o de haver os fóros em divida com os juros da mora.

Quanto á primeira duvida. Entendiam alguns que os foreiros nos emprazamentos de preterito tinham hoje o direito de exigir dos senhorios o abono das contribuições correspondentes ao fóro, aindaque tivessem tomado sobre si no contrato a responsabilidade de as pagar, e fundavam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que, nos termos do alvará de 9 de maio de 1654, titulo II, § 1.º, e carta constitucional, artigo 145.º, §§ 14.º e 15.º, cada cidadão devia contribuir para as despezas do estado em proporção dos seus haveres, e que este principio não podia ser derogado por convenção em contrario, vista a sentença da lei 45.ª § 1.º *Dig. de regulis juris — Privatorum conventio juri publico non derogat*;

2.º Em que o código, applicando ao artigo 1694.º e ao artigo 1675.º aos emprazamentos de preterito, não resalvara as estipulações em contrario, como aliás fizeram a lei de 7 de abril de 1838 no artigo 6.º e o decreto com força de lei de 31 de dezembro de 1852 no artigo 8.º § unico;

3.º Em que, se o código quizesse resalvar as estipulações em contrario feitas nos emprazamentos de preterito, seria explicito a este respeito, como o foi em muitos outros casos, aliás de menor importancia, poisque só no livro II, parte II do código, desde o capitulo V do titulo I até ao capitulo XIII do titulo II, se encontram quarenta e dois artigos em que expressamente se resalvam as disposições em contrario, como são os artigos 680.º, 712.º, 715.º, 726.º, 746.º, etc.

A nossa opinião porém era outra. Entendiamos que os contratos deviam ser regulados pela legislação vigente no tempo em que foram celebrados; e pela legislação anterior á promulgação do código civil era licito estipular que o pagamento de todas as contribuições presentes e futuras ficasse a cargo dos foreiros.

Não podia deixar de ser da mente do código respeitar os contratos

celebrados á sombra da lei anterior, que só devem reputar-se feridos pela lei nova em presença de disposição expressa e muito explicita.

No artigo 1693.º manda o código conservar o laudemio na forma estipulada nos empraçamentos de preterito, o que significa desejo de respeitar os direitos adquiridos á sombra da lei anterior, visto que prohibiu a estipulação de laudemios de futuro; e no artigo 1689.º mantêm os empraçamentos de preterito na forma dos respectivos títulos, salvas as modificações estabelecidas na secção, em que está collocado aquelle artigo.

Seria mesmo injusto que o senhorio fosse obrigado a pagar a contribuição correspondente ao fôro, quando elle se tinha contentado com uma pensão menor, exactamente por o foreiro ter tomado sobre si o encargo de pagar as contribuições.

Devia portanto entender-se o artigo 1675.º no sentido de não abrangem os empraçamentos de preterito em que se tivesse convençãoado que o pagamento das contribuições ficasse a cargo do foreiro; e n'este sentido julgára a relação do Porto em accordãos de 27 de julho de 1869, e de 12 de novembro de 1872, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 403 e 270.

Se porém as contribuições estavam a cargo do foreiro, não por convenção expressa, mas por uso e costume, deveria observar-se a mesma jurisprudencia?

Desde tempo immemorial até 1863 sempre se pagára o dizimo nas ilhas dos Açores, isto é, a decima parte do producto bruto da propriedade rustica, e o seu pagamento sempre fôra feito exclusivamente pelo cultivador, ou fosse senhor da propriedade, ou rendeiro, ou foreiro, e sempre se entendêra que devia ser feito assim semelhante pagamento, e tanto que o senhorio, quando arrendava ou aforava, não estipulava no titulo do contrato condição alguma de ser feito o pagamento do dizimo pelo rendeiro ou foreiro, porque semelhante condição tacitamente se subentendia, e nem o rendeiro ou foreiro se oppunha ao pagamento, nem exigia desconto ao senhorio, que sempre percebia o seu fôro por inteiro.

Porém este imposto do dizimo fôra ali substituído em 1863 pela contribuição predial, em virtude das disposições da lei de 11 de setembro de 1861.

Parecia portanto que era applicavel á estipulação tacita a jurisprudencia que se applicava á estipulação expressa. Os senhorios recebiam por inteiro o seu fôro sem pagar contribuição alguma. Era sobre os foreiros que pesava a contribuição do dizimo. Sobre elles pois devia pesar a contribuição que substituíra aquelle imposto. N'este sentido responderá a associação dos advogados de Lisboa, como pôde ver-se a paginas 18 e seguintes do tomo 1 do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*.

Quanto á segunda duvida. Diziam alguns que podia estipular-se que o foreiro pagasse todas as contribuições actualmente reconhecidas nas nossas leis e todas as que as substituíssem; porque nem o artigo 1657.º é applicavel aos empraçamentos de preterito, visto o artigo 1694.º, nem o encargo das contribuições é *extraordinario* ou *casual*, mas sim uma contribuição ordinaria e até certo ponto determinada; que as partes podem ajustar que o pagamento das contribuições ficasse só a cargo do foreiro ou só a cargo do senhorio, sem contrariarem com isso o preceito do artigo 1675.º, cuja disposição pôde alterar-se por convenções particulares, porque não é de ordem publica; e que a primeira lei a este respeito era a convenção das partes, segundo se infere da lei de 3 de abril de 1873.

Nós porém sustentavamos que em face do artigo 1695.º do código não podia hoje estipular-se nos empraçamentos, que ficassem a cargo do foreiro as contribuições correspondentes ao fôro.

Nullos são os contratos ou actos contrarios ás obrigações impostas por lei, artigo 671.º, e a lei impõe realmente ao senhorio a obrigação de descontar ao foreiro as contribuições correspondentes ao fôro.

Alguns produziam ainda em reforço da nossa opinião o argumento de que o artigo 1656.º exige que a qualidade e quantidade do fôro seja *certa e determinada*, e que o não seria se fosse permitido estipular que o foreiro pagaria as contribuições correspondentes ao fôro.

Nos empraçamentos de futuro pois não poderá estabelecer-se que o foreiro fique obrigado ao pagamento das contribuições que *de novo* se lançarem, que é isso um encargo *extraordinario* reprovado por este artigo do código, comquanto seja valida igual condição inserta nos empraçamentos de preterito.

Combinando este artigo com o antecedente, parece que nem as contribuições podem ficar a cargo do foreiro, porque só pôde estipular-se a pensão, a qual deverá ser *certa e determinada*; e as contribuições a cargo do foreiro, fazendo n'este caso parte da pensão, tornam-na incerta e variavel, conforme a percentagem da contribuição.

Na sessão legislativa do anno de 1872 fôra apresentado na camara electiva um projecto de lei para explicar ou modificar o artigo 1675.º do código, e fôra approvedo no sentido de se respeitarem as convenções expressas ou o uso e costume nos empraçamentos de preterito quanto á responsabilidade dos foreiros pelo pagamento das contribuições correspondentes ao fôro, e de serem permittidas iguaes estipulações quanto ao futuro. Mas não chegou a ser approvedo o projecto na camara dos dignos pares.

Hoje porém está definitivamente resolvida a questão pela lei de 3 de abril de 1873, que dispõe o seguinte:

«Artigo 1.º O senhorio directo é obrigado a abonar ao foreiro as contribuições correspondentes ao fôro, nos termos do § unico do artigo 1675.º do código civil, excepto havendo convenção em contrario.

«Art. 2.º Nas ilhas adjacentes, onde por costume geral da terra o pagamento do dizimo correspondente ao fôro estava á cargo do foreiro, não poderá este exigir que o senhorio lhe abone senão o que por elle pagar a maior, por effeito do aggravamento eventual da contribuição que ficar substituindo o extinto dizimo.

«Art. 3.º Ficam d'este modo declarados o artigo 1688.º e o § unico do artigo 1675.º do código civil, e revogadas as disposições em contrario.»

O foreiro a quem o senhorio se recuse a fazer o abono da contribuição pôde usar do meio summario, requerendo o deposito do fôro depois de lh'o ter offerecido diante de duas testemunhas, e fazendo citar o foreiro para na primeira audiencia depois de accusada a citação deduzir os embargos que tiver a oppor, sob pena de lançamento e revelia.

O que dizemos com relação ás contribuições para o estado é igualmente applicavel ás contribuições municipaes e parochiaes.

Art. 1610.º Se o senhorio não fizer entrega da cousa ao arrendatario, no praso convençionado, ou do costume, poderá este demandá-lo por perdas e damnos, rescindindo o contrato, ou obrigando o dito senhorio a mantê-lo.

(Vid. nota ao artigo 676.º)

**Art. 1611.º** Se o senhorio, sendo requerido pelo arrendatário, não fizer no predio arrendado os reparos necessarios ao uso para que é destinado, poderá o arrendatario rescindir o contrato, e exigir perdas e damnos, ou mandar fazer os ditos reparos por conta do senhorio, precedendo, em tal caso, citação d'este com praso certo.

(Vid. nota ao artigo 1606.º)

**Art. 1612.º** Se o arrendatario for estorvado, ou privado do uso do predio por caso fortuito ou por força maior, relativa ao mesmo predio, e não á propria pessoa do arrendatario, poderá exigir que lhe seja abatido na renda o valor proporcional á privação que padecer, se outra cousa não tiver sido estipulada.

(Vid. artigos 1630.º, 1687.º e 1688.º) O arrendatario não consentiu em pagar a renda senão a troco do uso da cousa. Se uma inundação, por exemplo, arrebatou parte do predio, ou o inutilizou, *verbi gratia*, areando-o, etc., de modo que não possa semear-se, sem que o arrendatario tivesse culpa por falta de reparos ou de outros trabalhos a que fosse obrigado, pôde este pedir redução na renda. Alguns codigos permitem n'este caso a alternativa da rescisão do contrato.

O nosso porém não permite semelhante alternativa.

Se o arrendatario for privado totalmente do uso do predio, como se a corrente o levou ou inutilizou todo, é claro, sem embargo da má redacção do artigo, que fica sem effeito o contrato, porque não ha lugar a pedir abatimento na renda quando nenhuma renda pôde pedir-se.

Este preceito deve julgar-se implicito no codigo até por analogia ou por maioria de razão do disposto no artigo 1687.º com relação aos fôros, visto que a destruição ou inutilisação total do predio emphyteutico extingue o fôro também.

No caso de se destruir só em parte o predio, fica ao foreiro a liberdade de pedir redução no fôro, e só pôde encampar-lo se o senhorio se oppozer á redução, artigo 1688.º Assim o foreiro, como o arrendatario, não têm verdadeiramente a alternativa de pedir redução na renda ou a rescisão do contrato no caso de prejuizo em parte do predio: hão de pedir apenas redução na renda, com a differença de que na emphyteuse o foreiro, se o senhorio se oppozer á redução, pôde rescindir o contrato, isto é, encampar o prazo, o que aliás não é lícito ao arrendatario; talvez porque o contrato com este não é perpetuo.

O valor do predio ha de calcular-se em attenção á epocha do empraçamento, artigo 1688.º, ou do arrendamento por analogia; isto é, para ter logar o disposto no artigo 1688.º é indispensavel que a destruição ou inutilisação da propriedade seja permanente e de modo, que o valor do predio fique sendo inferior ao que era na epocha do empraçamento, como resolveu a commissão revisora, segundo se mostra da nota ao artigo (1727.º) do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1688.º do código.

Se porém força maior privou o arrendatario, não do uso da cousa, mas dos *fructos*, não tem elle direito algum a pedir abatimento na renda, artigo 1630.º; e a mesma doutrina deve applicar-se por maioria de razão aos empraçamentos.

Este artigo alterou fundamentalmente o disposto na ordenação, livro iv, titulo xxvii, que permitia a redução na renda por motivo de esterilidade, admitindo depois a compensação em annos de maior abundancia. Achâmos porém mais rasoavel a doutrina do codigo, que já era, e continúa a ser a nossa jurisprudencia com relação ás rendas do estado. Mesmo os casos fortuitos não devem escapar á previsão das partes para o effeito de os terem em conta no ajuste do preço ou da renda. Se muitas vezes a esterilidade significa grande prejuizo, também pôde importar utilidade em anno modico, em que o preço dos fructos suba extraordinariamente em consequencia d'essa esterilidade.

Mas sobretudo semelhante doutrina, deixando em incerteza a execução dos contratos, era origem de frequentes pleitos e demandas. Salva-se porém o caso de se ter estipulado que o arrendatario não responderá pelos casos fortuitos.

O projecto primitivo mantinha ainda os preceitos do direito velho. O artigo 1711.º, correspondente ao artigo 1630.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Em caso de esterilidade extraordinaria, ou de perda consideravel dos fructos pendentes, por algum caso fortuito para que o arrendatario não haja contribuido, poderá este eximir-se de pagar a renda, entregando os fructos restantes ao senhorio, tiradas as sementes. § unico. N'este caso, porém, só gosará o arrendatario d'este beneficio, prevenindo o senhorio, antes que levante da terra ou colha das arvores alguns dos fructos restantes».

O mesmo dispunha o projecto primitivo com relação aos fôros no artigo 1794.º, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 1688.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «No caso de esterilidade extraordinaria, ou de devastação fortuita dos fructos, de sorte que não reste o sufficiente para pagamento da pensão, salvas as sementes e despesas da cultura, não será o foreiro obrigado a pagar o que faltar, comtantoque proceda nos termos declarados no artigo 1710.º § unico» (1630.º do codigo).

A commissão revisora porém com razão supprimiu estes dois artigos logo nos trabalhos da primeira revisão.

Quem arrendou em hasta publica, sendo privado da fruição do predio arrendado, em virtude de expropriação hypothecaria, não pôde ser obrigado a pagar a renda, tendo defendido o seu direito e o do senhorio, e tendo avisado este na conformidade do artigo 1608.º n.º 4.

O codigo com razão distingue entre caso fortuito, relativo ao predio, e caso fortuito relativo á pessoa do arrendatario, afastando-se assim da opinião corrente no antigo fôro.

O sr. dr. Paes sustentava ainda a doutrina de Correia Telles, estabelecida no *Digesto portuguez*, tomo iii, artigo 788.º, onde se declara que o conductor pôde resilir do contrato, quando tenha justo receio de não poder usar da cousa com segurança, v. gr., por alguma guerra superveniente, por peste ou ruina do predio, e por outros casos semelhantes, devendo porém avisar o locador, entregar-lhe a cousa e pagar-lhe a renda vencida.

O sr. dr. Paes julgava mais conforme á razão esta doutrina, porque apparecia uma justa causa de medo, e o arrendatario não estava com segurança e liberdade de poder usar do predio, e dizia que em Coimbra, nos annos em que tinha sido fechada a universidade, não eram obrigados os estudantes e lentes, que se retiravam para fóra da cidade, a pagar as rendas das suas casas por inteiro, mas unicamente o tempo que os habitavam.

Poderá o foreiro encampar o prazo ao senhorio quando o fôro, em logar de lhe dar lucro, lhe dá perda? O codigo é omisso a este res-

peito, como já o era o direito anterior. Na pratica porém era geralmente admitido o direito de encampar o prazo ao senhorio. O código não permite este meio de o foreiro se desonerar do cumprimento das obrigações respectivas. Mas já por direito antigo os praxistas lembravam um meio indirecto para o emphyteuta se livrar do prazo, que era vendê-lo, aindaque fosse por 20 réis, a um mendigo, offerecendo-o primeiro tanto por tanto ao senhorio, e depois o senhorio, que não tinha por onde executar o comprador, havia de ficar necessariamente com o prazo.

O contrato de empraçamento fica extincto, destruído totalmente o predio por força maior, aindaque houvesse estipulação em contrario, porque tendo o sr. Marreca feito uma proposta n'este sentido em sessão da commissão revisora de 15 de maio de 1862, foi approvedo o artigo, e prejudicado a proposta.

**Art. 1613.º** Se a privação do uso provier da evicção do predio, observar-se-ha o que fica disposto no artigo precedente, excepto se o locador tiver procedido de má fé; porque, n'esse caso, responderá também por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1046.º)

**Art. 1614.º** O arrendatario não pôde recusar a entrega do predio, findo o arrendamento. Só no caso de bemfeitorias expressamente consentidas por escripto, ou auctorisadas pelas disposições do artigo 1611.º, terá o direito de retenção, até haver a importancia, immediatamente provada, das ditas bemfeitorias.

(Vid. notas aos artigos 498.º e 1608.º)

**Art. 1615.º** No arrendamento de predio rustico por menos de vinte annos, o arrendatario tem direito, depois do despejo, de haver do senhorio o valor das bemfeitorias agricolas, tanto necessarias como uteis, aindaque não fossem expressamente consentidas, salvo havendo estipulação em contrario.

§ unico. N'este caso, porém, o valor das bemfeitorias e os juros d'elle serão pagos pelo augmento de rendimento annual, que d'ellas resultou, no predio em que foram feitas.

Direito de retenção, ou o predio seja rustico ou urbano, não o tem o arrendatario senão pelas bemfeitorias expressamente consentidas ou auctorisadas, nos termos do artigo 1614.º Quaesquer outras, salvo estipulação em contrario, não dão logar a semelhante direito, o que não significa que o arrendatario as perca no arrendamento de predios rusticos por menos de vinte annos, mas sim que ha de largar o predio, e ir depois pedi-las. Não pôde pedi-las senão *depois do despejo*. Se o arrendamento era por mais de vinte annos, nem o arrendatario tem direito de retenção por bemfeitorias, nem pôde sequer pedi-las. Presume-se que no largo tempo por que possuiu o predio teve occasião de se indemnizar do custo d'ellas.

Agora o arrendatario de predios urbanos, pelo que *à contrario sensu* se deduz d'este artigo, qualquer que fosse o prazo do arrendamento,

nem tem o direito de retenção, nem o de pedir o valor das bemfeitorias que não fossem consentidas ou auctorisadas, nos termos do artigo 1614.º O fim d'esta disposição foi cortar os abusos que praticavam alguns inquilinos, fazendo bemfeitorias com o unico intuito de se manterem na posse das casas, pelas difficuldades que creavam aos senhorios, já com o direito de retenção, já com a exigencia do valor das bemfeitorias e sua liquidação.

Assim, nem todos os possuidores de boa fé têm direito á restituição do valor das bemfeitorias, nem mesmo das necessarias. Não têm esse direito os arrendatarios de predios urbanos, nem os arrendatarios de predios rusticos por vinte annos ou mais, se as despezas não foram consentidas ou auctorisadas, nos termos do artigo 1614.º

Consequentemente resulta da doutrina do artigo que no arrendamento só ha direito a bemfeitorias não consentidas ou auctorisadas, nos termos do artigo antecedente, quando o arrendamento é de menos de vinte annos, sendo as bemfeitorias agricolas necessarias ou uteis, não sendo porém admitido n'este caso o direito de retenção.

Já se vê pois que com respeito a estas bemfeitorias não pôde vir o possuidor com os embargos de retenção estabelecidos no artigo 617.º § 1.º da novissima reforma judicial.

Alguns juriconsultos combatem as modificações introduzidas pelo código n'esta materia, julgando mais accetavel o direito reconhecido na lei anterior, ordenação, livro IV, titulo LIV, § 1.º, que decretou a retenção para todas as especies de bemfeitorias necessarias ou uteis nos seguintes termos: «E se o que recebeu a cousa emprestada, alugada, ou arrendada, fez n'ella algumas despezas necessarias, ou *proveitosas*, poderá reter em si a dita cousa, até que lhe seja paga a despeza, que n'ella fez», e preferem ao menos a doutrina do projecto primitivo que, se era mais restricta do que a da ordenação, era todavia mais ampla do que a do código.

Julgam que não havia inconveniente em ampliar o direito de retenção também ás bemfeitorias *uteis*, direito que não podia servir de impedimento para a restituição da posse, vistoque, nos termos da novissima reforma judicial, depositando o senhorio as bemfeitorias pedidas ou, sendo ellas illiquidas, o seu valor pelo juramento do possuidor, devia ser logo dada a posse ao dono da propriedade, continuando-se depois na liquidação.

Tambem combatem a doutrina que nega o direito ás bemfeitorias ao possuidor de vinte annos e mais, com o fundamento de que a negação d'esse direito, longe de melhorar as terras, ha de deixa-las ao abandono, especialmente nos ultimos annos do contrato.

Todavia o pensamento do legislador n'este preceito foi cortar os obstaculos que pela lei anterior embaraçavam o senhorio de entrar na posse dos predios arrendados; e em collisão entre os interesses dos possuidores temporarios e os interesses dos verdadeiros e legitimos proprietarios decidiu o código a favor d'estes.

Os arrendatarios dos predios urbanos não deviam metter-se a fazer obras sem consentimento do senhorio ou sem auctorisação judicial, assim como os arrendatarios de predios rusticos por vinte annos ou mais.

Direito de retenção só o ha para as bemfeitorias consentidas ou auctorisadas, e essas são pagas pelo proprietario, logoque sejam liquidadas e provadas. Quanto ás bemfeitorias não consentidas nem auctorisadas, mas a que o possuidor tem direito, nos termos do artigo 1615.º, nem ha direito de retenção, nem são pagas immediatamente, mas sim nos termos do § unico do mesmo artigo.

Estas bemfeitorias não manda o código compensa-las com os rendimentos, como preceituava a ordenação, livro III, título LXXXVI, § 5.º, e livro IV, título XLVIII, § 7.º

Nem se infira da redacção equívoca do final do § unico do artigo 1615.º, que o senhorio pôde descontar no valor das bemfeitorias e de seus juros o augmento do rendimento, que o arrendatario auferiu durante o arrendamento em consequencia d'essas bemfeitorias, porque esse é o unico premio que o arrendatario tira do seu trabalho, e que é no interesse do proprio senhorio, porque estimula os arrendatarios a esmerarem-se na cultura e melhoramento das propriedades.

O augmento do rendimento considera-se ao tempo da entrega para por elle o senhorio pagar sem desconto algum o valor das bemfeitorias e os juros, que são devidos ao arrendatario desde que este faz entrega do predio.

Por exemplo, liquidam-se as bemfeitorias no valor de 1:000\$000 réis, sendo assim os respectivos juros 50\$000 réis, artigo 1640.º § unico, e liquidam-se o augmento de rendimento proveniente das bemfeitorias em 60\$000 réis. Todos os annos o senhorio ha de dispor de 60\$000 réis para pagamento dos juros e amortisação da divida até á sua completa extincção.

Temos uma divida com juros, e uma renda applicada para a sua amortisação.

Se o augmento do rendimento annual, aindaque se arreceade em periodos mais longos, não chega para cobrir os juros e dar alguma parte, aindaque pequena, para a amortisação, a divida do arrendatario nunca será paga. Mas impute a si o arrendatario o ter-se mettido em despezas, cujo producto não compensa os capitaes n'ellas empregados.

O senhorio não pôde ser obrigado a pagar mais do que o valor do beneficio *effectivo*, e não deve ser obrigado a desfazer-se do que tem para pagar de prompto ao arrendatario. Reciba este por parcelas, que por parcelas recebe o senhorio tambem o rendimento annual.

Entendiam alguns que o augmento do rendimento annual devia ser liquidado todos os annos, sendo assim certo o capital e os juros do credito do arrendatario, e incerto o rendimento destinado para os pagar.

Nós porém seguimos a opinião de que esse augmento de rendimento deve computar-se na occasião da entrega do predio, ficando depois *permanente*.

É preciso tambem notar que o senhorio não é obrigado a pagar bemfeitorias cujo custo exceda o valor do beneficio ao tempo da entrega. A regra estabelecida no artigo 499.º § 4.º, em virtude da qual se calcula o valor das bemfeitorias pelo custo d'ellas, não excedendo o preço do beneficio ao tempo da entrega, abrange todos os casos de bemfeitorias, e portanto as devidas ao arrendatario.

O sujeito do direito das bemfeitorias, que pedir o custo d'ellas, deve pois articular não só o custo, mas o valor do beneficio, sob pena de se julgar improcedente ou inepto o pedido.

Se o custo das bemfeitorias foi de 1:000\$000 réis, e o valor do beneficio 2:000\$000 réis, paga o senhorio apenas 1:000\$000 réis. Se o custo foi de 1:000\$000 réis, e o valor do beneficio 500\$000 réis, não é obrigado o senhorio a pagar mais de 500\$000 réis.

Consequentemente, derivam-se de toda esta doutrina as seguintes conclusões:

1.ª Ha direito de retenção por bemfeitorias nos arrendamentos, quando consentidas ou auctorisadas, nos termos do artigo 1611.º;

2.ª Devem estas ser pagas immediatamente na sua totalidade logo-que estejam liquidadas;

3.ª Tambem ha direito a exigir o custo das bemfeitorias não consentidas nem auctorisadas, se o objecto bemfeitorisado for predio rustico arrendado por menos de vinte annos;

4.ª N'estas bemfeitorias porém não ha direito de retenção nem pagamento de prompto, mas sim pagamento annual por via do augmento do rendimento;

5.ª Tanto nas bemfeitorias a que se refere o artigo 1614.º, como n'aquellas a que se refere o artigo 1615.º, o senhorio só paga o custo d'ellas se o beneficio for pelo menos igual ao custo, aliás paga apenas o valor do beneficio.

As disposições do código sobre retenção por bemfeitorias, apesar de a lei de 1 de julho de 1867 ter revogado toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, não são applicaveis em toda a sua extensão aos arrendamentos existentes ao tempo da promulgação do código.

Na ilha da Madeira, por exemplo, ha desde tempo immemorial uma instituição de colonia, em virtude da qual os colonos exploram os predios, pagando em regra a dimidia dos fructos aos senhorios, fazendo as bemfeitorias que querem, hypothecando e alienando, como bens proprios e distinctos, essas bemfeitorias, e não podendo ser excluidos da posse dos predios, sem lhe serem pagas essas bemfeitorias.

Seria uma iniquidade revoltante, e mesmo de difficil execução n'aquella parte do territorio portuguez, o applicar á instituição da colonia o preceito do artigo 1615.º do código. A sã razão e os bons principios juridicos não consentiriam que os colonos fossem desapossados dos predios e privados das bemfeitorias, que ligaram á sombra da lei anterior, tendo assim *direito adquirido* a essas bemfeitorias e á retenção dos predios, até serem pagos do valor d'ellas, quando foi promulgada a lei nova.

O código respeitou de certo esses direitos adquiridos; e portanto ás colonias existentes antes da promulgação do código ha de ser applicada a legislação anterior.

As disposições da lei nova não podem rasoavelmente ser applicadas senão aos contratos de colonias celebrados depois da promulgação do código, salvo na parte em que a lei ordenar expressamente o contrario.

Art. 1616.º O arrendatario, que indevidamente retiver o predio arrendado, ficará sujeito a perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1608.º)

Art. 1617.º Consistindo a renda em fructos, e não tendo sido paga no devido praso, será satisfeita em dinheiro pelo preço corrente no tempo do vencimento, com juros desde a móra.

(Vid. nota ao artigo 1530.º)

Art. 1618.º Se, depois de findar o arrendamento, o arrendatario continuar sem opposição na fruição do predio, presumir-se-ha renovado o contrato, nos predios rusticos, por um anno, e nos predios urbanos, por um anno ou por seis mezes, ou por menos tempo, conforme o costume da terra.

(Vid. nota ao artigo 1608.º)

**Art. 1619.º** O contrato de arrendamento, cuja data for declarada em titulo authenticico ou authenticado, não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular, salvo o que vae disposto nos artigos subseqüentes.

(Vid. nota ao artigo 1300.º) O contrato de parceria agricola, como é uma sociedade, termina com a morte de qualquer dos pactuantes, artigo 1300.º, em conformidade do disposto no artigo 1276.º n.º 4.º com relação à sociedade em geral. No contrato de arrendamento, em que se presume que as partes estipularam para si e para seus herdeiros, dura o contrato pelo tempo convencionado, sem embargo da morte de qualquer dos contrahentes, a não ser rescindido por outra causa.

É porém indispensavel para que o arrendamento se transmita aos herdeiros, sem embargo da morte do senhorio ou do arrendatario, que elle conste de documento authenticico ou authenticado.

Aindaque o arrendatario não seja despedido logo à morte do senhorio não pôde invocar para se sustentar no arrendamento as disposições dos artigos 1618.º e 1624.º, que determinam a prorrogação para o caso de *andar o tempo* do arrendamento; porque as hypotheses comprehendidas n'aquelles artigos são differentes da rescisão do contrato por morte de algum dos pactuantes.

Se a morte de qualquer dos pactuantes tem logar antes do fim do anno agricola, parece razoavel, quanto ao predio rustico, observar o disposto no artigo 1300.º § unico, e quanto ao predio urbano, o determinado no artigo 1626.º

**Art. 1620.º** Se a transmissão resultar de expropriação por utilidade publica, será rescindido o contrato, com previa indemnisação do arrendatario.

**Art. 1621.º** Se a transmissão proceder de execução observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º Os arrendamentos sujeitos a registo subsistirão, se estiverem registados anteriormente ao registo do acto ou facto de que a execução resultou.

§ 2.º Os arrendamentos não sujeitos a registo subsistirão, apesar da execução, por todo o tempo por que tiverem sido feitos, salvo se outra cousa se houver estipulado.

**Art. 1622.º** Estão sujeitos a registo os arrendamentos excedentes a um anno, se houver antecipação de renda, e os excedentes a quatro annos, não a havendo.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DISPOSIÇÕES ESPECIAES DOS ARRENDAMENTOS DE PREDIOS URBANOS

**Art. 1623.º** Quando o tempo do arrendamento dos predios urbanos não tiver sido determinado no contrato, entender-se-ha, que o dito arrendamento foi feito por semestre ou

por anno, ou por menos tempo, conforme o costume da terra.

§ unico. Se houver costume de arrendar tanto por anno como por semestre, entender-se-ha, que o arrendamento foi feito por semestre.

(Vid. nota ao artigo 684.º)

**Art. 1624.º** Presume-se renovado o contrato, se o arrendatario se não tiver despedido, ou o senhorio o não despedir ao tempo e pela fôrma costumados na terra.

**Art. 1625.º** Nas terras onde se usarem escriptos, haver-se-ha por despedido o arrendatario que os pozer, e será obrigado a mostrar o interior da casa, a quem pretender vê-la.

O tempo para despedir os inquilinos nas terras, onde não se usam escriptos, não se regula pelo costume da terra em conformidade do prescripto no artigo 1624.º Para esse caso está marcado o tempo no artigo 1626.º: são quarenta dias. A despedida do inquilino não carece de ser judicial, basta ser feita em presença de duas testemunhas, a fim de poder ser depois judicialmente provada, artigo 741.º

Nas terras onde se usam escriptos não carece o arrendatario de avisar o senhorio da sua resolução de sair de casa, comquanto este careça de avisar o inquilino para o dar por despedido.

Neste caso o arrendatario que pretende despedir-se põe escriptos, mas com a antecipação conveniente, em harmonia com o costume da terra.

O uso ordinario é pôr os escriptos um mez antes de findar o arrendamento.

Não se fazendo a despedida por meio de escriptos, ou por aviso do senhorio, presume-se renovado o contrato com as mesmas condições do anterior arrendamento.

Tambem haverá renovação ou recondução tacita quanto ao tempo? Se o senhorio que alugou a casa por vinte annos, se esqueceu de prevenir o arrendatario, ou este áquelle, da cessação do arrendamento, presume-se renovado o contrato por outro tanto tempo? A letra expressa e positiva do artigo 1624.º poderia conduzir à affirmativa.

O codigo civil francez, artigo 1759.º, e o projecto de codigo civil hespanhol, artigo 1521.º, que o auctor do nosso teve presentes, estatuem expressamente que a renovação é feita sob as mesmas condições, salvo quanto ao tempo, porque se observará na recondução, não o tempo do anterior arrendamento, mas o do costume da terra; e o artigo 1624.º do nosso codigo prescreve muito positivamente que é *renovado o contrato*, quando a renovação do contrato sem restricção importa a renovação de todas as condições, sem exceptuar a do tempo.

No entretanto cremos que o codigo não estabeleceu uma doutrina que o nosso direito anterior não admittia, e que a propria legislação romana condemnava. Por isso interpretámos a disposição do artigo 1624.º pelo preceito do artigo 1623.º, devendo entender-se a renovação pelo mesmo tempo por que se presume feito o arrendamento, quando não ha determinação de tempo, isto é, por semestre, por anno ou por menos tempo, conforme o costume da terra.

Em accordão de 14 de maio de 1873, publicado no jornal *O Direito*,



5.º anno, n.º 31, julgou a relação de Lisboa que a renovação do contracto de arrendamento não abrange a fiança, porque a obrigação do fiador se extingue com a extinção da obrigação principal artigo 848.º, e que a renovação do arrendamento proveniente do consento do senhorio e do arrendatario, que se presume pelo facto de um e outro não declararem que não querem continuar o arrendamento, não pôde obrigar o fiador, que a isso não se sujeitou.

Art. 1626.º Nas terras onde se não usam escriptos, deve o arrendatario prevenir o senhorio, ou este o arrendatario, da cessação do arrendamento, quarenta dias antes d'este findar.

(Vid. nota ao artigo 1608.º)

### SUB-SECÇÃO III

#### DISPOSIÇÕES ESPECIAES DOS ARRENDAMENTOS DE PREDIOS RUSTICOS

Art. 1627.º O arrendatario de predios rusticos é obrigado a cultiva-los de modo que não sejam deteriorados, aliás pôde ser despedido, e responde por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1302.º)

Art. 1628.º Não tendo sido declarado o praso do arrendamento, entender-se-ha, que este se fizera pelo tempo costumado na terra, e, em caso de duvida ácerca de qual é o costume, por não ser uniforme, nunca se presumirá que fosse feito por menos tempo que o necessario para uma sementeira e colheita, conforme a cultura a que tenha sido applicado.

(Vid. nota ao artigo 684.º)

Art. 1629.º O arrendatario por tempo indeterminado, que não quizer continuar com o arrendamento do predio, deverá prevenir o senhorio com a antecipaçaõ usada na terra, e, na falta de praxe a tal respeito, sessenta dias antes que, conforme o costume da terra, e o genero de cultura, finde o anno agricola. O mesmo aviso deverá fazer o senhorio ao arrendatario, se lhe não convier a continuação do contrato.

(Vid. nota ao artigo 1608.º)

Art. 1630.º O arrendatario não pôde exigir diminuição de renda com o fundamento de esterilidade extraordinaria, ou de perda consideravel dos fructos pendentes, por qualquer causa fortuita, salvo se outra cousa tiver sido estipulada.

(Vid. nota ao artigo 1612.º)

Art. 1631.º Ficam sujeitos ás disposições do presente codigo todos os contratos de arrendamento de predios rusti-

cos, ainda mesmo nos districtos ou provincias do reino, onde, antes da promulgaçaõ do mesmo codigo, taes contratos eram regulados por leis especiaes.

O artigo 1614.º acabou com as differenças que havia entre despejo de predios urbanos, e despejo de predios rusticos em virtude das disposições consignadas na ordenação, livro IV, titulos XXIII e LIV, alvará de 27 de novembro de 1804 § 5.º, e assento de 23 de julho de 1811.

No artigo 1631.º revogou o codigo as disposições da lei de 20 de junho de 1774.º e do alvará de 27 de novembro de 1804 na parte em que regulavam o arrendamento das herdades no Alentejo e na Beira. E aos arrendamentos n'estas duas provincias que se refere principalmente a disposiçaõ do artigo. Até o artigo 1712.º do projecto primitivo, que é fonte d'este artigo 1631.º, dizia assim: «As disposições da presente secção são applicaveis ás colonias do Alentejo e Beira», redacção ainda conservada nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864.

Effectivamente por aquella legislação os colonos d'estas herdades não podiam ser despedidos pelo simples facto de findar o arrendamento, salvo em casos especiaes, e dadas certas circumstancias de que já fallámos.

O projecto primitivo ainda quiz transigir com similhante estado anormal e injuridico, applicando as regras dos arrendamentos só ás colonias que de futuro se estabelecessem, e deixando ás colonias existentes a sua natureza de arrendamentos por tempo indeterminado emquanto directamente não terminassem, como se mostra do artigo 1713.º

No artigo 1714.º só reconhecia tres casos, em que podiam ser despedidos os colonos existentes, que se achassem estabelecidos com a sua familia em alguma herdade, que eram os seguintes: 1.º, se fallssem ao pagamento nos tempos devidos; 2.º, se deixassem arruinar os edificios, ou fizessem estragos nos arvoredos, ou deixassem de fazer as hemeitorias, a que estivessem obrigados por contrato ou costume; 3.º, se o proprietario quizesse viver na sua herdade, ou mandal-a cultivar por sua conta, não sendo porém applicavel este ultimo caso ás herdades pertencentes a corporações de mão morta, aindaque viessem a ser eliminadas.

No artigo 1715.º determinava-se que o despejo devia ser requerido ao juiz de direito da comarca, que deveria decretal-o, ouvindo summariamente as partes; e nos artigos 1716.º a 1719.º estabelecia outras providencias tendentes todas a transigir com o antigo estado de cousas.

Assim determinava no artigo 1716.º que, no caso em que o proprietario quizesse habitar e cultivar a herdade por sua conta, deveria despedir o colono seis mezes antes que expirasse o anno agricola; no artigo 1717.º que, se effectuado o despejo, o proprietario arrendasse a herdade a outro, antes que passassem quatro annos, poderia o colono expulso requerer o regresso, pela mesma renda, que antes pagava, e que nos outros casos era livre ao locador arrendar o predio a qualquer outro inquilino ou colono; no artigo 1718.º que o proprietario da herdade só poderia requerer augmento de renda, parecendo esta diminuta, de nove em nove annos, e a arbitrio de bom varão, e que não seriam tomadas em conta, para a avaliação da renda que se pretendesse augmentar, as hemeitorias feitas pelo colono; e no artigo 1719.º, que no caso de despejo seriam pagas ao colono tanto

as benfeitorias necessarias, como as uteis; mas estas sómente na importancia do valor, que com ellas houvesse o predio adquirido ao tempo do despejo.

A commissão revisora porém com razão tornou logo applicaveis as disposições do código sobre arrendamentos a essas colonias, terminando rasadamente um estado impossível. Com a promulgação do código podem ser despedidos desde já todos os colonos das herdades do Alentejo e da Beira Baixa, por mais longo que seja o tempo do seu arrendamento, sem outra formalidade que não seja o aviso sessenta dias antes que finde o anno agricola, nos termos do artigo 1629.º do código.

A doutrina d'este artigo havia de ser observada, aindaque não estivesse consignada em disposição especial expressa, visto o preceito da lei de 1 de julho de 1867, que revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaisse nas materias comprehendidas no código. Deve porém entender-se esta doutrina com as modificações indicadas em a nota ao artigo 1615.º com relação ás colonias da Madeira, e a quaesquer outras nas mesmas circumstancias.

## SUB-SECÇÃO IV

### DO DESPEJO

#### Art. 1632.º A acção de despejo é sempre summaria.

(Vid. artigos 1685.º e 2278.º § unico). No projecto primitivo consignavam-se muitas disposições proprias das leis do processo, talvez no intuito de lançar as bases do código de processo, cujo systema deve ir de inteira harmonia com o código civil. A commissão revisora porém supprimiu quasi todas as disposições do código civil relativas a processo. No entretanto conservou ainda, alem de muitas outras, as disposições que declaram summarias as acções de despejo, as de dividas de fóros, artigo 1685.º, e as de mudanças de servidão, artigo 2278.º § unico, assim como as relativas aos aqueductos através dos predios rusticos alheios, artigo 457.º

A acção de despejo segue o processo marcado no artigo 281.º da novissima reforma judicial.

Este mesmo processo é tambem applicavel ao despejo de herdades, e não o marcado no artigo 312.º da mesma reforma, que ficou revogado pelo artigo 1632.º do código.

Desde que desapareceu a *especialidade* dos arrendamentos das herdades acabou a *especialidade* do processo para o despejo d'ellas. Neste ponto não pôde hoje haver questão, e tanto mais que já o projecto primitivo, que ainda conservava com a mesma natureza as colonias existentes por tempo indeterminado, estabelecia tambem o processo summario (que a commissão revisora conservou) para o despejo das herdades e de quaesquer outros predios.

A disposição do artigo é commum tanto aos predios rusticos como aos predios urbanos; e a acção de despejo é sempre summaria, ou se trate do despejo de predios arrendados, ou de quaesquer outros, não só porque a disposição do artigo 1632.º é generica, mas tambem porque a sua fonte, que é o artigo 1720.º do projecto primitivo, diz assim: « Os senhorios têm direito a fazer proceder *summariamente* ao despejo de seus predios, em todos os casos em que o dito despejo pôde ter lugar », redacção esta ainda conservada na edição de 1863, artigo 1676.º, e no projecto de 1864, artigo 1653.º

Porém em sessão da commissão revisora de 15 de março de 1863 deu-se-lhe a seguinte redacção: « O processo da acção de despejo, em todos os casos em que a lei a admite, será summario », e logo o sr. José Julio declarou que votava pela suppressão das palavras « em todos os casos em que a lei a admite », por as julgar inuteis; e a opinião d'este illustre vogal da commissão prevaleceu na ultima redacção, porque o artigo apparece já no projecto de 1865 redigido como no código.

Por isso a palavra « sempre » significa — em todos os casos em que a lei admite a acção de despejo. —

Tambem o projecto primitivo, no artigo 1715.º, consignava a seguinte disposição: « O despejo deverá ser requerido ao juiz de direito da comarca, que o deverá decretar, ouvindo summariamente as partes »; como já acima vimos. Mas agora pôde ser requerido ao juiz de direito, ou ao juiz ordinario, em conformidade da lei geral do processo.

O que tem sido muito discutido na imprensa juridica é se a acção de despejo pôde ser intentada por meio de comminatorio.

O código declara summaria a acção de despejo, mas não determina a classe especial das acções summarias a que ella pertence, porque essa determinação é objecto do código de processo. Alguns têm entendido que a acção de despejo não pôde ser intentada por meio de comminatorio ou de embargos á primeira, e em conformidade d'esta opinião julgou o juiz de direito de Coimbra em sentença publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, d'aquella cidade, n.º 114, com o fundamento de que o comminatorio só é competente nos termos do artigo 291.º da novissima reforma judiciaria nas causas de contas, e nos casos em que a ordenação, livro III, titulo LXXVIII, e mais leis expressamente os permitem, devendo a acção de despejo seguir a forma peculiar das acções summarias, visto o preceito do artigo 1632.º do código civil.

Nós porém seguimos outra opinião. Emquanto não se publicar o novo código de processo, a forma das acções summarias ha de ser regulada pelo disposto na novissima reforma judiciaria, e esta comprehende a acção de despejo nas acções summarias propriamente ditas, como se mostra do artigo 281.º, que manda seguir a respeito d'ellas a forma de processo estabelecida antes do decreto de 16 de maio de 1832 n.º 24.

Ora no fóro antigo sustentava-se com fundamento na ordenação, livro III, titulo LXXVIII, § 5.º e livro IV, titulos XXIII e XXIV, que era admissivel o comminatorio com relação ao despejo das casas, procedimento expressamente reconhecido pelo assento de 23 de julho de 1811 com relação ao despejo d'estes predios, e que a pratica do fóro tinha tornado applicavel por analogia ao despejo dos predios rusticos.

A novissima reforma judicial no artigo 291.º admite os preceitos comminatorios nos casos em que a ordenação, livro III, titulo LXXVIII, e mais leis do reino os permitem, e esta ordenação no § 5.º evidentemente os permite com relação ao despejo dos predios rusticos. Neste sentido julgou a relação do Porto em accordão de 2 de julho de 1869 publicado no citado n.º 114 da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra.

Consequentemente o senhorio que tem receio de que o inquilino, findo o arrendamento, não despeje o predio, provoca-o por este meio a deduzir os embargos que tenha a oppor ao despejo, e se o arrendatario não offerece embargos, julga-se a comminação por sentença; e findo o arrendamento, se o arrendatario não larga voluntariamente o predio, effectua-se o despejo por simples mandado judicial á custa d'elle.

Ainda mesmo que o arrendamento esteja findo julgámos, sem embargo de boas opiniões em contrario, que o senhorio pôde usar do comminatorio n'aquelles mesmos termos.

E assim como ao senhorio pertence a acção de despejo contra o arrendatario, poderá este usar d'ella contra o senhorio? A lei não concede esta faculdade senão ao senhorio.

O juiz de direito da 5.ª vara de Lisboa julgou no processo n.º 1:893, em 31 de agosto de 1871, que o sublocatario não podia intentar a acção summária de despejo contra o sublocante que lhe não entregava a casa sublocada. Diz a sentença:

«Suppondo que o artigo 1632.º do codigo civil, mandando que se processassem summariamente as causas de despejo, auctorisasse para esse fim as acções de embargos á primeira, reforma judicial, artigos 291.º e 495.º, e Correia Telles, processo civil, § 526.º, por isso que estas causas eram consideradas no antigo fóro como summarias propriamente taes, Pereira e Sousa, primeiras lincas civis, § 482.º e nota 954.º, é porém de notar que esta acção não compete ao auctor embargado.

«A acção summária de despejo foi concedida ao senhorio, assim como lhe foi concedida a via executiva pelas rendas, em virtude do privilegio com que o legislador o quiz favorecer; mas os locatarios não usavam de igual privilegio.

«Correia Telles, acções, § 372.º, tratando das acções que competem aos locadores menciona as de despejo; mas tratando no § 376.º das acções que competem ao conductor, não faz menção de tal acção, e apenas diz que o inquilino pôde demandar o locador: 1.º, para que lhe entregue a coisa arrendada e o deixe usar d'ella, etc.

«Os artigos 1606.º, 1607.º e 1610.º do codigo civil resolvem terminantemente a questão.

«Dizendo o codigo no artigo 1606.º que o senhorio é obrigado a entregar ao arrendatario o predio arrendado, e dando ao mesmo senhorio no artigo 1607.º o direito de despedir o arrendatario, não dá a este em parte alguma igual direito, ou pelo menos não diz que o arrendatario poderá despedir o senhorio, sendo certo que o despejo de que falla o artigo 1632.º tem de referir-se á palavra «despedir» de que falla o artigo 1607.º

«Ora o artigo 1610.º quando trata do direito do locatario contra o senhorio diz apenas que aquelle poderá demanda-lo por perdas e danos, rescindindo o contrato, ou obrigando o dito senhorio a mante-lo, e não diz, como o artigo 1607.º, que o arrendatario poderá despedir o senhorio.

«A acção portanto que compete ao arrendatario contra o senhorio não é a de despejo, e não sendo esta ha de ser ordinaria, porque a de despejo é excepção. . .

«O A. poderá passar por senhorio para com todos os subarrendarios, menos para com o embargante, porque a escriptura de fl. lhe dá irremissivelmente a qualidade de senhorio para com o embargado, etc.»

Esta decisão parece-nos effectivamente conforme á lei de processo. Quanto á acção por dividas de fóros propoz o sr. Marreca, em sessão da commissão revisora de 15 de maio de 1862, que fosse *summárrissima*, mas não vingou esta indicação.

Pelo direito e praxe antiga a cobrança dos fóros fazia-se pelo processo executivo, lei de 4 de julho de 1768. Mas a legislação posterior, e designadamente o decreto de 21 de maio de 1841, proscreevu aquelle meio, marcando o processo ordinario ou summario, segundo os fóros excediam ou não a tres annos, novissima reforma judicial, artigo 283.º

Nos termos d'este artigo 283.º da reforma, a acção nas dividas de fóros só era summária quando o pedido não abrangia mais do que as tres ultimas pensões vencidas; e podia começar-se em logar da penhora, que antigamente se permitia no começo da causa, por embargo ou arresto nos moveis e fructos que fossem hypotheca legal da divida, se o auctor juntasse titulo, ou dêsse outra prova que justificasse a posse de perceber taes rendas, convertendo-se posteriormente o embargo em penhora.

Hoje porém, pelo codigo, é a mesma a fórma de processo para as dividas de fóros, qualquer que seja o numero das pensões pedidas, vistoque o artigo 1685.º não faz distincção, sendo a sna disposição igualmente applicavel aos fóros vencidos, tanto antes como depois da promulgação do codigo, não só por ser lei de processo, mas porque o artigo 1694.º applica expressamente a disposição do artigo 1685.º aos fóros *de preterito*.

Na imprensa juridica porém e no fóro já alguns téem sustentado que o artigo 1685.º é applicavel unicamente aos fóros vencidos depois da promulgação do codigo, e não aos vencidos anteriormente, e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Que o codigo não excluire a via ordinaria para a cobrança dos fóros excedentes a tres annos, e que estabelecera o preceito consignado no artigo 1685.º unicamente para prohibir o procedimento executivo até certo ponto auctorisado pela lei de 16 de junho de 1853;

2.º Que pondo-se a cobrança quasi em dia, nos termos do artigo 1684.º, ou titulando-se a respectiva divida, nos termos do artigo 1684.º, e devendo registrar-se a *emphyteuse*, nos termos do artigo 1623.º e outros, não admira que o codigo marcasse para as dividas de fóros, reduzidas nos termos dos artigos 1684.º e 1695.º, o mesmo processo summario que já marcava a lei anterior para as dividas de fóros até tres annos, e que estando adiada a execução do artigo 1695.º, bem como o registro dos fóros, pela mesma razão deve julgar-se adiada a execução do artigo 1685.º, e que até as palavras «*acção por dividas de fóros*» se referem á *obrigação de divida* regulada no artigo 1684.º;

3.º Que as acções ordinarias estão marcadas para os casos mais difficéis, em que se requer maior amplitude de discussão e de provas; e que nas acções de fóros de muitos annos ha de ser não poucas vezes indispensavel proceder a largas indagações sobre a posse e identidade do predio obrigado, e quantidade do fóro, e até sobre o pagamento sem recibo de cobrança, ou cujo recibo se perdéra;

4.º Que a applicação da nova lei aos fóros já vencidos importa grave offensa do principio da não retroactividade.

Effectivamente em accordão de 8 de março de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 23, julgon a relação de Lisboa que a acção por divida de fóros de mais de tres annos, vencidos anteriormente á promulgação do codigo civil, deve ser intentada pelo meio ordinario em harmonia com o disposto no artigo 283.º, § 2.º da novissima reforma judicial, vistoque a disposição do artigo 1685.º do codigo respeita unicamente ás pensões vencidas depois da nova lei, porque o artigo 1695.º faculta a cobrança dos anteriormente vencidos sem a restricção expressa no artigo 1684.º, comtantoque sejam pedidas dentro de um anno; praso este que já foi prorogado varias vezes.

Em conformidade d'esta doutrina pareceu julgar o mesmo tribunal em accordão de 21 de junho do mesmo anno, publicado no mesmo jornal e anno, n.º 33, decidindo que os fóros excedentes a cinco annos e com tracto successivo não podem ser pedidos em acção summária.

Diz o accordo: «Tendo sempre sido considerada como competente a acção ordinaria quando o pedido é de fóros de mais de tres annos com tracto successivo: não estando expressamente alterada esta fórma do processo, que assentava na disposição do § 2.º do artigo 283.º da novissima reforma judiciaria, pela disposição do artigo 1685.º do código civil, que unicamente respeita ao pedido de fóros de cinco annos, sem a accumulção do pedido de trato successivo, etc.»

A mesma relação julgou em accordo de 21 de junho de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 33, que a acção summaria só é applicavel á cobrança dos fóros em divida, quando estes forem de menos de cinco annos, depois da vigencia do código civil, visto que o preceito do artigo 1685.º respeita unicamente aos emprazamentos de futuro, devendo interpretar-se em harmonia com o artigo 1684.º, que não permite aos senhorios directos de taes emprazamentos haver *ex vi* do contracto emphyteutico fóros atrasados de mais de cinco annos, e com a do artigo 543.º, que estante a prescripção dos fóros pelo lapso d'esse tempo, sem terem sido exigidos, deprehendendo-se assim, que a acção summaria ali prescripta é restricta á cobrança dos fóros emergentes d'esses emprazamentos, e vencidos nos cinco annos anteriores á installação das respectivas acções; e que, como nos emprazamentos de preterito se manteve no artigo 1695.º aos senhorios directos o direito de haver o pagamento dos fóros atrasados sem fixação de numero de annos em divida, e se consignou explicitamente que se lhes mantinha esse direito, não obstante a disposição do artigo 1864.º, não pôde em virtude da disposição da ultima parte do artigo 1694.º que manda applicar a estes as disposições da sub-secção 4.ª secção 1.ª cap. 13.ª, em que se acha collocado o referido artigo 1683.º, tornar-se extensiva a disposição d'este artigo a fóros, que provém d'esses emprazamentos, e que se acham atrasados em mais de cinco annos, podendo pois pedir-se pelo meio ordinario o pagamento dos fóros anteriores em conformidade com o disposto no artigo 283.º § 2.º da novissima reforma judicial.

Similhante opinião porém é inadmissivel. Em vista da disposição generica do artigo 1685.º, que o artigo 1694.º terminantemente applica aos emprazamentos de preterito, é evidente que hoje as acções, em que se pedem fóros em divida, ou sejam vencidos antes ou depois da promulgação do código, hão de ser summarias.

Na applicação do artigo 1685.º aos emprazamentos de preterito não ha offensa do principio da não-retroactividade, porque as disposições da lei nova relativas á ordem e fórma do processo executam-se logo que sejam promulgadas.

O artigo 1685.º do código, alterando o artigo 283.º da novissima reforma judicial, não priva ninguem de direitos adquiridos á sombra de legislação anterior ao código, e só estabelece o modo por que estes direitos devem ser garantidos; não alterou o genero de provas, que a legislação anterior admittia, e só modificou o processo, pelo qual podiam ser apresentadas.

A fórma do processo não é nem pôde ser objecto de direitos adquiridos para ninguem. Pôde ser livremente alterada pelos poderes publicos, salvando apenas os actos consummados. E quando a lei retroage expressamente ha de aceitar-se o seu preceito, como se não fóra retroactiva.

Não pôde dizer-se tambem que o pensamento do artigo 1685.º fóra acabar com o procedimento executivo para a exigencia de dividas de fóros de tres ou de menos de tres annos, porque esse procedimento não era admittido, nem pela lei, nem pela praxe do fóro.

A lei de 16 de junho de 1855, declarando no artigo 4.º isentas de conciliação as causas *executivas por fóros, de que tratam os artigos 281.º e 283.º § 1.º da novissima reforma judicial*, impropriamente as chamou executivas, porque a reforma no artigo 283.º applica á cobrança dos fóros a mesma fórma de processo do artigo 281.º, que regula o processo das causas summarias propriamente ditas.

O dizer-se no citado § 4.º do artigo 283.º que nas causas sobre fóros, que não excedem a tres annos, pôde, em logar da penhora, fazer-se embargo ou arresto nos moveis e fructos, não dá ao processo o caracter de executivo. O arresto ou embargo nada influe na forma do processo; é uma garantia concedida ao crédor, que tanto pôde ter logar no processo executivo, como no summario, e no ordinario.

Demais, até no citado artigo 283.º se declara summario o procedimento por via de fóros que não excedem tres annos.

O que o legislador quiz foi acabar com a distincção que havia entre processo ordinario e summario, segundo o numero de annos a que respeitavam os fóros em divida, ordenando que o processo fosse summario em todos os casos, qualquer que fosse o numero das pensões em divida, e ou estas tivessem sido vencidas antes ou depois da promulgação do código civil.

Se porventura a acção já estivesse em juizo na occasião da promulgação do código é que poderia dizer-se que ainda devia continuar o processo antigo, e não se passar ao processo da lei nova.

Finalmente a relação de Lisboa julgou em accordo de 31 de agosto de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 3, que em vista da disposição generica e absoluta dos artigos 1685.º e 1694.º é applicavel a acção summaria á cobrança dos fóros, ou sejam vencidos antes ou depois da promulgação do código civil.

Igual decisão proferiu a relação do Porto em accordo de 21 de novembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 36.

Tambem a mesma relação julgou n'este mesmo accordo, e no de 4 de dezembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 8, que era nullo o processo para a exigencia dos fóros em divida quando, em vez da acção summaria, se intentasse a ordinaria.

Segundo a jurisprudencia consignada n'estes accordos só a acção summaria, e nenhuma outra, é competente para a cobrança dos fóros.

E assim condemnada em varios accordos a doutrina dos que sustentam que a acção ordinaria é uma facultade concedida ao senhorio, de que elle pôde prescindir, recorrendo á ordinaria.

Porém a relação do Porto, em accordo de 7 de março de 1873, proferido no processo de revista n.º 14:571, julgou que o meio summario estabelecido no artigo 1683.º para a cobrança dos fóros, não exclui o processo ordinario, que dá mais latitude á acção e á defeza.

Nós julgámos mais racional esta jurisprudencia, que parece ser adoptada pelo supremo tribunal de justiça.

Em accordo de 6 de junho de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, que a acção competente para demandar fóros vencidos desde o S. João de 1868 era a summaria, visto o artigo 1685.º do código, e não a executiva, porque o artigo 6.º do decreto com força de lei de 22 de julho de 1870 era restricto á cobrança dos fóros devidos á fazenda nacional, e como lei de excepção não admittia interpretação extensiva.

Quanto ao pedido de fóros com tracto successivo julgou a relação de Lisboa, em accordo de 31 de agosto de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 3, que nas acções de cobrança de fóros pôde pedir-se o tracto successivo, que já antes do código era usado nas acções summarias, e ainda nas executivas por fóros.

Tambem n'este accordão o mesmo tribunal julgou que n'estas acções podia pedir-se o reconhecimento dos senhorios directos, visto que a condemnação no pagamento dos fóros importava tanto como a obrigação d'aquelle reconhecimento, ou antes era o melhor reconhecimento.

Em nosso entender a acção de divida de fóros não deixa de ser summaria, aindaque se acumule com o pedido do reconhecimento do dominio directo, comquanto a acção do reconhecimento do dominio directo, em que não se pedem conjuntamente os fóros, deva seguir a forma de processo summario ou ordinario, segundo o valor da causa.

Não é rasoavel a opinião de que para alcançar o reconhecimento do senhorio directo seja competente o meio comminatorio; assim como não parece de rigor que para se pedir o reconhecimento do dominio directo conjuntamente com a divida de fóros seja preciso a acção ordinaria.

Emquanto não está vencida a divida não pôde o senhorio pedir a condemnação do arrendatario no pagamento d'ella, porque em regra divida nenhuma pôde pedir-se antes do seu vencimento, como os principios juridicos ensinam, e segundo é expresso na ordenação, livro III, titulo xxxv.

Em accordão de 5 de julho de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 165, do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que as acções, em que se pedirem fóros com trato successivo, são excedentes à toda a alçada.

Tambem em accordão de 18 de março de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 100 do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que tratando-se do pagamento de um fóro com tracto successivo, e controvertendo-se o fundamento da obrigação, a causa excede todas as alçadas.

Para a exigencia dos fóros em divida não é competente o processo de exigencia dos creditos hypothecarios, aindaque esteja registado o encargo emphyteutico nos termos do artigo 1670.º do codigo, porque este registro não dá senão privilegio mobiliario, garantido nos artigos 880.º e 881.º para pagamento dos fóros em divida, em concorrência com os outros crédores, como decidiu o accordão da relação do Porto de 12 de julho de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 31, 4.º anno.

Já na imprensa juridica se discutiu se o registro de hypotheca legal á segurança de divida de fóros feito nos termos do artigo 93.º do regulamento de 28 de abril de 1870 dá logar ao processo de expropriação estabelecido no artigo 206.º do mesmo regulamento; e se, sendo nullo esse registro, pôde ser atacado com embargos á execução em conformidade do artigo 211.º do mesmo regulamento.

A hypotheca legal pela divida de fóros só a ha hoje com relação aos ultimos dois annos e ao corrente, artigos 880.º e 907.º

Dizem que sendo preciso para ter logar o processo de expropriação hypothecaria, estabelecido no artigo 206.º do regulamento, que os creditos hypothecarios se achem definitivamente registados, e não sendo admissíveis a registro definitivo, senão os documentos especificados no artigo 978.º do codigo, não estão as declarações estabelecidas no artigo 93.º do regulamento no caso de justificar o processo de expropriação hypothecaria, porque o regulamento não podia alterar a lei.

Nós julgámos rasoavel a disposição do artigo 93.º do regulamento, porque não se admitindo o registro de hypotheca á segurança da divida de fóros por meio de declarações, senão achando-se registado o dominio directo, que não pôde ser registado, senão á face dos documentos especificados no artigo 978.º do codigo, e nos artigos 135.º a

138.º do regulamento, o registro hypothecario é consequencia do registro do onus real da emphyteuse, porque o pagamento não se presume.

Se se exigisse documento autentico para registrar o encargo hypothecario em segurança da divida de fóros, não poderia o senhorio effectuar similhante registro sem primeiro fazer condemnar por sentença o foreiro no pagamento dos fóros.

Nullo porém que fosse o registro feito em conformidade do artigo 93.º do regulamento para o effeito da expropriação hypothecaria não poderia o juiz julga-lo assim, sem a parte deduzir embargos de *nullidade de hypotheca* nos termos do artigo 211.º, n.º 3.º do regulamento, porque o registro produz todos os seus effeitos, emquanto não é cancellado, artigo 965.º do codigo.

O artigo 1685.º do codigo será applicavel á exigencia dos fóros, mesmo quando elles estão titulados nos termos do artigo 1684.º? Transformar-se-ia n'este caso a acção de divida de fóros em divida pessoal emergente do titulo da obrigação?

Creemos que o artigo 1685.º é igualmente applicavel aos fóros titulados, em conformidade do artigo 1684.º, porque n'este caso não ha novação. Nos termos do artigo 802.º do codigo, para haver novação, é preciso que o devedor contraia nova divida em logar da antiga, mas a nova divida suppõe sempre nova causa de pedir, e aqui o pedido tem sempre a mesma origem.

Tambem na imprensa juridica já se discutiu, se nas acções summarias de fóros era necessario declarar o valor da causa na petição inicial, e se para a contestação se assignava o prazo de uma audiência.

Não é porém indispensavel declarar o valor da causa logo na petição inicial, por não serem applicaveis á especie os artigos 248.º § 2.º e 254.º § 2.º da novissima reforma judicial; e para a contestação assigna-se só uma audiência, porque esta era a forma de processo anterior ao decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, novissima reforma judicial, artigos 281.º e 283.º

Agora pedem-se por acção summaria os fóros em divida, qualquer que seja o numero das pensões vencidas. Mas poderá começar-se pelo arresto; ou deixou o arresto de ser especialidade d'esta acção summaria? Hoje o arresto não poderá ter logar n'estas acções senão nos casos geraes em que elle é admittido, verificando-se as circumstancias determinadas no artigo 298.º da citada reforma judicial?

A relação de Lisboa em accordão de 4 de dezembro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 8, julgou que o artigo 1685.º tinha revogado no todo a disposição do artigo 283.º, §§ 1.º e 2.º da novissima reforma judicial, não podendo consequentemente principiar-se por arresto, porque o meio de segurança do senhorio directo é hoje o privilegio mobiliario e a hypotheca nos termos dos artigos 880.º, 881.º e 907.º do codigo civil, e que o codigo civil, com quanto não seja lei de processo, revogou a reforma n'esta parte.

Em accordão de 30 de maio de 1874, publicado no jornal *O Direito* n.º 35, 3.º anno, julgou a relação do Porto, que ainda hoje era legal o arresto nas acções de fóros, em vista do artigo 1685.º do codigo, combinado com o artigo 283.º da novissima reforma judicial, mas que esse arresto devia ser limitado aos fructos pendentes dos bens do prazo, porque a amplitude, que o § 1.º do citado artigo 283.º da novissima reforma judicial dava para o arresto em tal caso, está limitada pelo artigo 1685.º do codigo civil, que determina que a execução corra sobre os rendimentos do prazo ou sobre a raiz, á escolha do senhorio, mas não sobre ambas as cousas ao mesmo tempo, e ainda porque,

nos termos do citado artigo 283.º § 1.º da novíssima reforma judicial, não se pôde fazer arresto sobre bens que não sejam hypotheca da dívida.

Hoje porém não tem logar o arresto nos moveis e fructos se não estiver registado o onus real, porque sem isso não são *hypotheca legal* da dívida.

Hoje mesmo os fructos e moveis não podem considerar-se hypotheca da dívida, porque a hypotheca pelo código não pôde recair senão sobre bens immobiliarios.

Como porém o senhorio gosa de privilegio mobiliario especial nos fructos dos predios rusticos, pelo credito de dívida de renda, de predio rustico, relativo ao ultimo anno e ao corrente, artigo 880.º n.º 2.º, assim como pelo credito por dívida de renda, dos predios urbanos, relativo à mesma epocha artigo 882.º n.º 4.º, tem o senhorio privilegio no valor dos moveis existentes no respectivo predio urbano pelas rendas do ultimo anno e do corrente, e só para garantir essas rendas se pôde requerer arresto; visto que a reforma, o fundamento do arresto era a hypotheca nos fructos, que pelo código foi substituida pelo privilegio mobiliario n'esses fructos, abrangendo porém só as rendas do ultimo anno e do corrente, e não as dos ultimos tres annos, como era pela reforma.

N'estes casos pois entendemos que pôde haver o arresto, porque, se não ha hypotheca, ha privilegio, que é mais; e porque o *privilegio* estabelecido pelo código não é incompativel com o direito de *arresto*, reconhecido na novíssima reforma judicial. N'este arresto não é preciso justificar os requisitos do artigo 298.º da novíssima reforma judicial.

Como pela reforma judicial as acções summarias para o pedido dos fóros começassem pelo arresto nos moveis e fructos que eram *hypotheca legal da dívida*, hoje apenas pôde fazer-se arresto nos moveis e fructos pelos fóros relativos aos ultimos dois annos e ao corrente, achando-se o onus do fóro registado, nos termos dos artigos 880.º § 1.º e 881.º § unico (depois de decorrido o tempo de dispensa do registro), porque só n'este caso é applicavel o privilegio que substitue a hypotheca de que a reforma judicial falla, sem que seja necessario, para os effeitos do embargo, que esses creditos privilegiados estejam registados como creditos hypothecarios, nos termos do artigo 907.º, porque se trata de embargo nos *moveis e fructos*, que não podem ser objecto de hypotheca na significação da terminologia moderna, e não nos predios onerados com o fóro, sobre os quaes sómente pôde recair a hypotheca.

A respeito dos processos nas dividas de *rendas* de casas, e de predios rusticos e de *censos* não diz o código uma palavra, devendo por consequencia observar-se a este respeito o disposto na lei anterior, citada reforma judicial, artigos 282.º e 283.º

A novíssima reforma judicial, citados artigos, distingue entre *alugueres* ou *rendas de casas*, e *fóros, censos ou pensões*.

Quanto aos fóros está modificada a sua doutrina pelo artigo 1685.º do código. Mas quanto a rendas de predios rusticos e urbanos e quanto a censos estão em pleno vigor os seus preceitos.

Entendem porém alguns que o artigo 283.º da novíssima reforma judicial, que concedia começar por arresto tratando-se das tres ultimas pensões vencidas, deve julgar-se modificado pelo artigo 880.º n.º 2.º, que só concede privilegio mobiliario especial por dívida de renda relativa ao ultimo anno e ao corrente.

A acção para a exigencia dos *alugueres* ou rendas de casas ha de

seguir o processo anterior ao decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, com as modificações introduzidas nos artigos 281.º e 282.º da citada reforma judicial, citando-se o arrendatario para dentro de vinte e quatro horas pagar ou nomear bens à penhora, e para, na primeira audiência depois da penhora, allegar os embargos que tiver, sob pena de se continuar na execução, devendo todavia ajuntar-se a *prova* do contrato, sem embargo de a não exigir a ordenação, livro IV, titulo XXXII, nem a citada reforma judicial, que aliás a exige no artigo 283.º para o arresto nas causas de pensões.

Portanto é executivo o processo na exigencia das rendas das casas.

Com relação porém ás dividas de rendas de predios rusticos e de censos o processo é outro.

Nas dividas de rendas de predios rusticos e de censos, se são mais do que as tres ultimas vencidas, é ordinario o processo. Se o pedido abrange apenas as tres ultimas pensões vencidas, o processo é summario.

Em conclusão. Quanto à renda de casas subsiste a disposição do artigo 282.º da novíssima reforma judicial, que o código não revogou; quanto aos fóros a acção é summaria, nos termos do artigo 1685.º do código e do artigo 283.º da citada reforma; quanto aos censos e ás rendas de predios rusticos é summaria ou ordinaria a acção, nos termos do citado artigo 283.º da mesma reforma.

O artigo 283.º da novíssima reforma judicial não é restricto aos fóros, abrange tambem as rendas dos predios rusticos, como se deduz do mesmo artigo, combinado com o artigo 282.º, e com o § 38.º da lei de 20 de junho de 1774,

Alguns ainda procuraram sustentar que o citado artigo da reforma excluia as rendas de predios rusticos, dizendo que as palavras do artigo 281.º «*sobre fóros, censos ou pensões*», assim o indicavam, visto que a disjunctiva «*ou*» significava que a palavra «*pensões*» ali era synonyma de fóros e de censos.

Invocavam em reforço d'esta opinião as palavras do § 1.º d'aquelle artigo «*em logar da penhora, que antigamente se permitia no começo da causa, poderá fazer-se embargo ou arresto*», que parecem excluir estas rendas, visto que o meio executivo por penhora tinha logar antigamente por fóros e censos, e não pelas rendas de predios rusticos, para as quaes já então era competente o procedimento de embargo ou arresto, segundo a praxe attestada por Pereira e Sousa e Lobão.

A palavra «*pensões*» porém comprehendia tambem as rendas dos predios rusticos, não só no dizer dos praxistas, mas segundo se mostra da ordenação, livro III, titulo XXXI, que determina que não carece da prova dos tres requisitos «*o arresto nos fructos pendentes para satisfação da pensão*». Já antigamente se usava o arresto na cobrança das rendas dos predios rusticos; e tendo os compiladores da reforma providenciado no artigo 282.º sobre a cobrança das rendas de casas, era natural que no artigo 283.º cogitassem da cobrança das rendas dos predios rusticos. Seria até contradictorio que estabelecessem processo summario a respeito das rendas das casas, fóros e censos, e deixassem para o processo ordinario as rendas dos predios rusticos, quando, de mais a mais, todos estes creditos eram privilegiados.

Hoje pois ha o processo summario, que não é prejudicado, por não haver embargo ou arresto, que é um mero incidente ou garantia da acção, que não ataca a competencia do processo summario.

N'estes casos continua a ser permitido o embargo ou arresto nos fructos dos predios pela pensão do ultimo anno e do corrente; porque, se os fructos não são hoje hypotheca da pensão, como eram ao

tempo da publicação da reforma judicial, são todavia garantida pelo privilegio.

Para a cobrança das rendas de casas, a respeito da qual o código é completamente omisso, continua a vigorar o disposto na ordenação, livro IV, título XXIII, § 3.º

Começa por penhora nos moveis existentes no predio arrendado, porque só sobre elles é que o artigo 882.º n.º 4.º do código concede privilegio mobiliario especial com relação ao ultimo anno e ao corrente.

Em accordão de 6 de dezembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 232, julgon a relação de Lisboa que os moveis existentes n'uma casa arrendada são garantia do arrendamento para o locador, mesmo havidos por emprestimo ou por outro titulo, artigo 882.º do código civil, n.º 4.º, e § 4.º do n.º 5.º; e que não devem julgar-se procedentes e provados os embargos de terceiro, offercidos em execução pela renda, e fundados na compra de taes objectos, se a compra é posterior ao arrendamento do predio, e se o comprador os conservou na casa, aindaque a titulo de arrendamento ao vendedor, porque lhe falta a *posse* do objecto para legitimar os embargos.

Em accordão de 28 de maio de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 37, julgou o mesmo tribunal, que o meio de penhora, como começo de acção, não pôde tentar-se contra o fiador, porque este procedimento, como meio violento, não pôde entender-se alem do inquilino, a respeito do qual só é expressa a ordenação, livro 4.º, titulo 23.º, § 3.º, e jamais pôde applicar-se por argumento ao fiador, que pela natureza especial da obrigação tem a seu favor interpretação restricta, ao que acresce que, sendo a penhora em tal caso uma medida apenas de segurança, deixa de ter razão de ser com respeito ao fiador, que em garantia da divida offerrece caução.

É indifferente que o arrendatario habite ou não a casa, contantoque os moveis lá estejam. Se lá não estiverem, não pôde começar-se por penhora.

Muito mais debatida tem sido a questão sobre o processo a seguir na cobrança dos fóros devidos á fazenda nacional.

Começou de sustentar-se logo ao tempo da promulgação do código que a doutrina do artigo 1683.º não era applicavel aos fóros devidos á fazenda publica, embora lhe pertencessem por algum modo de transmissão do direito civil, ou por successão a corporações extinctas, porque, desde que a lei de 4 de junho de 1859 mandou applicar á cobrança dos fóros nacionaes o processo *executivo* que a reforma judicial estabelece no artigo 667.º, ficaram elles para este effeito equiparados a direitos fiscaes.

Dizia-se que o referido artigo do código não tinha revogado as disposições da lei de 4 de junho de 1859 e do regulamento de 27 de setembro do mesmo anno, que estabeleceram o processo executivo, administrativo e judicial para a cobrança dos fóros, mandando regular o processo judicial pelo artigo 667.º da novissima reforma judicial, com a unica differença estabelecida nos artigos primeiros d'aquella carta de lei e instrucções regulamentares com referencia ao praso de pagamento da quantia exequenda ou nomeação de bens á penhora.

Acrescentava-se que em virtude do disposto no artigo 3.º do código civil, e no artigo 5.º da lei de 1 de junho de 1867, que o approvou, continuava em vigor a referida carta de lei de 4 de junho de 1859 e respectivas instrucções regulamentares, porque o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 se referia unicamente á legislação puramente civil, e não á legislação commercial, criminal, fiscal, etc.; que o código não

tratára de regular os privilegios da fazenda publica; e que tambem não se occupara de regular a fórma de processo, mas só as relações puramente civis entre os cidadãos.

Argumentavam finalmente que a referida carta de lei de 4 de junho de 1859 e respectivas instrucções regulamentares haviam equiparado aos direitos fiscaes os fóros devidos á fazenda, estabelecendo para a sua cobrança o meio executivo marcado no citado artigo 667.º da novissima reforma judicial, e que o código civil não regulára os meios que a fazenda ha de empregar para a cobrança dos seus creditos fiscaes.

Neste sentido foram proferidas algumas decisões pelos tribunaes, Nós porém sustentámos sempre outra opinião.

A identidade do processo não é argumento para a identidade dos direitos. O artigo 1685.º não faz distincção alguma, tornando-se por isso applicavel tambem á cobrança dos fóros da fazenda, porque o código revogou toda a legislação geral ou especial que recaia nas materias n'elle comprehendidas. E quando o código quiz exceptuar das suas disposições os direitos da fazenda fê-lo expressamente, como na especie do artigo 1635.º etc.

Demais, as pessoas moraes, nas quaes se comprehende o estado, quanto ao exercicio dos direitos civis são consideradas como particulares, artigos 3.º, 382.º, 516.º, etc. Portanto, quanto ao exercicio dos direitos civis, só podem gosar de privilegio as pessoas moraes quando a lei expressamente lh'o reconhecer.

Antes da referida lei de 4 de junho de 1859 e instrucções regulamentares de 27 de setembro do mesmo anno, a fórma de processo para a cobrança dos fóros devidos á fazenda era a summaria, que ficou subsistindo quanto aos fóros anteriores a 1834, citada carta de lei e instrucções, artigo 5.º, e artigo 283.º da novissima reforma judicial.

Hoje porém está resolvida esta questão pelo decreto com força de lei de 22 de julho de 1870, que manda applicar á cobrança dos fóros devidos á fazenda o processo usado para a exigencia dos impostos.

Porém a intelligencia d'este decreto veio levantar novas duvidas, sendo interpretado de modo differente nos tribunaes.

Dizem alguns que ainda hoje para poderem ser demandados executivamente os fóros em divida á fazenda nacional é indispensavel que os respectivos conhecimentos façam referencia á escripturação d'onde consta que esses fóros foram pagos durante tres annos, como dispõe a lei de 4 de junho de 1859, que não foi revogada pelo decreto de 22 de julho de 1870, na parte em que prescreve a fórma que devem ter os conhecimentos relativos a fóros do estado para serem demandados pelo meio especial.

Em accordões de 7 de junho de 1870 e de 3 de novembro de 1871, publicados no jornal *O Direito*, n.º 28, 2.º anno, e n.º 5, 4.º anno julgou a relação do Porto que não podem ser demandados executivamente os fóros devidos á fazenda nacional, sem que esta prove que estava na posse de os receber durante tres annos para se dar a intenção fundada que auctorisa a cobrança executiva, sem se cumprirem as formalidades prescriptas na lei de 4 de junho de 1859 sobre a fórma que devem ter os conhecimentos relativos a fóros do estado, que se podem demandar executivamente.

No mesmo sentido julgou aquelle tribunal em accordão de 30 de julho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 275, acrescentando que o meio competente para obstar a uma execução illegal n'esta especie era o de embargos do executado.

Que effectivamente era esta a doutrina da lei de 4 de junho de 1839 e das respectivas instrucções regulamentares de 27 de setembro do mesmo anno, julgou a relação do Porto em accordões de 6 de novembro de 1869, e de 23 de maio de 1871, publicados, no jornal *O Direito*, n.º 7, 2.º anno, e na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 176.

Em accordões de 22 de maio e de 3 de julho de 1872, publicados, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 271, e no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 44, julgou tambem a relação de Lisboa que, ainda depois da promulgação do decreto de 22 de julho de 1870, a fazenda nacional, para cobrar os fóros e mais pensões, deve mostrar que tem a posse de receber por tres annos consecutivos, por si ou pela corporação a que succedeu, quer a acção seja intentada administrativa, quer judicialmente, vista a lei de 4 de junho de 1859, e porque em observancia d'ella as instrucções para a sua execução no § 1.º do artigo 3.º determinaram que os escriptães de fazenda, quando relaxassem a certidão dos documentos de cobrança de fóros para execução judicial, os acompanhariam sempre da necessaria declaração, com referencia aos assentos da respectiva escripturação, d'onde constasse que os fóros de que se tratava, chegaram a pagar-se por tres annos, na forma da referida lei, que esta não pôde julgar-se revogada pelo decreto de 22 de julho de 1870, senão na parte relativa ao fóro em que a execução devia promover-se, enquanto não se oppozessem embargos, nem a competencia do poder judicial para conhecer d'estes.

No mesmo sentido julgou este tribunal em accordão de 28 de fevereiro de 1871, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4:479, e em accordão de 24 de janeiro de 1872, publicado na mesma folha n.º 4:619.

Nós porém entendemos que o referido decreto de 22 de julho de 1870 revogou a lei de 4 de junho de 1859 e respectivo regulamento de 27 de setembro do mesmo anno, na parte em que determinavam que para proceder o meio especial na cobrança d'estes fóros era necessario provar a posse de receber o fóro nos ultimos tres annos, e que no caso de impugnação da parte deviam ser remettidos os embargos ao poder judicial.

A doutrina e as decisões apontadas devem apenas julgar-se modificadas no sentido de ser regulada a execução pela legislação de 1859 em tudo o que não for contrario ao regulamento da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, cujas disposições estão em vigor por força do decreto de 22 de julho de 1870, artigo 6.º

Foi exactamente para obviar aos inconvenientes da lei de 4 de junho de 1859, que poucos ou nenhuns resultados havia produzido em relação á rapidez da cobrança dos rendimentos publicos, que no decreto de 22 de julho de 1870 se consignou a providencia do artigo 6.º

Se a doutrina das decisões contrarias á nossa opinião fosse verdadeira, como o decreto abrange, alem dos fóros, *quaesquer outros rendimentos publicos*, tambem com relação a *quaesquer outros rendimentos publicos* havia de exigir se a prova da arrecadação por tres annos.

O systema da lei de 4 de junho de 1859 é inconciliavel com o do decreto de 22 de julho de 1870. A lei, conquanto se reporte ao artigo 667.º da novissima reforma judicial, seguiu o antigo processo fiscal, dando as certidões authenticas a consideração de escriptura publica para o effeito de serem intimados os devedores para em dez dias pagarem a divida pedida, permitindo-se-lhes *toda a defeza*, mesmo aquella que fosse exclusiva do direito da fazenda, e toda a qualidade de prova, tornando-se a acção da fazenda tambem dependente da posse de receber pelo menos por tres annos.

No processo de execução administrativa a marcha é outra. A certidão ou conhecimento relaxado tem a força de sentença com execução *apparelhada*; não pode admitir-se ao executado defeza offensiva da sentença, e exclusiva do direito que ella representa, a não ser a que menciona o § 5.º do artigo 667.º e os n.ºs 1.º, 2.º e 3.º do artigo 647.º da novissima reforma judicial. O direito da fazenda é invariavelmente fixado pelo conhecimento ou certidão da divida, e não depende da prova de factos nem de despachos do juiz.

Finalmente a relação do Porto em accordão de 9 de dezembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 223, julgou que a execução pelos fóros devidos á fazenda nacional devia promover-se em conformidade do capitulo IV do regulamento de 4 de janeiro de 1870, vistas as disposições do decreto de 22 julho do mesmo anno.

Aos executados só são admittidos os recursos estabelecidos no artigo 48.º do regulamento de 4 de janeiro de 1870, porque a execução ha de correr nos termos dos artigos 36.º e seguintes do mesmo regulamento; e na execução administrativa não ha outros recursos alem dos facultados no citado artigo 48.º d'aquelle regulamento.

Portanto, se o conhecimento não estiver exacto, nem tiver sido extrahido nos termos regulares, a sua annullação pôde requerer-se apenas por via de graça ou de recurso extraordinario pelo ministerio da fazenda, direcção geral dos proprios nacionaes.

Assim, nos termos do artigo 36.º e seguintes do regulamento de 4 de janeiro de 1870, basta para principio de execução, a certidão de relaxe passada pelo receptor, e o mandado assignado pelo eserivão de fazenda.

No entretanto é para desejar que vingue no fóro a jurisprudencia contraria á provisào do decreto de 22 de julho de 1870, que é realmente pouco conforme aos principios geraes de direito sobre o processo de execução.

No intuito talvez de adoçar os rigores d'aquelle decreto se publicou a portaria de 17 de outubro de 1873, a qual declara:

1.º Que os embargos, sob qualquer forma que se deduzam, oppositos nas execuções administrativas contra os devedores de impostos, fóros ou de quaesquer outros rendimentos publicos, deverão ser logo remettidos ao poder judicial, por via do delegado ou subdelegado do procurador regio;

2.º Que os administradores do concelho não deverão entrar na apreciação da defeza contida nos referidos embargos senão no caso especial de embargos de terceiro, com o unico fim de poderem fazer convolar a penhora para outros bens que os devedores tenham livres e desembaraçados, segundo o disposto no artigo 5.º § 1.º das instrucções de 30 de dezembro de 1845, e artigo 47.º § 1.º do regulamento geral da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870;

3.º Que os referidos magistrados, logoque se lhes apresentem embargos ás execuções administrativas, deverão suspender o andamento do processo, até que pelo respectivo agente do ministerio publico lhes seja communicado o despacho do juiz competente, rejeitando os mesmos embargos, ou recebendo-os sem suspensão da mesma execução;

4.º Que as custas deverão ser contados pela tabella dos salarios judiciaes, relativos aos funcionarios dos juizes eleitos, ordinarios e de direito, segundo as alçadas a que corresponderem as dividas á fazenda, na conformidade do artigo 55.º e tabella n.º 2.º do citado regulamento geral da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870.



Por esta fórma se evitam muitos vexames, a que eram sujeitos os executados nas execuções fiscaes por fóros. Succedia muitas vezes citar-se administrativamente para o pagamento do imposto quem o não devia, por não ser a pessoa a quem fóra lançado; e não raro se executava por fóros em dívida á fazenda o dono da propriedade, que nunca estivera sujeita a esse onus, ou que, se o estivera em algum tempo, se achava d'elle isenta por meios reconhecidos em direito.

Os funcionarios administrativos, cingindo-se á letra strita do artigo 47.º do regulamento geral da administração da fazenda publica de 4 de janeiro, não admittiam nas execuções administrativas contra os devedores de impostos, fóros, ou de quaesquer outros rendimentos publicos, outra defeza que não tivesse por fundamento algum dos quatro casos, declarados no mesmo artigo.

A portaria de 17 de novembro de 1873 parece ter restaurado o processo de execuções por impostos anterior ao referido regulamento de 4 de janeiro de 1870.

O decreto de 22 de julho de 1870, segundo declarou a portaria de 26 de junho de 1871, *tambem deve ser applicado á cobrança contenciosa dos fóros, censos e pensões, ou de quaesquer outros rendimentos municipaes, por virtude da disposição do artigo 160.º do código administrativo, que estabeleceu como regra geral que os rendimentos e impostos municipaes serão arrecadados do mesmo modo e com as formalidades prescriptas para a arrecadação dos rendimentos e impostos do estado, e pelo mesmo motivo por que os decretos de 18 de agosto de 1844 e de 30 de dezembro de 1845, que apenas tratam da cobrança das contribuições do estado, se consideram applicaveis aos impostos municipaes: e sem que obste as expressões « a excepção d'aquelles para os quaes as leis e os regulamentos tiverem prescripto um modo especial de arrecadação » que se lêem no citado artigo 160.º do código, as quaes se referem á simples arrecadação, e não á execução administrativa depois de estabelecida, mas já prevista no artigo 247.º n.º 5.º do mesmo código.*

A portaria parece applicar a excepção consignada no artigo 160.º do código administrativo unicamente á *arrecadação voluntaria*, mas o artigo mal se presta á distincção entre *arrecadação* e *cobrança*.

É mais provavel que a excepção se refira ao imposto de trabalho quando *pago em serviço*, que não existia, e que se creou ao tempo da publicação do código administrativo de 1842, em favor do thesouro, e cuja cobrança por consequente devia exceptuar-se da regra geral consignada no artigo 160.º

Deve advertir-se que as execuções administrativas por dividas fiscaes, só comprehendem os moveis, semoventes, dividas activas do executado, e as rendas ou alugueis de predios rusticos ou urbanos, com exclusão de todos os outros rendimentos, como hem se mostra do decreto de 13 de agosto de 1844, das instruções de 30 de dezembro de 1845, das instruções de 15 de dezembro de 1860, e do decreto de 4 de janeiro de 1870.

Não são pois susceptiveis de apprehensão administrativa os rendimentos dos bens de raiz, sem serem invadidas as attribuições do poder judicial, senão quando os bens immoveis andarem arrendados ou alugados.

A arrematação dos rendimento ou rendas penhoradas ha de ser feita, nos termos do artigo 52.º do regulamento de 4 de janeiro de 1870, por tantos annos quantos forem necessarios para completo embolso da fazenda e custas da execução, satisfazendo logo o arrematante a respectiva importancia.

Dos despachos administrativos nas execuções ha recurso para o conselho de districto, a quem o código administrativo no artigo 280.º n.º 6 dá competencia para julgar todas as reclamações contra os actos de administração fundados nas leis e regulamentos administrativos; e assim foi resolvido no decreto sobre consulta do conselho d'estado de 10 de maio de 1859.

Em vista das observações, que acompanham a tabella n.º 2, annexa ao regulamento de administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, do artigo 148.º n.º 4 da novissima reforma judicial, e do artigo 88.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes de 30 de junho de 1864, nas execuções administrativas só quando a divida for superior a 6\$000 réis é que podem contar-se emolumentos iguaes aos que se recebem no juizo de direito.

O decreto de 22 de julho de 1870 é igualmente applicavel aos fóros parochiaes, visto que o código administrativo no artigo 133.º applica tambem ao serviço parochial as disposições do titulo II, capitulo I.

Não é porém applicavel á cobrança dos fóros, pensões e quaesquer outros rendimentos das irmandades e corporações, porque semelhantes estabelecimentos, quanto á cobrança das suas dividas, não gosam de privilegio algum, estão sujeitas ao direito commum.

Neste mesmo sentido resolveu a portaria de 10 de setembro de 1872, publicada no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 33, declarando que a fórma do processo para a cobrança das dividas das corporações pias ou de beneficencia estava marcada na lei geral, e que não podia ser applicada a um asylo a legislação consignada no artigo 160.º do código administrativo, que, como especial, e consequentemente excepção ás regras geraes do processo, não admittia ampliação ou interpretação extensiva.

Se o pedido se fundar em carta de foral é indispensavel allegar e provar algum dos requisitos do artigo 4.º da lei de 22 de junho de 1846, para mostrar que os fóros pedidos não estão comprehendidos na disposição do artigo 3.º da mesma lei, como decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 15 de janeiro de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 31 do mesmo anno, e no *Jornal de jurisprudencia* n.º 31, 4.º anno.

A execução por divida de fóros pôde correr, qualquer que seja a importancia da divida, tanto nos rendimentos como na raiz, artigo 1685.º, ao contrario do que dispunha o projecto primitivo no artigo correspondente 1790.º, que só permitia a execução *na raiz* quando os rendimentos não bastassem para pagar dentro em tres annos a divida atrasada, e os fóros que se vencesem n'esse tempo.

Igual disposição se encontra no artigo 222.º do decreto de 28 de abril de 1870, que, com relação aos creditos hypothecarios, dispõe que a arrematação do predio terá sempre logar pela raiz, seja qual for o valor do mesmo, e a quantia pela qual correr a execução, salvo se o crédor requerer que lhe sejam adjudicados os rendimentos; e n'isto concordar o executado.

### SECÇÃO III

#### DO ALUGUER

Art. 1633.º São susceptiveis de aluguer todas as cousas moveis não fungiveis, que estiverem em commercio.

(Vid. notas ao artigo 370.º)

Art. 1634.º São applicaveis ao contrato de aluguer as disposições da secção precedente, n'aquillo em que forem congruentes com a indole dos objectos mobiliarios.

(Vid. nota ao artigo 1595.º)

Art. 1635.º A transferencia do direito de perceber, por tempo e preço certos, quaesquer prestações ou rendas, rege-se pelas disposições contidas nos artigos 785.º a 795.º, salvo o que nas leis fiscaes se ordenar em relação ás rendas do estado.

(Vid. nota ao artigo 785.º)

## CAPITULO XI

### DA USURA

Art. 1636.º Dá-se o contrato de usura, quando alguém cede a outrem dinheiro ou qualquer outro objecto fungivel, com obrigação de restituir uma somma equivalente ou um objecto igual, mediante certa retribuição em dinheiro ou em cousas de outra especie.

(Vid. nota ao artigo 1508.º)

Art. 1637.º Se o objecto do contrato for cousa fungivel, que não seja dinheiro, e o obrigado não restituir a cousa no praso convencionado, paga-la-ha em dinheiro, pelo preço corrente d'ella n'esse tempo.

(Vid. nota ao artigo 1530.º)

Art. 1638.º Se o contrato versar sobre moeda certa e especificada, será a restituição feita em moeda da mesma especie, e não havendo, applicar-se-ha o disposto nos artigos 724.º e 725.º

Como já dissemos em a nota ao artigo 720.º, os fóros estipulados sem designação de moeda ao tempo em que vigorava o papel moeda hão de ser pagos hoje, que foi desamoedada esta especie de moeda pelas leis de 23 de julho e de 3 de setembro de 1834, todos em dinheiro, que é agora a moeda corrente, visto que os fóros são prestações annuaes que se renovam todos os annos, nos termos do assento de 2 de março de 1786. N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 15 de junho de 1866, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 413.

No entretanto a relação de Lisboa, em accordões de 13 de dezembro de 1871, e de 1 de maio de 1872, publicados aquelle na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 233, e este no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 29, julgou que os fóros estipulados no tempo em que tudo se pagava metade em papel e metade em moeda, devem ser hoje pagos nas mesmas especies, regulando-se o valor do papel pelo agio que tinha no mercado ao tempo em que deixou de ter curso forçado.

Em accordão de 29 de março de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 26, julgou tambem a relação de Lisboa com fundamento no artigo 725.º do código, que os fóros contrahidos nas duas especies de moeda-metal e papel, não podem ser satisfeitos n'essa fôrma, visto achar-se extinta a moeda papel pelo decreto de 23 de julho de 1834, e que o pagamento, que devia fazer-se pela moeda extinta, deve ser feito pelo valor que essa moeda tinha ao tempo em que deixou de correr.

Em officio da direcção geral dos proprios nacionaes, de 30 de novembro de 1863, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 24, se declara que as pensões que se pagavam em papel moeda, quando houverem de ser remidas, devem ser reduzidas a metallico pelo agio corrente ao tempo do pagamento, calculado pela ultima cotação official.

E ha fortes rasões para sustentar esta opinião. Allega-se que pela lei, que extinguiu o papel moeda, foi elle resalvado para os contratos celebrados ao tempo em que tinha curso forçado, e que o assento citado de 2 de março de 1786 trata só de prestações de *legados pios*, onde se attende apenas á vontade do instituidor, quando n'um contrato synalagmatico é preciso attender á vontade e aos interesses de ambas as partes.

Art. 1639.º O que fica disposto nos dois artigos precedentes não obsta a que os contrahentes estipulem o contrario.

(Vid. nota ao artigo 724.º)

Art. 1640.º Os contrahentes poderão convencionar a retribuição que bem lhes parecer.

§ unico. Nos casos em que tiver de fazer-se computação ou calculo de juros, na falta de estipulação, serão estes calculados annualmente em cinco por cento do capital.

(Vid. nota ao artigo 720.º)

Art. 1641.º O contrato de usura é distratavel a arbitrio do devedor, salvo se o dito contrato for estipulado por tempo certo, porque n'esse caso, cumprir-se-ha aquillo que estiver convencionado. O mesmo direito tem o credor, mas com a restricção de não poder usar d'elle, sem d'isso prevenir o devedor, com antecipação de trinta dias, pelo menos.

(Vid. nota ao artigo 739.) Se o contrato não foi estipulado por tempo certo, pôde o devedor, quando quizer, pagar, ou depositar o dinheiro nos termos do artigo 739.º

O credor poderá tambem exigir do devedor a importancia da divida, quando lhe aprouver, devendo apenas preveni-lo com trinta dias de antecipação, para elle poder arranjar o dinheiro.

Em vista do preceito d'este artigo é nulla a clausula, estipulada no contrato de usura, por exemplo, de que o devedor emquanto pagar os juros não pôde ser compellido a pagar o capital, ou qualquer outra, que tenda a inhibir o credor de pedir o reembolso do seu capital, não se havendo estipulado praso certo para o pagamento.

Portanto, na falta de designação de tempo para o reembolso, o contrato de usura é sempre distratavel a arbitrio do credor com a unica restricção de não poder gosar d'este direito sem prevenir o devedor com antecipação de trinta dias pelo menos,

Assim em vista não só da ordenação, livro IV, título 30.º, § 1.º, já invocada em nota ao artigo 739.º, mas em vista dos artigos 743.º e 1527.º do código, o primeiro dos quaes dispõe que, se o tempo da prestação não for determinado, será esta feita, quando o credor a exigir, salvo o lapso do tempo dependente da natureza do contrato, e o segundo que, se o empréstimo for de dinheiro, nunca se presumirá que fôra feito por menos de trinta dias, tanto importa não marcar prazo para a restituição, como deixar á vontade do credor o tempo do cumprimento da obrigação.

A disposição do artigo é igualmente applicavel aos empréstimos hypothecarios. O credor não pôde usar do processo especial para a exigencia dos creditos hypothecarios, estabelecido no regulamento de 28 de abril de 1870, sem ter observado o disposto no artigo 1641.º do código, avisando particular ou judicialmente o devedor para que lhe pague no prazo de trinta dias, e só depois de decorrido este prazo é que pôde promover a execução.

Neste sentido julgou a relação do Porto em accordões de 13 de outubro de 1871, e de 27 de agosto de 1872, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 189 e 272.

Se o devedor estiver ausente, mas for sabido o logar da sua residencia, hão de seguir-se no processo da citação os tramites estabelecidos na legislação especial.

A esta citação não são applicaveis as regras geraes das citações, mas sim as disposições especiaes prescriptas no artigo 209.º do regulamento de 28 de abril de 1870 para o caso de o executado não ser encontrado em casa, ou estar ausente ou doente.

Consequentemente ainda mesmo que o devedor deixe de pagar os juros nos prazos convenionados deve este aviso preceder a acção ou a execução sob pena de nullidade, salvo tendo-se estipulado que a execução pôde intentar-se, e que o capital se julga vencido logo que o devedor falte ao pagamento dos juros nos prazos ajustados.

Estas mesmas disposições são applicaveis ao fiador, seja ou não principal pagador.

O preceito do artigo porém é applicavel só aos contratos de empréstimo com interesse, e não aos empréstimos gratuitos, nem aos creditos provenientes de outra origem, que não seja a usura tal qual é definida no artigo 1636.º

Os creditos provenientes de outra origem, que não seja a usura podem ser exigidos sem o favor do aviso anticipado de trinta dias, concedido n'este contrato ao devedor.

**Art. 1642.º** Não são exigiveis os interesses vencidos de mais de cinco annos, nem interesses de interesses, mas podem os pactuantes capitalisar por novo contrato os interesses vencidos.

(Vid. nota ao artigo 543.º)

**Art. 1643.º** Á prova d'este contrato é applicavel o que fica disposto no artigo 1534.º e seu §.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Em accordão de 16 de maio de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 140, do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que em presença do artigo 1534.º § unico do código não podia admitir-se quitação da quantia de 5:600\$000 réis, que não fosse fun-

da em escriptura publica, sendo insufficiente o recibo ou quitação passado pelo credor, e que nos termos do artigo 211.º, n.º 4.º, do regulamento de 28 de abril de 1870 não se admittem embargos de paga ás execuções hypothecarias, que não sejam fundados em documento legal, e que a falta de documentos authenticos não pôde ser supprida por outra especie de prova, artigo 2428.º

## CAPITULO XII

### DA RENDA OU CENSO CONSIGNATIVO

#### SECÇÃO I

##### DA RENDA OU CENSO CONSIGNATIVO DE FUTURO

**Art. 1644.º** Contrato de censo consignativo, ou renda, é aquelle, pelo qual uma pessoa presta a outra certa somma ou capital, para sempre, obrigando-se aquelle que o recebe a pagar certo interesse annual, em generos ou em dinheiro, consignando em alguns, certos e determinados, immoveis, a obrigação de satisfazer ao encargo.

**Art. 1645.º** É da natureza d'este contrato a cessão perpetua do capital prestado; porém a obrigação de pagar o interesse estipulado pôde ser ou perpetua ou temporaria.

(Vid. artigos 1648.º e 1706.º) Se Pedro entrega a Paulo 1:000\$000 réis, para este pela sua quinta da Condessa lhe pagar 60\$000 réis annuaes, fica constituido o censo. O caracteristico d'este contrato é que o credor não pôde exigir do censuario ou rendeiro o reembolso do capital salvo como pena, se este deixar de pagar-lhe durante tres annos consecutivos, artigo 1649.º Tambem é da essencia do censo haver bens immoveis, como diz o código, sujeitos ao pagamento da renda. Salvo convenção em contrario é da natureza d'este contrato o ser *perpetua* a cessão do capital prestado. Essa perpetuidade, porém ou qualquer outro prazo excedente a vinte annos, não obsta ao distrate, passados vinte annos, artigo 1648.º

Ao interesse publico não convinha que o devedor estivesse obrigado perpetuamente, e por isso se lhe permite o direito de distrate ou de remissão. Não é porém da natureza da obrigação de pagar o interesse estipulado o ser perpetua. Carece de estipular-se, se é perpetua ou temporaria. Nada mais natural do que estipular a cessão *perpetua* do capital com a obrigação do interesse *temporario*, sobretudo quando o interesse a pagar é elevado.

O censo consignativo tem todas as similhanças com o empréstimo hypothecario. No censo consignativo recebe-se um capital, impondo-se como compensação um onus sobre o predio.

Até a comissão revisora, eliminando logo nos trabalhos de primeira revisão os artigos 1735.º a 1748.º do projecto primitivo, que tratavam da renda e do censo consignativo de futuro, deliberou, como se mostra da nota ao artigo 1688.º do projecto de 1863, que a respeito da renda e do censo consignativo de futuro ficassem sómente os artigos necessarios para se declarar que em contratos d'esta natureza seria regido o pagamento das prestações pela doutrina da usura e o encargo pela das hypotheas.

Por isso se tem já discutido também na imprensa jurídica se os contratos de censo consignativo estão ou não sujeitos a decima de juros.

A negativa porém é evidente. Na constituição do censo consignativo não ha *empréstimo* de dinheiro, porque o capital ou somma é cedido *perpetuamente*, nem tem logar o reembolso senão em *pena*, ou por vontade do censuario, artigos 1648.º e 1649.º O contrato do censo consignativo é considerado pela nossa legislação, regulamento de 30 de junho de 1870, como acto juridico que importa transmissão de propriedade immobiliaria, e por isso está sujeito, nos termos do mesmo regulamento, á contribuição de registro.

No censo reservativo, sem se receber capital, aliena-se ou transmite-se o dominio dos bens immobiliarios, reservando-se o alheador para si ou para outrem uma renda, que ha de ser paga pelos frutos dos bens alienados, artigo 1706.º

Pedro vende a Paulo por 1:000.000 réis, e pela constituição de uma renda de 60.000 réis annuaes, uma propriedade que vale 2:000.000 réis, fica constituido o censo reservativo.

Os censos pertencentes ás corporações, cujos bens estão sujeitos ás leis de desamortisação, devem ser remidos ou vendidos em conformidade d'essas leis, que o codigo n'estes artigos não revogou, porque essa legislação não é meramente civil. Nem hoje pôde haver duvida a este respeito, porque a lei de 31 de agosto de 1869, posterior ao codigo, e as instruções regulamentares de 25 de novembro do mesmo anno, confirmaram e ampliaram o que se achava estabelecido na legislação anterior sobre as vendas e remissões d'estes bens. Consistindo elles em generos, deve fazer-se a sua conversão nos termos dos §§ 2.º e 3.º do artigo 12.º das citadas instruções.

A expressão *immovéis* usada no artigo 1644, e a palavra *predio* empregada no artigo 1706.º significam que não ha constituição de censo sobre bens immobiliarios, que o não sejam pela sua natureza, e só por disposição da lei.

Parece pois que não pôde constituir-se censo sobre um *dominio directo*, etc.

O codigo trata em duas partes distinctas do censo consignativo e do censo reservativo. Trata em seguida á usura do censo consignativo, porque o pagamento das prestações n'esta especie de censo é regido pela doutrina da usura, artigo 1647. Trata do censo reservativo em seguida á *emphyteuse*; porque, prohibindo a constituição de censos reservativos de futuro, applica para regular os de preterito os principios da *emphyteuse*, artigo 1708.º

**Art. 1646.º** Este contrato só pôde ser celebrado por escritura publica, e para produzir effeito, para com terceiros, deve ser registado.

(Vid. notas aos artigos 686.º e 949.º)

**Art. 1647.º** São applicaveis a este contrato as disposições estabelecidas nos artigos 1640.º e 1662.º

(Vid. notas aos artigos 1640.º e 1662.º)

**Art. 1648.º** O censo ou perpetuo, ou por mais de vinte annos, é distratavel no fim d'este praso, querendo o censuario, por meio da restituição da somma prestada.

(Vid. nota ao artigo 1644.º)

**Art. 1649.º** Se o rendeiro, ou censuario, deixar de pagar o interesse por tres annos consecutivos, poderá o crédor exigir o reembolso do capital.

(Vid. nota ao artigo 672.º)

## SECÇÃO II

### DO CENSO CONSIGNATIVO DE PRETERITO

**Art. 1650.º** Os censos consignativos, existentes na data da promulgação d'este codigo, podem ser remidos pelo censuario, nos termos seguintes:

1.º Se tiverem sido convencionados por tempo certo, que não exceda a vinte annos, podem ser remidos depois de findo o praso estipulado;

2.º Se tiverem sido convencionados por mais de vinte annos, só podem ser remidos no fim d'este praso;

3.º Se tiverem sido convencionados sem limitação de tempo, e tiverem decorrido menos de vinte annos, só podem ser remidos depois de findo este praso;

4.º No caso do numero antecedente, se na data da promulgação do codigo já tiverem decorrido vinte ou mais annos, pôde dar-se a remissão quando o censuario quizer.

(Vid. artigos 2266.º e 2308.º) O codigo desde que deu nova organisação á instituição dos censos, reduzindo-os a uma só especie, e acabando com a forma de censos reservativos, artigo 1707.º, devia providenciar com relação aos censos de preterito, aos quaes applica effectivamente os principios geraes de direito, em harmonia com o systema da nova legislação civil. Nos censos consignativos de preterito, em virtude do principio da remissão, passados vinte annos, estabelecido no artigo 1648.º, pôde o censuario remi-los, se já decorreram vinte annos depois da sua constituição, ou este praso se completasse antes ou depois da promulgação do codigo.

As palavras do n.º 4.º do artigo «no caso do numero antecedente» com rasão se applicam só ao numero antecedente, e não a todos os numeros anteriores, porque o n.º 3.º é o unico que regula a hypothese de ter sido contratado o censo sem limitação de tempo. Para o caso de ter sido determinado o tempo providenciam os dois n.ºs 1.º e 2.º

Se porventura o censo foi contratado por menos de vinte annos, é evidente que pôde distratar-se, ou que fica distratado, completo que seja o praso ajustado.

A mesma doutrina applicava o sr. Seabra no projecto primitivo á *emphyteuse*, consignando o artigo 1761.º, que se seguia ao correspondente ao artigo 1662.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «Os prazos serão perpetuamente remiveis, excepto se for estipulado, que não possam ser remidos por um certo numero de annos, que não poderá exceder a vinte».

Este artigo foi desde logo objecto da mais viva impugnação. Argumentou-se, especialmente o distincto lente de direito, o sr. Joaquim José Paes da Silva, que a remissão forçada era n'este caso um ataque ao direito de propriedade, que se lá muito longe, applicando a

esta espécie a expropriação forçada, e que por esta razão se poderia acabar também com os prazos, censos, e talvez com as servidões, que não fossem da mais rigorosa necessidade.

Respondia o sr. Seabra com a necessidade, reclamada pelo interesse publico, de habilitar o cultivador a poder hemfeitorisar pela livre disposição do producto do seu trabalho, e dizendo que o senhorio não tinha de que queixar-se, logo que recebesse um equivalente dos seus direitos uteis, e de que o direito de propriedade nunca podia ir tão longe, que prejudicasse os interesses geraes.

No entretanto, e sem embargo de tão ponderosas razões, o citado artigo 1761.º do projecto primitivo foi eliminado pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão.

Sob o mesmo pensamento de favor á propriedade *perfeita*, que no antigo direito se denominava «*plena*», pôde remir-se o encargo de pastagem ainda constituido por título particular, quando elle é *perpetuo*, artigo 2266.º, assim como podem adquirir-se as arvores alheias sitas no nosso predio, se não se estipulou conserva-las por periodo, que não exceda a trinta annos, artigo 2308.º

O projecto primitivo nos artigos 2439.º e 2487.º, correspondentes aos artigos 2266.º e 2308.º do codigo, dava ao senhorio expropriado, na primeira hypothese mais um quinto, e na segunda mais um terço do valor do seu direito, para sua completa indemnisação.

Mas a commissão revisora estabeleceu logo nos trabalhos da primeira revisão, como pôde ver-se dos artigos 2307.º e 2350.º do projecto de 1863, que a expropriação ou remissão n'aquelles dois casos fosse pelo seu justo valor.

Tambem o projecto primitivo no citado artigo 2439.º, correspondente ao artigo 2266.º do codigo, determinava que o valor da servidão seria regulado arbitrariamente, disposição ainda conservada nos projectos de 1863 e de 1864, e a final eliminada, talvez por pertencer ao codigo de processo.

**Art. 1651.º** A remissão consistirá na restituição do capital; mas se não constar qual é a importancia d'este, far-se-ha a remissão na razão de vinte por um.

Recebi 1:000\$000 réis para prestar 100 alqueires de milho por anno. Faço a remissão, entregando 1:000\$000 réis, isto é, restituindo o *capital*, ou a *somma prestada*, artigo 1648.º Se não consta qual é a importancia do capital recebido, multiplico a pensão por vinte, e o producto é o capital a entregar. Assim, se a renda annual são 10\$000 réis, distrato o censo, entregando ao crédor 200\$000 réis.

A base adoptada pelo codigo para a remissão tem dado logar na pratica a inconvenientes, sempre inevitaveis, sobretudo no estado de transição das instituições juridicas; e a esse respeito se têm feito já consultas ás redacções dos jornaes juridicos, que todos têm respondido uniformemente, e no sentido do texto positivo do codigo.

Por exemplo, constituiu-se um censo, em que o crédor deu réis 100\$000 para haver a prestação annual de 25 alqueires de milho n'uma epocha em que custava a 200 réis o alqueire.

Mais tarde, que o alqueire de milho subiu a 400 réis, o crédor vendeu o seu direito por 200\$000 réis, e em partilhas coube a um coherdeiro no valor de 200\$000 réis. Depois da promulgação do codigo pôde o censuario remir o censo, pagando por 100\$000 réis o que ao comprador e ao herdeiro está em 200\$000 réis, perdendo assim o crédor todo este desfalque.

Acresce ainda que nem o comprador, nem o herdeiro tem direito á evicção por essa differença, visto ter a evicção procedido de causa *posterior* á compra ou á partilha, artigos 1051.º n.º 3.º e 2160.º

Por isso argumentam alguns que o *capital* da remissão, a que se refere o artigo, não é o capital *prestado*, mas sim o capital representado hoje pelo censo, que é diverso do primitivo, em virtude da mudança occorrida nos preços pelas circumstancias; porque seria uma expoliação, e um ataque ao direito de propriedade obrigar o crédor a receber por cinco o que lhe custou dez.

No entretanto, sem deixar de reconhecer o peso d'aquellas razões, e os inconvenientes a que pôde dar logar em certos casos a base adoptada para a remissão, é certo que n'este ponto não pôde haver duas opiniões.

As palavras «*restituição do capital*» indicam o capital *prestado*, porque só se *restitue* o que se *recebeu*; e qualquer duvida a este respeito desaparece, confrontando-se o artigo com a sua fonte, que é a regra primeira do artigo 1563.º do projecto de codigo civil hespanhol, onde se estabelece, que os censos podem remir-se *pagando el capital de la imposicion*.

O artigo 1648.º dispõe que a remissão se faz por meio da *restituição da somma prestada*, e o artigo 727.º determina que a prestação em réis se satisfaz, pagando a mesma *somma numerica*, aindaque o valor da moeda tenha sido alterado depois do contrato. Refere-se o artigo á alteração do valor *intrinseco* da moeda, mas por analogia, para o nosso caso, pôde ampliar-se á hypothese de o valor da moeda se ter alterado com relação aos outros valores.

É certo é que o legislador, sem pesar estes inconvenientes e sem tomar em conta as variantes que costuma haver no valor da moeda em si, e comparada com os outros valores, quiz estabelecer uma base fixa para a avaliação dos censos, a fim de facilitar a remissão d'este encargo no interesse da liberdade da terra; e sem attender a outras considerações, partiu do principio, de que o crédor não ficava prejudicado com a remissão, recebendo o mesmo capital em réis, que havia dado.

O inconveniente notado dá-se apenas nos casos em que é conhecida a *somma* do capital prestado; porque, se não é conhecida, a redução dos generos em réis faz-se pelo valor actual, e assim o crédor nenhum prejuizo soffre.

No exemplo supra, ignorando-se qual era a importancia do capital prestado, computava-se cada medida em 400 réis, e o crédor recebia 200\$000 réis, em vez de 100\$000 réis que recebe, sabendo-se ser este o capital prestado.

A remissão effectua-se sem grandes formalidades de processo, limitando-se o censuario, no caso de o crédor não querer receber a importancia do capital, a deposita-lo, salvo havendo questão sobre o computo do valor dos generos, ou sobre se é ou não conhecida a *somma* do capital prestado.

**Art. 1652.º** Aos censos de preterito é applicavel o que fica disposto no artigo 1649.º

(Vid. nota ao artigo 672.º)

## CAPITULO XIII

## DO CONTRATO DE EMPRAZAMENTO

## SECÇÃO I

## DOS EMPRAZAMENTOS DE FUTURO

## SUB-SECÇÃO I

## DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1653.º Dá-se o contrato do empraçamento, aforamento ou emphyteuse, quando o proprietario de qualquer predio transfere o seu dominio util para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe annualmente certa pensão determinada, a que se chama fóro ou canon.

(Vid. artigos 1659.º, 1673.º e 1692.º) O contrato emphyteutico, alem dos nomes por que é designado no artigo, é tambem conhecido pelos nomes de *prazo* e de *fóro*.

Por direito anterior, ainda até certo ponto reconhecido pelo codigo artigos 1697.º a 1700.º no estado de transição do velho para o novo direito, era importantissima, quanto á duração, successão e nomeação, a differença entre *prazos fateosins* e *prazos de vidas*.

Os prazos *perpetuos* ou *fateosins* duravam para sempre em poder dos emphyteutas ou seus representantes, e estavam sujeitos ás mesmas regras que os bens livres, salva a divisibilidade por glebas, que não podia ter logar sem consentimento do senhorio.

Os prazos de vidas eram concedidos sómente a certo numero de pessoas ou vidas, ordinariamente tres, findas as quaes, pela primitiva jurisprudencia, se devolviam ao senhorio.

Estes prazos diziam-se de *livre nomeação* quando ao emphyteuta ficava livre nomear o successor que quizesse, ou esta liberdade lhe fosse expressamente concedida na investidura, ou se subentendesse por n'ella se não inserir providencia em contrario, e d'esta especie falla a ordenação, livro iv, titulos xxxvi e xxxvii. Eram de *nomeação restricta*, ou de *pacto* e *providencia* na phrase dos praxistas, quando não podiam ser nomeados senão em certa qualidade de pessoas, e a nomeação dependia das clausulas insertas na investidura, que a ordenação, livro iv, titulo xxxviii, § 2.º *in fine*, mandava guardar.

Os prazos de *nomeação restricta* ainda se subdividiam em duas especies principaes, que eram as mais ordinarias: 1.º, prazos *familiares puros* ou de *geração*, nos quaes a successão era restricta ás pessoas da familia, ou geração da primeira vida; 2.º, prazos *familiares mistos*, em que a nomeação só era livre na falta de filhos e descendentes do emphyteuta.

Tambem quanto á prova do contrato, e ao tempo do commisso, se dividiam os prazos em *profanos* e *ecclesiasticos*, distincção que hoje não tem importancia alguma, visto que a pena de commisso acabou, artigo 1674.º, e o contrato da emphyteuse, qualquer que seja a qualidade do pactuante, só pôde ser celebrado por escriptura publica, artigo 1655.º

O prazo dizia-se *ecclesiastico*, quando era *ecclesiastica* a cousa empraçada, ordenação, livro iv, titulo xix, *pr.*, e accordãos do supremo

tribunal de justiça de 40 de julho de 1863 e de 3 de julho de 1868. *Emphyteusis est ecclesiastica, quando conceditur res ad ecclesiam pertinens.*

Os prazos *fateosins* foram sempre considerados como bens patri-moniaes do foreiro, e os *de vidas*, como bens de beneficio. Durante muito tempo, seguindo-se a regra de que o prazo provinha do senhorio e não do nomeante, sustentou-se, que o emphyteuta não podia onerar com encargos os prazos, jurisprudencia que parecia reconhecida na lei de 4 de fevereiro de 1765, e ainda adoptada no accordão do supremo tribunal de justiça de 24 de março de 1854, publicado no *Diario do governo* d'aquelle anno, n.º 89, e no accordão de 14 de janeiro de 1853, publicado no *Diario do governo*, n.º 16, do mesmo anno.

Tambem se entendia na jurisprudencia mais antiga que, findas as vidas da concessão do prazo, se devolvia elle livre de encargos ao senhorio.

Porém os usos e costumes foram introduzindo o direito de renovação, que estava já admittido expressamente na nossa legislação desde a lei de 9 de setembro de 1769, e era ultimamente opinião corrente entre os praxistas, que o emphyteuta podia até onerar com encargos a nomeação dos prazos de vidas, visto que os podia alienar, o que era muito mais.

Sobre a historia da emphyteuse entre nós é muito digna de ler-se a nota «X» que vem no fim do tomo ii da obra de direito civil, terceira edição, por Coelho da Rocha.

O certo é que o codigo, inspirando-se nas idéas do tempo, e tambem no intuito de simplificar a nossa legislação, acabou com os prazos de vidas, reduzindo todos os empraçamentos a *fateosins*, ou *hereditarios puros*, segundo a phrase do artigo 1696.º

Outra innovação importante introduziu o codigo na instituição emphyteutica, ordenando que a pensão seja *certa e determinada*, nos termos do artigo 1656.º, reproduzindo-se a mesma disposição no artigo 1653.º, onde a commissão revisora escusadamente incluiu a final a palavra «*determinada*», que não vinha no projecto primitivo, nem mesmo nos dois primeiros projectos da commissão.

Consequentemente hoje, em vista dos artigos 1653.º e 1656.º, não é licito estipular pensões em alternativa, *v. g.*, 4 alqueires de trigo ou 25000 réis, como era permitido por direito anterior; estipulação que continua a subsistir nos empraçamentos de preterito, artigo 1694.º A obrigação de ser *certa e determinada* a pensão exclue a faculdade de ser *alternativa*.

O pensamento d'esta prohibição foi acabar com as estipulações usadas nos antigos aforamentos, de consistir a pensão em um terço, um quarto, e um quinto dos fructos, etc., o que tem dado logar a decisões encontradas nos tribunaes, julgando uns que estas formas de pensões eram verdadeiros *tributos*, e por consequencia extinctos nos termos do decreto de 13 de agosto de 1832, e da lei de 22 de junho de 1846, e julgando outros que as pensões não podem reputar-se extinctas pelo simples facto de serem *incertas*.

Como porém em questão das razões continua a ser muito debatida na pratica com respeito a empraçamentos de preterito, convem expor o mais succintamente possivel as razões que pró e contra têm sido dadas n'esta materia.

As razões, ou quotas incertas, como o terço, o quinto, ou oitavo dos fructos, estarão hoje extinctas, em vista da lei de 22 de junho de 1846, que aboliu todos os direitos impostos por titulo generico, que

não tivessem a natureza de pensões censiticas ou emphyteuticas, ou sub-censiticas ou sub-emphyteuticas?

É muito questionado, como já vimos, se ainda hoje se devem as quotas incertas, chamadas rações, como o quarto, ou o quinto dos fructos, ou se estão abolidas, como tributos e direitos banaes pela lei de 22 de junho de 1846.

Sustentam alguns, que as quotas incertas, chamadas rações, foram totalmente abolidas pela lei de 22 de junho de 1846, e fundam a sua opinião nos seguintes argumentos:

1.º Que as quotas são verdadeiros tributos, como se infere da ordenação, livro II, titulo xxxiii, § 23.º, onde se falla do *terço*, *quarto* e *quinto*, como tributos maiores que a jugada;

2.º Que as rações são verdadeiros encargos *pessoaes*, e, como taes, extinctas pelo artigo 4.º § unico da lei de 22 de junho de 1846, visto o alvará de 24 de novembro de 1764, que falla das *rações*, *oitavos*, ou outros encargos *pessoaes* das fazendas, que possuirem nas terras, onde pelos *foraes* são obrigados os peões a pagar os referidos encargos;

3.º Que estas quotas de terços, quintos, etc., são encargos muito pesados, que excedem os limites das verdadeiras pensões emphyteuticas, que por sua natureza devem ser modicas.

D'aqui concluem que estão hoje abolidas as rações em geral, qualquer que seja a natureza e origem dos bens, em que se achem impostas, e o titulo por que se devam.

Nós seguimos pelo contrario a opinião de que todas as rações, impostas por titulo especial, qualquer que seja a natureza e procedencia dos bens, sobre que pesam como encargos, e ainda as impostas por titulo generico, ou em bens patrimoniaes, ou mesmo em bens da corôa, depois alienados por titulo oneroso, se devem ainda depois da lei de 22 de junho de 1846, comtantoque as estabelecidas por titulo generico tenham o caracter de pensões emphyteuticas ou censiticas.

O argumento deduzido da ordenação, livro II, titulo xxxiii, § 23.º, cae pela base diante da leitura reflectida da mesma ordenação. Neste titulo xxxiii trata-se das *jugadas*, e no § 23.º falla-se dos lavradores, que lavram os *reguengos*, de que pagam os tributos de terço, quarto, quinto, ou mais ou menos.

Aqui pois consideram-se as rações, como tributos, por serem impostas em bens *reguengueiros*.

Assim, para mostrar que as rações são tributos nos termos d'aquella ordenação, não basta declara-las impostas n'um predio; é preciso provar ainda que o predio, com ellas onerado, é reguengueiro, ou de igual natureza.

O argumento deduzido do alvará de 24 de novembro de 1764 é tambem improcedente. Em primeiro lugar o alvará parece sancionar doutrinas contrarias aos preceitos consignados n'outras leis, dizendo que as rações são *fôro de gente plebea*, quando d'ellas não eram escusos os nobres, como se vê da citada ordenação, livro II, titulo xxxiii, que no artigo 28.º obrigava ao pagamento das rações, sem excepção dos clerigos e cavalleiros, e os clerigos e cavalleiros foram sempre considerados como nobres.

Em segundo lugar, ao passo que o alvará de 24 de novembro de 1764 chama as rações encargos *pessoaes*, disposição posterior, como é a lei de 25 de maio de 1776, as considera verdadeiros encargos *reaes*, e a lei de 22 de junho de 1846 só extinguiu os encargos *pessoaes*.

Supponhamos porém que as rações eram verdadeiros encargos *pessoaes*, ou tributos, ainda assim não foram abolidas, por esse simples facto, pela lei de 22 de junho de 1846, porque esta lei, no artigo 4.º, não aboliu todos os direitos banaes ou serviços *pessoaes*, mas só os que não tivessem a natureza de pensões censiticas ou emphyteuticas, salvo se foram impostos pelos reis ou pelos donatarios da corôa, em qualquer titulo generico, aindaque depois fossem convertidos em titulo especial.

Por outro lado não pôde considerar-se vexatoria uma pensão, em que o pensionado é obrigado a pagar apenas uma parte do que tem, e não tudo o que tem, ou mais do que tem.

Desde sempre se tem reputado legitimo o arrendamento por quotas incertas, como o arrendamento por pensões sabidas. A ordenação, livro IV, titulo XLV, até se inscreve *Do que dá herdade a parceiro de meias, ou a terço, ou quarto, ou a arrenda por certa quantidade*.

A propria lei de 22 de junho de 1846 reconhece a legitimidade e a existencia das rações, mandando, no artigo 6.º § 5.º e no artigo 9.º, reduzir as *pensões incertas* a certas, o que mais se confirma pelo disposto no § 4.º n.º 5.º do artigo 22.º

Acha-se ainda confirmada esta doutrina no regulamento de 9 de junho de 1861 para a execução da carta de lei de 4 de abril do mesmo anno, que no artigo § 4.º 1.º manda converter os *fôros* em generos, ou *incertos*, em dinheiro, nos termos do artigo 9.º da lei de 22 de junho de 1846, para poderem ser avaliados.

Finalmente pôde reprehender-se do artigo 1692.º do codigo que as rações são devidas ainda hoje, quando estiverem nas condições prescriptas nos artigos 3.º e 4.º da referida lei.

Se ellas estivessem totalmente abolidas não teria rasão de ser o preceituado n'este artigo.

Esta disposição refere-se unicamente aos emprazamentos de preterito. Nos emprazamentos de futuro não podem estipular-se prestações incertas, porque a pensão, ou seja em generos ou em dinheiro ha de ser certa e determinada, artigo 1656.º As que ainda vigoram podem ser reduzidas a quotas certas por um justo arbitrio, por meio de arbitradores, não vindo as partes a accordo amigavel.

O projecto primitivo consignava no artigo 1803.º a disposição de que, se os senhorios não se accordassem amigavelmente com os fôreiros acerca da redução, seria esta feita por arbitros nomeados a aprazimento das partes. Esta disposição foi ainda conservada nos projectos de 1863 e de 1864, e a final com rasão eliminada, por ser materia de processo.

Tambem o mesmo projecto primitivo estabelecia no artigo 1815.º, que os louvados, na conversão das pensões incertas em certas, deviam tomar para base do seu calculo o termo medio da produção do predio nos dez annos anteriores, salvo se constasse quaes tinham sido as pensões pagas n'esses annos, porque n'esse caso a vista d'ellas se tomaria o termo medio; e no artigo 1814.º determinava que o preço seria tomado segundo o termo medio das tarifas annuaes da camara do logar da situação do predio.

A commissão revisora, eliminando estes artigos, deixou de pé, tanto para a redução das pensões incertas a certas, como para a fixação do preço dos generos, a legislação vigente ao tempo da promulgação do codigo.

Consequentemente ficaram subsistindo:

1.º Todas as rações impostas por titulo especial ou sobre bens da corôa, ou sobre bens patrimoniaes.

A lei de 22 de junho de 1846, tratando de regular simplesmente as prestações impostas por título generico, fez n'este sentido distincção entre bens patrimoniaes e bens da corôa, e ainda subdividiu estes segundo foram ou não alienados a título oneroso.

Todas as prestações pois impostas primitivamente em bens da corôa por título especial subsistem, porque o artigo 3.º da lei de 22 de junho de 1846 só declara extintas as impostas primitivamente por título generico, aindaque convertidas *posteriormente* em título especial.

2.º As prestações impostas por título generico em bens patrimoniaes, ou mesmo em bens da corôa, que foram depois alienados por título oneroso, subsistem tambem, salvo se não representam uma pensão emphyteutica ou censitica.

Por consequencia subsistem as rações estabelecidas por título especial, ou os bens sejam patrimoniaes, ou da corôa; foram extintas as estabelecidas por título generico em bens da corôa que não foram depois alienadas por título oneroso, e subsistem ou não as rações estabelecidas por título generico em bens patrimoniaes, ou bens da corôa alienados por título oneroso, segundo representam ou não uma verdadeira pensão emphyteutica.

Mas o que é título generico e título especial?

Nos termos do artigo 6.º da lei de 22 de junho de 1846 ficam subsistindo: 1.º, os fôros, censos, pensões ou outros direitos dominicaes que não tiveram origem no título generico extinto pelo artigo 3.º, mas foram estabelecidos pela concessão de certas propriedades, ou pela consignação d'ellas em contratos especiaes emphyteuticos ou censiticos, e que se acham encorporados na corôa ou fazenda, e á publicação do decreto de 13 de agosto de 1832 lhe pertenciam ou ás pessoas, corporações ou estabelecimentos a que succedeu, qualquer que fosse o modo por que os adquiriu, ou a pessoa que os estipulou, ou a natureza dos bens em que foram impostos.

Podemos pois dizer impostas por título especial as pensões estabelecidas pela concessão de certas propriedades, ou pela consignação d'ellas em contratos especiaes, emphyteuticos ou censiticos.

Nos termos do referido decreto de 13 de agosto de 1832, na parte correspondente ao artigo 3.º da lei de 22 de junho de 1846, parecia comprehender o título especial apenas os empraçamentos, subempraçamentos e censos.

Todavia pela lei de 22 de junho de 1846 comprehende alem d'isto a concessão de propriedades certas e determinadas.

Assim, todas as pensões incertas, ou certas, impostas em bens da corôa, ou seja por contrato de emphyteuse, ou censo, ou pela concessão de certas propriedades, reputam-se estabelecidas por título especial.

O sr. Silva Ferrão distingue o título generico do título especial segundo o genero de auctoridade com que foram impostas as pensões, e define *título especial* a consignação das pensões em certa propriedade, ou a reserva d'ellas feita por virtude de contrato especial censitico ou emphyteutico, e portanto *título generico* — todo o estabelecimento das referidas prestações feito por modo de imposição, ordenamento ou determinação superior como acto de soberania ou de supremacia.

Devem pois reputar-se determinadas por título especial as prestações impostas em contrato emphyteutico ou censitico, ou por concessão de certas propriedades, e determinadas por título generico as impostas por outro qualquer título.

Assim, subsistem todas as prestações impostas por título especial tenham ou não o caracter de emphyteuticas; e não se devem as pres-

tações estabelecidas por título generico, salvo tendo sido impostas em bens patrimoniaes, ou em bens da corôa depois alienados por título oneroso, e tendo o caracter de emphyteuticas.

Tambem ficam subsistindo os fôros, censos, pensões e direitos dominicaes da mesma natureza impostos em bens da corôa ou fazenda, que ao tempo da publicação do decreto de 13 de agosto de 1832 pertenciam a donatarios d'ella ou mesmo a estabelecimentos, corporações, ou individuos que o não fossem, mas d'aquelles donatarios os tivessem havido; e bem assim os fôros, censos, pensões e direitos dominicaes, aindaque mencionados nos foraes, se tiveram origem em contratos especiaes anteriores a que se refram os mesmos foraes.

Na emphyteuse é o foreiro o verdadeiro senhor do predio. Não é só usufructuario; tem o direito de dispor d'elle como verdadeiro dono, artigo 1673.º Pôde portanto alterar-lhe a fôrma e a substancia, comtantoque o não detiore, nos termos do artigo 1672.º, o que aliás não é licito ao usufructuario, artigo 2217.º Pôde pois o foreiro reduzir a vinha a olival, o olival a terras de pão, etc. Fica, emquanto ao direito de o fruir, sujeito apenas a uma pensão, que ha de pagar ao senhorio em compensação do aforamento, e emquanto ao direito de dispor sujeito a vende-lo tanto por tanto ao senhorio, nos termos dos artigos 1678.º e seguintes.

O codigo conserva ainda a antiga linguagem, aliás defeituosissima, denominando *util* o dominio do foreiro, e *directo* o dominio do senhorio, quando ambas as denominações podem sem inconveniente applicar-se a qualquer dos dois dominios. No entretanto havemos de servir-nos de uma ou de outra no sentido classico para designar já o direito do foreiro, já o do senhorio.

O preceito estabelecido no artigo 1659.º, no sentido de garantir sempre a identidade do predio sujeito ao fôro, era bem escusado no codigo civil; devia deixar-se ao bom senso das partes. Mais longe porém ia ainda o projecto primitivo, em que o artigo correspondente (1737.º) era redigido nos seguintes termos: «O predio dado de empraçamento será denominado, medido, descripto e confrontado, de modo que os seus limites não possam confundir-se com os limites dos predios circumvizinhos, e avaliado com deducção do iníporte do dominio directo. § unico. A vedoria e avaliação deve ser feita por louvados nomeados a aprazimento dos estipulantes, e inserta na investidura ou escriptura do contrato».

Art. 1654.º O contrato de emphyteuse é perpetuo. Os contratos, que forem celebrados com o nome e fôrma de emphyteuse, mas estipulados por tempo limitado, serão tidos como arrendamentos, e como taes regulados pela legislação respectiva.

(Vid. nota ao artigo 1395.º)

Art. 1655.º O contrato de empraçamento será celebrado por escriptura publica, e só produzirá effeito, em relação a terceiro, sendo devidamente registado.

(Vid. notas aos artigos 686.º e 949.º)

Art. 1656.º A qualidade e quantidade do fôro será regulada a aprazimento das partes, comtantoque seja certa e determinada.

(Vid. notas aos artigos 1595.º e 1654.º)



Art. 1657.º Não poderá convencionar-se encargo algum extraordinario ou casual, a titulo de luctuosa, laudemio ou qualquer outro.

(Vid. artigo 1693.º) Quiz o codigo acabar com todos os encargos extraordinarios ou casuaes, a que eram sujeitos os foreiros nas escripturas dos empraçamentos, e que tinham ainda feição do antigo dominio feudal. Encargos *ordinarios* podem as partes estipula-los, ainda os mais fortes, como lhes aprouver, mas tudo o que for *eventual* presereve-o o legislador.

O codigo, prohibindo qualquer encargo extraordinario, especifica a luctuosa e o laudemio, como mais usados, sendo o laudemio até elemento natural do contrato, de modo que se presumia ainda não estipulado. Na falta de estipulação era de 2½ por cento do preço do prazo nas vendas voluntarias, e nas judiciaes, em virtude da ordenação, livro IV, titulo xxxviii *pr.*, e provisão de 30 de junho de 1776, nas expropriações para obras publicas, alvará de 13 de setembro de 1778, e nas trocas ou permutas, alvará de 20 de agosto de 1779, § 1.º

O codigo confirma essa mesma fixação para os empraçamentos de preterito, salvas as estipulações em contrario, artigo 1693.º

A doutrina do artigo 1693.º não vinha no projecto primitivo, nem apparece no primeiro projecto da commissão revisora. Foi introduzida só no projecto de 1864, em virtude da resolução indicada em a nota ao artigo 1733.º do projecto de 1863; mas, aindaque não fosse expressa na lei, subentendia-se por força do contrato.

Já se tem querido reduzir o laudemio á quarentena, mesmo com relação aos empraçamentos de preterito, sobretudo quando os dominios directos pertencem a corporações publicas; mas todas as diligencias n'esse sentido têm sido infructuosas.

Por decreto dictatorial de 14 de julho de 1870 foram reduzidos á quarentena os laudemios de maior preço que recaissem nos bens desamortizados, comprehendidos nas leis de 4 de abril de 1864, de 22 de junho de 1866 e de 28 de agosto de 1869. Este decreto porém não foi confirmado pela lei de 27 de dezembro do mesmo anno, que validou varios decretos d'aquella dictadura.

Os laudemios dos prazos que fazem parte de doações regias por titulo generico tambem foram reduzidos á quarentena por força do disposto no § 4.º do artigo 7.º da lei de 22 de junho de 1846; e n'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 9 de fevereiro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 13, 4.º anno.

Nos empraçamentos de preterito o mais frequente é serem de quarentena os laudemios, comquanto os haja, especialmente os devidos a corporações religiosas, de 5 por cento e até de 20, 25 e 30 por cento. O codigo com razão acabou com este encargo, que dificultava a transmissão da propriedade, obrigando o vendedor a repartir o preço com o senhorio; porque, ainda sendo pago pelo adquirente, como o codigo determina no artigo 1693.º, este mette em conta na fixação do valor do predio a despeza do laudemio, que assim vae recair a final sobre o vendedor.

Tambem prejudicava o interesse publico obrigar o vendedor a pagar laudemio, mesmo nas vendas judiciaes, e expropriações forçadas, em que a propriedade não era alienada por iniciativa sua, e tanto mais que estava em pratica pagar-se o laudemio do valor total por que se vendêra o prazo, comprehendendo as beneficencias feitas depois do aforamento, por mais extraordinarias que fossem.

Porém nos empraçamentos, em que se estipulava laudemio mais elevado, era ordinariamente pequena a pensão foreira.

O sr. dr. Paes ainda sustentava a conservação do laudemio nas vendas e nas trocas de prazos sendo fixado na quarentena.

Respondeu-lhe porém o sr. Seabra nos seguintes termos:

« Não admittimos o laudemio nos empraçamentos de futuro, porque, entendido na fórma ordinaria, é uma prestação iniqua, na parte em que comprehende as beneficencias, e limitado ao valor do predio é arbitrario, em razão da sua eventualidade; as partes podem e devem equilibrar melhor os seus interesses no regulamento das prestações certas. A fixação da quarentena pôde ser admittida como regra de decidir quando o laudemio não é determinado na investidura emquanto ao preterito, mas a lei não pôde nem deve admittir o laudemio de futuro, porque não parte de nenhuma razão sufficiente ».

A *luctuosa* era a melhor cousa do foreiro que o successor devia entregar ao senhorio por morte de cada emphyteuta na occasião do *lucto e pranto*, e por isso se dizia *luctuosa*; e era de todos os encargos o mais repugnante.

Este encargo porém continua ainda em vigor nos empraçamentos de preterito, como se mostra do artigo 2096.º, comparado com o artigo correspondente (2269.º) do projecto primitivo, que era redigido assim: « O valor do dominio directo será calculado no importe de 20 pensões annuaes; e, se alem das pensões annuaes, comprehender alguma prestação eventual, como laudemio, ou luctuosa, acrescerá o importe de uma d'essas prestações. » Demais, os empraçamentos de preterito são mantidos na fórma dos respectivos titulos, artigo 1689.º, com as modificações estabelecidas nos artigos 1690.º e seguintes, podendo por isso nas escripturas de reconhecimento estipular-se as clausulas dos antigos empraçamentos, relativas ao pagamento da luctuosa. N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 12 de novembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 270.

Em vista do artigo 1657.º, que não permite a estipulação de laudemio nos empraçamentos celebrados depois da promulgação do codigo, ha de ser calculado sem laudemio o valor do dominio directo, não obstante a disposição do artigo 8.º, § 5.º, do regulamento de 30 de junho de 1870, cuja disposição foi transcripta da lei de 30 de junho de 1860, attendendo ás emphyteuses existentes ao tempo da promulgação do codigo, e não ás constituídas posteriormente.

A doutrina d'este artigo, apesar de clara, tem dado logar, por ser nova, a duvidas, apresentadas na imprensa juridica, e algumas até já resolvidas nas repartições superiores do estado.

Em officio da direcção geral das contribuições directas do thesouro publico de 8 de abril de 1869, publicado no jornal *O Direito*, n.º 18, 1.º anno, se declara que não ha hoje *entrada* ou qualquer outro encargo nos empraçamentos, deixando por isso de ter applicação, em vista do artigo 1657.º, o § 7.º do artigo 7.º da lei de 30 de junho de 1860, na parte que dizia assim: « Quando a transmissão se effectuar por meio de constituição de emphyteuse, a contribuição será calculada sobre o valor do dominio directo acrescentado com a *entrada*, se a houver ».

Estas entradas eram o dinheiro que o foreiro dava ao senhorio no acto do empraçamento, alem da pensão e mais encargos posteriores a que se obrigava. Assim, dava-se de aforamento uma quinta pelo foro annual de 53000 réis, recebendo o senhorio alem d'isso, a titulo de entrada, como agora se diz, ou de *luvas*, como antigamente se di-

zia, 500,000 réis. Este contrato era verdadeiramente um mixto de emphyteuse e de compra e venda.

Ora pôde duvidar-se se o código proíbe ou não as *entradas*, porque o artigo 1657.º parece referir-se a encargos a satisfazer depois do empraçamento, e quanto a este ponto pôde ser facilmente sophismado, especialmente acabando a rescisão dos contratos por lesão, ou estando restricto o direito de rescindir por lesão aos termos do artigo 1382.º

A nossa opinião é que ainda hoje podem estipular-se as *entradas* no contrato de empraçamento, porque o código as não proíbe, o que mais se confirma com o regulamento da 30 de junho de 1870, que no artigo 6.º, § 7.º, reproduziu o disposto no artigo 7.º, § 7.º, da lei de 30 de junho de 1860.

Declarou-se também no citado officio que o § 6.º do artigo 8.º da referida lei emquanto estabelece como regra para a avaliação do dominio directo, quando for necessaria, que o valor de tal dominio será o producto do canon multiplicado por 20 e mais um laudemio, em nada foi alterado pelo artigo 1657.º do código, visto que o laudemio estipulado nos empraçamentos de preterito é conservado na forma da estipulação em conformidade do artigo 1693.º, devendo por isso ser attendido para o pagamento da contribuição de registo nas transmissões do dominio directo verificadas por titulo gratuito; e que não ha calculo a fazer em separado sobre o laudemio nas transmissões do dominio directo operadas por titulo oneroso, porque fazendo elle parte do mesmo dominio e sendo um dos objectos da transmissão, é pago pela parte do correspondente preço que for estipulado.

O laudemio computa-se, não sobre o valor total da propriedade, mas unicamente sobre o preço do dominio util, descontando-se o capital do fôro, como se mostra da ordenação, livro IV, titulo xxxviii, e expressamente decidiu o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 16 de junho de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 170 d'esse anno, e no *Jornal de jurisprudencia* n.º 3, 5.º anno, devendo assim calcular-se para os effectos do pagamento da contribuição de registo, nos termos do regulamento de 30 de junho de 1870.

Tambem em officio da direcção geral dos proprios nacionaes de 16 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 15, 3.º anno, se declarou que a importancia do laudemio para o effecto do pagamento da contribuição de registo não devia ser calculada, pelas declarações dos pactuantes, sobre o valor da propriedade, quando este fosse inferior ao que constasse da matriz, vistas as disposições do § 2.º do artigo 11.º do regulamento de 30 de junho de 1870, revogando-se assim o officio de 23 de junho de 1863, que era consequencia do disposto no artigo 1.º da lei de 17 de agosto de 1861.

Tem sido tambem muito questionado se no calculo do laudemio hão de ou não computar-se as bemfeitorias extraordinarias feitas pelo foreiro. Os tribunaes têm proferido decisões encontradas a este respeito.

A opinião mais geral porém, e que nos parece a mais legal, comquanto a mais injusta, é que o laudemio se computa com relação ao valor do dominio util, sem exclusão das bemfeitorias, visto que a lei manda pagar o laudemio do preço da venda, sem fazer distincção ou desconto algum.

Art. 1658.º Se o empraçamento for de predio urbano, ou de chão para edificar, o fôro será sempre a dinheiro.

(Vid. nota ao artigo 1595.º)

Art. 1659.º O predio dado de empraçamento será denominado, descripto e confrontado, de modo que os seus limites não possam confundir-se com os limites dos predios circumvizinhos.

(Vid. nota ao artigo 1653.º)

Art. 1660.º O fôro será pago ao tempo, e no logar convençionados.

Art. 1661.º Não havendo declaração sobre o logar, ou sobre o tempo do pagamento do fôro, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º O fôro será pago em casa do senhorio, morando este na parochia da situação do predio.

§ 2.º Se o senhorio não residir na parochia, ou ahi não tiver procurador, será o fôro pago em casa do emphyteuta.

§ 3.º Consistindo o fôro em fructos, será pago no fim da respectiva colheita, e, consistindo em dinheiro, no fim do anno, contado desde a data do contrato.

(Vid. nota ao artigo 739.º)

Em accordão de 21 de junho de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 33, julgou a relação de Lisboa, que os juros da importancia dos fôros, quando o senhorio não mora na parochia do emphyteuta, e não se mostra que elles fossem exigidos n'esta antes da instauração da acção, se devem só desde a contestação da lide.

Art. 1662.º Os prazos são hereditarios, como os bens alodiaes; não podem, porém, dividir-se por glebas, excepto se n'isso convier o senhorio.

§ 1.º A repartição do valor entre os herdeiros far-se-ha por estimação, encabeçando-se o prazo em um d'ellês conforme convierem entre si.

§ 2.º Se não podérem accordar-se, será o prazo licitado.

§ 3.º Se nenhum dos herdeiros quizer o prazo, será este vendido, e repartir-se-ha o preço.

§ 4.º Se o senhorio consêntir na divisão por glebas, cada gleba ficará constituindo um prazo diverso, e o senhorio só poderá exigir o fôro respectivo de cada um dos foreiros, conforme a destriça que se fizer.

§ 5.º A divisão e a destriça não terão validade, não sendo feitas por acto authenticico, que inclua o consentimento escrito do senhorio.

§ 6.º N'este caso poderá o fôro, que tocar a cada herdeiro, ser augmentado com a quota, que o senhorio deva receber pelo incommodo da cobrança dividida.

(Vid. artigos 1694.º e 1696.º) O código declara fateusins hereditarios todos os empraçamentos de futuro, e ainda os de preterito que

são de vidas, existentes, ao tempo da promulgação do código, nos termos dos artigos 1697.º e 1700.º Agora todos os prazos são considerados como bens allodiacs e livres para o effeito de serem repartidos entre todos os herdeiros, e não passarem precipitos a algum d'elles, como succedia com os prazos de vidas. Não podem porém dividir-se por glebas, como os predios censiticos, artigo 1647.º, e apenas por estimação, salvo consentindo o senhorio.

O encabeçamento ha de fazer-se n'aquelle dos coherdeiros em que todos convierem, não bastando o voto da maioria, vista a redacção do código.

Foi alterada assim a doutrina do direito velho, ordenação, livro IV, título xcvi, § 23.º, segundo a qual para o encabeçamento dos prazos fateusins bastava o accordo da maioria dos coherdeiros.

Pretendem alguns que o código ainda manteve a disposição do direito velho n'esta parte, e querem fortalecer a sua opinião com argumento do disposto no artigo 1270.º n.º 5.º

Esta opinião porém cae diante do mais ligeiro exame do preceito consignado no artigo 1662.º As palavras do § 1.º « conforme convierem entre si » e do § 2.º « se não poderão accordar-se » são tão genericas e absolutas que não comportam aquella opinião.

Demais, todos os coherdeiros são interessados e têm direito n'esta parte da herança, e nenhum pôde ser privado contra sua vontade do seu direito sem ser primeiro ouvido e convencido segundo o systema do código.

Desde que o legislador em beneficio de todos os herdeiros permittiu a licitação, pela qual um d'elles pôde lançar no prazo, e ficar com o predio, se o seu lance for o maior, não devia sujeitar a vontade de um sequer dos herdeiros á decisão da maioria, mas sim remette-los para a licitação, quando não houvesse pleno accordo entre todos.

O artigo 1270.º é applicavel unicamente ás sociedades voluntarias, que não podem equiparar-se á communhão na herança, que é uma sociedade feita sem contrato e sem consentimento previo.

A especie em questão o que pôde ser applicavel, e que vem em reforço da intelligencia que damos ao artigo 1662.º, são os artigos 2145.º, 2147.º e 2183.º

N'esta parte se differença ainda o novo do velho direito sobre este assumpto, porque a ordenação mandava vender o prazo logo que a maioria dos cointeressados não concordasse quanto ao encabeçamento, e o código admittiu, entre o accordo acerca do encabeçamento do prazo e a venda d'elle, um meio termo, que é a licitação entre os co-interessados. Assim o código, no intuito de beneficiar os herdeiros do emphyteuta, concedeu em primeiro logar o accordo de todos acerca do encabeçamento, em segundo logar a licitação, para ficar com o prazo aquelle dos herdeiros do emphyteuta que maior lance offerecesse, e em terceiro logar a venda.

Se o senhorio consentir na divisão por glebas, cada gleba fica constituindo um prazo diverso e especial, recebendo o senhorio a respectiva quota de fóro do possuidor de cada gleba, e não havendo, como pelo direito antigo, *cabeceal*, encarregado de cobrar a respectiva quota de fóro para entregar a pensão por inteiro ao senhorio.

Apesar da indivisibilidade dos prazos já reconhecida na lei velha, ordenação, livro IV, títulos xxxvi e cxvi, era frequente no paiz a cobrança do respectivo fóro feita por um só dos foreiros, que era o unico responsavel para com o senhorio, ao qual chamavam *cabeça*, *cabeceal* ou *cabeceiro*.

Erá pesadissimo este encargo, não só pelo grande trabalho pessoal

a que obrigava o onerado, mas porque este tinha muitas vezes de sustentar dispendiosos pleitos para haver insignificantes quantias, ou de renunciar á cobrança d'ellas, pagando-as aliás do seu bolso ao senhorio.

A lei de 9 de junho de 1822 no artigo 17.º declarou extincta a pratica de cobrar as pensões e fóros por *cabeceis* e *posseiros*, o que a lei de 5 de abril de 1821 não comprehendêra, porque exceptuou este serviço da abolição geral dos direitos *banaes*.

Porém o alvará de 5 de junho de 1824 no § 5.º cassou todas as providencias respectivas a foraes, menos quanto aos direitos chamados *banaes*, que continuariam a considerar-se supprimidos.

Assim não ficou abolido este serviço, porque a citada lei de 5 de abril de 1821 no artigo 2.º sómente considerava direitos *banaes* os direitos de fornos, marinhas, lagares exclusivos, e os privilegios de boticas e estalagens; e o serviço dos cabeceis era no artigo 1.º considerado serviço *pessoal*, e expressamente exceptuado da abolição.

Era portanto evidente que não se referia a este encargo o § 5.º do alvará de 5 de julho de 1824, que fallára apenas de direitos *banaes*, e não de serviços *pessoaes*.

Tornou-se pois corrente que o encargo de *cabeceal* continuára a subsistir até á publicação do decreto de 13 de agosto de 1832. Porém este decreto nenhuma providencia tomou a respeito de cabeceis. Revogou no artigo 5.º as doações de *direitos reaes*, mas o encargo de *cabeceal* não se comprehendia no numero dos direitos reaes, que estavam definidos na ordenação, livro II, título xxvi, a que se refere o decreto no artigo 1.º, e não se trata ali de taes serviços.

A lei de 22 de junho de 1846 no artigo 8.º declarou abolidas todas as prestações impostas em bens da corôa, por titulo generico, e comprehendeu consequentemente n'esta extincção todos os serviços *pessoaes*, sem excepção alguma.

No artigo 4.º declarou subsistentes as pensões e obrigações impostas, ainda por titulo generico, em bens patrimoniaes, ou bens da corôa depois alienados por titulo oneroso; mas n'estes casos mesmo extinguiu os serviços *pessoaes*, e todos os encargos que não tivessem a natureza de pensões emphyteuticas ou censiticas, sub-emphyteuticas ou sub-censiticas. E não pôde duvidar-se de que aquelles serviços não têm a natureza de pensões, e de que a lei de 20 de março de 1821 os declara serviços *pessoaes*.

Assim o encargo de *cabeceal*, imposto por titulo generico sobre bens patrimoniaes ou sobre bens da corôa, achava-se extincto pelos artigos 3.º e 4.º da lei de 22 de junho de 1846. Estava igualmente extincto, aindaque determinado por titulo especial, se foi imposto sobre bens da corôa, como se vê do § 3.º do artigo 7.º da citada lei, o qual está sob a epigraphe: « *Emquanto aos fóros, censos, ou pensões da corôa ou fazenda estabelecidos por titulos especiaes* », o qual dispõe nos seguintes termos: « O direito dominical da luctuosa fica extincto n'estes contratos, bem como o de córte de madeiras ou de pastagens reservadas pelos directos senhorios, e todos os serviços *pessoaes*. »

Pela lei de 22 de junho de 1846 pois continuou ainda a subsistir o encargo de *cabeceal* nos fóros estabelecidos em titulo especial e respectivo a bens patrimoniaes.

O mesmo encargo é referido como subsistente na lei de 22 de fevereiro de 1861, artigo 2.º, na de 22 de junho de 1866, artigo 1.º § 5.º, nas instrucções de 28 de julho do mesmo anno, artigo 9.º, e no decreto de 25 de dezembro de 1869, para execução da lei de 28 de agosto

do mesmo anno, que no artigo 9.º dispõe o seguinte: «Quando os foreiros tiverem cabecel, cada um dos co-emphyteutas poderá remir a quota de fóro que lhe pertencer. Só quando estas não quiserem usar do seu direito, poderá o cabecel requerer a remissão de todas as quotas do fóro ou d'aquella que qualquer co-emphyteuta não quizer remir.»

O código porém não resolve de modo positivo e expresso esta questão.

O código previne a hypothese de se dividirem os prazos com consentimento do senhorio, e n'esse caso acaba com o cabecel. Esta mesma legislação é igualmente applicavel aos prazos divididos anteriormente com consentimento do senhorio, artigo 1694.º

Os divididos antes da promulgação do código sem licença do senhorio, e cuja divisão tenha prescripto, ficam sujeitos á mesma regra.

Pelo código pois acabou o serviço de *cabecel*, isto é, de ficar obrigado um dos foreiros a receber dos emphyteutas a sua quota de fóro, e a entrega-lo por inteiro ao senhorio. Já pela antiga legislação havia quem reputasse extincto este encargo, sustentando que o serviço dos *cabeças* deve considerar-se como *banal*, e por isso extincto pela legislação anterior, e a esse respeito tem havido julgamentos contraditórios nos tribunaes superiores. Hoje porém não deve ter logar essa questão. Nem pôde sequer estipular-se, e de preterito acabou tambem por força do disposto no artigo 1694.º Por esta fórma o código invalidou até o direito creado por contrato.

Portanto ainda mesmo que o senhorio tivesse consentido na divisão do prazo em glebas com a clausula da cobrança dos fóros por cabecel, ficou invalidada esta condição do contrato pelo presente código.

Sustentam porém alguns que a disposição do § 6.º do artigo 1662.º é applicavel só ás divisões que se operarem depois da promulgação do código, e não ás divisões realisadas sob o dominio da lei velha, porque essas se fizeram á sombra d'essa lei, e por ella estavam garantidas. N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 28 de julho de 1871, publicado no jornal *O Direito* n.º 43, 3.º anno.

Entendeu a relação que a obrigação de cabecel nada tinha de vexatoria nem de degradante para os foreiros, e que não se comprehendia nos serviços pessoases abolidos pelas leis de 20 de março de 1821 e de 22 de junho de 1846.

No mesmo sentido julgou aquelle tribunal, em accordão de 7 de março de 1873, proferido no processo de revista n.º 14:571, decidindo que a obrigação de cabecel subsistia com relação aos fóros vencidos até 22 de março de 1868, mas se achava extincta com relação aos vencidos posteriormente, tendo votado dois juizes, porque esta obrigação subsistia de preterito e de futuro, dois porque ella estava extincta de preterito e de futuro, e um no sentido em que foi proferido o accordão.

Acrescentam que a este respeito cessaram todas as duvidas em vista do citado artigo 9.º do decreto de 25 de novembro de 1869, porque o governo estava auctorisado pelo artigo 14.º da lei de 28 de agosto do mesmo anno a codificar n'um só diploma todas as disposições legislativas e regulamentares em vigor sobre a materia; e quanto ás vendas e remissões manteve no artigo 14.º o disposto nas leis de 4 de abril de 1861 e de 22 de junho de 1866 em tudo que por ella não fosse alterado; e que portanto manteve tambem a instituição do cabecel, que aquellas providencias legislativas reconheciam, e que assim não pôde haver duvida de que mesmo depois da promulgação do co-

digo continua a subsistir o encargo de cabecel, vistas as disposições da referida lei de 28 de agosto de 1869, posterior ao código.

A relação do Porto decidiu tambem em accordões de 19 de abril e de 12 de novembro de 1872, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 246 e 270, que o encargo de cabecel ainda hoje subsiste nos emprazamentos anteriores á promulgação do código, vistas as disposições da lei de 20 de março de 1821, de 22 de junho de 1846, e artigo 9.º de decreto de 26 de julho do mesmo anno, regulamentar d'esta lei; e que até pela lei de 20 de março de 1821 é o encargo de cabecel equiparado ao serviço do foreiro, que é obrigado a levar o fóro a casa do senhorio, e que o artigo 1662.º é applicavel só ás divisões operadas depois do código civil, para que o senhorio possa tambem em compensação augmentar a quota do fóro nos termos do § 6.º do mesmo artigo.

Esta doutrina porém é abertamente contraria ás disposições da lei. Ordenando o artigo 1694.º que o artigo 1662.º seja applicavel aos emprazamentos de preterito, é evidente que quiz sujeitar aos seus preceitos as divisões de prazos feitas com consentimento do senhorio antes da promulgação do código.

Em vista dos dois artigos 1662.º e 1694.º, a obrigação do cabecel não pôde estipular-se nos emprazamentos de futuro, e ficou extincta nos emprazamentos de preterito.

Os cabecéis que existirem bem podem recusar-se ao desempenho d'este encargo sem d'ahi lhes resultar outra responsabilidade alem da que é commum a todos os consortes, de soffrer augmento de fóro, nos termos do § 6.º do artigo, para compensar o senhorio do incommodo da cobrança dividida.

É duro que feito um contrato á sombra da lei vigente, entre o senhorio directo e os foreiros, constituindo a divisão do prazo em glebas, e ficando a cargo de um dos consortes fazer a cobrança dividida, e entrega-la por inteiro ao senhorio, venha uma lei posterior expoliar os pactuantes dos direitos adquiridos, obrigando o senhorio a tentar uma acção para obter o reconhecimento especial de cada foreiro, e o augmento da quota do fóro, que o compense da cobrança dividida, e obrigando os consortes a pagar, em consequencia, uma quota de fóro superior á estipulada no contrato, deixando apenas ao posseiro o favor de ser dispensado do encargo de cabecel, a que aliás se obrigára livremente por contrato.

No entretanto a lei, por ser dura, não ha de deixar de ser cumprida.

É preciso tambem regular a hypothese, tanto em relação aos emprazamentos de futuro, como aos de preterito, de se dividirem os prazos sem consentimento do senhorio.

Supponhamos que se verifica a hypothese, que é aliás muito frequente, de se dividir o prazo em glebas sem consentimento do senhorio: qual é a jurisprudencia applicavel, visto que o artigo regula unicamente o caso de se dividir com consentimento d'elle?

É omissio o código a esse respeito, e não têm para isso desculpa os seus redactores.

O sr. dr. Paes insistiu em que era preciso declarar-se que no caso de ser feita a divisão pelos emphyteutas sem approvação do senhorio, poderia este pedir o fóro por inteiro a cada um dos consortes, ou requerer que elles elegessem de dois em dois annos um cabecel que pagasse o fóro por inteiro ao senhorio, cobrando dos outros as respectivas partes, e que conviria estender esta disposição aos censos, de modo que os senhorios não fossem prejudicados por actos praticados sem o seu consentimento.

A estas observações respondia o sr. Seabra: « O additamento é *necessario*, mas não nos parece admissivel a alternativa do cabecel, que traz comsigo graves inconvenientes, e mais justo e regular seria a pena de commissio, porque ha quebra de contrato. Poder-se-ha acrescentar ao artigo o seguinte:

« Se o prazo for dividido por glebas sem consentimento do senhorio poderá este *rehave-lo por commissio* ».

Todas estas lembranças porém ficaram esquecidas. A commissão revisora, examinando em sessão de 26 de abril de 1862 o respectivo artigo (1760.º) do projecto primitivo, approvou-o sem modificação, estando aliás presente o sr. Seabra, que em 1859 tinha reconhecido a necessidade de um additamento.

Portanto que remedio tem hoje o senhorio para tornar effectivo o seu direito no caso de lhe ser dividido em glebas o prazo sem o seu consentimento, ou a divisão tivesse logar antes ou depois da promulgação do codigó?

Á pena de commissio não pôde de certo recorrer, que foi de todo proscripta.

Differentes alvitres têm sido lembrados:

1.º Demandar os possuidores das glebas para que elejam cabecel que cobre de todos a sua direita parte e entregue ao senhorio o fóro por inteiro;

2.º Demandar qualquer dos possuidores do prazo pela totalidade do fóro, não pelo principio de cabecel, mas pelo principio da solidariedade resultante da indivisibilidade do prazo.

3.º Registrar o senhorio a hypotheca no prazo todo pela divida dos fóros, em conformidade do disposto no artigo 907.º do codigó, e depois requerer a expropriação do prazo.

Que a divisão do prazo não tem validade é evidente.

4.º Demandar cada um dos possuidores das glebas que compunham o prazo para que reconheça o senhorio, ficando cada uma das glebas a constituir prazo especial, e podendo exigir-se augmento de fóro, por analogia do disposto no § 6.º do artigo;

Foi talvez por ser radicalmente nulla a divisão do prazo sem consentimento do senhorio, que o codigó deixou de providenciar sobre esta hypothese.

O difficil é regular as consequencias d'essa nullidade.

O primeiro alvitre é inadmissivel.

Demandar os possuidores para escolherem cabecel é inutil e illegal, porque o encargo de cabecel acabou, como acima demonstrámos.

O 2.º é igualmente inaceitavel, porque não ha lei, nem principio juridico em que se funde: não poderá ser demandado qualquer dos possuidores das glebas para pagar o fóro por inteiro, porque a solidariedade das obrigações não se presume, não estando expressa na lei ou no contrato, como não está no presente caso.

Até em accordão de 24 de janeiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 7, julgou a relação do Porto, que é inepta a petição em que o senhorio directo, allegando a posse de receber de um cabecel os fóros pagos por differentes co-emphyteutas, pede a um só os fóros todos pelo principio da indivisibilidade do prazo.

O 3.º expediente é uma rigorosa estrategia juridica, que pôde valer para de momento o senhorio obter a cobrança dos fóros, mas que não resolve de modo decisivo a questão.

Creemos pois que o senhorio tem apenas um meio regular a seguir, que é chamar á demanda todos os possuidores do prazo para se

declararem sem effecto as divisões feitas sem a sua approvação, sendo o prazo encabeçado n'um só dos possuidores ou vendido, nos termos do artigo 1662.º, e ordenação, livro IV, titulo xcvi § 23.º; e que tambem pôde usar do meio reconhecido no § 6.º do artigo 1662.º, declarando previamente que ratifica a divisão feita pelo emphyteuta sem a sua approvação.

O primeiro meio está nos precisos termos da lei. Desde que o senhorio foi lesado pela divisão do prazo sem o seu consentimento, não ha meio de o restituir ao estado anterior á lesão, senão tornando a unir o prazo. Para isso não basta que na petição da acção se requiera que se declare sem effecto a divisão do prazo, e que a sentença assim o determine. É indispensavel que na petição se enuncie o meio de operar de novo a conjunção do prazo, e que a sentença expressamente o reconheça; aliás mal poderá ser depois executada a decisão judicial. Ora nós não conhecemos outro meio *pratico* de realisar a conjunção do prazo, senão o encabeçamento n'um dos consortes ou a venda d'elle em globo a um individuo.

É portanto indispensavel que no libello se conclua por pedir, que se declarem sem effecto as divisões do prazo, conjunctando-se outra vez por meio de encabeçamento n'um dos consortes ou pela venda em globo.

O segundo meio por nós indicado é igualmente legal e racional. A divisão feita pelos emphyteutas sem consentimento do senhorio passou á condição das divisões feitas com consentimento d'elle, desde que o senhorio a ratificou.

Nem os consortes podem com razão queixar-se de que o senhorio legalise o acto d'elles, porque ninguem pôde impugnar o seu proprio facto. Recorrendo a este expediente deve a parte allegar o facto do seu dominio, e da divisão do prazo sem o seu consentimento, declarar que ratifica essa divisão, e concluir pedindo que julgados provados estes factos se applique o § 6.º do artigo 1662.º

Este segundo meio é preferivel quando forem muitos os possuidores do prazo, não só porque seria difficil satisfazer ao preceito do artigo 490.º § 3.º da novissima reforma judicial, mas porque, sobre vindo muitas habilitações, poderia eternisar-se, ou tornar-se impossivel o andamento do processo.

Quanto á disposição do § 5.º do artigo vid. nota ao artigo 686.º

Convem todavia notar que o *acto authenticó* só se exige para prova de que o senhorio consentiu na divisão e destrinça, quando essa divisão ou destrinça teve logar depois da promulgação do codigó; porque, se teve logar antes, prova se esse consentimento por todos os meios ordinarios de prova. A prova dos actos juridicos é regida pela lei vigente ao tempo da constituição d'esses actos.

A divisão do prazo em glebas nos herdeiros do emphyteuta, com consentimento do senhorio, pôde fazer-se n'uma só escriptura. Nem ha necessidade de tantos *actos authenticos* quantos são os novos emphyteutas. É até mais natural ficarem consignados n'um titulo só os novos emprazamentos visto que é um e indivisivel o contrato, em que intervem o senhorio, prestando o seu consentimento á divisão do prazo; e os herdeiros do emphyteuta para concordarem na parte do prazo, que deve ficar a cada um d'elles.

Se no emprazamento havia a clausula de ser livre de contribuições para o senhorio o fóro, pôde repetir-se esta mesma condição no contrato de divisão do prazo, em vista da lei de 3 de abril de 1873, porque não se trata de um novo emprazamento, mas da divisão do antigo por differentes consortes. Por esta mesma razão não é devida contri-

buição de registo pelo augmento do fôro, em conformidade do preceituado no artigo 11.º do decreto de 30 de junho de 1870, porque o augmento de fôro significa apenas a compensação para o senhorio de regular em parcelas de varios o que tinha direito a receber conjuntamente de um só.

Têm-se levantado também duvidas, em presença da disposição do código, sobre se na palavra « herdeiros » se comprehenderá o conjuge sobrevivo para o effeito de partilhar no valor do prazo e de ter direito ao encabeçamento.

A ordenação, livro iv, titulo xcvi, nos §§ 23.º e 24.º mandava partilhar o prazo por estimação entre os coherdeiros e fazer o encabeçamento em um d'elles em que todos ou a maior parte concordassem, e ordenava que se fizesse o encabeçamento no conjuge por onde o prazo proveiu antes que cazasse, ou em seus herdeiros.

Em vista porém do código, que manda repartir o valor do prazo entre os herdeiros, e que este se encabece *n'um d'elles* conforme convierem entre si, dizem alguns que não tem partilha o conjuge sobrevivo no valor da estimação do prazo, e que é excluído do encabeçamento na propriedade do prazo, aindaque por elle tenha provindo ao casal, ou porque já o tinha quando casou, ou porque o houve na constancia do matrimonio.

Acrescentam ainda que, tanto o código não chama o conjuge sobrevivente ao encabeçamento nem á licitação nos prazos, que, quando trata da licitação é da partilha nos artigos 2126.º e 2127.º, substitue a palavra « herdeiros » por « interessados » para comprehender o conjuge sobrevivente.

Para nós porém é fóra de duvida que, apesar da defeituosa redacção do artigo, é comprehendido o conjuge sobrevivente entre os herdeiros de que falla o código, considerando-se como *coherdeiro* quanto á successão indivisa; nem ha contradicção com as doutrinas juridicas em acceitar esta explicação.

Desde que o código estabeleceu a regra de que nos casamentos segundo o costume do reino tem o conjuge sobrevivente meação nos bens de prazo, artigos 1108.º e 1109.º, não pôde negar-se o direito de encabeçamento e de licitação áquelle dos interessados que só por si tem direito igual ao de todos os outros interessados reunidos, e que não devia ser obrigado a acceitar o valor que os outros quizessem dar ao que era seu, ficando mero espectador da licitação.

Se porém o conjuge não estiver comprehendido na palavra « herdeiros » consignada no artigo, como elle tem direito á meação no valor do prazo, e não se encontra outro artigo no código que regule a divisão dos prazos, ha de applicar-se-lhe este, como *caso analogo*, visto o artigo 16.º

D'esta fórma o conjuge sobrevivente, ou lhe seja applicavel o disposto no artigo 1662.º por elle estar comprehendido na palavra « herdeiros » ali empregada, ou por analogia do que ali se dispõe com relação aos herdeiros, tem direito á parte respectiva na meação do prazo e ao seu encabeçamento e licitação, como qualquer dos herdeiros do conjuge predefunto.

Com o que o código acabou foi com a differença, para o encabeçamento, de ter provindo o prazo do conjuge sobrevivente ou do predefunto. Ou tenha provindo por um ou por outro lado, tornou-se commum, é considerado como quaesquer outros bens allodiaes, e o encabeçamento só pôde ter logar n'aquelle em que todos os herdeiros se accordarem.

A palavra « interessados », usada nos artigos 2126.º e 2127.º, não

pôde destruir os argumentos, com que firmámos a nossa opinião, e todos sabem o pouco rigor com que o código usou da terminologia juridica.

Já entrou em duvida tambem no fôro se o encabeçamento do prazo com tornas importava alienação a titulo oneroso, em que houvesse logar ao direito da opção ou laudemio, ou se o encabeçamento em pessoa chamada á successão dispensava qualquer intervenção do senhorio. Julgou em conformidade d'esta ultima opinião a relação do Porto em accordão de 14 do março de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 165.

**Art. 1663.º** Na falta de herdeiros testamentarios, ou legitimos do ultimo foreiro, será o predio devolvido ao senhorio.

(Vid. nota ao artigo 591.º) Por direito anterior o senhorio directo só recuperava o dominio util sem indemnisação em dois casos: 1.º, no caso de commissio; 2.º, por caducidade, na falta de successor do emphyteuta.

Porém a devolução por caducidade não era applicavel aos prazos fateusins, como já observámos em a nota ao artigo 591.º Era unicamente applicavel aos prazos de livre nomeação, e nos termos estabelecidos no § 26.º da lei de 9 de setembro de 1769, e na ordenação, livro iv, titulo xxxvi, § 2.º, que sómente tratavam dos prazos de livre nomeação.

Agora dá o código ao senhorio o direito de devolução, por caducidade, dos prazos fateusins, que por direito anterior só lhe pertencia nos de vidas, mas unicamente na hypothese de não haver herdeiros legitimos nem testamentarios. A redacção d'este artigo e a do artigo 2006.º, fallando da successão do estado na falta de herdeiros testamentarios e legitimos, pareceu excluir o estado da categoria dos *herdeiros legitimos*, na qual é comprehendido pelo preceito expresso do artigo 1969.º

Todavia esta differença de redacção, aliás censuravel n'um código, não altera os effeitos juridicos da successão. O estado succede sempre, na falta de herdeiros legitimos e testamentarios, sem differença de direitos, ou succeda como herdeiro, ou por direito de soberania, ou por qualquer outro titulo.

Em todo o caso as regras geraes de successão relativas ao estado, que vem prescriptas nos artigos 1969.º e 2006.º, não são applicaveis em materia de prazos. O estado é excluído da successão dos prazos em beneficio do senhorio directo. Entendeu bem ou mal o legislador que nos bens emphyteuticos, em que o dominio se acha dividido entre o emphyteuta e o senhorio directo, conservando este o seu direito dominical sobre a propriedade emphyteutica, devia considerar-se mais merecedor do que a fazenda, que é inteiramente estranha, para succeder no prazo ao extinguir-se a successão do foreiro.

Talvez o legislador quizesse dar este direito de devolução ao senhorio para o compensar de muitos outros direitos de que o privou.

O senhorio pôde no proprio processo de inventario da herança do emphyteuta fallecido requerer a entrega do prazo, podendo justificar o seu direito com documentos, nos termos do artigo 2087.º do código. Neste sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 4 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 183.

## SUB-SECÇÃO II

## DOS BENS QUE PODEM SER EMPRAZADOS

Art 1664.º Só podem ser objecto de emprazamento os bens immoveis alienaveis, salvas as seguintes disposições.

(Vid. nota ao artigo 894.º)

Art. 1665.º Ao emprazamento dos bens de menores, e interdictos, é applicavel o que fica disposto nos artigos 267.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 267.º)

Art. 1666.º Ao emprazamento dos bens dotaes é applicavel o que fica disposto nos §§ 2.º e 3.º do artigo 1149.º

(Vid. nota ao artigo 1149.º)

## SUB-SECÇÃO III

## DOS QUE PODEM DAR E RECEBER DE EMPRAZAMENTO

Art. 1667.º Podem dar de emprazamento todos os que podem alienar seus bens.

(Vid. nota ao artigo 894.º)

Art. 1668.º Os casados não podem, comtudo, emprazar seus bens sem commun consentimento, seja qual for o seu contrato de casamento.

(Vid. nota ao artigo 1149.º)

Art. 1669.º Podem dar de emprazamento todos os que podem contratar, excepto:

- 1.º As pessoas moraes, a não ser nos termos em que a aquisição de bens immoveis lhes é permittida pelo artigo 35.º;
- 2.º Os que não podem comprar, conforme o que fica disposto nos artigos 1562.º, 1564.º, 1565.º e 1566.º

As corporações ecclesiasticas tambem não podiam dar os seus bens de emprazamento, senão com as formalidades legaes, e precedendo a competente auctorisação, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 29 de julho de 1873, publicado no *Diario*, n.º 213, de 20 de setembro do mesmo anno.

Diz o accordão: «Considerando que os bens prediaes, rusticos ou urbanos das igrejas e corporações religiosas, estiveram sempre desde os mais remotos tempos da monarchia sujeitos a suprema inspecção e tutela do governo, como consta de infinitas leis sobre a amortisação;

«Considerando que as corporações de mão morta não podiam adquirir nem alhear bens de raiz sem licença regia, e outras formalidades legaes, nos termos da ordenação, livro II, titulo XVIII, alvará de 6 de julho de 1776 e decreto de 16 de setembro de 1817;

«Considerando que o contrato de emphyteuse é uma especie de alheação e o de fl. foi celebrado sem que precedesse licença regia, louvação, editaes, pregões, e arrematação em praça, nos termos que prescreve a ordenação, livro I, titulo LXII, §§ 45.º e 46.º;

«Considerando que o estado tem immediato interesse nos bens dos conventos, porque a proporção que forem supprimidos, os mesmos bens são exclusivamente applicados á manutenção de estabelecimentos de piedade e instrução, e á sustentação do culto e clero, nos termos expressos da carta de lei de 22 de junho de 1866, artigo 1.º, § 8.º e artigo 11.º;

«Considerando, finalmente, que este foi sempre o direito do reino a respeito das alheações dos bens das corporações de mão morta, como attestam eminentes jurisconsultos; etc.»

Esta era a doutrina reconhecida no antigo direito, porque hoje, depois da lei de 4 de abril de 1861 confirmada pelas de 22 de junho de 1866 e de 28 de agosto de 1869, que desamortizou os bens das corporações religiosas, é absolutamente prohibido o emprazamento dos bens dos conventos, porque são vendidos pelo thesouro publico.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 33.º)

2.º, etc. (Vid. nota aos artigos 244.º n.º 1.º e 1562.º e seguintes.

## SUB-SECÇÃO IV

## DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS SENHORIOS DIRECTOS E DOS FOREIROS

Art. 1670.º O senhorio directo é obrigado a registar o encargo emphyteutico, para que este produza effeitos para com terceiros, e ficar elle com privilegio mobiliario, para pagamento dos fóros que vierem a ser-lhe devidos, nos termos dos artigos 880.º e 881.º

(Vid. notas aos artigos 880.º e 949.º)

Art. 1671.º Na falta de pagamento de fóros, o senhorio directo não tem outro direito, aindaque o estipule, senão o de haver os fóros em dívida e os juros desde a móra.

(Vid. nota ao artigo 672.º)

Art. 1672.º Se o foreiro deteriorar o predio de modo que o valor d'este não seja equivalente ao do capital correspondente ao fóro e mais um quinto, o senhorio directo poderá recobrar o dito predio sem indemnisação alguma ao foreiro.

O codigo parece ter admittido a pena de commisso, só no caso de o foreiro deteriorar o predio de modo que corresse risco o direito do senhorio directo. N'este caso porém não tem o commisso o caracter de pena; é apenas uma garantia meramente civil do direito do senhorio, que deixa de estar assegurado desde que o predio não vale o representativo do dominio directo e mais um quinto.

(Vid. nota ao artigo 898.º)

Art. 1673.º O foreiro tem direito a usufruir o predio, e a

dispor d'elle como cousa sua, salvas as restricções expressas na lei.

(Vid. nota ao artigo 1653.º)

Art. 1674.º Se o foreiro for perturbado no seu direito por terceiro que dispute o dominio directo e a validade do empraçamento, deverá chamar o senhorio directo á authoria, se quizer ter regresso contra elle pelas perdas e damnos que porventura possa padecer no caso de evicção.

(Vid. nota ao artigo 1051.º)

Art. 1675.º O foreiro será obrigado a todos os encargos e tributos que forem lançados ao predio ou á pessoa em rasão do predio.

§ unico. O senhorio directo deverá comtudo abonar ao foreiro as contribuições correspondentes ao fóro.

(Vid. nota ao artigo 1609.º)

Art. 1676.º O foreiro pôde hypothecar o predio e onerarlo com quaesquer encargos ou servidões sem consentimento do senhorio directo; comtantoque a hypotheca ou o onus não abranja a parte do valor do predio, que corresponde ao fóro e mais um quinto.

Em officio da direcção geral dos proprios nacionaes de 27 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 11, se declara que por despacho de 20 de janeiro do mesmo anno fóra resolvido que depois da promulgação do codigo civil não é necessaria licença para a hypotheca dos bens foreiros á fazenda nacional, porque esta pôde ser constituída livremente em todo o prazo, salvo na parte correspondente ao capital do fóro e mais um quinto, como é expresso nos artigos 898.º e 1676.º do codigo, ficando por isso sempre salvos os direitos da fazenda, que nunca deve consentir na hypotheca d'esta parte reservada pela lei como segurança do fóro.

Em outro officio d'aquella direcção, de 18 do mesmo mez e anno, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 14, se declara tambem que por despacho de 11 do mesmo mez e anno fóra resolvido que para se constituir hypotheca em bens foreiros á fazenda publica, comtantoque esta não abranja o valor do predio, que corresponde ao fóro e mais um quinto, não é applicavel a verba de söllo exigida na respectiva tabella, porque não ha necessidade de pedir licença para taes hypothecas, visto o preceito do artigo 1676.º do codigo civil.

Pela lei de 24 de abril de 1873, artigo 3.º § unico: «O valor do dominio directo é calculado pela somma de vinte pensões, na emphyteuse constituída depois da promulgação do codigo civil, e de vinte pensões e um laudemio na emphyteuse de preterito.

(Vid. nota ao artigo 898.º)

Art. 1677.º O foreiro pôde doar ou trocar livremente o predio, mas n'este caso deverá faze-lo saber ao senhorio directo dentro de sessenta dias, contados desde o acto da transmissão. Se assim o não fizer, ficará solidariamente res-

ponsavel com o cessionario pelo pagamento das prestações devidas.

Na doação e na troca do prazo não ha direito de preferencia, nem pagamento de laudemio, e apenas obrigação de prevenir o senhorio, para este saber contra quem ha de exercer os seus direitos dominicaes. Já pelo direito anterior não havia laudemio na doação dos prazos e apenas obrigação de avisar o senhorio, e era muito questionado se na troca havia logar ao direito de opção e ao laudemio.

Diziam alguins: 1.º, que na permutação não havia direito ao laudemio, senão quando o prazo era trocado por cousa fungivel, e não quando era trocado por outro predio determinado, porque n'este caso não podia o senhorio dar ao foreiro exactamente o predio que elle desejava em troca; 2.º, que o laudemio seguia sempre a sorte da siza, e que não se pagando siza em troca de predio por predio não se pagava tambem o laudemio; 3.º, que a ordenação, livro IV, titulo xxxviii, *in fin. princ.*, estabelecendo a obrigação do pagamento do laudemio, dava a entender que esta obrigação tinha logar só nas vendas, como se deduz das expressões «ou pagamento do preço», «pagando-lhe logo o preço».

No entretanto a disposição da lei era outra. A citada ordenação, livro IV, titulo xxxviii *pr.*, assento da materia, dispunha expressamente que o foreiro não poderia «vender, escaimbar, dar, nem alhear a cousa aforada sem consentimento do senhorio. E querendo a vender, ou escaimbar, dizia a ordenação, deve-o primeiro notificar ao senhorio, e requer-lo, se a quer tanto por tanto, declarando-lhe o preço ou cousa que lhe dão por ella; e querendo-a o senhorio por o tanto, have-la-ha, e não outrem».

E a lei de 20 de agosto de 1774, § 2.º, mandava que o tabellião, que houvesse de lavrar as escripturas de venda ou permutação de prazos da universidade, o não fizesse «sem o indispensavel alvará de licença da universidade, expedido pela junta de fazenda, e o conhecimento em forma original de que se metteu no cofre da mesma junta a importância do laudemio correspondente ao valor do prazo vendido, ou permutado».

É pois indubitavel que em face da lei havia direito de opção, e portanto laudemio, tanto nas trocas, como nas vendas.

No entretanto é certo que na pratica o uso do direito de opção e do laudemio se verificava em geral só nas vendas.

Porém a pena imposta ao foreiro pela falta de aviso era a de commissio, e não unicamente a responsabilidade solidaria com o adquirente pelo pagamento das prestações devidas, como é pelo codigo. O codigo nada dispõe com relação á subemphyteuse e censo reservativo, porque são contratos prohibidos de futuro, artigos 1701.º e 1707.º. Mesmo nos empraçamentos de preterito, em que se achava estabelecido o direito de laudemio para as trocas, é ainda obrigatorio depois da promulgação do codigo o pagamento d'este encargo, visto não lhes ser applicavel este artigo, apesar do disposto no artigo 1694.º, porque nos empraçamentos de preterito ha de pagar-se o laudemio na forma dos respectivos titulos, artigos 1689.º e 1693.º.

E como o artigo 1693.º, § unico, declara que o laudemio ha de ser pago pelo adquirente, tanto pôde ser pago pelo comprador, como pelo permutante.

Art. 1678.º Se o foreiro quizer vender ou dar em pagamento o predio aforado, deverá avisar o senhorio directo,



declarando-lhe o preço definitivo que lhe é offerecido ou por que pretende aliena-lo; e se dentro de trinta dias o dito senhorio não preferir e não o pagar, poderá o foreiro realizar a alheação.

§ 1.º O direito de preferencia compete igualmente ao foreiro, no caso de querer o senhorio directo vender o fóro ou dá-lo em pagamento. Para este effeito ficará o dito senhorio sujeito á mesma obrigação que n'este artigo é imposta ao foreiro em analogas circumstancias.

§ 2.º Preferindo e pagando, quer o senhorio directo quer o foreiro, fica extinto o emprazamento.

§ 3.º Este direito de preferencia não é admittido nas expropriações voluntarias por utilidade publica.

(Vid. nota ao artigo 1566.º) Em accordão de 10 de maio de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 34, julgou a relação de Lisboa, em conformidade com o que escrevemos em a nota ao artigo 1566.º, que a acção competente para fazer valer o direito de preferencia é a ordinaria, porque nenhuma lei concede o privilegio de obter por meio de acção summaria o direito de opção.

Art. 1679.º A disposição do artigo precedente não é applicavel ás pessoas moraes, que não gosarão do direito de preferencia; mas o transmittente deve noticiar ao senhorio directo a transferencia, para não incorrer na responsabilidade comminada no artigo 1677.º

(Vid. nota ao artigo 35.º) Em accordão de 15 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 15, julgou a relação de Lisboa, que não só foram excluidos do direito de preferencia as pessoas moraes, mas tambem os membros das corporações assim denominadas, não podendo applicar-se a estas a disposição da lei de 4 de julho de 1768, que foi revogada pelo codigo civil, e que o preceito do artigo 1679.º é applicavel, não só aos emprazamentos de futuro, mas tambem aos celebrados anteriormente á promulgação do codigo, que só são mantidos na forma dos antigos titulos, com as modificações prescriptas no codigo, artigo 1689.º

Effectivamente o artigo 1679.º é applicavel aos emprazamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º

Em accordão de 16 de agosto de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, segundo se lê a pag. 12 da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, que na arrematação do dominio subemphyteutico compete ao emphyteuta o direito de optar, se d'elle não pôde usar o senhorio, por ser pessoa moral.

Por despacho do ministerio da fazenda de 20 de janeiro de 1873, como se declara em officio da direcção geral dos proprios nacionaes de 27 de fevereiro do mesmo anno, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 11, se determinou que depois da promulgação do codigo civil não é necessário inserir nas escripturas de venda de bens foreiros á fazenda nacional, para a validade d'estas, o certificado de licença previa, a que se refere o artigo 4.º das instrucções que fazem parte do decreto de 26 de novembro de 1836, porque nos termos dos arti-

gos 37.º e 1679.º do codigo civil não gosa a fazenda publica do direito de preferencia, e só n'este caso é que se torna necessario o consentimento do senhorio para a validade dos referidos contratos.

Durante muito tempo sustentou-se que os bens dos passaes não podiam aforar-se sem licença do pontifice, invocando-se a extravagante *Ambitione*, titulo *De rebus ecclesiae non alienandis*, que prohibiu as vendas e os aforamentos dos bens das igrejas e dos mosteiros sem licença da sé apostolica.

Similhante extravagante porém nunca foi recebida no reino, e era mesmo incompativel com a legislação consignada nos estatutos da universidade, que determinava que os bens temporaes da igreja pela sua natureza propria só do poder temporal eram dependentes. A opinião de que aquella extravagante poderia estar em vigor, depois da promulgação dos decretos de 30 de julho de 1832 e de 5 de agosto de 1833, e depois do estabelecimento definitivo do regimen constitucional entre nós, é que era verdadeira extravagancia.

Hoje não pôde haver duvidas a este respeito. Depois da promulgação das leis da desamortisação de 22 de junho de 1866 e de 28 de agosto de 1860 não podem ser aforados os passaes; hão de ser vendidos pelo thesouro nos termos das referidas leis e das respectivas instrucções regulamentares, independentemente de qualquer intervenção da auctoridade ecclesiastica.

Art. 1680.º Abrangendo o prazo diversos predios, não poderá o senhorio directo preferir uns e rejeitar outros.

Art. 1681.º Se o foreiro não cumprir com o diposto no artigo 1678.º, o senhorio directo poderá usar a todo o tempo do direito de preferencia, havendo o predio do adquirente pelo preço da aquisição.

§ 1.º Igual direito compete ao foreiro, no caso do § 1.º do artigo 1678.º

§ 2.º Este direito prescreve em conformidade das regras geraes.

Art. 1682.º Se o predio emprazado for penborado por dividas do foreiro, não poderá ser posto em hasta publica sem que seja citado para o dia da praça o senhorio directo, o qual terá a preferencia querendo haver o predio pelo maior lanço.

Art. 1683.º Se o predio posto em praça não tiver lançador, querendo-o o senhorio directo, terá este a preferencia na adjudicação, pelo valor com que esta haja de fazer-se, para o que, dentro de tres dias, contados desde o ultimo dia de praça, lhe cumpre declarar que quer usar do seu direito, e bem assim pagar o preço da adjudicação dentro de outros tres, contados desde aquelle em que lhe for julgada.

§ unico. Esta disposição não é applicavel áquelles que não podem preferir.

(Vid. nota ao artigo 1566.º)

Em accordão de 16 de agosto de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, segundo se lê a pag. 11, 1.º anno, da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, que do despacho que, n'uma arrematação

por deprecada perante a praça dos leilões, admite o exercicio do direito de opção, só cabe agravo no auto do processo, sendo a execução hypothecaria.

Art. 1684.º O senhorio directo não pôde exigir as prestações atrazadas de mais de cinco annos, senão por obrigação de divida, assignada pelo foreiro, com duas testemunhas, ou toda escripta do seu punho, ou reconhecida em auto publico.

(Vid. notas aos artigos 543.º e 686.º)

Art. 1685.º A acção por dividas de fóros é summaria. A execução, quando recair nos bens do prazo, pôde fazer-se tanto nos rendimentos como na raiz, conforme aprouver ao senhorio.

(Vid. nota ao artigo 1632.º)

Art. 1686.º A prescripção é applicavel aos prazos da mesma fórma que o é aos outros bens immobiliarios.

(Vid. nota ao artigo 526.º)

Art. 1687.º Se q predio se destruir ou inutilisar totalmente, por força maior ou caso fortuito, ficará extincto o contrato.

Art. 1688.º Se, por força maior ou caso fortuito, o predio emphyteutico se destruir ou inutilisar, só em parte, de modo que o seu valor fique sendo inferior ao que era na epocha do empraçamento, poderá o foreiro requerer que o senhorio directo lhe reduza o fóro, ou encampar o prazo, se elle se opozer á reduccão.

(Vid. nota ao artigo 1612.º)

## SECÇÃO II

### DOS EMPRAZAMENTOS DE PRETERITO

#### SUB-SECÇÃO I

##### DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1689.º Os empraçamentos de bens particulares, anteriores á promulgação do presente codigo, quer subsistam por contrato, quer por outro qualquer titulo, serão mantidos, na fórma dos respectivos titulos, com as modificações estabelecidas na presente secção.

Art. 1690.º Os empraçamentos, mencionados no artigo precedente, podem ser provados por todos os meios legaes ordinarios.

(Vid. artigos 1694.º e 1702.º) Tanto os empraçamentos como os snb-empraçamentos de preterito de bens particulares ficam subsistindo nos

termos dos respectivos titulos com as modificações estabelecidas n'esta sub-seccão, e nos artigos 1661.º a 1663.º e 1670.º a 1688.º

Por isso, sem embargo de ser o laudemio um elemento natural do contrato emphyteutico, e de a lei de 4 de abril de 1861 só permittir a remissão dos fóros nos empraçamentos ecclesiasticos pelo preço de vinte pensões e um laudemio, é certo que o laudemio não tem logar nos aforamentos em que expressamente se excluiu, como tambem declarou o procurador geral da corôa e fazenda na sua resposta publicada no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 36.

Portanto os empraçamentos de preterito podem ser provados por titulo particular, por testemunhas, ou por qualquer outro meio ordinario de prova, nos termos do artigo 461.º da novissima reforma judicial, visto que pela lei anterior não era precisa escriptura publica para a constituição dos fóros.

Exceptuam-se os bens ecclesiasticos, que unicamente podiam ser aforados por escriptura publica nos termos da ordenação, livro iv, titulo xix, a qual só pôde ser supprida pelos aforamentos processados contenciosamente no juizo ecclesiastico nos termos das constituições diocesanas, como determinou a lei de 22 de junho de 1866.

Aindaque não haja titulo do aforamento ecclesiastico nos termos indicados, julga-se constituída a emphyteuse tambem, se o possuidor do predio, chamado á conciliação, a confessa. O auto de conciliação tem força de sentença com execução apparelhada, e não podem deduzir-se contra elle senão os embargos prescriptos no artigo 617.º da novissima reforma judicial e no artigo 9.º da lei de 16 de junho de 1855.

O codigo, mantendo os aforamentos de preterito nos termos dos respectivos *titulos*, não exclue as emphyteuses, fundadas na prescripção. Desde que os empraçamentos de preterito podem ser provados por todos os meios legaes *ordinarios*, não é essencial que seja *escripto* o titulo da sua constituição.

Em conformidade com esta doutrina julgou a relação do Porto em accordão de 14 de fevereiro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 168, decidindo que, segundo o direito anterior, o facto de alguem ter recebido em diferentes annos o fóro de uma propriedade prova que consentira no aforamento d'ella, embora tal aforamento não conste de titulo.

Mas para se verificar a prescripção, nos termos do direito anterior, deduzida do costume de receber as pensões a titulo de fóros, é indispensavel que esse costume tenha a duração de trinta annos com boa fé, e com indicios muito positivos de aforamento, porque, em caso de duvida, deve antes reputar-se inteiramente allodial.

Se os bens aforados forem ecclesiasticos então a prescripção só tem logar decorridos quarenta annos com boa fé, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 7 de fevereiro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 20.

Se o aforamento foi feito depois da promulgação da lei de 30 de junho de 1860 é preciso tambem, para sua inteira validade, que se pagasse a contribuição de registo nos termos do artigo 41.º § 1.º da mesma lei.

O codigo com rasão se refere só a emphyteuses *particulares*, porque com relação a bens, que não são patrimoniaes, não se observam as condições do empraçamento, mas as regras estabelecidas nas leis de 22 de junho de 1846, de 4 de abril de 1861, de 22 de junho de 1866, e de 28 de agosto de 1869.

Nem o codigo quiz regular os empraçamentos de bens da corôa, da fazenda ou das corporações publicas, que são regidos por leis especiaes.

Art. 1691.º Quando se tiver estipulado, que os fóros sejam pagos, n'uma ou n'outra especie, será esta da escolha do foreiro, não havendo declaração em contrario.

(Vid. nota ao artigo 733.º)

Art. 1692.º Todos os fóros, que consistirem em prestações incertas, poderão ser reduzidos a prestações certas, a requerimento dos foreiros.

(Vid. nota ao artigo 1653.º)

Art. 1693.º O laudemio estipulado nos emprazamentos de preterito será conservado na fórma da estipulação. Este laudemio será de quarentena, se por outro modo se não achar determinado.

§ unico. A obrigação de pagar o laudemio incumbe ao adquirente.

(Vid. nota ao artigo 1657.º)

Art. 1694.º São applicaveis aos emprazamentos de preterito as disposições dos artigos 1661.º, 1662.º e 1663.º e da sub-seccção iv da secção precedente.

(Vid. nota ao artigo 1689.º)

Art. 1695.º Os fóros vencidos ao tempo da promulgação d'este codigo podem ser exigidos, não obstante a disposição do artigo 1684.º, contantoque o sejam no prazo de um anno, contado desde a dita promulgação.

(Vid. nota ao artigo 543.º) Temos apenas a acrescentar ao que se acha escripto em a nota ao artigo 543.º que, por força do disposto na lei de 20 de março de 1873, artigo 1.º, foi prorogado por mais seis mezes o prazo para a exigencia dos fóros vencidos de mais de cinco annos, reconhecido na lei de 15 de junho de 1871, para findar em 20 de setembro de 1873, e que por decreto dictatorial de 20 d'este mesmo mez e anno foi prorogado por mais seis mezes, findando assim em 19 de março de 1874.

## SUB-SECÇÃO II

### DOS PRAZOS FATEUSINS

Art. 1696.º Todos os emprazamentos fateusins, existentes ao tempo da promulgação d'este codigo, são declarados hereditarios puros, e á sua transmissãõ serão applicadas as regras estabelecidas nos artigos 1662.º e 1663.º

(Vid. nota ao artigo 1662.º)

## SUB-SECÇÃO III

### DOS EMPRAZAMENTOS DE VIDAS E DE NOMEAÇÃO

Art. 1697.º Todos os prazos de vidas, ou de nomeação, quer esta seja livre, quer restricta, ou de pacto e providencia, revestirão a natureza de fateusins hereditarios puros em poder dos emphyteutas, que o forem ao tempo da promulgação do presente codigo, salvas as disposições dos artigos subsequentes.

Art. 1698.º Os prazos, que, ao tempo da promulgação do presente codigo, se acharem nomeados, ou transferidos irrevogavelmente, e por instrumento authentico, mas com reserva do usufructo, só tomarão a natureza de fateusins hereditarios, quando vierem ao poder dos nomeados, ou d'aquelles para quem o prazo tiver sido transferido.

Art. 1699.º Se a nomeação, ou transferencia, feita, como dito é, por instrumento authentico, for revogavel, produzirá o mesmo effeito, se o nomeante, ou o transferente, não a revogar.

Art. 1700.º Os prazos, a que se refere o artigo 1698.º, continuarão a ser regidos pela legislação anterior a este codigo, emquanto, nos termos do mesmo artigo, não tomarem a natureza de fateusins.

(Vid. nota ao artigo 1109.º n.º 1.º) Differentes publicações nos jornaes juridicos, feitas depois de sair a lume o 3.º volume da nossa obra, obrigam-nos a voltar, aindaque ligeiramente, sobre o assumpto que aliás já tratámos largamente em a nota ao artigo 1109.º

As disposições d'estes artigos estabelecem varias providencias transitorias a respeito da instituição dos prazos de vidas; e especialmente as disposições dos artigos 1698.º e 1699.º têm por fim limitar a disposição do artigo 1697.º, que transforma em hereditarios puros todos os prazos de vidas ao tempo da promulgação do codigo.

As declarações feitas nos artigos 1698.º e 1699.º provam que o prazo só será hereditario e partivel por morte do nomeado, e não por morte do nomeante, poisque para aquelle passa ainda precipuo.

O prazo assim nomeado passa precipuo ao successor, como declarava o projecto primitivo no artigo 2287.º, correspondente ao artigo 2114.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: «Se o prazo que passar precipuo, no caso do artigo 1830.º (1698.º do codigo), tiver sido comprado, será o seu preço ou estimação conferida nos termos da legislação anterior ao presente codigo.»

Qual é a significação das palavras «reserva do usufructo», em nomeação de prazos? Significam apenas a reserva feita para o nomeante, ou tambem a doação ou deixa a outra pessoa?

Entendem alguns, contra o que escrevemos em a nota ao artigo 1109.º, que as palavras «reserva do usufructo» empregadas no artigo 1698.º só tem applicação ao caso em que o nomeante reserva para si o usufructo, e não ao caso em que o dá a outrem; e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Que os praxistas começaram a fazer distincção entre as nomeações de prazos feitas com reserva do usufructo, e as feitas sem tal reserva, em referencia á ordenação, livro iv, titulo xxvii, § 22.º, em virtude da qual os nomeados nos prazos de vidas os traziam á collação pelo valor que lhes tinha sido dado na occasião da nomeação, quando o nomeante se tinha privado em sua vida do usufructo, e no segundo caso só eram obrigados a conferir o preço e as bemfeitorias;

2.º Que esta mesma significação lhe dava a ordenação, livro iv, titulo xxxvii, § 1.º, nas palavras: «*posto que reserve para si o uso do fructo*»;

3.º Porque estabelecendo o assento de 21 de julho de 1797, que a doação dos prazos de vidas feita pelos paes aos filhos só era sujeita a insinuação, quando os paes logo em vida lhes transferiam o usufructo, estabeleceram os praxistas a regra de que não estavam sujeitas a insinuação as nomeações de prazos de vidas *com reserva do usufructo para o nomeante*; e até no summario do assento escrevem o respectivo compilador «*sendo logo transferidos sem reserva do usufructo*»;

4.º Que os nossos praxistas, como Lobão, Correia Telles e Coelho da Rocha, tomam n'esta mesma acceção a palavra «*reserva*».

Não podemos porém aceitar similhante interpretação da doutrina do codigo. Qualquer que fosse a significação que se lhe ligasse em direito anterior, que a lei nova não tinha dever de respeitar, e em muitos casos não respeitou, o pensamento do legislador, tendo determinado que os prazos de vidas se tornariam fateusins em poder dos emphyteutas, que o fossem ao tempo da promulgação do codigo, e para a hypothese de estar dividido entre duas pessoas o dominio perfeito do predio, pertencendo a uma o usufructo e a outra a propriedade, determinou que o prazo de vidas se convertesse em hereditario puro, não em poder do usufructuario, mas em poder do proprietario.

Ora para esta hypothese não ha interesse algum em restringir a significação ampla das palavras «*reserva do usufructo*». Para o effeito de decidir se os prazos de vidas haviam de revestir diferente natureza em poder do usufructuario ou do proprietario, era inutil e indifferente que o usufructuario fosse o nomeante ou terceiro.

Se o proprietario falleceu antes do usufructuario não communica o prazo com sua mulher, porque o prazo só se tornava hereditario, quando viesse a poder d'elle. Ha de deferir-se a successão do fóro nos termos da ordenação, livro iv, titulo xxxvi, isto é, ao filho varão mais velho, e depois dos filhos aos netos, disposição esta que foi ampliada aos collateraes até ao quarto grau pelo § 26.º da lei de 9 de setembro de 1769.

Entendem alguns que estas regras não podem hoje seguir-se, visto que eram applicaveis ao caso de falta de nomeação, porque o proprietario do prazo na especie sujeita não tinha direito de nomealo, e que o contrario seria manter ainda por algum tempo a desigualdade das partilhas entre irmãos, com que o codigo quiz acabar, e que portanto o proprietario, ainda fallecendo antes do usufructuario, transmittiu já o seu direito como *bens communis*.

E porém inaceitavel similhante opinião em vista das provisões do codigo, que determinam que nas nomeações de prazos com reserva do usufructo só revestem a natureza de fateusins em poder dos nomeados, e que emquanto não tomarem a natureza de fateusins continuam a ser regidos pela legislação anterior ao codigo.

O certo é que os prazos de vidas, emquanto não perderem esta natureza, são em tudo regidos pela legislação anterior.

Por isso julgou a relação de Lisboa em accordão de 13 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 169, que o filho nomeado n'um prazo de vidas, adquirido por titulo oneroso na constancia do matrimonio dos paes, devia em conformidade da ordenação, livro iv, titulo xxvii, § 22.º, conferir por morte do primeiro dos paes metade do preço da acquisição ou do respectivo valor, e por morte do outro a outra metade.

Quando na investidura ou na renovação do prazo se achava declarado que marido e mulher formariam uma vida, e que por morte d'elles seria segunda vida *uma pessoa certa e determinada*, esta adquiriu pelo contrato direito irrevogavel ao prazo, devendo considerar-se n'este caso como usufructuarios os individuos que constituem a primeira vida. Nem era indispensavel que essa pessoa tivesse intervindo no contrato, porque aos tabelliães era licito estipular a favor dos ausentes, nos termos da ordenação, livro iv, titulo lxiii, pr.

Se a segunda vida fosse indeterminada, isto é, sem designação de pessoa certa, nenhum direito podiam allegar essas pessoas indeterminadas.

Em accordão de 23 de julho de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 190, de 24 de agosto do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que na transmissão de prazos de vidas não era permitido ao transferente nomear mais de uma vida.

A nomeação dos prazos segundo a ordenação, livro iv, titulo xxxvii, § 3.º, podiam ser provadas pelo depoimento de tres testemunhas, não tendo sido anteriormente feita por escriptura publica, porque a ordenação, livro iv, titulo xix, pr., referia-se a empraços de bens ecclesiasticos sómente, e não declarava a escriptura da essencia da nomeação em geral; e depois da publicação da novissima reforma judicial, que no artigo 463.º admitia a prova de testemunhas para qualquer quantia ou cousa, em que a escriptura publica não fosse substancial do contrato, a nomeação dos prazos profanos podia ser provada pelos modos geraes e ordinarios, salvo quando a nomeação carecesse de insinuação.

A theoria de que o nomeado recebia a nomeação, não do nomeante, mas do senhorio, parecia reconhecida na provisão de 17 de agosto de 1801, e no accordão do supremo tribunal de justiça de 24 de março de 1831, publicado no *Diario do governo*, n.º 89, d'esse anno; e d'ahi tirou o mesmo tribunal argumento para julgar em accordão de 24 de janeiro de 1853, publicado no *Diario do governo*, d'esse anno, n.º 16, que o emphyteuta nomeante não podia impor encargo á nomeação e transmissão dos prazos.

Esta opinião, que n'outro refutámos, fundava-se tambem em que, segundo a ordenação, livro iv, titulo xxxvii, o direito de nomeação era conferido pelo senhorio directo e não podia por isso exercer-se fóra dos limites da concessão, e em que segundo a ordenação, livro iv, titulo xcv § 1.º, o onus imposto ao prazo dependia do consentimento do senhorio, achando-se expressamente reconhecido no alvará de 4 de fevereiro de 1765.º, § 5.º, que os prazos de vidas e de nomeação *costumam* passar livres de todo o encargo.

Na imprensa juridica tambem já se discutiu, se as nomeações de prazos, feitas em testamento antes da promulgação do codigo, podiam tornar-se hoje irrevogaveis a favor dos mesmos nomeados, ratificando-se por escriptura publica.

A negativa porém é evidente. A nomeação do prazo em escriptura publica não é simples ratificação de nomeação revogavel. É fundamental a differença entre um acto revogavel e um acto irrevogavel.

Um dos modos porque se extinguem os prazos é pelo casamento, entre o senhorio directo e o senhorio util, segundo costume do reino. Nesta forma de casamento constituem os dois conjuges, para todos os effeitos, a mesma entidade juridica; reune-se por isso na mesma pessoa o dominio directo e o dominio util, e extingue-se assim a emphyteuse em virtude dos principios relativos á confusão, reconhecidos no artigo 796.º do codigo.

Em accordão de 7 de outubro de 1873, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 56, julgou o supremo tribunal de justiça, em conformidade da opinião que sustentámos em a nota ao artigo 1409.º, que os prazos de vidas se communicaram entre os conjuges ao tempo da promulgação do codigo, se não estavam anteriormente nomeados.

Diz o accordão:

«Attendendo a que o codigo civil no artigo 1697.º tornou phateosins, hereditarios puros, em poder dos emphyteutas todos os bens de prazos; e no artigo 1409.º n.º 1 só exceptua da communhão os prazos de nomeação emquanto não tiverem a natureza de phateosins hereditarios;

«Attendendo a que os prazos em questão tomaram esta natureza desde que o codigo foi lei do paiz, ao tempo anterior á separação dos conjuges, não se verificando a especie dos artigos 1698.º e 1699.º do citado codigo civil:

«Por estes fundamentos, concedem a revista; annullam o accordão recorrido pela violação dos referidos artigos 1697.º e 1409.º n.º 1.º, e mandam que o processo volte á relação de Lisboa, para por juizes differentes se dar cumprimento á lei.»

### SECÇÃO III

#### DA SUBEMPHYTEUSE OU SUBEMPRAZAMENTO

Art. 1704.º É prohibido, para o futuro, o contrato de subemphyteuse ou subemprazamento.

(Vid. nota ao artigo 1587.º)

Art. 1702.º Os contratos subemphyteuticos de preterito continuarão a subsistir, sendo-lhes applicavel o que, nos artigos 1689.º a 1695.º, se acha estabelecido para a emphyteuse de preterito, com as seguintes modificações.

(Vid. nota ao artigo 1689.º)

Art. 1703.º Quando algum predio subemphyteutico for vendido ou dado em pagamento, o direito de preferencia pertencerá ao senhorio directo, e só não querendo este usar d'elle pertencerá ao emphyteuta.

§ 1.º Quando for vendido, ou dado em pagamento, o dominio directo, o direito de preferencia pertencerá ao subemphyteuta, e só, não querendo este usar d'elle, pertencerá ao emphyteuta.

§ 2.º No caso de ser vendido ou dado em pagamento, o dominio emphyteutico, o direito de preferencia pertencerá

ao senhorio directo, e só, não querendo este usar d'elle, pertencerá ao subemphyteuta.

Art. 1704.º Para que possa effectuar-se a disposição do artigo antecedente, o subemphyteuta que quizer vender ou dar em pagamento o predio subemphyteutico, alem da noticia, que d'este facto é obrigado a dar ao senhorio directo, nos termos do artigo 1678.º, deverá, quando o dito senhorio não use do direito de preferencia, fazer igual participação ao emphyteuta pela mesma forma.

§ unico. Identico procedimento haverá da parte do senhorio directo, no caso de ser vendido, ou dado em pagamento, o dominio directo; e da do emphyteuta, no caso de alienação do dominio emphyteutico por alguma d'aquellas formas.

(Vid. nota ao artigo 1566.º)

Art. 1705.º No caso de alienação do predio subemphyteutico, observar-se-ha, quanto ao laudemio, o que, com annuencia do senhorio directo, se achar estipulado no contrato de emprazamento.

Nos termos do direito anterior não se faziam subemprazamentos de bens foreiros sem o senhorio consentir na subemphyteuse, que era uma alienação a titulo oneroso. É evidente que as condições estipuladas no contrato de subemphyteuse devem observar-se, como em todos os contratos; e por isso se nada se tiver estipulado a respeito do laudemio, que o senhorio tenha prestado simplesmente o seu consentimento, ou que nem tinha intervindo no contrato, o laudemio é devido ao senhorio directo e não ao emphyteuta.

### CAPITULO XIV

#### DO CENSO RESERVATIVO

Art. 1706.º Diz-se censo reservativo o contrato por que qualquer pessoa cede algum predio, com a simples reserva de certa pensão ou prestação annual, que deve ser paga pelos fructos e rendimentos do mesmo predio.

(Vid. nota ao artigo 1644.º)

Art. 1707.º Ficam prohibidos para o futuro os contratos de censo reservativo; os que se estipularem com este nome serão havidos por emphyteuticos.

(Vid. nota ao artigo 1587.º)

Art. 1708.º Aos censos reservativos de preterito é applicavel o disposto nos artigos 1678.º, 1679.º, 1680.º e 1681.º

(Vid. nota ao artigo 1566.º) Em vista d'este artigo e do artigo 11.º nenhuma disposição do codigo, relativas a emphyteuse, alem da

prescriptas nos artigos 1678.º a 1681.º, são applicaveis aos censos reservativos de preterito, e portanto não lhes é applicavel o disposto no artigo 1662.º, § 4.º, nem o preceituado no artigo 1671.º

Julgou porém contra esta doutrina a relação do Porto em accordão de 19 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 248, decidindo que não pôde hoje exigir-se o pagamento das pensões em dobro, estipulado em contrato de censo reservativo, anterior à promulgação do código, para o caso de falta de pagamento no competente vencimento, por ser o pedido contrario ao preceito do artigo 1671.º, applicavel aos empraçamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º

Art. 1709.º Havendo duvida ácerca do contrato, se é censitico, ou se é emphyteutico, presumir-se-ha que é censitico, emquanto não se provar o contrario.

Na duvida presume-se o que é mais favoravel ao devedor, e o censo, mesmo reservativo, é mais favoravel ao censuario, do que a emphyteuse ao foreiro. Basta attender a que não é obrigatorio o pagamento do laudemio na venda dos censos, como o é na dos fóros de preterito.

A doutrina do artigo era já a do nosso direito velho.

A disposição do artigo é applicavel unicamente aos censos reservativos de preterito: para o futuro são prohibidos estes contratos, artigo 1707.º, e com rasão; porque com a nova organização dada pelo código à instituição emphyteutica, prohibindo a estipulação de laudemio, e de qualquer outro encargo casual e extraordinario, os censos reservativos são verdadeiros aforamentos, quando perpetuos, e arrendamentos, quando temporarios, artigos 1654.º, sendo assim escusada uma terceira instituição com o nome de censos reservativos, a qual pôde ser comprehendida nos aforamentos ou nos arrendamentos.

## CAPITULO XV

### DA TRANSACÇÃO

Art. 1710.º A transacção é o contrato pelo qual os transigentes previnem ou terminam uma contestação, cedendo um d'elles, ou ambos, de parte das suas pretensões, ou prometendo um ao outro alguma cousa em troca do reconhecimento do direito contestado.

Art. 1711.º A transacção pôde ser judicial ou extrajudicial, conforme a pendencia se achar, ou não, em juizo.

O projecto primitivo tratava da transacção em seguida à materia do juramento, e sob o titulo, que se inscrevia «*Da extincção das acções*», sendo o capitulo, que tratava da transacção, precedido de um outro sob a epigraphie «*Disposições geraes*», que continha um artigo, só redigido nos seguintes termos: «O direito de acção extingue-se: 1.º, com o direito que lhe pôde servir de fundamento, segundo o disposto no presente código; 2.º, pela transacção; 3.º, pela julgamento».

A commissão revisora, porém, eliminando do código a materia das acções, trata da transacção, como contrato, e não como meio de extinguir acções, e por isso a collocou n'este logar.

O fim das transacções é *transigere, terminar* contestações nascidas ou por nascer, isto é, já pendentes, ou não em juizo, denominando-se ellas, segundo estes diferentes casos, judiciaes ou extra-judiciaes. É da essencia d'este contrato, que o seu objecto seja materia de contestação nascida ou por nascer. O contrato não toma a natureza de transacção por se lhe dar essa forma ou nome, se não comprehendendo a decisão de uma questão nascida ou por nascer.

Se uma das partes *confessar* em juizo o pedido da outra, ou *desistir* da acção sem condição nem compensação alguma, aindaque a este acto juridico se dê o nome de transacção, não o é. Para a transacção é essencial haver contestação a prevenir ou a terminar, e estipularem-se concessões reciprocas de parte a parte.

A transacção sobre processo já terminado, ou porque as partes ambas ou uma d'ellas não tinha conhecimento do facto, é nulla, porque não havia já contestação a prevenir e a terminar; e o erro das partes, que reputavam ainda litigiosos os seus direitos, deve annullar o contrato que fizeram.

A transacção é contrato oneroso. É da sua essencia *cederem* os transigentes de parte de suas pretensões, ou *prometterem-se* alguma cousa em troca do reconhecimento do direito contestado.

É nas transacções que mais se usa das clausulas penaes de que falla o artigo 674.º

É até ordinario estipular nas transacções a clausula chamada *depositaria*, pela qual se impõe a condição de que a parte, que quizer impugnar a transacção, o não poderá fazer sem depositar primeiro a quantia recebida.

Por direito anterior, e nos termos dos artigos 461.º a 463.º da novissima reforma judicial, a prova da transacção não estava sujeita a formalidades especiaes.

Art. 1712.º A transacção extrajudicial pôde ser feita por escripto particular, ou publico, ou em auto de conciliação; mas, versando sobre direito immobiliario, só pôde ser feita por escriptura ou por auto de conciliação.

Art. 1713.º A transacção judicial far-se-ha por escriptura publica junta aos autos, ou por termo nos mesmos autos.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 1714.º A transacção judicial só produzirá effeito, desde que passar em julgado a sentença que a homologar.

(Vid. artigo 1718.º) Desde que a transacção produz entre as partes o effeito de cousa julgada, artigo 1748.º, era logico que fosse confirmada por uma sentença, que transitasse em julgado, a fim de se extinguir a acção.

A transacção, homologada por sentença, passada em julgado, equivale à decisão em ultima instancia, da qual não é já possivel recorrer, ordenação, livro III, titulo LXXVIII, § 1.º; e a novissima reforma judicial no artigo 681.º § 13.º tambem prohibe ás partes appellar, se transigiram sobre o julgado.

A homologação é tão essencial para a transacção produzir os effeitos de cousa julgada, que não pôde instaurar-se sem ella a respectiva execução, e instaurando-se, pôde a parte appellar com fundamento no excesso da execução nos termos da ordenação, livro III, titulo LXXVI,

§ 2.º, e novíssima reforma judicial, artigo 629.º, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 10 de abril de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 23, 4.º anno.

A transacção obriga desde logo as proprias partes, independentemente de homologação. A homologação só é necessaria para a transacção produzir os efeitos de cousa julgada, e poder instaurar-se o processo de execução.

No que porém o código não é logico é em redigir os artigos 1714.º e 1718.º por fórma que parece que a homologação, ao passo que é necessaria para a transacção judicial produzir os efeitos de cousa julgada, é escusada para a transacção *extra-judicial* produzir os mesmos efeitos.

Reputámos porém tão repugnante aos bons principios que se exigam na transacção *extra-judicial* menos solemnidades que na judicial para produzir os mesmos efeitos, que entendemos que nos termos do código a transacção *extra-judicial* tambem não produz os efeitos de cousa julgada sem igual homologação.

A transacção *extra-judicial*, não sendo homologada por sentença, e rarisimas vezes o é ou o pôde ser, não produz os efeitos de caso julgado.

Para decretar a homologação até o supremo tribunal de justiça, apesar de ser um tribunal de revista, é competente quando perante elle penda a acção. A transacção judicial pôde ter logar tanto nas acções, como nas execuções.

**Art. 1715.º** Aquelle, que transgír sobre direito proprio e adquirir depois, por qualquer fórma, outro direito semelhante, não ficará obrigado, a respeito d'este, pela anterior transacção.

Eu e meu irmão possuímos em commum um direito litigioso sobre uma casa: transijo com o possuidor mediante certa quantia, e renuncio ao meu direito sobre a casa. Posteriormente sou herdeiro de meu irmão, e recolho o direito litigioso, que elle tinha conservado sobre a casa, e a que eu pela minha parte tinha renunciado, poderei fazer valer este direito, sem que me possam oppor a transacção, porque ella não teve por objecto senão os direitos que eu possuía n'aquella epocha, e não os que possuía meu irmão, que eu depois adquiri; e as transacções limitam-se strictamente ao que foi seu objecto.

**Art. 1716.º** A transacção feita por um dos com-interessados, não obriga os outros, nem pôde ser invocada por elles.

É a regra da lei romana, que é commum a todos os contratos, como ás transacções — *res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet*.

Se muitos herdeiros demandam conjunctamente um devedor da herança, e algum d'elles transige com este, não valerá a transacção senão pela parte que o transigente tem no credito.

Esta transacção nem pôde ser invocada pelos co-herdeiros contra o devedor, nem opposta pelo devedor contra os co-herdeiros, porque as clausulas dos contratos não obrigam senão os que as estipularam.

**Art. 1717.º** A transacção sobre interesse civil, resultante de delicto, não prejudica a acção do ministerio publico.

Para os efeitos juridicos distingue-se perfeitamente o delicto do damno causado pelo mesmo delicto. O damno ataca só o offendido, que pôde transgír, e até renunciar á reparação, como senhor do seu

direito. O delicto, perturbando a ordem publica, offende directamente a sociedade, que pôde intentar a acção publica, apesar da transacção ou do perdão do offendido.

Pela mesma razão de que o delicto pôde destacar-se da responsabilidade pela reparação do damno, causado pelo mesmo delicto, pôde o lesado deixar de ser parte no processo criminal, e requerer pelo meio ordinario a reparação civil, artigo 2374.º

Do artigo 2374.º infere-se a *contrario sensu* que, sendo o lezado parte no processo criminal pôde exigir conjunctamente com a imposição da pena a reparação civil. Estarão por isso em vigor ainda depois da promulgação do código civil, e apesar das disposições do código penal, os artigos 1164.º e 1165.º da novíssima reforma judicial? É questão que havemos de examinar no logar competente.

**Art. 1718.º** A transacção produz entre as partes o effeito de cousa julgada.

(Vid. nota ao artigo 1714.º)

**Art. 1719.º** A transacção não pôde ser rescindida por erro de direito; mas pôde sê-lo por erro de facto, ou por causa de dolo ou de violencia, nos termos geraes de direito.

(Vid. nota ao artigo 657.º)

**Art. 1720.º** O descobrimento de titulos novos não invalida a transacção feita em boa fé; excepto provando-se, que algum dos transigentes nenhum direito tinha sobre o objecto da transacção.

**Art. 1721.º** A disposição da ultima parte do artigo precedente não tem applicação ás transacções geraes, que abrangem diversos objectos, se a respeito de parte d'elles a transacção poder subsistir.

(Vid. nota ao artigo 133.º n.º 2.º) O descobrimento de novos documentos, depois de feita uma transacção em boa fé, não a invalida, se d'ella não se mostra carencia total de direito da parte de algum dos transigentes; e, se a transacção abranger diversos objectos, a carencia de direito de algum dos transigentes com relação a um dos objectos, não invalida nem affecta a transacção com relação aos outros objectos. A razão d'esta disposição é garantir a certeza das transacções, visto terem os efeitos de cousa julgada, artigo 1718.º

Sempre que se mostre, apesar do descobrimento de novos titulos, que o transigente tinha *algum* direito, suppõe-se que na transacção entrou a idéa de garantir ou segurar esse direito.

Parce que a transacção feita em má fé se invalida em todos os casos, descobrindo-se titulos que provem o nenhum direito dos transigentes.

## CAPITULO XVI

### DO REGISTO DE TRANSMISSÃO DE BENS E DIREITOS IMMOBILIARIOS

**Art. 1722.º** Todas as transmissões de bens ou direitos immobiliarios estão sujeitas a registo, que será regulado pelas disposições estabelecidas nos artigos 949.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

## LIVRO III

DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR MERO FACTO DE OUTREM,  
E DOS QUE SE ADQUIREM POR SIMPLES DISPOSIÇÃO DA LEI

## TITULO I

## DA GESTÃO DE NEGOCIOS

Art. 1723.º Aquelle que, sem auctorisação e voluntariamente, se intromette na gestão de negocios de outrem, torna-se responsavel para com o proprietario dos dictos negocios, e para com aquelles com quem contractar em nome d'elle.

(Vid. artigos 1730.º e 1733.º) O *negotiorum* gestor é equiparado ao mandatario, quanto ás suas obrigações para com o proprietario e para com terceiro. A essencia da gestão dos negocios está em se gerirem negocios alheios *sem auctorisação* do proprietario. Assim se, estando ausente um amigo meu, e chegando a epocha da colheita do vinho, eu mando cortar as uvas e fabricar o vinho, fico responsavel para com o proprietario por quaesquer prejuizos que lhe causar no desempenho d'este serviço, e para com terceiros pelas obrigações, que para este effeito contrahi.

Ordinariamente verifica-se este acto juridico na *ausencia* do proprietario, mas não repugna juridicamente que elle esteja presente, porque o caracteristico da gestão de negocios está na falta de auctorisação do proprietario, e em se ingerir alguém na administração *voluntariamente*, e não em virtude da lei. Se o que se ingere na administração o faz por obrigação da lei, como o curador, por exemplo, que tem direito de se ingerir na administração, sem auctorisação do proprietario, então rege-se a gerencia não pelas regras relativas á gestão de negocios, mas pelas da administração dos bens, pertencentes a pessoas, incapazes de por si se regerem e administrarem seus bens.

O gestor de negocios, desde que se intrometteu na gerencia, é obrigado a conclui-la, se o proprietario não mandar o contrario, artigo 1723.º

No exemplo dado, desde que o gestor mandou cortar as uvas, é obrigado a fazer-las espremer, e a todos os cuidados necessarios para a fabricação do vinho, e a pô-lo em segurança depois de feito; assim como é obrigado a continuar na gestão, se o proprietario morre, até que o negocio se conclua, ou os herdeiros providenciarem nos termos do artigo 1366.º

Nem o gerente pôde escusar-se de concluir o negocio com o fundamento de que estava encarregado d'elle por amizade, porque o abandono do serviço, antes de o terminar, pôde reputar-se em certos casos uma traição. O gerente colloca-se pelo seu proprio facto no logar do proprietario, e por isso deve fazer tudo quanto este faria. O beneficio não merece este nome, se não é completo; e as inconsiderações do gerente não devem prejudicar o proprietario.

Varias legislações consideram como gestão de negocios a simples gerencia *sem auctorisação* do proprietario, ou este se ache ausente ou presente, ou tenha ou não conhecimento d'ella.

O nosso codigo tambem reconhece n'este acto juridico o mandato tacito, sempre que o proprietario tiver conhecido da gestão, e a ella se não oppozer, artigo 1730.º, com a unica differença de que o proprietario não é obrigado para com o gerente nos termos em que pelo artigo 1346.º é o constituinte obrigado para com o mandatario, mas simples e unicamente quando tiver recebido proveito effectivo.

Art. 1724.º Se o proprietario, ou aquelle a quem pertence o negocio, ratificar a gestão, e quizer aproveitar-se dos commodos e proveitos que della provierem, será obrigado a indemnizar o gestor das despesas necessarias que houver feito, e dos prejuizos que tiver padecido por causa da dicta gestão.

(Vid. artigo 1731.º) Não é justo que o proprietario, aproveitando-se dos serviços do gestor de negocios, e dos cuidados que elle poz nas suas cousas, deixe de o indemnizar das despesas necessarias que fez, e dos prejuizos que com isso soffreu, pela regra—*Nemo cum alterius detrimento locupletari debet*.

Assim o proprietario, aindaque o gestor de negocios contra sua vontade se intromettesse na gestão, ha de pagar-lhe as despesas necessarias que houver feito, e os prejuizos que tiver soffrido com a gerencia sempre que quizer aproveitar-se dos fructos d'essa gestão, artigo 1731.º

Para o proprietario ser obrigado a indemnizar o gestor, das despesas e prejuizos soffridos por causa da gestão, não é inutil-pensavel que, alem de *querer* aproveitar-se dos commodos e proveitos d'ella provenientes, a ratifique tambem. É o que se infere do final do artigo 1731.º, que vem modificar ou esclarecer o rigor da letra do artigo 1724.º

Aindaque o artigo 1731.º rege uma hypothese differente da comprehendida no artigo 1724.º, a doutrina d'aquelle artigo é por maioria de razão applicavel á hypothese d'este.

Se o gestor de negocios, que se envolve na gestão contra a vontade declarada do proprietario, tem direito, nos termos do artigo 1731.º, a exigir d'este a indemnisação dos seus serviços, logoque o proprietario se aproveite dos commodos da gestão, aindaque a não ratifique, por maioria de razão tem esse direito o gestor que, nos termos do artigo 1724.º, se intrometteu nos negocios do proprietario sem a opposição expressa d'este.

Portanto para o proprietario ser obrigado, em todos os casos, a indemnizar o gestor, basta que se aproveite dos proveitos da gestão, aindaque a não ratifique. Se assim não fosse tinha o proprietario meio facil de aproveitar-se dos lucros da gestão, sem obrigação de indemnizar o gestor das despesas e prejuizos, e não ratificar a gestão.

Provavelmente o redactor do artigo 1724.º entendeu que o proprietario não poderia aproveitar-se dos commodos da gestão sem a ratificar, ou que essa ratificação estava no simples facto de pretender o proprietario aproveitar-se d'elles.

O melhor era não se terem empregado as palavras «*ratificar a gestão*», que se lêem no artigo 1724.º, que nos parecem redundancia, mas redundancia perigosa, poisque, se a disposição do artigo 1731.º não viesse modificar ou esclarecer o preceito d'aquelle artigo, poderia tirar-se a conclusão de que ao proprietario era lícito aproveitar-se dos commodos provenientes da gestão, sem obrigação de indemnizar o gestor, das despesas e prejuizos soffridos, uma vez que aquelle declarasse não ratificar a gestão.



Para quem o código é verdadeiramente rigoroso é para o que intertem em negocios de outrem contra a sua vontade declarada.

N'este caso é responsavel o gestor até pelas perdas *accidentaes*, se não se mostrar que teriam acontecido igualmente, se tal intervenção não houvesse, artigo 1731.º No exemplo acima posto, se houve um incendio em casa do gestor, que lhe consumiu o vinho, responde elle pela perda, salvo se mostrar que igualmente se teria consumido em casa do proprietario.

Esta disposição é razoavel. Que haja equidade com o individuo que se intrometteu a administrar os negocios de outrem, na sua ausencia, julgando prestar-lhe um serviço, e evitar-lhe prejuizos, é justo e moral.

Mas contra o que resolve ir de encontro á vontade declarada do dono da cousa, fazendo-lhe assim uma especie de esbulho ou violencia na administração dos seus negocios, não pôde taxar-se de demasiado o rigor do preceito consignado no artigo 1731.º

Art. 1725.º Se o proprietario não ratificar a gestão, e esta tiver por objecto não obter um lucro, mas evitar algum damno imminente e manifesto, deverá em todo o caso indemnisar o gestor pelas despesas feitas n'esse intuito.

(Vid. artigos 1727.º a 1729.º) Parece haver contradicção entre o artigo 1725.º, impondo ao proprietario, ainda não ratificando a gestão, a obrigação de indemnisar o gestor das despesas feitas quando a gestão tiver por objecto evitar algum damno imminente e manifesto, e o artigo 1727.º, impondo genericamente ao gestor, cuja gestão é desapprovada, a obrigação de repor as cousas, á sua custa, no estado em que se achavam, indemnizando o proprietario da differença que houver.

No fundo porém não ha contradicção; ou pelo menos explica-se bem essa apparente antinomia.

Cremos que o disposto no artigo 1727.º, e nos dois seguintes, deve considerar-se a *regra geral*, e o preceito do artigo 1725.º a *excepção* a essa regra geral.

Portanto, ainda que o proprietario não ratifique a gestão, se esta tiver por objecto evitar um damno imminente e manifesto, como o tirar o milho do celeiro, para o salvar dos perigos de uma inundação, o gestor não é obrigado a recolhe-lo de novo para o celeiro, mas ás avessas é indemnizado das despesas que fez com aquelle serviço.

N'esta especie *única* de a gestão ter por fim evitar qualquer damno imminente e manifesto não têm applicação alguma os artigos 1727.º a 1729.º, mas sim e unicamente o artigo 1725.º

Art. 1726.º A ratificação da gestão produzirá os mesmos effeitos que produziria o mandato expresso.

(Vid. nota ao artigo 1351.º)

Art. 1727.º Desaprovando o proprietario a gestão, deverá o gestor repor as cousas, á sua custa, no estado em que se achavam, indemnizando o proprietario do prejuizo resultante da differença que houver.

Art. 1728.º Se as cousas não podem ser repostas no antigo estado, e os beneficios excederem os prejuizos, o proprietario tomará á sua conta uns e outros.

Art. 1729.º Se os beneficios não excederem os prejuizos, poderá o proprietario obrigar o gestor a tomar todo o negocio sobre si, exigindo d'elle a devida indemnisação.

(Vid. nota ao artigo 1725.º)

Art. 1730.º Se aquelle, a quem o negocio pertence, tiver conhecimento da gestão, e não se oppoz a ella antes que chegue a seu termo, será havido por consentidor; mas não ficará obrigado para com o gestor, se não houver effectivo proveito.

(Vid. nota ao artigo 1723.º)

Art. 1731.º Aquelle, que intervier em negocio de outrem, contra sua vontade declarada, responderá por todas as perdas e danos, ainda *accidentaes*, se não se mostrar que teriam acontecido igualmente, se tal intervenção não houvesse; mas, querendo o proprietario aproveitar-se da gestão, vigiará o que fica disposto no artigo 1724.º

(Vid. nota ao artigo 1724.º)

Art. 1732.º O gestor de negocios dará conta exacta e fiel dos seus actos, e da receita e despeza que tiver havido na gestão.

(Vid. notas aos artigos 59.º e 152.º)

Art. 1733.º Aquelle, que se intrometter na gestão de negocios, será obrigado a conclui-los, se o proprietario não mandar o contrario.

(Vide nota ao artigo 1723.º)

Art. 1734.º Se alguém se intrometter em negocios alheios, por serem estes de tal forma connexos com os seus, que não possa a gestão de uns ser separada da dos outros, será havido por socio d'aquelle cujos negocios gerir conjunctamente com os seus.

§ unico. N'este caso o proprietario só é obrigado em proporção das vantagens que obteve.

(Vid. nota ao artigo 1241.º)

## TITULO II

### DAS SUCCESSÕES

#### CAPITULO I

##### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1735.º Póde qualquer succeder, por morte de outrem, em todos os seus bens, ou em parte d'elles, tanto quando

for por disposição da ultima vontade, como quando for em virtude da lei. No primeiro caso, dá-se a successão testamentaria; no segundo, a successão legitima.

(Vid. artigo 1968.º A successão só tem logar por disposição de ultima vontade, ou em virtude da lei. A successão de pessoa viva não pôde deferir-se nem por lei, nem por contrato, ainda ante-nupcial, artigo 2042.º A successão legitima, apesar do nome, contrapõe-se unicamente à successão testamentaria, e não à successão dos filhos *perfilhados*, nem à successão dos herdeiros *necessarios*, que estão comprehendidos todos na successão legitima.

A successão diz-se *legitima*, não tanto por se referir à successão de herdeiros legitimos ou de parentes legitimos, como porque deriva da lei, e não da vontade expressa do auctor da herança.

Tambem pôde deferir-se a herança da mesma pessoa, e a favor da mesma pessoa, em parte por disposição da lei, e em parte pela vontade do homem, artigo 2038.º, o que não podia fazer-se por direito romano, onde não era lícito morrer parte testado, e parte intestado, salva a excepção reconhecida a favor dos militares. Entrã nós o sobrinho, por exemplo, unico herdeiro do testador, a quem este deixa por testamento ametade da sua herança, succede na outra ametade por disposição de lei, na sua qualidade de herdeiro legitimo.

Tambem por direito romano era indispensavel a instituição de herdeiro para a validade do testamento; e foi entre nós muito questionado se a ordenação do reino admittia a mesma doutrina, comquanto a pratica nos ultimos tempos fosse verdadeiramente uniforme em sustentar que similhante instituição não era necessaria para a validade das disposições testamentarias.

A regra geral é ser deferida a herança em virtude da lei só na falta de disposição de ultima vontade.

É o preceito consignado no artigo 1968.º No projecto primitivo o artigo correspondente, 2120.º, era redigido nos seguintes termos: «Se qualquer pessoa se finar sem dispor de seus bens, ou se, havendo disposto, o testamento se annullar, ou ficar sem effeito por incapacidade, ou renuncia dos instituidos, haverão seus bens os herdeiros legitimos». A redacção do codigo é incomparavelmente superior á do projecto.

Da regra geral — que a successão se defere em virtude da lei só quando o auctor da herança não dispoz, — exceptua-se apenas o determinado com relação aos herdeiros necesarios, que têm sempre direito a uma parte d'ella nos termos dos artigos 1784.º a 1787.º, aindaque, a não haver motivo de desherdação, artigos 1875.º e seguintes, o auctor da herança tivesse vontade de os excluir da legitima.

N'esta parte quiz o legislador conciliar e harmonisar, quanto possível, a vontade do homem com os laços do sangue e com as leis da natureza, que as leis juridicas devem attender e respeitar.

Art. 1736.º Diz-se herdeiro aquelle que succede na totalidade da herança, ou em parte d'ella, sem determinação de valor ou de objecto. Diz-se legatario aquelle, em cujo favor o testador dispõe de valor, ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles.

(Vid. artigos 1791.º, 1796.º, 1805.º, 1817.º, 1844.º, 1845.º e 1885.º) Igual definição de herdeiro e de legatario se encontra, aindaque com

diversa redacção, no artigo 1868.º do projecto primitivo, correspondente a este artigo 1736.º do codigo.

O pensamento do projecto primitivo foi conservado no codigo: até o sr. José Julio, auctor da proposta para a nova redacção, que foi apresentada e approvada em sessão da commissão revisora de 7 de junho de 1862, declarou que concordava com a doutrina proposta no referido artigo 1868.º

N'esse artigo do projecto primitivo definia-se *herdeiro* aquelle em cujo favor o testador dispõe por titulo universal, ou que pelo mesmo titulo lhe succede por mero effeito da lei; e *legatario*, aquelle, em cujo favor o testador dispõe por titulo particular: e definia-se *titulo universal* a disposição que comprehende a generalidade dos bens do testador, ou certa porção d'essa generalidade, e *titulo particular* a disposição de certos e determinados bens; ou de certas e determinadas sommas, ou de certa universalidade de bens.

Pedro é *herdeiro*, se lhe deixo *todos* os meus bens, ou a *quarta* parte dos meus bens, ou o *remanescente* dos meus bens, depois da distribuição de certos legados.

Pedro é *legatario*, se lhe deixo objecto *determinado*, como a minha quinta de S. Martinho, ou valor *determinado*, como 600\$000 réis, ou *certa* e determinada parte dos meus bens, aindaque essa parte constitua uma *universalidade*, como os bens immobiliarios sítos em Almada, ou os bens mobiliarios que se acharem na minha casa de Cintra. Tambem é *legado* a cousa moavel *indeterminada*, mas incluída em certo *genero*, como um cavallo, ou em certa *especie*, como um cavallo arabe, artigo 1805.º; e, se o cavallo não existir na herança, é o herdeiro obrigado a compra-lo, para satisfazer o legado.

É igualmente *legado* a *cousa* ou *quantidade*, ainda indeterminada, que se receber em certo logar, artigo 1817.º, como se deixo a Pedro todo o milho ou todo o vinho, que se receber na minha quinta da Condessa. Portanto o legado pôde consistir tambem em cousa indeterminada, comtantoque a cousa seja susceptivel de determinação.

A essencia da instituição de herdeiro está em se deixarem ao instituido *todos*, ou o *resto* dos bens, ou uma *quota* d'elles, aindaque assignada em certa proporção como  $\frac{1}{3}$ ,  $\frac{1}{5}$ ,  $\frac{1}{7}$ , etc., artigo 1791.º Por isso não se distingue do legado a herança pela *porção* de bens deixados, mas sim pela forma da instituição.

Se o testador, por exemplo, dispõe de uma herança no valor de 20.000\$000 réis, deixando 18.000\$000 réis a Pedro, e o resto dos seus bens a Paulo, é Paulo o herdeiro, e Pedro o legatario.

Se usasse de outra fórmula e dissesse «deixo  $\frac{3}{10}$  da minha herança a Pedro», seria Pedro, como Paulo, herdeiro do testador.

Na instituição de herdeiro a mente do testador é deixar um valor *indefinido*. No legado pôde ser *determinado*, mas é definido, o valor. Assim se o testador legou uma propriedade, e depois comprou outra que lhe estivesse contigua, não se comprehende esta no legado, porque não é accessorio d'aquella, comprehendendo-se aliás no legado quaesquer construcções, e melhoramentos feitos no predio legado, porque são accessorio da cousa, artigo 1844.º

É tambem por este motivo que entre os herdeiros instituidos ha o direito de acrescer, artigos 1852.º e 1853.º, e não o ha entre os legatarios, artigo 1854.º

O legatario succede só n'uma parte definida, comquanto indeterminada, da herança: e o herdeiro succede n'uma porção ou quota indefinida. Por isso tem o herdeiro o direito, que não pertence ao legatario, de propor acções em juizo, annullando contratos e actos juridi-

cos feitos pelo auctor da herança; n'uma palavra succede *in universum jus* não legado.

A caracteristica do legado pois está em se deixar certa e determinada *cousa*, ou certo e determinado *valor*.

Ainda assim graves duvidas se têm levantado na imprensa juridica e no fóro sobre a conciliação dos artigos 1736.º e 1791.º com o artigo 1796.º; e com fundamento n'este já vimos julgar que o *tercenario* era legatario, e não herdeiro, sendo a decisão proferida pela relação, e confirmada no supremo tribunal de justiça.

Effectivamente o artigo 1796.º, copiado sem grandes alterações do artigo 1928.º do projecto primitivo, dá até certo ponto logar a esta interpretação. Parece que quem dispõe da terça, quarta, quinta, ou sexta parte da herança, dispõe de *certa e determinada parte da herança*, como aquelle artigo se exprime.

No intuito de conciliar esta divergencia têm alguns sustentado que o artigo 1796.º deve considerarse uma excepção à regra geral estabelecida no artigo 1736.º; e que assim o successor da terça ou de outra qualquer parte da herança deve ser reputado herdeiro, salvo quando o testador tiver disposto só d'essa parte, sem fazer no testamento menção do resto dos seus bens, porque n'este caso deve ser havido como legatario.

Por esta forma fazem passar para legatario aquelle que devia ser herdeiro, pela simples circumstancia do testador não dispor da outra parte da herança, e julgam que o codigo qui referir-se no artigo 1796.º à hypothese de que trata a ordenação, livro IV, título LXXXII, de um pac dispor sómente da terça sem fazer menção dos filios.

As divergencias porém dos artigos 1791.º e 1796.º, copiados dos artigos 1923.º e 1928.º do projecto primitivo, desapparecem logo que se recorra ao artigo 1736.º, onde a commissão revisora consignou claramente o seu pensamento, alterando o artigo correspondente do projecto primitivo.

As palavras *certa e determinada parte da herança*, empregadas no artigo 1796.º, explicam-se perfeitamente pelo disposto no artigo 1736.º Segundo o preceituado n'este artigo é manifesto, que a determinação de valor e de objecto é a circumstancia que distingue o legatario do herdeiro. Assim nas disposições, em que seja certa a quantia ou determinado o objecto, no todo ou em parte, existe legado; e nas disposições em que dependa da divisão do casal do fallecido o conhecer-se a quantia ou a porção dos bens, com que se tem de preencher a parte deixada no testamento, existe herança.

O supremo tribunal de justiça decidiu em accordão de 25 de abril de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 105 do mesmo anno, que era simples legatario, e comprehendido na disposição do artigo 1796.º, o que era contemplado com certa e determinada parte da herança.

Mas para tirar todas as duvidas leia-se o que a este respeito escreverem o sr. Seabra em resposta ás observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva.

Dizia o sr. Seabra: «Observa o nosso illustre revisor, que é difficil ás vezes distinguir o que é herança ou legado, e que talvez mesmo na applicação do artigo 1868.º (1736.º do codigo) se encontre difficuldade, principalmente nas expressões *certa porção d'essa generalidade, certa universalidade de bens*; que por isso seria porventura conveniente taxar uma quantia, alem da qual as corporações não podessem adquirir.

«O artigo 1868.º (1736.º do codigo) define o que importam as pa-

lavras *herdeiro e legatario*. Esta definição é da mais alta importancia, porque os direitos dos herdeiros e legatarios differem profundamente. Tenham paciencia os inimigos das definições, pois na maior parte dos casos constituem direitos e obrigações, e são indispensaveis. Deixar absolutamente aos termos de que usar o testador a determinação das consequencias d'estas tão diversas situações, seria dar logar a interminaveis disputas, e prejudicialissimos equivocos. Era preciso pois derivar a differença, não das palavras de que o testador ignorante possa servir-se, mas da mesma natureza das cousas.

«Conformámo-nos n'esta parte com o espirito da legislação franceza, conservando todavia a denominação de herdeiro, que sem maior necessidade é trocada no codigo francez pela denominação de *legatario universal*.

«Segundo a doutrina do nosso artigo, herdeiro é o successor do defuncto por *titulo universal*, e *legatario* o successor por *titulo particular*. *Titulo universal*, dizemos nós, é a disposição que comprehende a generalidade dos bens do testador, ou certa porção d'essa generalidade.

«Assim, tanto é herdeiro aquelle a quem o testador deixa todos os seus bens, como aquelle a quem deixa um terço, um quarto d'esses bens, embora lhe chame legatario, ou se sirva da palavra *legado*.

«*Titulo particular*, diremos, é a disposição de certos e determinados bens, de certas e determinadas sommas, de certa universalidade de bens.

«Assim, se o testador diz—deixo a Ticio a minha quinta da Panasqueira, a minha vinha dos Grilos, a minha casa do Caneiro—, faz um legado, e institue um legatario. Se diz—deixo a Mevio 400\$000 réis, 200 alqueires de trigo, ou outra quantia ou somma certa—, faz ainda um legado.

«Se diz—deixo a Sempronio o meu feto de cabras, a minha manada de vaccas, o meu rebanho de ovelhas, a minha vara de porcos, os moveis de minha casa—, etc., faz ainda um legado.

«Parece-nos que ha em tudo isto a necessaria clareza, nem vemos como possa occorrer difficuldade na applicação da regra, uma vez que se não perca de vista, que uma *cousa* é uma certa universalidade de objectos, outra *cousa*, uma certa porção de uma generalidade de bens. No primeiro caso, o objecto é certo e determinado; no segundo, pro- porcional e incerto.

«Poderá dizer-se que algumas vezes virá o legatario a achar-se de melhor condição que o herdeiro. É possível; mas como a qualidade de herdeiro não importa necessariamente vantagem a este respeito, não pôde tirar-se d'ahi argumento algum contra a regra. Mas ainda n'esse caso o herdeiro é favorecido a outros respeito, v. g., pelo direito de acrescer, e outros direitos de que goza em geral.»

A explicação assim feita pelo sr. Seabra deixa bem patente a distincção entre herdeiro e legatario, sendo herdeiro o que é contemplado com uma quota indefinida, e legatario o que recebe valor ou objecto determinado.

A differença entre herdeiros e legatarios é de mais alta importancia. Alem das razões dadas pelo sr. Seabra nos periodos acima transcriptos, é responsavel o herdeiro pelas dividas da herança, inclusivamente por seus proprios bens, se a não aceitar a beneficio de inventario, e não poder provar o montante d'ella; e o legatario, aindaque não receba por inventario o legado, não responde em caso algum pelos encargos do legado, senão até ao valor d'elle artigo 1793.º Se o aceitar com o onus de pagar certas prestações, ou periodicas, ou por uma

só vez, e o valor do legado não chegar para cobrir o encargo das prestações, hão de estas ser pagas rateadamente, se outra cousa não tiver disposto o testador. Pela mesma razão os onus reaes, que pesam sobre o predio legado, só pelas forças do legado são pagos, artigo 1843.º

Mas os legados, além dos encargos, que os oneram *especialmente*, são obrigados ás dividas da successão, depois de esgotados os bens da herança, aindaque esta não fosse distribuida toda em legados, pela regra: *nemo liberalis, nisi liberatus*.

Os credores estão primeiro que os legatarios, porque os legados são da herança, e não ha verdadeiramente herança, senão depois de pagas todas as dividas, *nisi deducto aere alieno*.

Art. 1737.º A herança abrange todos os bens, direitos e obrigações do auctor d'ella, que não forem meramente pessoaes, ou exceptuados por disposição do dito auctor, ou da lei.

(Vid. nota ao artigo 703.º) Em accordão de 8 de novembro de 1872, proferido no processo de revista n.º 13:611, negou o supremo tribunal de justiça a revista interposta contra o accordão da relação de Lisboa, indicado em a nota ao artigo 703.º, cuja doutrina ali condemnámos.

Art. 1738.º Se o auctor da herança, e os seus herdeiros, ou legatarios, perecerem no mesmo desastre, ou no mesmo dia, sem que se possa averiguar quaes foram os que se finaram primeiro, reputar-se-hão fallecidos ao mesmo tempo, e não se verificará entre elles a transmissão da herança, ou do legado.

O fallecimento do herdeiro ou do legatario antes do testador faz caducar a seu respeito a instituição, artigo 1739.º n.º 1.º, assim como a sua sobrevivencia, um momento que seja, ao testador lhe dá a successão, artigo 2011.º, que transmite aos seus herdeiros, artigo 2032.º; e por isso quasi todas as legislações, a começar pelo direito romano, tem fixado diferentes regras de sobrevivencia no caso de testador e instituidos morrerem conjuntamente n'algum naufragio, incendio, ruina, no campo da batalha, etc., e tomam por base, para fixar as presumpções de sobrevivencia, a idade e o sexo dos fallecidos. Presumem que sobreviveram os que pelo seu sexo varonil ou pela sua idade tinham robustez para resistirem por mais tempo á morte.

O nosso codigo porém, adoptando o disposto no artigo 878.º do codigo de Hollanda, determina que, na falta de prova de qual morreu primeiro, os fallecidos no mesmo desastre ou no mesmo dia, se presume terem morrido ao mesmo tempo, de modo que não transmitem uns aos outros os seus direitos, mas os transmite cada um a seus respectivos herdeiros.

Mesmo sem ser em acontecimento desastroso pôde dar-se o fallecimento no mesmo dia do auctor da herança e do instituido sem se poder averiguar qual falleceu primeiro, se ambos falleceram á mesma hora, artigo 2483.º n.º 1.

Na occasião em que escreviamos o primeiro original da nota a este artigo fallecia em Lisboa o cardeal patriarcha, D. Manuel Bento Rodrigues, exactamente no mesmo dia (26 de setembro de 1869), em que fallecia em Coimbra o seu secretario particular, Manuel Antonio do

Cabo, a quem elle deixava um legado, que o legatario não transmittiu aos seus herdeiros, porque falleceu ás onze horas da manhã, quando o auctor da herança falleceu ás doze horas e cinco minutos da tarde.

Mas na falta de prova em contrario presumem-se fallecidos ao mesmo tempo os fallecidos no mesmo dia, não havendo logar a transmissão de direitos de uns para outros. A presumpção é de que falleceram ao mesmo tempo; incumbindo a prova do contrario a quem tiver interesse em que elles não fallecessem na mesma occasião.

Antes de se instituir o registro creado pelo codigo civil nem a hora se indica ordinariamente no registro; porque não é obrigatorio indicala no actual, reorganizado por decreto de 2 de abril de 1862, que no artigo 15.º n.º 1.º manda declarar no assento de obito o anno, mez, e dia, e, *podendo ser*, a hora do fallecimento.

## CAPITULO II

### DA SUCCESSÃO TESTAMENTARIA

#### SECÇÃO I

##### DOS TESTAMENTOS EM GERAL

Art. 1739.º Diz-se testamento o acto, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de parte dos proprios bens.

(Vid. nota ao artigo 1452.º) O testamento não tem o caracter de contrato, em que intervenham duas vontades, a de quem promete e a de quem accêita. O instituido pôde renunciar depois da morte do testador o direito ao beneficio, que este lhe prodigalisára; e o testador pôde até ao ultimo momento revogar a disposição.

O testamento é um simples *acto* juridico, que encerra a manifestação da vontade do testador, acto de sua natureza tão revogavel que nem pôde sequer renunciar-se o direito de revogação, como se mostra do artigo 1734.º

O preceito d'este artigo completa a definição de testamento, que, na maior parte das leis, e dos praxistas, contém sempre expressa a idéa da revogabilidade.

Tambem n'algumas definições se declara o testamento um *acto solenne* para indicar que deve ser feito segundo as formalidades prescriptas na lei; indicação esta que é bem escusada na definição.

É o acto, *pelo qual alguém dispõe*, porque o testamento é um acto pessoal, que não pôde ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbitrio de outrem, vista a disposição do artigo 1740.º e seu § unico, e porque a disposição testamentaria é um complexo de determinações ou ordens.

Dispõe *para depois da sua morte*, porque o testador não aliena os seus bens no acto de testar; forma um projecto de alienação, que só deve ter efficacia no momento da sua morte. A disposição testamentaria reputa-se feita á hora da morte, e para depois da morte.

Por isso a disposição testamentaria abrange em geral, não os bens que o testador possuia no acto de testar, mas sim os que possuia á hora da morte; e, para saber-se de que porção de bens o testador podia dispor em seu testamento, deve attender-se ao momento da sua morte, regulando-se o facto pela lei em vigor n'essa occasião.

Dispõe de todos ou de parte dos bens, porque, segundo o direito vigente, não é essencial para a validade do testamento a instituição de herdeiro, a favor de quem o testador disponha de todo o seu patrimônio, como era por direito romano, em que a lei não permitia morrer parte testado e parte intestado.

Em direito romano era fundamental a diferença entre o testamento e o *codicillo*. Aquelle devia conter necessariamente a instituição de herdeiro directo, dispondo o testador de todo o patrimonio; e este era a disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro.

As ordenações philippinas, seguindo n'esta parte o direito romano, também distinguiram entre testamento e *codicillo*, determinando a ordenação, livro IV, titulo LXXXVI *pr.*, que o *codicillo* era uma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro; mas não declararam nullo o testamento, em que não houvesse esta instituição.

Mesmo depois da lei de 18 de agosto de 1769, que mandou fazer uso do direito romano, só quando fosse conforme á boa razão, e da lei de 9 de setembro do mesmo anno, que proscreeu o principio supersticioso — que ninguem podia morrer parte testado e parte intestado —, continuou a ser muito duvidoso este ponto.

No entanto a opinião mais seguida era que o direito romano n'esta parte não estava já em uso entre nós.

O codigo porém cortou todas as duvidas a este respeito, acabando com os *codicillos*, e ordenando que se fizesse só em testamento a disposição de todos ou de parte dos bens para alem da vida.

Pelo mesmo principio pôde o testador distribuir toda a sua herança em legados, como se mostra dos artigos 1794.º e 1839.º, e n'este sentido respondeu a associação dos advogados de Lisboa em 4 de maio de 1870, pag. 135, tom. I, do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e legislação*.

**Art. 1740.º** O testamento é acto pessoal, que não pôde ser feito por procurador, nem deixar-se dependente do arbitrio de outrem, quer pelo que toca á instituição de herdeiros e de legatarios, quer pelo que respeita ao objecto da herança, quer, finalmente, pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento do mesmo testamento.

§ unico. O testador pôde, todavia, commetter a terceiro a repartição da herança, quando institue certa generalidade de pessoas.

**Art. 1741.º** Não produzirá effeito algum a disposição, que depender de instrucções ou de recommendações, feitas a outrem secretamente, ou que se referir a documentos não authenticos, ou não escriptos e assignados pelo testador, ou que, enfim, seja feita a favor de pessoas incertas, que, por algum modo, se não possam tornar certas.

A disposição dos bens para depois da morte considerou-a o legislador um acto personalissimo, que não pôde ser praticado por procurador, comprehendendo-se este caso como excepção no final do artigo 1332.º

Por isso não pôde o testador deixar ao arbitrio de terceiro nem a escolha do herdeiro, nem a do legatario, nem a designação da quota ou quantidade com que cada um ha de ser contemplado.

As palavras «*objecto da herança*» significam em nosso entender, que terceiro não pôde ser auctorizado, salvo o caso excepcional regulado no § unico do artigo 1740.º, a designar a quota ou o valor que ha de receber cada herdeiro ou legatario.

O testador nem mesmo pôde deixar a arbitrio de terceiro o cumprimento do testamento, porque os testamentarios não têm outras attribuições senão as que lhes designar o testador ou a lei, artigos 1894.º e 1899.º

O testador pois pôde dar ao testamentario as attribuições que quiser, mas dentro das prescripções legais aqui expostas, artigo 1894.º

Por isso é nulla também a disposição testamentaria, em que o testador manda applicar o producto da sua herança a missas ou a obras de caridade á eleição de terceiro, que é o mesmo que deixar dependente do arbitrio de terceiro a designação de herdeiro ou de legatario, pois taes seriam as pessoas que houvessem de ser beneficiadas pelas obras de caridade, que não foram designadas pelo testador.

Pelo nosso direito anterior era também muito questionado se a instituição de herdeiros ou de legatarios podia commetter-se á escolha de terceiro.

Os nossos praxistas, fundando-se em varias leis romanas, já reputavam nulla a instituição que ficasse dependente do arbitrio de terceiro; mas sustentavam que não era nulla, quando a escolha não era inteiramente dependente do arbitrio de terceiro, e que este era obrigado a escolher de entre algumas pessoas certas, ou designadas expressamente pelo testador, ou que podiam designar-se depois em virtude da demonstração feita pelo mesmo testador.

Assim reputavam nulla a instituição, quando o testador escolhesse para seu herdeiro a pessoa que *F. designasse*, e reputavam-na valida, quando o testador instituisse, por exemplo, *aquelle de seus sobrinhos que F. escolhesse*. E parecia ser esta a doutrina do direito romano, *Dig. nos titulos de hered. instit. e de reb. dub., e Institut. de leg.*

Em vista porém do preceituado no artigo 1740.º, ambas áquellas formas de instituição, uma das quaes era valida por direito antigo, são nullas por direito moderno. A instituição de prestações permitida a favor de incertos no artigo 1872.º, em beneficio dos indigentes, ou para dote de raparigas pobres, é uma excepção, determinada pelo favor da causa publica, á regra geral prescripta no artigo 1740.º

A instituição a favor de pessoas incertas, reconhecida no artigo 1741.º, é valida só quando essas pessoas podem tornar-se positivamente certas, e não quando ficam sendo incertas entre muitas ou algumas certas.

Comquanto ao testador não seja licito commetter a terceiro a designação da quota hereditaria ou do valor do legado, pôde commetter-lhe a repartição da herança, quando institue uma classe de pessoas, como os parentes, os pobres, os creados, etc.

N'este caso o terceiro não só tem que fazer a partilha entre as pessoas instituidas em generalidade, mas que designar o valor ou o objecto com que cada uma ha de ficar.

Alguns, julgando que não tem excepção de especie alguma o principio geral consignado no artigo 1740.º, de que não pôde commetter-se a terceiro a designação do *objecto* da herança, que ha de pertencer aos instituidos, sustentam que, mesmo no caso especial prevenido no § unico do artigo, é indispensavel que o testador fixe o valor que ha de pertencer a cada um dos contemplados, ficando apenas ao terceiro o direito de designar a natureza dos bens em que o instituido ha de ser inteirado d'esse valor.

Não é esse porém o pensamento do artigo, nem a sua redacção generica nos leva a semelhante conclusão.

Nos termos do § unico do artigo pôde ser auctorisado o terceiro, não só a determinar se cada um dos instituidos ha de ser inteirado do seu quinhão em bens mobiliarios ou immobiliarios, mas tambem a marcar o valor ou a proporção em que cada um ha de receber.

Para designar a natureza de bens em que ha de ser inteirado cada um dos instituidos, pôde ser auctorisado terceiro, mesmo quando não é instituida uma generalidade de pessoas, porque a isso não se oppõe o preceito do artigo.

Portanto no caso de ser instituida uma generalidade de pessoas, pôde ser auctorisado terceiro, não só a fixar a natureza dos bens que hão de compor o quinhão de cada uma, mas a designar o valor ou proporção em que ellas hão de receber.

Parece exorbitante este direito, e em grande desharmonia com o preceito geral consignado no artigo. No entretanto é o que resulta das palavras, — *commetter a terceiro a repartição da herança*, — devendo alem d'isso notar-se que a disposição do § unico é excepção ao preceito do artigo. Demais, esta conclusão é abonada pelas fontes do preceito.

A fonte do artigo 1740.º é o artigo 558.º do projecto de código civil hespanhol, que é redigido nos seguintes termos: «*El testamento es un acto personalissimo: su formacion no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero. Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institucion de heredero ó de la manda, ni la designacion de su cantidad; pero si el repartimiento, cuando la disposicion comprende á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados*. E Goyena em a nota áquelle artigo diz que a excepção final foi tirada do artigo 651.º do código austriaco. Ora este artigo é redigido nos seguintes termos: «*Le testateur peut abandonner à son héritier ou à un tiers la repartition d'un legs fait à toute une classe de personnes, comme par exemple: aux parents, aux domestiques ou aux pauvres. En cas d'indetermination, c'est l'héritier qui s'en charge*».

Esta repartição pôde já deixar-se ao arbitrio de terceiro, porque, segundo alguns entendem, o facto da partilha é cousa mais secundaria e muito differente da instituição de herdeiro ou legatario. Porém só a terceiro pôde commetter-se a faculdade de fazer a partilha e não a qualquer dos herdeiros.

Como consequencia d'este principio geral são nullas as disposições dependentes de instrucções secretas feitas a outrem, ou com referencia a documentos não authenticos, ou não escriptos e assignados pelo testador.

Se ao testador fosse licito declarar no seu testamento que os bens passariam á pessoa, que elle secretamente havia designado ao testamenteiro, era este o verdadeiro arbitro da instituição do herdeiro ou do legatario, em uma palavra, da herança, e ficaria assim destruido o principio geral consignado no artigo 1740.º

Por outro lado seria facil illudir as leis prohibitivas sobre incapacidade e indignidade, e dar-se-ia logar a delictos ou immoralidades, porque ficava assim implicitamente dispensado esse terceiro da obrigação de dar contas do cumprimento das disposições testamentarias.

Pôde porém o testador, em presença do disposto no artigo 1741.º, deixar de designar no testamento os herdeiros, ou os legatarios, ou o objecto da herança, e referir-se ao que está escripto em documentos authenticos, ou mesmo não authenticos, contantoque sejam *escriptos e assignados* por elle.

Se estas declarações ficassem dependentes de instrucções ou recommendações secretas poderia depois apparecer, não a manifestação da vontade do testador, mas a da vontade de terceiro, a quem se haviam dado as instrucções ou feito as recommendações secretas.

Quando porém o testador se refere á sua vontade manifestada em documentos authenticos, ou em documentos por elle escriptos e assignados, ha a possivel segurança de que a sua vontade não foi illudida nem falscada.

Comquanto deva apparecer designada no testamento, nos termos do artigo 1741.º, a pessoa a favor de quem é feita a disposição, visto que não pôde ficar dependente de terceiro a instituição de herdeiro ou de legatario, vale todavia a disposição testamentaria a favor de pessoa *incerta*, quando esta pôde tornar-se certa, como se deixo os meus bens á pessoa que casar com minha sobrinha. N'esta hypothese foi escolhido o herdeiro pelo testador, ficando a sua *determinação* dependente apenas de um facto, e não do arbitrio de terceiro.

É por isso valida tambem a disposição testamentaria em que o testador deixa o usufructo da sua herança a uma pessoa, e a propriedade aos filhos d'esta, se ella vier a casar, e os tiver, e no caso de ella não casar, a outra pessoa.

O artigo 1741.º permite a instituição de pessoas incertas, que possam tornar-se certas, e o artigo 1777.º declara valida a disposição feita em favor de nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas, vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatario venha á luz fora do praso dos 300 dias contados desde a morte do testador.

Tambem é valida a instituição do herdeiro para o caso do instituido não casar ou não ter filhos, porque os artigos 1822.º e 1823.º são applicaveis ás heranças deixadas sob condição. O segundo instituido é equiparado ao herdeiro condicional, que adquire direito á herança, logoque haja certeza de não se verificar a existencia de taes filhos.

Art. 1742.º A disposição a favor dos parentes do testador, ou dos de outra pessoa, sem designação de quaes, reputar-se-ha feita a favor dos mais proximos do testador, ou da pessoa indicada, conforme a ordem da successão legal.

(Vid. artigo 1798.º) A fonte d'este artigo é o projecto do código civil hespanhol, no artigo 562.º, que é redigido assim: «*La disposicion hecha simple y generalmente á favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los mas próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representacion con todos sus efectos, con arreglo al titulo siguiente*».

Tambem o projecto de código civil hespanhol, como vimos em a nota ao artigo antecedente, providenciou no artigo 558.º para o caso de o testador dispor vagamente a favor dos *parentes* ou dos *pobres* sem os designar. Porém na redacção e na revisão do projecto do nosso código adoptou-se unicamente a providencia com relação aos parentes, e não com relação aos pobres, sem haver aliás motivo para esta omissão. O pensamento do artigo foi evitar as questões e difficuldades que se levantavam, sempre que o testador instituia os parentes sem designar quaes.

No meio do silencio do testador, fez a lei a designação dos parentes, tomando por base a vontade presumida do auctor da herança. Presume-se que o testador que instituiu promiscuamente os parentes, seus ou alheios, quiz beneficiar os mais proximos em grau.

Haverá também n'este caso logar ao direito de representação? Se o testador, instituindo os seus parentes, deixar irmãos, e sobrinhos, filhos de irmãos já mortos, succederão os sobrinhos conjunctamente com os tios pelo direito de representação nos termos do artigo 1982.º? Seguintes a affirmativa.

E o que se deduz do artigo 1982.º, e o que é auctorisado pela redacção do artigo 1742.º Os parentes mais proximos do testador hão de ser chamados *conforme a ordem legal da successão*, e é da ordem legal da successão o serem chamados os filhos dos irmãos do fallecido, em concorrência com os tios vivos, citado artigo 1982.º

Verdade seja que alguns combatem esta doutrina com o fundamento de que ella é só auctorisada nas successões legitimas, e inadmissivel nas disposições testamentarias. Porém em caso de duvida presume-se que o legislador quiz o que é mais conforme á lei; e a fonte do artigo acima transcripta deixa a convicção de que n'este caso ha logar ao direito de representação.

Se o testador porém chamar á successão, não os *parentes*, mas os *parentes mais proximos*, também n'este caso os filhos de irmãos do fallecido concorrerão com os tios vivos, ou estes excluirão aquelles?

É certo que o artigo regula unicamente a hypothese de serem instituidos os *parentes*, e não a de serem instituidos os *parentes mais proximos*. No entretanto, por analogia do disposto no artigo, entendemos que a qualificação de *mais proximos* ha de ser feita segundo as regras da successão legal, e assim tão proximos são os sobrinhos, filhos de irmãos já fallecidos, como os irmãos vivos, vista a expressa disposição do citado artigo 1982.º

Para o effeito da successão tão proximos parentes são os irmãos, como os sobrinhos, filhos de irmãos fallecidos, pelo direito de representação; e a interpretação das disposições testamentarias, em caso de duvida, deve sempre fazer-se no sentido mais benigno e favoravel para os herdeiros abintestado, como era já pela jurisprudencia anterior.

N'este sentido, e com o mesmo fundamento, julgou o juiz de direito de Coimbra em sentença de 16 de maio de 1869, que está publicada no jornal a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, da mesma cidade, n.º 183.

No entretanto por accordão da relação do Porto de 9 de dezembro de 1870 foi revogada a sentença com o fundamento de que se tratava, não de successão legitima, onde seriam chamados os irmãos e os sobrinhos do testador, mas de successão testamentaria, onde era preciso attender á vontade do testador, expressa no testamento, e de que o artigo 1742.º, onde se previne o caso de serem chamados os parentes sem designação, e portanto segundo a ordem da successão legal, não é applicavel á especie de serem chamados os mais proximos, que é uma verdadeira limitação ou restricção.

Offerecidos embargos ao accordão, e intervindo nos embargos tres juizes que não tinham votado na decisão embargada, foi mantido o accordão por tres votos contra dois, como tudo pôde ver-se no citado n.º 183 da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra.

Se o testador, em vez de instituir os parentes em geral, instituir os irmãos em geral, e os tiver germanos, consanguineos e uterinos, longe de se dividir por elles igualmente a herança, fica cada um dos germanos com quota dobrada da que pertencer á cada um dos consanguineos ou uterinos, artigos 1798.º e 2001.º

Presume-se, como acima já dissemos, que o testador, não fazendo declaração em contrario, quiz respeitar o disposto na lei quanto á

quota pertencente aos irmãos, quando concorrem bilateraes com unilateraes.

Se o testador, instituindo seus irmãos em geral, os tiver germanos e uterinos sómente, como se faz a partilha? Por analogia, e pela mesma razão, se defere a herança, como abintestado, ficando os irmãos germanos com quota dobrada da que pertencer aos unilateraes.

Se tiver só irmãos consanguineos e uterinos também a herança se defere, como abintestado, ficando igual parte a cada um dos irmãos que estão nas mesmas relações de sangue, unico principio que determina a ordem da successão, visto não haver a divisão dos bens segundo as linhas.

Sustentam alguns que, instituindo o testador seus irmãos em geral, e tendo-os germanos e unilateraes, manifestou vontade de os contemplar igualmente, porque se quizesse que elles recebessem por igual, escusado seria fazer testamento.

É porém certo, e consequencia dos principios acima estabelecidos, que, na falta de declaração expressa da vontade do testador, se deve recorrer ao que dispõem as leis em casos analogos, para o observar.

Os irmãos unilateraes, quando não concorrem com os germanos, herdram todos os bens que estes herdariam, até por argumento do que succede com os filhos perfilhados que, não concorrendo com posteridade legitima, herdram todos os bens de seus paes, artigo 1990.º, e concorrendo com posteridade legitima em caso nenhum podem herdar mais do que porção igual á legitima d'aquelles menos um terço, artigo 1785.º

No artigo 610.º dispõe também o projecto do codigo civil hespanhol que as disposições a favor dos pobres em geral, sem designação de pessoas nem de povo, aproveitam só aos do domicilio do testador na epocha da sua morte. A doutrina do projecto de codigo civil hespanhol deve ser observada entre nós, não só por analogia com o disposto no artigo 1742.º, mas como mais conforme á intenção do testador, nos termos do artigo 1761.º

E quem ha de fazer a *qualificação* dos pobres? Parece que este direito deve pertencer á junta ou juntas de parochia respectivas, como mais competentes para conhecerem os habitantes da parochia, e pelo seu caracter de estabelecimentos de beneficencia.

(Vid. também nota ao artigo 1872.º)

Art. 1743.º O testador pôde dispor, quer pura e simplesmente, quer com certas condições, comtantoque estas não sejam impossiveis, absoluta, ou relativamente, ou contrarias á lei.

§ unico. As condições impossiveis, absoluta, ou relativamente, ou contrarias á lei, têm-se por não escriptas, e não prejudicam os herdeiros, ou os legatarios, aindaque o testador disponha o contrario.

Art. 1744.º Se o cumprimento da condição for impedido por alguém, que tenha interesse em que ella se não cumpra, ter-se-ha por cumprida.

(Vid. nota ao artigo 643.º) Como já n'outro logar dissemos, consideram-se *impossiveis*, não só as condições que o forem *absolutamente*, mas também as que o forem relativamente áquelle que tem de as cumprir, como é a obrigação de casar, imposta ao herdeiro, que tem or-

dens sacras. Reputam-se não escriptas tambem as inintelligiveis, e as inuteis ou irrisorias. Nullas ou não escriptas se reputam igualmente as facultativas, isto é, as que são deixadas na livre vontade do instituido, e que lhe são impostas, menos como verdadeira condição, do que como simples indicação de um desejo do testador.

Por isso o supremo tribunal de justiça em accordão do 12 de abril de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 110 do mesmo anno, n'uma especie em que o testador deixava um legado em recompensa de serviços futuros, emquanto durasse a execução de um testamento, declarou inepto o libello, em que o legatario pedia o legado, com o fundamento de que elle não articulava legitima causa de demandar, visto que, declarando os testamenteiros que a testamentaria não tinha precisado dos serviços do legatario, e que por isso o não tinham empregado para não desfalcár a herança sem necessidade, não tinha este articulado, para depois o provar, que tivesse havido necessidade dos seus serviços, e que os testamenteiros o tivessem preterido, empregando outro que em vez d'elle os prestasse, para se habilitar assim a pedir a responsabilidade da herança, ou a pessoal dos testamenteiros, se effectivamente o impedissem de prestar serviços para que era apto e estava prompto.

Art. 1745.º A invocação de uma causa falsa será tida por não escripta, excepto se do proprio testamento resultar, que o testador não teria feito tal disposição, se conhecesse a falsidade da causa.

(Vid. nota ao artigo 657.º)

Art. 1746.º A invocação de uma causa, quer falsa, quer verdadeira, contrária á lei, produz sempre a nullidade da disposição.

Se as condições impossiveis, ou contrarias á lei ou á moral, não produzem nullidade nas instituições de ultima vontade, produz sempre nullidade da disposição a invocação de uma causa, quer falsa, quer verdadeira, contraria á lei, como se o testador deixa alguns bens a qualquer pessoa por causa de se ter tornado insigne na pratica do crime, porque semelhante clausula indica da parte do testador ou desarranjo mental, ou sentimentos de immoralidade, que a lei não deve garantir nem proteger.

Art. 1747.º A designação do tempo, em que deva começar, ou cessar o effecto da instituição de herdeiro, ter-se-ha por não escripta.

(Vid. artigos 1759.º n.º 2.º, 1810.º, 1822.º, 1823.º e 1849.º) Não ha repugnancia logica em ser instituido um herdeiro até certo tempo, ou para depois de certo tempo. Pela mesma razão por que pôde designar-se o tempo em que ha de começar o legado, artigo 1849.º, poderia marcar-se o tempo em que devesse começar ou cessar a instituição de herdeiro.

O nosso codigo porém transcreveu o artigo 1747.º, do artigo 823.º do codigo da Sardenha que diz assim: «*Dans toute disposition à titre universel, la désignation du jour auquel l'institution d'héritier doit commencer ou cesser, sera réputée non écrite.*»

Esta já a doutrina do direito romano, como homenagem ao principio de que ninguem podia morrer parte testado e parte intestado. Nas Instit. de *heredib. instit.* lia-se o seguinte: «*Heres et pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet; et perinde ac si pure heres institutus esset.*»

Igual doutrina se encontra na lei 34 Dig. do mesmo titulo, que diz assim: «*Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur: sed vitio temporis sublato, manet institutio.*»

O nosso codigo consagrou exactamente esta doutrina do direito romano.

Entre nós tambem a instituição de herdeiro não pôde deixar-se dependente de terceiro, ou de termo, mas pôde fazer-se debaixo de condição suspensiva, artigo 1822.º, como se o testador institue herdeiro a Pedro, no caso de seu sobrinho e herdeiro legitimo não voltar da expedição da Zambezia. A herança n'este caso põe-se em administração até que se cumpra a condição, como até chegar a noticia de que elle falleceu, ou até que haja a certeza de que a condição se não cumpre, como voltando elle.

Nestes casos realisa-se o direito do herdeiro, succedendo na primeira hypothese o herdeiro condicional e na segunda o legitimo ou testamentario.

Até ahi a herança havia de estar em administração, porque não se sabia ainda quem viria a ser o herdeiro.

Ora, durante este estado provisorio, emquanto não se cumpre a condição, ou não ha certeza de que ella não pôde cumprir-se, pertence a administração: 1.º, ao coherdeiro instituido puramente, se entre este e o condicional poder dar-se o direito de acrescer, porque n'este caso é o seu successor legitimo, não se verificando a condição, e, como tal, o mais interessado na boa administração dos bens; 2.º, ao herdeiro legitimo presumido, não havendo coherdeiros testamentarios, ou não podendo dar-se entre elles e o herdeiro condicional o direito de acrescer, artigo 1823.º, porque então é aquella que pertence a successão, e por isso o mais interessado na sua boa administração.

Exceptua-se o caso de o herdeiro condicional ter motivo de opposição contra o legitimo, como suspeita de má administração, ás vezes determinada pelo despeito de se ver preterido pelo testador, sendo o chamado pela lei á sua successão, etc.

O herdeiro condicional porém pôde ser admittido á administração da herança, prestando caução, e isto, ou haja ou não herdeiros condicionaes, com ou sem direito de acrescer, ou herdeiro legitimo presumido sem justo motivo para ser excluido da administração da herança.

É o que resulta da generalidade de com que se acha redigido o § unico do artigo 1823.º, o que tanto mais se confirma comparando-o com o § unico do artigo 1958.º do projecto primitivo, que começava pelas seguintes palavras, que no codigo foram omittidas: «*Neste ultimo caso, etc.*»

Portanto pelo projecto primitivo só podia tomar conta da herança, ainda com caução, o herdeiro condicional, no caso de não haver coherdeiros instituidos, entre os quaes podesse dar-se o direito de acrescer, e de não haver herdeiro legitimo presumido e com motivo justo de opposição.

A commissão revisora porém com razão modificou esta doutrina. Se durante o estado provisorio a administração devia ser commettida ao coherdeiro instituido com direito de acrescer, ou ao herdeiro



presumido legítimo, pela *esperança* ou *possibilidade* que podiam ter de haverem a herança *não se verificando* a condição, pela mesma razão da *esperança* e *possibilidade* que tinha o herdeiro condicional de haver a herança, *verificando-se* a condição, lhe devia ser permitido administra-la, ainda havendo coherdeiro legítimo com direito de acrescer, ou herdeiro legítimo presumido sem motivo justo de opposição para entrar na posse d'ella. O código porém, ao passo que impõe ao herdeiro condicional a obrigação de prestar caução, quando entra na administração da herança, não obriga a isso expressamente o coherdeiro instituído, ou o herdeiro legítimo presumido, quando se lhes confia a mesma administração. Esses porém são obrigados a presta-la, como curadores provisórios por força do disposto nos artigos 58.º e 1825.º

Até a obrigação de prestar caução imposta ao herdeiro condicional é uma redundancia, desde que elle é considerado como os outros, com o simples direito de curador provisório dos bens dos ausentes, artigo 1825.º

Se for legatário o instituído com condição suspensiva, é o herdeiro, apesar do silencio do código, quem administra até que se verifique a condição, ou haja certeza de que não se verifica, porque é o herdeiro a quem a coisa ou somma legada aproveita, não se verificando a condição.

Nem o legatário pôde requerer para lhe ser entregue a administração da coisa, ainda prestando caução, porque o código lh'o não permite, e porque o administrador legítimo da herança é o herdeiro, artigos 1838.º e 1849.º

Tratando-se da herança podia commetter-se ao herdeiro condicional a administração d'ella, porque o seu direito de expectativa era igual ao dos outros coherdeiros, ou ao do herdeiro legítimo. Mas na hypothese do legado, alem d'essa razão, acrece a de ser o herdeiro o administrador nato da herança, artigo 1800.º, e outros.

Não previne o código a hypothese da instituição de herdeiro ou legatário debaixo de condição resolutive. N'este caso o instituído entra logo na posse e administração dos bens, correndo o risco de ficar sem elles, logo que se verifique a condição. Mas como a resolução do direito d'elle depende de uma circumstancia muito eventual, não é obrigado a prestar caução, salvo desbaratando ou dissipando os bens, que lhe foram deixados.

Mesmo a condição que apenas suspende por certo tempo a execução da disposição não obsta á transmissão do direito para o instituído logo á morte do auctor da herança, porque o instituído adquire immediatamente direito aos bens, e transmite-o aos seus herdeiros, artigo 1810.º, no que vae de accordo o artigo 1747.º, segundo o qual a designação do *tempo*, em que deve começar ou cessar o effeito da instituição, se tem por não escripta.

A condição suspensiva obsta á entrada do instituído na administração dos bens, a não ser nos termos prescriptos nos artigos 1822.º e 1823.º Porém n'esta instituição condicional, o instituído não adquire logo o direito hereditario, que transmita a seus herdeiros, se fallecer, antes de se verificar a condição, artigo 1759.º e n.º 2.º

Só tem acção para pedir a coisa deixada depois de verificada a condição; e, no intervallo, os fructos dos legados pertencem aos herdeiros instituídos, e os da herança aos herdeiros legítimos.

Dão-se entre uns e outros os mesmos direitos e obrigações, que nas substituições fideicommissarias: sendo considerados como fiduciarios, no caso da condição suspensiva, os herdeiros legítimos, e, no

caso da resolutive, os instituídos, e applicando-se a mesma regra aos legados.

É pois necessario não confundir a *condição de que depende a realisação da instituição* com a *condição, que apenas suspende a sua execução*, porque esta não impede o instituído de adquirir o direito e de o transmitir a seus herdeiros. Se a condição não é no fundo senão um meio de *suspender a execução da disposição*, não impede o herdeiro ou o legatário de ter um direito adquirido e transmissivel aos herdeiros, artigo 1810.º

Assim, lego a Paulo uma somma, que lhe será entregue se seu pae morrer. Como é certo que o pae ha de morrer, Paulo desde o momento da morte do testador adquire um direito irrevogavel ao legado, cuja execução fica apenas suspensa até á morte do pae, transmitindo aos herdeiros o legado se morrer antes de Paulo, a cuja morte elles podem reclama-lo.

Se porém a aquisição do direito fica dependente de acontecimento *incerto*, que constitue a condição, o fallecimento do beneficiado, antes de verificada a condição, faz caducar o beneficio, não se transmittindo direito algum aos seus herdeiros, citado artigo 1759.º e n.º 2.º

Art. 1748.º É nullo o testamento extorquido por violencia, ou captado por dolo, ou fraude.

(Vid. nota ao artigo 663.º)

Art. 1749.º Quem, por dolo, fraude ou violencia, impedir que algum faça as suas ultimas disposições, será punido nos termos da lei penal; e, sendo herdeiro ab-intestato, ficará, alem d'isso, privado do seu direito á herança, que passará ás pessoas, a quem competiria, se tal herdeiro já não existisse.

(Vid. nota ao artigo 1488.º, e artigo 1782.º) O artigo 1749.º carece de ser combinado com o artigo 1782.º para se harmonisarem e completarem as suas disposições. O § unico do artigo 1782.º não tinha correspondente no projecto primitivo, mas foi introduzido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão. E no projecto primitivo o artigo 1881.º correspondente ao artigo 1749.º do código, era redigido nos seguintes termos: «O que, por dolo, fraude, ou violencia, impedir que algum faça a sua ultima disposição, sendo herdeiro *ab intestato*, perderá o seu direito á herança; e, sendo qualquer outra pessoa, será punida com a pena de um a dois annos de prisão».

As disposições do código são evidentemente preferiveis ás determinações do projecto.

A doutrina dos dois artigos devia ser refundida n'um só. Impedir que algum revogue o seu testamento, que é o objecto do artigo 1782.º, é impedir que algum faça a sua ultima disposição, que é o objecto do artigo 1749.º Por isso estão sujeitos ás penas criminaes respectivas os que impedem o testador de fazer a sua ultima disposição, ou esta consista em fazer novo testamento, ou em revogar testamento já feito.

As penas mencionadas no artigo 1749.º são applicaveis tambem ao que por *ameaças* impede algum de fazer a sua ultima disposição, ainda que esta consista em fazer testamento novo, e não em revogar testamento já feito.

Tambem as penas prescriptas no artigo 1749.º não podem ser impostas aos delinquentes, senão tendo elles sido *condemnados* por haverem impedido por dolo, violencia, ou fraude, alguém de fazer a sua ultima disposição, assim como no caso de impedirem a revogação do testamento só têm penalidade civil se forem condemnados por aquelle facto criminoso.

O mesmo dispunha a ordenação, livro IV, titulo LXXXIV, pr. e §§ 2.º e 3.º No § 1.º d'este titulo estabelecia a ordenação doutrina igualmente applicavel nos dominios do código civil, e vinha a ser que « *impedir fazer o testamento é não sómente tolher ao testador a faculdade de livremente testar, mas tambem defender ao tabellião, ou á pessoa que houver de escrever o testamento, que não entre onde o testador está, ou as testemunhas necessarias, e chamadas para o tal acto, ou fazer-lhe sobre isso ameaças* ».

O preceituado no § unico do artigo 1782.º, para o caso de se impedir a revogação do testamento, deve ser igualmente applicavel á especie do artigo 1749.º para o caso de se impedir a feitura de testamento novo.

Pela ordenação, livro IV, titulo LXXXIV, § 4.º, parece que a disposição de ultima vontade só podia revalidar-se quando o testador e o instituido fossem marido e mulher, e cada um d'elles com palavras brandas applicasse o animo do outro.

Dizia este paragrapho da ordenação: « E o que dito he acerca dos que tolhem a outros fazer testamentos, haverá tambem logar nos que constringem a alguém com medo, força, ou ameaças, que faça testamento, e n'elle o institua por herdeiro, ou a quem elle quizer, ou lhe deixe algum legado. Porém, se a mulher tivesse feito testamento, em que não deixasse cousa alguma a seu marido, ou o marido, em que outrosim não deixasse cousa alguma a sua mulher por offensas, ou discordias, que entre elles houvesse, e cada hum d'elles com palavras brandas aplacasse o animo do outro, de maneira que viesse a fazer outro segundo testamento, em que o marido deixasse a sua mulher a fazenda, ou parte d'ella, ou a mulher a seu marido, valerá o dito segundo testamento ».

Se o que impediu o testador de revogar o testamento é herdeiro legitimo, não só não pôde aproveitar-se das disposições testamentarias feitas em seu favor, como dispõe o artigo 1782.º, mas fica tambem privado da sua quota *ab intestato* não só por força do disposto no artigo 1749.º, em cuja provisão cae aquella hypothese, poisque impedir alguém de revogar um testamento é impedir-lo de fazer as suas ultimas disposições, mas em virtude do preceituado no artigo 1978.º

Supponhamos porém que o delicto consistiu, não em impedir o testador de fazer testamento, mas em o compellir a faze-lo, e que o delinquente é herdeiro legitimo, fica por este facto privado da successão *ab intestato*? O código não o diz em parte alguma, e penas não podem impor-se sem disposição de lei que as auctorise.

No entretanto por força do disposto no artigo 1978.º e que compellin o testador a fazer testamento, sendo depois annullada a disposição de ultima vontade, extorquida por coacção, não recebe nada *ab intestato* se for herdeiro legitimo.

Os condemnados por attentarem directa ou indirectamente contra a vida do testador, e que o impedirem por violencia ou fraude de revogar o testamento, não podem aproveitar-se das disposições feitas a seu favor, artigo 1782.º, e por isso não podem succeder *ab intestato*, porque o código lhes nega este direito no artigo 1978.º

Razoaveis e dignas de se adoptarem são as disposições do moderno

código civil italiano, que no artigo 725.º diz assim: « Por indignos são incapazes de succeder: 1.º, os que attentarem contra a vida do auctor da herança; 2.º, os que o accusarem de algum facto, sujeito a pena criminal, sendo declarada calumniosa a accusação; 3.º, os que o violentarem a fazer testamento, ou a alterar testamento já feito; 4.º, os que o impedirem de fazer testamento ou de revogar testamento já feito, ou que supprimirem, occultarem ou alterarem testamento posterior.

Mais logica era tambem a nossa ordenação, que no livro IV, titulo LXXXIV, se inscrevia: « *Dos que prohibem a algumas pessoas fazerem seus testamentos, ou os constringem a isso; e que no § 4.º dispunha* — o que dito é acerca dos que tolhem a outros fazer testamentos é igualmente applicavel a quem constringe outrem com medo, força, ou ameaças a que faça testamento, e n'elle o institua ou a outrem por herdeiro ou legatario —.

Se o que attentou contra a vida do testador é herdeiro legitimo, seguem-se as regras da desherdação, artigo 1876.º, n.º 1.º, devendo por isso ser desherdado em testamento, e com expressa declaração da causa.

O testador porém pôde expressa ou tacitamente absolver os delinquentes das penas que o código lhe impõe no artigo 1782.º, segundo se mostra do § unico do mesmo artigo.

Tambem não succede abintestado o conjugue separado judicialmente de pessoa e bens, artigo 2003.º; e, mesmo que não esteja separado, se se provou judicialmente o adulterio antes da morte do testador, artigo 1771.º

**Art. 1750.º** A auctoridade administrativa, que tiver noticia de que alguém impede outrem de testar, apresentar-se-ha sem demora, em casa da pessoa impedida, com um tabellião e as necessarias testemunhas; e, verificado o estado de coacção, fará lavrar o competente auto, para ser remettido ao ministerio publico, e collocará a dita pessoa em estado de liberdade, para fazer as suas disposições.

Garantir a liberdade pessoal dos administrados é a principal obrigação da auctoridade administrativa. Porém o legislador impoz-lhe expressa e especialmente a obrigação de garantir a facção testamentaria para que se tornasse effectivo e real o uso do direito de testar.

A obrigação que o código lhe impõe no caso de ser alguém *impedido* de testar, procede igualmente quando alguém é *compellido* a testar, porque o facto de impedir e de compellir, alem de ter a mesma gravidade aos olhos da razão e da consciencia, e de dever ter a mesma gravidade em face do direito civil, é igualmente incriminado no artigo 329.º do código penal.

O código refere-se positivamente apenas ao facto de impedir o testamento, talvez porque é mais frequente impedir-lo do que extorqui-lo. É sobretudo no caso de doença grave, em que o espirito do enfermo não está disposto para grandes resistencias, e em que o doente se acha cercado dos herdeiros legitimos, que é mais para receiar o abuso. Por isso se determina que a auctoridade administrativa vá não só verificar sem demora o estado de coacção do testador, mas que vá acompanhada de tabellião e de testemunhas para que possa exercer-se immediatamente o direito de testar.

No projecto primitivo o artigo 1882.º, correspondente ao artigo 1750.º do código, tinha outra redacção, que ficou muito melhorada no código, comquanto o pensamento nada lucrasse com as alterações e emendas.

Era a seguinte: «O magistrado administrativo, que tiver noticia que alguém impede a outrem de testar, apresentar-se-ha, sem demora, em sua casa com um tabellião e as necessarias testemunhas, e fara recolher a sua disposição, lavrando-se auto das respostas, que o testador dor ás suas perguntas sobre tal objecto: este auto será communicado ao ministerio publico».

Pelo emprego das palavras *magistrado administrativo* mostra-se que a obrigação imposta pelo artigo do projecto respeitava só ao administrador do concelho e ao governador civil, e que pelo código abrange mesmo a auctoridade administrativa, que na linguagem das leis não tem o caracter de magistrado.

Assim a generalidade das palavras «auctoridade administrativa», convence de que até o regedor de parochia pôde intrometer-se a desempenhar um encargo, que a lei velha incumbia só ás justicas ordinarias.

O código não se limitou a determinar as condições em que seria nullo o testamento por falta de liberdade do testador. Quiz tambem garantir em toda a sua plenitude a liberdade de testar, consignando n'este artigo provisão analoga á que se achava estabelecida na ordenação, livro IV, titulo LXXXIV.

Nós porém preferiamos a disposição da ordenação, que commettia ao *juiz da terra* o encargo que o artigo 1750.º entrega á auctoridade administrativa.

Dizia a ordenação, livro IV, titulo LXXXIV, § 5.º: — E mandámos que tanto que vier á noticia do juiz da terra, que ha alguma pessoa, que deixa de fazer testamento por medo de seus parentes, estando doente, ou lh'o impedem, ou de quaesquer outras pessoas, posto que ninguem lho peça, nem requiera, de seu officio vá a casa d'esse doente, ou impedido, e faça vir hum tabellião, e as testemunhas necessarias, com as quaes possa o testador livremente fazer seu testamento —.

Aindaque a policia pertence hoje especialmente á administração, é certo que a questão de fazer testamento é dos mais importantes direitos *individuaes*, para garantir os quaes inspira mais confiança um magistrado independente, do que um agente politico, como são as nossas auctoridades administrativas.

Art. 1751.º É nullo o testamento, em que o testador não expresse cumprida e claramente a sua vontade, mas sim por signaes ou monosyllabos tão sómente, em resposta a perguntas que se lhe fizessem.

(Vid. notas aos artigos 337.º e 1912.º)

Art. 1752.º O testador não pôde prohibir, que se impugne o testamento nos casos em que haja nullidade declarada pela lei.

O direito, que tem o testador de impor certos encargos e obrigações ou privações aos herdeiros ou legatarios, que impugnarem o testamento, não vae até ao ponto de prohibir que se impugne o testamento por falta de solemnidades internas ou externas, como por falta do numero legal de testemunhas, etc. As formalidades dos actos ju-

ridicos pertencem ao direito publico, estando por isso ao abrigo de qualquer manifestação da vontade dos particulares.

Portanto os proprios contemplados no testamento, a quem o testador declara privar do beneficio no caso de o impugnarem, podem impugna-lo impunemente, quando o motivo da impugnação for alguma nullidade declarada na lei, porque nenhum agravo faz á memoria do defunto o que pretende pôr a claro a authenticidade e legitimidade do seu testamento.

Impugnando algum dos contemplados a disposição de ultima vontade com este fundamento, aindaque seja julgada improcedente a impugnação, nem por isso elle fica privado do beneficio que lhe concede a disposição testamentaria. A prohibição de impugnar o testamento nos casos, em que ha nullidade decretada por lei, repnta-se não escripta.

Em accordão de 13 de julho de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 171 de 2 de agosto do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que as clausulas testamentarias que têm por fim fraudar as disposições da lei são nullas, e que pôde tambem ser impugnado o testamento impunemente pelos herdeiros, nos termos do artigo 1752.º, vistoque tudo o que é feito contra direito expresso ou em fraude da lei é nullo, e não pôde produzir effeito ou aproveitar a alguém, ordenação, livro III, titulo XXXV, pr.: assento de 9 de abril de 1772; alvará de 24 de fevereiro de 1764, §§ 21.º e 24.º; alvará de 13 de novembro do mesmo anno, e código civil, artigo 10.º

Era a especie, segundo se mostra da *Gazeta dos tribunaes* n.º 4500, que certo testador instituiria seu herdeiro um filho incestuoso, com a condição de que se algum dos herdeiros pretendesse tirar a herança ao instituido, iria ella para a misericordia de Chaves.

Intentando os herdeiros legitimos a acção de nullidade do testamento com o fundamento de ser incapaz de succeder o instituido, e obtendo vencimento, veiu a misericordia reclamar a herança argumentando que havia uma substituição vulgar, que a habilitava a succeder no caso de não poder receber a herança o instituido; e n'este sentido foi julgada na relação do Porto.

O supremo tribunal de justiça, porém, annullou o accordão da segunda instancia com o fundamento de que não havia substituição vulgar, mas sim uma disposição simulada para entregar a herança a um incapaz, com prejuizo dos herdeiros legitimos.

Art. 1753.º Não podem testar no mesmo acto duas ou mais pessoas, quer em proveito commum, quer em proveito de terceiro.

§ unico. Esta prohibição não abrange os testamentos de mão commum, que tiveram data authentica ao tempo da promulgação do presente código, e não forem revogados.

(Vid. notas aos artigos 1180.º e 1762.º) Em conformidade com a doutrina, que deixámos exposta em a nota ao artigo 1180.º, declarou o decreto sobre consulta do conselho d'estado de 28 de julho de 1869, que o testamento de mão commum feito entre conjuges, comprehendendo dois testamentos diversos, não começava a ter força nem transmittia direitos senão desde o obito do respectivo testador; e que a liquidação de cada uma das partes da herança deixada n'estes testamentos devia ser feita no concelho ou bairro em que fallecesse o respectivo testador, e segundo a legislação em vigor aquelle tempo.

Diz o decreto: «Considerando que o testamento de mão commum, sendo a expressão de duas ultimas vontades, comprehende dois diversos testamentos, em que cada um dos conjuges dispõe dos seus bens, e que portanto não começam a ter força nem transmitem direitos senão desde o obito do respectivo testador, etc.»

Em accordão de 21 de novembro de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 144, que nos testamentos de mão commum pôde o conjuge sobrevivente dispor, como entender, de seus bens, revogando o testamento pelo principio de que tudo quanto é ordenado para o tempo da morte se pôde revogar até à morte, ordenação, livro IV, titulo xxxvii, pr., e porque taes testamentos sempre se reputaram como dois, feitos em uma só carta.

Com a permissão de se fazerem dois ou mais testamentos na mesma occasião, postoque não no mesmo papel, fica ainda larga margem aos especuladores para burlar e illudir os que fazem testamento n'essa occasião. A lei porém não podia evitar todos os inconvenientes n'este ponto, como não pôde ser perfeita em especie nenhuma.

Art. 1754.º O testamento pôde ser livremente revogado, no todo ou em parte, pelo testador, que não pôde renunciar este direito.

(Vid. nota ao artigo 1452.º)

Art. 1755.º A revogação, porém, do testamento, no todo ou em parte, só pôde ser feita em outro testamento, com as solemnidades legaes, ou por escriptura publica, ou pelo facto de haver o testador alienado, antes da sua morte, os objectos testados.

§ unico. Se o testamento revogatorio contiver tambem disposição de bens, e, n'esta parte, for annullado por falta de alguma solemnidade, surtirá, comtudo, a revogação o seu effeito, se elle poder valer como escriptura publica.

(Vid. artigos 1811.º n.º 1.º e 1819.º § unico.) É preciso que o segundo testamento seja valido para romper o primeiro, como já determinava o direito romano. O nosso direito anterior não era expresso a este respeito, mas a maior parte dos nossos praxistas seguia as disposições da lei romana. Todavia não era uniforme a pratica de julgar n'este ponto.

Em accordão de 2 de agosto de 1859, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 2677, revogou o supremo tribunal de justiça um accordão da relação de Lisboa, que havia julgado subsistente um testamento anterior por faltarem as solemnidades legaes ao testamento posterior, que o revogava, e fundou-se o supremo tribunal de justiça não só na ordenação, livro IV, titulo xxxvii, pr., a qual determina que todos os actos ordenados para o tempo da morte se podem mudar e revogar até à morte, mas tambem na ordenação, livro IV, titulo lxxxiv, § 2.º, onde se dispõe que «se tendo uma pessoa feito já seu testamento, o qual revogar, e os herdeiros instituidos lh'o impedirem, o que já tinha feito não valerá cousa alguma, porquanto o testador teve vontade declarada de o revogar, se se lhe não impedira».

E alguém houve que sustentava a jurisprudencia consignada no accordão do supremo tribunal de justiça, com o fundamento de que para convalescer o primeiro testamento era indispensavel que fosse o testador quem rompesse o segundo, para se mostrar que elle tivera tenção de que valesse o primeiro.

A nós porém sempre nos pareceu insustentavel a doutrina de que um acto nullo, que não produz effeito algum, podesse produzir o effeito de annullar o anterior valido.

A ordenação, livro IV, titulo lxxxiv, § 2.º, refere-se á hypothese especial de querer o testador revogar o seu primeiro testamento, e de os herdeiros instituidos lh'o impedirem; e o legislador, em castigo da opposição feita pelos herdeiros instituidos á revogação do testamento, declarou este nullo tambem.

Mas esta disposição especialissima e excepcional não pôde applicar-se a hypotheses inteiramente diferentes, como é o caso de apparecer segundo testamento nullo tendente a romper o primeiro valido.

O codigo pois reproduziu positivamente as doutrinas do direito romano n'esta parte, cortando as questões que a este respeito se levantavam na vigencia da lei anterior.

Apenas introduziu de novo a disposição contida no § unico, que nem vinha no projecto primitivo, mas que foi acrescentada logo nos trabalhos da primeira revisão.

Aindaque em regra as cousas pelos mesmos modos por que se fazem por esses mesmos se desfazem, permite no entretanto o codigo a revogação do testamento por meio de escriptura publica, e até se o testamento for annullado, v. g., por não ter o numero legal de testemunhas, mas tiver as precisas para valer, como escriptura publica, é valida a revogação.

N'este ponto não se segue a maxima: «*Res eodem modo dissolvi debent quo fuerint colligatae*», porque não é preciso exigir do testador tantas formalidades, quando elle quer voltar á ordem legal da successão, como quando d'ella quer desviar-se.

Convem todavia notar que o testamento revogatorio, mesmo sendo annullado, invalida o testamento anterior, verificando-se cumulativamente os seguintes requisitos: 1.º, de elle conter disposição de bens; 2.º, de ser annullado *n'esta parte* por falta de alguma solemnidade; 3.º, de poder valer como escriptura publica. Este §, que não vinha no projecto primitivo, mas que foi introduzido logo nos primeiros trabalhos da commissão revisora, como acima dissemos, contém doutrina perfeitamente harmonica com a do artigo que permite revogar o testamento por escriptura publica. Se porém o testamento revogatorio for annullado, não por falta de formalidades externas, mas por conter disposições intrinsecas contrarias á lei, não revoga o testamento anterior, porque em tal caso, não podendo valer como testamento, tambem não pôde valer como escriptura publica.

É necessario o testamento ou a escriptura para a revogação, ou se trate da revogação no todo ou *em parte*, porque o codigo não admette os codicillos, que por direito anterior eram o meio de revogar *em parte* as disposições testamentarias.

Em accordão de 2 de julho de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 167, do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que para a revogação do testamento era sufficiente uma escriptura publica, aindaque não fosse feita para aquelle unico e exclusivo fim, e que o artigo 1755.º, como lei formularia, é applicavel mesmo ás escripturas anteriores á promulgação do codigo, visto não haver no direito velho disposição em contrario.

A escriptura revogatoria do testamento é valida, aindaque se não tivesse pago mais do que o sello respectivo a cada meia folha do livro de notas, e não o relativo aos testamentos. Logoque na escriptura se observem as formalidades requeridas para as escripturas em geral, é ella sufficiente para revogar o testamento, salvo se tiver disposição de bens, porque n'esta parte não vale sem reunir os requisitos e formalidades dos testamentos.

Tambem é meio de revogar a disposição o alienar por qualquer forma os objectos testados, ou legados, artigo 1811.º, n.º 1.º, ainda mesmo que a alienação venha a ser annullada, e que o objecto entre de novo no patrimonio do testador, como dispunha o projecto primitivo no artigo 1944.º, n.º 1.º, correspondente ao artigo 1811.º, n.º 1.º do codigo.

Desde que o testador dispoz em vida da cousa, considerou como nullo o disposto no testamento, revogando assim a instituição testamentaria.

Contra esta nossa opinião tem-se levantado outros pareceres, mas força é confessar que quasi todos os codigos são uniformes em estabelecer que a alienação do legado, ainda nulla, revoga a disposição testamentaria.

Alem de se invocar a razão de que os actos nullos não podem produzir effectos juridicos, tem-se argumentado com a circumstancia de que o projecto primitivo no citado artigo 1944.º, n.º 1.º, correspondente ao artigo 1811.º, n.º 1.º, findava com as seguintes palavras: «aindaque a alienação se annulle, e volte a cousa ao poder do testador», que a commissão revisora eliminou, parecendo assim que não adoptava a idéa por ellas significada.

Convem todavia advertir que a eliminação podia ser devida, menos á negação da idéa, do que á circumstancia de se suporem inuteis e escusadas as palavras.

Nem deve perder-se de vista, que o codigo para a revogação não exige tantas formalidades, como para a instituição, parecendo contentar-se n'aquelle caso com a manifestação da mudança de vontade do testador, de qualquer modo provada.

Mas se a alienação foi feita por meio de venda a remir, e a propriedade volta por meio da remissão ao patrimonio do testador, vale o legado?

Pela affirmativa decidiu o projecto de codigo civil hespanhol no artigo 685.º, talvez porque verificada a remissão, vem a ser o caso, como se não houvera alienação, porque esta se resolve em virtude do contrato de venda; e é alem d'isso mais conforme tal doutrina á mente do testador, que não quiz desprender-se da cousa absolutamente e para sempre.

O codigo civil francez porém estabeleceu o principio contrario no artigo 1038.º, declarando nulla a disposição da cousa desde que ella foi vendida, ainda a remir.

Parece-nos que o nosso codigo seguiu a legislação franceza, vistas as palavras empregadas no artigo 1811.º, n.º 1.º: «alienar por qualquer forma»; e é o que se deduz do espirito do artigo, que declara nullo o testado pelo facto da alienação, porque a venda a remir é uma verdadeira alienação.

As palavras «por qualquer forma» referem-se á diversidade de titulo legitimo ou de natureza do acto juridico, pelo qual se pôde fazer a alienação. Significam o mesmo que as palavras: «por qualquer titulo ou causa», empregadas no artigo 685.º do projecto de codigo civil hespanhol.

Estas palavras significam que a alienação da cousa legada, ou o fosse por titulo gratuito ou por titulo oneroso, por doação, troca ou venda, etc., faz caducar o legado.

Mas em todo o caso é certo que o testador alienando os objectos legados, ainda a remir, os aliena por alguma forma, e que assim o legado caducou, vistos os expressos termos do artigo 1811.º, n.º 1.º Os objectos testados, vendidos a remir, se estão no patrimonio do auctor da herança ao tempo da sua morte, qualquer que seja a forma por que fossem recobrados, esses transmitem-se aos herdeiros, como comprehendidos na successão.

Tambem é meio de extinguir o legado, quando este consiste na deixa de uma cousa ou somma como devida ao legatario pelo testador ao tempo da feitura do testamento, se este a paga posteriormente. Em tal caso pôde dizer-se que o testador entregou em vida o legado ao legatario, art. 1819.º, § unico.

Art. 1756.º A feitura de segundo testamento, que não mencione o primeiro, só revogará este na parte que lhe for contraria.

§ unico. Se apparecerem dois testamentos da mesma data, sem que se possa verificar qual foi o posterior, e implicarem contradicção, haver-se-hão por não escriptas em ambos as disposições contradictorias.

Art. 1757.º A revogação produzirá o seu effecto, aindaque o segundo testamento caduque pela incapacidade do herdeiro ou dos legatarios novamente nomeados, ou pela renuncia d'aquelle ou d'estes.

Art. 1758.º O testamento anterior recobrará, todavia, a sua força, se o testador, revogando o posterior, declarar, que é sua vontade, que o primeiro subsista.

É do direito francez a doutrina de que o testamento posterior, quando não revoga expressamente o anterior, só o invalida na parte em que estabeleceu disposições incompativeis com ella.

Era esta tambem a jurisprudencia seguida entre nós antes da promulgação do codigo, segundo pareceu declarar a associação dos advogados de Lisboa, em conferencia de 1 de dezembro de 1870, como se vê a paginas 125, tomo II do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e legislação*.

É muito juridico este principio. O testamento considera-se uma lei; e a lei posterior só tira força á anterior, quando a revoga expressamente, ou na parte em que estabelece disposições incompativeis com as d'ella.

Para que o testamento posterior possa revogar o anterior é preciso que seja valido. O testamento nullo, como não produz effectos juridicos, não pôde produzir o maior, que é o de invalidar o anterior legal.

Aindaque o testamento posterior caduque por os instituidos não poderem ou não quererem aceitar, nem por isso deixa de revogar o anterior. N'este caso o testamento não é nullo por falta de solemnidades internas ou externas, fica apenas *sem execução*; e por isso prova legal e authenticamente a mudança de vontade do testador, devendo consequentemente succeder os herdeiros legitimos, e não os testamentarios.

Os testamentos feitos no mesmo dia com disposições contradictórias, sem poder averiguar-se qual é posterior, reputam-se não escritos na parte em que ha contradicção, valendo n'esta parte o anterior testamento, ou succedendo os herdeiros legitimos, no caso de o não haver; assim como se reputam não escriptas as disposições quando o testador e o instituido fallecem no mesmo dia sem poder averiguar-se qual falleceu primeiro, artigo 1738.º A hypothese de apparecerem dois testamentos com a mesma data ha de ser de muito difficil realisação. Por isso, talvez, o projecto primitivo não continha disposição igual á consignada no § unico do artigo 1756.º, que foi introduzida pela commissão revisora, e logo nos trabalhos da primeira revisão. A *data* nos testamentos cerrados conta-se desde o auto de approvação.

N'algumas legislações é muito questionado, se revogado um testamento por outro posterior, basta para tornar a valer o primeiro a revogação do posterior com a declaração expressa de que o anterior subsista, ou se é necessario reproduzir em novo testamento as disposições do primeiro.

O nosso codigo porém, seguindo o disposto no artigo 720.º do projecto de codigo civil hespanhol, cortou a questão, declarando que não é preciso fazer novo testamento com as mesmas disposições do primeiro, para estas valerem, bastando a declaração do testador de que quer a sua inteira validade.

Os principios estabelecidos n'estes tres artigos são igualmente applicaveis ás doações por morte, não só porque as razões de decidir são as mesmas, mas porque, segundo os artigos 1179.º e 1457.º, as doutrinas dos testamentos são applicaveis expressamente ás doações, que só têm effeito depois da morte do testador com excepção das feitas em casamento.

Art. 1759.º As disposições testamentarias caducam, e ficam sem effeito, em relação aos herdeiros ou aos legatarios:

- 1.º Finando-se estes antes do testador;
- 2.º Se a instituição de herdeiro ou o legado estiver dependente de condição, e os herdeiros ou legatarios se finarem, antes que esta se verifique;
- 3.º Se os herdeiros ou os legatarios se tornarem incapazes de adquirir a herança ou o legado;
- 3.º Se o herdeiro ou o legatario renunciar o seu direito.

(Vid. artigo 1778.º) A *caducidade* é a inutilisação das disposições testamentarias, ou pela recusa ou pela incapacidade dos instituidos, ou pela perda da coisa testada. *Caducar* significa o mesmo que *ficar sem effeito*.

(1.º e 2.º etc.) Aindaque as pessoas incapazes de adquirir por testamento não podem adquirir por successão legitima, artigo 1978.º, todavia na successão *ab intestato* não ha as mesmas difficuldades, para apreciar a capacidade do herdeiro, porque só ha que attender a um tempo, que é o da abertura da successão.

Porém nas successões testamentarias ha que attender não só ao tempo da morte do testador, mas tambem ao tempo do cumprimento da condição quando a instituição for condicional. Por direito romano era necessario que o herdeiro fosse capaz tambem ao tempo da feitura do testamento pela famosa regra catoniana *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

Pelo nosso direito porém a capacidade para adquirir por testamento regula-se pelo tempo da morte do testador, em conformidade do disposto no artigo 1778.º, porque antes d'isso não surte effeitos juridicos, nem cria direitos o testamento.

Caducou por isso a disposição testamentaria se o contemplado fallecer antes do testador.

No legado *condicional*, só existe o direito do legatario desde que se verifica a condição, como se eu lego um predio a Paulo com a condição de elle casar dentro de um anno, o direito do legatario ou do herdeiro só começa com o facto do casamento, por fórma que se elle fallece antes do facto nada transmite a seus herdeiros, e estes nada recebem.

O testador parece não ter disposto senão em favor do instituido, e não dos seus herdeiros, ao contrario do que succede nos contratos, aonde as partes estipulam para si e para os seus herdeiros.

Por isso, nas doações, pouco importa que o donatario morra antes do doador: recolhem em todo o caso os seus herdeiros a doação, porque, desde que o contrato está perfeito, o direito é irrevogavelmente transmittido; e é este o verdadeiro caracteristico, que distingue as doações em vida dos testamentos.

Se a disposição depender de acontecimento incerto, de modo que, segundo a mente do testador, não deva ser executada se o acontecimento se não verificar, é preciso attender á capacidade do adquirente tambem ao tempo da verificação do acontecimento; e caduca a instituição, se o instituido se finar antes de se verificar o acontecimento, artigo 1778.º

Assim, instituo meu herdeiro a Paulo se sua mãe passar a segundas nupcias. Até que se verifique o segundo casamento da mãe não tem Paulo direito algum, e apenas uma esperanza. Por isso, se Paulo morre antes da mãe tornar a casar, nada transmite a seus herdeiros, porque caducou a instituição.

Mas o direito de haver os rendimentos retrotrahe-se ao tempo da morte do testador, mesmo no legado condicional? Inclinam-se alguns á affirmativa, em vista da disposição generica do artigo 1840.º, e dizem que assim como a propriedade pertence ao instituido desde a morte do testador, igual sorte hão de ter os rendimentos como accessorio, visto que o accessorio segue o principal.

É porém insustentavel esta opinião. O artigo 1840.º refere-se unicamente ao legado puro, e se os instituidos nas instituições a termo, com quanto desde logo adquiram o direito, só o têm *effectivo* quando chegar o termo, tambem não podem ter antes d'essa epocha os rendimentos.

Já se discutiu na imprensa juridica e no fóro, como se mostra da *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4415, — se deixando um dos paes a uma filha o seu terço, com o fundamento de a igualar a um filho, a quem o outro dos paes deixava o seu terço tambem, e fallecendo com descendentes a filha em vida do pae testador, sem que este fizesse nova disposição, caducava a deixa da terça em vista do preceituado no artigo 1759.º, n.º 1.º, ou se, sem embargo do determinado no artigo, e visto ser a vontade do testador igualar a filha ao filho, devia passar aos descendentes da filha tercenaria o terço a ella deixado.

O juiz de primeira instancia decidiu n'este sentido, mas em nosso entender com manifesta injustiça. Nos termos do codigo, caduca o testamento finando-se o instituido antes do instituidor. Este preceito é absoluto, e sem restricção de especie alguma: onde a lei não distingue não póde o interprete distinguir.

3.º e 4.º Caduca igualmente a disposição se o instituído se recusa a accepta-la, porque *invito non datur beneficium*, ou se se tornou incapaz, *v. g.*, por ser facultativo que assistiu ao testador na molestia de que este falleceu, artigo 1769.º

Art. 1760.º Existindo filhos ou outros descendentes do testador, que este não conhecesse ou julgasse mortos, ou tendo o testador filhos, que nascessem depois da morte d'elle, ou, ainda antes d'esta, mas depois de feito o testamento, este só valerá quanto á terça.

(Vid. nota ao artigo 1469.º)

Art. 1761.º Em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria, observar-se-ha o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento.

(Vid. nota ao artigo 684.º, e artigo 1837.º) Entendem alguns que o artigo 1761.º exclue toda a prova que não derive do contexto do testamento, sendo assim inadmissivel a prova de testemunhas para auxiliar a interpretação do pensamento do testador.

Não ha duvida que o artigo 1761.º ordena que a intenção do testador deve ser apreciada conforme o *contexto do testamento*; disposição que é razoavel, aliás poderia destruir-se depois por testemunhas o determinado na disposição testamentaria.

Julgámos pois que o código prohibe o inquerito de testemunhas, que tenham por fim esclarecer o contexto do testamento.

A commissão revisora eliminando, logo nos trabalhos da primeira revisão, as seguintes palavras: «e a prova auxiliar que a esse respeito possa fazer-se», com que terminava o artigo correspondente (1892.º) do projecto primitivo, excluiu evidentemente toda a prova que não fosse a resultante do contexto do testamento. Cremos pois que o legislador prohibiu absolutamente outros meios de prova para se conhecer a intenção do testador alem do contexto do testamento, nem a eliminação d'aquellas palavras pôde ter outra significação.

Ha assim certa desarmonia entre a disposição do artigo 1761.º e a do artigo 1837.º do código, desarmonia toda resultante de a commissão revisora ter emendado o artigo 1892.º do projecto, correspondente ao artigo 1761.º do código, e de não ter emendado em conformidade o artigo 1971.º do mesmo projecto, correspondente ao artigo 1837.º do código. Mas qualquer que seja a desarmonia, ha de observar-se o que está na lei.

Portanto a regra geral, artigo 1761.º, é que a intenção do testador ha de ser interpretada segundo o contexto do testamento com exclusão absoluta de qualquer outra prova.

Quando porém versa a duvida sobre a pessoa do legatario ou sobre a cousa deixada, é admissivel qualquer meio de prova para se conhecer claramente qual era a intenção do testador, como bem se mostra dos artigos 1744.º e 1837.º, que não põem restricção alguma quanto aos meios de investigar n'esta parte o pensamento d'elle.

Por isso o equívoco do testador a respeito da pessoa do legatario ou da cousa legada não annulla a disposição, podendo conhecer-se claramente a sua intenção, artigo 1837.º Assim, se o testador deixou o legado ao seu creado Manuel, quando este se chamava Antonio, ou

legou a sua caixa de oiro, quando ella era de prata galvanizada, e se conhece que effectivamente era de prata galvanizada a caixa, que elle queria legar, e Antonio o creado, a quem elle queria beneficiar, o legado é valido.

Este equívoco pôde desfazer-se por qualquer meio de prova artigo 1837.º

Art. 1762.º Os testamentos com data authentica anterior á promulgação do presente código, que não forem conformes com as disposições d'elle, quanto a formulas ou solemnidades externas, produzirão effeito, não sendo revogados, se tiverem os requisitos exigidos pela legislação vigente ao tempo em que foram feitos.

(Vid. artigo 1765.º) As solemnidades externas dos testamentos consistem na forma de redigir e de assignar o testamento, na sua apresentação ao tabellião, em o numero de testemunhas que devem assistir, e na maneira como deve lavrar-se o auto de approvação quando se trata de testamentos cerrados.

O código respeita nos testamentos com data authentica anterior á sua promulgação só as solemnidades externas.

Tambem a capacidade do testador é regulada segundo o seu estado ao tempo em que o testamento for feito, artigo 1763.º, mas esse estado deve ser o que a lei nova requer para a validade dos testamentos feitos depois da promulgação do código.

Assim em vista d'este artigo são nullos os testamentos cerrados feitos por cego, e approvados antes da promulgação do código, se elle fallecesse depois; porque a capacidade testamentaria, como não pertence ás solemnidades externas, rege-se pela lei vigente ao tempo da abertura da successão.

A forma interna do testamento diz respeito, ou á pessoa, ou á quota disponivel. Aquella é regulada segundo o estado da pessoa ao tempo da feitura do testamento, devendo o testador ter n'esse momento a capacidade estabelecida na lei nova; esta é inteiramente sujeita á lei vigente ao tempo do fallecimento do testador.

Assim a capacidade do testador nos testamentos feitos antes da promulgação do código, e abertos depois, é sempre regulada pelo código civil, e não pela lei anterior, aindaque n'esta parte não fez o código grande innovação. O código dispõe por exemplo que não podem testar os que não tiverem quatorze annos de idade. Exige-se a idade de quatorze annos nos que testaram antes da execução do código, se os testamentos forem abertos posteriormente, porque assim o determina o artigo 1765.º, como determinava já a legislação anterior com relação aos varões.

Mas se o testador não tivesse os quatorze annos quando testou, e se fosse mulher a quem a lei então vigente não exigia essa idade, o testamento estava nullo em presença do código.

O que o código determina é que a capacidade será regulada segundo o seu estado ao tempo da feitura do testamento; isto é, ao tempo da feitura do testamento é que o testador deve ter a capacidade, que o código exige para testar.

Ao tempo do testamento é que o testador deve estar ao abrigo das prohibições estabelecidas no artigo 1764.º

Mostra-se assim do artigo 1765.º que a demencia superveniente á feitura do testamento não o invalida.

Tambem o artigo 1765.º veio revogar a disposição do artigo 52.º do código penal, em virtude do qual ficava sem effeito o testamento do condemnado á morte desde que passava em julgado a sentença condemnatoria; o que agora não tem logar em presença da disposição expressa de que a capacidade do testador, regulada pela lei vigente, se exige unicamente ao tempo da feitura do testamento.

E tanto assim é que o projecto primitivo no artigo 1897.º, correspondente ao artigo 1765.º, acrescentava ao que se acha actualmente n'este artigo, as seguintes palavras: Excepto no caso do n.º 2.º do artigo 1895.º, em que se attenderá ao tempo da morte do testador, e não ao da factura do testamento. Ora o n.º 2.º do artigo 1895.º era o correspondente ao n.º 2.º do artigo 1764.º do código; e a commissão revisora em sessão de 2 de junho de 1862 acabou com aquella excepção.

E portanto fóra de duvida que hoje não se revoga o testamento do condemnado á morte pelo facto de transitar em julgado a sentença condemnatoria, achando-se assim alterado e modificado o artigo 52.º do código penal.

Subsistem pois todos os testamentos existentes ao tempo da promulgação do código que nas solemnidades exteriores forem conformes com o direito anterior, e na forma interna não contrariarem as disposições do código.

Por este principio deve explicar-se o disposto no § unico do artigo 1753.º Assim ficam subsistindo nos termos d'este § unico os testamentos de mão commum pelo facto de terem data authentica ao tempo do presente código, e de serem conformes nas solemnidades externas com a lei anterior; contantoque na forma interna, tanto no que diz respeito á capacidade do testador, como no resto, não vão de encontro ás disposições do código.

Já alguns têm sustentado que, em vista da generalidade com que está redigido o artigo 1765.º do código, na palavra *capacidade* se comprehende a circumstancia de ter herdeiros legitimarios o testador e a inviolabilidade das legitimas, quando o código considerou a capacidade só como direito de fazer testamento, e não em relação ás porções legitimarias, que o testador deve respeitar.

O artigo 1765.º refere-se unicamente á capacidade estabelecida nos dois artigos anteriores, 1763.º e 1764.º

A existencia de herdeiros legitimarios nem altera as facultades intellectuaes do testador, nem o colloca em estado de não poder testar.

A legitima é direito de terceiro, que não constitue a capacidade do testador, e que pelo contrario está fóra da sua esphera juridica.

Se o testador não respeitar esses direitos, nem por isso se annulla o testamento, e apenas o herdeiro legituario póde usar dos meios competentes para lhe ser composta a sua legitima.

Se fosse constitutiva da capacidade do testador a existencia de herdeiros legitimarios, resultavam d'esta conclusão os dois seguintes absurdos: 1.º, que se algum fizesse testamento, tendo herdeiro legituario vivo, embora este fallecesse antes do testador, estaria nullo o testamento na parte correspondente á legitima do herdeiro legituario, que já tinha morrido, vistoque ao tempo da feitura do testamento não tinha o testador capacidade para dispor d'esta legitima, dando-se assim o caso do direito de um morto á legitima de um vivo; 2.º, que se algum não tivesse herdeiros legitimarios ao tempo da feitura do testamento, embora existissem ao tempo da sua morte, seria valioso todo o testamento, vistoque a capacidade tinha de regular-se pelo

estado do testador ao tempo em que fez o testamento, chegando-se assim a uma conclusão, abertamente condemnada pelo artigo 1760.º do código e por todos os principios juridicos.

Os codicillos com data authentica ao tempo da promulgação do código tambem subsistirão nos termos do artigo 1762.º Evidentemente. É o que resulta do preceito d'este artigo, e do disposto no § unico do artigo 1753.º, e até porque o codicillo era uma especie de dependência ou accessorio do testamento.

Em vista do artigo os testamentos nuncupativos, reconhecidos na ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 4.º, que eram os feitos unicamente de palavra, e perante seis testemunhas, varões ou femeas, que só valiam, não convalescendo o testador da doença, e que o código procreveu, que fossem feitos antes da promulgação do código, não podiam já ser reduzidos nos termos da novissima reforma judicial, artigo 309.º, depois da promulgação do mesmo código, vistoque não tinham certeza de data, enquanto não estivessem homologados por sentença que sobre inquirição de testemunhas os authenticasse.

Quando muito, e já forçando um pouco a doutrina do artigo, poderia admitir-se que o código não fez caducar os processos pendentes a este respeito, e que as acções de redução, postas em juizo ao tempo da sua publicação, já estabeleciam certa *authenticidade* de data, que a sentença vinha apenas homologar.

No entretanto por sentença do juiz de direito de Rezende, de 28 de outubro de 1868, confirmada por accordão da relação do Porto de 20 de abril de 1869, que passou em julgado, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 62, decidiu-se que o testamento nuncupativo, feito antes da publicação do código civil, podia ser reduzido hoje a publica forma, não havendo decorrido depois da morte do testador o tempo necessario para a prescripção.

As rasões dadas pelos eximios juizes de 1.ª e 2.ª instancia para fundamentarem a sua decisão foram «que a redução ou publicação do testamento nuncupativo sómente se faz para prova; poisque a transmissão do dominio e posse da herança para os herdeiros opera-se desde o momento da morte do auctor d'ella, e que assim é hem de ver que o código civil não podia invalidar uma disposição testamentaria feita e consummada com a morte do testador, antes da sua promulgação, e em harmonia com a lei vigente, sem violar direitos legitimamente adquiridos, e contravir a regra estabelecida no artigo 8.º»

Estas rasões porém seriam todas susceptiveis de larga apreciação, se o código permittisse dar algum valor a testamentos sem data authentica ao tempo da sua promulgação.

No entretanto a redacção da referida folha associou-se áquella opinão.

Se porém fosse procedente a doutrina de que no processo de redução de testamento nuncupativo não se trata de fazer testamento, mas de legalisar testamento já feito, poderia tambem dizer-se que os testamentos de mão commum, aos quaes faltasse o instrumento de approvação ao tempo da promulgação do código, poderiam ser ainda hoje approvados, vistoque se tratava apenas de legalisar testamento já feito.

O auto de approvação nos testamentos cerrados nada mais é do que a authenticacão do testamento escripto já feito, como a redução a publica forma é a authenticacão do nuncupativo.

E não é ferido com a nossa doutrina o principio da não retroactividade, que sómente o seria, se o acto estivesse perfeito e consummado, e que não o está por lhe faltar a devida authenticidade, que só



póde provir-lhe da redução a publica fórma, podendo em consequencia a lei posterior inutilisá-lo sem nota de retroactividade.

Os testamentos nuncupativos, feitos antes do código, mas não reduzidos a publica fórma, carecem d'esta solemnidade essencial para a sua validade; e embora se diga que é sómente para prova, o mesmo e com igual fundamento poderia dizer-se dos testamentos de mão commum assignados pelos co-testadores a que faltasse o instrumento de approvação, e que ninguem dirá que poderiam ser approvados depois da promulgação do código, a não se rasgarem os artigos 1753.º e 1762.º

Pela mesma razão não póde hoje publicar-se o testamento particular aberto que a ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 3.º, reconhecia, e que o código proscreeva, que era feito pelo testador, ou por outra pessoa particular, sem instrumento de approvação, e com mais cinco testemunhas ás quaes era lido, devendo ser publicado depois da morte do testador, e seguindo-se para isso o processo, marcado no artigo 309.º da novissima reforma judicial, que regia as causas de redução do testamento nuncupativo.

No entretanto o juiz de direito de Moimenta da Beira, por sentença de 20 de fevereiro de 1869, publicada na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4193, e que passou em julgado, decretou a publicação de um testamento particular aberto, com o fundamento de que esse testamento tinha data authentica, porque nos termos da referida ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 3.º, a pessoa que escrevia e assignava o testamento, ou fosse o proprio testador ou terceiro, era *havido em lugar de tabellião*.

Porém nem esta doutrina podemos admittir. Uma cousa é ser o escriptor e signatario havido por tabellião, outra cousa é ter este intervindo effectivamente no acto, o que é absolutamente indispensavel para a *authenticidade*, artigo 2422.º; o que o legislador indirectamente reconhece, quando para lhe dar validade o manda reduzir a publica fórma, com previa inquirição das testemunhas, e citação dos interessados.

Outros distinguem, tomando em conta as circumstancias de serem ou não fallecidos os testadores ao tempo da promulgação do código, e dizem que os artigos 1753.º e 1762.º se referem só aos testamentos feitos anteriormente, e cujos auctores fossem ainda vivos ao tempo da lei nova, mas que não abrangem os testamentos, cujos auctores eram já fallecidos ao tempo da promulgação do código.

Entendem que os testamentos nuncupativos e particulares abertos, feitos antes da promulgação do código, e cujos auctores eram fallecidos ao tempo da mesma promulgação, são factos consummados que constituem direitos adquiridos, sobre que não póde ter alçada a lei posterior, e que são validos, embora não se achassem reduzidos ao tempo da promulgação do código, podendo todavia ser reduzidos hoje.

E acrescentam que as palavras « não sendo revogados », e « não forem revogados », que se lêem nos dois artigos, hem manifestam que elles não são applicaveis aos testamentos, cujos auctores falleceram antes da promulgação do código.

E porém insustentavel similhante opinião. A redução do testamento particular aberto, e do testamento nuncupativo reconhecidos na lei antiga, não póde ter lugar depois da promulgação do código, ou fossem fallecidos ou vivos os seus auctores ao tempo d'essa promulgação.

Aquelles testamentos não eram actos perfeitos e consummados antes da redução ou publicação judicial. A redução ou publicação

era formalidade tão substancial em taes testamentos, que sem ella não podiam estes actos juridicos ter effectos alguns legais.

Actos perfeitos e consummados são os que estão completamente acabados sem defeito, que terminaram e concluíram sem dependerem de alguma outra circumstancia para a sua final conclusão e perfeição.

As palavras « não foram revogados e não sendo revogados », nada importam para a questão, porque significam apenas que, para serem validos os testamentos feitos antes da promulgação do código, é indispensavel não só que reunam as formalidades da lei anterior, e que tenham data *authentica* ao tempo da mesma promulgação, mas que não sejam revogados pelos seus auctores; porque, se forem revogados, já a revogação e a nova instituição hão de ser feitas em harmonia com as prescrições do código.

Os testamentos, que tiverem data authentica ao tempo da promulgação do código e as solemnidades da lei anterior, carecem de ser revogados para deixarem de produzir effectos juridicos. Os que não tiverem aquelles requisitos, como de nada valem, não carecem de revogação.

Para nós é evidente que os testamentos nuncupativos, e os particulares abertos, feitos antes da promulgação do código, e cuja redução ou publicação não estava começada ao tempo da execução do mesmo código, são actos nulos e sem effecto algum.

Convem notar que a data dos testamentos varia segundo elles são *publicos* ou *cerrados*.

O tempo da feitura do testamento é, nos testamentos publicos, o momento em que são exarados no livro de notas, lidos e assignados, e, nos testamentos cerrados, o momento em que é escripto o auto de approvação, lido e assignado com as solemnidades marcadas na lei, adquirindo então certeza legal da data, e é este o tempo que se toma em conta para apreciar a idade legal das testemunhas, artigo 1966.º, § unico, e a capacidade do testador, artigo 1753.º

O artigo 1762.º não vinha no projecto primitivo. Foi acrescentado pela commissão revisora, e só na ultima revisão, porque só apparece no projecto de 1863. A commissão revisora porém não só acrescentou este artigo, mas eliminou outro, que era final da secção no projecto primitivo, que foi conservado com a mesma collocação e redacção nos projectos de 1863 e de 1864, e que era redigido nos seguintes termos: « Se o testamento se perder por evento desconhecido do testador, ou por haver sido supprimido por outrem, poderão os interessados requerer o seu cumprimento, se podéram demonstrar cumpridamente o facto da perda ou suppressão, e o conteúdo no mesmo testamento. »

Não é facil averiguar a occasião por que este artigo foi eliminado, porque em sessão da commissão revisora de 20 de março de 1863 ainda elle foi approvado tal qual se achava no projecto de 1864, onde tinha o numero 1786; e nas actas das sessões posteriores não se faz menção alguma de se ter votado de novo sobre este ponto. No entretanto é certo que o artigo foi supprimido. Mas conservar-se-ia a mesma doutrina?

O testamento, que se extraviar ou perder, poderá ser reformado judicialmente? Seguimos a affirmativa, em vista da disposição do artigo 2429.º, que abrange tanto os testamentos publicos, como os testamentos cerrados depois de abertos ou publicados, porque uns e outros estão comprehendidos no artigo 2423.º, § 3.º

Os artigos 1937.º e seguintes, responsabilizando por perdas e danos o que não apresentar, occultar subtrahir ou viciar um testa-

mento, não modificam nem alteram a disposição generica do citado artigo 2429.º, que permite em toda a sua generalidade a reforma em juizo de todos os instrumentos extraviados ou perdidos.

O preceito eliminado referia-se aos testamentos cerrados ainda não abertos ou publicados, cujo conteúdo pela natureza das cousas, e em vista do systema do codigo, mal podia ser entregue á prova testemunhal.

## SECÇÃO II

### DOS QUE PODEM TESTAR E DOS QUE PODEM ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Art. 1763.º Podem testar todos aquelles a quem a lei expressamente o não prohibe.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 1764.º É prohibido testar:

- 1.º Aos que não estiverem em seu perfeito juizo;
- 2.º Aos condemnados, nos termos do artigo 355.º;
- 3.º Aos menores de quatorze annos, de um e outro sexo;
- 4.º Às religiosas professas, emquanto se não secularisarem, ou as suas comunidades não forem supprimidas.

§ unico. Os cegos, e os que não podem ou não sabem ler, não podem testar em testamento cerrado.

1.º, etc. (Vid. nota aos artigos 334.º e 335.º)

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 355.º)

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 305.º)

4.º, etc. (Vid. artigo 1779.º, n.º 1.º) O codigo refere-se unicamente ás religiosas professas, porque religiosos professos já os não temos desde o decreto de 28 de maio de 1834, que extinguiu os conventos dos monges, reduzindo-os á qualidade de clerigos seculares para os effeitos civis, entregando os seus bens ao estado, e garantindo-lhes uma pensão alimenticia.

As religiosas professas estão sujeitas por votos solennes a uma regra religiosa ou monastica conforme os seus institutos, vivendo em *comunidades* ou congregações, que constituem uma individualidade juridica quanto ao exercicio dos direitos civis.

A lei de 25 de julho de 1766, § 10.º, excluiu-as da successão *testamentaria*, podendo apenas receber, como legados, *tenças vitalicias* conforme o decreto de 17 de julho de 1778.

A lei de 9 de setembro de 1769, no § 10.º, revogou a ordenação, livro II, título XVIII, e todas as disposições legaes, que permitiam aos religiosos professos as successões *ab intestato*, e a acquisição das heranças paternas e maternas, e suscitou a observancia da lei promulgada por D. Diniz em 21 de março de 1291, que excluía inteiramente os sobreditos religiosos, não só das successões *ab intestato*, mas das heranças paternas e maternas.

El dá, como motivo principal da sua disposição, «não poder caber na boa razão, que os filhos, ou filhas, que pela profissão religiosa *morem para o mundo*, tornem a apparecer no mesmo mundo incompativelmente, para n'elle inquietarem as familias de seus paes e parentes: ... e porque os direitos do sangue se julgam totalmente extinctos com os votos da profissão, pelos quaes os religiosos e religiosas, re-

*nunciando o mundo*, se apartam d'elle, quando entram nas ordens das suas respectivas filiações».

Porém logoque as religiosas professas são *secularisadas*, isto é, desligadas do cumprimento dos seus votos, ou por dispensa do poder competente, ou porque voltam ao mundo fóra das suas clausuras pela dissolução das suas comunidades, cessam as razões que determinaram o disposto no citado § 10.º da lei de 9 de setembro de 1769 e no decreto de 17 de julho de 1778.

O decreto de 28 de maio de 1834, extinguindo as ordens religiosas, deixou todavia de pé a respeito dos egressos toda a legislação anterior, que regia os frades.

Por isso, para definir a posição d'elles, se publicou a lei de 30 de abril de 1835, que no artigo 1.º permitiu aos egressos adquirir, testar, e por qualquer fórma alienar os seus bens nos termos em que as leis do reino o permitiam aos clerigos seculares; mas para não prejudicar direitos adquiridos, nem alterar em cousa alguma a economia das familias, determinou-se no artigo 2.º que «os seculares egressos e religiosos das ordens extinctas continuassem a ser estranhos ás familias em que nasceram, *para não poderem succeder ab intestato, nem prejudicar as legitimas dos que a ellas tivessem direito.*»

Portanto os egressos secularisados e os religiosos das ordens extinctas continuaram a ser excluidos da successão legitima de seus parentes.

Depois a lei de 13 de julho de 1855 veio melhorar um pouco a sua posição, determinando no artigo 3.º que «os egressos secularisados e os religiosos das ordens existentes fossem chamados á successão abintestato dos seus parentes *para o unico effeito de excluir o fisco.*»

Esta lei veio tambem revogar a ordenação, livro II, título XVIII, na parte em que prohibia aos clerigos em geral, e consequentemente aos frades depois da lei de 30 de abril de 1835, alhear bens de raiz em sua vida, ou dispor d'elles por sua morte em favor de pessoas que *não sejam leigas*.

A lei de 13 de julho de 1855 chamava os egressos á successão de seus parentes, não pela ordem do grau de parentesco, em que se achavam com o auctor da herança, mas só para o unico effeito de excluir o fisco, talvez porque ao legislador parecesse injusto que os bens dos parentes dos egressos passassem á fazenda nacional, ficando estes na necessidade e na miseria, ou porque julgasse mais digna de favor n'este caso a posição do egresso do que a do fisco.

Porém depois da promulgação do codigo acabaram até as restricções estabelecidas na lei de 13 de julho de 1855. Hoje os egressos secularisados têm o mesmo direito, que outro qualquer individuo, aos bens dos seus parentes, e são chamados á successão d'estes segundo o grau do seu parentesco.

O codigo não fere de incapacidade alguma os religiosos secularisados que têm, por isso, como qualquer outro individuo, o direito de testamentificação activa e passiva.

Assim a nova legislação acabou com a excepção especialissima que a lei de 13 de julho de 1855 ainda estabelecia com relação aos egressos, fazendo-os entrar no direito commum; e uma prova de que o pensamento da commissão foi revogar a excepção, ainda sancionada na lei de 13 de julho de 1855, foi que não alterou a redacção do projecto primitivo no artigo correspondente, 1895.º, apesar das observações que a este respeito fizera o respeitavel lente de direito, Bandeira de Neiva.

A commissão revisora acrescentou apenas as palavras «ou as suas comunidades não forem supprimidas»; palavras aliás escusadas,

porque a idéa por ellas significada está já comprehendida na palavra *secularisarem*.

Pelo código parece que as religiosas professas não têm a testamentação activa, nem a passiva senão nos termos do artigo 1779.º, n.º 1.º, porque se presume terem morrido para o mundo.

Todavia como ficam habilitadas a receber por legado em dinheiro, ou em outras cousas mobiliarias, sem determinação de quantidade, artigo 1779.º, n.º 1.º, bem pôde o testador deixar-lhes todo o seu patrimonio, reduzindo-o a bens mobiliarios.

Desde que o auctor da herança pôde deixar-lhes todos os seus bens em fôrma de legado, não vemos razão alguma para que as religiosas professas não possam ser instituidas herdeiras, assim como podem ser instituidas legatarias. O pensamento do legislador foi provavelmente evitar-lhes os onus e as responsabilidades de herdeiro, que alguns parecem incompatíveis com a posição d'ellas. Por via da amortização da propriedade prohibe tambem o código que se lhes façam deixas em bens de raiz.

Porém o código no artigo 1779.º refere-se ás religiosas como *individuos*, e não ás religiosas, como corporação. Ao mosteiro em caso nenhum pôde o testador deixar mais do terço da sua terça, artigo 1781.º, § unico. Mas a cada uma das religiosas pôde o auctor da herança deixar toda a sua fortuna contantoque teste em fôrma de legado, a titulo de alimentos, ou reduza os bens a dinheiro, ou a outras cousas mobiliarias, artigo 1779.º

§ unico etc. (Vid. artigo 1923.º) O código repete sem necessidade a disposição d'este § unico no artigo 1923.º, e ali com melhor redacção, evitando o pleonasmo de enumerar o cego, que está evidentemente comprehendido na classe dos que não podem ler. Os que não sabem ou não podem ler só podem fazer testamento publico, salvo se sabem ou podem escrever, porque então podem fazê-lo cerrado nos termos do artigo 1924.º

A lei negou o testamento cerrado aos que não sabem ler, de certo por serem estes os que mais facilmente podiam ser illudidos em semelhante fôrma de testar.

Já na imprensa juridica se discutiu se era nullo o testamento cerrado, feito por individuo, que tinha sido isento do serviço do jury, por haver allegado, que não sabia ler.

Porém esta circumstancia só por si não é bastante para declarar nullo o testamento. Podia elle ter aprendido posteriormente, e mesmo allegar que não sabia ler para se subtrahir ao penoso encargo de jurado. Levantada a duvida sobre se o testador em testamento cerrado sabia ou não ler, pôde resolver-se o pleito com o depoimento de testemunhas, que n'esta hypothese não é defezo, artigo 2506.º

O testamento do cego feito antes da promulgação do código, e aberto depois, ha de regular-se pela lei nova. O código regula a capacidade do testador mesmo quanto aos testamentos feitos antes da sua execução, sendo abertos depois. A capacidade regula-se pelo estado do testador ao tempo do testamento; isto é, o testador devia ter ao tempo da feitura do testamento a capacidade que o código exige para testar validamente.

Como o cego não pôde pelo código testar em testamento cerrado, é nullo este testamento feito antes do código, mas aberto depois.

Sustentámos sempre que pela legislação anterior era valida a disposição do cego em testamento cerrado; 1.º, porque nenhuma lei lhe vedava esta fôrma de testar, que aliás era permittida ao que não sabia ler nem escrever; 2.º, porque o que não sabe ler nem escrever é

tão cego com relação ao que está escripto no papel como o cego de nascença.

O que não sabe ler nem escrever, mas que gosa do sentido da vista, poderá ver o papel onde se acha a pretendida disposição, mas a disposição escripta entende-a tanto, como o cego de nascença.

O código porém estabeleceu outra doutrina, negando ao cego o direito de testar em testamento cerrado.

Já vimos julgado por um juiz de primeira instancia, que era valido o testamento cerrado do individuo, que não sabia ler nem escrever, aberto depois da promulgação do código, mas que tinha sido feito antes, dando os interessados e o juiz as razões seguintes:

Os interessados consideraram a falta de saber ler, como formula ou solemnidade externa, e julgaram por isso o testamento ao abrigo do artigo 1762.º O juiz, vendo o testamento feito antes da promulgação do código em conformidade com as leis então vigentes, entendeu que o código civil não podia ataca-lo sem ferir o principio da não retroactividade.

Examinemos cada um d'estes argumentos.

Quanto ao 1.º É inaceitavel a razão de que o saber ler é uma formula ou solemnidade externa do testamento, e não um elemento constitutivo da capacidade do testador.

Por esta fôrma pôde asseverar-se que a cegueira e a demencia pertencem ás solemnidades externas do testamento, e não á capacidade testamentaria do testador.

O código corta peremptoriamente as razões que poderiam adduzir-se em defeza d'este alvitre. Na secção relativa á *fôrma dos testamentos*, depois de descrever desde o artigo 1912.º até ao artigo 1922.º as solemnidades e formulas externas necessarias para a validade do testamento publico, e do testamento cerrado e respectivo auto de approvação, declara no artigo 1923.º *inhabeis* para dispor em testamento cerrado os que não sabem ou não podem ler.

Portanto a condição de saber ler é elemento da *habilidade* ou *capacidade* do testador para testar, completamente distincto das formulas do testamento cerrado.

Mais. Trata-se nas duas secções primeiras do capitulo, que se insereve na *successão testamentaria*, n'uma dos *testamentos em gerat*, e n'outra da *capacidade de testar e da capacidade de adquirir por testamento*.

Ora, a prohibição de testar em testamento cerrado, feita aos cegos e aos que não sabem ler, comprehende-se na secção que se inscreve: «Dos que podem testar e dos que podem adquirir por testamento», onde se acha collocado o artigo 1764.º, § unico. Até o artigo 1762.º fecha a secção, em que se trata dos testamentos, seguindo-se-lhe em secção separada a materia da capacidade testamentaria.

Portanto o artigo 1762.º não se refere á condição de saber ler o testador, porque essa condição, como pertencente, não ás formalidades externas do testamento, mas á capacidade do testador, não está ao abrigo do preceito que, nos termos d'aquelle artigo, salva os testamentos anteriores á promulgação do código, e abertos depois d'essa promulgação, que tenham as solemnidades da lei vigente ao tempo da sua feitura, aindaque não tenham as exigidas pelo código.

É igualmente inadmissivel o alvitre de julgar inapplicaveis aos testamentos, celebrados antes da promulgação do código, as provisões do mesmo código, com o fundamento de que o contrario seria ferir o principio da não retroactividade.

O código determina que os testamentos feitos antes da sua pro

mulgação, e abertos depois, cãem sob a influencia da lei nova, salvo com relação ás formalidades externas.

Portanto cumpre observar a lei em vez de protestar contra ella, que é isso attribuição de outros poderes politicos.

Sempre que a lei retroage expressamente ha de ser applicada com effeitos retroactivos, visto que em Portugal não têm os magistrados judiciaes a faculdade, que lhes confere a legislação de alguns paizes, de se recusarem ao cumprimento das leis secundarias com o fundamento de que atacam a constituição.

Mas em segundo logar a lei que regula as disposições testamentarias feitas, e não abertas ao tempo da sua promulgação, não fere o principio da não retroactividade.

Não ha retroactividade sem offensa de direitos adquiridos. Ora que direitos adquiridos tem o instituido ou o instituidor em virtude de um testamento emquanto elle não está aberto? Nenhuns. O testamento, com relação ao testador, é um mero projecto de dispor de seus bens, e com relação ao instituido representa uma mera *expectativa*, e tão precaria, como *deambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem*.

Consequentemente podia a lei nova regular a forma *interna* e *externa* das disposições de ultima vontade, ainda não abertas ao tempo da sua promulgação, como regulou as prescripções começadas, e ainda não concluidas, artigos 1564.º e seguintes, porque todos estes factos representavam meras *expectativas*.

As leis não se dizem retroactivas por atacarem *esperanças* mais ou menos fundadas, mas sim e unicamente por offenderem direitos adquiridos.

Portanto bem podia o codigo, sem offensa do principio da não retroactividade, regular até a forma externa dos testamentos feitos, mas não abertos ao tempo da sua publicação, assim como regulou a interna.

Mas a questão não é o que o legislador podia ou devia fazer: é o que fez.

A lei superior ás interpretações e aos interpretes decidiu que os que não sabiam ler não podiam testar em testamento cerrado, que fosse aberto depois da promulgação do codigo, artigos 1762.º, 1764.º § unico e 1765.º

Nem se argumente com o preceito consignado no assento de 5 de dezembro de 1770, de que o testamento que se faz conforme as leis em vigor n'esse tempo, não se deve annular; porque a lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo, no artigo 5.º revogou toda a legislação anterior, quer geral, quer especial, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas, e assim deitou por terra o tal assento de 5 de dezembro de 1770, que já não vive, como não vive nenhum outro assento que versasse sobre materia civil.

No entretanto contra esta nossa opinião julgou a relação de Lisboa em accordão de 23 de abril de 1873, publicado no jornal o *Direito*. 5.º anno, n.º 34, decidindo que era valido o testamento cerrado feito antes do codigo, por pessoa que não sabia ler, nem escrever, e aberto depois da promulgação do codigo. Fundou-se em que as palavras *se tiverem os requisitos exigidos pela legislação vigente ao tempo que foram feitos*, empregadas no artigo 1762.º, comprehendem as formulas externas, e a capacidade juridica do testador, em que o artigo 1765.º regula a capacidade dos que testam segundo a lei vigente ao tempo em que o testamento é feito, e em que o artigo 1763.º presta argumento de analogia para se respeitarem os testamentos feitos ao tempo da promulgação do codigo.

Nenhum d'estes argumentos porém é procedente. As palavras *requisitos exigidos pela legislação vigente*, empregadas no artigo 1762.º, referem-se apenas ás formalidades externas, como do mesmo artigo bem manifestamente se infere. O codigo dispensa nos testamentos abertos depois da sua promulgação as formulas externas n'elle exigidas, se a disposição da ultima vontade tiver as prescriptas na lei vigente ao tempo em que elle foi feito.

E se a palavra *requisitos* têm tal amplitude que, alem das solemnidades externas, seja comprehensiva da capacidade do testador, então pela mesma razão ha de abranger todas as condições internas do testamento, sendo por consequencia inteiramente independentes da lei nova todos os testamentos feitos antes da sua promulgação, com quanto abertos depois, o que é absurdo, e abertamente condemnado por muitas disposições terminantes do codigo.

Tambem não é exacto que o codigo civil mande no artigo 1765.º regular a capacidade dos que testam segundo a lei vigente ao tempo em que o testamento é feito, quando bem pelo contrario o codigo mandar regular a capacidade do testador pelo estado em que se achar ao tempo em que o testamento for feito, isto é, ordena que a capacidade requerida pelo codigo para o testador testar deve existir ao tempo da feitura do testamento.

O artigo 1753.º vem em reforço da nossa opinião, porque admite uma forma de testar que, quanto ás *solemnidades externas*, estava de accordo com a lei anterior. O argumento de que é retroactiva uma lei, que abrange os testamentos feitos, ou não merece resposta, ou já a teve. A lei só é retroactiva quando offende direitos adquiridos, e o testamento, antes de aberto pela morte do auctor da herança ou caso semelhante, nem faz perder, nem adquirir direitos a ninguém.

Art. 1765.º A capacidade do testador será regulada pelo estado em que se achar, ao tempo em que o testamento for feito.

(Vid. nota ao artigo 1762.º)

Art. 1766.º Os casados, segundo o costume do reino, não podem dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhes tocarem em partilha, ou não tiverem entrado em communhão.

(Vid. nota ao artigo 1418.º) O artigo 1766.º toca tambem até certo ponto, sem todavia a resolver convenientemente, uma questão muito agitada por direito velho, se os individuos, que tinham herdeiros legitimarios, podiam ou não escolher os bens para preencher o valor que cabia na sua quota disponivel.

No foro antigo era geralmente seguida que podiam dispor de certos e determinados bens, contantoque não dispozessem do *melhor predio* do casal, porque isso iria até certo ponto transtornar a *igualdade relativa* nas partilhas.

Mas no codigo civil não se consignou disposição expressa a este respeito, apesar das reclamações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva.

Dizia o sr. dr. Paes: «Parece-me ser preciso cortar a questão que tem havido, se o pae pode tomar na terça bens certos e designados; e entendo que sim, contantoque fique salva a legitima dos mais filhos em quantidade e qualidade; poisque pode haver na familia grandes

rasões de conveniencia para dever ter o pae esta liberdade, e da parte do pae está sempre a mais forte presumpção em favor dos interesses da familia.»

A tão ponderosas observações dava o sr. Seabra a seguinte resposta: «Esta questão parece-nos resolvida nos artigos 1921.º e 1922.º (1789.º e 1790.º do código), onde se presuppõe esta faculdade sem prejuizo das legitimas.»

Em vista do artigo os casados segundo o *costume do reino* podem dispor determinadamente dos bens que não entraram em communhão, parecendo que a sua faculdade de dispor de certos e determinados bens não é restringida pelo principio da inviolabilidade das legitimas, mas pelo respeito à meação do conjuge, porque ninguém pôde dispor senão do que é seu, e os comproprietarios de bens communs não têm parte *determinada* n'elles antes da partilha.

E os casados, não por costume do reino, mas com separação de bens, ou simples communhão dos adquiridos, gosam do mesmo direito quanto aos seus bens proprios? Cremos que sim por analogia, nos termos do artigo 16.º, porque a razão é exactamente a mesma.

Em attenção pois ao direito do outro conjuge não pôde um dispor especificadamente de bens communs do casal. Pôde porém dispor dos bens proprios, guardando o respeito pelas legitimas, não só emquanto ao valor, artigos 1789.º e 1790.º, aos quaes se referia o sr. Seabra, mas tambem emquanto à qualidade dos bens, artigos 2109.º e 2142.º, correspondentes aos artigos 2282.º e 2310.º do projecto primitivo.

Nós seguimos assim a opinião de que, haja ou não herdeiros legitimarios, pôde o auctor da herança dispor, dentro da quota disponível, dos bens proprios, que lhe aprouver, porque o código não faz distincção, e em caso de duvida deve decidir-se pela maior amplitude do direito de dispor, e até por argumento do artigo 2099.º, segundo o qual o doador pôde dispensar a collação, não prejudicando as legitimas.

Grande duvida porém suscita a redacção do artigo nas palavras «salvo se esses bens lhe tocarem em partilha». A partilha entre os casados, a não ser por morte, só por annullação de matrimonio, ou por separação judicial de bens pôde ter logar.

Referir-se-ha o código n'este especie aos separados por alguma d'estas tres causas?

Não pôde referir-se à partilha por morte, porque então referia-se ao viuvo, que não pôde comprehender-se na expressão «casados».

Não pôde tambem referir-se à partilha no caso de annullação do casamento, que esta equivale à separação por morte, artigo 1095.º Não pôde finalmente referir-se à partilha em separação judicial de bens, porque n'este caso já não ha bens communs do casal nos termos do artigo 1766.º

Feita a partilha, ou pela separação judicial de pessoas e bens, ou pela simples separação judicial de bens, acabaram os bens communs, ficando cada um dos conjuges com os que em partilha lhe pertenceram, artigos 1211.º, 1223.º e 1224.º

É pois a partilha *futura* que o artigo se refere em harmonia com o disposto nos artigos 1802.º e 1804.º, significando assim que é nulla a disposição especial de bens communs que faça em testamento um dos conjuges, se elles não tocarem depois à sua meação em partilha.

O principio consignado n'este artigo é analogo ao disposto no artigo 2177.º, mas não é identico, porque n'este artigo diz-se que o comproprietario não pôde dispor especificadamente de qualquer parte do objecto commum sem que esta lhe seja assignada em partilha.

Exige portanto o artigo 2177.º que os bens sejam assignados em partilha ao comproprietario antes da disposição.

A redacção do artigo 1766.º porém é outra. A expressão *tocarem* não significa o mesmo que *tocaram*, nem significa que a coisa tenha sido assignada em partilha ao conjuge antes da disposição.

Parece pois que o artigo se refere à partilha futura, deixando a validade da disposição dependente d'esse facto, de modo que se na partilha os bens deixados ficam na meação do testador pertencem ao instituido, e se não ficam entram no acervo commum.

Assim, se o objecto cabe em partilha na meação do testador, é inteiramente valido o legado, vistoque então, por analogia do disposto no artigo 1802.º, torna-se propriedade exclusiva d'elle a coisa legada.

A associação dos advogados de Lisboa respondeu em conferencia de 4 de maio de 1870, segundo se lê a pag. 156, tomo 1, do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que o testador não podia designar os bens, que deviam compor a sua meação, porque sendo os bens do casal communs do marido e da mulher não pôde só um d'elles, sem o accôrdo do outro, designar quaes os bens da sua meação, porque isso offenderia a igualdade dos direitos que ambos os conjuges têm aos bens communs, ao que se oppõe a regra e principio de direito consignado no artigo 2177.º, que diz: «O comproprietario não pôde dispor especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha.»

Julgam alguns que o artigo 1766.º não é applicavel ao conjuge marido, senão com respeito aos bens immobiliarios, porque dos mobiliarios pôde elle dispor livremente por força do disposto nos artigos 1148.º, 1128.º e 1148.º

É porém inadmissivel semelhante opinião. Os artigos 1118.º, 1128.º e 1148.º referem-se unicamente à disposição em vida, e o artigo 1766.º regula a disposição por morte. Demais, o artigo 1128.º é applicavel só à mulher.

Ora, quanto ás disposições por morte, o artigo 1766.º é tão applicavel ao marido como à mulher. Até a expressão *casados* n'este artigo não significa ambos os conjuges ao mesmo tempo, mas sim cada um dos conjuges de per si. Nem o artigo podia referir-se aos conjuges simultaneamente, tratando-se de disposições testamentarias, porque não é licito testarem no mesmo acto duas ou mais pessoas.

Supponhamos porém que os bens legados não cabem pela partilha na meação do testador, fica o legatario privado do legado, ou tem direito a haver o *equivalente* da meação do testador? E se não tem direito a haver todo o equivalente terá ao menos direito a haver a metade do valor do legado?

Estas questões hão de resolver-se pela letra ou pelo espirito dos artigos 1801.º e 1804.º O artigo 1801.º não tem applicação directa à especie, porque o testador não ignorava que antes da partilha não podia saber-se a qual das duas meações o objecto legado pertenceria.

Tambem não é rigorosamente applicavel à hypothese o artigo 1804.º, que diz respeito à communhão em objecto determinado, que é diversa da communhão geral dos bens entre os conjuges.

No entretanto deve ser regulada a hypothese pelos casos analogos prevenidos n'aquelles artigos 1801.º e 1804.º

Por isso seguimos a opinião de que o legatario, não cabendo os objectos legados na meação do testador, tem direito a haver da herança o equivalente, pelas razões seguintes:

1.º Porque sustentando-se a doutrina contraria seria em definitiva o juiz da partilha quem viria a decidir da subsistencia ou insubsistencia do legado;

2.º Porque a intenção do testador, deixando bens determinados ao contemplado, foi de certo deixar-lhe o valor, quando não podesse tornar-se efectiva a disposição dos bens designados, e porque não ha razão para que o legado seja valido quando o seu objecto venha a pertencer ao testador por qualquer titulo posterior ao testamento, e não o seja quanto ao valor no caso de ser assignada em partilha por sua morte ao conjuge sobrevivivo;

3.º Porque o artigo 1773.º, fulminando a pena de nullidade contra as disposições feitas em contravenção dos artigos 1767.º a 1772.º, não abrange na sua sentença a especie do artigo 1766.º

No entretanto parece-nos tão duvidoso este ponto que julgámos de toda a conveniencia que o testador deixe, em vez de objectos designados, o seu valor com a clausula de ser satisfeito por esses objectos, se elles não couberem em partilha ao conjuge sobrevivivo.

Art. 1767.º O menor não pôde testar em beneficio do seu tutor, salvo se estiver emancipado, e o tutor tiver dado conta da sua gerencia.

§ unico. Esta prohibição não abrange os testamentos em favor dos ascendentes e dos irmãos do menor.

(Vid. nota ao artigo 244.º) Segundo o costume seguido no codigo ha tambem grandes differenças de redacção entre este artigo e o seu correspondente, artigo 244.º n.º 3.º

Pelo artigo 244.º n.º 3.º fica o tutor inhibido de receber, entre vivos, ou por testamento, do ex-pupillo, verificando-se algum dos seguintes requisitos: ou que este não seja emancipado, ou maior, ou que não tenha dado contas da administração, ou que não tenha obtido quitação geral; e pelo artigo 262.º é applicavel tambem ao protutor esta disposição.

Pelo artigo 1767.º nem se exige a condição de ser maior o ex-pupillo, nem de o tutor ter obtido quitação geral, nem se abrange na sua disposição irritante o protutor.

Porém como a maioridade tem os mesmos e ainda maiores effectos do que a emancipação, e como a prestação rigorosa das contas a final só pôde provar-se com a quitação geral, e como não ha artigo na secção, que se inscreve «dos que podem testar e dos que podem adquirir por testamento», que contrarie o disposto no artigo 262.º, julgámos que o preceituado n'este artigo e no artigo 244.º n.º 3.º deve prevalecer em toda a sua plenitude.

Em accordão de 5 de março de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 22, julgou a relação de Lisboa que o texto do artigo 1767.º deve unir-se com o do artigo 244.º n.º 3.º para os effectos legais.

Art. 1768.º Do mesmo modo é prohibido aos menores testar em favor dos seus mestres ou pedagogos, ou de quaesquer outras pessoas a cujo cuidado estejam entregues.

Art. 1769.º Não produzirão effecto as disposições do enfermo em favor dos facultativos, que lhe assistirem na sua

molestia, ou dos confessores, que, durante ella, o confessarem, se morrer d'essa molestia.

Art. 1770.º A prohibição dos dois artigos precedentes não abrange:

1.º Os legados remuneratorios dos serviços recebidos pelo menor, ou pelo enfermo;

2.º As disposições, quer por titulo universal, quer por titulo particular, em favor dos parentes do testador, até o quarto grau inclusivamente, não havendo herdeiros legitimarios.

A razão das prohibições contidas nos artigos 1768.º e 1769.º é a mesma, que determinou a prohibição do artigo 1767.º O ascendente, que têm sobre o espirito do enfermo os facultativos e os confessores, faz presumir que a disposição não foi dictada por affectos pessoais, mas sim extorquida por suggestões e pela fraude.

Exceptua-se o caso de serem os contemplados parentes do testador dentro do 4.º grau, porque então pôde explicar-se o beneficio pelos laços do sangue, e sempre que a disposição pôde explicar-se por motivo justo e honesto, não deve recorrer-se a motivo interesseiro e deshonesto. Se porém o testador tem herdeiros legitimarios, não pôde então beneficiar os confessores e os facultativos, aindaque parentes dentro do 4.º grau, com prejuizo das legitimas d'aquelles.

Aqui na palavra *parentes* não se comprehendem os affins, porque o codigo não comprehende na palavra *parentes* os affins, e nem existem com relação a estes os mesmos affectos de sangue.

Tambem se exceptua da prohibição dos artigos a disposição *remuneratoria*, devendo a apreciação, se é ou não remuneratoria a disposição, depender da qualidade dos serviços prestados e da importancia dos recursos do testador, para não ser illusoria a prohibição. Para valer a disposição remuneratoria, que se julga inspirada pelo louvavel motivo de gratidão, não é essencial que o beneficiado seja parente do testador dentro do 4.º grau.

Aindaque o codigo o não declare, como o artigo 909.º do codigo civil francez e o artigo 612.º do projecto de codigo civil hspanhol, fontes do artigo 1769.º, é indispensavel, para proceder a provisões dos artigos, que analysámos, que a disposição seja feita durante o tempo do ensino ou durante o curso da molestia, aliás não tem razão de ser a prohibição.

É precisa portanto a reunião de tres circumstancias: 1.º, que a disposição tenha sido feita durante o tempo do ensino ou da molestia; 2.º, que os facultativos ou confessores lhe assistissem durante essa molestia; 3.º, que o testador morresse da mesma molestia.

Na prohibição do artigo 1769.º não estão comprehendidos os pharmaceuticos nem os sangradores, porque as disposições prohibitivas não se ampliam.

No projecto primitivo o artigo 1903.º, correspondente ao artigo 1770.º do codigo, continha mais um numero relativo nos seguintes termos: «3.º As disposições feitas em favor do conjuge do testador», e com esta redacção foi conservado nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864, sendo eliminado apenas nos ultimos trabalhos, propriamente de redacção.

Quereria o legislador estabelecer que o conjuge, que assistiu como medico á molestia, de que falleceu a consorte, não pôde haver nada d'ella por testamento? A redacção do codigo, e as alterações feitas

no projecto primitivo, assim o indicam. Poderá dizer-se que esta hypothese raro se verificará, visto que não costumam os maridos tratar as suas doenças, nem as de sua mulher.

Todavia se se der a hypothese de o marido, medico, assistir á sua mulher na molestia de que ella fallecer, nulla é qualquer disposição testamentaria feita pela enferma em beneficio d'elle, a não se verificar alguma das condições prescriptas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1770.º É insustentavel similhante doutrina, mas é a que está no codigo.

Art. 1771.º O conjuge adultero não pôde dispor a favor do seu cumplice, se o adulterio tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador.

(Vid. nota ao artigo 1480.º)

Art. 1772.º O testador não pôde dispor em favor do tabelião que lhe faz o testamento publico, ou auto de approvação do testamento cerrado, nem da pessoa que lhe escreve este, nem finalmente das testemunhas que intervem no testamento publico, ou no auto de approvação do testamento cerrado.

Art. 1773.º O que fica disposto nos artigos 1767.º, 1768.º, 1769.º, 1771.º e 1772.º só produz a nullidade da parte das disposições testamentarias a que os mesmos artigos se referem.

(Vid. artigo 1978.º) A disposição do artigo 1772.º foi dictada no intuito de evitar as fraudes, que naturalmente poderiam dar-se, se fosse licito dispor em testamento a favor do que faz, approva, ou intervem como testemunha n'esse mesmo testamento.

N'esta parte foi o codigo mais rigoroso do que o direito anterior, que permitia aos legatarios serem testemunhas do testamento, ordenação, livro IV, titulo LXXV, § 1.º, e que portanto facultava ao testador o deixar alguma coisa ás testemunhas, assim como permitia deixar ao escriptor do testamento, se a disposição a favor d'este fosse escripta pelo proprio punho do testador. O codigo cortou francamente todas estas permissoes.

Como porém, até agora, os legatarios podiam ser testemunhas nos testamentos, convem que o tabelião, quando se tratar da approvação de um testamento cerrado, observe ao testador que, segundo o codigo civil, os que são testemunhas no testamento perdem por isso o legado, que lhes for deixado.

Já o projecto primitivo, e todas as edições posteriores até á de 1865, que foi o projecto apresentado pelo governo ás côrtes, prohibia que se deixasse alguma coisa ás testemunhas nos testamentos. Porém na ultima revisão, e no artigo 1773.º do projecto apresentado ás côrtes, correspondente ao artigo 1772.º do codigo, só se prohibia a disposição a favor das testemunhas que intervinham em testamento publico, permitindo-se assim dispor a favor das testemunhas que intervinham em testamento cerrado.

Esta modificação tinha sido introduzida em sessão de 17 de novembro de 1864, sob iniciativa do sr. Branco, que propoz que no testamento cerrado se podesse deixar ás testemunhas; o que foi approvado, dizendo-se *em testamento publico*, em vez de *em qualquer* como se dizia no artigo 1797.º do projecto de 1864.

Provavelmente entendia o illustre jurisconsulto, auctor da proposta, e a commissão que a approvou, que não ouvindo as testemunhas ler o que se acha escripto no testamento cerrado, e que sendo completamente distinctos o auto de approvação, que ellas são chamadas a authenticar com o seu testemunho, e a disposição de ultima vontade do testador, em que ellas são beneficiadas, não havia inconveniente em serem contempladas no testamento cerrado.

Bem andou porém a commissão de legislação da camara dos deputados em alterar esta ultima redacção da commissão revisora, que na realidade podia encaminhar ao conluio e á fraude para forjar testamentos falsos.

Não é só a favor do tabelião que o testador não pôde dispor em vista do artigo 1772.º; porque tambem não pôde dispor a favor do conjuge, ou dos irmãos, ascendentes, e descendentes d'elle, por consanguinidade ou por afinidade, artigo 2495.º, n.º 2.º

É preciso tomar os preceitos dos artigos 1772.º e 1773.º, como modificação ao determinado em o n.º 2.º do artigo 2495.º, em virtude do qual é nullo todo o acto lavrado por official publico, em que elle é interessado. Esta regra tem excepção em materia testamentaria, onde não fica nullo por aquella circumstancia o acto juridico, e apenas fica sem effeito a disposição testamentaria a favor do tabelião.

D'esta fórma, e accetando-se em toda a sua plenitude as disposições combinadas dos artigos 1772.º, 1773.º e 2495.º § 2.º, é *valido* o testamento em que se dispõe a favor do tabelião, sendo nulla apenas a disposição a favor d'este, e é *nullo* absolutamente o testamento em que se deixa alguma coisa ao descendente, ascendente, irmão, ou conjuge do tabelião, ou ao consorte do descendente, ascendente, ou irmão do tabelião; visto que o artigo 1773.º não modifica o disposto no artigo 2495.º, n.º 2.º, senão com relação ás disposições feitas directamente a favor do tabelião.

Esta incoherencia resultou naturalmente de ter a commissão revisora introduzido de novo o preceito do artigo 1773.º, esquecendo-se de o harmonisar com a doutrina do artigo 2495.º, n.º 2.º No entretanto é lei, que cumpre acatar, emquanto não for revogada.

Nem ha contradicção entre o artigo 1773.º, annullando unicamente a disposição a favor do tabelião e das testemunhas, sem annullar todo o testamento, e os artigos 2495.º, n.º 2.º, annullando os documentos extra-officiaes, se o official publico é interessado no acto, e 2511.º, n.º 1.º, declarando inhabéis para serem testemunhas as pessoas que têm interesse directo na causa, ainda mesmo que o artigo 2511.º se refira, não só ás *causas judiciaes*, mas aos *actos instrumentarios*, porque o tabelião e as testemunhas, desde que ficam privados dos beneficios do testador, já não têm interesse directo na causa.

N'esta materia foram muito infelizes os redactores do codigo, e nomeadamente a commissão revisora. As pessoas, que pelos artigos 1767.º a 1771.º são inhibidas de receber por testamento, não são inhibidas de receber por doação, salvo o tutor e o promittor, que são inhibidos não só de receber por testamento, artigo 1767.º, mas tambem por doação, nos termos dos artigos 244.º, 245.º e 262.º, sendo as razões as mesmas, e procedendo talvez com mais força nas doações, que são irrevogaveis.

O projecto primitivo tambem prohibia nos artigos 1769.º e 1540.º, que se segulam ao artigo correspondente ao artigo 1770.º do codigo, que houvessem alguma coisa por doação os facultativos e ecclesiasticos, que assistiram ao enfermo na molestia de que elle falleceu. A commissão revisora porém eliminou estas disposições.

Finalmente dispondo o artigo 1978.º, que as pessoas incapazes de adquirir por testamento são incapazes de adquirir por successão legítima, ficam excluídos também da successão legítima todos os indivíduos mencionados nos artigos 1767.º a 1772.º?

A redacção genérica e análoga do artigo 1978.º leva-nos evidentemente a affirmativa; conclusão esta de tal modo absurda, que custa a aceitar. Pois o indivíduo, facultativo ou eclesiástico, que veio prestar os seus bons officios ao parente na doença, de que elle falleceu, ha de *por esse facto* ficar privado da sua successão?

Seria castigar a lei com ingratião os serviços prestados, e convidar os parentes do enfermo n'aquelle caso a abandoná-lo nas suas doenças para não ficarem excluídos da sua successão. Effectivamente as razões que se dão n'aquelles casos para negar a successão testamentaria não procedem para negar a successão *ab intestato*, salvo com relação ao conjuge adúltero nos termos do artigo 1771.º

Mas o peor é que a commissão revisora nas modificações que fez ao artigo 2129.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1978.º do código, parece ter estabelecido o preceito na sua maxima generalidade.

O referido artigo 2129.º do projecto primitivo era redigido nos seguintes termos: «As pessoas incapazes de adquirir por testamento segundo o disposto nos artigos 1907.º (1776.º do código), 1909.º (1779.º do código) e 1913.º primeiro versículo (artigo 1782.º do código, nas palavras «os que forem condemnados por haverem attentado contra a vida do testador, ou concorrido de qualquer fórma para tal delicto) também não podem adquirir por successão legítima».

A doutrina do projecto primitivo era eminentemente razoavel. Não ha razão nem principio de direito que se opponha a que sejam declarados incapazes de succeder *ab intestato*, como testamentariamente, as religiosas professas, os condemnados a pena ultima, os que tentaram como auctores ou como cúmplices contra a vida do testador, e as creaturas não existentes.

Porém com a redacção dada ao artigo pela commissão revisora foram declarados incapazes de succeder *ab intestato* todos os que, nos termos dos artigos 1767.º a 1772.º, são inibidos de succeder por testamento. Até as actas das sessões da commissão revisora nos levam a esta conclusão.

O artigo 2129.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1978.º do código, foi alterado em sessão da commissão revisora de 22 de novembro de 1862; e na mesma sessão foi alterado o artigo 2133.º do projecto, que estendia o direito de representação a todos os descendentes dos irmãos, e que era correspondente ao artigo 1982.º do código.

A acta da sessão immediata, 24 do mesmo mez e anno, diz assim: «Foi lida e approvada a acta da antecedente. Em seguida o sr. Seabra ponderou que lhe parecia inconveniente a resolução tomada na sessão anterior com relação ao artigo 2133.º (1982.º do código), quanto a ser dado o direito da representação sómente aos filhos de irmãos e não a outros quaesquer descendentes d'elles. Fallaram a este respeito os srs. Gil, Marreca e Ferreira Lima, resolvendo-se em seguida que, mantendo-se por enquanto a votação feita, comtudo este objecto seja novamente considerado em outra sessão.

«Em seguida o sr. Seabra propoz com relação ao artigo 2129.º (1978.º do código), que se fizesse distincção entre incapazes e indignos, *comprehendendo-se ambas as especies na disposição do artigo*. Tiveram a palavra os srs. Silva Ferrão, Seabra e José Julio, depois do que se resolveu que não havia necessidade de alteração.»

D'esta exposição resultam as duas conclusões seguintes: 1.ª, que até o sr. Seabra concordou na modificação feita ao artigo, julgando inconveniente a resolução tomada com respeito ao artigo 2133.º, e não a resolução relativa ao artigo 2129.º; 2.ª, que também o sr. Seabra propoz, e todos estiveram de accordo em que na disposição do artigo 2129.º, correspondente ao artigo 1978.º do código, se comprehendessem tanto os incapazes como os indignos.

O projecto de código civil hespanhol no artigo 745.º, fonte do artigo 1978.º do nosso código, exceptua da regra ali prescrita os facultativos e os confessores, permitindo-lhes a successão *ab intestato* apesar de não poderem succeder testamentariamente; e nota Goyena, que era escusado expressar esta excepção, porque dos proprios artigos, em que se lhes prohibia a successão testamentaria, se mostra evidentemente que as razões d'esta prohibição não têm applicação ás successões *ab intestato*.

Não podemos porém seguir a mesma opinião em presença da letra expressa do artigo 1978.º do código, e da historia da sua criação: e julgamos que os indignos e os incapazes de receber por testamento, ou a incapacidade seja absoluta ou relativa, são incapazes de receber *ab intestato*.

Provavelmente as modificações feitas ao artigo 2129.º do projecto correspondente ao artigo 1978.º do código provieram da disposição do artigo 1771.º, onde se determina que as disposições dos artigos 1768.º e 1769.º, não abrangem os parentes até ao 4.º grau. Ficaram portanto sujeitos ao preceito do artigo 1978.º os parentes desde o 5.º até ao decimo grau, e o conjuge, unicos herdeiros legítimos, que o referido artigo 1770.º não exceptuou d'aquella provisão.

Art. 1774.º As pessoas, obrigadas à prestação de legitima, só podem dispor da quota, que a lei lhes permite testar.

(Vid. nota ao artigo 1467.º)

Art. 1775.º Ninguém pôde determinar, que se consuma em suffragios por sua alma mais do que o terço da terça dos bens que deixa.

(Vid. nota ao artigo 35.º) Tem sido já objecto de polemica na imprensa periodica o projecto a seguir para a redução dos suffragios em execução do artigo 1775.º do código civil, e a competencia da pessoa para requerer esta redução.

Tem-se dito que, tratando o decreto de 24 de dezembro de 1852, artigo 10.º, e a lei de 25 de julho de 1855, artigos 1.º e 2.º, das causas da redução de encargos ou legados pios, e não definindo, nem qual a auctoridade perante quem se deve requerer, nem qual a fórma de processo a seguir, deve recorrer-se ao processo marcado no artigo 311.º da novissima reforma judicial, que regula uma hypothese analogia.

N'esta especie porém ha duas operações distinctas. É a primeira liquidar o terço da terça para se verificar se os legados pios excedem ou não esta quota hereditaria. A liquidação porém ha de fazer-se perante as justizas ordinarias em inventario judicial para esse fim requerido pelo ministerio publico, ou pelos interessados, com citação d'elles.

São interessados e pessoas competentes para requererem o inventario, o ministerio publico, os herdeiros, n'alguns casos os legatarios,



e até o testamentário, aindaque não seja herdeiro, nem legatário, porque é elle encarregado de cumprir o testamento, dentro dos limites da lei, artigo 1.º 14.º

A redução dos legados pios, se não podérem ser integralmente satisfeitos pelo terço da terça da herança judicialmente liquidado, deve ser feita pela mesma auctoridade a quem essa attribuição incumbe, quando os bens destinados para a satisfação dos encargos pios não chegarem para cumprimento d'elles.

O testamentário não incorre em pena alguma por não ter cumprido, n'estas circumstancias, o testamento dentro do anno ou dentro do prazo que lhe foi marcado, em razão de ignorar a fórma por que devia cumprir os legados pios, comtantoque dentro do prazo legal para o cumprimento do testamento requeira a liquidação do terço da terça da herança, se outrem a não requerer, e proceda á redução dos legados pios.

As missas, que os testadores deixam pela sua alma ou pela de outrem, comprehendem-se na classe dos suffragios.

É válido o *onus missarum* imposto sobre certos e determinados predios, ficando estes sujeitos á desamortisação segundo o que escrevemos em a nota ao artigo 1872.º Mas a constituição de capellas é absolutamente nulla em presença do disposto na lei de 19 de maio de 1861.

Em accordão de 12 de novembro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 40, julgou a relação de Lisboa que só pertencem ao hospital de S. José de Lisboa os legados pios não cumpridos, quando esses encargos se acabarem registados nos livros, que existem na contadoria do hospital pela disposição do alvará de 15 de março de 1615, e que consistirem em missas e officios mandados fazer e cumprir pelos defuntos em seus testamentos ou nas instituições de morgados ou capellas, segundo a disposição d'aquelle alvará, que a legislação posterior não alterou no essencial.

Art. 1776.º Só podem adquirir por testamento as creaturas existentes, entre as quaes é contado o embrião.

§ unico. Reputa-se existente o embrião, que nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador.

Art. 1777.º Será, comtudo, válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha á luz fóra do prazo dos trezentos dias.

(Vid. notas aos artigos 6.º e 1741.º) Por direito anterior era muito questionado se só podiam ser instituidos herdeiros as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, ou se a disposição testamentaria podia ser extensiva tambem aos nascidos posteriormente.

A maior parte dos nossos juriscultos, fundando-se na legislação romana, sustentavam que, para qualquer poder receber por testamento, era indispensavel que, pelo menos, estivesse concebido ao tempo da morte do testador. Este principio do direito romano passou para o código civil francez, artigo 906.º, e os seus respectivos commentadores justificaram-no com o fundamento de que não podia effe-

ctuar-se qualquer transmissão entre duas pessoas, que não coexistiram simultaneamente, nem um só instante.

Outros porém, reconhecendo aliás que esta era a disposição do velho direito, diziam que a *Nov. 118*, chamando á successão os netos e mais descendentes, sem distincção entre nascidos e nascituros, permittia instituir os que ainda não nasceram, mas que se esperava que nascessem, adoptando assim pouco mais ou menos a jurisprudência, hoje reconhecida no artigo 1777.º

Art. 1778.º A capacidade para adquirir por testamento é a que o adquirente tiver ao tempo da morte do testador, e, no caso de instituição de herdeiro com condição, ou no de legado condicional, attender-se-ha, tambem, ao tempo do cumprimento da condição.

(Vid. nota ao artigo 1759.º)

Art. 1779.º Não podem adquirir por testamento, salvo a titulo de alimentos, ou por legado em dinheiro, ou em outras cousas mobiliarias:

1.º As religiosas professas, em quanto se não secularisarem, ou as suas comunidades não forem supprimidas;

2.º Os condemnados, nos termos do artigo 355.º

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1764.º, n.º 4.º)

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 355.º)

Art. 1780.º Perderão o que lhes for deixado em testamento o testamentário, ou o tutor testamentario, que se escusarem, ou forem removidos pelos motivos especificados no n.º 3.º do artigo 235.º

(Vid. nota ao artigo 232.º)

Art. 1781.º As pessoas moraes podem succeder por testamento, tanto a titulo de herdeiras, como de legatarias.

§ unico. Exceptuam-se as corporações de instituição ecclesiastica, as quaes só poderão succeder até o valor do terço da terça do testador.

(Vid. nota ao artigo 35.º) As misericordias, como já vimos em a nota ao artigo 35.º, podem ser instituidas, tanto herdeiras, como legatarias, porque não são corporações ecclesiasticas, mas sim de instituição secular.

Por direito antigo era muito duvidoso, se ellas podiam ser ou não instituidas herdeiras, porque a lei de 9 de setembro de 1769 prohibia no § 21.º a instituição da alma por herdeira, e o assento da casa da applicação de 29 de setembro de 1770 declarava que era instituida a alma por herdeira, quando se institua alguma ordem, irmandade ou corporação.

Ultimamente porém tinha-se adotado no fóro a doutrina de que as misericordias podiam ser instituidas herdeiras, desde que assim foi decidido pelo supremo tribunal de justiça em accordões de 20 de abril de 1860, e de 1 de julho de 1862, publicados no *Diario do governo*, n.º 111 de 1860, e n.º 184 de 1862.

Fundaram-se estas decisões em que a instituição da alma por herdeira só se verificava, quando os bens eram directamente applicados a suffragios pelos mortos, o que se não dava nas misericordias, cujos bens eram applicados em beneficio dos vivos, em que segundo o disposto no alvará de 18 de março de 1806 § 2.º podiam ellas herdar bens de raiz, e só os não podiam reter alem de anno e dia sem licença regia, em que a lei de 12 de dezembro de 1844 exceptuava as misericordias do imposto de transmissão, e a lei de 30 de junho de 1860, da contribuição de registo pelos bens que lhes fossem deixados, o que virtualmente sancionava as disposições a favor d'estes estabelecimentos de caridade, e em que finalmente sendo livre a qualquer dispor de seus bens pela ordenação, livro IV, titulo LXXXII, salvo o direito dos legitimarios, não podia haver-se por nulla a disposição a favor das misericordias sem disposição de lei que assim o determinasse expressamente.

A final a lei de 22 de junho de 1866, no artigo 11.º, § unico, fixou claramente o direito de serem instituidas herdeiras as misericordias, doutrina que o codigo civil adoptou, nota ao artigo 35.º

Em accordão de 4 de julho de 1873, publicado no jornal o *Direito*, 5.º anno, n.º 32, julgon a relação do Porto, que eram validas as instituições de bens, feitas a favor dos estabelecimentos de caridade e de beneficencia.

Em accordão de 16 de agosto de 1873, publicado no jornal o *Direito*, n.º 2, 6.º anno, julgon tambem a relação do Porto, que nos termos da ordenação, livro II, titulo XVIII, § 1.º, podiam as misericordias adquirir bens de raiz por titulo gratuito sem licença regia, com a condição de alienar dentro de anno e dia.

Tambem na imprensa juridica já se discutiu se era valido o testamento feito a favor de uma misericordia, que tinha sido lavrado ou approved pelo escrivão da santa casa, com o fundamento de que o alvará de 26 de março de 1634 e a lei de 25 de junho de 1776 invalidavam os legados ou heranças deixados aos mosteiros, sendo o testamento escripto por algum religioso d'esses mosteiros.

Porém não só esta legislação foi suspensa pelo decreto de 17 de julho de 1778, e não podia prevalecer sobre as disposições do codigo; mas nem ha analogia entre o religioso, que escrevia o testamento para o seu mosteiro, porque o escrevia para si, e o tabellião das misericordias, que nenhum interesse tira dos beneficios feitos a estes estabelecimentos.

Os bens de taes estabelecimentos estão sujeitos ás leis da desamortisação, mas se tiverem sido doados com reserva de usufructo para certas pessoas, só poderão ser desamortizados findo o usufructo, conforme dispõe a lei de 22 de junho de 1866, no artigo 6.º

A lei de 27 de junho de 1847 no § unico do artigo 8.º considera as casas escolares, a que a mesma lei se refere, como bens districtaes, municipaes ou parochiaes, conforme tenham sido insituidas pelo districto, pelo municipio ou pela parochia.

O ministerio publico deve intervir nas causas, em que forem interessados os estabelecimentos publicos, como decidiu a relação do Porto em accordão de 2 de novembro de 1870, publicado no jornal o *Direito*, 3.º anno, n.º 5.º, fundando-se em que pelo preceito dos artigos 53.º e 92.º da novissima reforma judicial devem os magistrados do ministerio publico, tanto na primeira como na segunda instancia, intervir em todos os feitos que pertencerem a pessoas a que o estado deva protecção.

Convem notar que por lei de 12 de outubro de 1871 foi restabelecido o artigo 10.º, § 2.º, da lei de 22 de junho de 1866, que permittia

às corporações administrativas adquirir por titulo oneroso os bens que fossem necesarios para o seu serviço, precedendo as solemnidades estabelecidas pela legislação em vigor, devendo portanto julgar-se modificada n'este sentido a doutrina exposta em a nota ao artigo 35.º E em portaria inedita de 16 de agosto de 1872, e de 11 de setembro de 1873 publicada no jornal o *Direito*, 5.º anno, n.º 2, se declara que as camaras municipaes devem solicitar para estas compras autorisação do conselho de districto, e não do governo, vistos os artigos 121.º, 123.º n.º 6.º, e 124.º do codigo administrativo.

Art. 1782.º Os que forem condemnados por haverem tentado contra a vida do testador, ou concorrido de qualquer fórma para tal delicto, e os que impedirem por violencias, ou com ameaças, ou fraude, que o testador revogue o seu testamento, não poderão aproveitar-se das disposições feitas em seu favor.

§ unico. No caso, porém, de tentativa contra a vida do testador, sobrevivendo este, será válida a disposição posterior ao crime, se o testador teve conhecimento delle; bem como a disposição anterior poderá surtir effeito, se o testador declarar, por modo authentico, que persiste nella.

(Vid. nota ao artigo 1488.º)

Art. 1783.º É applicavel ás disposições testamentarias o que fica ordenado no artigo 1481.º

(Vid. nota ao artigo 1481.º)

### SECÇÃO III

#### DA LEGITIMA E DAS DISPOSIÇÕES INOFFICIOSAS

Art. 1784.º Legitima é a porção de bens, de que o testador não pôde dispor, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente.

§ unico. Esta porção consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a disposição do artigo 1787.º

Art. 1785. Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legitimos ou legitimados, e filhos perfilhados, observar-se-ha o seguinte:

1.º Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contrahiu o matrimonio, de que veio a ter os filhos legitimos, a porção daquelles será igual á legitima d'estes, menos um terço;

2.º Se os filhos forem perfilhados depois de contrahido o matrimonio, a sua porção não excederá a legitima dos outros menos um terço, e sairá só da terça disponivel da herança.

(Vid. artigos 1991.º e 1992.º) O codigo estabelece uma reserva, chamada legitima, a favor dos herdeiros ascendentes e descendentes do

auctor da herança. Já a ordenação, no livro IV, título LXXXII, estabelecia legitima para os herdeiros ascendentes e descendentes.

Hoje denominam-se *legitimarios* os herdeiros que o nosso antigo direito chamava *necessarios*, e que são os que têm direito a uma porção da successão por nome *legítima*, de que o auctor da herança não pôde priva-los senão nos casos, em que a lei o permite expressamente.

Contra a instituição da reserva têm-se levantado grandes objecções e difficuldades, sobretudo nos paizes onde se reconhece um caracter mais illimitado no direito pessoal e no direito de propriedade.

Tem-se argumentado contra a existencia das legitimas com o direito de propriedade, que no seu caracter absoluto deve abranger o direito de testar em toda a sua extensão. Tem-se dito que o direito à reserva é attentatorio da auctoridade paternal, e que é obstaculo à grande cultura, e ao desenvolvimento da grande industria, por causa da partilha das propriedades, que a legitima torna necessaria, em períodos determinados.

Os que sustentam o principio das legitimas, dizem que este systema, juntamente com a *indissolubilidade* do vinculo matrimonial, formam a pedra angular do edificio da familia.

O certo é que entre nós está de tal modo enraizado nos habitos e nos costumes dos povos o direito à reserva, que o legislador não se atreveria a revogar, como não revogou, este principio consignado na velha ordenação, e desde sempre reconhecido nas nossas leis.

Tambem se tem levantado discussão sobre o modo de fixar a reserva, e sobre a sua importancia.

Primeiramente, a reserva deve ser fixada de modo invariavel, ou ha de variar segundo o numero de descendentes, de ascendentes, ou segundo outras considerações?

A nossa legislação antiga fixava em dois terços a importancia das legitimas, qualquer que fosse a qualidade dos herdeiros necesarios, ou fossem ascendentes ou descendentes, e quanto a estes, ou fossem legitimos ou legitimados, ou naturaes perfilhados ou não perfilhados.

O codigo civil porém fez profunda alteração nesta materia. Primeiramente estabeleceram uma porção differente de legitima, segundo os herdeiros legitimarios são ascendentes em primeiro grau, ou em grau mais remoto, poisque a legitima d'aquelles consiste nos dois terços da successão do auctor da herança, e a d'estes em ametade, artigo 1787.º. Em segundo lugar varia a porção dos filhos perfilhados, quando concorrem com posteridade legitima, porque em caso nenhum podem haver legitima superior à legitima d'aquelles menos um terço, ou essa legitima saia dos dois terços *obrigados* da herança, ou da quota disponivel do testador, nos termos do artigo 1785.º.

Assim temos legitimas nos dois terços da herança, e legitimas na terça disponivel, e umas e outras entram na definição de legitima, dada no artigo 1784.º, porque umas e outras são porções de bens, de que o testador não pôde dispor por serem applicados em certas circunstancias a favor dos herdeiros legitimarios.

E portanto inexacta a doutrina consignada no § unico do artigo 1784.º, dispondo que a legitima consiste nas duas terças partes dos bens do testador, salva a restricção do artigo 1787.º, poisque as legitimas podem tambem ampliar-se à outra terça parte, dada a hypothese do n.º 2.º do artigo 1785.º.

Era bem escusado este additamento introduzido pela commissão revisora, poisque similhante preceito não vinha no projecto primitivo.

O sr. dr. Paes combatu o preceito que estabelecia a desigualdade

da legitima entre descendentes e ascendentes. Dizia que devendo continuar a haver direito de reciprocidade na successão legitima, lhe não parecia justo, que um descendente tivesse direito a receber de um ascendente porção maior do que este teria direito a haver d'elle.

Respondia porém com razão o sr. Seabra, que effectivamente não havia reciprocidade quanto aos ascendentes; mas que essa falta de reciprocidade era justificada pela necessidade de dar ao filho mais alguma latitude na disposição dos bens que adquiriu, independentemente da herança de seus ascendentes, que em regra deve suppor-se ainda não recebida.

O moderno codigo civil italiano fixou a legitima em ametade da successão para os descendentes, sem distincção de classe, e n'um terço para os ascendentes.

As regras da successão dos filhos perfilhados são as mesmas, ou a herança se transmitta por successão testamentaria, ou por successão legitima.

Os filhos perfilhados são tambem herdeiros *legitimarios*, para o que basta attender a que o artigo 1785.º está collocado sob a secção, que tem por epigrapho: *da legitima e das disposições officiosas*. Demais, se os ascendentes são herdeiros legitimarios, e se os filhos perfilhados concorrem até com os descendentes legitimos, direito que não é concedido aos ascendentes, claro é que elles são herdeiros legitimarios, e excluem da successão os ascendentes, aindaque venham sos, e não concorram com posteridade legitima.

Tanto os filhos perfilhados excluem os ascendentes na successão legitima, que não concorrendo com posteridade legitima herdam *todos* os bens dos paes, artigo 1990.º, devendo todavia entender-se que elles herdam todos os bens, salva a terça, se o paé d'ella tiver disposto.

Finalmente tanto lhes é devida a legitima, que o artigo 1992.º previne o caso de que os filhos illegitimos sejam muitos, e não chegue a terça para completar as porções assignadas no § 2.º do artigo 1785.º; e determina que a terça n'esse caso seja rateada entre elles.

Tambem ha obrigação de conferir nos termos dos artigos 2098.º e seguintes, aindaque os herdeiros descendentes sejam unicamente perfilhados.

Deve igualmente notar-se que os filhos perfilhados *em caso nenhum* succedem aos ascendentes do paé, conquanto succedam aos *transversaes* nos termos do artigo 2095.º.

Pelo principio da reciprocidade os paes do filho perfilhado, que fallece sem posteridade, legitima ou perfilhada, que o artigo 1994.º não faz distincção, succedem-lhe em todos os bens, salvo o direito de usufructo sobre ametade da herança que compete ao conjuge sobrevivente, artigo 1993.º, favor de que ahiás não gosa, e de que devia gosar o conjuge do filho legitimo, que fica apenas com o direito reconhecido nos artigos 1231.º e 1232.º.

Ao filho perfilhado succedem até os ascendentes alem dos paes, segundo o disposto no artigo 1999.º, o que é contra todos os principios do direito successorio, onde a successão é reciproca; vistoque os filhos perfilhados succedem só aos paes, artigo 1989.º, e não aos ascendentes de grau mais remoto, aos quaes nem alimentos *podem pedir*, artigo 175.º, preferindo para este effeito os irmãos, entre os quaes a obrigação de alimentos é reciproca.

No caso de morrerem os paes com posteridade legitima nunca são tão favorecidos os descendentes illegitimos, como os descendentes legitimos; a porção d'aquelles ha de ser sempre inferior à legitima d'estes pelo menos um terço.

Se forem perfilhados antes do matrimonio, a legitima d'elles é exactamente a dos legitimos, menos um terço. Se forem perfilhados depois nunca a sua porção pôde exceder aquella legitima, comquanto possa vir a ser muito inferior, porque são unicamente da terça disponível.

A legitima dos perfilhados posteriormente ao matrimonio ha de sair unicamente da terça disponível do pae, o que o legislador estabeleceu para evitar que o pae por meio de perfilhações posteriores ao matrimonio viesse prejudicar a successão dos filhos legitimos.

Se a terça não chega para formar aos filhos perfilhados uma legitima igual, menos um terço, á que pertence aos legitimos, então a terça é rateada entre elles, acabando a proporção que se tomou, como base das legitimas.

Neste caso até o pae fica privado da faculdade de dispor da terça, para preencher as legitimas dos filhos perfilhados, posição de que elle não pôde queixar-se, porque a creou a si mesmo, salvo o caso de reconhecimento judicial.

O individuo, que perfilhou alguém depois de casado, sujeita-se a que o acto da perfilhação represente a disposição *irrevogavel* da sua quota disponível.

Se a perfilhação é anterior ao matrimonio, a porção de cada um dos filhos perfilhados está para a de cada um dos filhos legitimos na razão de 2 para 3.

Por exemplo, o testador deixou tres filhos, A, B e C, sendo os dois primeiros legitimos, e o ultimo perfilhado, e a sua herança depois de deduzida a terça era de 16:000\$000 réis: como a legitima do filho perfilhado deve estar para a porção dos legitimos na razão de 2 para 3, segue-se que A e B tem cada um 6:000\$000 réis, e C 4:000\$000 réis.

Se elle não dispõe da terça, os perfilhados têm igualmente parte n'ella. No exemplo posto não tendo o testador disposto da terça, era o total da herança no valor de 24:000\$000 réis, pertencendo assim ao filho perfilhado 6:000\$000 réis, e a cada um dos legitimos réis 9:000\$000.

O processo regular para se dividir a herança, quando concorrem filhos perfilhados com posteridade legitima, é o seguinte: Representa-se cada filho legitimo pelo numero 3, e cada filho perfilhado pelo numero 2; sommam-se todos os valores representativos de cada um dos filhos legitimos e de cada um dos filhos perfilhados. Tornando-se depois esta somma, como divisor, de que é dividendo a herança, procede-se á divisão. Feita esta, e multiplicado o quociente pelo numero 3, é o producto a legitima de cada um dos filhos legitimos; e, multiplicado o mesmo quociente pelo numero 2, é o producto a legitima de cada um dos filhos perfilhados.

Por exemplo, a herança é de 16:000\$000 réis, e concorrem dois filhos legitimos com dois perfilhados. Repartem-se os 16:000\$000 réis pelo numero 10, que é a somma do producto de duas vezes tres (numero dos filhos legitimos multiplicado por 3) e do producto de duas vezes dois (numero dos filhos perfilhados, multiplicado por 2), e teremos com esta divisão um quociente de 1:600\$000 réis. Multiplicando-se este quociente pelo numero 3, será 4:800\$000 réis, a legitima de cada um dos filhos legitimos, e multiplicando-se o mesmo quociente pelo numero 2, será 3:200\$000 réis a porção que deve caber a cada um dos filhos perfilhados.

Por este processo a legitima dos filhos perfilhados vem a ser sempre igual á porção dos filhos legitimos, menos um terço.

Se os filhos perfilhados o forem depois de contrahido o matrimonio não podem ter legitima superior á que teriam se fossem perfilhados antes, e podem tê-la muito menor.

Assim, era de 12:000\$000 réis a herança, e havia um filho perfilhado e dois legitimos, levantava cada um d'estes dois ultimos réis 4:500\$000, e o perfilhado 3:000\$000 réis. Se porém com a mesma herança ficavam 2 filhos legitimos, e 4 perfilhados, levantava cada um d'aquelles 4:000\$000 réis, e cada um dos 4 perfilhados 1:000\$000 réis, artigo 1992.º

Se porventura os filhos illegitimos não são tantos, comprehendendo mesmo os perfilhados depois do matrimonio, que absorvam a terça, chegando para lhes proporcionar legitima igual á dos legitimos, menos um terço, pôde seguir-se na partilha o processo que acima deixamos indicado para o caso de terem sido perfilhados antes.

Se pois mesmo nas perfilhações posteriores ao matrimonio, em que a legitima dos perfilhados são da terça dos paes, esta chega para lhes distribuir legitima igual á dos filhos legitimos menos um terço, observava-se na partilha o processo acima indicado, dividindo a totalidade da herança por todos os filhos perfilhados e legitimos na razão de 2 para 3, aindaque a legitima dos perfilhados saia só da terça, porque o resultado é o mesmo.

Assim, é de 12:000\$000 réis a herança, e ha dois filhos legitimos e 1 perfilhado, este não levanta mais de 3:000\$000 réis, ou a totalidade da herança se reparta entre elle e os dois irmãos na razão de 2 para 3, ou se lhe dê a legitima, tirada da terça disponível em preço igual menos um terço á porção das legitimas.

Se porém a terça dividida pelo numero dos perfilhados não permite que as legitimas d'elles sejam iguaes, menos um terço, á porção dos legitimos, então não se observa aquelle processo, separa-se completamente a terça do resto da herança, e rateia-se pelos perfilhados.

No exemplo posto de uma herança de 12:000\$000 réis, se ha dois filhos legitimos e 4 perfilhados, aquelles levantam-se com 4:000\$000 réis cada um; e como a terça no valor de 4:000\$000 réis, dividida por 4, não pôde dar a cada um legitima igual, menos um terço, a 4:000\$000 réis, porção dos filhos legitimos, divide-se entre os 4, ficando cada um com 1:000\$000 réis.

Em sessão de 5 de junho de 1862 a commissão revisora, examinando o artigo 1916.º do projecto primitivo, que precedia immediatamente o artigo correspondente ao artigo 1785.º do codigo, e que estabelecia que a legitima não abrangeria alem da metade dos bens, se o testador tivesse só filhos perfilhados, resolveu que no caso de existirem somente filhos perfilhados, a legitima fosse a mesma, que teriam, se fossem legitimos, devendo o artigo redigir-se sob este ponto de vista; e esta resolução vem tambem mencionada em a nota ao artigo 1824.º da edição de 1863, correspondente áquelle artigo 1916.º

Depois a commissão revisora eliminou por desnecessario o artigo, mas ficou salva a doutrina.

O legislador, querendo favorecer a parte illegitima, mas não accellando a jurisprudencia da lei velha, que nivelava os filhos legitimos, legitimados, e os naturaes, perfilhados ou não perfilhados, que vinham todos á herança por igual, introduziu as differenças que deixamos expostas, dando em regra aos illegitimos porção igual á dos legitimos, menos um terço.

Alguns julgam preferivel o principio da igualdade entre os filhos do mesmo pae, porque não vêem razão para dar preferencia, por exemplo, ao filho de mulher solteira e de homem casado, que depois é le-

gittimado por subseqüente matrimonio, sobre o filho illegitimo reconhecido antes do casamento.

Outros pelo contrario não admittem que havendo filhas legitimas se dê legitima aos filhos perfilhados, ou a perfilhação seja anterior ou posterior ao matrimonio. Dizem que elles só devem ter a terça, se o pae lh'a quizer deixar, e que apenas deverão ter legitima, e succeder em tudo apintestado, na falta de posteridade legitima.

Os codigos das nações civilisadas não são conformes sobre este ponto.

O sr. Seabra justifica com razões solidas o seu novo systema sobre legitimas.

Diz este eminente juriseconsulto: «Primeiro que tudo não devemos perder de vista, que na grande maioria dos casos, segundo o systema vigente, os filhos naturaes succedem a seus paes promiscuamente com os legitimos. Já se vê pois que n'esta parte o direito actual é mais favoravel aos filhos naturaes, que a disposição do nosso artigo. É verdade que a disposição da lei actual só comprehende os filhos de paes, mas não é menos certo que esta classe é a mais numerosa da sociedade. N'estas circumstancias era preciso, ou fazer descer os filhos naturaes dos cavalleiros á condição dos filhos naturaes dos paes, ou fazer subir estes á condição d'aquelles.

«Não fizemos nem uma cousa nem outra. Nenhuma d'essas alternativas era acceptavel aos olhos da justiça, da moral e da conveniencia publica. Seguímos o meio termo; transigimos, resalvando todos os direitos com a possível ou necessaria differença.

«Tal homem tem um filho natural; reconhece-o ou perfilha-o. Casa depois e tem filhos legitimos. Será justo que este filho perfilhado antes do matrimonio seja completamente desherdado? Não tinha elle um direito adquirido, ou pelo menos uma justa expectativa de successão? Por outro lado não era já conhecido da mulher, que contrahiu o matrimonio com o pae d'esse filho natural, que este filho existia e gozava de certos direitos? Parece-nos que a justiça pedia que estes filhos fossem em todo o caso contemplados, postoque menos avantajadamente que os legitimos, em attenção ao favor com que os ajustes nupciaes devem ser protegidos.

«Mas tal homem, que teve um filho natural antes de casar-se, vem somente a reconhecê-lo, ou durante o matrimonio, ou dissolvido elle, estará este filho no mesmo caso? De certo não, aqui o direito está todo da parte dos legitimos.

«O casamento foi contrahido na supposição de que nenhuma obrigação ligavam o pae a outros filhos, e o facto do reconhecimento posterior não deve prejudicar os legitimos. N'este sentido concedemos sim, ao filho perfilhado a sua legitima, mas sem prejuizo dos filhos legitimos, fazendo-a sair da terça. E como talvez pudesse o filho natural vir a ter maior legitima que os filhos legitimos, o que seria monstruoso, declaramos que em caso algum esta legitima pudesse exceder a dos outros, menos um terço.»

Parece-nos que o sr. Seabra conceitou assim o respeito devido á dignidade do matrimonio, e á legitimidade da prole, com os direitos imprescriptiveis da natureza e do sangue.

Á legitima pois dos perfilhados posteriormente ao matrimonio pesa unicamente sobre a terça disponivel do auctor da herança.

O codigo prevendo a hypothese de pelo grande numero de herdeiros, por serem muitos os filhos illegitimos, não chegar a terça para complemento das porções assignadas a cada um, declara que nem por isso terão direito alem da terça.

Esta hypothese porém poderá verificar-se mesmo sem serem muitos os filhos illegitimos, se são poucos os legitimos.

Se os filhos perfilhados absorverem a terça, e houver testamento, deixando a terça em legado, fica esta sem effeito, apesar do disposto no artigo 1814.º, vistoque o testador fez uma disposição, de que se achava inhibido pelo facto da perfilhação, ou que com este facto veiu inutilisar.

Graves difficuldades porém se têm levantado sobre a intelligencia das palavras «e sairá só da terça disponivel da herança», consignadas no § 2.º do artigo 1785.º, e variada tem sido na imprensa juridica a polemica sobre este ponto.

Apenas o illustrado juriseconsulto, o sr. Moraes Carvalho, sem embargo de condemnar a disposição, que em certas circumstancias inhibe absolutamente o auctor da herança da facultade de testar, reconhece todavia a existencia do preceito assignado no artigo 1785.º § 2.º, em virtude do qual se a terça é absorvida pelas legitimas dos filhos perfilhados posteriormente ao casamento, o pae fica absolutamente inhibido de dispor de qualquer parte da sua successão.

Muitos porém que entendem, pelo facto de reputarem absurda a disposição, que ella não deve estar no codigo, dizem que o preceito do artigo significa que as legitimas dos filhos perfilhados posteriormente ao casamento sairão da terça, ou da parte da terça, de que o testador não dispoz; que assim pôde dispor livremente da terça o pae, que tendo filhos legitimos, perfilhou depois da celebração do matrimonio algum illegitimo, e que só não dispondo elle da terça, ou dispondo apenas de parte d'ella, é que pela terça ou pelo remanescente d'ella serão preenchidas as porções assignadas na lei ao filho assim perfilhado.

Sustentam esta opinião com os seguintes argumentos:

1.º Com o § unico do artigo 1784.º onde se determina que, com a simples excepção do artigo 1787.º, consiste a legitima unicamente nas duas terças partes dos bens do testador, e que portanto a terça pôde servir para preencher a porção assignada no § 2.º do artigo 1785.º, se o testador d'ella não dispoz, mas que não constitue a quota defeza ás liberalidades e facultades testamentarias;

2.º Que a substituição das palavras «terça do testador», que vinham no projecto primitivo, por est'outras «terça disponivel da herança», que vem no codigo, esclarece completamente aquella opinião, porque a palavra *disponivel* significa a quota de que o testador podia dispor, mas de que effectivamente não dispoz, e que n'este sentido se emprega no artigo 1788.º, e que a palavra *herança* completa a significação, porque se refere aos bens da terça, que ficaram por morte do auctor d'aquella: e que portanto, se o auctor da herança dispoz de toda a terça, não pôde exigir a sua porção o filho perfilhado, porque não ficaram bens com que a preencher; e que se não dispoz de toda a terça, ou só dispoz em parte, irá o filho perfilhado buscar a dita porção á terça disponivel da herança.

3.º Finalmente, que seguida a opinião contraria cresceria a liberdade testamentaria na razão directa do numero de filhos, que o auctor da herança tivesse. Por exemplo. Representando a successão do pae o valor de réis 9.000.000, e ficando por morte d'elle um filho legitimo, e outro perfilhado posteriormente ao matrimonio, ficaria aquelle com uma legitima de 6.000.000 réis, e não chegariam os 3.000.000 réis restantes para perfazer a legitima d'este: e assim não poderia o pae beneficiar ninguem, nem em vida, porque lhe obstava o artigo 1492.º nem por morte, porque não o permitiria o artigo 1785.º § 2.º Se porém

à herança concorriam 4 filhos legítimos, e dois perflhados posteriormente ao casamento, cada um dos filhos legítimos teria 1.500\$000 réis, e a cada um dos perflhados caberia 1.000\$000 réis, e o pae poderia dispor de 1.000\$000 réis.

É para nós porém indubitavel a opinião contraria. A questão ha de resolver-se unica e exelnsivamente pelo disposto no artigo 1785.º O artigo 129.º, a que alguns recorrem para fundamentar a opinião, que seguimos, nada adianta, porque se refere aos artigos 1989.º a 1992.º, e no artigo 1991.º se diz que os filhos illegítimos, concorrendo com filhos legítimos, herdarão na proporção e nos termos declarados no artigo 1785.º Tudo pois se reduz á intelligencia d'este artigo.

A disposição do § unico do artigo 1784.º não prejudica a nossa opinião, porque se refere unicamente á successão legitima, e por isso só exceptua da regra geral, que estabelece, o caso previsto no artigo 1787.º Não podia pois a excepção referida comprehender o artigo 1785.º, que se refere á successão illegitima, e que por isso estava fóra do alcance do artigo 1784.º; e a epigraphé da secção tira todas as duvidas a este respeito.

A substituição das palavras «terça do testador», por est'outras «terça disponível dos bens da herança», não altera o pensamento, porque a herança comprehende exactamente os bens do testador.

A palavra *disponível* não se entende com relação aos filhos perflhados, aliás a porção legitima d'estes, longe de ser *obrigatoria*, seria illusoria; entende-se com relação aos filhos legítimos, que já têm a sua porção garantida nas duas terças da herança.

E se o § unico do artigo 1784.º podia offerecer alguma duvida, estabelecendo apenas a excepção do artigo 1787.º, desvanecce-a o artigo 1785.º, collocado, como o artigo 1784.º, na secção, que se inscreve da *legitima e das disposições inofficias*.

Tambem no artigo 1867.º n.º 1.º se emprega a phrase *bens disponíveis* para designar a porção hereditaria, de que o auctor da herança pôde dispor; doutrina esta ainda confirmada pelos artigos 1774.º, 1789.º, 1790.º, 2039.º, 2148.º e 2150.º, onde se falla de *quota disponível ou bens, de que é permitido dispor*.

Diz-se *disponível* a terça da herança, porque é em geral a quota de que o testador pôde dispor, mas de que por excepção, como no caso do n.º 2.º do artigo 1785.º, que todavia não é a unica, é inhibido de dispor.

O auctor de herança, que depois do casamento perflhou filhos illegítimos, fica nas mesmas circumstancias, que se tivesse doado bens, que abrangessem a terça: poisque fica n'este caso tambem sem a facultade de fazer disposições testamentarias, artigo 2111.º § 2.º, isto é, fica sem terça de que dispor.

Demais, se ficasse ao arbitrio do pae inutilisar a legitima do filho perflhado posteriormente ao testamento, qual seria a situação do filho perflhado judicialmente? O pae exasperado por ter sido convencido judicialmente da acção de filiação desporia de toda a terça em prejuizo d'elle, e a filiação em taes casos seria uma burla.

Nem é desarrasoadó o preceito que n'este caso o priva da facultade de dispor em testamento, porque elle colloca-se n'esta posição por facto seu.

O pae, que deu o ser a um filho, e que, depois de casado, o perflhou, não pôde queixar-se de que a legitima d'este seja preferida á sua facultade de dispor em testamento.

A redacção do n.º 2.º do artigo 1785.º dá ainda logar a outra duvida nas palavras «*não excederá a legitima dos outros*», porque não desi-

gna com clareza se esses outros são os filhos legítimos ou os perflhados, poisque de uns e de outros tinha fallado anteriormente. E não é indifferente esta questão porque, se a referencia é aos perflhados anteriormente ao matrimonio, a porção dos que o foram posteriormente fica inferior á d'aquelles n'um terço, e se a referencia é aos legítimos tem os perflhados posteriormente ao matrimonio uma legitima igual aos perflhados anteriormente se ella couber na terça do pae.

Attendendo porém á letra e ao espirito da lei mostra-se que a referencia é aos filhos legítimos, e que o n.º 2.º só teve em vista determinar que a porção legitimaria dos perflhados posteriormente saíra da terça disponível da herança, e não que seria maior ou menor do que a dos perflhados anteriormente.

Convem tambem notar em reforço ao que escrevemos a paginas 177 do 1.º volume, que os direitos de successão se regulam pela lei vigente ao tempo em que esta se abre, e não pela vigente ao tempo do nascimento de quem succede. Por isso os filhos illegítimos de pae nobre, nascidos antes da promulgação do codigo, mas cujo pae falleceu depois, estão sujeitos, não só quanto á acção, mas tambem quanto ao direito, ás disposições consignadas no mesmo codigo.

Com relação a filhos illegítimos de pae nobre, fallecido depois da promulgação do codigo, ou elles tivessem nascido antes ou depois, não pôde hoje argumentar-se com o impedimento á successão, que lhes oppunha a ordenação, livro iv, titulo xcii, § 1.º

Pela ordenação do reino, citado livro iv, titulo xcii, só eram admittidos á successão *ab intestato* de seus paes os filhos bastardos, quando os paes eram *peões*. Com a promulgação da carta constitucional, que no artigo 145.º §§ 12.º e 15.º declarou iguaes perante a lei todos os cidadãos, e acabou com todos os privilegios, que não estivessem essencialmente inherentes aos cargos por utilidade publica, julgaram alguns revogado o preceito d'aquella ordenação.

No entretanto este parecer na pratica não vingou. Os tribunaes em geral entendiam que a disposição especial, consignada na ordenação, citado livro iv, titulo xcii, § 1.º, não tinha sido revogada pelo preceito generico da carta constitucional, artigo 145.º §§ 12.º e 15.º; e n'este sentido julgou a relação de Lisboa ainda em accordão de 27 de maio de 1871.

Demais, era muito duvidoso se aquella disposição da ordenação, livro iv, titulo xcii, representava um privilegio em favor dos nobres, a cujos filhos se negava o direito de successão, se a favor dos plebeus a cujos filhos se concedia esse direito.

Tambem na praxe do fóro por direito anterior se julgava inepto o libello da acção de investigação de paternidade illegitima e de petição de herança, em que não se allegasse a qualidade de plebeu do pretenso pae.

Os filhos naturaes, perflhados, tendo o pae perflhante fallecido depois do codigo civil, succedem tambem nos bens desvinculados em conformidade de lei de 30 de julho de 1860, mas não nos desvinculados pela lei de 19 de maio de 1863, visto o preceito contido no artigo 5.º d'esta lei, que diz assim: Por morte do actual administrador e de seus immediatos successores não serão admittidos á successão *ab intestato* dos bens, de que se compunham os vinculos, pessoas extranhas á linha por onde os mesmos vinculos provieram, quando existam n'essa linha parentes até ao terceiro grau contada por direito canonico, já nascidos ao tempo da promulgação d'esta lei.

A perflhação feita em testamento antes do codigo civil, fallecendo o perflhante antes da promulgação do mesmo codigo, sem se ter al-

cançado o alvará regio de perfiliação, será valida? Parece que não, porque os actos jurídicos, para serem validos, devem ter as formalidades e condições estabelecidas na lei vigente ao tempo da sua constituição. No entretanto o supremo tribunal de justiça em accordão de 21 de fevereiro de 1873 julgou que não podia ser proposta em juizo depois da promulgação do código uma acção para a rescisão de doação, por falta de insinuação, feita antes da vigência do código civil, em que esta formalidade era exigida: decisão esta, que reputamos contraria a todos os principios de direito.

**Art. 1786.º** Se o testador, ao tempo da sua morte, não tiver filhos, mas tiver pae ou mãe vivos, consistirá a legitima dos paes nos dois terços da herança.

**Art. 1787.º** Se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae ou mãe, consistirá a legitima d'elles em metade dos bens da herança.

(Vid. nota ao artigo 1467.º)

**Art. 1788.º** Se o testador dispor de certo usufructo, ou de alguma pensão vitalicia, cujo valor exceda a sua quota disponivel, poderão os herdeiros legitimarios cumprir o legado, ou entregar ao legatario, tão sómente a quota disponivel.

(Vid. artigos 2148.º a 2150.º) Se o testador respeita as legitimas na propriedade, mas lega algum usufructo, ou pensão vitalicia, de tanto valor, que exceda, computado o usufructo em ametade do valor da propriedade, a sua quota disponivel, fica ao arbitrio dos herdeiros legitimarios cumprir o legado, ou entregar a quota disponivel ao legatario, e a elles é que pertence julgar, se effectivamente o legado excede ou não a quota disponivel do testador, e se lhes convem cumpri-lo, ou entrega-la.

Assim n'uma herança de 9:000\$000 réis, em que o valor da terça são 3:000\$000 réis, se o testador lega uma pensão annual vitalicia no valor de 600\$000 réis, póde ser mais conveniente aos herdeiros legitimarios entregar ao legatario os 3:000\$000 réis, quota disponivel do testador, de que estarem a pagar a pensão annual de 600\$000 réis, que representa um valor muito maior.

Se o legatario é ainda novo, e promete longa vida, póde convir aos herdeiros entregar-lhe a quota disponivel do testador, e extinguir assim a obrigação de pagar o legado. Se o legatario é já avançado em idade póde convir aos herdeiros pagar-lhe a pensão ou o usufructo legado, e não lhe entregar *em propriedade* a quota disponivel do testador.

Os legatarios do usufructo ou da pensão não podem queixar-se, porque recebem *tudo* aquillo de que o testador podia dispor; e os herdeiros legitimarios tambem não, porque têm a escolha ou de cumprir a disposição testamentaria, ou de entregar a quota disponivel do auctor da herança.

Este artigo teve por fonte o artigo 917.º do código civil francez, que é redigido nos seguintes termos: «*Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers, au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.*»

O certo é que a entrega da quota disponivel produz o effecto de transmissão completa.

Por esta mesma razão, nos inventarios entre herdeiros legitimarios menores ou entre outras pessoas incapazes de por si se regerem e administrarem seus bens, se o auctor da herança legar a Paulo uma pensão vitalicia de 100\$000 réis annuaes, por exemplo, para ser paga pela sua quota disponivel sem impor a cargo especial de algum herdeiro ou legatario o pagamento d'ella, separa-se um capital de 2:000\$000 réis, que é o equivalente ao valor da pensão multiplicada por 20, e que póde ser constituido em diaheiro, papeis de credito, bens immobiliarios, etc., e entrega-se-lhe para elle o usufruir, fazendo-se logo a partilha do capital para a morte do usufructuario ir a cada herdeiro a sua quota parte, artigo 2148.º

Se o auctor da herança com herdeiros legitimarios menores legar a Pedro 100\$000 réis a pagar pela quota disponivel, entrega-se ao legatario o capital de 2:000\$000 réis para o usufruir, e faz-se logo a partilha d'este capital pelos herdeiros para evitar nova partilha a morte do legatario.

Por isso se são quatro os herdeiros dividem-se logo por elles os 2:000\$000 réis para a morte do usufructuario receber cada um réis 500\$000.

Como o usufructo representa ametade do dominio pleno, composto de propriedade e de usufructo, e poderia entrar em duvida se, na hypothese sujeita, deviam entregar-se ao legatario 1:000\$000 réis em pleno dominio, ou 2:000\$000 réis em usufructo, decide o código, que se lhe entreguem 2:000\$000 réis em usufructo.

Se a pensão legada for imposta na herança, e os herdeiros forem maiores, e estes não concordarem sobre qual ha de pagar a pensão, os tribunaes decidirão o pleito em harmonia com os preceitos estabelecidos no citado artigo 2148.º, como determina o artigo 2149.º

Convem notar que as palavras «ou simillantes», empregadas no citado artigo 2148.º se referem a outras pessoas incapazes de por si se regerem e administrarem seus bens como são interdictos. Não abrangem porém as corporações e estabelecimentos publicos, porque as corporações e estabelecimentos publicos não podem ser herdeiros legitimarios de pessoa alguma.

Estes estabelecimentos são equiparados aos menores quanto á incapacidade para regerem e administrarem seus bens; mas quando os menores são considerados sob o ponto de vista de herdeiros legitimarios não têm comparação possivel com os estabelecimentos publicos, e apenas lhes podem ser equiparados os interdictos, que são tambem herdeiros legitimarios.

O preceito do artigo 2150.º, que tambem na generalidade da sua redacção se referiu a todo o conteúdo do artigo 2148.º só abrange a hypothese de serem legitimarios os herdeiros onerados com a pensão, e não comprehende outros herdeiros, como misericordias e hospitaes.

Assim se o testador deixando 4 filhos, e uma fortuna de 30:000\$000 réis, lega uma pensão vitalicia de 1:000\$000 réis, que representa o capital de 20:000\$000 réis, os herdeiros entregam ao legatario réis 10:000\$000 para elle usufruir, quota disponivel do testador, e não 20:000\$000 réis.

Se porém dada a mesma fortuna o testador institue seus herdeiros duas misericordias, e lega a terceiro uma pensão vitalicia de réis 1:000\$000, as misericordias entregam ao legatario toda a herança para elle a usufruir, porque toda cabe na quota disponivel do auctor da herança.

Já temos visto disposições testamentarias, em que o auctor da herança institue seus herdeiros certos estabelecimentos de caridade com a obrigação de pagarem pensões vitalicias a designados parentes ou amigos do testador.

Verdade seja que nas hypothesees sujeitas, e como o usufructo representa ametade do dominio pleno, se os herdeiros legitimarios e as duas misericordias entregassem os 10:000,000 réis em pleno dominio ao legatario, ficava elle pago do legado por inteiro dentro da quota disponivel do testador.

No entretanto o codigo decidiu de outro modo para a hypothese de serem legitimarios os herdeiros, ordenando que no caso de o testador legar pensão, não podesse o legatario haver senão o usufructo da quota disponivel do testador, e não a propriedade d'essa mesma quota.

Julgámos inapplicavel aos herdeiros não legitimarios maiores o disposto nos artigos 2148.º e 2150.º, apesar da generalidade com está redigido o artigo 2149.º, que parece abranger todos os herdeiros maiores, legitimarios ou não legitimarios.

Dizem alguns que o artigo 2149.º se refere aos herdeiros não legitimarios maiores, visto referir-se a pensão imposta *na herança*, e não a pensão imposta *na quota disponivel*, porque na herança de herdeiros legitimarios não pôde o seu auctor decretar restricções.

No entretanto nem ha analogia n'este caso, nem os principios juridicos permittem restringir por qualquer forma as liberalidades do testador, quando elle fallece sem herdeiros necessarios.

Os artigos 1788.º e 2148.º a 2150.º referem-se exclusivamente ao caso de haver herdeiros legitimarios, porque, se os herdeiros não forem legitimarios, tem o legatario de certo usufructo, ou de certa pensão annual, o direito de se pagarem do legado por inteiro, aindaque entrem pela *propriedade* dos bens do auctor da herança, porque não ha razão para restringir n'este caso o seu direito só ao usufructo.

Se os herdeiros legitimarios não forem menores, hypothese que o codigo regula no artigo 2149.º, decidir-se-ha em harmonia com o disposto no artigo 2148.º com relação aos legitimarios menores, no caso de elles não escolherem de entre si qual ha de ficar sujeito á pensão.

Não são porém obrigados alem da quota disponivel, e por isso, se esta não chegar, deverá ser entregue ao legatario para a usufruir.

Se os herdeiros não legitimarios forem menores, hypothese que o codigo não regula, deverá entregar-se ao legatario o capital da pensão, ou toda a herança para ella a usufruir, se ella não corresponder ao capital da pensão.

Ainda assim entre o artigo 1788.º e 2150.º a contradicção é flagrante, e vem já do projecto primitivo, tendo passado sem correctivo em todos os projectos da commissão revisora.

Pelo artigo 1788.º o legatario de pensão, que excede a quota disponivel do testador, se o onerado não lhe quizer pagar a pensão, tem direito a haver a quota disponivel do testador em perfeito dominio, usufructo e propriedade. Pelo artigo 2150.º o legatario de pensão que excede a quota disponivel do testador, tem direito a haver esta quota, mas só em usufructo, e não em propriedade.

Nem se diga que as hypothesees são diferentes, porque um e outro artigo se referem a herdeiros *legitimarios*, e n'um e n'outro se trata da hypothese de se legar pensão vitalicia cujo capital excede a quota disponivel do testador.

Tendo porém de sair d'esta difficuldade, e cingindo-nos á letra da lei poderíamos formular as conclusões que resultam d'estes preceitos em harmonia com o elemento grammatical de interpretação.

1.º Se se legar não uma pensão vitalicia, mas certo usufructo (hypothese que o artigo 1788.º regula, e que o artigo 2150.º não previu expressamente) que exceda a quota disponivel do testador, entrega-se-lhe essa quota em perfeito dominio, usufructo e propriedade.

2.º Se o auctor da herança legar alguma pensão vitalicia, sem mais declaração (hypothese expressamente determinada no artigo 1788.º) e esta exceder a quota disponivel do testador, entrega-se esta quota ao legatario em pleno dominio, usufructo e propriedade.

3.º Se o auctor da herança legar alguma pensão *vitalicia annual para ser paga pela sua quota disponivel sem que esta seja posta especialmente a cargo de algum herdeiro ou legatario* (hypothese expressamente regulada nos artigos 2148.º e 2150.º), e esta pensão exceder a quota disponivel do testador, entrega-se ao legatario essa quota unicamente em usufructo e não em propriedade.

No entretanto estas proposições, que poderiam justificar-se em face da *letra* dos artigos, não são compatíveis com os principios juridicos, reconhecidos no systema do codigo. Por isso reconhecida a collisão entre o preceito do artigo 1788.º e o do artigo 2150.º, julgámos que este deve preferir, não só por ser clara a sua redacção, mas porque é n'este legar onde se trata *ex professo* das partilhas. Portanto legado um usufructo ou pensão vitalicia, que excede a quota disponivel do testador, em qualquer caso, entrega-se a este apenas em usufructo.

Tambem a redacção por que principia o artigo 2148.º «*Se o auctor da herança em partilha*» podia levar-nos á conclusão de que o preceito legal se referia só ás partilhas feitas em vida do auctor da herança, se o conteúdo dos artigos não mostrasse de modo evidente que estes se referem ás partilhas feitas por morte do auctor d'ella.

O projecto primitivo em seguida ao artigo correspondente ao artigo 2150.º do codigo, continha um redigido nos seguintes termos: «*Extincto o direito do pensionario por sua morte, reverterá o fundo ou capital aos respectivos herdeiros, e será repartido entre elles, segundo o seu direito.*»

A commissão revisora porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou este artigo, de certo, por desnecessario.

Art. 1789.º Se o testador houver doado ou disposto de mais bens do que aquelles de que lhe é permittido dispor, poderão os herdeiros legitimarios requerer, na abertura da herança, que a doação ou deixa seja reduzida nos termos declarados nos artigos 1493.º e 1494.º

(Vid. notas aos artigos 1147.º e 1493.º)

Art. 1790.º O calculo da terça, para o effeito da redução, será feito da maneira seguinte:

§ 1.º Sommar-se-ha o valor de todos os bens, que o auctor da herança houver deixado, feita a deducção das dividas da herança; ajunctar-sa-ha á somma restante o valor dos bens, que o fallecido houver doado, e a quota disponivel será calculada com relação a esta somma total.

§ 2.º O valor dos bens doados será o que tiverem na epocha em que a doação produzir os seus effeitos.

§ 3.º Se a cousa doada houver perecido, sem que o dona-



tario para isso concorresse directamente, não será comprehendida na massa da herança para o calculo das legitimas.

(Vid. nota ao artigo 1147.º) A terça do testador deve ser calculada sempre com relação aos bens existentes no patrimonio do auctor da herança ao tempo da sua morte, sem se attender ao valor dos bens doados por elle em vida.

O artigo 1790.º manda calcular a terça tambem em relação ao valor dos bens doados, mas só para o effeito da redução; isto é, o artigo 1790.º é applicavel só ao caso de ser a doação inofficiosa, e de ter de se fazer por isso a redução. Mas para outros effeitos não é a terça calculada do mesmo modo.

Para alargar a quota disponível do testador, a fim de ampliar o seu direito de fazer liberalidade, não é a terça calculada nos termos do artigo, mas simples e unicamente com relação aos bens existentes no patrimonio do auctor da herança á sua morte.

A relação do Porto porém em accordão do 11 de março de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 33, decidiu que a doutrina geralmente seguida, antes de vigorar o código civil, de que os valores conferidos não augmentavam a terça da herança, é hoje inadmissivel em presenca do disposto no artigo 1790.º do mesmo código, que manda attender aquelles valores para o calculo da indicada quota, que excedendo o passivo o valor dos bens da herança não doados, deve juntar-se a este o das collações de todos os coherdeiros, deduzindo-se da totalidade a importancia das dividas passivas a que se dá pagamento, extrahindo-se do resto a terça, e fazendo-se o calculo das legitimas sobre as duas restantes terças partes, adjudicando-se ao conferente todos os bens, que lhe foram nomeados e doados sobre a collação do seu valor com abatimento da entrada, preenchendo-se a doação pela terça no excesso da legitima, e inteirando-se pela mesma terça qualquer outra doação para casamento, que fosse excessiva da legitima; e que, se a terça não chegasse para tanto, se inteirassem as doações pela ordem da sua prioridade até onde ella chegasse, e que havendo sobejo se dividisse este pelos respectivo legatarios.

Nesta decisão só se julgou contra lei que os bens doados viessem fazer cumulo com os existentes no patrimonio do auctor da herança para fazer face ás dividas da successão, e que no calculo da terça em geral deviam computar-se todos os bens doados. A nossa opinião a este respeito fica largamente desenvolvida em a nota ao artigo 1147.º

## SECÇÃO IV

### DA INSTITUIÇÃO DE HERDEIROS E DA NOMEAÇÃO DE LEGATARIOS E DOS SEUS DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Art. 1791.º Podem ser instituidos herdeiros, uma ou mais pessoas, e não deixarão de ser havidos por taes, ainda que as suas quotas lhes sejam assignadas em certa proporção.

(Vid. nota ao artigo 1736.º)

Art. 1792.º O herdeiro responde por todas as dividas e legados do auctor da herança, até por seus proprios bens, salvo se acceitar a herança a beneficio de inventario.

Art. 1793.º O legatario, porém, não responde pelos encargos do legado senão até onde chegarem as forças do mesmo legado.

(Vid. artigos 1800.º, 2018.º, 2019.º, 2051.º, 2053.º e 2231.º a 2233.º) A acceitação da herança é o acto pelo qual o chamado pelo testamento ou pela lei a tomar uma successão pratica factos, que mostram a sua resolução de tomar a posição de herdeiro, e de se desempenhar de todas as obrigações a que esta qualidade o sujeita. A lei não auctorisa a acceitação condicional, nem a acceitação até certa epocha, ou desde certa epocha, artigo 2022.º, porque os direitos dos credores da successão não podem depender de tal ou de tal acontecimento, nem existirem apenas momentaneamente a respeito do herdeiro acceitante.

Como os herdeiros succedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança, e muitas vezes acontecia que o herdeiro depois de acceitar a herança a encontrava onerada com taes encargos, que não chegavam os bens herdados para os satisfazer, sendo necessario entrar pelo seu proprio patrimonio para os pagar, introduziu-se a acceitação da herança a beneficio de inventario para dar ao herdeiro os meios de elle não ser obrigado a pagar mais do que recebia.

Ora os effeitos da acceitação a beneficio de inventario davam ao herdeiro as seguintes vantagens:

1.º Não ser obrigado ao pagamento de dividas da successão, senão até ao montante do valor dos bens que recolheu, e mesmo de poder exonerar-se do pagamento das dividas e encargos, abandonando todos os bens da successão aos credores e aos legatarios.

2.º Não confundir os seus bens pessoais com os da successão.

O herdeiro beneficiario teria sempre em seu poder duas massas de bens distinctos: os bens que lhe pertenciam por estarem no seu patrimonio effectivo, e os que pertenciam á successão. Nenhuma confusão se operava entre elles, enquanto não se concluisse o inventario. Se, por exemplo, o auctor da herança tinha vendido bens do herdeiro beneficiario, poderia este reivindicar-las das mãos dos compradores, sem que elles podessem oppor-lhe a sua qualidade de herdeiro, e sem que elles tivessem outro direito que o de reclamar uma indemnisação da successão beneficiaria.

3.º Conservar o direito de reclamar da successão o pagamento dos seus creditos. Se o auctor da herança devia certa somma ao herdeiro beneficiario, podia este concorrer, como os outros credores, para se fazer pagar do seu credito. Se lhe estava hypothecado algum immovel, podia exercer o seu direito de hypotheca, e fazer-se pagar de preferencia a outros credores, que não tivessem igual direito, devendo nomear-se curador especial á successão no caso de o herdeiro beneficiario intentar alguma acção contra ella, porque não podia então representa-la.

Antes do código civil não havia lei expressa que determinasse se o herdeiro puro e simples ficava ou não obrigado a encargos alem das forças da herança. No entretanto já antes das grandes reformas operadas em 1834 na nossa legislação civil, era opinião geralmente seguida que na falta de inventario respondia o herdeiro *ultra vires haereditatis*, conforme as doutrinas da lei ult. § 4.º, *cod. de jur. delib.* e novell. 1.º, cap. 2.º, § 2.º

Depois do decreto de 18 de maio de 1832, artigos 18.º a 20.º, já não offerecia duvida que o herdeiro puro e simples respondia até pe-

los seus proprios bens para satisfação dos encargos hereditarios; e a novissima reforma judicial determinava no artigo 408.º que o tutor accitaria sempre a herança a beneficio de inventario, sob pena de responder pelo prejuizo que sobreviesse aos menores.

Ultimamente ordenara a lei de 16 de junho de 1855 que pelo simples facto de se fazer inventario aproveitava o beneficio de inventario aos herdeiros maiores ou menores, aindaque não tivessem assignado termo com essa clausula, nos casos em que lhes aproveitaria pela legislação em vigor, se tivessem assignado o dito termo.

O projecto primitivo voltava de novo a legislação antiga, ficando ainda alem da lei de 16 de junho de 1855, porque nem sequer reconhecia que o simples facto do inventario produzisse os efeitos da accitação a beneficio de inventario, não havendo expressa declaração a este respeito.

No projecto primitivo estabeleceram-se exactamente a doutrina da lei antiga, não só no artigo 1924.º, que é no código o artigo 1792.º, e com a mesma redacção, mas tambem no artigo 2181.º, que no código se acha substituido pelo artigo 2019.º, e que dizia assim: «O herdeiro, que accita pura e simplesmente, fica responsavel a todos os encargos da herança, tanto pelos bens d'esta, como pelos seus proprios: o que accitar a beneficio de inventario, exime-se de responder por seus bens aos ditos encargos, e conserva todos os direitos que tivesse contra os bens do finado».

Portanto o projecto primitivo era logico e coherente n'este ponto. Tanto no artigo 1924.º, como no artigo 2181.º, acima citados, estabelecia a doutrina de que o herdeiro só respondia pelos seus proprios bens, mas respondia pelos seus proprios bens, em satisfação dos encargos da herança, quando a não accitasse a beneficio de inventario.

A commissão revisora estabelece no artigo 1792.º tambem que o herdeiro, que accitou pura e simplesmente, responde até pelos seus proprios bens, mas no artigo 2019.º declara que *em caso nenhum* o herdeiro responde pelos seus proprios bens, ou accite ou não a herança a beneficio de inventario; porque em caso nenhum é obrigado a encargos alem das forças da herança, ou a accite puramente, ou a beneficio de inventario.

Vejamos o motivo d'estas resoluções incongruentes.

Na sessão da commissão revisora de 7 de junho de 1862, em que se tratou do exame do artigo 1924.º do projecto, estavam presentes apenas os vogaes seguintes: os srs. Soure, Seabra, Ferreira Lima, Gil e José Julio, e foi approvedo o artigo sem a mais leve observação, que da acta conste.

Na sessão de 4 de dezembro do mesmo anno, em que se examinou o artigo 2181.º, estiveram presentes os srs. Seabra, Marreca, Ferreira Lima, Simas, Herculano, Gil, Silva Ferrão, e José Julio.

O sr. Silva Ferrão, que não fôra presente na sessão de 7 de junho, apresentou uma proposta de substituição ao artigo, que vinha a ser, com pequenas differenças de redacção, o que hoje se lê no § unico do artigo 2019.º

Em seguida o sr. Ferreira Lima fez outra proposta de substituição, comprehendendo não só o que hoje se lê no § unico, mas tambem o que se lê no artigo, e foi esta approveda, retirando a sua o sr. Silva Ferrão.

A proposta approveda do sr. Ferreira Lima apenas se differenciava do artigo em dizer: «O herdeiro *em regra* não é obrigado a encargos alem das forças da herança». Mais tarde a commissão revisora eliminou ainda as palavras «*em regra*».

Em presença das disposições encontradas dos artigos 1792.º e 2019.º, qual deve prevalecer?

A do artigo 2019.º; em primeiro logar porque é este artigo que resume o pensamento da commissão revisora, que por descuido ou esquecimento não poz de harmonia com elle os outros; e em segundo logar porque é no artigo 2019.º que se trata *ex professo*, e a proposito, das obrigações do herdeiro que accita a herança puramente ou a beneficio de inventario.

A relação do Porto julgou em accordão de 24 de julho de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 19, que tanto pela antiga, como pela moderna legislação consignada no artigo 2019.º do código civil e no § unico, não é nunca obrigado pelos seus bens proprios o herdeiro, seja ou não beneficiario.

Consequentemente ha de subordinar-se ao mesmo principio geral o artigo 1800.º, devendo entender-se, que os herdeiros que administraram herança absorvida por legados, têm direito em todo o caso a serem indemnizados pelos legatarios das despezas feitas com a herança, ou a tivessem accitado puramente, ou a beneficio de inventario, com a unica differença de que tendo-a accitado simplesmente a ellas incumbe provar que os bens não chegaram para pagamento d'essas despezas, e tendo-a accitado a beneficio de inventario é aos legatarios a quem incumbe a prova.

De modo que hoje os unicos efectos da accitação pura ou a beneficio de inventario, quanto ao pagamento dos encargos hereditarios, são lançar sobre o herdeiro ou sobre os outros interessados o onus da prova de que os bens da herança não são ou são sufficientes para pagamento de todos os encargos.

Os outros effects da accitação da herança a beneficio de inventario encontram-se descriptos nos artigos 2044.º a 2063.º do código. Ha porém ainda hoje um effecto juridico importante, que resulta da accitação da herança a beneficio de inventario, de que já tratámos em a nota ao artigo 551.º n.º 6.º; e vem a ser que a prescripção não pôde começar nem correr entre a herança e o herdeiro, emquanto o inventario não se concluir, verificando-se conjuntamente os dois seguintes requisitos: 1.º, de o herdeiro ter accitado a herança a beneficio de inventario; 2.º, de se achar na posse effectiva da mesma herança.

O artigo 2019.º § unico ficou com o vicio de redacção da proposta primitiva, quando diz: «incumbe aos *credores*», em vez de dizer: «incumbe aos *interessados*»; porque não é só aos credores, mas aos *legatarios* tambem, que pôde importar a prova de que ha na herança outros bens alem dos inventariados.

O legatario não carece de receber o legado a beneficio de inventario, para não ficar sujeito a encargos alem das forças da herança. Como consta de quantidade determinada, ou indeterminada que pôde determinar-se, escusado é o inventario. Incumbe em todos os casos aos interessados a prova de que no legado ha mais valores, do que o legatario declara, para pagamento das dividas e encargos.

Aqui transcrevemos a portaria do ministerio do reino de 21 de junho de 1870, que encerra doutrina muito importante e juridica sobre o assumpto. Diz o referido diploma: «Dirigindo-se frequentemente ao governo as administrações das corporações administrativas a pedir licença para a accitação de legados que lhes são deixados para funções de piedade, beneficencia e outros fins de interesse publico: manda Sua Magestade El-Rei declarar aos governadores civis dos districtos administrativos, para seu conhecimento, e para que o façam

constar ás administrações que solicitam semelhantes licenças, que, em vista das leis vigentes, não têm ellas necessidade de obter licença do governo, ou de alguma outra autoridade, para aceitarem qualquer herança ou legado com que sejam contempladas, visto que, sendo regra geral de direito, fundada nas expressas disposições dos artigos 1793.º e 2019.º do código civil, que os herdeiros e os legatários não respondem por encargos superiores ás forças das heranças e dos legados; dispondo além d'isso em especial o artigo 2023.º do mesmo código que os menores ou interdictos (a que por direito são equiparadas as corporações administrativas sujeitas á tutela do estado) só podem aceitar herança a benefício de inventário, inútil e dispensável se torna a fiscalização previa do governo por meio da licença.

«Cumpre portanto fazer constar ás referidas corporações: 1.º, que para aceitarem heranças e legados não carecem de licença do governo; 2.º, que, em vista do disposto no artigo 2023.º e mais disposições citadas do código civil, não lhes é permitido repudiar heranças; mas pelo contrario as devem aceitar, não puramente; mas sempre a benefício de inventário; 3.º, que não são obrigadas a encargos além das forças da herança ou do legado; 4.º, que são obrigadas todavia a fazer a conversão dos bens immobiliários, que lhes forem deixados, nos termos do artigo 35.º do citado código; e 5.º, finalmente, que só o poder judicial é competente para resolver quaesquer questões que se suscitem tanto sobre a capacidade das corporações para serem herdeiras ou legatárias nos termos do artigo 1781.º do código, como sobre a possibilidade de cumprirem os encargos com que forem onerados os bens legados.»

Convém notar que o legatário não responde por todos os encargos que oneram o legado. N'alguns casos tem recurso contra a herança para se indemnizar do valor dos encargos que satisfaz.

Assim, se a coisa legada se achar empenhada, o desempenho é por conta da herança, artigo 1816.º

Os encargos, a que fica obrigado o legatário sem recurso contra a herança, são os mencionados no artigo 1845.º Quaesquer outros onus, que pesem sobre o legado, hão de ser pagos por conta da herança, como se mostra do § unico do mesmo artigo 1845.º

O herdeiro pôde requerer a aceitação da herança a benefício de inventário, sem embargo de qualquer prohibição do testador, como dispõe o código italiano, artigo 956.º, e se deprehende do artigo 1743.º do nosso código.

Apesar do principio geral de que a herança pôde ser aceita puramente, ou a benefício de inventário, ha dois casos, em que por força da disposição da lei a herança se tem por aceita pura e simplesmente.

O primeiro é quando o herdeiro beneficiário não principia, ou por sua culpa não conclue o inventário nos prazos marcados na lei, artigo 2031.º O legislador presume que faltar aos prazos, dentro dos quaes deve começar e concluir-se o inventário, bem como ás solemnidades que o acompanham, é o mesmo que se desde o principio o herdeiro não houvesse manifestado a intenção de se aproveitar do benefício de inventário; e tanto mais que esses prazos foram estabelecidos, antes do interesse dos legatários e dos credores, do que no do herdeiro.

O segundo caso é na hypothese de se terem *sonegado* no inventário alguns bens da herança, artigo 2053.º

Consta da acta da sessão da commissão revisora de 15 de dezembro de 1862 que o sr. Seabra propozera que á palavra «*sonegarem*»

se acrescentasse a palavra «*dolosamente*», acrescentamento que a commissão não aceitou pelo julgar inútil.

O herdeiro, que declara aceitar a benefício de inventário, compromette-se a pagar as dividas da successão só até á concorrência dos bens d'esta. Se omitiu alguns na descripção, como pretende frustrar os direitos dos interessados, não pôde aproveitar-se do benefício de inventário, porque fez acto de herdeiro simples.

Porém hoje esta pena é quasi nulla, visto que o herdeiro não pôde ser obrigado a encargos além das forças da herança. Mas fica sujeito á outra pena, a que era sujeito pelo direito anterior o cabeça de casal, que de má fé deixava de descrever no inventário alguns bens da herança, que era não ter parte nos *sonegados*, artigo 2079.º

Nos casos pois dos artigos 2051.º e 2053.º o herdeiro fica na posição de herdeiro puro, ainda que tenha reclamado a aceitação a benefício de inventário.

O artigo 1792.º, referindo-se ás dividas e legados do auctor da herança, denuncia o mesmo pensamento, que revela o artigo 2019.º na palavra «*encargos*», que abrange tanto as dividas como os legados.

O usufructuario *universal* equiparado ao herdeiro, como continuador da pessoa do auctor da herança, paga por inteiro todos os alimentos e pensões, artigo 2231.º, os quaes se consideram encargos dos fructos. No mesmo caso está o usufructuario a titulo universal, isto é, o usufructuario de uma quota de rendimento, que tambem se reputa continuar a pessoa do auctor da herança, e que por isso é obrigado a pagar as pensões em proporção da sua quota de usufructo, artigo 2232.º

O usufructuario porém de coisa determinada é equiparado ao legatário, e por isso não é sujeito a encargos alguns, que não lhe tenham sido impostos expressamente, artigo 2233.º, salva a obrigação do pagamento de dividas, não chegando os bens da herança.

Art. 1794.º Se a herança for toda distribuida em legados, serão as dividas e encargos d'ella rateados entre todos os legatários, em proporção dos seus legados, salvo se o testador houver ordenado o contrario.

Art. 1795.º Se os bens da herança não chegarem para cobrir todos os legados, serão estes pagos pro-rata, salvo os que forem deixados em recompensa de serviços; pois nesse caso serão considerados como divida da herança.

(Vid. artigos 1839.º e 1893.º) Os herdeiros são naturalmente os encarregados da execução do testamento; mas o testador pôde nomear executores testamentarios especiais, artigo 1885.º, entregando a amil-gos, que não tenham interesse em illudir a sua vontade, e saibam desempenhar-se do encargo, o velarem pelo cumprimento do testamento.

O testamenteiro, desde que aceita, é verdadeiro mandatario, e assim decidiu um tribunal francez; decisão de que Rogron dá conta em as notas ao código civil francez.

Ainda mesmo que haja testamenteiros, e que tenham aceitado o encargo, se não podérem vir a accordo, o que é indispensavel visto serem solidarios na sua gerencia, cadueca a testamentaria, artigo 1904.º § unico, ficando encarregados da execução do testamento os herdeiros, ou os legatários se foi distribuida a herança toda em legados, artigos 1839.º e 1893.º

Por isso tambem no caso de impedimento ou escusa, ou remoção do testamenteiro, incumbe o cumprimento do testamento aos herdeiros, ou aos legatarios se a herança foi distribuida toda em legados.

No caso de não ser cumprido o testamento por executores testamentarios, especialmente nomeados pelo testador, e de pesar esse encargo sobre os herdeiros, ou sobre os legatarios se for distribuida a herança toda em legados, o cumprimento do testamento incumbe ao herdeiro ou ao legatario mais beneficiado; e, se as porções legadas ou hereditarias forem iguaes, o que for designado por nomeação dos interessados; e, se estes se não accordarem, ou entre elles houver algum menor, interdito ou ausente, o juiz nomeará o executor testamentario, que ha de ser escolhido d'entre os herdeiros se os houver instituidos, ou que pôde ser estranho, se a herança tiver sido distribuida toda em legados, artigos 1839.º e 1893.º

Porém ainda distribuida a herança em legados não pôde deixar de haver herdeiro. O direito hereditario pertencerá n'este caso aos herdeiros legitimos, porque a successão *in universum jus* repugna á determinação de parte da herança. Por exemplo, o testador que teu 4.000.000 réis, e deixa a 4 individuos, a cada um 1.000.000 réis, distribuiu a herança em legados, mas os direitos eventuaes não foram deferidos aos legatarios.

A herança defere-se n'este caso em virtude da lei. Os herdeiros são os legitimos. Se caducar algum legado passa aos herdeiros legitimos. Se houver de reclamar-se algum direito, não mencionado na distribuição dos legados, e que fosse mesmo desconhecido do testador, os interessados são os herdeiros legitimos.

A acção para annullar contratos feitos pelo testador, como de venda de bens de raiz sem outorga da mulher, ou sem o previo pagamento da contribuição de registro, pertence aos herdeiros legitimos do testador, etc. Os legatarios não podem aspirar a mais do que a somma ou cousa determinada que lhes pertenceu no testamento.

Portanto não é essencial haver herdeiro para a validade do testamento, mas é essencial haver herdeiro para a transmigração completa da personalidade juridica do auctor da herança, salvo se o testador determinar que todo o remanescente da herança, ou qualquer direito eventual, que de futuro appareça, accresça aos legatarios, mas n'esta especie são os legatarios, assim contemplados, verdadeiros herdeiros.

No entretanto não pesa o encargo de testamenteiro sobre os herdeiros legitimos, visto que na distribuição da successão nada lhes pertenceu, e apenas ficam com direito a qualquer cousa que eventualmente se verifique depois pertencer ao auctor da herança. N'este caso pela regra de que quem tem os commodos deve ter os incommodos, pertence o cumprimento do testamento aos legatarios, que ficam com valores certos, de preferencia aos herdeiros legitimos, que ficam com direito a valores *eventuaes*, e ainda porque devem merecer mais confiança ao testador os legatarios, que elle beneficiou, do que os herdeiros legitimos, que elle preteriu.

Pela mesma razão entendem alguns que para o encargo de inventariante ou cabeça de casal são preferidos n'este caso os legatarios aos herdeiros legitimos.

Mas contra esta opinião julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 9 de dezembro de 1873, decidindo que, apesar de não haver remanescente da herança por esta ter sido distribuida em legados, não era ao legatario mais beneficiado, mas sim ao mais

proximo parente do testador, que pertencia o encargo de cabeça de casal.

Os fundamentos d'este julgamento são que o encargo de testamenteiro não pôde confundir-se com o de cabeça de casal e de inventariante, e que a circumstancia de ser testamenteiro, ou de ser o legatario mais beneficiado não exclue o direito de ser cabeça de casal, que pertence aos herdeiros em todos os casos, visto o artigo 2068.º e seguintes, assento da materia.

E o artigo 1800.º previne a hypothese de ser administrada pelos herdeiros uma herança absorvida por legados.

No entretanto sendo a herança toda distribuida em legados, e conhecendo-se claramente este facto logo no começo do inventario o encargo de cabeça de casal ha de pertencer ao legatario mais beneficiado, como se mostra do artigo 1839.º, explicado pelo artigo 1838.º Tendo o codigo determinado no artigo 1838.º que os legados não de ser entregues pelos herdeiros aos legatarios, se estes se não acharem já de posse, entrega esta que se comprehende nas funções de inventariante e cabeça de casal, logo no artigo 1839.º incumbe a execução do testamento ao legatario mais beneficiado, tendo sido distribuida a herança toda em legados, parecendo assim, pela intima relação dos dois artigos, que na execução do testamento se comprehende a entrega dos legados, que é uma função do cabeça de casal.

Finalmente desde que se reconhece que não ha remanescente de herança, depois de pagos os legados, será absurdo dar a posse da herança e as funções de cabeça de casal ao herdeiro legitimo, que nenhum *interesse* tem no inventario, e que pelo contrario pôde prevaler-se da sua posição para incommodar os legatarios, e por este meio indirecto os obrigar a algum accordo, que lhe dé o que o testador lhe negou.

Art. 1796.º Se o testador houver disposto só de certa e determinada parte da herança, será esta parte havida como legado.

(Vid. nota ao artigo 1736.º)

Art. 1797.º Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros collectivamente, e, por exemplo, disser «instituo por meus herdeiros Pedro e Paulo e os filhos de Francisco», serão havidos por individualmente nomeados os que o foram collectivamente.

(Vid. artigo 1799.º) Podia entrar em duvida, no exemplo do artigo, se a herança devia ser dividida em tres partes, uma para Pedro, outra para Paulo, e outra para ser subdividida pelos filhos de Francisco; e no fóro antigo era mais seguida a opinião de que nomeado um herdeiro individualmente, e outros collectivamente, como se o testador dissesse: *Instituo FF. e os filhos de F.*, os collectivamente nomeados só haviam uma parte da herança igual á de cada um dos outros individualmente nomeados. O codigo cortou a questão, determinando que se considerem nomeados individualmente cada um dos que constituem o grupo, nomeado collectivamente.

Portanto, no exemplo dado, e na hypothese de serem tres os filhos de Francisco, divide-se a herança em cinco partes iguaes, uma para Pedro, outra para Paulo, e cada uma das outras tres para cada um dos tres filhos de Francisco.

Por esta regra se o testador dissesse: «Instituo meus herdeiros a Francisco e seus filhos», era a herança dividida em 4 partes, uma para Francisco, e cada uma das outras tres para cada um dos seus tres filhos, porque esta fôrma de instituição não significa que os bens são para Francisco, e só por sua morte para seus filhos, poisque aquella fôrma de testar não significa instituição successiva, mas simultanea, como expressamente determina o artigo 1799.º, que resolve assim duvidas que o silencio da lei poderia suscitar, sobre se aquella fôrma de testar significava instituição successiva ou simultanea.

Claro é que esta regra se segue «salvo conhecendo-se claramente que outra foi a mente do testador», como se exprimiia o projecto primitivo no final do artigo 1929.º, correspondente ao artigo 1797.º do codigo, palavras que a commissão revisora eliminou, de certo por escusadas.

O codigo porém regula nos dois artigos 1797.º e 1799.º apenas duas hypotheses: 1.ª, de serem nomeados certos herdeiros, uns individualmente e outros collectivamente; 2.ª, de serem nomeados certa pessoa e seus filhos. Para ambos os casos estabelece o codigo a mesma regra.

Supponhamos porém que se verifica terceira hypothese, tambem muito frequente na pratica, em que o testador nomeia certos herdeiros, uns e outros *collectivamente*, como se nomeia seus herdeiros os filhos de Francisco e os de Manuel: qual é a regra a seguir? Ha de dividir-se a herança individualmente por cada um, como nas especies previstas nos artigos 1797.º e 1799.º, ou ha de dividir-se em duas partes, como dois são os grupos dos instituidos, sendo uma para os filhos de Francisco e outra para os filhos de Manuel?

Parece que deveria dividir-se em duas partes, pertencendo cada uma a seu grupo dos instituidos, não só porque os artigos 1797.º e 1799.º não devem ser applicados a outras especies alem das n'elles especificadas, artigo 11.º do codigo, mas porque a separação dos grupos indica que o testador os não queria confundir.

Todavia como não ha preccito algum no codigo para regular esta especie, força é recorrer aos *casos analogos*, previstos n'aquelles dois artigos, e decidi-la em conformidade d'elles.

Caducando portanto a parte pertencente ao herdeiro de um grupo, ha de acrescer tanto aos individuos d'esse mesmo grupo, como aos do outro. Se caducar na totalidade a parte pertencente a um grupo, ha de acrescer aos individuos que constituem o outro grupo.

Se o testador, depois de ter instituido varios herdeiros e legatarios, declarar que, se algum impugnar a disposição testamentaria, a sua parte acrescerá *aos outros*, e algum impugnar effectivamente o testamento, divide-se a sua parte por igual entre herdeiros e legatarios, visto que tendo sido todos nomeados *collectivamente* a essa parte, devem ter-se por individualmente nomeados.

Deve porém advertir-se que a pena imposta pelo testador áquelle dos contemplados, que impugnar o testamento, não se torna effectiva quando haja nullidade declarada por lei, vista a disposição do artigo 1782.º

Art. 1798.º Se o testador instituir, em geral, seus irmãos e os tiver germanos, consanguineos e uterinos, conferir-se-ha a herança como se fôra ab-intestato.

(Vid. nota ao artigo 1742.º)

Art. 1799.º Se o testador chamar certa pessoa e seus filhos, entender-se-ha que são todos instituidos simultaneamente e não successivamente.

(Vid. nota ao artigo 1797.º)

Art. 1800.º O herdeiro ou herdeiros que tiverem administrado a herança absorvida por legados, só terão direito a serem indemnizados pelos legatarios das despezas que houverem feito com a herança, se a tiverem accedido a beneficio de inventário.

(Vid. nota ao artigo 1792.º)

Art. 1801.º É nullo o legado de coisa alheia, mas se do testamento se deprehender que o testador ignorava que lhe não pertencia a coisa legada, deverá o herdeiro adquiril-a para cumprir a disposição, e se isto não for possivel pagará ao legatario o valor d'ella.

Art. 1802.º Se a coisa legada, que não pertencia ao testador no momento da feitura do testamento, se tiver depois tornado sua por qualquer titulo, terá effeito a disposição relativa a ella, como se ao tempo do testamento pertencesse ao testador.

(Vid. artigo 1804.º) É nullo o legado de coisa alheia, como é nulla a venda ou troca de coisa alheia, artigos 1535.º e 1594.º, porque ninguém pôde doar, deixar, vender, ou trocar, senão o que for proprietario sua.

No entretanto se o testador estiver persuadido de que a coisa lhe pertence, ha de o herdeiro adquiril-a para satisfazer á disposição testamentaria, ou pagar o seu valor ao legatario, porque se presume que o testador quiz deixar a esta a coisa ou o seu valor. Pela mesma razão se lhe pertencia só parte, ou ao herdeiro ou ao legatario, a quem elle impoz a obrigação de a entregar, só a essa parte tem direito o contemplado, salvo se o testador estava em erro, porque então o contemplado tem direito á coisa toda, ou ao valor da parte, que não pertencia ao testador, herdeiro ou legatario, artigo 1804.º

Se porém o testador sabia que lhe não pertencia a coisa legada, suppõe-se que a liberalidade fôra irrisoria, e nenhum direito tem a ella o legatario.

Algumas legislações estabelecem a doutrina contraria, determinando que é valido o legado, quando o testador sabia que a coisa era alheia, presumindo-se que impoz ao onerado a obrigação de a adquirir e de a entregar ao beneficiado, ou de lhe pagar o seu valor, porque é evidente que o testador quiz favorecer o legatario, e nem pôde presumir-se que elle quizesse ludibriar no acto mais serio e ter-rível da vida.

Por direito romano era valido o legado de coisa alheia, quando o testador sabia que ella lhe não pertencia, porque se presumia que o testador impozera ao onerado a obrigação de a adquirir, ou de a pagar ao beneficiado.

A legislação franceza declara nullo o legado de coisa alheia, ou o testador soubesse ou não que ella não lhe pertencia, para evitar as

difficuldades da prova, — se o testador sabia ou ignorava que a coisa lhe pertencia.

Entre nós ou o testador soubesse ou ignorasse que a coisa legada era alheia ao tempo da feitura do testamento, é valido o legado, se a coisa estava no seu patrimonio ao tempo da morte, artigo 1802.º, assim como se revalida a venda de coisa alheia, se o vendedor por qualquer forma a adquirir, antes que se dê a evicção ou a accusação criminal, artigo 1555.º § unico.

Presume-se n'este caso que o testador a adquiriu para tornar o legado uma realidade, e mesmo porque regulando-se pelo tempo da morte tudo o que respeita à *forma interna* do testamento, mesmo no que pertence à capacidade do testador, nos termos do artigo 1765.º, não ha motivo para nullidade quando a coisa é já do testador ao tempo em que o testamento ha de produzir os seus effeitos juridicos.

O nosso codigo para evitar complicadas difficuldades, e graves inconvenientes, não admite prova de que o testador ignorava que a coisa lhe pertencesse, senão a que resultar do texto do proprio testamento artigo 1761.º, incumbindo ao legatario, como interessado, provar que do contextio do testamento se deprehende que o testador ignorava que a coisa lhe não pertencia.

Supponhamos porém que a coisa era do testador, que este sabia que ella lhe pertencia, e que estava certo do seu direito de dispor da coisa, mas que ignorava que não podia dispor d'ella a favor do legatario, a quem a deixára, por não saber que a tinha recebido dos seus antepassados com a condição de não passar à familia do legatario, por exemplo, ha de o herdeiro pagar ao legatario o valor d'ella?

Não previne o codigo esta especie, apesar de ser analogia à hypothese prevista no artigo 1801.º Dizem alguns que sendo nullo o legado de coisa alheia, e não se admitindo a esta regra outras excepções, alem das previstas expressamente no codigo, não é o herdeiro obrigado a pagar o valor da coisa ao legatario, e que este fica sem a coisa e sem o seu equivalente.

Nós porém julgámos mais legal a opinião contraria. Desde que o caso é analogo ao preceito no artigo 1801.º ha de ter a mesma resolução.

**Art. 1803.º** Se o testador ordenar, que o herdeiro ou o legatario entregue a outrem coisa que pertença a qualquer d'elles, serão obrigados a cumprir o disposto pelo dicto testador ou a entregar o valor da coisa, se não preferirem renunciar a herança ou o legado.

(Vid. artigo 1847.º) Como o herdeiro representa o auctor da herança, e de igual representação goza o legatario em relação à coisa ou somma legada, indifferente é que o testador disponha do que é seu, ou do que é do herdeiro ou do legatario, que só poderão deixar de cumprir o encargo, se quiserem renunciar o beneficio da successão.

A obrigação do onerado porém é um pouco differente segundo é herdeiro ou legatario, porque se o testador legar alguma coisa do herdeiro, os outros co-herdeiros são obrigados a indemnisa-lo proporcionalmente, poisque sendo divida da herança, deve pesar sobre todos os co-herdeiros, se o testador não houver determinado o contrario, artigo 1847.º; e se o onerado for legatario não pôde pedir indemnisação alguma à herança, porque se reputa encargo especial imposto no legado.

O artigo 1803.º porém refere-se unicamente à hypothese de o testador dispor de coisa *que pertença* ao herdeiro ou ao legatario. Mas se essa coisa effectivamente não pertencer ao onerado, valerá ainda assim o legado? E valerá em ambas as hypotheses, isto é, ou o testador soubesse ou ignorasse que a coisa não pertencia ao onerado?

Devemos resolver estas questões por analogia do disposto no artigo 1804.º, e mesmo pelo preceito d'este artigo, applicando ao caso de ser alheia *toda* a coisa legada, o que o codigo dispõe para o caso de ser alheia *só parte*, não ha razão para que o herdeiro ou o legatario fiquem desobrigados de entregar parte da coisa legada, que lhes não pertencia, quando o testador sabia que essa parte effectivamente não era d'elles, e não o fiquem quando ella é toda alheia, e o testador o sabia tambem; porque são analogas as hypotheses e identicas as razões.

Portanto os principios estabelecidos no artigo 1801.º são igualmente applicaveis, ou o testador legasse coisa sua, ou do herdeiro, ou do legatario; e os principios estabelecidos no artigo 1804.º para o caso de ser alheia só parte da coisa legada, devem applicar-se ao caso de ser alheia toda a coisa legada.

E se a coisa legada pertencer ao proprio legatario? O projecto primitivo tocava esta especie no artigo 1940.º, que se seguia immediatamente ao artigo correspondente ao artigo 1807.º do codigo, o qual dizia assim: «É nullo o legado de coisa, que pertença ao legatario ao tempo da factura do testamento; mas se o legatario adquirir depois a dita coisa, haverá o seu valor.»

A commissão revisora eliminou este artigo em sessão de 7 de junho de 1862, declarando-se na acta que fôra eliminado por se considerar inutil. Portanto ha de regular-se esta especie pelos mesmos principios consignados nos artigos 1801.º a 1804.º Se o testador sabia que a coisa pertencia já ao legatario é nullo o legado, e valido se elle o ignorava, tendo o legatario direito ao seu valor n'este caso?

Decidimo-nos pela nullidade do legado em ambas as especies, visto que, não providenciando o codigo sobre esta hypothese, subsiste a regra geral da nullidade do legado de coisa alheia. O que a commissão revisora considerou inutil, julgavamo-lo nós de necessidade indeclinavel para resolver uma duvida, que assim fica de pé.

**Art. 1804.º** Se o testador, o herdeiro ou o legatario for senhor tão sómente de parte da coisa legada, ou só tiver algum direito a essa coisa, não valerá o legado senão pelo que tocar a essa parte ou a esse direito, salvo se constar, que o testador estava persuadido de que a coisa lhe pertencia integralmente, ou ao herdeiro ou ao legatario; pois, n'esse caso, se observará o que fica disposto no artigo 1801.º

(Vid. nota ao artigo 1801.º)

**Art. 1805.º** O legado de coisa movel indeterminada, incluída em certo genero ou especie, será valido, posto que tal coisa não exista entre os bens do testador ao tempo da sua morte.

**Art. 1806.º** Se o testador legar coisa propria, designando-a singularmente, será nullo o legado, se ao tempo da sua morte tal coisa se não achar na herança.

Art. 1807.º Se a cousa mencionada no artigo precedente existir na herança, mas não na quantidade ou porção designada, haverá o legatário o que existir, nem mais nem menos.

(Vid. artigo 1828.º) Segundo é determinada ou indeterminada a cousa móvel legada, diferentes são as obrigações do herdeiro, não se achando a cousa no patrimonio do testador ao tempo da sua morte.

Se o testador deixar um cavallo, e não houver cavallos na successão, ha de o herdeiro compra-lo para o entregar ao legatário. Se o testador deixar o seu cavallo A, e este não existir já ao tempo da sua morte, não é o herdeiro obrigado a da-lo ao legatário, porque se presume que a vontade do testador era dar-lhe só certo e determinado cavallo.

Se o testador deixou o seu vinho de 1840 na quantidade de 10 pipas, e á sua morte não existem senão 5, não é o herdeiro obrigado a pagar as outras 5, porque se presume que a intenção do testador era contemplar o legatário com certo e determinado vinho, e não com o valor d'esse vinho. O legado de cousa indeterminada que não appareça na successão só é valido com as duas condições: 1.º de ser móvel a cousa legada; 2.º de ser incluída em certo genero ou especie.

Se o testador legar, por exemplo, uma casa, e a não houver no seu patrimonio, é nullo o legado. Se o testador legar, por exemplo, um animal, é nullo o legado por não ser incluída a cousa em certo genero, não assim, se legar um cavallo, um boi, etc.

A escolha da cousa móvel indeterminada, que foi legada, pertence ao herdeiro, artigo 1827.º, e não ao legatário, porque segundo os principios juridicos pertence a escolha ao devedor, e ao herdeiro é que incumbem presta-la.

A escolha, na falta de declaração em contrario, pertence ao devedor, a *simili* do artigo 1691.º, e porque as clausulas dos actos juridicos interpretam-se em favor d'este.

O herdeiro, ou a escolha lhe pertença por lei, ou por nomeação do testador, deve dar uma cousa, que não seja a melhor nem a peor, tendo em attenção unicamente as qualidades da cousa.

N'esta parte diverge o nosso codigo do projecto de codigo civil hespanhol que manda attender, na apreciação do termo medio, tambem ao capital hereditario, e ás qualidades pessoas do legatário, e que determina que deixando o testador expressamente a escolha da cousa ao herdeiro, pôde este escolher a peor.

Quando o testador deixar ao arbitrio do legatário escolher a cousa, pôde elle escolher a melhor, artigo 1828.º

N'este caso o legatário pôde escolher a melhor, por se presumir essa a vontade do testador pelo facto de lhe ter conferido o direito de escolha. Mas se não houver cousa alguma d'essa especie, volta-se á regra anterior de ser o herdeiro, como devedor, que escolhe a que lhe ha de entregar, e que ha de ser um termo medio, nem da melhor, nem da peor qualidade.

Convem igualmente notar que se a cousa *propria* a que se refere o artigo 1806.º, em vez de ser do testador, for alheia, são applicaveis á especie os artigos 1801.º a 1804.º

Art. 1808.º A condição, que inibir o herdeiro ou o legatário de casar-se ou de deixar de casar-se, excepto sendo imposta ao viuvo ou viuva com filhos pelo conjuge fallecido, ou

pelos ascendentes ou descendentes d'este, e bem assim a que o obrigar a tomar ou a deixar de tomar o estado ecclesiastico, ou certa e determinada profissão, haver-se-ha por não escripta.

(Vid. artigo 1848.º) O pensamento fundamental do artigo 1808.º foi proserever, declarando não escriptas, todas as condições que importassem restricção absoluta da liberdade natural de tomar ou de deixar de tomar certo estado.

O celibato é contrario ás leis naturaes e aos legitimos interesses da sociedade.

Nos testamentos era muito frequente sobretudo a condição de casar ou de tomar ordens sacras o herdeiro ou o legatário; de modo que o interesse da disposição obrigava muitas vezes o contemplado a abraçar, com prejuizo seu e da sociedade, uma vida para que sentia inteira repugnancia.

Por direito anterior até se reputava valida na instituição a clausula «se casar e tiver filhos», vista a lei 7, cod. de condit. et subst.

Por isso o codigo, sem embargo de ter já declarado no artigo 1743.º que deviam reputar-se não escriptas as condições impossiveis ou contrarias á lei, mencionou com especialidade as duas, reguladas n'este artigo 1808.º porque eram muito frequentes.

A condição de tomar ou de deixar de tomar certo estado reputa-se sempre não escripta, qualquer que seja a posição do testador e do instituido, e as suas relações juridicas.

Porém a condição de deixar de casar é valida quando imposta ao viuvo ou viuva com filhos pelo conjuge fallecido ou pelos parentes d'este em linha recta.

Esta restricção era já reconhecida no nosso antigo direito, e bem recebida nos nossos costumes; comquanto nós a julgemos contraria á moral, porque, prohibindo ao viuvo as segundas nupcias, não lhe impõe penalidade alguma, se elle se entregar a uma escandalosa mancebia, nem lhe prohibe a perflhação dos filhos havidos d'esta união reprovada.

O codigo com rasão limita o direito, de pôr esta condição, ao conjuge fallecido e aos parentes d'este em linha recta, porque a injuria ou o desprezo, que pôde haver no segundo ou no ulterior matrimonio, não pôde suppor-se que reflecta senão sobre estas pessoas mais chegadas ao defunto, e ainda porque se presume que só estas teriam verdadeiro interesse em que o viuvo conservasse em favor de seus filhos os bens d'ellas havidos.

Já não é valida a condição, se o viuvo, em lugar de filhos, tiver netos, porque estes preceitos restrictivos não admittem interpretação extensiva. Nas hypotheses dos artigos 1236.º e 1238.º tambem as restricções são estabelecidas unicamente a favor dos filhos.

Se os fillos fallecerem, ainda deixando descendentes, poderá casar o viuvo sem ser prejudicado com a condição? Parece-nos que não. Subsiste a rasão, que determina a legitimidade da condição.

Da pessima redacção do artigo 1808.º infere-se que é valida a condição que inhiba o viuvo com fillos de deixar de casar-se, sendo imposta pelo conjuge fallecido, ou por seus ascendentes, ou descendentes quando não ha rasão que justifique a condição, se ella inibir o herdeiro de deixar de casar-se. O pensamento do legislador era obstar ao ulterior casamento no interesse dos fillos.

A condição de não casar explica-se no intuito de evitar aos fillos

do primeiro matrimonio o prejuizo, que resulta quasi sempre dos segundos casamentos, e assim não offende a *moral publica*. Mas a condição de casar é inadmissivel, e contraria ao espirito da lei.

Entendem alguns que as palavras *excepto sendo imposta*, se refere só á segunda hypothese «*deixar de casar-se*», como mais proxima. Oppõe-se entretanto a isso a grammatica; e aquella interpretação mais aggravava o absurdo.

Julgámos em face do espirito da lei que só é valida a condição «*de não casar*», imposta ao viuvo com filhos, e que a condição «*de casar*» deve reputar-se não escripta.

Melhor teria andado a commissão revisora se traduzisse literalmente o artigo 713.º do projecto do código civil hespanhol, que diz assim: «*La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tiene por no puesta, á menos que lo haya sido al viuido ó viuda por su defunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes de este*».

O projecto primitivo ao menos era logico na sua redacção, dizendo no § unico do artigo 1941.º, correspondente ao artigo 1808.º, o seguinte: «*A condição de viuvez valera comtudo, se o testador deixar filhos ou descendentes menores*».

Este § foi eliminado sob proposta do sr. Seabra na sessão de 9 de junho de 1862, sendo rejeitada a proposta do sr. Ferreira Lima, pela qual votou o sr. José Julio, para que o § fosse conservado, dizendo-se apenas «se o instituido tiver», em lugar de «se o testador deixar»; e nos projectos de 1863 e de 1864 não appareceu a doutrina d'este §.

Mas reapareceu no projecto de 1865, que foi apresentado como proposta de lei pelo governo ás côrtes, com as modificações indicadas pelo sr. Ferreira Lima.

Effectivamente a doutrina do § unico do artigo correspondente do projecto primitivo era inaceitavel: 1.º, porque devendo a condição ser imposta em beneficio dos descendentes do instituido, o artigo referia-se á hypothese de ser o testador quem tivesse descendentes; 2.º, porque o testador que tivesse descendentes podia impor a condição da viuvez a qualquer legatario, aindaque não fosse o seu conjuge, e aindaque esse legatario não tivesse descendentes.

A redacção pois do artigo 1808.º não pôde deixar de entender-se, sem visivel absurdo, no sentido de reputar valida só a condição de não casar, e nunca a condição de casar.

É tambem de notar que só se tem por não escripta a condição *absoluta*, como se exprime o referido artigo do projecto de código civil hespanhol, de não casar, e não a condição de não casar com certa pessoa, ou com pessoas de certa classe.

A palavra *absoluta* tambem não vinha no projecto primitivo, que no artigo 1941.º, correspondente ao artigo 1808.º do código, era redigido nos seguintes termos: «*A condição, que inibia o herdeiro ou legatario de casar-se, ou deixar de casar-se, ou que o obrigue a tomar ou deixar de tomar o estado ecclesiastico, haver-se-ha por não escripta*».

Na acima referida sessão de 9 de junho de 1862 propoz o sr. José Julio «que este artigo se limite á condição que inibia *absolutamente* o herdeiro ou legatario de se casar». Foi rejeitada a proposta, ou porque se julgasse desnecessario introduzir no artigo, a palavra *absolutamente*, ou porque referindo-se a emenda unicamente á prohibição de casar, a commissão quiz manter a doutrina do artigo, declarando não escripta não só a condição que inibia de casar, mas tambem a condição que inibia de não casar.

Consta igualmente da acta da referida sessão que o sr. Ferreira Lima declarára que votava no sentido da proposta do sr. José Julio, mas que se fosse votada a doutrina do artigo, propunha que este ficasse concebido pelo modo seguinte: «*É nulla a instituição e legado que for acompanhado de condição que por qualquer modo importe restricção á liberdade natural de tomar ou deixar de tomar qualquer estado*». Foi igualmente rejeitada esta proposta.

D'estas resoluções da commissão revisora resulta que ella só quiz prohibir a condição, que obriga directa e absolutamente a casar, ou a deixar de casar.

As palavras «*a condição que inibir de casar, ou deixar de casar*», já de per si significam a prohibição absoluta de casar ou deixar de casar, porque não se pôde dizer inibido de casar ou de não casar o herdeiro ou legatario, a quem se indica apenas a pessoa com quem deve casar, ou aquella com quem deve não casar.

É pois valida a condição imposta pelo testador ao instituido, de não casar com o individuo A, ou com individuo pertencente, por exemplo, á classe medica.

Será valida tambem a condição de casar com certa e determinada pessoa, ou com pessoa de certa e determinada classe?

Parece que a condição de casar com certa e determinada pessoa, ou com pessoa de certa e determinada classe importa a condição de casar, condição prohibida pelo artigo. No entretanto não reputámos prohibida esta clausula, porque n'este caso a instituição parece determinada tambem pelo desejo de beneficiar essa pessoa determinada, ou essa classe determinada, mencionada pelo testador. Só se reputam não escriptas as simples condições vagas e geraes de casar ou de não casar.

O viuvo com filhos a quem se impoz a condição de não casar nos termos do artigo 1808.º, pôde ser obrigado a prestar caução de assim o cumprir, vista a disposição do artigo 1848.º, que só ressalva de caução os instituidos nos casos, em que a condição se reputa não escripta.

Em geral as condições de não dar ou de não fazer cumprem-se, prestando-se a respectiva caução. Porém nas disposições de ultima vontade pôde o testador dispensar da caução o instituido.

Se o interessado em que a condição se não cumpra impede o cumprimento d'ella, tem-se por cumprida em seu castigo, artigo 1744.º

O interessado no cumprimento da condição pôde requerer que seja assignado ao herdeiro ou ao legatario instituido um praso para cumprir a obrigação, como se o testador fez a instituição com a condição de o instituido casar com certa e determinada pessoa, e não lhe marcou tempo para o matrimonio, e elle vae demorando o cumprimento da condição.

Se o doador doou tambem com condições, conservando porém os bens na sua posse, e o donatario as não cumpre, pôde, em vez de intentar a acção para rescindir a doação, esperar que o donatario relame a entrega dos bens, e defender-se em reconvenção com a falta de cumprimento das condições estipuladas.

Art. 1809.º É nulla a disposição feita sob condição, de que o herdeiro ou o legatario faça igualmente em seu testamento alguma disposição em favor do testador ou de outrem.

(Vid. nota ao artigo 1180.º)



Art. 1810.º A condição, que apenas suspender por certo tempo a execução da disposição, não impedirá que o herdeiro ou o legatário adquira direito á herança ou ao legado, e o possa transmittir a seus herdeiros.

(Vid. notas aos artigos 483.º, 1747.º e 1759.º)

Art. 1811.º O legado ficará sem effeito:

1.º Se o testador alienar por qualquer fôrma a cousa legada;

2.º Se a cousa legada não estiver em commercio;

3.º Se o testador transformar a cousa legada de modo que não conserve nem a fôrma nem a denominação que tinha;

4.º Se a cousa legada for evicta ou perecer de todo durante a vida do testador, ou se for evicta ou perecer depois, sem que o herdeiro para isso haja concorrido.

§ unico. Aquelle, que é obrigado a prestar a cousa legada, responderá, todavia, pela evicção, se esta cousa prestada não houver sido determinada em especie.

1.º etc. Vid. nota ao artigo 1755.º

2.º etc. Vid. nota ao artigo 370.º

3.º O testador que fez uma construção com a madeira, que tinha legado, mostrou effectivamente mudança de vontade, que equivale á revogação do legado.

4.º etc. Se a cousa foi evicta ou pereceu em parte, é claro que a parte restante pertence ao legatário. Se a cousa pereceu ou foi evicta de todo é preciso distinguir se foi ainda em vida, ou depois da morte do testador. No primeiro caso a disposição não teve effeito, porque o objecto, sobre que recaiu, já não existia na successão ao tempo da morte do testador. No segundo caso desde a morte do testador adquiriu o legatário direito á entrega da cousa, e ficou o herdeiro constituído na posição de devedor. Por isso se concorreu para a evicção, ou para a perda da cousa por estar em mora, ou por outro qualquer motivo, é responsavel pela cousa. No caso de evicção, mesmo que não concorresse para ella, é responsavel se a cousa não foi determinada em especie.

Art. 1812.º Se forem legadas duas cousas alternativamente, e perecer alguma dellas, subsistirá o legado na restante. Perecendo só parte de uma cousa, será devido o resto.

(Vid. nota ao artigo 738.º)

Art. 1813.º O legatário não pôde aceitar uma parte do legado e repudiar outra, nem rejeitar um legado onerado e acceitar outro que o não seja; mas o herdeiro, que for ao mesmo tempo legatário, pôde renunciar a herança e acceitar o legado, e vice-versa.

(Vid. artigos 1972.º, 2020.º a 2022.º, 2033.º, 2035.º, 2038.º, 2039.º e 2043.º) Cada um pôde acceitar ou repudiar livremente a herança, ar-

tigo 2021.º Já não ha herdeiros *seus*, ou herdeiros *necessarios*, como havia no direito romano primitivo, que eram obrigados a acceitar a successão, quer quizessem quer não quizessem. Pelo direito hodierno não é herdeiro quem o não quer ser.

Mas o que não se permite é a acceitação ou o repudio só até certo tempo ou desde certo tempo, em parte, ou com condições, artigo 2022.º A isso não podem estar sujeitos nem os crédores, nem os legatários.

Sobre a acceitação e sobre o repudio da herança podem verificar-se diferentes hypothèses, que o código regula em varios artigos, e que nós vamos examinar.

1.º Não podem ser acceites ou repudiados *em parte* nem a herança, artigo 2022.º, nem o legado, artigo 1813.º, porque quem acceitar o util deve sujeitar-se ao oneroso, pela regra *ubi commodum, ibi incommodum*. Se o herdeiro ou o legatário morreu sem acceitar, os herdeiros, para quem passa o mesmo direito, artigo 2032.º, podem acceitar o seu quinhão uns, e repudia-lo os outros, porque com relação aos herdeiros a fracção do legado ou da herança representa um legado ou uma herança especial.

2.º Pela mesma razão não pôde o legatário acceitar o legado simples, e repudiar o oneroso, artigo 1813.º, porque se presume que o testador não fez o legado simples, senão como compensação das obrigações impostas no oneroso.

3.º Pôde porém d'entre dois legados simples escolher um e repudiar o outro, não só porque assim se infere do artigo 1813.º, mas porque é a disposição expressa da fonte d'este artigo, o artigo 707.º do projecto de código civil hespanhol, e porque é principio geral de direito que cada um pôde renunciar a todo, ou a parte do beneficio que lhe é feito.

O testador lega a sua livraria, e um animal de mero luxo, que não tem comprador, e que o legatário não quer sustentar. Pôde o legatário acceitar o primeiro, e rejeitar o segundo, se este lhe não foi deixado como legado *oneroso*.

4.º O herdeiro, que for ao mesmo tempo legatário, pôde repudiar a herança e acceitar o legado, artigos 1813.º e 2035.º, ou repudiar o legado e acceitar a herança, artigo 1813.º Era a doutrina do direito romano, que todavia não é acceite por alguns códigos. Julgam alguns que o herdeiro, especialmente o testamentario, que repudia a herança, não deve ter direito aos legados, porque, affrontando com o repudio a vontade do testador na parte principal, é indigno da liberalidade, com que elle o honrou na parte accessoria.

5.º Os effeitos da acceitação ou do repudio da herança retrotrahem-se até ao dia da abertura d'ella, artigo 2043.º que é o da morte do seu auctor, de modo que quem acceita gosa de todos os direitos e obrigações desde a morte do auctor da herança, e quem repudia, entende-se que nunca foi herdeiro, artigo 2035.º

O regulamento de 30 de junho de 1870 dispõe no artigo 75.º, que o repudio da herança, provado pelo termo de que trata o artigo 2034.º do código, faz presumir que a successão nunca se devolveu ao renunciante, e que esta passa desde o fallecimento do testador com todos os direitos e obrigações para o herdeiro immediato.

Igual doutrina se encontra no decreto sobre consulta do conselho d'estado de 20 de maio de 1868, que diz assim: «Considerando que é regra geral de direito operar-se a transmissão da herança para o successor legitimo ou testamentario immediatamente depois da abertura da successão;

« Considerando que a repudição da herança faz presumir que a successão nunca se devolveu ao renunciante, e que esta passa para o herdeiro immediato com todos os direitos e obrigações desde o fallecimento do testador, etc.»

Por isso n'este caso nem ha direito de representação, porque não se representam pessoas vivas, nem pôde representar-se quem não teve direito algum, porque a ausencia d'esse direito exclue a representação. Os immediatos ao repudiante pois não succedem por direito de representação, mas por direito proprio.

Podem aceitar aquella successão sem ficarem obrigados ás dividas e encargos do que a repudiou.

A successão por direito proprio dispensa de satisfazer os encargos do representado, ao que se seria obrigado succedendo-se por direito de representação.

Repudiando o parente mais proximo, se é só, ou todos os parentes mais proximos, chamados pela lei, herdarão os do grau seguinte por direito proprio, e sem que possam representar o repudiante, diz o artigo 732.º do projecto de código civil hespanhol, que nos parece ser a fonte dos artigos 1972.º e 2035.º do código.

O artigo 1972.º refere-se unicamente ao grau *subsequente*, mas comprehende na sua disposição tambem a *ordem* ou linha; assim repudiando os paes herdarão os avós, porque os seguem em grau dentro da linha recta ascendente; e se repudiam todos os ascendentes, passa-se á linha collateral.

Porém o principio fundamental em materia de repudio é que o repudiante não pôde ser representado; o herdeiro immediato succede por direito proprio.

Por exemplo, Pedro repudia a herança de seu pae Martinho, e não fica outro descendente de Martinho, senão Paulo, filho de Pedro. Paulo herdará de seu avô Martinho por direito proprio.

Supponhamos porém que o defunto Martinho deixou, alem de Pedro, algum filho ou filhos, ou netos descendentes d'estes, Paulo não herdará de seu avô, diz Goyena, porque para isso fora necessario representar seu pae Pedro, o que não pôde ser; será por consequencia excluido pelos outros descendentes de Martinho.

Ora, este exemplo, posto por Goyena em a nota ao referido artigo 732.º, será exacto no systema d'aquelle projecto, pelo qual, nos termos do artigo 763.º, os netos e demais descendentes herdaram por direito de representação.

Pelo nosso direito porém os herdeiros legitimarios, ou seus representantes, herdaram sempre por direito proprio. Pelo menos no caso de desherdação, artigo 1877.º, os descendentes herdaram aquillo de que foi privado em consequencia da desherdação; e n'esta parte não reputámos differentes os effectos do repudio e da desherdação.

6.º O que aceitou a herança do fallecido pôde repudiar a herança, que este não tivesse aceitado ao tempo da sua morte, artigo 2033.º, porque o fallecido lhe transmittiu, não a herança acceite, mas o direito de a aceitar ou repudiar nos termos do artigo 2032.º, que é acto inteiramente livre, artigo 2021.º, tanto com relação ao instituido, como com relação ao successor d'este.

Porém o que repudiou a herança do fallecido fica excluido do direito de aceitar outra, que ao auctor da herança fosse conferida, artigo 2033.º, e que ainda não estivesse acceite, porque o direito de aceitar não podia exercer-lo, não sendo herdeiro, artigo 2032.º, e quem repudia a herança entende-se que nunca foi herdeiro, artigo 2035.º:

alem de que o direito de aceitar uma herança faz parte da herança deferida, e por isso quem não aceitou esta não pôde aceitar aquella, porque não pôde aceitar-se ou repudiar-se *pro parte*, artigos 1813.º e 2022.º

7.º O que é chamado a uma herança por testamento e abintestado, e a repudia pelo primeiro titulo, presume-se que a repudia pelo segundo, artigo 2038.º, porque a lei não pôde premiar a malicia do herdeiro que repudia o seu direito por testamento, para depois haver abintestado os direitos do testador, de cuja vontade expressa no testamento zombou com o repudio. Repudiando-a porém abintestado, sem ter noticia do testamento, pôde acceita-la depois por este titulo, artigo 2038.º A successão abintestado pôde ser repudiada em consequencia de serem muitos os herdeiros e insignificante a herança, dividida por todos.

Se porém o que a repudiou apparece depois instituido só, ou n'uma porção valiosa, tem interesse e direito para a acceitar por este titulo, que ignorava.

8.º O herdeiro legitimario pôde repudiar a herança, que lhe deixou o testador, da sua quota disponivel, sem que isso importe o repudio da legitima, artigo 2039.º, porque a legitima é uma *divida*, de que elle pôde não querer prescindir; e a herança da quota disponivel é uma *liberalidade* que elle pôde não querer acceitar. Assim se o testador lhe deixa a sua terça, ou  $\frac{1}{3}$  da sua terça, ou qualquer quota da sua quota disponivel, deixa-o herdeiro por força do disposto no artigo 1736.º; herança que elle pôde repudiar, sem por isso repudiar a legitima.

Todavia pôde repudiar a herança, ficando com quaesquer doações entre vivos, ou *causa mortis*, contantoque não vão offender as legitimas, artigos 2038.º e 2099.º

Art. 1814.º A instituição de herdeiro, feita por pessoa que não tinha filhos ao tempo do testamento, ou que ignorava tê-los, caduca de direito pela superveniencia de filhos ou outros descendentes legitimos, ainda que posthumos, ou pela legitimação dos illegitimos, em virtude de subsequente matrimonio.

§ 1.º A perfilhação, posterior ao testamento, de filhos illegitimos, havidos antes ou depois d'elle, não annulla a instituição de herdeiro, mas limita-a á terça do testador.

§ 2.º O legado não caduca por nenhum dos casos sobreditos, mas pôde ser reduzido por inofficioso.

Art. 1815.º Se os filhos supervenientes fallecerem primeiro que o testador, produzirá a disposição os seus effectos, se não for revogada a disposição pelo mesmo testador.

(Vid. nota ao artigo 1169.º)

Art. 1816.º Se a cousa legada se achar empenhada, será desempenhada por conta da herança.

(Vid. artigo 2234.º) Se o objecto legado, ou fosse em propriedade, ou simplesmente em usufructo, estiver empenhado, é a carga da herança o desempenho, artigo 2234.º, porque as dividas do testador são

dividas da herança, com as quaes nada tem o legatario, e que devem ser pagas pelo herdeiro. Se o legatario pagar não ficará subrogado nos direitos do respectivo crêdor contra a herança, como determina o projecto de código civil hespanhol no artigo 683.º, mas fica com o direito de haver dos herdeiros as quantias que pagou para desempenho do objecto legado. Se a propriedade for vendida para pagamento do encargo hypothecario, ha de o herdeiro indemnizar o legatario da perda da propriedade ou do usufructo. Se porventura pesarem sobre o prédio encargos que lhe sejam inherentes nos termos do artigo 1845.º, isto é, propriedades imperfeitas nos termos do artigo 2189.º, essas acompanham a propriedade legada.

Se a propriedade não estiver sujeita ao encargo de hypotheca, mas ao de consignaço de rendimentos, que é omnis real, artigo 949.º § 2.º n.º 7.º, sobre quem pesa este encargo, sobre o herdeiro ou sobre o legatario?

Sobre o herdeiro, não só pela generalidade da palavra «*empenhada*», empregada no artigo 1816.º, mas porque em relação ao usufructo nos termos do artigo 2234.º o encargo de consignaço de rendimentos deve ser equiparado ao encargo hypothecario, e este encargo é divida da herança.

Art. 1817.º O legado de cousa ou quantidade, que deva ser recebida em logar designado, só poderá ter effeito até onde chegar a porção que se encontrar nesse mesmo logar.

(Vid. nota ao artigo 1736.º)

Art. 1818.º Se o testador legar certa cousa, ou certa somma, como por elle devida ao legatario, será válido o legado, ainda que tal somma ou cousa realmente devida não fosse, salvo sendo o legatario incapaz de a haver por doação.

(Vid. nota ao artigo 1480.º)

Art. 1819.º Se a divida depender de termo, não será o legatario obrigado a esperar, que chegue esse termo para exigir o pagamento.

§ unico. O legado ficará, todavia, sem effeito se o testador, sendo devedor ao tempo da feitura do testamento, pagar a divida depois.

Art. 1820.º O legado feito a um crêdor, sem que se refira a divida do testador, não será considerado como compensação da mesma divida.

(Vid. nota ao artigo 1386.º)

Art. 1821.º Se o testador legar algum credito que tenha, quer seja contra terceiro, quer contra o proprio legatario, ou der a este quitação da divida, o herdeiro satisfará, entregando ao legatario os titulos respectivos.

§ unico. Se o credito se mostrar compensado, no todo ou em parte, poderá o legatario exigir do herdeiro o equivalente do credito, ou da parte compensada; mas se a extincção da

divida provier de outra causa, não poderá exigir cousa alguma.

(Vid. nota ao artigo 745.º)

Art. 1822.º Se o herdeiro for instituido debaixo de condição suspensiva, será posta a herança em administração, até que se cumpra a condição, ou haja certeza de que não poderá cumprir-se.

§ unico. A administração será entregue ao co-herdeiro testamentario incondicional, se entre este e o condicional poder dar-se o direito de acrescer.

Art. 1823.º Se o herdeiro condicional não tiver co-herdeiros, ou se, tendo-os, não poder dar-se entre elles o direito de acrescer, será encarregado da administração o herdeiro legitimo presumido, salvo se o herdeiro condicional tiver justo motivo de opposição.

§ unico. O herdeiro condicional poderá tomar conta da herança, prestando caução.

(Vid. notas aos artigos 1467.º e 1747.º)

Art. 1824.º As disposições dos dous artigos precedentes são applicaveis ás heranças deixadas aos nascituros.

(Vid. nota ao artigo 6.º)

Art. 1825.º Os administradores, mencionados nos artigos precedentes, terão os mesmos direitos e obrigações, que os curadores provisórios dos bens dos ausentes.

(Vid. nota ao artigo 55.º)

Art. 1826.º O legado puro e simples confere ao legatario direito transmissivel, contado desde o dia em que o testador se finar.

(Vid. nota ao artigo 483.º)

Art. 1827.º Quando o legado for de cousa indeterminada, comprehendida entre outras da mesma especie, pertencerá a escolha della a quem dever prestal-a, devendo ser essa escolha regulada por um termo medio, pelo que toca ás qualidades da cousa.

(Vid. nota ao artigo 716.º)

Art. 1828.º Se a escolha for attribuida ao legatario por disposição expressa do testador, escolherá o dito legatario, entre as cousas da mesma especie a que bem lhe parecer, e se não houver cousa alguma da mesma especie, tocará ao herdeiro escolher essa cousa que ha de prestar, e que não será, nem da melhor, nem da peor qualidade.

(Vid. nota ao artigo 1805.º)

Art. 1829.º Se o legado for alternativo, pertencerá ao herdeiro a escolha, se esta não for conferida expressamente ao legatário.

(Vid. nota ao artigo 733.º)

Art. 1830.º Se o herdeiro ou o legatário, não poder fazer a escolha, nos casos em que lhes é attribuída, passará este direito aos seus herdeiros; mas, feita ella, será irrevogavel.

Se o legatário morreu sem chegar a fazer a escolha, transmittiu esse direito aos seus herdeiros, como direito da successão, que logo pela sua morte, se transmittiu, artigo 483.º, como o direito de aceitar ou de repudiar a herança, artigo 2032.º

A escolha depois de feita é irrevogavel, assim como a accettazione e o repudio da herança, artigos 2036.º e 2037.º Mas poderá o legatário reclamar contra a escolha pelo menos nos casos, em que pôde reclamar contra o repudio? Cremos que sim. O dolo e a violencia viciam, não só os contratos, mas todos os actos jurídicos.

Art. 1831.º O legado de alimentos abrange sustento, vestuario, habitação, e, sendo o legatário menor, educação.

§ 1.º Esta obrigação de subsidio para educação dura até que o alimentado haja adquirido a pericia, ou a habilitação regular, no officio ou profissão que tiver adoptado. Não tendo adoptado algum officio ou profissão, cessará esta obrigação.

§ 2.º A dita obrigação é applicavel o que fica disposto no artigo 181.º

§ 3.º A doutrina dos §§ antecedentes é applicavel ao legado, deixado unicamente para despesas de educação.

(Vid. nota ao artigo 171.º)

Art. 1832.º Sendo legada uma casa com tudo o que se achar dentro della, não se entenderá, que são também legadas as dividas activas, ainda que na casa se encontrem as escripturas e os documentos respectivos a taes dividas.

(Vid. nota ao artigo 378.º)

Art. 1833.º O legado de usufructo, sem determinação de tempo, entender-se-ha, que é feito para em quanto durar a vida do legatário.

Art. 1834.º Se o legatário de usufructo, sem determinação de tempo, for alguma corporação perpetua, sêl-o-ha por espaço de trinta annos, e não mais.

(Vid. artigo 2244.º) O projecto primitivo continha um artigo, que precedia o artigo correspondente ao artigo 1833.º do código, e que era redigido nos seguintes termos: «O legado dos *moveis da casa*, sem outra declaração, não comprehenderá o numerario, os titulos de credito, nem os semoventes».

A commissão revisora porém eliminou-o logo nos trabalhos da primeira revisão, julgando sufficiente o preceito comprehendido na

artigo 397.º do mesmo projecto, que passou para o artigo 378.º do código.

O legado de usufructo sem determinação de tempo, a favor de um individuo, entendia-se durar toda a vida do legatário. Quanto aos legados de usufructo, sem determinação de tempo, a favor de sociedades e corporações, perpetuas ou temporarias, é que a lei carecia de providenciar.

Se se não marcasse um periodo dentro do qual devesse acabar o usufructo concedido ás corporações, podia elle ser perpetuo, como a corporação, o que alem de ir contra o principio da desamortisação, sendo bens immobiliarios a coisa legada, reduzia a propriedade a um valor insignificante, porque em todo o caso a separação entre o usufructo e a propriedade é contra os principios economicos, o legislador deve favorecer quanto possivel a sua consolidação.

Porém o artigo 1834.º é absolutamente inutil, porque a providencia, que contém, com respeito a *corporação perpetua*, está prevenida no artigo 2244.º, que pela generalidade da redacção abrange no seu preceito todas as corporações, tanto perpetuas, como temporarias.

Pelo menos o preceito do artigo 2244.º que ha de servir para regular a duração do legado de usufructo sem determinação de tempo deixado a favor de qualquer estabelecimento, sociedade ou *corporação temporaria*, serviria tambem para regular a duração do legado de usufructo sem determinação de tempo a favor de alguma *corporação perpetua*.

Felizmente que é apenas escusado, mas não encerra doutrina incoherente, como succedia no projecto primitivo, onde o artigo 1970.º correspondente ao artigo 1834.º do código, marcava a duração de dez annos aos legados de usufructo, sem determinação de tempo, a favor de *alguma corporação*, ao passo que o artigo 2408.º, correspondente ao artigo 2244.º do código, permitia estabelecer usufructo até vinte annos a favor de *qualquer estabelecimento, corporação ou sociedade*.

Em todo o caso o preceito do artigo 2244.º abrange toda a especie de associação, publica ou particular, civil, commercial, etc. Uma sociedade com firma terá o legado de usufructo pelo mesmo tempo que uma misericórdia, ou uma camara municipal.

Provavelmente calculou o legislador que o periodo ordinario de duração do usufructo, legado a particulares, é de trinta annos, e portanto marcou este prazo para a duração do legado de usufructo deixado a sociedades e corporações.

Porém o usufructo nem os trinta annos dura, se se extinguir primeiro a corporação. A extinção da corporação equivale á morte do individuo, com a qual acaba o usufructo, que lhe tenha sido concedido. O que não tem existencia, não pôde conservar nem este nem outro qualquer direito, artigo 2244.º

Se o usufructo é de bens de raiz ha de ser alienado, e convertido dentro de um anno em fundos consolidados nos termos do artigo 35.º do código, e da ultima lei da desamortisação, se foi deixado a corporações perpetuas.

O usufructo é um direito ou bens *immobiliarios*, que as corporações perpetuas não podem reter sob esta forma por mais de anno.

O projecto primitivo no artigo 39.º, correspondente ao artigo 35.º do código, referia-se apenas ás aquisições de *bens de raiz*. A commissão revisora porém, logo nos trabalhos de primeira revisão, por occasião de examinar o artigo 2408.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2244.º do código, decidiu, como se lê em a nota ao artigo correspondente (2286.º) do projecto de 1863, que se applicasse

ao usufructo a doutrina, que obriga as corporações a converter dentro de um anno.

E effectivamente ficou determinado no artigo 35.º que as corporações perpetuas convertessem dentro de um anno todas as aquisições immobiliarias, isto é, ou fossem bens de raiz, ou usufructo, ou censos, fôros, etc. Todos os direitos immobiliarios estão comprehendidos na provisão do citado artigo 35.º

**Art. 1835.º** O legado deixado a um menor, para quando chegar á maioridade, não poderá ser por elle exigido antes desse tempo, aindaque emancipado seja.

(Vid. nota ao artigo 305.º)

**Art. 1836.º** O legado para obras pias, sem outra declaração, entender-se-ha, que é feito para obras de beneficencia e caridade.

(Vid. nota ao artigo 35.º)

**Art. 1837.º** O equívoco do testador a respeito da pessoa do legatario, ou da cousa legada, não annullará o legado, se poder mostrar-se claramente qual era a intenção do testador.

(Vid. notas aos artigos 684.º e 1761.º)

**Art. 1838.º** O legatario requererá ao herdeiro o cumprimento do legado, se não se achar de posse da cousa legada.

§ 1.º Se os herdeiros se demorarem em tomar conta da herança, poderão ser citados para que a acceitem ou a renunciem.

§ 2.º Se os herdeiros renunciarem a herança, poderão os legatarios requerer, que seja nomeado curador á herança jacente, e a este pedirão a entrega do legado.

§ 3.º Se o legado recair, como encargo, sobre outro legado, deve ser pedido ao legatario deste.

(Vid. artigo 2041.º) Os erédores e os legatarios não podem estar á mercê da negligencia ou da má fé do herdeiro, que queira retardar a acceitação ou o repudio da herança. Por isso tanto os legatarios, como os erédores, porque todos são interessados na herança, passado o tempo do nojo, isto é, passados nove dias depois da morte do auctor da herança, podem requerer ao juiz, não do domicilio da herança, mas do domicilio do herdeiro, para que lhe assigne um praso, que não exceda a trinta dias, a fim de elle fazer a sua declaração, artigo 2041.º

Este requerimento devéra fazer-se ao juiz da herança, não só porque é elle o competente para deferir a todas as questões, que a respeito d'ella se suscitarem, mas para evitar o requerer a diferentes juizes, quando os herdeiros estejam em diferentes comarcas, aindaque n'este caso por diferentes juizes teria de ser ordenada a citação em virtude de precatória do juiz da herança. No entretanto o artigo 2041.º, sem embargo do disposto no artigo 2009.º, manda o contrario, ordenando que se requeira ao juiz do domicilio do herdeiro. O praso para a declaração deve contar-se desde a intimação. Se o herdeiro

deixa passar o praso sem declarar se acceita ou se repudia a herança, presume-se que a acceita, artigo 2041.º Se a renuncia considera-se jacente, e nomeia-se-lhe curador, artigo 1838.º § 2.º

Deve porém entender-se que se o herdeiro renunciante for testamentario não se nomeia logo curador pelo facto da renuncia, devendo intimar-se então o primeiro herdeiro legitimo, e, se este não acceitar, os immediatos por argumento do disposto no artigo 2040.º, até se esgotar a classe dos herdeiros; e só pela renuncia de todos deve considerar-se jacente a herança, e nomeiar-se-lhe curador.

Este processo pôde ser demorado e complicado em muitos casos, mas o seu andamento não obsta a que o juiz tome as providencias conservatorias, que a urgencia das circumstancias reclamar, por argumento do artigo 188.º § 1.º

Parece-nos mais razoavel, e conforme ao systema do codigo, este alvitre, do que nomear curador á herança, logo que o primeiro herdeiro renuncia, sem se consultarem os immediatos.

A declaração para acceitar a herança não significa acceitação *pura*. O herdeiro pôde vir dentro ou fóra do praso declarar que a acceita a beneficio de inventario.

O codigo, quando dispõe no artigo 2041.º que a falta de declaração no praso marcado induz acceitação da herança, não determina a *forma* da acceitação.

Se o encargo recair sobre algum legatario é a este que o beneficiado ha de dirigir-se, e, por analogia, nos mesmos termos indicados n'este artigo, e no artigo 2041.º para se dirigir ao herdeiro, podendo o legatario depois de assim intimado dirigir-se ao herdeiro para tomar conta da herança, se este o não tiver feito.

Se o legatario repudia o legado, pôde o beneficiado dirigir-se contra o herdeiro, não havendo n'este caso logar á nomeação de curador, porque não se considera jacente a herança, quando ha herdeiro.

**Art. 1839.º** Se a herança tiver sido toda distribuida em legados, e o testador não houver nomeado testamentario, será havido por executor do testamento o legatario mais beneficiado. Em igualdade de circumstancias, será o que for designado pelos legatarios, e, se não se podêrem accordar, ou se houver entre os legatarios algum menor, ausente ou interdito, será o executor designado judicialmente.

(Vid. nota ao artigo 1794.º)

**Art. 1840.º** O legatario tem direito, desde a morte do testador, aos fructos ou rendimentos da cousa legada, excepto se este houver ordenado o contrario.

Como já observámos em a nota ao artigo 720.º, os legados em dinheiro não vencem juros, senão depois que o encarregado de entregar o legado está em mora, artigo 1903.º Até ahí se o herdeiro, testamentario, ou mesmo legatario, que era obrigado a entregar o legado, não entregou, não é responsavel por juros, porque elle não estava auctorisado a dar-lhe applicação que produzisse juros.

Deve porém exceptuar-se d'esta regra geral o caso de estar já vencendo juros o dinheiro á morte do auctor da herança.

(Vid. notas aos artigos 483.º e 720.º)

Art. 1841.º Se o testador legar qualquer prestação periodica, correrá o primeiro periodo desde a morte d'elle, e terá o legatario direito á dita prestação, apenas recomece novo periodo, ainda que falleça antes do termó d'elle.

§ unico. O legado não será, porém, exigivel, senão no fim de cada periodo, excepto sendo a titulo de alimentos, nos termos do artigo 184.º

Depois da publicação do primeiro volume da nossa obra, onde em a nota ao artigo 184.º sustentámos que as prestações periodicas, com quanto exigiveis só no fim de cada periodo, salvo o caso de alimentos, eram devidas integralmente desde o começo de cada periodo, não restituindo os herdeiros do alimentado parte alguma da prestação recebida, ou tendo direito a have-la por inteiro, ainda que elle fallecesse, logo depois de começado o periodo, já vimos adoptada na imprensa periodica a opinião de que o alimentado, ou antes seus herdeiros, só tem direito a alimentos proporcionalmente ao tempo que o alimentado viveu no periodo começado.

Dizem que as palavras do artigo 1841.º podem tomar-se no sentido de significarem sómente que o legado d'esta natureza podia pedir-se com relação ao tempo decorrido entre o começo do novo periodo e a morte do prestacionado, não dependendo por isso o direito á parte relativa á epocha decorrida, de viver o prestacionado até ao ultimo dia d'ella.

Asseveram que as palavras *e terá o legatario direito á dita prestação apenas recomece novo periodo*, significam que a morte do prestacionado antes do fim do periodo não importa a perda de *toda* a prestação, porque seria singular que se reconhecesse ao legatario o direito a *toda* prestação desde o principio do periodo, e se lhe denegasse o direito de a pedir desde logo, ordenando-se que a pedisse sómente no fim do mesmo periodo, e que esta doutrina vae de accôrdo com o systema geral do codigo.

É porém inadmissivel similhante opinião em presença da redacção clara do artigo 1841.º, ainda combinado com a sua fonte, o artigo 696.º do projecto de codigo civil hespanhol.

(Vid. nota ao artigo 184.º)

Art. 1842.º As despezas, que se fizerem com a entrega da cousa legada, ficarão a cargo da herança, se o testador não dispozer o contrário.

(Vid. nota ao artigo 746.º)

Art. 1843.º A cousa legada deve ser entregue com os seus accessorios, no logar onde, e no estado em que estiver ao tempo da morte do testador.

§ unico. Se o legado consistir em dinheiro, em joias ou em outros valores, representados por titulos, qualquer que seja a especie d'estes, será entregue no logar onde se abrir a herança, salvo havendo disposição do testador ou convenção das partes em contrário.

(Vid. notas aos artigos 739.º e 1575.º)

Art. 1844.º Se aquelle, que legar alguma propriedade, lhe ajuntar depois novas acquisições, estas, ainda que contiguas, não farão parte do legado sem nova declaração do testador.

§ unico. Isto não se entenderá, porém, a respeito das bem-feitorias necessarias, uteis ou voluptuarias feitas no proprio predio legado.

Art. 1845.º Se a cousa legada se achar onerada com algum fôro, quinhão, servidão ou qualquer outro encargo, que lhe seja inherente, passará com o mesmo encargo ao legatario.

§ unico. Se, porém, a cousa estiver obrigada por fôros, quinhões, ou outros onus atrazados, serão estes pagos por conta da herança

(Vid. notas aos artigos 1736.º e 1755.º) O legatario tambem poderá requerer, nos termos do artigo 2121.º, que os encargos do legado sejam remidos antes da partilha para se não ver na necessidade de intentar depois uma acção contra cada coherdeiro pela sua quota parte; porque não tem, pagando a divida, a subrogação nos direitos do crédor, poisque lh'a não concede o artigo 2123.º do codigo.

Por não ter direito de subrogação, não póde o legatario, se o crédor tinha segunda hypotheca para garantir o seu credito, aproveitar-se d'ella, o que tambem não é permitida ao herdeiro.

Os legados são de interpretação stricta; não podem estender-se alem da cousa ou do valor determinado. Em caso de duvida decide-se a favor do herdeiro, e contra o legatario.

Por isso a lei, para determinar a cousa legada, manda attender á epocha da feitura do testamento.

Assim se o testador legou uma morada de casas, e depois construiu outras contiguas, não comprehende o legado estas ultimas, porque estas não podem considerar-se accessorio das outras. Comquanto a disposição testamentaria só tenha efficacia por morte do testador, não deve ampliar-se a mais do que o testador indicou.

Art. 1846.º Os immoveis, que os herdeiros houverem do testador, ficarão, nos termos do artigo 906.º, n.º 8.º, hypothecariamente obrigados ao pagamento dos legados.

§ unico. Se, porém, algum dos herdeiros for especialmente obrigado a esse pagamento, só poderá o legatario exercer o seu direito hypothecario sobre os immoveis, que couberem em partilha ao dito herdeiro.

(Vid. nota ao artigo 906.º n.º 8.º)

Art. 1847.º Se o testador legar cousa de algum dos coherdeiros, serão os outros obrigados a indemnizal-o proporcionalmente, se o testador outra cousa não dispozer.

(Vid. nota ao artigo 1803.º)

Art. 1848.º Se a herança ou o legado for deixado sob a condição, de que o herdeiro ou o legatario não dê ou não faça tal cousa, poderão ser obrigados os ditos herdeiro ou legatario

rio, a requerimento dos interessados, a prestar caução de que assim o cumprirão, salvo o que fica disposto no artigo 1808.º

(Vid. nota ao artigo 1808.º)

Art. 1849.º Se o legado for deixado condicionalmente, ou só para ter effeito passado certo tempo, poderá o legatario exigir, que aquelle que deve prestar esse legado dê caução para segurança deste.

(Vid. nota ao artigo 1747.º)

Art. 1850.º Se o testamento for declarado nullo depois do pagamento do legado, tendo esse pagamento sido feito em boa fé, ficará o herdeiro nomeado para com o verdadeiro herdeiro, entregando o resto da herança, salvo o direito deste contra o legatario.

§ unico. A mesma disposição é applicavel aos legados com encargos.

Art. 1851.º Se o legatario com encargo não receber, por culpa sua, todo o legado, será o encargo reduzido proporcionalmente, e, se a coisa legada for evicta, poderá o legatario repetir o que houver pago.

O herdeiro que em boa fé pagou, ou o legatario que em boa fé satisfez o encargo, aindaque se annulle o testamento, é absolvido, em virtude da sua boa fé, da obrigação de restituir ao herdeiro o que indevidamente pagou, o qual só terá acção contra o que recebeu.

Tambem o legatario com encargos, que não recebeu o legado todo, tem direito ao abatimento proporcional no encargo, e á absolvição d'este no caso de evicção, para não ser prejudicado, em lugar de beneficiado, com as disposições do testador.

Não se explica a razão por que a commissão revisora introduzin no artigo 1851.º as palavras «*por culpa sua*», que não vinham no projecto primitivo, e que sancionam uma gravissima injustiça, porque desde que o legatario «*por culpa sua*», deixou de haver o legado por inteiro não devia ser absolvido do encargo por inteiro. O beneficiado com o encargo não deve ser victima legal da culpa do legatario, que só a este deveria prejudicar.

Já a redacção do projecto primitivo que aliás não incluía as palavras «*por culpa sua*» era má, porque ainda assim a generalidade do artigo dava argumento para se suppor que o legatario, que por culpa sua não tinha recebido o legado todo, tinha todavia direito á redução proporcional do encargo.

A commissão revisora porém veiu com as suas emendas sancionar expressamente um erro juridico, que a letra do projecto já autorisava, mas cuja interpretação era ainda sujeita a discussão e exame.

O illustrado redactor da *Gazeta dos tribunaes* sustenta em o n.º 4:120 d'aquella folha que o pensamento do artigo era a redução proporcional do encargo, quando não se recebesse o legado todo, excepto se não se recebesse por culpa do legatario.

Effectivamente, devia ser este o pensamento do artigo. Porém a sua redacção é tão clara e positiva, que exclue absolutamente a interpretação d'aquelle acreditado juriscultulo.

O artigo 1985.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1851.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Se o legatario com encargo não receber todo o legado, será o encargo reduzido proporcionalmente, e se for evicto, poderá repetir o que haja pago».

Examinou a commissão revisora este artigo em sessão de 26 de junho de 1862, e consta da respectiva acta o seguinte: «Tiveram a palavra sobre o artigo os srs. Ferrer, Gil, Seabra, José Julio e Herculano, depois do que resolverem-se, por proposta d'este ultimo, que seja redigido pelo modo seguinte: «Se o legatario com encargo, não receber por culpa sua todo o legado, sera, etc.»

Da acta pois consta que a commissão revisora votára o que está consignado no codigo.

Parece-nos indubitavel que o pensamento da commissão revisora seria escrever as palavras «*sem culpa sua*», em vez das palavras «*por culpa sua*», porque é impossivel que o legislador quizesse, invertendo a ordem natural das cousas, pôr a cargo de terceiros os effeitos da culpa do legatario com encargo, que não recebeu o legado por culpa sua. Entretanto a lei terá de ser applicada, como está escripta, em quanto não for emendada, apesar do absurdo e do contrasenso que encerra.

Como o preceito do artigo é applicavel ao legatario, quando da parte d'elle houve culpa, por maioria de razão deve ser-lhe applicavel quando da parte d'elle a não houve.

Art. 1852.º Se algum dos co-herdeiros instituidos fallecer primeiro que o testador, repudiar a herança, ou se tornar incapaz de a receber, acrescerá a sua parte aos outros co-herdeiros, salvo se o testador houver disposto outra coisa.

Art. 1853.º O direito de crescer tambem competirá aos herdeiros, se os legatarios não quizerem ou não poderão receber o respectivo legado.

Art. 1854.º Entre legatarios não haverá direito de crescer; mas, se a coisa legada for indivisivel, ou não poder dividir-se sem deterioração, terá o colegatario opção, ou para conservar o todo, repondo aos herdeiros o valor da parte caduca, ou para haver delles o valor do que directamente lhe pertencer, entregando-lhe a coisa legada.

§ unico. Se, porém, sendo o legado onerado com algum encargo, este caducar, lucrará o legatario o proveito que d'ahi lhe resultar, se o testador não tiver ordenado o contrario.

Art. 1855.º Os herdeiros, que houverem o acrescido, succederão em todos os direitos e obrigações, que caberiam aquelle que não quiz ou não pôde receber a deixa, se a houvera accetado.

Art. 1856.º Os herdeiros, a quem a dita porção crescer, poderão repudiá-la, se ella tiver encargos especiaes impostos pelo testador; mas, neste caso, a dita porção revertirá para

a pessoa ou pessoas, a favor de quem esses encargos houverem sido constituídos.

(Vid. nota ao artigo 1467.º)

Art. 1857.º Os legatarios têm o direito de reivindicar de qualquer terceiro a cousa legada, quer mobiliaria quer imobiliaria, com tanto que seja certa e determinada.

(Vid. nota ao artigo 483.º)

## SECÇÃO V

### DA S SUBSTITUIÇÕES

Art. 1858.º Póde o testador substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro, ou herdeiros instituídos, ou aos legatarios, para o caso em que os herdeiros ou os legatarios não possam ou não queiram acceitar a herança ou o legado: é o que se chama substituição vulgar ou directa.

§ unico. Esta substituição expira, logo que o herdeiro acceite a herança.

Substituição é a designação, feita pelo testador ou pelo doador, da pessoa, para quem deve passar a herança, ou legado, ou doação, na falta do herdeiro, do legatario ou do donatario.

A ordenação, livro IV, título LXXXVII, pr. definia «substituição» a instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo grau.

Divide-se a substituição principalmente em fideicommissaria e directa. Na fideicommissaria designa-se aquella, para quem devem passar os bens por morte do instituido. A ordenação no livro IV, título LXXXVII, pr. explica a existencia das substituições, «para que os testadores tivessem mais facilmente quem acceitasse as suas heranças».

Esta rasão, filha das superstições do direito romano, onde se julgava pouco decoroso morrer sem representante testamentario, não é a verdadeira causa das substituições no direito moderno, mas sim a necessidade de facultar ao testador a liberdade de ampliar as manifestações do seu amor, no caso dos primeiros contemplados não quererem, ou não poderem acceitar o beneficio.

A substituição directa, chamada *vulgar*, porque segundo a ordenação citada, § 1.º a póde fazer qualquer testador ao herdeiro que instituir, consiste na simples designação da pessoa, que deve succeder em logar do herdeiro, que não acceita, ou por não poder, ou por não querer. A fórma por que ordinariamente se faz, e que vem expressa na citada ordenação e §, é a seguinte: «Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não for meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo». As quaes palavras (continua a ordenação), comprehendem dois casos, por cada um dos quaes póde acontecer, que o dito Pedro não seja herdeiro: o primeiro se o não quizer ser, o segundo, se não poder; e por qualquer d'elles que aconteça o Pedro, herdeiro instituido, não ser herdeiro, haverá logar a substituição vulgar, e Paulo substituto haverá a herança do testador».

Supponhamos porém que a substituição é feita para o caso do instituido *não poder* acceitar a herança, e elle depois a não acceita por *não querer*, ou vice-versa, que é feita para o caso de o instituido não

*querer acceitar*, e elle depois a não acceita por não *poder*, será ainda assim valida a substituição? O codigo é omissivo a este respeito, mas resolvía a hypothese no sentido affirmativo a citada ordenação, livro IV, título LXXXVII, no § 2.º: «E o substituto vulgar n'aquelle caso, que o testador sómente especificou, tambem haverá a herança, acontecendo o outro caso, de que o testador não fez menção.»

Nós entendemos que deve adoptar-se n'esta especie a doutrina da ordenação, não só por mais conforme á intenção do testador, artigo 1761.º, que desejava beneficiar o substituto, sem que fosse rasão plausivel para influir no seu animo o *motivo* por que o substituido não acceitasse a herança, e até por analogia, e por força dos principios do direito natural, nos termos do artigo 16.º

Provavelmente foi esta a mente dos redactores do codigo, prescindindo de regular uma hypothese, aliás prevenida e decidida na lei anterior; comquanto seja para notar que este caso será rarissimo, porque a formula commum das substituições vulgares é a que acima deixámos indicada, extrahida da ordenação, que abrange os dois casos de não acceitação *por não querer* ou *por não poder*.

Na substituição podem ser chamados muitos substitutos a um só substituido, e, vice-versa, um só substituto a muitos substituidos.

Estas substituições são permitidas, porque não contém o encargo de *conservar* e de *transmittir* por morte a outrem.

A substituição directa, bem como a pupillar, e quasi pupillar, é admissivel nas doações, assim como nas disposições de ultima vontade?

De certo, porque nas doações são permitidas as substituições nos mesmos casos, em que o são nas disposições testamentarias, artigo 1473.º, e as substituições directas são pela lei mais favorecidas do que as fideicommissarias que, *em regra*, são até prohibidas.

Logo que o instituido acceita não póde ter logar a substituição, porque se verificou a condição que a excluía.

Assim dispõe o artigo no § unico, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido pela commissão revisora; e assim julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 13 de julho de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 171, de 2 de agosto do mesmo anno, que diz assim: «visto como as substituições vulgares caducam pela posse effectiva do instituido».

Art. 1859.º O testador, que tiver filhos ou outros descendentes debaixo do patrio poder, os quaes não hajam de ficar por morte do testador sob poder de outro ascendente, poderá substituir-lhes os herdeiros e os legatarios que bem lhe parecer, para o caso em que os ditos filhos ou outros descendentes falleçam, antes que perfaçam quatorze annos de idade, sem distincção de sexo: é o que se chama substituição pupillar.

Art. 1860.º A substituição pupillar ficará sem effeito, logo que o substituido perfaça a idade mencionada no artigo precedente, ou falleça deixando descendentes successiveis.

Art. 1861.º A disposição do artigo 1859.º é applicavel, sem distincção de idade, ao caso em que o filho ou outro descendente seja demente, comtanto que a demencia tenha



sido judicialmente declarada: é o que se chama substituição quasi pupillar.

Art. 1862.º A substituição, mencionada no artigo precedente, ficará sem effeito, se o demente recuperar o juizo.

Art. 1863.º A substituição mencionada nos artigos 1859.º e 1861.º só pôde abranger os bens, de que o substituto poderia dispor, não se achando impedido ao tempo da sua morte, e que haja adquirido por via do testador.

A designação do herdeiro que ha de succeder ao descendente, se este fallecer antes dos quatorze annos, isto é, antes da idade necessaria para testar, artigo 1764.º n.º 3.º, diz-se «*pupillar*», porque o menor até essa idade denomina-se «*pupillo*», e depois começa a epocha da puberdade, como já era por direito antigo, com a unica differença de que por aquelle direito a puberdade começava para as mulheres aos doze annos. A formula da substituição pupillar, que se lê na ordenação, livro iv, titulo LXXXVII, § 7.º, é a seguinte: «Se meu filho Pedro fallecer dentro da pupillar idade, seja seu herdeiro Paulo».

A designação do herdeiro, que ha de succeder ao descendente, impossibilitado por demencia de dispor de seus bens, diz-se «*quasi pupillar*», e pela mesma razão por que no antigo direito se denominava «*exemplar*», isto é, a exemplo da pupillar. A formula d'esta substituição, que se acha consignada no § 11.º da ordenação, livro iv, titulo LXXXVII, é a seguinte: «Instituo a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro; e se fallecer, durando o furor, que tem, seja seu herdeiro Paulo».

A unica differença que havia por direito antigo entre uma e outra substituição era quanto ás pessoas que podiam faze-la.

Assim a substituição pupillar, como era consequencia do patrio poder, só o pae a podia fazer, e não a mãe que o não tinha, nem outro qualquer ascendente, e a substituição quasi pupillar podia faze-la qualquer ascendente, ainda da linha feminina.

O codigo equiparou completamente o direito de fazer uma e outra substituição, quanto ás pessoas que não de faze-la, porque a substituição pupillar pôde ser feita pelas pessoas a quem compete fazer a quasi pupillar. Mas subordinou o direito das pessoas, que não de faze-la, ás razões que por direito antigo determinavam a substituição pupillar, e a quasi pupillar.

A lei nova permite ás mesmas pessoas uma e outra substituição, que é determinada pela necessidade dos ascendentes contemplarem as pessoas, que souberem que mais serviços e dedicação tem prestado ao menor ou demente, que as não pôde compensar, como inhibido de fazer testamento. Até certo ponto tambem considera este direito, como consequencia do patrio poder, porque permite a faculdade de substituir, não a todos os ascendentes, mas só áquelles, que tem o descendente debaixo do patrio poder, e com a condição de não caírem por morte d'esse debaixo do poder de outro ascendente.

De modo que o pae não pôde fazer a substituição existindo a mãe, ou outro qualquer ascendente. N'uma palavra a substituição só pôde ser feita pelo ascendente unico, que houver.

Nos descendentes, a que se refere o artigo 1859.º, comprehendem-se, tanto os perflhados espontaneamente, como os legitimos e os legitimados.

As palavras «*debaixo do patrio poder*», não podem entender-se no

sentido de que ha ascendentes, que não são paes, com patrio poder sobre os descendentes, porque isso é contra a disposição terminante dos artigos 137.º, 138.º e 166.º e contra todo o systema do codigo,

Estas palavras com relação aos ascendentes, que não são paes, devem exprimir o mesmo que tutela, a qual pertence pela lei aos ascendentes, tanto do sexo masculino, como do sexo feminino, preferindo todavia aquelles.

O artigo 1859.º é exactamente e com a mesma redacção o artigo 1994.º do projecto primitivo, que a commissão revisora approvou sem a mais leve observação, não tendo porém desculpa de não ter aperfoçoado a redacção, accomodando as palavras «*patrio poder*» só aos paes, porque este defeito da redacção foi notado pelo sr. dr. Neiva nas suas observações sobre o projecto de codigo civil, o qual propunha que a definição de substituição *pupillar* fosse substituida pela da ordenação, livro iv, titulo LXXXVII, § 7.º, a qual tambem não convinha, porque dava este direito só ao pae.

As palavras: «*debaixo do patrio poder*» n'este logar significam o mesmo que «*debaixo do seu poder*».

Tambem o artigo 1863.º emprega impropriamente a palavra *substituto* para designar o *substituido*, tendo a commissão revisora emendado inconvenientemente a redacção do artigo correspondente (1998.º) do projecto primitivo, onde se lia em vez da palavra *substituto* a palavra *substituido*.

Para os ascendentes poderem fazer esta substituição é necessario, alem de terem o descendente debaixo do patrio poder ou da tutela, e de não haver outro ascendente sob cujo poder ou tutela elle venha a cair, que o ascendente tenha deixado bens ao descendente, e só com relação a estes pôde fazer a substituição.

É pois condição essencial, para o ascendente exercer o direito de substituição, que beneficie o substituido, deixando-lhe alguns bens, e que só com relação a estes faça a substituição.

O testador pôde fazer a substituição com relação a todos os bens, ou só com relação a alguns contantoque sejam por via d'elle adquiridos. Se o menor ou interdito tem descendentes successiveis, legitimos não perflhados, a substituição pupillar é totalmente nulla, como dispõe o artigo 1860.º, e se tinha algum ascendente, sob cujo poder pudesse ir cair, não podia tambem fazer se a substituição em virtude do disposto no artigo 1859.º

Cessando a impuberdade, ou a interdicção, fica sem effeito a substituição, porque acaba a razão que a sustentava.

Com relação aos interdictos só os paes podem fazer a substituição, e pôde faze-la o ultimo, ainda existindo outros ascendentes, porque d'entre os ascendentes só os paes são tutores, artigo 320.º n.º 2.º, e estes com o patrio poder, artigo 322.º

O codigo mostra-se que a substituição quasi pupillar não fica sem effeito pelo facto de o demente deixar descendentes successiveis. Não ha porque o mais pequeno motivo para declarar sem effeito a substituição, quando o menor deixa descendentes successiveis, e não a declarar assim, quando os deixa o demente, quanto mais que só em casos rarissimos, e com relação ás mulheres, é que poderá dar-se o caso de morrerem na impuberdade com descendentes successiveis.

Art. 1864.º 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

os legatarios substituidos, salvo se outra cousa tiver sido declarada.

(Vid. nota ao artigo 1467.º)

**Art. 1865.º** Quando os co-herdeiros ou os legatarios por partes iguaes forem substituidos reciprocamente, entender-se-ha, que o foram na mesma proporção.

§ unico. Se, porém, os chamados á substituição forem mais que os instituidos, e nada se declarar, entender-se-ha, que foram substituidos por partes iguaes.

A substituição reciproca comprehende e contém muitas substituições differentes por causa das pessoas, entre as quaes se faz. Chama-se *reciproca* porque n'ella muitos herdeiros instituidos se substituem entre si reciprocamente.

A forma d'ella, diz a ordenação, livro IV, titulo LXXXVII, § 5.º, é, quando depois de um testador haver instituido muitos herdeiros em seu testamento, acrescenta estas palavras: «*os quaes substituo entre si*», ou por outras similhantes palavras ordena que succedam uns aos outros.

Se a instituição teve logar entre coherdeiros ou legatarios por partes iguaes, entende-se que a substituição é na mesma proporção. Por exemplo, instituo meus herdeiros, cada um na sexta parte da herança, a Pedro, Paulo e Martinho, os quaes substituo entre si. A morte de um d'elles os outros dois dividem entre si ao meio o que ao fallecido pertencia.

Se os coherdeiros ou os legatarios o forem por partes desiguaes como se eu instituir meus herdeiros a Pedro e Paulo cada um na 6.ª parte da minha herança, e Martinho na 3.ª parte, e os substituir reciprocamente, e Pedro fallecer, como ha de dividir-se a sua herança entre Paulo e Martinho?

É omisso o codigo a este respeito, mas por analogia deve observar-se o mesmo que quando os substituidos são herdeiros ou legatarios em partes iguaes. Não ha razão para que a substituição se entenda na mesma proporção, quando os substituidos foram instituidos em partes iguaes, e não quando instituidos em partes desiguaes.

No exemplo acima posto pertencem, por esta regra, dois terços da herança de Pedro a Martinho, e o terço restante a Paulo.

O § unico, podendo ser applicavel a outra especie de substituição é totalmente inapplicavel a substituição reciproca, que tem logar quando o testador, instituindo muitos herdeiros, os declara substituidos uns dos outros.

Na substituição reciproca não ha numero maior nem menor de instituidos e de substituidos, porque são todos instituidos e todos substituidos.

A redacção do § unico, como a do artigo, deixa ainda sem resolução pontos de extrema gravidade, e poderia dar logar por argumento *à contrario sensu* a grandes duvidas, se esta doutrina não estivesse tão estudada e assente. Assim se os chamados á substituição n'outra forma de substituição, que não seja a reciproca, forem em numero igual, ou inferior ao numero dos instituidos *quid juris?*

É omisso, e sem desculpa, o codigo a este respeito. Mas por analogia devera observar-se o disposto para o caso de serem mais os chamados á substituição do que os instituidos.

Pela ordenação, livro IV, titulo LXXXVII, § 6.º, a substituição reciproca a favor de herdeiros, que passavam todos da idade pupillar, não era mais do que substituição vulgar, e se os herdeiros eram ainda pupillos, filhos do testador, incluia ella a substituição pupillar, de modo que fallecendo qualquer d'elles, depois de ser herdeiro, dentro da idade pupillar, lhe succedia o outro filho seu coherdeiro, posto que ao tal tempo este substituto não fosse já pupillo, mas maior.

O codigo não adoptou as doutrinas do referido § 6.º da ordenação, livro IV, titulo LXXXVII.

**Art. 1866.º** A disposição testamentária, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado, diz-se substituição fideicommissaria ou fideicommisso.

O codigo, tendo em vista prohibir as substituições fideicommissarias, procurou defini-las, synthetizando os requisitos, que caracterizam esta forma de disposição; e, receiando que algumas hypotheses não fossem claramente comprehendidas no artigo, veiu ainda especifica-las nos artigos 1870.º a 1872.º, que são verdadeiro additamento ou esclarecimento ao artigo 1866.º

Assim o artigo 1866.º definiu syntheticamente os fideicommissos, e o artigo 1871.º especificou as disposições havidas como taes, em virtude do preceito da lei.

O codigo emprega sempre como synonymos os termos «fideicommissos», e «disposição ou instituição fideicommissaria».

A substituição fideicommissaria, de todas as formas de substituir a mais importante, era reconhecida sob o nome de *compendiosa*, na velha ordenação, livro IV, titulo LXXXVII, que no § 42.º dizia assim: «Substituição compendiosa é a que um testador faz ao herdeiro, que instituiu, quando quer que elle fallecer. E chama-se assim, porque debaixo de um compendio de palavras contém em si muitas substituições de differente natureza: a forma, em que se faz, é esta: «*Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que elle fallecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo.*»

Pela ordenação pois, como pelo codigo, era característica essencial da disposição fideicommissaria a obrigação de *conservar e transmitir por morte*, aindaque o testador se não servisse d'estas palavras, mas de outras equivalentes.

Para tornar ainda mais saliente este requisito repete o codigo no artigo 1870.º que é fideicommisso a disposição pela qual o usufructuario ou o proprietario é encarregado de *transmitir a outrem por sua morte*.

O duplicado encargo de *conservar* e de *transmitir* é a verdadeira característica das instituições fideicommissarias. Em accordão de 17 de junho de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 481, julgou a relação de Lisboa, que a deixa de certos bens a um individuo para por morte d'elle passarem a outro, sem *expressar* o encargo de conservar e transmitir, era verdadeiro usufructo por ser preferivel esta interpretação nos termos do artigo 1761.º do codigo. Este accordão porém, que é de razão, fere a lei e a justiça.

Não ha hoje palavras sacramentaes na constituição dos actos juridicos. As palavras «*conservar e transmitir por morte*» podem ser substituidas por outras equivalentes, que enunciam a mesma idéa,

como succedia na especie, em que recaiu o accordão, na qual se declarava que os bens eram *deixados* a um individuo para *por sua morte* passarem a outro.

Alguns juriconsultos têm sustentado que nas substituições fideicommissarias pôde assignar-se ao encargo de transmitir os bens hereditarios o prazo da morte do herdeiro, ou *outro qualquer*.

Porém nos termos do nosso direito, tanto moderno, como antigo, não ha substituição fideicommissaria sem o encargo imposto ao fiduciario de *conservar e transmitir por sua morte* os bens fideicommitidos.

Segundo os artigos 1866.º e 1870.º a disposição em virtude da qual o testador commettesse ao herdeiro o encargo de conservar a herança durante um prazo mais ou menos longo, mas sem a obrigação de a transmitir por morte, não seria substituição fideicommissaria, se não fôra o preceito do artigo 1747.º que declara não escripta a designação do tempo, em que deva começar ou cessar o effeito da instituição de herdeiro, e que portanto implicitamente converte as substituições a prazo fixo nas substituições, de que tratam os artigos 1866.º e 1870.º

A lei antiga admittia só um grau de substituição fideicommissaria, como se induz da ordenação, livro IV, título LXXXVII, § 12.º, acima citado. Era esta a jurisprudencia ultimamente reconhecida pelos tribunaes, e nomeadamente pelo supremo tribunal de justiça, cunquanto houvesse decisões das relações em contrario com o fundamento de que o citado preceito da ordenação era exemplificativo, e de que a vontade do testador devia ser respeitada até onde não offendesse lei expressa, ou principio de direito. O codigo baniu em regra as substituições fideicommissarias, admittindo-as apenas em dois casos excepçionaes, e n'um grau só artigo 1867.º

Contra esta innovação feita no codigo reclamou o sr. dr. Joaquim José Paes da Silva com o fundamento de que semelhante prohibição ia restringir de máis a liberdade de testar, e de que acceta a substituição n'um grau só se combinava a liberdade de testar com a idéa da não amortisação demasiada.

A estas considerações respondia peremptoriamente o sr. Seabra nos seguintes termos:

«Pelo contrario não nos parece nem justa, nem conveniente, semelhante instituição (o fideicommisso), fôra dos casos exceptuados no artigo 2003.º do projecto (artigo 1867.º do codigo). Não ha conveniencia na instituição nem em relação aos beneficiados nem em relação á sociedade: não em relação aos beneficiados, porque o fiduciario que não é mais do que um usufructuario, não pôde recolher os proventos que resultariam da permanencia da propriedade, nem obter credito algum sobre bens que de um dia para outro podem desaparecer do seu patrimonio; não em relação ao fideicommissario, porque virá a receber assim uma propriedade deteriorada pela ambição ou negligencia do fideicommissario: não em relação á sociedade, porque sempre é prejudicada pelo desaproveitamento da propriedade, ou diminuição do seu producto, pela perda dos direitos durante a amortisação, e, finalmente, pela infinidade de questões e demandas, que estas desmembrações do dominio necessariamente produzem.»

A estas razões, escriptas em 1859, acrescentava o sr. Seabra uma outra, escripta na mesma epocha, e vinha a ser que seria gravissimo erro economico favorecer a amortisação da propriedade immobiliaria por meio das substituições, quando ella estava já tão amortisada pela instituição vincular, que talvez se conservasse ainda por longo tempo.

Felizmente quatro annos depois a amortisação vincular acabava por effeito das disposições da lei de 19 de maio de 1863.

Em vista d'estas considerações, e do disposto nos artigos 1868.º e 1870.º, as substituições fideicommissarias não têm razão de ser na nossa legislação civil, mesmo nos casos excepçionaes previstos no artigo 1867.º

O fiduciario nem para pagar encargos e dividas da herança pôde alienar os bens fideicommetidos, ainda mesmo que seja condicional a instituição do fideicommissario.

O que é substituição fideicommissaria nos casos do artigo 1867.º? É a deixa do usufructo a um e da propriedade a outro, visto que o fiduciario, segundo a expressa disposição do artigo 1873.º, é havido por mero usufructuario.

Desde que se nega ao fiduciario a propriedade, posto que restricta e resolvel, sobre os bens fideicommetidos, a instituição do fideicommisso representa apenas a deixa do usufructo a um, e da propriedade a outro.

Para se verificar a existencia de substituição fideicommissaria fôra indispensavel que o fiduciario tivesse a propriedade dos bens, embora restricta e resolvel, como era por direito antigo, em que a morte do fideicommissario antes do fiduciario radicava n'esta a propriedade perfeita da herança, sem que aquelle transmittisse direito algum aos seus herdeiros.

Porém desde que os fiduciarios são havidos por meros usufructuarios não têm razão de ser as substituições, e os artigos 1866.º a 1873.º podiam ser reduzidos todos ao artigo 1867.º, eliminados os seus dois numeros, que constituem duas excepções ao preceito n'elle consignado.

Os fideicommissos têm por fim garantir ao testador o direito de deixar a fruição de seus bens a mais de uma vida ou geração; e o artigo 1867.º não concede essa garantia ao testador, senão em favor dos netos e dos sobrinhos.

Porém o que o artigo 1867.º n.º 1.º e 2.º permite, como favor e excepção para os netos e sobrinhos do testador, permite-o o legislador, como regra geral, a todos, porque a todos permite deixar o usufructo a um e a propriedade a outro; e as substituições fideicommissarias, reconhecidas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º, desde que o fiduciario é considerado mero usufructuario, artigos 1868.º e 1873.º, não representam senão a deixa do usufructo a uma pessoa, e da propriedade a outra.

Portanto, salva a differença de palavras, o que no artigo 1867.º se permite ao testador, como excepção, é o que no artigo 1870.º se lhe permite como regra geral.

Se no testamento o testador emprega a seguinte linguagem: «*Deixo os meus bens em usufructo a Pedro, e em propriedade a Paulo*», é valida a instituição, ainda que sejam estranhos ambos os instituidos. Se no testamento o testador emprega est'outra linguagem: «*Deixo a minha herança a Pedro para a conservar e por sua morte transmitir a Paulo*», já não é valida a instituição de Paulo, não sendo elle neto, ou sobrinho direito do testador.

Ora, com qualquer das duas redacções indicadas a disposição testamentaria enuncia o mesmo pensamento, e produz as mesmas vantagens a favor do instituido.

O legislador conservou a instituição fideicommissaria, desnaturando-a, e assentando-a em bases repugnantes aos principios juridicos, de modo que hoje não tem utilidade, senão negativa, isto é, de fazer

annullar alguma disposição testamentaria, em que o testador queira contemplar duas pessoas, por exemplo, uma com a propriedade, e outra com o usufructo, e que em vez de dizer «deixo o usufructo a Pedro, e a propriedade a Paulo» diga: «deixo os meus bens a Pedro para á sua morte passarem a Paulo»; ou de deixar o fiduciario verdadeiro proprietario, como nos casos do artigo 1871.º, devendo elle ter pelo systema do código o caracter de mero usufructuario.

Será que nos termos do artigo 1867.º se permite mais de um grau de substituição fideicommissaria, sendo licito por exemplo deixar o usufructo a um para por morte d'este passar a outro, e por morte d'este passar a propriedade a terceiro?

Não. O artigo 1867.º na verdade não designa expressamente o numero de substituições admissivel, mas nem por isso dá lugar a dizer-se que reconhece as substituições em mais de um grau, porque d'elle mesmo se infere que não ha senão um grau de substituição fideicommissaria, que é a favor dos netos, ou dos sobrinhos do testador; e o mesmo se deduz do artigo 1874.º que, legislando com relação ao *preterito*, não reconhece senão um grau de substituição.

Nos termos do artigo 1870.º é fideicommissio tanto a deixa do usufructo com a condição de o legatario conservar e transmittir por morte o mesmo usufructo, como a deixa da propriedade com a obrigação de o instituido a conservar e transmittir por morte.

Por outro lado ao passo que o código declara no artigo 1866.º fideicommissio a instituição com o encargo de *conservar e transmittir* por morte; do artigo 1871.º n.º 2.º se mostra que ha fideicommissio mesmo sem o encargo de conservar, porque a disposição, que chama ao resto da herança, é nos termos d'aquelle numero e artigo, fideicommissaria, porque ha n'esta forma de dispor a instituição de duas vidas.

Art. 1867.º São prohibidas para o futuro as substituições fideicommissarias, excepto:

1.º Sendo feitas por pae ou mãe nos bens disponiveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer;

2.º Sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador.

(Vid. nota ao artigo 1473.º)

Art. 1868.º O fideicommissario adquire direito á successão, desde o momento da morte do testador, aindaque não sobreviva ao fiduciario. Este direito passa aos seus herdeiros.

Este artigo era escusado em vista do artigo 1873.º, que declara que os direitos e as obrigações do fiduciario são os do usufructuario, e por isso não vinha no projecto primitivo.

Instou porém o sr. dr. Joaquim José Paes da Silva em que era preciso cortar a questão tão debatida se, morrendo o fideicommissario antes do fiduciario, passava ou não o fideicommissio aos herdeiros d'aquelle, manifestando logo a sua opinião de que devia passar, porque partia do principio de que o direito ao fideicommissio era adquirido logo á morte do testador, e não á morte do fiduciario ou gravado.

O sr. Seabra, reconhecendo aliás que em vista do preceito do artigo 2008.º do seu projecto, correspondente ao artigo 1873.º do código, não podia haver questão sobre o *spes debitum iri*, propoz elle

mesmo a introdução d'este artigo, que já apparece no projecto de 1863.

O decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 29 de dezembro de 1870 tambem declarou que, em presença da expressa disposição do artigo 1873.º do código civil, serão havidos por meros usufructuarios os herdeiros ou os legatarios, cujas heranças ou legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, sendo esta doutrina applicavel á liquidação e pagamento da contribuição de registro.

O código cortou radicalmente assim a questão muito ventilada por direito antigo, se os herdeiros do fideicommissario tinham direito ao fideicommissio, fallecendo elle antes do fiduciario, sendo então mais juridica a opinião dos que sustentavam que sobrevivendo o fiduciario ao fideicommissario era aos herdeiros d'aquelle e não aos d'este que os bens pertenciam.

Por direito anterior ainda houve varios julgados decidindo que o fideicommissario, que fallecia antes do fiduciario, transmittia o direito hereditario aos seus herdeiros, com o fundamento de que o fiduciario era simples usufructuario, e de que era inadmissivel entre nós a doutrina dos romanos, pela qual o *spes debitum iri* se transmittia nos contratos, e não nas disposições de ultima vontade.

No entretanto não era essa a opinião mais segna. Aindaque houvesse analogia apparente entre o fiduciario e o usufructuario, a differença juridica era profunda e cabal. No usufructo passava, á morte do testador, este direito ao usufructuario, e na mesma occasião o direito de propriedade ao proprietario; no fideicommissio passava inteiro «propriedade e usufructo» ao fiduciario, com a clausula resolvel apenas. No usufructo ha só uma instituição, simultanea, e não successiva; no fideicommissio havia duas instituições, e não simultaneas, mas successivas.

Por isso antes da morte do fiduciario nenhum direito tinha adquirido o fideicommissario, mas sim uma simples expectativa, que não podia transmittir aos seus herdeiros.

Esta doutrina foi sancionada pelo supremo tribunal de justiça, em accordão de 19 de novembro de 1852, e seguida por todos, depois d'aquelle julgado, como declara o illustrado redactor da *Gazeta dos tribunaes* em o n.º 1:932 d'aquelle folha. Esta mesma opinião era sustentada pela associação dos advogados de Lisboa; e apparece reconhecida pela relação do Porto em accordão de 4 de maio de 1869, publicada na *Gazeta dos tribunaes* n.º 4:334.

Hoje o fiduciario é mero usufructuario, como determina o artigo 1873.º Pela morte do testador passa a propriedade ao fideicommissario, e o usufructo ao fiduciario.

Por isso é inteiramente indifferente que o fideicommissario sobreviva ou não ao fiduciario. Este acontecimento em nada altera nem modifica os direitos dos dois instituidos, vistoque a successão se abriu para um e para outro á morte do testador.

O testador pelo direito antigo podia transmittir os seus bens indivisos durante duas vidas. Pelo direito hodierno não pôde faze-lo: pôde transmitti-los a diferentes pessoas, mas não a diferentes vidas.

Por isso hoje o fiduciario é incontestavelmente obrigado a prestar caução, visto o preceito do artigo 2221.º n.º 2.º do código.

Supponhamos porém que se instituiu um fideicommissio em testamento, aberto pela morte do testador antes da promulgação do código, e que o fideicommissario falleceu antes do fiduciario, mas depois d'essa promulgação: transmitta o fideicommissario o direito aos

seus herdeiros? A especie é applicavel o direito velho ou o direito novo?

Em nosso entender o fideicommissario não transferiu direito algum aos seus herdeiros, sem embargo de ter fallecido depois da promulgação do código, porque o artigo 1874.º mantém os fideicommissos de preterito no primeiro grau sem lhes alterar a natureza e as condições que tinham por direito velho.

O código respeitou em tudo os fideicommissos abertos ao tempo da sua promulgação, salvo na parte em que representavam mais de uma substituição.

Se porém o fiduciario falleceu antes do testador, tem o fideicommissario ainda assim direito ao fideicommissio? Pouco se occuparam d'esta questão por direito velho os nossos praxistas. Porém a opinião mais seguida era que o fideicommissario não ficava privado do fideicommissio pelo facto de fallecer antes do testador o fiduciario; e n'este sentido respondeu a associação dos advogados de Lisboa, como se mostra da *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2:934.

Pelo código não offerece duvida alguma esta jurisprudencia. O fideicommissario tem direito ao fideicommissio desde a morte do testador, porque recebe o seu direito immediatamente d'aquelle, sem que na acquisição influa a existencia ou não existencia do fiduciario.

Na instituição do fideicommissio ha da parte do testador o desejo de beneficiar dois individuos, e a morte de um não altera esse desejo com relação ao outro.

A circumstancia mesmo de o testador não alterar o testamento depois da morte do fiduciario prova que elle persistiu na idéa de beneficiar o fideicommissario.

Finalmente desde que o código equiparou o fiduciario ao usufructuario é consequente que, embora este falleça antes da morte do testador, o fideicommissario adquiriu direito ao fideicommissio, como acontece a qualquer herdeiro que logo á morte do testador toma conta da herança por este onerada com um usufructo, quando o usufructuario falleceu antes do testador.

A instituição do fideicommissio representa duas instituições distinctas, e independentes uma da outra. A nullidade de uma não importa a nullidade da outra. A nullidade da substituição fideicommissaria, diz o artigo 1869.º, não envolve a nullidade da instituição fiduciaria: ora, pela mesma razão a nullidade da instituição fiduciaria não envolve a nullidade da substituição fideicommissaria.

Art. 1869.º A nullidade da substituição fideicommissaria não envolverá a nullidade da instituição ou do legado: apenas se haverá por não escripta a clausula fideicommissaria.

(Vid. nota ao artigo 1474.º)

Art. 1870.º Não se reputará fideicommissio a disposição, pela qual algum testador deixe o usufructo de certa cousa a uma pessoa, e a propriedade a outra, comtantoque o usufructuario ou o proprietario não seja encarregado de transmitir a outrem, por sua morte, o dito usufructo ou a dita propriedade.

Art. 1871.º Serão havidas por fideicommissarias e, como taes, defezas:

- 1.º As disposições com prohibição de alienar;
- 2.º As disposições, que chamarem um terceiro ao que restar da herança ou do legado, por morte do herdeiro ou do legatario;
- 3.º As disposições, que impozerem ao herdeiro ou ao legatario o encargo de prestar a mais de uma pessoa, successivamente, certa renda ou pensão.

(Vid. artigos 2199.º e 2250.º) Na deixa do usufructo a um e da propriedade a outro não ha substituição, mas duas doações simultaneas, uma do usufructo e outra da propriedade. A ultima não surte, é verdade, effeitos e vantagens reaes directas sem acabar a primeira; mas o instituido na propriedade não é substituido do usufructuario. As duas doações são feitas na mesma data, e na mesma data adquirem os seus direitos os dois pelo testador contemplados; mas são dois factos juridicos inteiramente distinctos.

Das disposições testamentarias especificadas, como fideicommissio, no artigo 1871.º, só a segunda, que representa o antigo legado *«de eo quod supererit»*, é que não resume todos os caracteres de verdadeiro fideicommissio, porque com o encargo de transmitir não impõe o de *conservar*, e é indispensavel a reunião d'estes dois requisitos para constituir fideicommissio.

Já vimos sustentar que a disposição com a faculdade de vender ou empenhar não importa fideicommissio, porque a pessoa instituida não é encarregada de conservar os bens deixados para os transmitir por morte, e antes a concessão expressa da faculdade de alienar prova que o testador a contemplava com o mero usufructo.

Todavia tambem já no fóro antigo havia opiniões, que consideravam fideicommissaria esta disposição; e effectivamente n'esta forma de dispor ha a instituição de duas vidas.

O código considerou fideicommissaria esta instituição directa com transmissão futura, porque a transmissão do que restar transforma logo a instituição directa em fideicommissaria.

N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 2 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 161.

A disposição do artigo 1871.º deve ser subordinada ao preceituado no artigo 1867.º, isto é, as disposições que o artigo 1871.º considera fideicommissarias, e defezas em geral, são todavia permittidas, sendo feitas em favor de alguma das pessoas mencionadas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º

Graves duvidas se têm levantado sobre a concordancia do artigo 1870.º e n.º 3.º do artigo 1871.º com o disposto nos artigos 2199.º e 2250.º Aquelles artigos prohibem que se deixe o usufructo a alguém com a condição de pela morte do primeiro usufructuario passar a outrem, bem como o encargo de prestar a mais de uma pessoa *successivamente* certa renda ou pensão. O artigo 2199.º determina expressamente que possa constituir-se usufructo *successivamente* a favor de mais de uma pessoa, comtantoque existam todas ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario.

Para haver desharmonia completa na redacção dos differentes artigos do código sobre esta materia determina o artigo 2250.º que é válido o usufructo, constituido em proveito de varias pessoas, para só acabar por morte da ultima, exigindo como condição, não o serem

todas vivas ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario, mas sim o serem todas vivas ao tempo da constituição do usufructo.

A incoherencia de redacção encontrava-se já no projecto primitivo, nos artigos 2005.º, 2006.º, 2365.º e 2413.º, correspondentes aos artigos 1870.º, 1871.º, 2199.º e 2250.º do codigo.

Devidamente combinados porém estes diferentes artigos, e attendendo ao pensamento do legislador, pôde chegar-se a uma solução razoavel.

Sobretudo a conciliação dos artigos 2199.º e 2250.º é facil, entendendo-se as palavras «*ao tempo da constituição do usufructo*», empregadas no artigo 2250.º e «*ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario*», empregadas no artigo 2199.º, como significando o mesmo pensamento.

Se o usufructo é dado em testamento fica constituido não na data da feitura do testamento, mas quando este se abre, e portanto quando se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario.

No usufructo dado em contrato é o mesmo. Aindaque o testador reserve para si o usufructo, para o largar só por morte, em todo o caso o direito dos usufructuarios é logo *adquirido*, aindaque só por morte do alienante venham a gosa-lo.

O goso successivo do usufructo não tem logar, senão a favor de pessoas que existam ao tempo de abrir-se o direito do primeiro usufructuario, não só para evitar que se illuda por meio indirecto a prohibição das substituições ou fideicommissos, constituindo-os por tres, quatro ou mais gerações, mas porque é contra a natureza do dominio, e contra as regras da bem entendida economia, o estar separado perpetuamente ou por muito tempo o usufructo da propriedade.

O codigo não permite transmissão de direito, quer de usufructo, quer de propriedade, que não se verifique logo desde a abertura da herança, salvas as excepções consignadas no artigo 1872.º;—nem permite a transmissão dos direitos por mais de uma vida. A morte do testador não de transmittir-se logo todos os direitos, aindaque não se tornem desde logo effectivos. Ora, o artigo 2199.º não contradiz este principio.

O testador deixa o usufructo da quinta de Sitiaes a Pedro, Paulo e Martinho, e a propriedade a Mevio. Tanto vale dizer que deixa o usufructo da propriedade aos tres conjuntamente, para por morte do ultimo passar ao proprietario, como dizer que deixa o usufructo aos tres, devendo começar a *effectividade* d'esse direito por Pedro, tornando-se por morte d'este *effectivo* em Paulo, e por morte d'este *effectivo* em Martinho.

Em qualquer dos casos não ha senão uma pensão ou usufructo vitalicio. A pensão abrange mais de uma pessoa, mas não mais de uma vida.

Se todas as pessoas eram vivas á morte do testador a transmissão foi logo *collectiva*, dependendo a effectividade do direito de cada uma não de *substituição*, mas da *condição* de morte da outra. E o meio de conciliar estas disposições á primeira vista antinomias, e assim as conciliava o illustrado redactor da *Gazeta dos tribunaes* em o n.º 4: 210 e n.º outros, bem como o sr. Silva Ferrão no seu dictionario do codigo civil, artigo «*Substituições*».

Tambem por direito anterior era valiosa a substituição reciproca, qualquer que fosse o numero das pessoas vivas, que se substituíssem umas ás outras, porque não havia aqui substituição em graus ou gerações, como opinava a associação dos advogados de Lisboa, e

decidiam os tribunaes, sem embargo do julgado em contrario que apontámos em a nota ao artigo 1473.º que, por singular, não constitue jurisprudencia.

Em todo o caso as duvidas que podiam levantar-se sobre o direito de instituir varios usufructuarios successivamente acabaram em vista da lei de 31 de agosto de 1869, que veio reconhecer o principio de que o usufructo pôde transmittir-se separado da propriedade, e de que pôde dar-se *successivamente* em favor de mais de uma pessoa, como é expresso no artigo 7.º, que foi reproduzido no artigo 7.º § 13.º do regulamento de 30 de junho de 1870, e que diz assim: «Quando se der o usufructo em favor de *mais de uma pessoa successivamente*, a contribuição será paga tantas vezes quantas forem as pessoas que receberem o usufructo, logoque este se verifique.»

Esta legislação, como posterior, domina todos os preceitos do codigo sobre o assumpto.

Lembrou-se alguém de desfazer a antinomia, sustentando que a pensão ou renda é que não podia constituir-se a favor de mais de uma pessoa successivamente, porque assim o dispunha o artigo 1871.º n.º 3.º, mas que o usufructo podia constituir-se successivamente pela força do disposto no artigo 2199.º Porém ainda concordando em que a pensão e a renda estão sujeitas a regras diferentes das do usufructo, conquanto sejam ambos encargos reaes, esta subtiliza não salvava a contradicção; porque, se o artigo 2199.º não ficasse brigando com o artigo 1871.º n.º 3.º, ficava brigando com o artigo 1870.º

Demais, não poderia descobrir-se rasão plausivel para se permitir a transmissão successiva do usufructo, que é mais amplo do que a pensão, e não ser transmissivel successivamente a pensão de um para outro, quando todos estão vivos, e fazem para assim dizer uma só vida.

Nos entendemos a disposição do n.º 3.º do artigo 1871.º, que prohibe a transmissão successiva de pensão ou renda a mais de uma pessoa, só para o caso d'essas pessoas não estarem todas vivas ao tempo da abertura da herança. Assim combinámos as disposições do artigo 1870.º e do n.º 3.º do artigo 1871.º com o disposto nos artigos 2199.º e 2250.º

Finalmente o usufructo, ou seja legado sob a fórma de fideicommisso ou não, é valido nos termos dos artigos 2199.º e 2250.º do codigo, visto o artigo 7.º da referida lei de 31 de agosto de 1869, que não faz distincção. E o que as leis determinam com respeito ao usufructo deve ser applicado por maioria de razão á deixa de pensão ou renda, comprehendida em o n.º 3.º do artigo 1871.º

Nos termos da lei de 30 de julho de 1860, deixada a propriedade separada do usufructo, pagava cada um dos contribuintes ametade da contribuição, pagando o proprietario a sua metade unicamente quando entrava na posse effectiva dos bens, e consolidava o usufructo com a propriedade.

N'esta fórma de transmissão fazia-se a liquidação do imposto ao usufructuario e ao proprietario, como a dois contribuintes distinctos, com differente responsabilidade, conforme decidiu o decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 29 de dezembro de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 39, de 17 de fevereiro de 1871.

Nos termos da lei de 31 de agosto de 1869, e do regulamento de 30 de junho de 1870, quando a propriedade for transmittida separada do usufructo, deve o proprietario pagar a contribuição de registo pelo valor total do predio sem deducção alguma, e o usufructuario pagar a parte correspondente ao usufructo. Mas o proprietario só é obrigado ao pagamento depois de findo o usufructo.

Se porém o proprietário quiser antecipar o pagamento do imposto, e pagar de prompto, tem o desconto de 5 por cento nos termos do artigo 8.º § 9.º do citado regulamento de 30 de junho de 1870, segundo se declarou em officio da direcção geral dos proprios nacionaes, de 1 de fevereiro de 1872, publicado no jornal *O Direito* n.º 10, 4.º anno.

**Art. 1872.º** A prohibição do artigo precedente não abrange as prestações de qualquer quantia, impostas aos herdeiros ou aos legatarios a favor dos indigentes, para dote de raparigas pobres, ou a favor de qualquer estabelecimento ou fundação de mera utilidade pública.

§ 1.º Neste caso, porém, o encargo deverá ser consignado em certos e determinados predios, e será sempre licito ao herdeiro, ou ao legatario onerado, converter a prestação no pagamento do capital em dinheiro.

§ 2.º Os herdeiros ou os legatarios obrigados a taes encargos, não ficarão, todavia, sujeitos a nenhuma ordem especial de successão, que não seja a ordenada na lei geral.

(Vid. notas aos artigos 35.º e 1742.º) O legado em favor dos indigentes, ou para dote de raparigas pobres, é valido, ainda com o caracter de perpetuidade, porque os indigentes não são pessoas inertes, ainda que não sejam designados pelo seu nome, porque pobres se reputam os que precisam dos socorros fornecidos pela caridade para poderem viver. Tem que habilitar-se, como taes, para poderem receber o legado.

*Pio*, segundo o dictionario de Moraes, diz-se em geral tudo o que demonstra a piedade do nosso animo, porque a piedade é filha dos nossos sentimentos religiosos, segundo os quaes a caridade é uma das primeiras virtudes, e por isso dar esmolas, dotar raparigas, e outros actos semelhantes, reputam-se *obras pias*, nos termos do artigo 1836.º

O encargo porém deve ser consignado em certos e determinados bens, e estes não de seguir a successão regular das leis, sem que possa determinar-se que pertençam sempre a uma certa familia ou descendencia.

O encargo assim consignado em certos e determinados predios, fica constituindo um onus real, garantido ao estabelecimento por hypotheca legal no n.º 8.º do artigo 906.º Como porém o estabelecimento não pôde possuir este direito immobiliario alem de anno, nos termos do artigo 35.º do codigo, ha de proceder-se á subrogação ou desamortisação d'este direito em conformidade das leis da desamortisação e das instrucções de 25 de novembro de 1869.

Se o testador gravar com encargos pios bens de raiz, constituindo uma capella, vinculada ou não vinculada, é nulla a instituição, e passam para os herdeiros os bens, livres d'este onus. Neste sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 2 de novembro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 7, decidindo que não ha direito para exigir contas de um legado pio creado contra as disposições da lei de 9 de setembro de 1769.

É ao administrador do concelho que compete tomar contas do cumprimento d'estes legados pios, segundo o disposto no artigo 248.º n.º 2.º do codigo administrativo, artigo 1.º do decreto de 5 de no-

vembro de 1854, decreto de 24 de dezembro de 1852, e lei de 26 de julho de 1855.

Podem os onerados com taes encargos exonerar-se da prestação, convertendo a no capital correspondente em dinheiro.

Porém aqui apparecem novas difficuldades. Qual é o processo para a conversão? É judicial ou administrativo? A que auctoridade ha de requerer-se e quem tem de ser ouvido n'elle por parte dos pobres, o ministerio publico, as juntas de parochia, ou quem? Quem ha de receber essa quantia, e que destino ha de dar-se-lhe?

O projecto primitivo dizia no artigo 2007.º, correspondente ao artigo 1872 do codigo: «Esta conversão e remissão será feita perante o governador civil do respectivo districto, com audiencia do ministerio publico e citação dos interessados, ou de quem os represente».

A commissão revisora porém eliminou este §, deixando sem a mais pequena regra materia tão valiosa, como frequente.

Em nosso entender, e seguindo os casos analogos, segundo o preceito do artigo 16.º, como o julgamento de todas as questões de legados pios, salvos os casos expressamente taxados nas leis, é da competencia do administrador do concelho, entendemos que a elle pertence a instrucção do processo e a decisão do negocio, devendo ouvir o ministerio publico, os pobres individualmente beneficiados, e a junta de parochia, verdadeira corporação de beneficencia, salvo se for deixado aos pobres em geral sem designação de freguezia, porque então deve ser ouvida por boa razão a junta de parochia da sede da administração do concelho, onde correr o processo, e em todo o caso o ministerio publico.

Este mesmo processo deve seguir-se, quando se tratar da auctorisação para o onerado transmitir a outrem o encargo.

A prestação mesmo em fructos, deixada a um estabelecimento de mera utilidade publica, pôde ser remida pelo capital correspondente. A avaliação e a subrogação devem ser feitas na conformidade do que está decretado para a subrogação dos bens d'estas corporações.

**Art. 1873.º** Os herdeiros ou os legatarios, cujas heranças ou cujos legados estiverem sujeitos a substituições fideicommissarias, serão havidos por meros usufructuarios.

**Art. 1874.º** Os fideicommissos temporarios de preterito só produzirão o seu effeito no primeiro grau de substituição, achando-se abertos por morte do testador, ao tempo da promulgação do presente codigo.

(Vid. nota ao artigo 1474.º)

## SECÇÃO VI

### DA DESHERDAÇÃO

**Art. 1875.º** Os herdeiros legitimarios podem ser privados pelo testador da sua legitima, ou desherdados nos casos em que a lei expressamente o permite.

**Art. 1876.º** Pôde ser desherdado por seus paes:

1.º O filho, que contra a pessoa d'elles commetter delicto a que caiba pena superior á de seis mezes de prisão;

2.º O filho, que judicialmente accusar ou denunciar seus paes por delicto que não seja contra a pessoa d'elle, ou contra as de seus conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos;

3.º O filho, que, sem justa causa, recusar a seus paes os devidos alimentos.

(Vid. nota ao artigo 1488.º)

Art. 1877.º Os descendentes dos desherdados, que sobreviverem ao testador, haverão a legitima, de que seus ascendentes forem privados; mas não poderão estes gosar do usufructo d'ella.

(Vid. nota ao artigo 146.º)

Art. 1878.º Os paes podem ser desherdados pelo filho, quando contra este praticarem algum dos factos mencionados no artigo 1876.º, applicando aos paes o que alli se diz acerca dos filhos: e bem assim o pae, se attentar contra a vida da mãe, ou esta, se attentar contra a vida do pae, e não se houverem reconciliado.

Art. 1879.º As disposições dos artigos 1876.º e 1878.º são applicaveis tanto aos paes como aos outros ascendentes, e tanto aos filhos como aos seus descendentes.

(Vid. nota ao artigo 1488.º)

Art. 1880.º A desherdação só pôde ordenar-se em testamento, e com expressa declaração da causa.

Art. 1881.º Sendo contestada a exactidão da causa da desherdação, incumbe a prova d'ella aos interessados em que essa desherdação se verifique.

A desherdação, ao contrario do que succede com a revogação da doação por ingratidão, não pôde ser promovida em vida do desherdante. Só pôde ser ordenada em testamento, que é o mais solemne de todos os documentos, conhecidos nas leis, e declarando o testador formalmente a causa ou os factos determinativos da desherdação, que os interessados tem que provar, porque quem affirma é que tem obrigação de provar.

Os factos não se presumem.

O mesmo dispunha a ordenação livro IV, título LXXXII. Por esta ordenação, se o pae dispunha dos seus bens todos, sem fazer menção do filho, sabendo que o tinha, ou desherdando-o, não declarando a causa legitima por que o desherdava, só valiam os legados contidos no testamento até ao montante da terça.

Nos termos do código, aindaque não seja julgada procedente a desherdação, subsiste o testamento quanto á terça.

Mas quem entra de posse da herança até á decisão judicial do pleito, são os herdeiros legitimarios em nome da lei, que lhes garante as legitimas, ou os interessados na desherdação em nome da vontade do testador, expressada no testamento? Entram logo de posse os interessados na desherdação, vistoque são os desherdados que têm

obrigação de intentar a acção, e de figurarem de auctores para darem sem effeito o testamento, artigo 1884.º, ou porque não se declara a causa da desherdação, ou porque não é legitima, ou porque não se prova.

A velha ordenação tambem não indicava expressamente quaes deviam ficar de posse durante o processo da desherdação, nem a quem incumbia propor a respectiva acção, se ao herdeiro instituido, se ao herdeiro desherdado.

A citada ordenação, livro IV, título LXXXII, dizia assim no § 2.º: «E declarando o pae ou mãe em seu testamento a causa, ou rasão, por que desherda seu filho legitimo, se o herdeiro instituido no testamento quizer haver a herança, que n'elle lhe foi deixada, deve de necessidade provar a causa e rasão por que o filho foi desherdado, ser verdadeira, segundo no testamento foi expressa e declarada, e que é legitima e sufficiente para o filho por ella poder ser desherdado. A qual provada, ficará o testamento bom e valioso, e o herdeiro instituido haverá essa herança, que lhe foi deixada, sem outro embargo. E não provando elle a causa da desherdação ser verdadeira e legitima, ficará o testamento nenhum, e haverá o filho toda a herança do pae, ou mãe, se a quizer haver».

Inferre-se porém d'esta provisão, que era ao herdeiro instituido, que incumbia provar a causa de desherdação, sem o que não produzia effeitos o testamento n'esta parte.

É mais rasoavel a jurisprudencia da velha, do que a da nova legislação. Os herdeiros legitimarios tem a seu favor o preceito da lei, sobre o qual não deve prevalecer a vontade do testador, emquanto não se mostra que foi legalmente manifestada; e alem d'isso o onus da prova incumbe a quem carece de allegar e de provar factos para ser julgada precedente a sua intenção.

Art. 1882.º A desherdação feita sem causa expressa, ou que se não prove, ou por causa illegitima, fará caducar só as disposições do testador, que prejudicarem a legitima do desherdado.

(Vid. nota ao artigo 1760.º)

Art. 1883.º O que se aproveita dos bens, de que foi excluido o desherdado, é obrigado a prestar alimentos a este, se elle não tiver outros meios de subsistencia, mas não alem dos rendimentos dos ditos bens, salvo se por outra causa dever os ditos alimentos.

(Vid. nota ao artigo 179.º)

Art. 1884.º A acção do desherdado para impugnar a desherdação prescreve dentro de dois annos, contados desde a abertura do testamento.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

## SECÇÃO VII

### DOS TESTAMENTEIROS

Art. 1885.º O testador pôde nomear uma ou mais pessoas que fiquem encarregadas de fazer cumprir o seu testamento



no todo ou em parte: estas pessoas são denominadas testamenteiros.

(Vid. nota ao artigo 1736.º)

Art. 1886.º Só podem ser testamenteiros os que podem contrahir obrigações.

(Vid. nota ao artigo 644.º)

Art. 1887.º A mulher casada não pôde ser testamenteira sem auctorisação de seu marido, salvo achando-se judicialmente separada de pessoa e bens. Essa auctorisação pôde ser judicialmente supprida, sendo a mulher casada com separação de bens.

Art. 1888.º Os menores não emancipados não podem ser testamenteiros, aindaque sejam para isso auctorisados por seus paes ou por seus tutores.

(Vid. nota ao artigo 1334.º)

Art. 1889.º Os testamenteiros nomeados podem recusar o encargo; mas, se por causa da testamentaria, lhes for deixado algum legado, não o poderão exigir.

Art. 1890.º O nomeado, que pretender recusar-se, deve fazê-lo nos tres dias immediatos áquelle em que tiver conhecimento do testamento, perante a auctoridade a quem o registro d'elle competir, sob pena de perdas e damnos.

Art. 1891.º O nomeado, que aceitar o encargo, não pôde demittir-se sem motivo justificado, precedendo audiencia dos interessados, e despacho do juiz respectivo; aliás responderá por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 232.º)

Art. 1892.º O encargo de testamenteiro é gratuito, salvo se alguma retribuição lhe foi assignada pelo testador.

(Vid. notas aos artigos 61.º e 1334.º)

Art. 1893.º No impedimento, ou por escusa do testamenteiro, incumbe aos herdeiros o cumprimento do testamento, com as seguintes declarações:

1.ª Se as porções hereditarias forem desiguaes, pertencerá o encargo ao mais avantajado;

2.ª Se forem iguaes, será encarregado da testamentaria o que for designado por nomeação dos interessados, e, não se accordando estes, ou sendo algum dos herdeiros menor, interdicto ou ausente, o respectivo juiz nomeará um d'entre elles.

(Vid. notas aos artigos 1735.º e 1794.º)

Art. 1894.º Os testamenteiros terão as attribuições que o testador lhes conferir, dentro dos limites da lei.

(Vid. nota ao artigo 1899.º)

Art. 1895.º Se o testador deixar herdeiros legitimarios, não poderá auctorisar o testamenteiro, para se apoderar da herança, mas só ordenar, que esses herdeiros não possam tomar conta d'ella, a não ser por inventario, com citação do testamenteiro.

Art. 1896.º Se o testador deixar herdeiros não-legitimarios, poderá auctorisar o testamenteiro, para que se apodere da herança, mas não dispensa-lo de inventario.

Art. 1897.º Os herdeiros, mencionados no artigo precedente, podem evitar a detenção pelo testamenteiro, entregando-lhe as sommas necessarias para supprimento das despesas a seu cargo.

Os herdeiros legitimarios ficaram na posse do direito ás suas legitimas pelo facto da morte do auctor da herança, artigos 489.º e 2011.º, vistoque a legitima é sagrada e independente da vontade do testador. Não pôde pois o testador conferir a outrem a posse, que pela lei pertence, á sua morte, aos herdeiros legitimarios.

Porém, como o testador poderia ter justos receios de que elles occultassem alguns bens da herança para diminuir a sua quota disponível, e assim inutilisar quanto possível as suas disposições de ultima vontade, é-lhe permitido exigir a formação de inventario com citação do testamenteiro, devendo entender-se com esta modificação os artigos 2013.º e 2065.º do codigo.

Em regra geral não ha obrigação de proceder a inventario judicial quando os coherdeiros são todos maiores e na livre administração dos seus bens, artigos 1900.º, 2013.º e 2065.º; porque o inventario é sempre gravoso pelas despesas que importa, e ás vezes odioso pela publicidade que dá á fortuna particular, e ao estado economico da familia.

Porém o artigo 1895.º é excepção a esta regra geral; e ainda assim a palavra *inventario* n'este lugar significa apenas a descripção ou arrolamento, e não o processo de inventario com todas as formalidades prescriptas nos artigos 2064.º e seguintes.

Se os herdeiros não são legitimarios pôde o testador commetter a posse da herança ao testamenteiro, assim como podia commetter-lhe a propriedade, porque não tem legitimas que respeitar na disposição dos seus bens.

Não pôde porém dispensa-lo de inventario, para não lhe dar occasião de delinquir, o que não significa, no silencio do testador, que elle seja obrigado a fazê-lo, porque nem mesmo o pôde fazer, sendo os herdeiros maiores, se nenhum d'estes o requerer, artigo 1900.º

Porém em caso nenhum o testamenteiro pôde tomar conta dos bens sem os fazer arrolar por um escriptivo ou tabellião com citação dos interessados para assim se prevenir todo e qualquer extravio, citado artigo 1900.º § unico.

O testamenteiro auctorisado pelo testador a apoderar-se da herança, no caso de os herdeiros serem não legitimarios, pôde ser impedido de tomar conta d'ella, entregando-lhe estes as sommas necessarias para supprimento das despesas a seu cargo, artigo 1897.º Presume-se

que o motivo da *detenção* da herança facultada ao testamenteiro pelo testador foi dar-lhe a possibilidade de haver facilmente os meios de cumprir os legados e de satisfazer as mais disposições testamentarias de que o testador o encarregou.

Por isso desde que os herdeiros lhe entregam as sommas necessarias para esse fim cessa o motivo da detenção.

Se os herdeiros, em lugar de lhe entregarem as sommas indispensaveis para o pagamento dos legados, os pagam elles mesmos, e justificam esse pagamento, por analogia do disposto com relação á entrega deve evitar-se a detenção do testamenteiro, e assim o decide expressamente o artigo 1027.º do código civil francez, fonte do artigo 1897.º do nosso código.

**Art. 1898.º** Se não houver na herança dinheiro bastante para as despesas a cargo do testamenteiro, e não quizerem ou não poderem os herdeiros adiantar as sommas necessarias, será licito ao dito testamenteiro promover a venda dos moveis, e, não bastando estes, a de algum ou de alguns immoveis, mas sempre com audiencia dos herdeiros.

§ unico. Se, todavia, algum dos herdeiros for menor, ausente ou interdicto, a venda, tanto dos moveis como dos immoveis, será feita em hasta publica.

(Vid. artigo 1902.º) O testamenteiro, ou se trate de pagar despesas da herança, para custear as quaes nem haja dinheiro na successão nem os herdeiros queiram ou possam adianta-lo, ou se trate da venda de bens da herança para dar ao producto alguma applicação pia ou de utilidade publica, artigo 1902.º, não pôde effectuar a venda sem *audiencia dos herdeiros*, como dispõe o artigo, ou sem *citação dos interessados*, como, talvez para variar a phrased, determina o citado artigo 1902.º

A unica differença n'estas hypotheseas provém da qualidade dos herdeiros, e consiste em no primeiro caso que a venda só é obrigatoria em praça sendo os herdeiros menores, ou pessoas a elles equiparadas, porque sendo maiores pôde fazer-se em praça ou particularmente conforme a decisão do juiz, depois de ouvidos os interessados: e no segundo caso, apesar do silencio do código, a venda é feita necessariamente em praça para evitar os conluos dos testamenteiros, e se cumprir com a maior plenitude a vontade do testador; e até porque o destino a obra pia ou de utilidade publica deverá gosar do mesmo favor que os interesses dos menores.

Por isso intervem n'esta hypothese o ministerio publico, como intervem na especie prevista no § unico do artigo 1898.º, sem embargo do silencio do mesmo §.

No projecto primitivo este artigo precedia o correspondente ao artigo 1902.º, mas logo nos trabalhos da primeira revisão se lhe deu a collocação que hoje tem no código, como se mostra do projecto de 1863.

No projecto primitivo em vez das palavras «*fundação ou applicação pia*», que hoje se lêem no artigo 1902.º, liam-se est'outras «*fundação, ou destino de piedade, caridade, beneficencia*», que foram conservadas nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e substituidas a final nos trabalhos propriamente de redacção. Porém o pensamento ficou sendo o mesmo.

**Art. 1899.º** Se o testador não especificar os deveres do testamenteiro, consistirão estes no seguinte:

1.º Em cuidar no enterro e funeral do testador, e em pagar as despesas e suffragios respectivos, conforme a disposição do mesmo testador ou, na falta d'esta, conforme o costume da terra;

2.º Em fazer registrar no registo competente o testamento, se o tiver em seu poder, dentro de oito dias, contados desde que teve conhecimento da morte do testador;

3.º Em vigiar pela execução das disposições testamentarias, e em sustentar, se for necessario, a validade d'ellas em juizo e fóra d'elle;

4.º Em facultar aos interessados o exame do testamento, se o tiver em seu poder, e em permittir, que se extraiam as copias legaes que forem exigidas.

(Vid. artigos 1894.º e 2116.º) Se o testador não especificar os deveres do testamenteiro, em cujo ordenamento nunca pôde contrariar a lei civil, reduzem-se as funcções d'este a quatro classes principaes, que se acham prescriptas no artigo.

1.º etc. O n.º 1.º do artigo é a traducção fiel do n.º 1.º do artigo 729.º do projecto de código civil hespanhol, devendo entender-se que a palavra «*cuidar*», empregada n'este n.º 1.º, a ser interpretada pela sua fonte, significa o mesmo que *dispor* ou *ordenar*. Gravissimas polemicas suscitou logo ao tempo da promulgação do código a intelligencia do referido numero, comparado com a doutrina do artigo 2116.º, considerando-se antinomias as *provisões dos dois artigos*, porque o artigo 1899.º em o n.º 1.º incumba ao testamenteiro pagar á custa da herança, não só o funeral, mas os *suffragios respectivos*, segundo o costume da terra, aindaque o auctor da herança o não tenha determinado em testamento, e o artigo 2116.º pelo contrario não obriga a herança senão ás *despesas do funeral e a nenhuma outras*, salvo sendo ordenadas em testamento.

Que as duas disposições se não conciliam, parece-nos evidente: e era preciso o auxilio das regras da boa interpretação para decidir qual d'ellas devia prevalecer.

O n.º 1.º do artigo 1899.º é a reprodução fiel do n.º 1.º do artigo 2035.º do projecto primitivo, que a commissão revisora approvou sem a mais ligeira observação em sessão de 12 de novembro de 1862.

O artigo 2116.º corresponde ao artigo 2289.º do projecto primitivo, que se achava redigido nos seguintes termos: «*As dividas do funeral serão pagas pela herança dividenda, haja ou não herdeiros legitimarios; mas as do hem de alma, havendo-as, não poderão exceder a terça da terça.*» § unico. Não sendo os suffragios deixados em testamento, não poderão os párochos exigir a importancia senão d'aquelles, que existirem em uso e costume, approved pela constituição do respectivo bispado; salva a restricção supra indicada».

A commissão revisora, examinando este artigo em sessão de 5 de janeiro de 1863, eliminou o § unico, e substituiu a palavra «*dividas*» do artigo, pela palavra «*despesas*».

A redacção appareceu depois, como se decidiu n'aquella sessão, nas edições de 1863 e de 1864, sendo modificada no sentido, em que hoje se encontra no artigo 2116.º, e se encontrava no artigo 2118.º do proje-

cto apresentado ás côrtes, nos últimos trabalhos propriamente de redacção.

Da resolução tomada primitivamente na referida sessão de 5 de janeiro de 1863, não se deprehende se a intenção da commissão revisora, limitando as despesas com suffragios dentro das forças do terço da terça, as permittia n'estes limites em todos os casos, isto é, não fossem ordenadas por testamento, ou se achassem determinadas pelo costume da terra.

Porém a ultima redacção era tão clara e tão positiva, que não deixava a mais pequena duvida de que o pensamento da commissão fora não obrigar a herança a despesas com suffragios, alem do funeral, a não serem determinadas pelo testador, ficando desobrigada de pagar as determinadas por costume da terra.

N'estas circumstancias entendiamos que a disposição do artigo 2116.º devia prevalecer sobre a do n.º 1.º do artigo 1899.º; 1.º, porque o artigo 2116.º está collocado no logar proprio onde se trata das dividas e encargos da herança, devendo assim interpretar-se por elle a disposição do n.º 1.º do artigo 1899.º, que só accidentalmente se refere a esta materia; 2.º, porque pela historia das actas acerca do exame da commissão revisora sobre os respectivos artigos se mostra evidentemente que o seu pensamento fora desobrigar a herança de todas as despesas com suffragios, alem do funeral, que não fossem ordenadas pelo testador, ficando n'estes termos sem effeito o determinado no costume da terra; 3.º, porque sendo os hegneses, pertencentes aos parochos em consequencia do bem de alma, um imposto, em caso de duvida, não pôde cobrar-se.

A publicação do codigo, em virtude do disposto no artigo 2116.º, influiu sensivelmente nas congruas dos parochos de muitas dioceses do reino, que ficaram desde logo privados de uma parte dos hegneses, que recebiam a titulo de suffragios pelas almas das pessoas fallecidas, embora não ordenadas em testamento, como declara a portaria de 29 de setembro de 1869.

Para obviar a este inconveniente tinha-se publicado a portaria de 27 de abril de 1868, assignada pelo auctor do codigo, que era ministro da justiça no gabinete que estava á frente dos negocios publicos na epocha em que o mesmo codigo começou a ter execução, a qual declarou que, na conformidade do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, não podia considerar-se em execução o artigo 2116.º do codigo civil, relativamente ás despesas com suffragios por alma das pessoas fallecidas, enquanto as congruas parochias estabelecidas pelas leis de 20 de julho de 1839 e de 8 de novembro de 1844 não fossem por outro modo instituidas.

Era opinião do ministro e auctor do codigo que nos termos do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867 não devia executar-se o artigo 2116.º, enquanto não se regularissem as congruas dos parochos.

Alguns porém viram na portaria uma invasão do poder legislativo, ou das attribuições do poder judiciario, e optavam antes por que se alterasse o arbitramento das congruas em attenção áquelle desfalque, do que havia exemplos, como para cobrir o desfalque resultante de reivindicacção de um passal, etc.

Mas contra este alvitre estava a disposição terminante das citadas leis de 20 de julho de 1839 e de 8 de novembro de 1844, que prohibiam novo arbitramento das congruas até a lei geral da dotação do clero, não podendo alterar-se o arbitramento, não só quanto ao total da congrua, mas nem mesmo quanto aos diferentes elementos que a compõem, como avaliações de passal, pé de altar, etc.

O legislador bem sabia que os rendimentos dos passaes e do pé de altar, etc., eram essencialmente variaveis, mas julgou melhor manter esta invariabilidade até á dotação do clero, do que sustentar os inconvenientes que resultavam da luta constante dos parochos e dos parochianos sobre o arbitramento dos diferentes elementos de fixação das congruas.

E importante a discussão havida na camara dos dignos pares em sessão de 13 de maio de 1868, publicada no *Diario* n.º 113 do mesmo anno, entre o sr. visconde de Seabra, ministro da justiça, e o sr. Ferrer, que fora presidente da commissão revisora do codigo civil, sobre a legalidade da supra citada portaria de 27 de abril de 1868.

O certo é que esta portaria não foi geralmente aceite, como se declara na outra portaria de 29 de setembro de 1869, executando-se n'uns juizos, e n'outros não.

Demais, não era possível uniformisar a jurisprudencia sobre este ponto, porque as questões sobre o pagamento do bem de alma nunca excediam a alçada do juiz de direito de 1.ª instancia, e algumas vezes nem a do juiz ordinario.

Verdade seja que em nosso entender não ha alçadas, quando se trata apenas de verificar a obrigação de pagar o imposto. Porém o contrario julgou ainda ha pouco o supremo tribunal de justiça, decidindo em accordão de 4 de novembro de 1873, conforme se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 141, que não compete recurso do revista dos accordãos das relações sobre questões de impostos, quando caibam na sua alçada, não estando hoje em vigor as ordenações, livro II, titulo xxvi, § 33.º e livro III, titulo LXX, § 6.º, que declaravam não haver alçada n'estas causas.

Portanto segundo as opiniões dos diferentes juizes era respeitada ou desacatada a citada portaria de 27 de abril de 1868.

A final o decreto dictatorial de 21 de junho de 1870, confirmado pela carta de lei de 27 de dezembro do mesmo anno, veio pôr termo a este estado de duvida e de incerteza, dispondo o seguinte: « Artigo 1.º E suspensa a execução do artigo 2116.º do codigo civil, na parte em que determina que, alem das despesas do funeral, a nenhuma outras com suffragios por alma do fallecido seja obrigada a herança ou a terça d'ella, não tendo sido ordenadas em testamento, nos termos do artigo 1773.º do mesmo codigo. Artigo 2.º A disposição do artigo 1.º durará enquanto por lei não for regulada a dotação do clero parochial. »

A providencia contida no artigo 2116.º não era nova. Já a resolução de 13 de fevereiro de 1740 havia determinado que não fossem obrigados os herdeiros a fazer os suffragios, não os tendo o defunto declarado em seu testamento.

Mas os decretos ou provisões de 8 de maio de 1715 e de 30 de julho de 1790 vieram revogar aquella resolução, mandando guardar os costumes louvaveis das dioceses, e determinando que as esportulas pelos funeraes e bens de alma se continuassem a pôr, como até ali.

Porém, mesmo depois de decidido que prevaleça a disposição do artigo 1899.º n.º 1.º, visto estar suspensa a provisão do artigo 2116.º, não fica resolvida toda a questão, porque é ainda preciso saber em todo o seu alcance o que são *despesas do funeral*.

As despesas do funeral comprehendem só os actos de sepultura e respectiva encomendação ecclesiastica, ou tambem as exequias sollemnes com officios do corpo presente?

Se nas despesas do funeral possessem comprehender-se os officios, e nocturnos, chamados bem de alma, teriam os parochos meio de il-

ludir a disposição do artigo 2116.º fazendo sempre o bem de alma juntamente com as solemnidades do enterramento.

Nós cremos que o parochio, a não haver reclamação dos representantes do defuncto, não pôde fazer o bem de alma no dia do enterramento para assim haver os competentes benesses; mas que, se a pedido dos representantes do defuncto o fizer, deve considerar-se accessorio do funeral. O certo é que no uso *communum* reputa-se funeral os suffragios feitos no dia do enterramento «*funus*».

As despesas do funeral são todas aquellas que se fazem com o corpo até se dar á sepultura, incluindo os suffragios e as missas do corpo presente; as despesas do bem d'alma são as que se fazem posteriormente com as outras missas, officios e suffragios.

Outras duvidas se levantaram também sobre a intelligencia e combinação do disposto em o n.º 1.º do artigo 1899.º com o disposto n'outros artigos do codigo, e na legislação anterior.

Em primeiro logar este numero do artigo ha de ser limitado pelo preceituado no artigo 1775.º

Se o testador dispozer para suffragios de mais do terço da terça dos seus bens, nulla é no excesso a disposição, como já disponha a lei de 9 de setembro de 1769 no § 6.º, que, apesar de suspenso pelo decreto de 17 de julho de 1778, foi restaurado pelo alvará de 20 de maio de 1799.

A intelligencia do n.º 1.º do artigo sem a limitação prescripta no artigo 1775.º, podia levar-nos á instituição da alma por herdeira contra a disposição da citada lei de 9 de setembro de 1769 no § 21.º que, comquanto suspensa também pelo dito decreto de 17 de julho de 1778, foi igualmente restaurada pelo referido alvará de 20 de maio de 1799, e ultimamente adoptada no artigo 1775.º do codigo.

Igual contrasenso da instituição d'alma por herdeiro poderia resultar de se seguir no pagamento de suffragios o costume da terra, sem a limitação ordenada no citado artigo 1775.º do codigo.

As constituições dos bispados não podem prevalecer sobre as disposições das leis civis; e demais tão cheias de erros e de principios falsos appareciam ás vezes estas constituições, que a carta regia de 12 de dezembro de 1615 acautelou que não se imprimissem sem serem revistas no desembargo do paço, hoje extincto, e que a carta regia de 16 de maio de 1774 mandou reformá-las.

Tendo o referido decreto de 23 de junho de 1870 suspenso apenas a segunda parte do artigo 2116.º, que respeita ás despesas do bem d'alma, e ficando de pé a primeira parte, onde se determina que as despesas do funeral serão pagas pela herança ainda indivisa, haja ou não herdeiros legitimarios, duas questões se levantam sobre a intelligencia e applicação d'este preceito: 1.ª, a despeza com o funeral pesa também sobre as legitimas? 2.ª, pesa sobre a meação do conjuge sobrevivivo?

Desde que as despesas do funeral hão de sair da herança dividenda, artigo 2116.º, é evidente que hão de pesar proporcionalmente sobre a legitima e sobre a quota disponível do testador, porque a herança abrange ambas as cousas; e, para tirar todas as duvidas, acrescentou o codigo as palavras «*haja ou não herdeiros legitimarios*».

Mais difficil é a decisão se a meação do conjuge sobrevivivo nos casamentos segundo o costume do reino fica obrigada a ametade das despesas com o funeral do conjuge predefuncto.

Mas também n'esta parte opinámos pela affirmativa.

Pelo decreto com força de lei n.º 24, de 16 de maio de 1832, artigo 23.º n.º 1.º, as despesas do funeral saem do *monte communum*, dis-

posição que passou para a novissima reforma judicial, artigo 414.º Ora não só as expressões «*monte communum*» na sua significação obvia abrangem a meação do conjuge sobrevivivo, mas a reforma tratada quasi em seguida, no artigo 416.º, do modo de fazer a partilha, comprehende a separação de bens para a meação; prova de que, quando no artigo anterior falla de *monte communum*, abrange tudo, não só o tocante aos herdeiros, mas o tocante a todo o casal.

Esta disposição, relativa aos inventarios entre menores, é igualmente applicavel aos inventarios entre maiores, porque o artigo 299.º da novissima reforma judicial manda processar os inventarios e partilhas entre maiores conforme a legislação em vigor e pratica seguida antes do citado decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, salvas as alterações que indica, nenhuma das quaes comprehende o caso em questão; e a pratica seguida antes d'este decreto era, mesmo nos casos de partilhas entre maiores, sairem as despesas do funeral do acervo dos bens do casal, respondendo consequentemente por ametade d'ellas a meação do conjuge predefuncto, segundo attesta Valasco de Part. capitulo XIX, Pereira e Sousa, *Limhas civis*, nota 1021, Correia Telles, *Ações*, nota ao § 266.º, e *Digesto portuguez*, tomo II, artigo 646.º, e outros.

O bem d'alma porém, segundo a opinião d'estes mesmos escriptores, é pago pela meação do defuncto.

Pelo codigo dá-se a mesma cousa. As despesas do funeral devem ser pagas pela herança, e a meação do conjuge sobrevivivo não é propriamente herança; todavia como adiante, nos artigos 2138.º e seguintes, tratando-se do modo de fazer a partilha, se manda separar os bens necessarios para o preenchimento da meação do conjuge sobrevivivo ao mesmo tempo que se manda repartir os bens que foram do conjuge predefuncto, parece que as palavras do artigo 2116.º «*herança indivisa*», significam o mesmo que «*casal ainda indiviso*», respondendo assim a meação do conjuge sobrevivivo por metade das ditas despesas.

Em varios outros artigos do codigo se toma a palavra herança na accepção de *casal*, como no artigo 2079.º que, confrontado com o artigo 2082.º, deixa a convicção de que ali o termo «*herança*» significa o mesmo que «*casal*».

Já foi também objecto de discussão na imprensa juridica, se em vista do n.º 1.º do artigo 1899.º as attribuições do testamenteiro iam até ao ponto de mandar fazer a sepultura em que havia de ser depositado o cadaver do testador. A edificação do tumulo porém está tão intimamente ligada com o enterro, que não pôde deixar de ser considerada como função da testamentaria.

2.º e 4.º etc. É igualmente obrigação do testamenteiro registrar o testamento, se o tiver em seu poder, facultar o exame d'elle aos interessados, e permittir que se extraiam as copias legaes.

Harmonizando o n.º 2.º do artigo 1899.º com os artigos 1933.º a 1937.º mostra-se que é obrigação do testamenteiro, nos testamentos cerrados, levar o testamento ao administrador de concelho dentro de tres dias desde que teve conhecimento do fallecimento do testador, para aquelle funcionario o abrir ou publicar, artigo 1933.º, sendo depois o mesmo administrador de concelho encarregado de o registrar, artigo 1935.º Quanto ao registo do testamento publico vid. notas aos artigos 1933.º a 1936.º

3.º etc. A execução do testamento e as funções de inventariante pertencem propriamente aos herdeiros, ou aos legatarios se a herança for distribuida toda em legados. A obrigação legal do testamenteiro é velar e reclamar o cumprimento do testamento.

Dívidas porém não podem os testamentários pedir, se se lhes não deu auctorisação para liquidarem a herança, e em condições de elles a poderem liquidar pelos meios judiciaes, ao contrario do que succedia por direito antigo, em virtude do qual o testamentário provava certas circumstancias era tido por herdeiro.

Porém o testamentário com encargos impostos no testamento, sem que haja herdeiros testamentários, nem appareçam herdeiros legítimos, é competente para receber os creditos da herança necessarios para cobrir as despesas determinadas pelo testador.

**Art. 1900.º** Sendo os herdeiros maiores, não procederá o testamentário a inventario judicial, salvo se assim o requerer algum dos interessados.

§ unico. O testamentário não tomará, porém, conta dos bens do testador, sem que os faça arrolar por um escrivão ou tabellião, com citação dos interessados.

(Vid. notas aos artigos 189.º e 1895.º)

**Art. 1901.º** Havendo herdeiros ou legatarios menores, interditos ou ausentes, dará o testamentário conhecimento da herança, ou do legado, ao respectivo juiz.

(Vid. nota ao artigo 189.º) O artigo obriga o testamentário a fazer participação ao juiz não só da herança, em que ha herdeiros menores ou semelhantes, mas tambem do legado, em que ha legatarios nas mesmas circumstancias.

O projecto primitivo, que no artigo 2037.º, correspondente ao artigo 1904.º do código, dispunha a mesma cousa, tambem no artigo 191.º, correspondente ao artigo 189.º do código, obrigava o cabeça de casal a dar parte do fallecimento, quando havia legatarios menores, ou a estes equiparados.

Porém a participação não é para o effeito de inventario judicial, que só é obrigatorio quando algum herdeiro é menor, interdito, ausente ou desconhecido, conforme dispõe o código no artigo 2064.º, e dispunha o projecto primitivo no artigo correspondente, 2231.º No artigo 1900.º determina o código, como determinava o projecto primitivo no artigo correspondente, 2036.º, que não é obrigatorio o inventario judicial, salvo os herdeiros maiores.

Verdade seja que esta opinião fica extremamente duvidosa, comparando o artigo 1904.º com o 1902.º, onde a palavra igualmente dá a entender que na especie do artigo 1904.º ha tambem inventario obrigatorio e officioso.

Realmente se o testamentário na especie do artigo 1902.º é obrigado a proceder a inventario judicial igualmente como na especie do artigo 1904.º, é porque na hypothese do artigo 1904.º ha inventario officioso; e a palavra igualmente, empregada no artigo 1902.º, não significa caso continuado do artigo 1899.º, como já se tem dito contra a grammatica e contra a logica, mas sim uma idéa de relação entre os artigos 1902.º e 1904.º

D'aqui deduzem alguns que, se o testamentário se desentender de fazer ao juiz a participação ordenada no artigo 1904.º, ou de requerer o inventario nos termos do artigo 1902.º, pôde promover os devidos termos o curador geral dos orphãos, ou proceder officiosamente o juiz.

No entretanto o artigo 1904.º, bem como o artigo 2064.º, devem ser entendidos em harmonia com o artigo 189.º, segundo explicámos em a nota a este artigo, de modo que o inventario judicial se reputa obrigatorio unicamente quando são instituidos herdeiros menores, ou pessoas a elles equiparadas, e não quando são apenas contemplados com algum legado.

Provavelmente a participação ao juiz é feita para que a jurisdicção orphanologica olhe pelos interesses do menor, e evite que o testamentário, conluído com os herdeiros ou com os credores, desfaleça a herança a ponto de ser preciso entrar pelo legado para satisfazer os encargos hereditarios.

As custas porém feitas com esta participação, e com quaesquer providencias tomadas no intuito de salvaguardar os interesses do menor, a que os herdeiros não dêem causa, hão de ser pagas, não pela herança, apesar do disposto nos artigos 2063.º e 2157.º, porque a herança n'ellas não interessa, mas á custa do legatario.

É qual é o juiz, a quem o testamentário deve dar noticia do legado? É ao juiz do domicilio do auctor da herança nos termos do artigo 2009.º, ou ao juiz do domicilio do menor, nos termos do artigo 188?

Deve ser ao juiz da abertura da herança, como largamente explicámos em a nota ao citado artigo 188.º, sem embargo de pelo juiz do domicilio do menor, ou pelo juiz da situação dos bens, se tomarem todas as providencias necessarias aos interesses do legatario.

O supremo tribunal de justica em accordão de 27 de janeiro de 1871 negou a revista interposta contra o accordão da relação do Porto de 22 de julho de 1870, que tinha julgado que não havia lugar ao inventario officioso, quando uma misericórdia tinha sido instituída legataria, como tudo se mostra da Revista de legislação e de jurisprudencia, de Coimbra, n.º 247.

O accordão da relação diz assim: «... porquanto, indicando o artigo 2064.º do código civil os casos em que deve haver inventario officioso, em nenhum d'esses casos se acha o inventario em questão, sendo que por isso, e não obstante a disposição do artigo 1902.º do mesmo código, nenhuma razão ha para que o presente inventario, distribuido como de menores, assim continue desde que um dos herdeiros veiu a juizo requerer a mudança da distribuição, etc.»

Esta jurisprudencia não vae de encontro ao preceito do artigo 1902.º, que parece applicavel unicamente ao caso de o testador ter destinado certa parte da herança para a fundação de um hospital, ou para a sustentação de certo numero de doentes ou de pobres, e não para o caso de ser instituido directamente legatario um hospital, uma misericórdia, etc.

Deduz-se porém do accordão da relação, que passou em julgado, que não havia lugar ao inventario officioso, ainda mesmo que a misericórdia tivesse sido instituída herdeira, porque funda a sua decisão no artigo 2064.º do código, que effectivamente não obriga a inventario judicial quando os interessados na herança são estabelecimentos ou corporações publicas.

Esta opinião tem varios defensores que, argumentando com as disposições dos artigos 32.º, 34.º, 37.º, 98.º, 321.º e outros do código civil, sustentam que estas corporações não são, como os menores, incapazes do exercicio dos direitos civis, e que a serem equiparadas aos menores, deveria tambem nomear-se-lhes conselho de familia, tutor e protutor.

Similhanes argumentos porém não colhem. As corporações publi-

cas são, como os menores, capazes de exercer os seus direitos civis, mas nem umas nem os outros os exercem por si.

As corporações exercem os seus direitos por intermedio de uma administração organizada nos termos das leis, e os menores exercem-nos por intermedio da tutela, ou do patrio poder.

Não ha que nomear conselho de familia, tutela e protutela, ás corporações publicas, que têm já governo organizado, assim como não se nomeia aos menores, que são dirigidos pelo patrio poder.

Tambem as decisões supracitadas reconheceram que do despacho sobre ser a distribuição do inventario de maiores ou de menores cabe o recurso de agravo de petição ou de instrumento, em conformidade do artigo 329.º da novissima reforma judicial, sem que lhe obstem as disposições da lei de 16 de junho de 1853, que não providenciaram para este caso de incompetencia, conhecendo assim do recurso, que era agravo de instrumento, sem embargo da opinião dos que entendem que n'este caso só tem logar agravo no auto do processo.

Tambem o supremo tribunal de justiça decidiu em accordão de 9 de dezembro de 1873, que do despacho, que nomeia casal do casal em inventario orphanologico, cabe agravo de petição ou de instrumento, apesar de que n'esta especie o recurso competente é o de agravo no auto do processo em conformidade do disposto no artigo 8.º da lei de 11 de julho de 1849.

**Art. 1902.º** Se o testador houver encarregado o testamenteiro de empregar o producto de certa parte da herança em alguma fundação, ou applicação pia, ou de utilidade publica, será o testamenteiro igualmente obrigado a proceder ao inventario, e á venda dos ditos bens em hasta publica, com citação dos interessados, ou de seus legitimos representantes, e intervenção do ministerio publico.

(Vid. notas aos artigos 1898.º e 1901.º)

**Art. 1903.º** Quando no testamento não houver sido assignado praso para o seu cumprimento, deve o testamenteiro cumpri-lo dentro de um anno, contado desde o dia em que tomar conta do dito encargo, ou desde aquelle em que terminar o litigio, que, porventura, se haja suscitado sobre a validade ou nullidade do testamento.

§ 1.º O testamenteiro, todavia, conserva sempre o direito de vigiar pela execução das disposições não cumpridas, e de requerer as providencias conservatorias, que parecerem necessarias.

§ 2.º O testamenteiro, pôde, outrosim, no caso do artigo 1902.º, continuar na execução do testamento, pelo tempo que for necessario para cumprir o legado, ou legados, se o testador assim o houver determinado.

§ 3.º Se o testamenteiro não executar, podendo, o seu encargo no tempo assignado, perderá a retribuição, que lhe ti-

ver sido deixada, e será executado o testamento por aquelles a quem tocaria cumpri-lo, se testamenteiro não houvesse.

Para a hypothese de o testador não designar praso para o cumprimento do testamento marcou o legislador o praso de um anno, por se suppor tempo sufficiente na generalidade dos casos para o cumprimento dos legados e demais deveres do testamenteiro.

Conta-se porém este anno desde que o testamenteiro tomou conta do encargo, ou desde que terminou o litigio, que porventura se suscitasse sobre a nullidade ou validade do testamento.

Por isso não perde o testamenteiro o legado com que foi contemplado pelo testador para fazer cumprir o testamento, se os herdeiros se apressaram a cumpri-lo, sem o testamenteiro chegar a tomar entrega do encargo.

Os testamenteiros são tambem obrigados a dar contas nos termos do artigo 1905.º, findo que seja aquelle praso.

Se porém pelo natureza das suas funcções, como se accumularem as funcções de liquidatorios, carecerem de mais tempo, deve dar-se-lhes, e não incorrem em responsabilidade alguma pela demora a mais, como se infere do § 3.º, sobre o qual vid. nota ao artigo 232.º

Pela ordenação livro I, titulo LXII, §§ 1.º a 27.º, tambem os testamenteiros eram obrigados a dar contas no praso de um anno, se o testador não houvesse marcado outro periodo, e salvo impedimento legitimo.

É ao administrador de concelho da cabeça da comarca que pertence tomar contas aos testamenteiros do cumprimento dos legados pios, citada ordenação, livro I, titulo LXII, §§ 1.º a 27.º, codigo administrativo artigo 248.º, decreto de 24 de dezembro de 1852, e portaria de 26 de julho de 1853.

Mesmo na especie do artigo 1902.º é obrigado o testamenteiro a dar contas á auctoridade administrativa, comquanto o artigo se refira á hypothese restricta do testamenteiro ter sido encarregado de applicar parte da herança para qualquer fundação ou applicação pia, mandando-se n'este caso proceder a inventario e venda dos bens em hasta publica; porque na hypothese no artigo pôde haver legados pios a cumprir, de cujo cumprimento seja necessario dar contas.

Mas o administrador de concelho não é auctorizado a tomar conhecimento dos suffragios e funeral dos que fallecerem sem testamento: fica isso ao arbitrio dos herdeiros, em harmonia com os usos da respectiva parochia, porque segundo a ordenação citada, livro I, titulo LXII, § 21.º, os antigos provedores só tinham competencia para conhecer do cumprimento dos testamentos, cedulas ou codicillos. Não havendo testamento, não se dá a manifestação da ultima vontade, cujo cumprimento a auctoridade publica deva promover. Passam então os bens do auctor da herança aos seus herdeiros ou representantes, que não são obrigados a despende-los em suffragios.

Aindaque as constituições dos bispos disponham o contrario, nem ellas obrigam os seculares, nem têm força de lei, dispondo sobre bens profanos, que não estão sujeitos á auctoridade ecclesiastica.

Os decretos de 9 de maio de 1715 e de 30 de julho de 1790, approvando os usos e costumes sobre o bem de alma, não encarregaram a auctoridade publica de tomar contas do cumprimento d'esses usos e costumes, que fica á consciencia dos herdeiros, salvo o direito dos parochos para requererem perante os tribunaes ordinarios o que entenderem de justiça.

A tomada das contas exige o comparecimento do testamenteiro, e, quando este for revel ou contestar as contas, deve ser remettdo o processo ao contencioso judicial, ou para obrigar o testamenteiro a dar contas, ou para decidir a contestação.

Quando o encargo pio for perpetuo tomam-se as contas de tres em tres annos, salvo se no testamento ou na instituição se marcar praso mais curto, decreto de 24 de dezembro de 1852.

Para provar o cumprimento dos testamentos é indispensavel certidão narrativa do julgamento da testamentaria, autenticada pelo administrador de concelho conforme o disposto no artigo 256.º do codigo administrativo, certidão pela qual cabe o emolumento de 480 réis.

Por decreto de 8 de janeiro de 1873, sobre consulta do supremo tribunal administrativo, publicado no *Diario do governo* n.º 36 do mesmo anno, se decidiu que para os administradores de concelho passaram as attribuições que aos antigos provedores das comarcas dava a ordenação, livro 1, titulo LXII, no que respeita a tomar contas aos testamenteiros pelos legados pios, obras pias ou obras meritorias.

**Art. 1904.º** Se mais de um testamenteiro tiver accedido a testamentaria, e algum ou alguns, depois, se absterem de tomar parte na execução do testamento, valerá o que os restantes fizerem; mas serão todos solidariamente responsaveis pelos bens da herança de que tiverem tomado conta.

§ unico. Se os testamenteiros, que tiverem accedido não poderem vir a accordo, quanto ao modo de executar o testamento, caducará a testamentaria, passando a execução do testamento a quem competiria, se os testamenteiros faltassem.

O testamenteiro pôde deixar de aceitar o encargo, artigo 1889.º; mas, desde que o aceitou, enquanto não se demittir nos termos do artigo 1891.º, aindaque não se ingira na administração da herança, é responsavel pelo que os outros fizerem sem a sua intervenção. Os executores testamentarios, como são nomeados conjuntamente, não constituem senão uma pessoa, encarregada da execução do testamento: cada um d'elles deve velar pela gerencia dos outros, como se fôra sua.

Grandes embaraços e delongas resultariam, se a gerencia da testamentaria dependesse do accordo combinado de todos para cada um dos actos de gerencia.

Presume-se por conseguinte que, segundo a intenção do testador, cada um dos executores tem, na falta dos outros, o poder de obrar como se só elle tivesse sido o escolhido; mas todos os que acceitaram são responsaveis.

É pelo principio da solidariedade que a lei declara valido o que um fizer sem a intervenção dos outros, salvo se o testador dividiu as funções da testamentaria, porque então não podem os herdeiros dirigir-se, e pedir indemnisação senão áquelle cuja gerencia lhes causou prejuizo.

Esta excepção, que está prevenida no codigo civil francez, deve subentender-se implicitamente no nosso, comquanto na lei não esteja expressamente regulada.

Se não ha divisão de funções podem os herdeiros dirigir-se a qualquer dos testamenteiros para serem indemnizados das consequencias da sua gerencia, e da dos outros.

Alguns porém entendem que, em vista do preceito do artigo, a responsabilidade solidaria dos testamenteiros não abrange os actos de execução da testamentaria, mas unicamente a entrega dos bens da herança, de modo que cada um é responsavel pelos bens que o outro arrecadou, mas não pelos actos de gerencia, que o outro praticou.

O codigo porém exclue abertamente semelhante interpretação.

O preceito consignado no § unico, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido logo nos trabalhos da primeira revisão, é consequencia do disposto no artigo. Suppõe-se que o testador contava com a capacidade de todos os que acceitaram a testamentaria, e que por tanto o desacordo de algum quanto á execução do testamento faz caducar a testamentaria.

**Art. 1905.º** Os testamenteiros são obrigados a dar conta da sua gerencia aos herdeiros ou aos legitimos representantes d'estes.

§ unico. No caso do artigo 1902.º, as contas serão dadas á competente auctoridade administrativa.

(Vid. notas aos artigos 59.º e 152.º § unico, e 1898.º)

**Art. 1906.º** O encargo do testamenteiro não se transmite a herdeiros, nem pôde ser delegado.

(Vid. nota ao artigo 1342.º) Em accordão de 16 de abril de 1872, publicado no *Diario do governo* n.º 95 do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que a qualidade de socio, por ser inteiramente pessoal e de confiança, não é transmissivel aos herdeiros, bem como o não é a qualidade de testamenteiro ou de tutor, que nem se transmite, nem pôde ser delegada.

Portanto os herdeiros dos testamenteiros não podem ser demandados na qualidade de testamenteiros, assim como os herdeiros dos socios não podem ser demandados como socios. Porém os herdeiros dos testamenteiros são responsaveis por todas as obrigações da testamentaria até á morte ou remoção do testamenteiro, assim como os herdeiros dos socios são responsaveis por todas as obrigações da sociedade até á data da sua dissolução pela morte do auctor da herança.

**Art. 1907.º** Se o testador houver legado aos testamenteiros conjunctos alguma retribuição, a parte do que se escusar, ou não poder aceitar o encargo, acrescerá á dos outros.

(Vid. nota ao artigo 1467.º)

**Art. 1908.º** As despesas feitas pelo testamenteiro, no cumprimento do seu encargo, serão abonadas pela massa da herança.

§ unico. As despesas miudas, de que não é costume exigir-se recibo, serão abonadas pela declaração jurada do dño testamenteiro.

(Vid. artigos 2063.º, 2086.º e 2157.º) A regra é que cada um supporta as despesas feitas com os negocios que lhe interessam. Portanto as despesas feitas com a successão por ella devem ser pagas. Por isso o testamenteiro tem direito ao abono de todas as despesas

que fizer, como tem o mandatário, artigo 1344.º, porque bem basta o serem em regra gratuitos estes encargos, quanto mais supportarem ainda as despesas da successão os que os desempenham. E por isso que ficam a cargo da herança as custas do inventario, das contas, e das demandas que o herdeiro ou o cabeça de casal tiverem proposto, ou de que se tiverem defendido, artigos 2063.º e 2157.º, salvo o caso de condemnação pessoal por dolo ou má fé, porque a pena não pôde ir alem do delinquente.

Na palavra *custas*, empregada no artigo 2157.º, comprehendem-se tambem as despesas de contas e de demandas, aindaque o codigo as não especifique n'este artigo, como fez no 2063.º

E pôde descontar essas custas na entrega dos quinhões, ou have-las dos coherdeiros executivamente não só o inventariante ou cabeça de casal, a quem se refere o artigo 1157.º, senão ainda, e por analogia o herdeiro a quem se refere o artigo 2063.º

As custas da prestação de contas não podem ser exigidas do que as prestou, porque não ha lei que o obrigue a esse pagamento, ainda com direito a have-las dos interessados nos inventarios a que ellas respeitam; antes pelo contrario o artigo 2063.º do codigo imputa o pagamento d'ellas ás heranças a que ellas respeitam, como julgou a relação do Porto em accordão de 21 de outubro de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 29.

Os legatarios não são obrigados a contribuir para o pagamento das custas, porque estas hão de sair da herança. O coherdeiro, a quem é deixada a terça da herança com o encargo de pagar certas quantias, paga as custas, não em proporção da terça, que lhe foi deixada, mas em proporção da sua quota effectiva, depois de pagas essas quantias, e os legatarios não pagam custas algumas.

São os herdeiros, que pagam as dividas em proporção dos seus quinhões hereditarios, e não os legatarios, salvo se os bens da herança não chegam a final para pagamento d'ellas.

Se porém as dividas absorvem a herança, hão de ser pagas as custas pelos credores, ainda mesmo que estas excedam o valor dos bens inventariados?

No sentido affirmativo decidiu já um juiz, segundo se refere no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 16, fundando-se no artigo 23.º n.º 20.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, e allegando, que as disposições favoraveis lançadas na tabella com relação aos inventarios de valor inferior a 120\$000 réis ou a 60\$000 réis, só aproveitam aos interessados no mesmo inventario, e não aos credores.

Apoiam alguns esta jurisprudencia com o fundamento de que sendo chamados por editos os credores, nos termos do artigo 2048.º, para assistirem á formação do inventario, *querendo*, podem deixar de assistir, e usar dos meios ordinarios de acção e de execução; e que, se elles recorrem a estes meios, tambem hão de pagar as custas, aindaque ellas excedam o valor dos bens dos devedores, porque não pôde permittir-se que elles dêem occasião ás custas por via dos seus creditos, e depois as não paguem.

Porém em vista das disposições expressas dos artigos 2063.º e 2157.º, que de certo revogaram a referida tabella, se ella reconhecesse similhante jurisprudencia, entendemos que todas as custas feitas no inventario, ainda as causadas pelos interesses dos credores, só pela herança podem ser pagas; e tanto mais que só pôde ser obrigada ao pagamento das custas a parte condemnada.

O decreto sobre consulta do supremo tribunal de administrativo de 18 de setembro de 1873 decidiu que as custas do inventario não

se comprehendem nos encargos da herança, que devem ser abatidos na liquidação da contribuição de registo por titulo gratuito.

Tambem o inventariante ou cabeça de casal, quanto ás despesas miudas, de que não é costume cobrar recibo, as pôde provar com o seu juramento, como o testamenteiro.

Os testamenteiros na apresentação das contas devem comprovar com documentos legaes as despesas feitas, como é de direito e de praxe, e apenas são cridos por seu juramento nas despesas miudas e usuaes, que não excederem todas a valia de 6 marcos de prata, não passando porém cada addição da tal despesas de 1\$950 réis, ordenação, livro 1, titulo LXII, § 21.º, e alvará de 16 de setembro de 1814.

Terá o testamenteiro e qualquer outro administrador de bens alheios direito, como o cabeça de casal, artigo 2086.º, a exigir juros das sommas que gastar com a administração dos bens desde a data do desembolso, e a não os pagar das sommas recebidas desde a data do embolso, mas só desde que d'ellas devia fazer entrega?

Decidimo-nos pela affirmativa, porque a razão é a mesma em todos estes casos.

Art. 1909.º O testamenteiro, que se houver com dolo ou má fé no cumprimento do seu encargo, será responsavel por perdas e damnos, e poderá ser judicialmente removido a requerimento dos interessados.

(Vid. notas aos artigos 232.º e 1251.º)

## SECÇÃO VIII

### DA FORMA DOS TESTAMENTOS

#### SUB-SECÇÃO I

##### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1910.º O testamento, quanto á sua forma, pôde ser:

- 1.º Publico;
- 2.º Cerrado;
- 3.º Militar;
- 4.º Maritimo;
- 5.º Externo, ou feito em paiz estrangeiro.

Os testamentos podem considerar-se em relação á sua forma externa, e em relação á sua forma interna. Considerados sob o primeiro ponto de vista reconhece a lei nova cinco especies de testamento.

O codigo introduziu uma nova forma de testar, que o direito civil anterior não reconhecia, e que vem a ser o testamento celebrado em paiz estrangeiro, não o testamento feito por official publico estrangeiro em conformidade com a lei do seu paiz, porque esse era já admittido e reconhecido entre nós, mas o feito pelos nossos consules e vice-consules, nos termos dos artigos 1962.º a 1964.º, que os regulamentos consulares tambem já permittiam, mas que a nossa legislação civil desconhecia.

A facilidade das communicações tem estreitado de tal maneira as relações internacionaes que as viagens de uns a outros paizes são



frequentes; e por isso cumpria ao legislador ter em conta, na regularização dos actos jurídicos, este importante facto social.

Acabou porém a comissão revisora com o testamento nuncupativo, que desde sempre existiu entre nós, e que no projecto primitivo era ainda conservado no artigo 2047.º, correspondente ao artigo 1910.º do código, e regulado nos artigos 2083.º a 2095.º; mas toda esta doutrina foi eliminada logo nos trabalhos da primeira revisão.

A favor da conservação do testamento nuncupativo podem invocar-se razões poderosas, que não são convenientemente destruídas pelo simples argumento da facilidade das fraudes n'esta forma de testar.

Alguns declaravam a forma de testar nuncupativamente do maior interesse social, e estabelecida em favor de indivíduos, que, sem ella, em molestias perigosas que lhes não dessem occasião de testar pela forma ordinaria, ficariam inibidos de transmitir seus bens a quem lh'os merecesse, só porque antes se não tinham preparado, por não poderem nem terem tempo, em conjunctura tão dolorosa, para fazerem o testamento publico, ou para lhes ser approvedo o testamento cerrado.

Os testamentos nuncupativos eram permittidos pela nossa lei anterior só aquelles que achando-se em risco de vida não podiam fazer o seu testamento por outra forma, determinando a ordenação livro IV, titulo LXXX, no § 4.º, que se declarassem nulos e de nenhum effeito quando os enfermos convalescessem da doença, em que assim tinham testado nuncupativamente.

A petição para a redução do testamento nuncupativo, em que se allegasse simplesmente que o testador estava enfermo na occasião de testar, era inepta. Era indispensavel que se allegasse e provasse que o testamento por palavras tivera logar á hora da morte, isto é, em perigo *imminente* de vida, e tal, que houvesse impossibilidade ou risco de dispor por outra forma pela probabilidade de sobrevir a morte antes de se poderem preencher as formalidades proprias dos testamentos ordinarios.

Muitos juriconsultos sustentavam que o testamento nuncupativo não podia ser reduzido judicialmente, desde que se achassem escriptas as disposições do testador, visto o preceito da ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 4.º, que dizia assim:

«E poderá o testador ao tempo da sua morte fazer testamento por palavra, ou ordenar de seus bens per alguma maneira, *não fazendo d'isso escriptura alguma.*»

A ordenação porém não prohibia, e apenas dispensava a escriptura para a redução do testamento nuncupativo. É a illação que tiram d'aquella provisão legal os que respeitam o principio *sicre leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*, porque seria repugnante que o legislador negasse a redução do testamento pelo facto de os depoimentos das testemunhas serem *corroborados* por mais um elemento de prova, como era o apontamento por escripto das declarações do testador, que muitas vezes era absolutamente indispensavel para avivar a reminiscencia das testemunhas.

É o supremo tribunal de justiça decidiu em accordãos de 7 de janeiro e de 8 de feveiro de 1870, segundo se refere na *Revista critica de legislação e de jurisprudencia*, a paginas 20 e 67 da *Jurisprudencia civil*, tomo I, que o apontamento por escripto das disposições do testador no testamento verbal não obstava á sua redução como testamento nuncupativo.

Tambem nós sustentamos sempre que, quando o testamento não podia ser reduzido, como testamento particular aberto, por lhe falta-

rem as solemnidades prescriptas na ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 3.º, devia reduzir-se, como nuncupativo, sendo possível, e tendo sido feito em artigo de morte. Esta opinião porém era muito combatida.

Acabou igualmente a comissão revisora com duas formas de testamento, admittidas nos artigos 2094.º e 2095.º do projecto primitivo, uma das quaes tinha alguma similhaça com o testamento olographo dos francezes, não exigindo a intervenção de official publico, e tornando apenas necessaria a presença de tres testemunhas, e a outra era verdadeiramente o nosso testamento particular aberto.

O testamento olographo tambem tem por si boas razões, e facilita sobremaneira o exercicio do direito de testar.

O nosso código porém não o reconheceu por não o julgar revestido das sufficientes formalidades em assumpto tão grave, comoqunto no artigo 1942.º se reconheça uma especie de testamento com os mesmos inconvenientes do olographo.

São, é verdade, muitas as solemnidades do testamento cerrado, e mal pôde occultar-se o facto da sua celebração; e o testamento publico tem o inconveniente ainda maior de entregar as respectivas disposições á noticia de todos.

Porém o perigo de dar validade ao testamento escripto, datado, e assignado pela mão do testador sem necessidade de nenhuma outra formalidade, perigo resultante sobretudo de poder ser extorquido pela violencia ou pela fraude, tem sempre desviado esta forma de testar dos nossos usos e costumes.

Tambem o código não admittie, como não admittia o projecto primitivo, o testamento feito em tempo de peste, reconhecido no nosso velho direito, e para o qual não haverá hoje rasão valiosa de conservação.

Contra esta innovação reclamou o sr. dr. Paes com o fundamento de que havendo sido Portugal atacado, por differentes vezes, da peste de cholera, e de febre amarella, e havendo-se, em muitas povoações, estabelecido grande medo de chegar aos doentes atacados da molestia, não podendo por isso chamar-se o numero ordinario das testemunhas do testamento nuncupativo, era preciso adoptar aquelle testamento, feito nuncupativamente com tres testemunhas, porém limitado só aos atacados da peste, e não se estendendo a outras pessoas no tempo d'ella, para não levar longe a excepção.

Respondia-lhe porém o sr. Scabra, que esta necessidade estava satisfeita nos artigos 2094.º e 2095.º, que eram inadmissiveis testamentos com menores garantias, que era menos mal deixar as heranças á ordem legitima do que sujeita-las a fraudes e a usurpações, que os interessados podiam prevenir-se com tempo, e que a lei não era feita para os que dormiam.

Ora os artigos 2094.º e 2095.º, que estavam collocados sob a subsecção 4.º, que tinha por epigrapho: «*Do testamento nuncupativo*», e que foi toda supprimida, estabeleciam duas formas de testar, sem intervenção do official publico.

Na primeira o testador, escrevendo e assignando por seu proprio punho o testamento, apresentava-o perante tres testemunhas idoneas, declarando, mesmo sem o ler, que era aquella a sua vontade, e ficava o testamento valendo, como disposição approveda por official publico, se uma das testemunhas lançasse por termo a data, e declaração do testador, e todos assignassem por extenso; e esta disposição não carecia de ser reduzida judicialmente para produzir o seu effeito, emquanto não fosse convencida de falsidade, ou annullada segundo os principios geraes de direito.

Na segunda era a disposição escripta por outrem de mandado do testador, e por este apresentada diante de cinco testemunhas idoneas com a declaração de ser aquella a sua ultima vontade, que devia ser lida em voz alta, datada e rubricada pela pessoa que o testador designasse, se elle o não podesse fazer, e assignada por todas as testemunhas, e pelo proprio testador, podendo, e que carecia de ser reduzida judicialmente.

Mas, como estes preceitos foram eliminados, ficaram a final sem resposta as observações feitas pelo sr. dr. Paes sobre a necessidade de manter o testamento privilegiado feito em tempo de peste por aquellos que d'ella fossem atacados.

Tambem foi proscripta não só pela commissão revisora, mas pelo auctor do projecto primitivo, a antiga fôrma codicillar, que não tinha razão de ser depois que estava fóra de uso o principio de que a instituição de herdeiro era o *caput* e o fundamento do testamento. Dispensavam-se no codicillo algumas formalidades do testamento, como eram o numero das testemunhas, porque o codicillo só abrangia disposição de legados, e não instituição de herdeiro.

O codigo com rasão acabou com os codicillos, sujeitando todas as disposições de ultima vontade ás formalidades geraes dos testamentos.

Tambem acabou, visto o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que o approvou, com o privilegio que tinha o hospital de S. José, dado por El-Rei D. Manuel, de o cura da igreja do hospital fazer os testamentos de todos os doentes como verdadeiro tabellião publico e com a intervenção de tres testemunhas, que os assignavam.

O regulamento dado ao hospital de S. José em Lisboa por El-Rei D. Manuel, que permitia estes testamentos nos §§ respectivos, dizia assim: «Item, porque *seria coisa trabalhosa* para os taes testamentos se fizerem, buscarem-se tabelliães a deshoras, damos poder e auctoridade ao dito cura da igreja do Espirital que elle possa fazer os testamentos de todos os doentes do dito Espirital, os quacs façam fé, como se fossem feitos por tabelliães publicos, sendo porém feitos com tres testemunhas que ordenamos e mandamos que nos testamentos se ponham e que n'elles assignem, e se sem ellas forem feitos, mandamos que não sejam valiosos, e á custa das rendas do Espirital nos praz que haja pelo trabalho da escriptura d'isso, alem do hordenado, que tem como capellão, tres mil reaes brancos por anno.

«Hordenamos e mandamos que todos os testamentos que assim por elle forem feitos dos ditos doentes e enfermos do dito Espirital sejam logo como forem cerrados lançados em huma arqua pequena que para isso será ordenada e que será posta na enfermaria.»

Estas funções não passaram do cura para o tabellião privativo do hospital, a que se refere o artigo 5.º do decreto de 3 de novembro de 1851, confirmado pela carta de lei de 1 de junho de 1853, porque este tabellião privativo, que é tambem o escrivão da tomada de contas dos legados pios não cumpridos na comarca de Lisboa, é só para os negocios em que o hospital por parte principal estipulante, sem abranger os testamentos dos doentes, em que o hospital não tem a minima intervenção.

O cura do hospital de S. José pois não pôde continuar a servir de tabellião nos testamentos feitos pelos doentes existentes n'aquelle estabelecimento, porque, comquanto o codigo não alterasse a lei existente na parte em que determinava quacs eram os tabelliães competentes para a feitura e approvação dos testamentos, não permite que estes se façam sem as formalidades n'elle prescriptas, porque revo-

gou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recaissem nas materias n'elle comprehendidas.

Assim ficou sem effeito a legislação especial civil que regulava as formalidades dos testamentos feitos pelos doentes no hospital de S. José.

Subsiste porém a regra de competencia, estabelecida n'aquelle decreto, que attribuiu o exclusivo conhecimento das causas, que dissessem respeito ao hospital de S. José, e á santa casa da misericordia, d'esta cidade, em Lisboa ao juiz de direito de 1.ª vara, e nas provincias aos juizes de direito, excluindo assim a competencia dos juizes ordinarios; doutrina esta que não foi alterada, nem pelo decreto de 24 de dezembro 1852, que fixou as attribuições administrativas e judiciaes nos processos de contas, relativos áquelles estabelecimentos, nem pela lei de 26 de julho de 1853, que nada innovou sobre a materia. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 15 de junho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 293.

Tambem o sr. dr. Paes lembrou a necessidade de adoptar o testamento dos paes partindo por seus filhos a herança, que era derivado do direito romano, e reconhecido no codigo civil francez, necessario para conservar a paz entre os membros da familia, e que atenuava até certo ponto os effeitos da conversão dos prazs de vidas em phateusins.

Este testamento porém não era fôrma de testar, e envolvia a questão do *direito* de dispor, que fica tratada em outro logar.

Com o testamento de mão commum, que não era fundado em lei, mas em praxe antiquissima, acabou o odigo a contento de todos. Era impossivel conciliar o principio da revogabilidade, essencial ao testamento, com o contrato bilateral, que nos testamentos de mão commum se fazia; e davam estes occasião a que os contestadores abusassem da fraqueza uns dos outros com similhante fôrma de testar.

No nosso fóro porém era jurisprudencia geralmente aceita o manter ao contestador sobrevivivo o direito de alterar a seu arbitrio as disposições consignadas no testamento de mão commum, sem que o prendessem quaesquer pactos n'elle feitos entre os differentes contestadores.

E n'este sentido respondeu a associação dos advogados de Lisboa, como pôde ver-se a pag. 323 e 369 do tomo I da *Gazeta* da mesma associação.

Os testamentos publicos e os cerrados estão sujeitos tambem ao imposto de sello. A lei de 10 de julho de 1843 sujeitava ao sello de verba, depois de escriptos, todos os papeis comprehendidos na tabella n.º 1, na qual se incluíam os testamentos publicos e cerrados, sem distincção alguma.

A lei de 26 de abril e o decreto de 10 de dezembro de 1861 não alteraram esta disposição; e a lei de 1 de julho de 1867 expressamente mencionou os testamentos cerrados e abertos, que ambos ficavam sujeitos ao sello de 600 réis por cada meia folha.

Estabeleceira-se assim a praxe de cobrar o imposto do sello nos testamentos publicos e particulares antes do registro.

O regulamento de 2 de dezembro de 1869, tabella n.º 1, secção 2.ª, classe 9.ª, verba 1.ª, dispunha o seguinte: «Os testamentos ou codicillos cerrados antes de serem registados, aindaque escriptos em papel sellado, e os testamentos ou codicillos abertos no acto de se fazerem pagarão por cada meia folha 60 réis.

Era pois differente nos testamentos publicos, e nos testamentos cerrados, a epocha do pagamento do sello, citado regulamento e tabella.

Era motivo de nullidade o não se pagar o sello respectivo ao testamento publico logo no momento da feitura do mesmo testamento. Se não se pagassem 600 réis por cada meia folha dos testamentos publicos no acto de se fazerem, havia nullidade insanavel.

Alguns entendiam que antes do regulamento de 2 de dezembro de 1869, nem precisavam de ser registados, nem eram obrigados a sello os testamentos publicos abertos. Mas esta doutrina era inadmissivel em face da lei.

Não só eram nullos os testamentos publicos feitos na vigencia do regulamento de 4 de setembro de 1867 e de 2 de dezembro de 1869, que não tivessem pago, na occasião da feitura, 600 réis de sello por cada meia folha, mas tambem os feitos na vigencia do regulamento de 10 de dezembro de 1861 e da lei de 10 de julho de 1843, que não houvessem pago na mesma occasião o sello de 400 réis por cada meia folha, como se mostra do citado regulamento, artigo 47.º, § unico, e tabella annexa n.º 1, secção 2.ª, classe 9.ª, n.º 1.º, e do artigo 13.º, § unico da citada lei e tabella annexa n.º 1, classe 9.ª, visto que o testamento publico é verdadeira escriptura publica, que até se denomina testamentaria.

O regulamento de 2 de dezembro de 1869, ordenando que os testamentos cerrados pagassem sello antes de registados, e os testamentos publicos no acto de se fazerem, dava logar a grandes desigualdades, porque enquanto por aquelles se pagava o sello uma só vez, depois da morte do testador, por estes haveria de pagar-se tantas vezes quantas o testador mudasse as suas disposições e pretendesse fazer novo testamento.

Para acabar com esta desigualdade, e para dar ao fisco o imposto por todos os testamentos, que o testador fizesse, até ao ultimo que vigorasse, apresentou o governo uma proposta de lei ás côrtes em 7 de janeiro de 1873, exigindo o imposto de 600 réis por cada meia folha, tanto nos testamentos publicos, como nos testamentos particulares, pagando-se d'estes no acto de se lavrarem os autos de approvação, e dos publicos no acto da assignatura.

Esta proposta foi convertida com grandes modificações na lei de 2 de abril de 1873, aonde se consignou na tabella n.º 1, secção 2.ª, classe 9.ª, n.º 1.º, o seguinte: «Testamentos antes de serem registados, em todo o caso, dentro de trinta dias, desde a abertura da successão, ou desde que por qualquer outro motivo produzirem effeito juridico, cada meia folha 600 réis.»

Assim veiu a referida lei estabelecer a obrigação de pagar em geral o imposto do sello unicamente antes do registo, evitando ás partes o prejuizo injustificavel de pagarem imposto pelos testamentos que não chegassem a produzir effeito por terem sido revogados.

Mas, como nos casos dos artigos 66.º, 1698.º e 1699.º podia verificar-se a abertura dos testamentos cerrados em vida dos testadores, sem todavia serem sujeitos a registo, acrescentaram-se as palavras: «e em todo o caso dentro de trinta dias, desde a abertura da successão, ou desde que por qualquer outro modo produzirem effeito juridico».

Por esta fórma a lei preveniu a hypothese de não serem levados a registo os testamentos, e de aliás produzirem effeito juridico, como no caso de abertura dos testamentos dos ausentes, artigo 66.º, e do testamento do conjuge sobrevivente no inventario feito por fallecimento do consorte por via da partilha dos prazos, artigo 1698.º; e por isso marcou para o pagamento do sello o prazo de trinta dias, a contar da abertura da successão, ou desde que os testamentos produzissem effeitos juridicos.

Portanto os testamentos, que para o registo tem o prazo de dois mezes, regimento de 7 de janeiro de 1692, para o pagamento do sello tem o prazo de um mez, lei de 2 de abril de 1873. Mas não são sujeitos a registo os testamentos abertos nos casos dos artigos 66.º e 1698.º do codigo.

Têm alguns pretendido ainda sustentar que a verba 1.ª, classe 9.ª, secção 2.ª, tabella n.º 1 da lei de 2 de abril de 1873, deve applicar-se só aos testamentos cerrados, visto referir-se só aos testamentos que são registados. É porém inadmissivel este argumento, porque o legislador partiu do principio de que todos os testamentos, tanto os cerrados como os publicos, são sujeitos a registo.

Esta mesma disposição vem reproduzida no n.º 1, classe 16.ª, tabella n.º 1, annexa ao regulamento de 18 de setembro de 1873, com a declaração unicamente de que os testamentos publicos não estão sujeitos ao sello designado na verba 5.ª da classe 15.ª da tabella.

Os testamentos regularmente sellados ao tempo da promulgação da lei de 2 de abril de 1873 não são sujeitos a novo sello, ainda que sejam levados ao registo posteriormente á execucao da mesma lei. As taxas comprehendidas nas tabellas annexas á referida lei, e ao respectivo regulamento de 18 de setembro do mesmo anno, referem-se aos actos praticados ou aos papeis escriptos depois de estar vigorando a nova legislação, salva a excepção relativa ás apolices de seguros terrestres, artigo 14.º da citada lei.

O sello ha de ser collado, se é de estampilha, averbada ou transcrita a sua guia, se é de verba; e impresso, se a tinta de oleo: mas ha de pagar-se pelo original, e não pelos traslados, para os quaes se exige sello differente do que tem os originaes, citado regulamento, tabella n.º 3, classe 5.ª, n.ºs 7 e 10.

Tambem antes da lei de 30 de agosto de 1869 não eram sujeitos a sello os livros dos autos de abertura ou publicação dos testamentos cerrados que existiam nas administrações dos concelhos; mas as folhas em que se lançassem os registos depois da promulgação da referida lei deviam ser selladas. E como estes livros deviam ser sellados antes de escriptos, o meio de os legalisar era leva-los ao sello, para serem ali sellados com o desconto das folhas escriptas antes da promulgação da lei.

Os registos feitos nas folhas não selladas depois de estar em vigor a mesma lei podiam ser revalidados com o pagamento da multa em conformidade do artigo 82.º do regulamento de 2 de dezembro de 1869.

Por cada meia folha de papel do testamento paga-se 600 réis de sello, e se ha a registrar mais do que um testamento, por o posterior não revogar completamente o anterior, paga-se o sello pela meia folha de cada um.

Mas pelo registo dos testamentos só é devido o emolumento por lauda, e não a rasa, ao administrador do concelho nos termos da verba n.º 24.º do capitulo 3.º da tabella annexa ao codigo administrativo, porque a rasa só se deve da copia de algum transcripto. Quando se regista um testamento, não se entrega á parte copia alguma, mas o proprio testamento original com a nota de ter sido registado, visto que este registo não é por extracto, mas de teor, como declarou a portaria inedita de 13 de janeiro de 1869, publicada no jornal *O Di-veito*, 1.º anno, n.º 35.

No registo dos testamentos o emolumento de por lauda é devido por lauda completa que conste de vinte e cinco linhas, e cada linha de trinta letras, como se mostra da tabella annexa ao codigo administrativo.

(Vid. notas aos artigos 1753.º e 1762.º)

## SUB-SECÇÃO II

## DO TESTAMENTO PUBLICO

Art. 1911.º O testamento chama-se publico, quando é escripto por tabellião no seu livro de notas.

(Vid. nota ao artigo 2422.º) Não basta para dizer-se publico o testamento que elle tenha sido lido ás testemunhas. É indispensavel que seja feito por tabellião, e não por outro qualquer official publico, e no seu livro de notas, e no districto do seu effeito.

No projecto primitivo, o artigo correspondente, 2048.º, era redigido nos seguintes termos: «Testamento publico diz-se o escripto por tabellião na sua nota, ou livro de registo». Esta redacção porém foi substituida logo nos trabalhos da primeira revisão pela que se encontra actualmente no codigo.

Pelo artigo 142.º da novissima reforma judiciaria, que não está revogado, os escriptos de paz nos seus respectivos districtos exercem cumulativamente com os tabelliães as funcções da approvação dos testamentos cerrados, mas não podem fazer testamentos publicos, porque nem elles têm livros de notas, e apenas os livros das conciliações.

A creação dos escriptos dos juizes de paz veiu com as reformas de 1832, mas só na reforma judiciaria de 21 de maio de 1841 é que se declarou, no citado artigo 142.º, que os escriptos dos juizes de paz, que não fossem de Lisboa ou Porto, eram *tambem tabelliães somente para o acto de approvação dos testamentos*.

A ordenação, livro IV, titulo LXXX, estatua que o testamento aberto fosse feito por *tabellião publico*, e no § 1.º ordenava que o auto de approvação do testamento cerrado fosse escripto *por tabellião*; e segundo a ordenação, livro I, titulos LXXVIII e LXXIX, havia tabelliães de notas, e tabelliães do judicial, alem de outros funcionarios privilegiados, que gosavam da mesma jurisdicção.

O codigo, referindo-se ao testamento publico, diz que elle ha de ser lavrado por *tabellião no seu livro de notas*, e, tratando, do testamento cerrado nos artigos 1921.º e 1922.º, diz que o auto de approvação será lavrado por *tabellião*.

Ora a expressão generica *tabellião* abrange evidentemente os escriptos de paz para o effeito da approvação dos testamentos cerrados.

Mas a sua competencia, como a dos outros officiaes que têm fé publica, limita-se aos actos praticados dentro do seu districto, ainda que as partes sejam moradoras fóra do territorio d'esse districto.

Segundo o disposto na ordenação, livro I, titulo LXXX, § 3.º, que está ainda em vigor, não póde o tabellião fazer testamentos publicos, nem approvar os cerrados, nem praticar qualquer outro acto fóra do districto a que é limitado o seu officio. Fóra d'este territorio não podem exercitar act algum do seu officio, ainda entre pessoas que do seu territorio sejam.

A portaria de 19 de junho de 1852 declarou que os tabelliães de notas de Lisboa e Porto só podem exercer o tabellionato na respectiva cidade e termo, de que se compõe o municipio e o julgado principal de cada uma d'aquellas comarcas.

Mas podem ir pessoas estranhas ao territorio do tabellião para elle praticar algum acto do seu officio. Assim um individuo de Lisboa póde ir fazer o seu testamento perante algum tabellião de Cintra. E é justa esta providencia. Podem as partes ter mais confiança em tabellião es-

tranho a sua localidade, ou estarem fóra, quando querem praticar o acto juridico, ou mesmo quererem beneficiar o tabellião da localidade, que não podia aproveitar-se de qualquer disposiçáo do testador, fazendo ou approvando o testamento, artigo 1772.º

Emfim, quanto á incompetencia do official publico, vid. artigo 2495.º n.º 1.º

O codigo nada innovou no pessoal dos tabelliães. Assim os escriptos das camaras municipaes, que pelo decreto de 9 de janeiro de 1832 serviam de tabelliães nas escripturas em que as mesmas camaras fossem partes principaes estipulantes ou accitantes, continuam a exercer estas funcções do mesmo modo depois da promulgação do codigo, recebendo pelos seus actos de tabellionato os emolumentos marcados na tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, para os tabelliães publicos, vista a ordenação, livro I, titulo LXXI, que se acha em vigor como declara a portaria circular de 18 de maio de 1842.

Está tambem ainda em vigor, depois da promulgação do codigo civil, o alvará de 20 de abril de 1775, que concedeu tabellião privativo ao hospital das Caldas da Rainha, determinando no § 11.º que o escripto contador da fazenda d'aquelle hospital nomeado pelo rei, fosse juntamente tabellião das escripturas, dos arrendamentos, aforamentos e arrematações do mesmo hospital.

Os livros de notas dos tabelliães devem ser numerados e rubricados pelos juizes competentes, que são em Lisboa e Porto os juizes criminaes do districto em que os tabelliães residirem, e nas outras comarcas do reino os juizes de direito respectivos; mas antes de numerados e rubricados devem ser sellados com o sello de verba a 60 réis por cada meia folha, decreto de 18 de setembro de 1873, tabella 1.ª, classe 1.ª, n.º 3.º, podendo o formato do papel do livro de notas ser maior ou menor do que o estabelecido para os processos forenses, e para os documentos feitos por tabelliães, decreto de 21 de dezembro de 1866, artigos 1.º e 3.º

Tambem os tabelliães devem exigir ao lavrar os testamentos publicos a apresentação de documento, que prove o pagamento da contribuição de registo devida pela anterior transmissáo no caso de que esta se houvesse operado por titulo gratuito, e posteriormente á lei de 21 de fevereiro de 1838, sem o que o testamento póde dizer-se nullo, conforme dispõe o regulamento de 30 de junho de 1870 no artigo 20.º, e já dispunham as instrucções regulamentares de 12 de novembro de 1860. A lei de 17 de agosto de 1861 é applicavel só aos *contratos* de transmissáo, poisque só depois da lei de 21 de fevereiro de 1838 é que se estabeleceu o pagamento do imposto pelas transmissões a titulo gratuito.

Diz o citado artigo 20.º do regulamento de 30 de junho de 1870: «O tabellião que houver de lavrar *instrumento* ou escriptura que opere ou venha a operar transmissáo, por titulo gratuito, de bens de raiz ou de quaesquer outros valores, é obrigado a exigir do possuidor a apresentação de documento legal, que prove o pagamento do imposto ou da contribuição da antecedente transmissáo, se esta tiver sido sujeita a tal pagamento por se ter operado depois da publicação da lei de 21 de fevereiro de 1838. Este documento deve ser transcripto no referido *instrumento* ou escriptura.

«§ unico. Os *instrumentos* e escripturas que de outra fórma forem celebrados, ficarão insanavelmente nulos, sendo o tabellião punido, pela primeira vez, com a multa de 20\$000 réis até 100\$000 réis, e no caso de reincidencia com a mesma multa e o perdimento do officio.»

Os testamentos publicos estão evidentemente comprehendidos n'aquella disposição generica. A disposição d'aquelle § unico tem logar sempre que o tabellião fizer o testamento publico, sem a apresentação de documento comprobativo do pagamento de imposto devido pela anterior transmissão, tendo-se esta operado depois da publicação da lei de 21 de fevereiro de 1838.

É barbara tal exigencia, que muitas vezes obstará a que se faça o testamento, quando as circumstancias de doença do testador ou quaesquer outras não permittam adiar sem perigo a feitura da disposição testamentaria, mas é preceito legal, e por isso ha de ser respeitado.

No entretanto parece que similhante exigencia deve limitar-se ao caso de no testamento se especificarem os bens deixados.

Contra esta doutrina argumentam alguns que o artigo 20.º do regulamento de 30 de junho de 1870 é inapplicavel ás escripturas testamentarias, porque no artigo 21.º se ordena que na participação que os tabelliães têm de fazer aos escrivães de fazenda, devem declarar as datas dos mesmos instrumentos ou escripturas, os nomes e moradas das pessoas que n'ellas figuram, e todas as mais indicações e substancias dos contratos; e que os testamentos não são contratos.

Porém estas ultimas palavras servem apenas para demonstrar que na participação a respeito dos testamentos publicos têm os tabelliães que declarar simplesmente as suas datas e os nomes e moradas das pessoas que n'elles figuram, e não a *substancia* do acto juridico.

Os ajudantes dos tabelliães, quando os estão substituindo nos seus impedimentos, também podem fazer o testamento publico, ou o instrumento de approvação do testamento cerrado.

A lei de 11 de setembro de 1861 permite que os escrivães e tabelliães, no caso de impedimento physico permanente, legalmente comprovado, possam ser substituidos no desempenho de todas as suas funções por um ajudante por elles proposto, e com responsabilidade civil solidaria, e approvado pelo governo; e que no caso de impedimento temporario resultante de molestia ou de licença, possam ter um ajudante proposto por elles, e nomeado pelo juiz de direito.

Portanto podem os ajudantes de tabelliães, tanto os approvados pelo governo, como os nomeados pelo juiz de direito, fazer testamentos publicos, ou instrumentos de approvação de testamentos cerrados, porque os substituem no desempenho de todas as suas funções.

O testamento deve ser necessariamente escripto em lingua portugueza? Se um estrangeiro, que ignorar a nossa lingua, quizer fazer testamento na sua, deverá o tabellião escrever o testamento na lingua do testador, ou lavrar-lhe auto de approvação de testamento cerrado, em lingua estrangeira?

Não resolve o codigo expressamente esta hypothese.

Poderia seguir-se a affirmativa em vista do artigo 1966.º n.º 5.º, onde se excluem do numero das testemunhas testamentarias as que não entenderem a lingua em que o testamento for escripto, sendo publico, ou o auto de approvação sendo cerrado, e não quer o codigo n'este numero excluir os estrangeiros, a respeito dos quaes já providenciou em o n.º 4.º, e dos nacionaes por acaso se encontrará quem não entenda a lingua portugueza.

Demais, com relação ao testamento cerrado nem o codigo exige que as testemunhas entendam a lingua, em que elle está escripto, e com razão, porque ellas não ouvem a sua leitura, e nem o proprio tabellião, que o deve passar pelos olhos para ver se ha borrão ou entrelinha, o póde ler.

Acresce ainda que o codigo exigindo a *declaração da vontade* do

testador perante o tabellião e as testemunhas, não determina a lingua em que deve ser escripta a disposição de ultima vontade. E comquanto, apesar do silencio do codigo, se entenda que a lingua do testamento deve ser a portugueza, a falta de disposição expressa a tal respeito obsta á nullidade.

Por isso alguns aconselham que por cautela deverão os tabelliães escrever o testamento nas duas linguas, na nacional e na do testador, dividindo cada pagina dos livros das notas em duas columnas verticaes parallelas, n'uma das quaes escrevam o testamento na lingua do testador, e na outra o vertam para a lingua portugueza; e julgam que, conhecendo o tabellião e as testemunhas as duas linguas, é valido o testamento.

Para nós porém é indubitavel que o testamento é insanavelmente nullo, não sendo escripto em lingua portugueza, tanto a disposição testamentaria, como o auto de approvação. Todos os papeis e documentos, destinados a produzir effeito nas repartições publicas no nosso paiz, hão de ser escriptos na lingua patria.

Art. 1912.º O testador, que quizer fazer testamento por esta fórma, declarará a sua ultima vontade perante qualquer tabellião, e cinco testemunhas idoneas.

Art. 1913.º Tanto o tabellião como as testemunhas devem conhecer o testador, ou certificar-se, por algum modo, da sua identidade, e de que o mesmo testador estava em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção.

Art. 1914.º A disposição será datada, com a indicação do logar, dia, mez e anno, escripta e lida em voz alta, na presença das mesmas testemunhas, pelo tabellião ou pelo testador, se o quizer, e assignada por todos.

Art. 1915.º Se alguma das testemunhas não souber escrever, fará o seu signal; mas é indispensavel, que tres testemunhas assignem com o seu nome por extenso.

Art. 1916.º Se o testador não souber, ou não poder escrever, o tabellião assim o declarará; devendo, n'este caso, assistir á disposição seis testemunhas, qualquer das quaes assignará a rogo do mesmo testador.

(Vid. artigos 1921.º e 1922.º) O testador ha de declarar a sua vontade perante o tabellião, e perante cinco ou seis testemunhas segundo souber ou não escrever.

O projecto primitivo no artigo 2049.º, correspondente ao artigo 1912.º do codigo, exigia a presença de quatro testemunhas sómente; e por essa razão no artigo 2052.º, correspondente ao artigo 1915.º, exigia só que duas testemunhas assignassem o seu nome por extenso. A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão emendou aquellas disposições nos termos em que hoje se encontram no codigo.

Tambem o projecto primitivo estabelecia no artigo 2056.º, correspondente ao artigo 1921.º do codigo, com respeito ao testamento cerrado, que o testador apresentasse o seu testamento ao tabellião perante duas testemunhas, sendo escripto por elle, ou perante quatro, sendo escripto por outrem.

Esta differença de numero de testemunhas segundo o testamento era escripto pelo testador ou por terceiro ainda poderia ter alguma explicação. Porém a emenda feita pela commissão revisora, e que foi consignada no projecto levado ás côrtes, era para que o testador apresentasse o testamento perante cinco testemunhas, sendo escripto por elle, e perante quatro, sendo escripto por outrem!

A commissão de legislação da camara dos deputados com rasão proserveu similhante differença, marcando o mesmo numero de testemunhas, ou a disposição tivesse sido escripta ou não pelo testador.

A respeito d'aquellas disposições dizia o sr. Seabra, em resposta ao sr. dr. Paes, que julgava inconveniente que se alterasse o numero das testemunhas:

«As rasões que tivemos para esta innovação são as seguintes. Se o testamento é escripto pelo testador, são mais que sufficientes as duas testemunhas e a fé do official publico. Se o testamento não é escripto pelo testador, exigem-se quatro testemunhas, porque então será mais facil a fraude. A differença de uma testemunha nada significa, e não convem multiplicar embaraços sem absoluta necessidade.

«De resto, conformamo-nos com a disposição do codigo de Hollanda, artigo 978.º O codigo de Austria, artigo 579.º, exige apenas tres testemunhas, ainda sem a presença do tabellião.»

Por direito anterior era muito questionado se o testador apresentando o testamento cerrado ao tabellião, e declarando que era aquella a sua vontade, devia acrescentar necessariamente as palavras «que o havia por *bom, firme e valioso*» ou se estas palavras, longe de serem sacramentaes, podiam ser substituidas por outras; e o sr. dr. Paes julgava necessario, nas suas observações ao projecto de codigo, que esta questão se decidisse.

Respondeu porém o sr. Seabra que estas palavras tanto não eram sacramentaes que nem menção d'ellas se fazia por direito novo.

Mesmo por direito velho, depois da promulgação do assento de 10 de junho de 1817, era geralmente seguido que aquellas palavras não podiam reputar-se sacramentaes.

O legislador julgou tão grave e momentoso o negocio, em que o proprietario trata de transmittir os seus bens alem da vida, alterando a ordem legal da successão, que cercou este acto de formalidades e solemnidades extraordinarias para evitar o conluio, a *foação* e a fraude.

Pelo direito anterior, aindaque o testador não soubesse assignar, não variava o numero das testemunhas. Eram sempre cinco. Porém o codigo exige n'este caso mais uma, não para o effeito unico de assignar a rogo do testador, mas tambem como testemunha instrumentaria. Deve assignar uma das seis pelo testador.

Se alem das testemunhas do testamento intervier mais alguma, e for essa a assignar a rogo do testador, nem por isso haverá nullidade, se o tabellião portar por fé que ella assistiu, como testemunha, a todo o acto testamentario.

Ao acto de approvação do testamento cerrado deve assistir tambem mais uma testemunha, quando o testamento é escripto e assignado por outra pessoa a rogo do testador por este não poder assignar, como exige o codigo civil francez no artigo 977.º, e como exige o nosso codigo para o testamento publico?

Seguimos a negativa. O artigo 1921.º manda apresentar o testamento cerrado ao tabellião na presença de cinco testemunhas em qualquer das tres hypotheses previstas no artigo 1920.º, porque aquelle artigo não faz distincção.

O codigo exige, para o testamento publico, cinco ou seis testemunhas, segundo o testador sabe ou não escrever, e para o instrumento de approvação do testamento cerrado parece contentar-se, como por direito velho, com o numero invariavel de cinco testemunhas, saiba ou não o testador escrever, artigo 1921.º, sem embargo do disposto no § 1.º do artigo 1922.º que não comprehende na sua referencia o preceituado no artigo 1916.º, porque se refere só á *forma* da assignatura, e não ao numero das testemunhas.

Talvez n'este caso se exija mais uma testemunha no testamento publico, para melhor garantir a verdade d'este documento, cujo conteúdo as testemunhas certificam; e não se exija no instrumento de approvação do testamento cerrado, onde as testemunhas nada tem com o conteúdo da disposição de ultima vontade, e apenas são chamadas a certificar que o testamento cerrado foi apresentado ao tabellião nos termos e para os effeitos previstos nos artigos 1921.º e seguintes.

A lei nova cortou tambem com relação ao testamento publico a questão que havia pelo direito anterior, se era valida a assignatura de cruz, feita pelo testador. O codigo exige a presença de seis testemunhas sempre que o testador não souber *escrever*, e nos artigos 1913.º e 1916.º faz distincção entre *escrever* e *assignar*.

Portanto as testemunhas podem assignar, ou de cruz, ou com o signal de que usarem; mas o testador não pôde usar do signal, ha de escrever o seu nome para ser admitido a assignar.

As palavras «*nome por extenso*» significam evidentemente o nome e cognome, e todos os appellidos necessarios para verificar a identidade da testemunha, que não é prejudicada por engano em qualquer letra ou appellido d'ella, mas que não pôde usar de abreviaturas na assignatura.

Estas testemunhas devem ser idoneas, tanto no testamento publico, onde o codigo faz exigencia expressa da idoneidade, como no instrumento de approvação do testamento cerrado, onde artigo 1921.º guarda profundo silencio a este respeito.

Portanto se em qualquer testamento publico, ou em instrumento de approvação de testamento cerrado intervier, como testemunha, um menor não emancipado, ou um estrangeiro não naturalizado, é nulla a disposição testamentaria vistas as disposições do artigo 1966.º Nem salva de nullidade o testamento o terem estado todos em boa fé a respeito da capacidade das testemunhas, conquanto esta circumstancia possa talvez relevar o tabellião da responsabilidade que lhe impõe o artigo 1919.º

Poderá contar-se no numero das testemunhas o escriptor do testamento, quando este não for escripto pelo testador? De certo, e já era assim por direito anterior, salvo se o escriptor do testamento foi o proprio tabellião, que não pôde desempenhar cumulativamente no auto de approvação as funcções de official publico e de testemunha.

Para a feitura do testamento cerrado basta que o testador saiba ler no momento de o apresentar ao tabellião para se lavrar o auto de approvação, porque é á sua capacidade n'essa occasião que se attende, artigo 1765.º

Não se exige que o testador leia o testamento, nem em voz alta, nem para si. A apresentação do testamento faz presumir a sua leitura, ou que o testador julga estar ali a disposição da sua vontade.

Supponhamos porém que o testamento foi feito á hora da morte, e quando as ultimas agonias já não deram occasião ao testador para o ler, ha de annullar-se a disposição, se o testamento foi assignado

pelo testador, ou por outrem a seu rogo, e elle viven até se concluir de todo o auto de approvação?

Não. Nenhum artigo do código impõe ao testador a obrigação de ler o seu testamento, que mandou fazer a outrem.

A confiança absoluta, que o testador depositou em quem lh'o escreveu, é sufficiente garantia de que a disposição representa a manifestação da sua ultima vontade, ainda que elle o não podesse ler.

E o testador, e não outrem por elle, que ha de declarar a sua vontade. O acto de testar é personalissimo: não pôde ser effectuado por procurador, artigos 1740.º e 1741.º

Mas a *personalidade* da declaração não soffre por o testador receber no acto de testar esclarecimentos de que se aproveite, como sobre a denominação e confrontação das propriedades, etc.

Não prejudicam a validade do testamento os esclarecimentos que tendem, não a insinuar a disposição ao testador, mas unicamente a tornar mais clara a sua vontade.

O essencial é que a declaração dispositiva seja feita por elle.

O pensamento do código, exigindo a *declaração* do testador perante as testemunhas, é prohibir os testamentos feitos por meio de signaes, ou por interrogações de terceiro, sendo por isso que os mudos não podem fazer testamento publico.

E poderá o testador dar a minuta ou apontamento da sua disposição ao tabellião para este o transcrever no livro das notas, e limitar-se depois a declarar na presença das testemunhas, que aquelle é o seu testamento, ou deverá elle dictar o testamento *de verbo ad verbum* na presença das testemunhas? Não vemos inconveniente na primeira forma de declaração da vontade.

A declaração faz-se do mesmo modo, ou dizendo o testador ser a sua vontade o que ali está escripto, ou dictando elle mesmo. E de mais esta a pratica em todos os instrumentos publicos, e não se fazendo a declaração, no corpo do documento, de que a minuta foi copiada antes de estarem presentes as testemunhas, nem pôde haver impugnação contra o documento vista a disposição do artigo 2307.º

O testador em vez de dar a minuta do testamento ao tabellião pôde tambem te-la na mão, e ir lendo, e o tabellião redigindo, tudo na presença das testemunhas, e *uno contextu*.

Não é indispensavel declarar no corpo do testamento, que a disposição foi dictada palavra por palavra pelo testador.

Ainda mesmo que o testador não dicte o testamento, e responda apenas ás perguntas do tabellião, é valida a disposição testamentaria, contantoque não responda por monosyllabos.

A disposição deve ser feita tambem em voz alta para se poder dizer *declarada* perante o tabellião e testemunhas.

O tabellião não é obrigado a servir-se exactamente das expressões do testador, devendo proceder na redacção do testamento como um secretario intelligente.

O código não exige absolutamente que o tabellião e as testemunhas conheçam o testador, mas sim que se *certifiquem*, por qualquer modo, da sua identidade.

Pôde até certificar-se o tabellião por meio das testemunhas, ou certificar-se o tabellião e as testemunhas, por meio de terceira pessoa, da identidade do testador. O que é essencial é que se certifiquem da identidade do testador, ficando á sua prudencia o certificar-se, *por qualquer modo*, diz o texto.

Mas se o tabellião se limitar a declarar que a identidade do testador foi verificada pelas testemunhas, sem declarar que elle a verifi-

cou tambem, ou pelas testemunhas, ou por outro qualquer modo, o testamento é nullo.

O projecto primitivo dispensava a verificação da identidade do testador pelo tabellião e pelas testemunhas, tanto no testamento publico, como no testamento cerrado, segundo se mostra dos §§ 1.º e 2.º, do artigo 2050.º, correspondente ao artigo 1913.º do código, e do artigo 2061.º, que se seguiu ao artigo correspondente ao artigo 1923.º do código. Esta circumstancia porém devia sér declarada pelo tabellião no testamento publico, e no auto de approvação do testamento cerrado, acrescentando-se todos os signaes característicos do testador, e dependendo a validade do testamento da verificação da identidade do testador, devendo alem d'isso o testamento cerrado ser escripto e assignado pelo testador na presença do tabellião e das cinco testemunhas.

Esta doutrina, com relação ao testamento publico, foi eliminada logo nos trabalhos da primeira revisão; mas com relação ao testamento cerrado subsistia ainda no projecto da commissão revisora de 1864, sendo a final eliminada nos ultimos trabalhos propriamente de redacção.

Não declara o código positivamente se no instrumento de approvação ha de ser verificada a identidade do testador, e que elle estava em seu perfeito juizo, e livre de toda a coacção, tanto pelo tabellião como pelas testemunhas, em harmonia com o que no testamento publico, ou se basta a este respeito a declaração individual do tabellião.

Com relação ao testamento publico expressamente determina que tanto o tabellião como as testemunhas se certifiquem da identidade do testador, e de que elle está em seu perfeito juizo, e livre de coacção. Quanto ao instrumento de approvação do testamento cerrado não determina expressamente que esta obrigação incumbe tanto ao tabellião, como ás testemunhas; mas por analogia com o disposto no artigo 1913.º devia entender-se que a declaração, que o tabellião é obrigado a fazer no instrumento de approvação do testamento cerrado, nos termos dos n.ºs 5.º e 6.º do artigo 1922.º, se refere tanto ao tabellião, como ás testemunhas.

Cingindo-nos porém ao rigor da letra da lei, n.ºs 5.º e 6.º do artigo 1922.º, parece-nos que no auto de approvação do testamento cerrado deve ser verificada a identidade do testador pelo tabellião e pelas testemunhas, e que a declaração de que o testador estava em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção, é só da competencia do tabellião, não havendo nullidade por o tabellião não fazer esta declaração em nome das testemunhas tambem.

As palavras do n.º 5.º, *que o testador foi reconhecido*, em vez das palavras, *que elle tabellião o reconheceu*, indicam que o tabellião deve certificar em seu nome, e no das testemunhas, que o testador foi reconhecido, e verificada a sua identidade.

Não se descobre razão para esta differença; mas parece existir na redacção.

Todavia não devem os tribunaes, vista a ambiguidade da lei, annular o testamento cerrado unicamente porque o tabellião certifica só em seu nome, e não no das testemunhas, que o testador fora reconhecido, e que estava em seu perfeito juizo e livre de coacção, porque não podem decretar-se nullidades senão quando a lei expressamente as fuzmina.

Tem-se dito, e lê-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 5 e 8, que a obrigação, que se impõe ao tabellião e ás testemunhas, de certificar-se *por algum modo* da identidade do tes-

tador, não vai até ao ponto de se certificarem também por alguém do estado das suas faculdades, porque enquanto a este ponto deve o tabellião verificar por si, se o testador está ou não no perfeito uso das suas faculdades mentaes.

Porém nem a redacção do artigo admite semelhante distincção, porque as palavras *por ulium modo* referem-se sem duvida alguma a todos os casos do artigo, nem a verificação do estado mental do testador, que ás vezes não pôde ser devidamente apreciado nem por uma junta de peritos, é negocio que o tabellião possa resolver facilmente n'alguns casos sem auxilio estranho.

Se algum facultativo de confiança, assistindo ao testamento, certificar ao tabellião que o testador está em seu perfeito juizo, deverá o tabellião ter em muita conta o juizo do perito.

No entretanto a declaração do tabellião, ainda corroborada com o depoimento das testemunhas, pôde depois ser impugnada com prova testemunhal, sem embargo do disposto no artigo 2507.º, como diremos em a nota ao mesmo artigo.

É corrente que pôde provar-se por testemunhas contra as declarações feitas no testamento que o testador não estava em seu perfeito juizo, ou que estava coacto, sem embargo do disposto nos artigos 2507.º e 2508.º, como diremos em as notas a estes artigos.

A alguém tem feito duvida que o codigo exija no instrumento de approvação do testamento cerrado a *menção expressa* de que a identidade do testador, e o seu estado de bom juizo e de liberdade, foi verificado e reconhecido, e não exija igual menção no testamento publico, parecendo que a falta de semelhante declaração n'este testamento não induz a sua nullidade.

A duvida porém não procede, porque o artigo 1918.º determina que o tabellião porte por fé, como foram cumpridas todas as formalidades mencionadas nos artigos 1911.º a 1918.º, e uma d'ellas, e a primeira, é que o tabellião e as testemunhas se certifiquem da identidade, juizo e liberdade do testador.

Se pois o tabellião não portar por fé no testamento publico, que a identidade, juizo, e liberdade do testador foi por elle e pelas testemunhas reconhecido, o testamento é nullo.

Em accordão de 9 de agosto de 1870 julgou o supremo tribunal de justiça (com respeito a testamento aberto antes da promulgação do codigo), que era nullo o testamento cerrado, postoque approvado por tabellião, quando por testemunhas se provasse, que o testador não podia dictar o testamento, e que a tradição ao tabellião que o approvou, não tinha sido feita com as formalidades legais, como tudo mais largamente se desenvolve no tomo II, paginas 195 da *Jurisprudencia civil, commercial e criminal*, da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*.

Em accordão de 12 de agosto de 1873, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 14, julgou o supremo tribunal de justiça, que era nullo o testamento em que o tabellião não se certificou com as testemunhas do estado de espirito do testador, não declarou ter lido o testamento em voz alta na presença d'estas, por não querer o testador fazê-lo, nem tão pouco que as formalidades fossem praticadas em acto continuo.

Quanto á falta de indicação do lugar, dia, mez e anno, ou no testamento publico, ou no instrumento de approvação do testamento cerrado, vid. artigos 2495.º n.º 3.º

Já na imprensa juridica se discutiu se era valido ou nullo um testamento cerrado, anterior á promulgação do codigo civil, em que no

auto de approvação o tabellião omitiu o anno em que lavrou o dito auto, havendo porém circumstancias por onde se conhecia esse anno, sendo uma d'ellas o estar declarado no sobrescripto do involuero do testamento.

Em nosso entender porém a falta de declaração do anno, que não é requisito particular dos testamentos, mas condição essencial de todos os instrumentos publicos, annulla irremissivelmente os testamentos, ou estes sejam anteriores ou posteriores ao codigo civil.

É uma das mais importantes formalidades, porque tem por fim autenticar a epocha da feitura do testamento.

Era escusada a provisão de que o tabellião deveria certificar-se da identidade do testador, e declarar o dia, mez anno e logar em que foi feito o testamento publico, ou lavrado o auto de approvação do testamento cerrado, porque essa obrigação é commum para todos os documentos authenticos, artigo 2495.º n.º 3.º e 6.º A leitura só se exige nos testamentos e nos assentos do registo civil, artigo 2447.º Não deve dispensar-se nos outros documentos, mas não é nullidade a falta de menção de semelhante requisito.

O reconhecimento da identidade dos outorgantes parece que nos outros instrumentos authenticos, como nos testamentos, é da competencia não só do official publico, mas das testemunhas tambem.

São igualmente nullidades insanaveis a falta de resalva das emendas, entrelinhas ou razuras que ocorrerem, e do signal do official publico, ou nos testamentos publicos, ou nos instrumentos de approvação dos testamentos cerrados, vista a disposição expressa dos n.º 8.º e 9.º do artigo 2495.º

No testamento cerrado pôde haver razura, emenda ou entrelinha, sem ser resalvada, porque não é auto publico, mas devem ser mencionadas estas circumstancias no instrumento de approvação, artigo 1922.º n.º 4.º, sob pena de nullidade.

O codigo quanto á leitura do testamento publico, e tambem do instrumento de approvação do testamento cerrado, artigo 1922.º, § 1.º, introduz a innovação de ser lido pelo testador, se assim o quizer, em vez de ser lido pelo tabellião, o que dá mais uma garantia de que foi fielmente escripta a disposição de ultima vontade do testador.

Assim a leitura do testamento pelo testador é facultativa, e não obrigatoria, salvo se é surdo, porque n'este caso, sabendo ler, é elle quem ha de ler o testamento, artigo 1917.º

É porém indispensavel que a leitura, ou feita pelo testador, ou pelo tabellião, não seja feita só para si, mas em *voz alta*, para ser ouvida pelas testemunhas, e a leitura ha de fazer-se na presença de todas ao mesmo tempo, não podendo ler-se a umas e depois a outras; e por isso, se algumas se ausentarem na occasião da leitura, deve esta suspender-se até que estejam presentes todas as que devem assignar o testamento.

Se o tabellião se limitar a portar por fé que o testamento foi lido perante todos, sem declarar positivamente quem foi que o leu, se elle, se o testador, se outra pessoa, artigos 1914.º e 1917.º, e que foi lido em *voz alta*, o testamento é nullo.

Não são porém sacramentaes as palavras *lido em voz alta*. Podem ser substituidas por outras, que enunciem claramente a circumstancia de que o testamento publico, ou o instrumento de approvação do testamento cerrado, foram lidos a todas as testemunhas, e na presença de todas ao mesmo tempo.

Se porém não for indicado positiva e expressamente aquelle facto, é radicalmente nullo o testamento, porque não pôde empregar-se a



prova testemunhal para provar além do conteúdo em acto authentic, artigo 2507.º

Deve notar-se que a leitura por terceira pessoa é só admissível, quando se derem cumulativamente as duas seguintes circumstancias, de ser inteiramente surdo o testador, e de não saber ler, devendo em tal caso portar por fé o tabellião, que ambas estas circumstancias se verificaram.

Ainda mesmo que o testador saiba ler, se não sabe escrever, é precisa outra testemunha, mas só no testamento publico, artigo 1916.º, e não no instrumento de approvação do testamento cerrado; porque o artigo 1921.º declara genericamente que o testador apresentará a sua disposição perante cinco testemunhas, comquanto determine no § 1.º do artigo 1922.º, que o instrumento de approvação seja assignado na conformidade do que fica disposto na secção precedente.

Quando forem seis as testemunhas é preciso que quatro assignem o seu nome por extenso, não só porque o codigo parece exigir, artigo 1915.º, que assigne os nomes por extenso a maioria das testemunhas, mas porque a sexta testemunha, que acresce, representa a assignatura do testador, que não pôde ser de cruz nem no testamento publico, nem no auto de approvação do testamento cerrado, porque elle não é admittido a assignar, se não sabe escrever.

Comquanto a assignatura por extenso pareça contrapor-se á assignatura de signal, é certo que a significação ampla da palavra extenso parece excluir as abreviaturas na assignatura, tanto do nome, como dos appellidos das testemunhas; e o tabellião por cautela não deverá admitti-las, comquanto não devesse ser motivo de nullidade, verificando-se a verdade d'essas assignaturas.

Ordena o codigo que o tabellião declare se o testador não assignou, por não saber ou por não poder escrever, sem declarar a causa que o impediu de escrever, como aliás exige o codigo civil francez no artigo 973.º; o que seria mais uma garantia de verdade da disposição testamentaria. No entretanto, em presença do nosso codigo a falta de declaração da causa especial por que o testador não pôde assignar não é nullidade, bastando que o tabellião declare que o testador não assignou porque não sabia, ou porque não podia assignar.

Não se annulla o testamento, porque o testador ou as testemunhas, em lugar de assignarem com o appellido proprio, assignaram com a alcunha por que são conhecidos, porque fica do mesmo modo verificada a sua identidade, comquanto a jurisprudencia das cautelas ensine a escrever os appellidos, aindaque se lhes acrescente a designação da alcunha.

Se porém o testador assignou só com as iniciaes, é nullo o testamento. A lei manda assignar o testamento, e assignar não é simplesmente escrever as letras iniciaes, mas sim o nome e os appellidos. As letras iniciaes não só podem significar muitos nomes diferentes, mas falsificar-se com facilidade.

Nem o legislador poderia permittir que o testador assignasse só com as iniciaes, quando exige que pelo menos tres testemunhas assignem com o seu nome por extenso.

Se a assignatura do testador não for legivel, nem por isso se annullará o testamento, desde que o tabellião portou por fé em presença das testemunhas, que a assignatura é d'aquelle, salvo se a pretendida assignatura accusar a ignorancia de escrever do testador, porque então não podia assignar, vista a disposição do artigo 1916.º

O que dizemos com relação á assignatura do testador é applicavel

as tres testemunhas, que são obrigadas a assignar com o seu nome por extenso artigo 1915.º

As outras podem assignar com o signal de que usam nos actos juridicos.

O codigo, exigindo no artigo 1916.º que o tabellião declare se o testador deixou de assignar por não saber ou por não poder escrever, não exige no artigo 1915.º igual declaração com relação ás testemunhas que não sabem escrever, d'onde inferimos que a falta d'esta declaração com respeito á assignatura das testemunhas não induz nullidade. Mas para evitar todas as duvidas convirá que o tabellião declare que certas e determinadas testemunhas fazem o seu signal por não saberem escrever.

As testemunhas, bem como o testador, podem achar-se inhibidos de assignar, não só por não saberem, mas tambem por não poderem escrever, comquanto o caso de não escrever por não poder seja mais frequente no testador, que faz a disposição de sua ultima vontade no meio de doença grave, do que nas testemunhas que em roga, se estão impossibilitadas de escrever o seu nome, estão tambem impossibilitadas de concorrer ao acto testamentario.

No entretanto podem estar impossibilitadas de escrever o seu nome, comquanto possam assignar de cruz.

A assignatura de cruz é o modo frequente de assignar de quem não sabe escrever, comquanto seja valida a assignatura usando a testemunha de outro signal, de que costume usar, porque dá até mais garantias de verdade.

A introdução da assignatura de signal é uma innovação importante, porque o direito velho não admittia a assignatura senão com o nome ou de cruz.

É valido o testamento anterior á promulgação do codigo civil, em que as testemunhas assignaram todas de cruz, vista a disposição do artigo 1762.º, porque a ordenação, livro IV, titulo LXXX, não exigia, como o codigo, que alguma das testemunhas soubesse escrever, salvo a que assignava a rogo do testador, quando elle não sabia ou não podia escrever.

A testemunha, que assigna a rogo do testador, não é obrigada a declarar em seguida á sua assignatura, como era pelo direito anterior, que assigna por o testador não saber ou não poder assignar. É ao tabellião somente que incumbe declarar que o testador não assignou por não saber ou por não poder escrever, designando a testemunha, que assignou em lugar d'elle.

Por direito anterior, ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 1.º, a testemunha que assignava pelo testador devia declarar que assignava por mandado d'elle, por elle não saber ou não poder assignar. A falta d'esta declaração era nullidade insanavel nos termos da citada ordenação, e dos assentos posteriores. A declaração simplesmente de que assignava a rogo não salvava de nullidade a disposição testamentaria.

Nem essa falta podia ser supprida pela declaração do tabellião. Neste sentido legislou muito expressamente o assento de 17 de agosto de 1811. Encontrava-se a mesma disposição no assento de 10 de junho de 1817; e não podia prevalecer sobre os preceitos expressos da lei a doutrina de alguns escriptores de que a declaração do tabellião não só suppria, mas merecia ainda mais fé do que a da testemunha, sem attentarem em que a lei marcou ao tabellião e ás testemunhas attribuições diferentes, que as illações dos interpretes não podiam alterar.

Se o testador fallecer depois de feito o testamento publico, ou depois de lavrado o instrumento de approvaçao do testamento cerrado, mas antes da sua assignatura ou das testemunhas, reputa-se não feito o testamento, que não chegou a completar-se em vida do testador.

As disposições dos artigos 1914.º e 1915.º quanto á data, leitura e assignatura do testamento publico, são igualmente applicaveis ao testamento militar, art. 1945.º, § 2.º, e as do artigo 1914.º ao testamento maritimo, artigo 1949.º

Mas por analogia julgamos applicavel tambem, verificada a respectiva hypothese, o artigo 1916.º ao testamento militar, e os artigos 1915.º e 1916.º ao testamento maritimo.

A disposiçao do artigo 1913.º não póde tambem dispensar-se nos actos de ultima vontade, qualquer que seja a fórma do testamento.

Tudo deve ser feito na presença das testemunhas, o que não se entende no rigor de dever ser fulminada nullidade contra o testamento, quando as testemunhas só assistiram á disposiçao da ultima vontade do testador, e não ao preambulo, que contém o nome do testador e das testemunhas, o lugar, dia, mez e anno em que o testamento foi feito, comquanto o tabellião não deva prescindir de ellas assistirem mesmo ao escripto do preambulo, que póde reputar-se uma parte do testamento, visto que as testemunhas devem assistir a todo elle.

No assento de 10 de junho de 1817 dizia-se que as testemunhas deviam ser presencias a todo o acto desde o seu principio até o fim.

**Art. 1917.º** Quem for inteiramente surdo, mas souber ler, deverá ler o seu testamento, e se não souber ler, designará a pessoa que o ha de ler em seu lugar, sempre na presença das testemunhas.

(Vid. nota ao artigo 337.º)

**Art. 1918.º** Todas estas formalidades serão praticadas em acto continuo, e o tabellião portará por fé, como todas foram cumpridas.

Todas as formalidades serão praticadas em *acto continuo*; isto é, não se interromperá a feitura do testamento para qualquer outro serviço, como para fazer alguma escriptura, para dar um passeio, etc. Não se entendem porém as palavras *acto continuo* no rigor de não poder interromper-se o testamento, para satisfazer a alguma necessidade imperiosa do testador, do tabellião ou das testemunhas.

Na lei 23, § 28.º, *Cod. de testam. et quemadm. testam. ordin.*, vem minuciosamente especificadas as causas, porque entre os romanos era permitido interromper a feitura do testamento.

A ordenaçao, livro iv, titulo lxxx, não exigia que o testamento publico fosse feito em *acto continuo*; e apenas o assento de 10 de junho de 1817 declarou que as testemunhas deviam ser presencias a todo o acto desde o seu principio até ao fim.

A disposiçao do artigo 1918.º pois é a restauraçao do direito romano.

As palavras *acto continuo*, que se lêem no artigo, são a traducçao das latinas *uno contextu*, que se lêem no § 3.º das Institutas do Justiniano, livro ii, titulo xl.

A nossa legislaçao de processo tambem ordena que a audiencia do jury seja feita sem interrupçao, e todavia frequentemente os juizes em

processos de julgamento demorado interrompem as audiencias para satisfazer ás necessidades urgentissimas da vida. Nem seria possivel em regra, e em testamentos longos, conseguir que as testemunhas se sujeitassem com prejuizo da satisfaçao das suas mais urgentes necessidades a assistir a todo o acto testamentario sem interrupçao.

O instrumento de approvaçao do testamento cerrado deve ser feito tambem em *acto continuo*, não só por analogia do disposto para o testamento publico, mas em virtude do preceituado no § 1.º do artigo 1922.º e até pelo emprego das palavras *em seguida*, por que começa o citado artigo 1922.º e o seu § 2.º

Nas phrases *em seguida* e *sem interrupçao*, empregadas no artigo 1922.º, refere-se o codigo á unidade de tempo e de açao, exigida pelo direito romano, e pela nossa ordenaçao, livro iv, titulo lxxx, § 1.º, nos instrumentos de approvaçao dos testamentos cerrados.

A lei 21, § 3.º Dig. *Qui testamenta facere possunt*, explica esta unidade de tempo e de açao nos seguintes termos: *Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu, nullum actum alienum testamentum intermiscere, quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non viciatur.*

Porém esta unidade de tempo e de açao não era exagerada a tal ponto, que não podesse interromper-se o acto testamentario, quando as circumstancias assim o exigissem.

A lei 28 *cod. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinantur*, enumerava alguns casos, em que se podia suspender momentaneamente o auto de approvaçao do testamento cerrado, sem que d'ahi adviesse nullidade ao testamento, e taes eram: ou quando o testador, ou uma das testemunhas, ou o tabellião, eram obrigados a sair para satisfazer a qualquer necessidade da natureza; ou quando era necessario dar algum repouso ao testador enfermo, ou ministrar-lhe algum medicamento.

Portanto não póde interromper-se o acto testamentario para se tratar de outros negocios, como para se fazer uma escriptura, etc., mas bem póde interromper-se para satisfazer qualquer necessidade urgente, como acima fica declarado.

O tabellião deve portar por fé, para dar um caracter de authenticidade completa ao acto, que todas as formalidades prescriptas no codigo foram cumpridas. Deve porém *especifica-las*, como já dispunha o assento de 10 de junho de 1817. Se o tabellião se limitasse a declarar que *todas as formalidades prescriptas na lei foram cumpridas*, sem as mencionar circumstanciadamente, não havia a menor garantia de terem sido cumpridas uma por uma as formalidades ordenadas na lei. Portanto o tabellião ha de reproduzir no corpo do testamento publico as formalidades designadas na lei, fechando o auto com a declaraçao de que foram cumpridas todas.

Demais, faltando alguma das *sobreditas* formalidades é nullo o testamento, conforme dispõe o artigo 1919.º, e não póde provar-se que não faltou nenhuma, sem o tabellião ter mencionado cada uma d'ellas, como cumpridas.

Finalmente este artigo 1918.º teve por fonte o artigo 972.º do codigo civil francez, que conclue nos seguintes termos: «Il est fait *du tout mention expresse*»; e pela doutrina dos commentadores a este codigo, e pela jurisprudencia dos tribunaux francezes é tambem necessario que o tabellião relate o effectivo cumprimento de cada uma das formalidades exigidas pela lei.

Não determina o codigo, nem no artigo 1925.º, nem em qualquer outro, que o tabellião porte por fé no auto de approvaçao do testamento

cerrado, que foram cumpridas todas as formalidades ali prescriptas, como determina no artigo 1918.º com relação ao testamento publico. Porém alem do auto dever ser lido, datado, e assignado na conformidade do disposto para o testamento publico, no artigo 1922.º diz-se expressamente que o tabellião *declarará* que foram cumpridas as solemnidades do auto de approvação do testamento cerrado, ali prescriptas; e as palavras *declarar* equivalem a *portar por fé*, porque não são de tal maneira sacramentaes, que não possam ser substituidas por outras de igual força e significação.

No instrumento de approvação do testamento cerrado tem o tabellião de as especificar, artigo 1922.º, n.º 1.º a 7.º, d'onde se pôde até tirar argumento por analogia para concluir que o tabellião as deve especificar igualmente no testamento publico.

Tambem o codigo civil francez no citado artigo 972.º exige que o tabellião declare expressamente que cumpriu na feitura do testamento publico todas as formalidades legaes; e, no artigo 976.º, prescrevendo as formalidades, que devem ser observadas, tanto na feitura do testamento cerrado, como no auto de approvação, não exige igual declaração.

Convirá que o tabellião faça esta declaração tambem no auto de approvação do testamento cerrado; mas, se a não fizer, nem por isso julgámos nullo o testamento; assim como, para evitar todas as duvidas, convirá que o tabellião declare, não só que forem cumpridas todas as formalidades legaes, mas tambem que forem cumpridas em acto continuo, e isto tanto no testamento publico, como no instrumento de approvação do testamento cerrado.

**Art. 1919.º** Faltando alguma das sobreditas formalidades, ficará o testamento sem effeito, mas será o tabellião responsavel por perdas e damnos, e perderá o seu officio.

(Vid. artigos 1925.º, 1947.º e 1960.º) A falta de qualquer das solemnidades prescriptas na lei, ou no testamento publico, ou no auto de approvação do testamento cerrado, annulla irremissivelmente a disposição testamentaria, artigo 1925.º

O disposto na primeira parte do artigo 1919.º era escusado em presença da disposição irritante do artigo 10.º

É porém tão importante o assumpto, que o legislador julgou necessario repetir aqui a disposição penal.

O testamento militar e marítimo não são civados do vicio de nullidade por lhes faltar alguma das solemnidades determinadas na lei, mas unica e simplesmente quando essa falta for especialmente considerada pela lei, como nullidade insanavel, artigos 1947.º e 1960.º

A razão d'esta differença consiste em que as formalidades, cuja omisão não importa nullidade nos termos dos artigos 1947.º e 1960.º, são estranhas ao acto testamentario propriamente dito, e respeitam principalmente á guarda e á publicação da disposição testamentaria.

Outra differença é que a falta de qualquer solemnidade no testamento publico, e no auto de approvação do testamento cerrado, produz, alem da nullidade do acto juridico, a perda do officio ao tabellião, e a responsabilidade por perdas e damnos, o que não acontece no testamento militar e marítimo.

A razão d'isto é que o tabellião pelo seu caracter de *official publico* tem mais rigorosa obrigação de conhecer todas as disposições da lei, do que o escriptor do testamento militar e marítimo.

A falta das formalidades testamentarias provém em regra de culpa dos tabelliões, e por isso a lei os torna responsaveis pelas perdas e damnos que causarem, e lhes impõe a pena de perdimento do officio.

A pena da perda do officio imposta ao tabellião é de facil execução, mas não pôde ser applicada senão depois de julgado nullo por sentença o testamento; e ha de ser requerida em processo especial.

Já vimos uma sentença de um juiz de 1.ª instancia, que, julgando precedente e provada a acção ordinaria de nullidade de um testamento, decretou ao mesmo tempo a pena de demissão ao tabellião, que o fizera, sem que na acção se tivesse requerido cousa alguma contra este.

Como porém o juiz julgára *ultra petita*, e a pena de demissão só poderia ser imposta em processo criminal, para esse fim intentado, a requerimento do ministerio publico ou dos herdeiros instituidos, foi revogada a sentença na relação de Lisboa, por accordão de 2 de outubro de 1872, que passou em julgado, com o fundamento de que semelhante pena não podia impor-se *sem o tabellião ter sido ouvido e convencido em processo crime convenientemente instaurado*.

Se a acção de nullidade for distribuida ao escrivão, que como tabellião fez ou approvou o testamento, pôde elle ser dado de suspeito pelo interesse, que tem, em que seja declarado valido o testamento.

Porém a acção que se concede aos herdeiros e legatarios para haverem indemnisação de perdas e damnos do tabellião raras vezes poderá executar-se, sobretudo quando o testamento comprehender valores avultados, porque não é muito abonada a classe dos tabelliões. Se os tabelliões já têm morrido, pôde intentar-se a acção de reparação contra os seus herdeiros, artigo 2366.º

No entretanto se o testamento for executado sem opposição dos herdeiros legitimos julga-se sanada a nullidade nos termos do § unico do artigo 10.º

O testador porém não pôde ratificar ou confirmar por outro acto juridico o testamento nullo. É preciso fazer outro testamento, em que se observem todas as formalidades legaes.

### SUB-SECÇÃO III

#### DO TESTAMENTO CERRADO

**Art. 1920.º** O testamento cerrado pôde ser escripto e assignado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou ser escripto por outra pessoa a rogo do testador e por este assignado.

§ unico. A pessoa, que assignar o testamento, deve rubricar todas as folhas delle. O testador só pôde deixar de assignar o testamento, não sabendo, ou não podendo fazê-lo, o que no mesmo testamento será declarado.

Por meio do testamento cerrado, e especialmente sendo elle escripto pelo proprio testador, fica o homem habilitado a dispor dos seus bens sem publicidade de especie alguma, e sem levantar as dissensões e odios, que importaria o conhecimento das disposições testamentarias para os que esperavam ser herdeiros, ou tambem por testamento, ou segundo a ordem legal da successão.

Tres hypotheses podem verificar-se com relação á escriptura do testamento cerrado, — ser escripto e assignado pelo testador, ser es-

cripto e assignado por terceiro a rogo do testador, ser escripto por terceiro e assignado pelo testador.

O testador por melhor que saiba escrever pôde mandar escrever por outrem o seu testamento; mas de o assignar não é em caso algum dispensado, salva a impossibilidade absoluta de escrever, por não saber, ou por não poder, o que não succedia por direito anterior, porque nos termos da ordenação, livro IV, título LXXX § 1.º, sendo o testamento escripto pelo testador, era isso bastante, aindaque não fosse por elle assignado.

Tambem a ordenação no mesmo logar, permittindo que o auto de approvação do testamento cerrado fosse assignado por uma das testemunhas, não sabendo ou não podendo o testador assignar, quando fallava do testamento permittia que fosse assignado por terceiro, não sabendo o testador assignar, d'onde se inferia que não podia terceiro assigna-lo, não podendo o testador fazê-lo. Na pratica porém entendia-se que o testamento, como o auto de approvação, podia ser assignado por terceiro, logoque o testador o não assignasse, ou por não saber, ou por não poder.

Por direito anterior pois não era nullo o testamento cerrado, escripto e assignado por outrem a rogo do testador, que sabia mas não podia escrever, apesar de que a ordenação, livro IV, título LXXX, § 1.º só dispensava o testador de assignar o testamento, quando elle não sabia assignar, e estabelecia que no auto de approvação assignasse pelo testador uma das testemunhas quando o testador não soubesse ou não pudesse assignar.

Nem se veja contradicção entre este artigo que previne a hypothese de o testador não saber assignar, e o artigo 1923.º, que prohibe fazer testamento cerrado aos que não sabem ler, porque se pôde saber ler sem se saber escrever. Por isso a prohibição de fazer testamento cerrado aos que não sabem ler não abrange os que não sabem escrever.

O código, tendo feito differença nos artigos 1915.º e 1916.º entre saber escrever e saber assignar, e permittindo no artigo 1920.º ao testador o assignar o testamento cerrado, deixa de pé a duvida, que pelo antigo direito já existia, se a assignatura de cruz de testador é ou não valida. No auto de approvação é evidente que não pôde admitir-se a assignatura de cruz em vista do disposto no artigo 1916.º, que lhe é applicavel por força do preceito do § 1.º do artigo 1922.º

No entretanto mesmo no testamento cerrado é inadmissivel a assignatura de cruz, vistas as palavras do § unico, não sabendo, porque a assignatura de cruz todos sabem faze-la.

No artigo 2463.º tambem se usam as palavras não saber assignar, que nós traduzimos sempre por não saber escrever, poisque pôde haver impossibilidade de fazer o signal de cruz, mas ignorancia não.

No entretanto hom era ter cortado expressamente esta duvida.

O sr. dr. Paes assim o pediu, dizendo que tanto mais precisa era esta declaração, vistoque o projecto continuava a admitir a assignatura de cruz nos contratos.

Respondeu-lhe o sr. Seabra, que a duvida estava resolvida nos artigos 2057.º e 2059.º (1920.º e 1922.º do código). Estes artigos porém nada resolviam claramente, apesar de se inferir d'elles que a assignatura de cruz é inadmissivel no testamento cerrado.

O testamento será nullo, na hypothese de não ser escripto pelo testador, se o escriptor não declarar, que o escreveu a rogo d'elle? Uma das condições exigidas no testamento cerrado, escripto por terceiro, é que seja escripto a rogo do testador, e no artigo 1923.º fulmina-se a pena de nullidade pela falta de qualquer das circunstancias, meneto-

nadas nos artigos antecedentes. Por isso o escriptor do testamento deve fazer essa declaração, que aliás pôde ser substituida pela apreensão feita pelo testador ao tabellião com a declaração de que aquelle é o seu testamento.

Não exige porém o código, como tambem não exigia o direito anterior, que o escriptor do testamento declare que, depois de escripto, o leu ao testador.

Tambem não exige que o testamento seja datado. O legislador pois exigiu a rubrica e a assignatura do testamento, e dispensou a data, vistoque é a data do instrumento de approvação que fixa a data de feitura do testamento. Para os efeitos juridicos só se attende a data do auto de approvação.

Exceptua-se o testamento do surdo-mudo, artigo 1924.º, visto não poder este cumprir as formalidades exigidas no artigo 1921.º

Não é pois nullo o testamento cerrado, que tem data posterior ao auto de approvação, porque a data autentica é a d'este auto, e não a do testamento. O erro na data do testamento não prejudica a validade da disposição, por ser um simples erro de escripta, e pôde lidadar-se esse engano por prova testemunhal, ou por qualquer outro genero de prova, vistos os artigos 1761.º, 1837.º, e outros.

Se o testamento for escripto por terceiro, e assignado pelo testador, é este quem deve rubricar as folhas, e rubrica-las todas, menos aquella onde está a sua assignatura, porquanto vale mais a assignatura do que a rubrica, postoque o artigo não faça distincção alguma.

Já entrou em duvida se a obrigação de rubricar o testamento, imposta à pessoa que o assigna, abrangia tambem o testador, quando era elle, e não terceiro que assignava o testamento. Afigurava-se a alguns que as palavras a pessoa, que assignar o testamento, porque começa o § unico do artigo 1920.º, se referiam unicamente a terceiro quando era terceiro, não o testador, quem assignava o testamento.

Não se presta porém a essa distincção a redacção do código. A generalidade d'aquellas palavras abrange tanto o proprio testador, como o terceiro: a que assignar o testamento.

Esta mesma doutrina se infero do artigo 2057.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1920.º e § unico do código, que era redigido nos seguintes termos: «O testamento cerrado pôde ser escripto pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, mas será sempre rubricado, numerado e assignado pela pessoa que o escreveu.» Finalmente a mesma opinião se deduz dos n.ºs 1.º e 3.º do artigo 1922.º

O testamento cerrado pôde até ser escripto por qualquer herdeiro ou legatario, sem isso importar nullidade, senão das disposições feitas a favor do escriptor do testamento.

Pôde tambem o tabellião escreve-lo, como pessoa particular, e approva-lo depois como pessoa publica, porque o código lh'o não prohibe, e não se pôde irrogar nullidade onde a lei a não fulmina; e era este o nosso direito antigo pelo disposto no assento 4.º de 23 de julho de 1814.

Tambem, tanto por direito antigo, como por direito moderno, é valido o testamento cerrado, em que uma das testemunhas instrumentarias no auto de approvação é o escriptor do testamento.

A ordenação, livro IV, título LXXX, § 1.º, permittia, como acima dissemos, que o testador mandasse escrever o seu testamento, contanto, que o assignasse, sabendo assignar, porque, não sabendo assignar, seria assignado pela pessoa que o escrevesse; e no título LXXXV mencionava as pessoas, que não podiam ser testemunhas nos testamentos, e não excluia o escriptor do testamento cerrado, quando este não tinha sido instituido herdeiro pelo testador.

Hoje pelo código civil, artigos 1921.º e 1966.º, também o escriptor do testamento cerrado não é excluído de ser testemunha.

São dois actos distinctos, o testamento e a sua approvação; e, se o escriptor do testamento não é interessado n'elle, essa circumstancia, longe de o inhabilitar para ser testemunha, torna-o, pelo contrario, testemunha mais qualificada, porque vem attestar a approvação de um acto em que elle mesmo interveiu.

Se o individuo não souber escrever letra de mão, mas souber escrever em caracteres imitativos de letra impressa, poderá fazer o testamento cerrado n'estes caracteres sem contrariar o disposto no artigo 1923.º?

Como o código não determina a fórma de letra em que o testamento cerrado deve ser escripto, é evidente que elle pôde ser escripto em caracteres imitativos da letra de imprensa, mas nunca impresso, porque n'este caso não pôde verificar-se a declaração de que foi escripto a rogo do testador; e é bem claro o pensamento do artigo de que o testamento deverá ser escripto por alguém, e não impresso n'uma typographia.

Art. 1921.º O testador apresentará a qualquer tabellião a sobredita disposição, perante cinco testemunhas, declarando como ella é a sua última vontade.

(Vid. nota ao artigo 1912.º)

Art. 1922.º Em seguida, e sempre na presença das sobreditas testemunhas, o tabellião, vendo o testamento, sem o ler, lavrará um auto de approvação, que principiará logo em seguida á assignatura do mesmo testamento, e será continuado, sem interrupção, na mesma pagina e nas seguintes. Nesse auto declarará o tabellião.

1.º Se o testamento é escripto e assignado pelo testador;

2.º O numero de paginas que contém;

3.º Se está rubricado por quem o assignou;

4.º Se tem ou não algum borrão, entrelinha, emenda, ou nota marginal;

5.º Que o testador foi reconhecido, e que foi verificada a sua identidade;

6.º Que o testador estava em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção;

7.º Finalmente, que pelo mesmo testador lhe foi apresentado o seu testamento, pelo modo que fica ordenado na lei.

§ 1.º O auto será lido, datado e assignado na conformidade do que fica disposto na sub-secção precedente.

§ 2.º Em seguida, e ainda na presença das mesmas testemunhas, o tabellião coserá e lacrará o testamento, lavrando na face exterior da folha, que servir de involucro, uma nota que declare a pessoa a quem pertence o testamento ali conteúdo. O testador pôde prescindir d'estas formalidades exter-

nas; mas, em tal caso, far-se-ha menção no auto de approvação, de que ellas se omitiram por vontade do testador.

A pratica seguida, e abonada pelas disposições do assento de 10 de junho de 1817, era entregar aberto ao tabellião o testamento, sendo cosido e lacrado só depois de concluído o instrumento de approvação, que devia começar em seguida ao testamento.

Por direito romano o testador entregava cerrado e cosido ao official publico o testamento. O mesmo determinava a ordenação, livro IV, título LXXX, § 1.º, que não se cumpria, pelo menos nos últimos tempos; porque a ordenação mandava no § 2.º *começar o instrumento de approvação em alguma das folhas, em que estivesse escripto o testamento*, postoque não fosse impossível cumprir o que preceito ainda sendo o testamento entregue cerrado e cosido, vistoque a ordenação citada mandava lavrar o instrumento de approvação, não em seguida á assignatura do testamento, mas em parte de alguma das folhas, em que alguma parte do testamento seja escripta.

No entretanto a pratica seguida era entregar aberto o testamento ao tabellião, e começar este o instrumento de approvação logo em seguida á assignatura do testador.

É provavel, que a ordenação mandasse entregar ao tabellião o testamento, depois de cerrado e cosido, para evitar que este, começando o auto de approvação na pagina, em que havia disposição testamentaria, descobrisse essa disposição, o que é facilimo, sendo o testamento pequeno, e sobretudo hoje que o tabellião tem direito, e obrigação de correr com os olhos todo o testamento para no auto de approvação portar por fé, que elle não tem borrão, entrelinha, emenda, ou nota marginal.

No artigo 2059.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1922.º do código, também se estabelecia que, apresentado o testamento ao tabellião, este o devia coser e sellar, lavrando o auto de approvação sobre a face exterior do involucro, seguindo a legislação franceza, art. 976.º do código civil Napoleão, adoptada também no artigo 783.º do código civil italiano.

O citado artigo 2059.º era redigido nos seguintes termos: «Em seguida, e sempre na presença das sobreditas testemunhas, e do testador, coserá e sellará o tabellião o testamento, e lavrará sobre a face exterior da folha, que servir de involucro, termo, em que se declare, como o testamento fôra apresentado na fórma sobredita; se é escripto ou não pelo testador; se vae assignado, numerado e rubricado, se tem ou não alguma entrelinha, emenda ou nota marginal; se o testador foi reconhecido, e verificada a sua identidade; se estava ou não em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção.

§ 1.º Se a folha ou folhas, em que o testamento se achar escripto, não tiver espaço, e for preciso involve-lo em outra folha, e não for escripto por mão do testador, será de novo rubricado pelo tabellião.

§ 2.º O termo será lido, datado e assignado, segundo o disposto na secção precedente.»

Contra esta innovação reclamou logo o sr. dr. Paes, dizendo que a nova fórma de approvação de testamentos cerrados, lavrando-se o termo de approvação sobre a face exterior da folha, que serve de involucro ao testamento, que primeiro é cosido e lacrado, não offerecia as garantias que davam a ordenação, livro IV, título LXXX, §§ 1.º e 2.º, e o assento de 10 de junho de 1817, que mandavam lavrar o auto de approvação em seguida ao testamento, ficando depois o auto igual-

mente fechado e cosido com o mesmo testamento, e por consequencia ao abrigo de qualquer alteração.

A commissão revisora porém com razão adoptou outro systema, muito menos sujeito a fraudes, mandando começar o instrumento de aprovação, logo em seguida á assignatura do testamento.

E se a assignatura do testador estiver collocada na extremidade da ultima folha do testamento? A citada ordenação, livro IV, titulo LXXX, § 2.º, prevendo esta hypothese, ordenava que o tabellião pozesse o seu signal publico em qualquer parte do testamento, começando o auto n'outra folha pegada, em que o testamento fosse envolto ou cosido, de modo que não podesse separar-se o testamento do auto de aprovação, e que declarasse no instrumento de aprovação que no testamento ficava o seu signal publico.

O codigo não exige que o tabellião lhe ponha n'este caso o seu signal publico, nem era preciso, porque o testamento se acha rubricado por quem o assignou. Mas não ha outro remedio senão adoptar o que a ordenação já dispunha para o caso de não poder começar o auto de aprovação na mesma folha, em que está a assignatura; nem se contrariaria com isso a disposição do codigo, que manda começar o auto em seguida á assignatura, mas não na mesma folha.

Por isso quando a assignatura do testamento estiver collocada na extremidade da ultima folha, juntar-se-ha outra para lavrar o auto de aprovação, por analogia do disposto no § unico do artigo 1934.º, para o caso de o termo de abertura do testamento não poder lavrar-se na folha exterior ou de esta não ter espaço para isso.

Até o sr. Seabra, respondendo ás observações do sr. dr. Paes da Silva, dizia: «Da disposição do § 1.º se vê, que o artigo presuppõe duas hypotheses, ou que o testamento tem espaço em branco, onde se escreva o auto de aprovação, ou que não tem espaço algum em branco. No primeiro caso nada impede que o auto seja escripto logo em seguida ou na parte exterior; se o testamento não tem espaço algum em branco, forçoso é envolvê-lo em outra folha, e então se tomará a cautela de fazer rubricar de novo o testamento pelo tabellião, se não for escripto por mão do testador, porque em tal caso seria desnecessario. Que o auto fique ou não fechado, e seja escripto mais em cima ou mais em baixo, parece indifferente. O que não vemos que seja possível, é que se lance forçosamente o auto em seguida ao testamento, quando a folha em que se acha escripto não tenha espaço algum em branco; e foi isto o que pretendemos prevenir, e que não foi previsto na legislação actual».

Por isso o sr. Seabra propunha uma nova redacção do artigo, que se encontra a pag. 102 da sua resposta ás observações do sr. dr. Paes, em que o § 1.º era formulado nos seguintes termos: «Se o papel em que for escripto o testamento tiver algum espaço em branco, será o termo escripto ou começado n'esse espaço; se não o tiver será exarado em outra folha, e se o testamento não for escripto pelo testador será rubricado pelo tabellião».

O tabellião tem que correr os olhos pelo testamento, sem o ler, para poder fazer as declarações determinadas em os n.ºs 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, mas ha de ler forçosamente a assignatura do testamento, sem o que não pôde certificar o determinado em o n.º 1.º, e tanto mais que o codigo não impõe ao testador a obrigação de declarar quem é o signatario do testamento, nem mesmo o tabellião pôde declarar quem elle é, se não for o testador. O tabellião declara apenas se o testamento é escripto e assignado pelo testador, ou se não é, sem dizer quem é n'este caso o signatario, porque o codigo lhe não impõe semelhante obrigação.

Ha quem sustente que o codigo, determinando que o tabellião declare se o testamento é escripto e assignado pelo testador, indirectamente obriga a declarar quem foi a pessoa que o escreveu o testamento.

Não seguimos porém tal opinião, porque, comquanto semelhante declaração por não ser exigida não importasse nullidade, no testamento por sua natureza secreto só podem fazer-se as declarações expressamente mencionadas no codigo; e o legislador teria razões para exigir que não fosse publico para as testemunhas o nome da pessoa do escriptor e do signatario do testamento, quando este fosse terceiro. Portanto o tabellião deverá declarar unicamente, se foi o testador quem o escreveu e assignou, ou quem o assignou, não devendo declarar n'este caso quem o escreveu, nem quem o escreveu ou assignou, no caso de ser escripto e assignado por outrem.

Alem das declarações expressamente designadas no artigo não deverá o tabellião esquecer-se de mencionar o nome por inteiro, o estado, a profissão, e até a idade do testador, para ficar seguramente verificada a sua identidade.

5.º a 7.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1912.º) O codigo nas palavras *apresentará e apresentado*, significa que o testamento deve ser voluntariamente entregue pelo testador ao tabellião, sendo pouco regular ou que o tabellião ou outrem lh'o tire da mão, ou que o tabellião o vá buscar ao lugar por elle indicado.

§ 1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1912.º)

§ 2.º, etc. O testador pôde apenas prescindir das formalidades marcadas na primeira parte d'este mesmo §, e não das outras marcadas no artigo e seus numeros e § 1.º Se porém no auto de aprovação se não fizer menção expressa de que o testador prescindiu d'ellas, suppõe-se que não prescindiu. Mas tambem ainda mesmo que o testador não tenha prescindiido d'estas formalidades, e o tabellião deixe de as cumprir, não se annullará por isso o testamento, artigo 1939.º

De modo que, por uma singular excepção, as formalidades prescriptas n'este §, presumem-se cumpridas pelo facto de não haver referencia a ellas no auto, quando, para se julgarem cumpridas todas as outras formalidades, é indispensavel portar por fé no auto, que foram cumpridas.

Ha quem sustente que, quando forem cumpridas estas formalidades, deve fazer-se d'isso mesmo menção no auto, o que é porém absolutamente impossivel, visto que ellas são posteriores ao auto. Pôde declarar-se no auto que ellas *serão* cumpridas; mas é inutil semelhante declaração, porque não prova que foram cumpridas, o que é indispensavel para satisfazer ás prescrições da lei.

Pelo auto de abertura, artigo 1933.º, pôde verificar-se se o testamento está cosido e lacrado, mas não se estas formalidades foram preenchidas *em presença* das testemunhas, comquanto possa provar-se pelo depoimento d'estas, se existirem ao tempo da abertura, que o testamento foi realmente cosido e lacrado na sua presença.

O unico meio de satisfazer completamente á prescrição da lei é fazer o tabellião assignar pelas testemunhas a nota, que é obrigado a pôr, declarando a pessoa a quem pertence o testamento. Por esta forma se prova que as formalidades foram preenchidas *na presença* das testemunhas, cuja assignatura no fim da nota o codigo não prohibe, comquanto a não exija.

Não determina o codigo que esta nota seja *datada*. Portanto a contradicção entre a data da nota e a do instrumento de aprovação nem era nullidade pelo direito antigo, que não exigia, como solemnidade essencial dos testamentos cerrados, a conformidade da data do sobres-

cripto com a do auto de aprovação, nem o é pelo código, em que o testador pôde até prescindir das formalidades prescriptas na primeira parte do § 2.º do artigo 1922.º

O testador pôde prescindir de que o testamento seja cerrado e co-sido para depois lhe fazer mais facilmente qualquer emenda nos termos do artigo 1942.º

Tem-se dito que, não sabendo o testador assignar, é boa cautela declarar no auto de aprovação que o testador sabia ler, para não se tirar depois argumento da ignorancia da escripta para a ignorancia da leitura, visto que é vedado ao que não sabe ler, fazer testamento cerrado. Também nos parece conveniente mencionar esta circumstancia por cautela e prudencia, comquanto seja dispensada em face da lei.

Já na imprensa periodica se discutiu se é nullo o testamento cerrado, cujo instrumento de aprovação, hem como o involucro, por descuido do tabellião, tem data anterior á do mesmo testamento.

A data authentica é a do instrumento de aprovação, e não a do testamento; e contra aquella data é inadmissivel o depoimento de testemunhas. Pôde porém arguir-se de falsidade o instrumento de aprovação; e, provado que a data está falsificada, fica nullo a disposição de ultima vontade, vistos os artigos 2493.º e 2495.º

Art. 1923.º Os que não sabem, ou não podem ler, são inhabéis para dispor em testamento cerrado.

(Vid. nota ao artigo 1764.º)

Art. 1924.º O surdo-mudo pôde fazer testamento cerrado, contantoque este seja todo escripto, assignado, e datado de sua mão, e que, ao apresenta-lo ao tabellião perante cinco testemunhas, o testador escreva na presença de todos, sobre a face externa do testamento, que aquella é a sua ultima vontade, e que vae por elle escripta e assignada.

§ unico. O tabellião declarará, no auto de aprovação, como o testador assim o escreveu, e se observará o mais que fica disposto no artigo 1922.º

(Vid. nota ao artigo 337.º) Este artigo é a reproducção fiel do artigo 2062.º do projecto primitivo; e carece de algumas explicações para entender-se, visto não ter soffrido as alterações, que soffreu o artigo correspondente ao artigo 1922.º do código, ficando por isso em desharmonia com este.

Assim ao passo que o artigo 1922.º determina, que o auto de aprovação do testamento cerrado principiará logo em seguida á assignatura do mesmo testamento, dispõe o artigo 1924.º que o testador ao apresentar o testamento ao tabellião perante as testemunhas escreva na presença de todos sobre a face externa do testamento, que aquella é a sua vontade, e que vae por elle escripta e assignada.

Em vista d'estas disposições, em que parte do testamento cerrado do surdo-mudo deve principiar o auto de aprovação? Em presença d'este artigo, como o testador ha de fazer a declaração sobre a face externa do testamento, e como o auto de aprovação deve ser feito em seguida á declaração do testador, parece que embora o testamento finalise no principio da penultima pagina, o auto de aprovação não começa logo ali, mas sim em seguida á declaração do testador, feita nas costas d'aquella pagina, que é a face externa do testamento.

Mas pelo artigo 1922.º o auto de aprovação do testamento cerrado deve começar logo em seguida á assignatura da pessoa que fez o testamento; preceito que foi consignado no código para obstar á violação dos testamentos, inserindo-se n'elles disposições contra a vontade do testador, como vimos já n'outro logar.

Deverá entender-se que o auto de aprovação vae em seguida á assignatura do testador, e que é depois do auto de aprovação, e sobre a face externa do testamento, que o testador faz a declaração de que é aquella a sua ultima vontade?

É tambem insustentavel esta interpretação. Tendo a declaração escripta do surdo-mudo evidentemente por fim substituir a declaração verbal do testador, que não é surdo-mudo, de que aquella é a sua ultima vontade, e devendo esta declaração preceder o auto de aprovação do testamento cerrado, como é expresso nos artigos 1924.º e 1922.º, e sendo em virtude d'ella que o tabellião lavra o auto, não podia admitir-se que o legislador mandasse, quanto ao testamento cerrado do surdo-mudo, escrever posteriormente ao auto de aprovação uma declaração que devia precedê-lo.

Demais o testador, nos termos do artigo, deve fazer aquella declaração no acto em que apresenta o testamento ao tabellião perante ás cinco testemunhas para lh'o approvar. Finalmente o § unico do artigo manda observar no auto de aprovação do testamento cerrado do surdo-mudo as disposições consignadas no artigo 1922.º

A historia d'estas disposições explica perfeitamente a incoherencia dos artigos. O projecto primitivo, adoptando o disposto nos artigos 976.º e 979.º do código civil francez, e 569.º e 570.º do projecto do código civil hespanhol, propunha no artigo 2059.º, correspondente ao artigo 1922.º do código, que o tabellião cosesse e sellasse o testamento cerrado, e lavrasse sobre a face exterior da folha, que servisse de involucro, termo em que declarasse como o testamento lhe fôra apresentado, o que equivalia ao auto de aprovação; e coherente com este systema ordenava no artigo 2062.º, correspondente ao artigo 1924.º do código, que o surdo-mudo devia escrever sobre a face externa do seu testamento cerrado, no acto em que o apresentasse ao tabellião, para este lhe lavrar o termo de encerramento, que aquella era a sua ultima vontade, e que ja escripta e assignada por elle testador.

Tendo-se porém emendado o artigo 2059.º no sentido de que o auto de aprovação devia ser lavrado logo em seguida á assignatura do testamento, começando n'outra folha unicamente, quando n'aquella, em que finalisasse o testamento, não restasse espaço em branco para principiar, não houve a lembrança de harmonisar a doutrina do artigo 2062.º com aquella deliberação.

No entretanto entendemos que a doutrina do artigo 1924.º deve harmonisar-se com o preceituado no artigo 1922.º; e que assim as palavras sobre a face externa do testamento significam a ultima pagina externa do testamento, quando n'ella haja algum espaço em branco em seguida á assignatura, ou a primeira pagina da folha, que houver de acrescentar-se ao testamento, quando n'este não haja espaço para o testador, surdo-mudo, fazer por escripto a declaração de que aquella é a sua ultima vontade, seguindo-se sempre a esta declaração o auto de aprovação.

É especialidade do testamento cerrado do surdo-mudo o principiar o auto de aprovação na face externa do testamento.

Nem esta interpretação contraria o pensamento, que dictou o artigo 1922.º, que teve por fim obviar ás alterações e addições dos testamentos; comquanto as cautelas, prescriptas n'aquelle artigo, sejam

necessarias em todos os testamentos cerrados, seja ou não surdo-mudo o testador.

**Art. 1925.º** O testamento cerrado, a que faltar alguma das sobre-ditas formalidades, ficará sem effeito, e será o tabellião responsavel, nos termos do artigo 1919.º

(Vid. nota ao artigo 1919.º)

**Art. 1926.º** Approvado e encerrado o testamento, será entregue ao testador, e lançará o tabellião nota no seu livro do logar, dia, mez e anno em que o testamento foi approved e entregue.

O tabellião entrega ao testador, cerrado e lacrado, ou aberto se elle prescindir d'estas formalidades, o testamento, que é seu. Mas deve tomar nota do dia, mez e anno, em que o testamento foi approved e entregue, no livro que têm todos os tabelliães, nos termos da tabella dos emolumentos e salarios judiciaes de 30 de junho de 1864, artigo 86.º n.º 2.º, para registarem os instrumentos de actos e contratos, lavrados fóra das notas, com o fim de se evitarem as fraudes, que poderiam praticar-se, forjando-se documentos com falsa data.

Porém no caso de serem approveds pelos escrivães do juiz de paz, que não têm aquelle livro, como ha de preencher-se esta formalidade? Os escrivães de juiz de paz deverão munir-se de um livro igual ao que têm os tabelliães de notas para registo dos actos e contratos lavrados fóra das notas. Porém, se o não tiverem, a falta d'este registo não induz nullidade, vista a disposição do artigo 1925.º, como a não induz, pela mesma razão, a omissão das formalidades prescriptas no artigo 1926.º

**Art. 1927.º** O testador pôde conservar o testamento na sua mão, commetter a guarda d'elle a pessoa de sua confiança, ou depositá-lo no archivo testamentario de qualquer districto administrativo.

**Art. 1928.º** Para o fim mencionado no artigo precedenté, haverá na secretaria de cada governo civil um cofre forte com duas chaves, uma das quaes estará na mão do governador civil, outra na mão do secretario geral.

**Art. 1929.º** O testador, que quizer depositar o seu testamento no archivo testamentario, apresentar-se-ha com elle perante o governador civil, e este fará lavrar n'um livro de registo, ordenado para tal effeito, um termo de entrega e deposito, que será assignado pelo governador civil, pelo seu secretario geral e pelo testador.

§ unico. A apresentação e o deposito podem ser feitos por procurador; n'este caso a procuração ficará unida ao testamento.

**Art. 1930.º** O testador pôde retirar, quando lhe aprouver, o seu testamento; mas a restituição far-se-ha com as mesmas solemnidades com que é feito o deposito.

O codigo eria a instituição do *archivo testamentario* onde podem ser depositados os testamentos cerrados. Os testamentos publicos, têm assento permanente, no livro de notas do official publico, onde podem ir buscar-se traslados sempre que seja necessario. Mas quanto ao testamento cerrado, logoque se sumisse, não havia meio de substitui-lo. E os casos de perda e extravio podem ser muito frequentes, ou por descuido do testador, ou pela fraude dos interessados.

O legislador pois devia estabelecer todas as providencias atinentes a assegurar a execução de uma fórma de testar, em que o segredo das disposições pôe o testador ao abrigo das ingratidões e do abandono dos que esperavam ser por elle contemplados, e o não foram.

Um regulamento do governo deverá completar as disposições do codigo, quanto á entrega, guarda e restituição do testamento. Esse regulamento deverá determinar o modo de remover o inconveniente de se ignorar, quando fallece o testador, se elle tem testamento depositado no archivo do governo civil, de modo que não se sabendo se é vivo ou morto decorrido certo periodo se annuncie na folha official do governo a existencia do testamento, vistoque da nota do involucro, artigo 1922.º § 2.º, deve constar a quem pertence. Mas não deverá fazer-se similhante annuncio, a não ter o testador passado a idade de noventa e cinco annos, comquanto deva fazer-se em qualquer tempo a requerimento de algum interessado não havendo noticia d'elle.

O deposito pôde ser feito no archivo de qualquer governo civil. Para os testamentos militar e marítimo, como o deposito no archivo administrativo é obrigatorio, o legislador tendo de escolher um districto para o deposito, preferiu, artigos 1945.º § 3.º e 1957.º, aquelle onde o testamento naturalmente havia de produzir os seus effeitos nos termos do artigo 2009.º Mas no que respeita ao testamento cerrado ordinario deixou ao testador ampla liberdade de escolher para deposito o districto, que lhe aprouvesse, sem tornar obrigatorio o districto do domicilio do testador, poisque a este é livre mudar de domicilio sempre que quizer, artigo 44.º, e mesmo porque podia não ter domicilio fixo, artigo 43.º

O testador pôde ficar tambem depositario do testamento, ou entregá-lo particularmente a pessoa da sua confiança, salvo com relação aos testamentos militar e marítimo, que, como acabámos de dizer, são remettidos officialmente para o archivo do districto administrativo, onde porventura tenha de abrir-se a successão, citados artigos 1945.º e 1957.º

Porém esta disposição do codigo, como depende da organização do archivo e do estabelecimento dos livros do registo, não se executa, enquanto não se publicarem os respectivos regulamentos.

O termo de entrega e deposito, e o de restituição, quando não poder ser assignado pelo testador, deve ser assignado por mais duas testemunhas, para se supprir assim a assignatura d'elle.

Com todas estas disposições, relativas á entrega e á restituição do testamento evita-se tanto, quanto é possivel, a fraude em tão melindroso assumpto.

**Art. 1931.º** A procuração para a extracção do testamento será feita por tabellião, e assignada por quatro testemunhas, ficando registada no competente livro.

(Vid. nota ao artigo 1322.º)



Art. 1932.º O testamento cerrado será aberto, ou publicado pela forma seguinte.

Art. 1933.º Verificada a morte do testador, ou no caso do artigo 66.º, se o testamento cerrado existir em poder de algum particular, ou apparecer no espolio do finado, será levado ao administrador do concelho, o qual, na presença do apresentante e de duas testemunhas, fará lavrar o auto de abertura, ou publicação, onde se declarará o estado em que o testamento é apresentado, e se está, ou não, nos termos indicados no encerramento.

§ unico. Quando, por qualquer circumstancia, não for possível recorrer promptamente ao administrador do concelho, poderá o testamento ser levado ao regedor da parochia, o qual, para o effeito d'este artigo, fará as vezes do administrador do concelho.

Art. 1934.º O auto, mencionado no artigo precedente, será lançado em um livro numerado, rubricado e encerrado pelo governador civil.

§ unico. Quando a abertura for feita pelo regedor da parochia, lavrar-se-ha este auto na folha exterior do testamento, ou, não havendo espaço n'esta, em folha conjuncta; e será remetido o dito testamento com o auto, dentro das vinte e quatro horas seguintes, ao administrador do concelho, para ser lançado no livro competente, e para os demais effeitos de que trata o artigo 1935.º

Art. 1935.º Lançado no livro o auto de abertura, ou publicação, fará o administrador registar o testamento no livro competente, e devolve-lo-ha aos interessados com a nota rubricada pelo mesmo administrador, de como foi aberto e registado, e se appareceu ou não cousa que duvida fizesse.

§ unico. Se não houver interessados, que reclamem o testamento, será este archivado na administração do concelho com a devida segurança, e sob responsabilidade do administrador.

Art. 1936.º Se o testamento tiver sido depositado no archivo do governo civil, abi, verificada a morte do testador, será aberto na presença do governador civil, de quem requerer a abertura, e de mais duas testemunhas, e se observará o mais que a tal respeito fica disposto.

(Vid. nota ao artigo 1939.º) O testamento pôde ser aberto, ou no caso de morte do testador, ou no caso de ausencia, ou ainda fóra d'estes casos para excluir da partilha algum praso de vidas nomeado em disposição de última vontade antes da pronunção do código. D'esta ultima hypothese já fallámos em a nota ao artigo 1109.º

Em vez das palavras, publicado ou aberto, de que se serve o ar-

tigo 1932.º usava o projecto primitivo no artigo correspondente (artigo 2070.º) das palavras, aberto e publicado, que a commissão revisora emendou logo nos trabalhos da primeira revisão, e com razão, porque o testamento cerrado pôde estar já aberto, e carecer apenas de ser publicado.

São differentes as regras para a abertura do testamento, segundo este se acha em poder do testador, ou de terceiro particular, ou no archivo do governo civil.

O código, como já tivemos occasião de observar, não regula as formalidades da abertura em vida do testador para excluir da partilha algum praso de vidas, e o artigo 1936.º apenas se refere á abertura em caso de morte, sem mencionar o caso de ausencia.

A sua disposição porém deve ampliar-se a este caso, não só por analogia com o disposto no artigo 1933.º, mas ainda pela disposição generica e absoluta do artigo 66.º

A competencia das autoridades para procederem á abertura do testamento não é solemnidade essencial, cuja falta importe nulidade da disposição testamentaria; porque, se o testamento vale, apparecendo aberto, artigo 1939.º, e até achando-se viciado ou dilacerado por pessoa, que não fosse o testador, nos termos dos artigos 1940.º e 1943.º, por maioria de razão deve valer sendo aberto por qualquer pessoa ou autoridade, que não as designadas no presente código, e até porque o testamento pôde ficar aberto nos termos do § 2.º do artigo 1922.º

O projecto primitivo commettia só ao administrador de concelho a abertura e a publicação dos testamentos cerrados. A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão estabeleceu a providencia, que se lê no § unico da artigo 1933.º, e com razão. Pôde ser necessario abrir o testamento antes do enterro para n'esta conjunctura solemnemente se cumprirem as ultimas disposições do testador, e não haver tempo, sobretudo nos concelhos ruraes, morando o testador longe da capital do concelho, para recorrer á administração do concelho a fim de se verificar abi a abertura ou publicação.

Mas qual é o administrador de concelho, ou o regedor de parochia competente para proceder á abertura?

Dizem uns que é a autoridade do logar, onde se abrir a herança nos termos do artigo 2009.º; dizem outros que é a auctoridade do logar onde se achar o testamento; e outros que é a auctoridade do logar onde fallecer o testador.

Pelo decreto de 9 de julho de 1834 pertencia já o registo dos testamentos aos provedores de concelho (hoje administradores de concelho).

O decreto de 4 de janeiro de 1836 commetteu a abertura dos testamentos ao administrador de concelho.

O código administrativo de 1836, no artigo 155.º § 2.º, commettia aos regedores de parochia a abertura do testamento dos *fallecidos* na parochia; e no artigo 136.º commettia aos administradores de concelho o registo do testamento dos cidadãos, que *fallecessem nos seus concelhos*, e a abertura dos testamentos ao regedor da parochia, em que *acontecesse o fallecimento do testador*.

O código administrativo de 1842, que é o vigente, incumbiu no artigo 342.º n.º 3.º ao regedor de parochia abrir os testamentos, e no artigo 254.º n.º 3.º commetteu aos administradores de concelho o registo dos testamentos; mas não declarou qual era o regedor competente para a abertura, nem qual o administrador competente para o registo, e por isso na pratica continuou a observar-se a disposição do código de 1836.

Nós cremos que esta doutrina da legislação administrativa se acha modificada pelo código, e que o testamento deve ser aberto pela auctoridade do logar, onde elle apparecer; porque o pensamento do legislador foi que o testamento se abrisse logo em seguida á morte do testador, para evitar qualquer subtração ou viciação, e tanto que não se podendo recorrer de prompto ao administrador de concelho, commette-se a sua abertura ao regedor de parochia.

Varias disposições do código corroboram esta opinião. O detentor do testamento, no caso de fallecimento do testador, deve apresentá-lo dentro de tres dias, o que não poderia fazer, se morasse n'uma localidade muito distante d'aquella onde elle falleceu, mas que lhe é possível apresentando-se á auctoridade do logar, onde mora.

Se apparece no espolio do testador em logar diverso d'aquelle, onde elle falleceu, é o administrador do respectivo concelho quem o ha de abrir, e a isso nos levam as palavras do artigo 1933.º, ou *apparecer no espolio do finado, será levado ao administrador do concelho.*

O mesmo se deduz do artigo 1939.º que, regulando a hypothese de se achar aberto o testamento em poder de terceiro, manda que seja apresentado como estiver *na administração do respectivo concelho.*

Finalmente dispõe o artigo 1927.º que o testador possa depositar o testamento no archivo de qualquer districto administrativo, e manda no artigo 1936.º abri-lo em presença do governador civil. Logo a auctoridade competente para abrir o testamento é a do logar onde elle apparecer.

Se o testamento tiver de ser aberto no caso de ausencia, o juiz manda abri-lo, mas não dá essa ordem directamente á auctoridade administrativa. São os interessados que, com certidão do despacho do juiz, devem requerer á competente auctoridade administrativa a abertura. No auto de abertura menciona-se o estado em que é apresentado o testamento, por exemplo, se fechado, se aberto, inteiro ou dilacerado se está nos termos indicados no auto do encerramento, isto é, se são exactas todas as declarações prescriptas no artigo 1922.º, como se têm as folhas de papel ali mencionadas, se têm só as entrelinhas ali indicadas, etc. No caso de haver vicios deve declarar-se quaes elles são.

O decreto de 22 de março de 1837 determinava que os regedores de parochia, ou os juizes de paz, e eleitos, que no seu impedimento abrissem ou lessem os testamentos, declarassem na verba, que n'elles transcrevessem em virtude do § 2.º do artigo 153.º do código administrativo de 31 de dezembro de 1836, se os mesmos tinham, ou não, emendas, rasuras, entrelinhas, ou algum outro defeito; mencionando no primeiro caso quaes os vicios que se encontraram, e as paginas e regras em que elles se continham.

O código civil porém como no artigo 1922.º mandou que o tabelião fizesse estas declarações no auto de aprovação do testamento cerrado, limitou-se a exigir que a auctoridade, que o abrisse ou publicasse, declarasse se elle estava ou não nos termos indicados no encerramento.

O administrador do concelho faz lavrar o auto de abertura por qualquer empregado da administração, não sendo indispensavel que seja escripto pelo respectivo escrivão, como aliás determinava o projecto primitivo, disposição eliminada pela commissão revisora. O regedor fará lavrar o auto pelo seu escrivão, ou, se o não tiver, nomeará para isso pessoa idonea.

O auto será assignado pelo administrador do concelho, ou regedor de parochia, por quem o escreveu, e por duas testemunhas.

Tem sido já objecto de polemica na imprensa juridica, se as testemunhas, que assistem ao auto de abertura, devem ter a qualidade de testemunhas instrumentarias nos termos dos artigos 1966.º e 2492.º, ou se basta que não sejam inhibidas de depor em juizo nos termos dos artigos 2510.º e 2511.º

Dizem alguns que basta terem as testemunhas as qualidades exigidas n'estes dois artigos do código: 1.º, porque o artigo 1966.º se refere unicamente ás testemunhas assistentes á feitura do testamento, e não as duas testemunhas, que assistem ao auto de abertura ou de publicação do testamento cerrado; 2.º, porque a abertura do testamento cerrado não faz parte constitutiva e integrante d'esta forma de testamento, e tem por fim apenas obstar a qualquer viciação por parte d'aquelles a quem o testamento prejudique; 3.º, que o artigo 1966.º é applicavel unicamente ás *testemunhas em testamento*, e as duas testemunhas exigidas no artigo 1933.º têm só por fim certificar que o testamento cerrado foi aberto ou publicado, e qual o estado em que se achava; 4.º, porque o legislador exigiu qualidades mais importantes nas testemunhas, que intervêm na feitura do testamento, em rasão da importancia d'este acto juridico, e do logar em que póde praticar-se, do que no auto de abertura.

Sustentam outros que as testemunhas, que assistem ao auto de abertura do testamento, devem ter as qualidades requeridas nos artigos 1966.º e 2492.º, e fundam-se: 1.º, em que a abertura é *acto essencial*, e tão essencial, como a aprovação no testamento cerrado; 2.º, em que ambas fazem *parte integrante da forma do testamento*, vindo ambas na *mesma sub-secção*, que é subordinada á secção, que se inscreve da *forma dos testamentos*; 3.º, em que as testemunhas de que se trata nos artigos 2510.º e 2511.º são as chamadas a depor para *prova* em juizo, e não as presencias para a authenticidade de qualquer acto juridico; 4.º, em que a disposição do artigo 1966.º é applicavel não só ás testemunhas em testamentos, mas tambem ás testemunhas em actos entre vivos, como é expresso no artigo 2492.º, e que a abertura dos testamentos participa d'esta natureza em relação aos interessados n'elles; 5.º, em que, conquanto nos artigos 1933.º e 1936.º se diga simplesmente *duas testemunhas*, sem o epitheto *idoneas*, que se lê nos artigos 1912.º, 1943.º e 1949.º, é certo que em *todos* os outros artigos, em que se trata de testemunhas instrumentarias, não se acrescenta esse epitheto, e comtudo é fóra de duvida que taes testemunhas devem em todos os casos ser idoneas em conformidade do artigo 1966.º; 6.º, em que a abertura do testamento é a contraprova da sua authenticidade, de modo que até o código civil francez no artigo 1007.º chega a preceituar que as testemunhas da abertura sejam quanto possível as da aprovação.

Nós tambem entendemos que só podem assistir ao auto de abertura pessoas que não sejam inhibidas de serem testemunhas pelo artigo 1966.º, não porque consideremos o auto de abertura uma parte integrante do testamento, como pretendem alguns dos que seguem a nossa opinião, mas porque é um acto entre vivos, e não processo judicial, conquanto sobre elle possa versar discussão em juizo contencioso; e o código exige nas testemunhas dos actos entre vivos as mesmas qualidades que nas testemunhas testamentarias, artigo 2492.º

Não vale o argumento de que as testemunhas são chamadas a presenciarem o auto de abertura para depois certificarem em juizo, sendo preciso, a authenticidade do conteúdo n'esse auto, porque em todos os actos juridicos, em que as testemunhas intervêm, são chamadas para o authenticar, e para o certificar depois em juizo, sendo necessario.

Se o regedor de parochia não remettou o testamento ao administrador de concelho dentro de vinte e quatro horas, nem por isso ha nullidade, comquanto o pensamento do legislador fosse, determinando esta remessa prompta, evitar qualquer falsificação, dilaceração ou subtração do testamento.

Mas se se decretasse a nullidade por este motivo as cautelas estabelecidas para evitar o transtorno ou a perda dos testamentos era o que mais os prejudicava.

Alem de que, sendo o testamento independente do auto da sua abertura ou publicação, não pôde este auto prejudicar um acto independente e consummado, embora se não faça de harmonia com as prescripções legais. A saneção d'esta disposição legal devera ser consignada no respectivo regulamento.

O testamento cerrado, depois de aberto, é registado na administração do concelho no livro do registo dos testamentos.

Emquanto ao prazo marcado para o registo, tambem o codigo modificou profundamente as disposições do direito anterior.

O regulamento de 7 de janeiro de 1892 marcava um prazo que não podia exceder a dois mezes. As instrucções de 12 de outubro de 1860, artigo 21.º, determinavam que, sendo necessario o registo de um testamento para a liquidação da contribuição de registo, o escripto de fazenda devia fazer intimar a pessoa que o tivesse para o fazer registar dentro de tres dias sob pena de multa de 10.000 réis. O codigo manda regista-lo immediatamente, incumbindo essa funcção ao administrador do concelho.

Porém o regulamento de 30 de junho de 1870, no artigo 39.º § unico, reproduz a disposição consignada no citado artigo 24.º das instrucções de 12 de outubro de 1860.

O codigo providencia unicamente a respeito do registo dos testamentos cerrados, e do artigo 1967.º mostra-se evidentemente que ha testamentos *não sujeitos a registo*.

Por direito anterior era muito questionado se os testamentos publicos feitos nas notas do tabellião eram ou não sujeitos a registo. Alguns seguiam a negativa, visto julgarem desnecessario o registo, na administração de concelho, de um documento, que tinha registo permanente no livro de notas do tabellião.

Porém nem a lei se prestava a esta distincção, nem a distincção era geralmente aceita na pratica. Ou o intuito de fiscalisar os direitos de transmissão nos tempos modernos, ou (o que é mais provavel) a idéa antiga de vigiar pelo cumprimento dos legados pios deixados nas disposições de ultima vontade, determinou o legislador a ordenar o registo dos testamentos sem excepção alguma.

É no entretanto certo, em vista do artigo 1967.º do codigo, que a nova lei não sujeita a registo todos os testamentos.

Mas quaes serão pelo codigo os testamentos não sujeitos a registo? Parece que são os testamentos publicos, de que existe registo permanente no livro das notas dos tabelliães. O codigo porém não revogou expressamente as disposições de direito anterior, que obrigavam a registo todos os testamentos, tanto cerrados como publicos; e por isso, emquanto não se publicar o regulamento, que declare quaes são os testamentos não sujeitos a registo, deverão continuar a registrar-se todos por força do disposto na lei anterior.

Hoje não pôde haver duvida de que estão sujeitos a registo tanto os testamentos publicos, como os testamentos cerrados, vista a lei do sello de 2 de abril de 1873, tabella n.º 1.º, secção 2.º, classe 9.º, verba n.º 4.º, que foi explicada pela regulamento de 18 de setembro do mes-

mo anno, artigos 58.º e 59.º, nos seguintes termos: «Artigo 58.º Os testamentos, comprehendendo os *publicos* e cerrados, deverão ser selados antes de registrados; mas se dentro de trinta dias, contados da abertura da herança ou da epocha em que deviam produzir efeitos juridicos, *não forem registrados*, nem houver sido pago o sello devido, independentemente de registo, não poderão ser registrados, nem admittidos perante qualquer auctoridade ou repartição publica sem terem sido revalidados pelo pagamento das respectivas multas.—Artigo 59.º O sello dos testamentos publicos será pago nos traslados, ou certidões, que forem *apresentados ao registo*, e o dos testamentos cerrados nos proprios testamentos. Os traslados ou certidões dos testamentos publicos são tambem sujeitos ao respectivo sello».

Cremos que depois da publicação do codigo ficou sem vigor a portaria de 6 de maio de 1839, que ordenava ao administrador de concelho, que não registasse o testamento, quando lhe faltasse alguma das solemnidades externas, estabelecidas nas leis, como se lhe faltasse a assignatura do tabellião, ou de alguma das testemunhas, etc.

O codigo manda abrir o testamento, lavrando-se no auto de abertura o *estado em que o testamento é apresentado, e se está, ou não, nos termos indicados no encerramento*, de modo que não permite ao administrador de concelho o recusar-se em caso algum á abertura do testamento; e manda logo regista-lo em seguida á abertura, e devolve-lo aos interessados, com a nota: *se appareceu ou não cousa que duvida pizesse*.

Portanto o administrador do concelho não tem a faculdade de negar o registo por duvidas quanto á validade do testamento, mas unicamente de mencionar essas duvidas na nota, com que o devolve. E esta jurisprudencia é melhor do que a da citada portaria de 6 de janeiro de 1839, porque só os tribunaes judiciais são competentes para conhecer da observancia das formalidades exigidas nos testamentos.

Supponhâmos porém que o vicio consiste em faltar-lhe uma folha, que lhe foi arrancada depois de aberto pelo regedor de parochia (hypothese já discutida na imprensa juridica), deverá ainda assim regista-lo o administrador do concelho?

Seguem alguns a negativa com o fundamento de que não ha meio de restabelecer a supposta disposição testamentaria, podendo apenas tornar-se effectiva a penalidade a que se refere o artigo 1940.º, se se provar quem operou o viciamento; que o simples facto da abertura do testamento pelo regedor do parochia não é *prova de authenticidade* do documento; que o registo de testamento a que faltasse alguma folha, que fosse supprida por depoimentos de testemunhas, poderia originar os mesmos inconvenientes, com que o legislador quiz acabar, abolindo os testamentos nuncupativos; e finalmente que nos termos do artigo 1940.º reputa-se *não escripto* o testamento, quando não poder ler-se, e portanto quando se perdeu alguma folha.

Nós porém adoptamos a affirmativa, visto que pelos artigos 1933.º a 1935.º, e § unico do artigo 1939.º, o administrador de concelho deve registar o testamento no estado, em que lhe é apresentado, mencionando no respectivo auto a circumstancia de que lhe faltava uma folha, porque elle não tem competencia para julgar sobre o merecimento d'este documento.

Sempre que o papel tiver forma de testamento, e contiver alguma disposição completa, deve o administrador de concelho regista-lo, mesmo porque o registo nem dá nem tira direitos a ninguem.

Da recusa do administrador do concelho a registar o testamento pôde recorrer-se para o conselho de districto, porque dos actos das

auctoridades administrativas, que importam violação de lei, ou offensa de direitos privados, ha sempre recurso para os tribunaes do contencioso administrativo.

O administrador do concelho, depois de abrir e registar o testamento, devolve-o, não a quem lh'o apresentou, se n'elle não for interessado, mas aos interessados que segundo o disposto nos artigos 69.º, 70.º, 79.º, 80.º, 1891.º, 1893.º, 1899.º, 1900.º, 2010.º, 2052.º, 2056.º, 2093.º, 2126.º, 2127.º, 2132.º e outros, são os que têm direito fundado a alguma parte da herança, como herdeiros ou como legatarios. Se houver testamenteiro encarregado de cumprir as disposições testamentarias poderá tambem entrega-lo a este, vista a disposição do n.º 4.º do artigo 1899.º, facultando o testamenteiro depois copia aos interessados.

Parece que o testamenteiro deve ser comprehendido no numero dos *interessados* para o effeito de ser-lhe entregue o testamento, depois de aberto e registado, vista a disposição do citado artigo 1899.º n.º 4.º, ain daque a palavra *interessados* em parte nenhuma significa o testamenteiro.

Não deve porém ser-lhe entregue senão quando for elle o encarregado de executar as disposições testamentarias.

Se forem muitos os interessados a reclama-lo, parece que deve ser entregue ao mais interessado; e, não se conhecendo pela disposição do testamento qual é o mais interessado, ao que primeiro o reclamar, e no caso de reclamação simultanea a quem a auctoridade entender. Tambem o administrador de concelho pôde rete-lo, como em deposito, e entrega-lo á ordem do juizo competente.

Os credores da herança, apesar de que em certos casos são chamados *interessados*, não têm direito á entrega do testamento.

O administrador do concelho não deve porém fazer a entrega do testamento sem se assegurar da *identidade* do interessado, e sem lavar termo d'essa entrega, por analogia com o disposto no artigo 1930.º

Quando o testamento existir no archivo do districto tambem deve assistir á abertura o secretario geral, ain daque o artigo 1936.º não diga, porque o secretario geral tem uma das chaves, artigo 1928.º, assiste e assigna o termo de deposito, artigo 1929.º, e é em regra quem lava ou subscreve os autos feitos perante o governador civil.

O codigo manda que se observe na abertura perante o governador civil o *que a tal respeito fica disposto*, isto é, que se declare o estado em que o testamento é apresentado, e se está ou não nos terminos indicados no encerramento. Porém como o auto da abertura, segundo a ella procede o administrador de concelho, ou o regedor de parochia, é lançado em livro especial, ou na folha exterior do testamento, artigo 1934.º, qual disposição ha de observar a este respeito o governador civil, a que regula a abertura perante o administrador do concelho, ou a que a regula perante o regedor de parochia?

Pelo projecto primitivo, em que não se prevenia a hypothese de pertencer ao regedor de parochia a abertura do testamento, claro é que as palavras finais do artigo 2075.º, correspondente ao artigo 1936.º, significavam que a abertura devia ser feita em livro especial, como se providenciava com relação ao administrador do concelho.

Se porém não se estabelecer por meio do regulamento um livro no governo civil, em que se lancem os termos de abertura, e só o houver na administração do concelho, artigo 1934.º, o governador civil fará lavar o auto de abertura na folha exterior do testamento, como o regedor de parochia.

Tambem o codigo não marca o praso, dentro do qual o governador civil deve remetter ao administrador de concelho o testamento, depois

de aberto, para ser registado; mas por analogia com o disposto relativamente ao regedor de parochia no § unico do artigo 1934.º esse praso deverá ser de vinte e quatro horas.

No projecto primitivo dizia-se que o testamento seria aberto na presença dos *interessados*, mas o codigo com razão substituiu a palavra *interessados* pela phrase *de quem requerer a abertura*, porque antes de se abrir o testamento cerrado não se sabe quem são os interessados.

O governador civil pois deverá abrir o testamento a requerimento de quem quer que seja, comtantoque apresente a certidão de obito do testador, porque o testamento não é depois entregue ao requerente, mas enviado ao administrador de concelho para o registar, e devolver aos interessados com a nota, se appareceu ou não cousa que duvida fizesse. Esta nota, que só ao administrador do concelho é commettida, é uma prova de que o auto de abertura feito perante o governador civil, se não for lançado na folha exterior do testamento, deve ser copiado, e com o testamento remetido ao administrador para este o ver, e em presença d'elle formular a nota, que ha de ser entregue aos interessados, e que é essencial para se lhe não fazerem quaesquer emendas no registo na administração do concelho, e para os interessados sabermos a importancia d'aquelle documento.

O codigo não regula a abertura do testamento no governo civil no caso de ausencia. Mas n'este caso, e por virtude do disposto no artigo 66.º, a certidão de obito será substituida pelo despacho do juiz, que mandar proceder á abertura do testamento; e o requerimento para elle ser aberto deverá ser feito por algum dos que promovem o processo da curadoria, ou n'elle têm interesse.

O certo é que a lei só faculta ao governador civil a abertura do testamento, depositado no archivo do districto, quando assim lhe for requerido, e por isso o regulamento, que se estabelecer, deve determinar as providencias necessarias para não ficar no archivo do governo civil algum testamento, cuja existencia se ignore; não havendo por isso quem requiera a abertura d'elle.

O governador civil, remettendo o testamento ao administrador de concelho, deverá lançar o termo da remessa no livro de deposito, a que se refere o artigo 1929.º, e por analogia do disposto no artigo 1930.º com relação a restituição ao proprio testador. A remessa ao administrador de concelho, ou seja feita pelo regedor de parochia ou pelo governador civil, ha de ser feita officialmente, e não por via dos interessados, aos quaes em caso nenhum pôde ser entregue o testamento, senão depois de registado.

E qual é o administrador de concelho, a quem o governador civil deve remetter o testamento? Segundo a abertura for ordenada por motivo de ausencia, ou de morte do testador, assim deverá ser remetido ao administrador do logar, onde correr o processo da curadoria, ou onde se abrir a successão.

Será conveniente que no novo regulamento se consigne a idéa de que o original do testamento fique sempre archivado na administração do concelho, dando-se apenas certidão á parte, porque se for articulada falsidade com o fundamento de viciação na data, contexto ou assignatura do documento, nos termos do n.º 4.º do artigo 2496.º, não ha meio de verificar o allegado, se o interessado declarar perdido o original.

O registo dos testamentos ha de continuar a ser feito em todos os concelhos, sejam ou não cabeça de comarca, porque o artigo 10.º do decreto de 5 de novembro de 1854 não alterou a competencia estabe-

lecida no artigo 254.º n.º 3.º do código administrativo. Como porém as contas dos legados pios não são tomadas nos concelhos, que não são cabeças de comarca, todas as verbas de legados pios de testamentos registados n'estes concelhos devem ser remetidas por copia á administração do concelho, cabeça de comarca, para servirem ahi de base á tomada das contas.

Art. 1937.º Toda a pessoa, que tiver em seu poder testamento cerrado, e, no caso do artigo 66.º, não o apresentar, ou, no caso do fallecimento do testador, não o apresentar dentro de tres dias, contados desde o conhecimento do mesmo fallecimento, será responsavel por perdas e danos. Se a não apresentação provier de dolo, perderá, alem d'isso, qualquer direito á herança do testador, que porventura tivesse, afóra ficar sujeito á punição, em que nos termos da lei penal tiver incorrido.

Art. 1938.º As mesmas perdas e danos, perda de herança, e imposição de penas, ficará sujeito quem subtrahir dolosamente o testamento do espolio do testador, ou do poder de qualquer pessoa, na mão da qual esteja depositado.

(Vid. nota ao artigo 1488.º) N'estes artigos estabelece o código a penalidade, a que fica sujeita a pessoa que não apresentar o testamento cerrado, que tenha em seu poder, ou que o subtrahir dolosamente do espolio do testador, ou do poder de qualquer pessoa, em cuja mão esteja depositado.

Designa o código dois casos em que é obrigatoria a apresentação do testamento cerrado, que vem a ser quando fallece o testador, ou se acha instaurado processo de curadoria definitiva por ausencia d'este, que o juiz mande abrir o testamento.

No primeiro caso a apresentação do testamento deve ser feita dentro de tres dias a contar da noticia do fallecimento, devendo a apresentação ser feita officiosamente pelo depositario; e desde que cumpria ao depositario apresentar officiosamente o testamento era indispensavel marcar o prazo para a apresentação.

No caso de ausencia do testador não estabelece o código prazo para a apresentação do testamento; porque, como o depositario ha de ser intimado para o apresentar, na intimação judicial se lhe marcará o tempo para a apresentação.

Outro caso de apresentação do testamento cerrado, que não vem especificado no código, mas que é reconhecido na jurisprudencia, como observámos em a nota ao artigo 1409.º, é para excluir da partilha os prazos de vidas nomeados antes da promulgação do código. N'esta hypothese, se o depositario é o proprio testador, fica ao seu inteiro arbitrio o apresenta-lo, se quizer, e como, e quando quizer. Se está em poder de terceiro deve proceder-se a respeito da apresentação, como no caso de instalação da curadoria definitiva.

Os tres dias para a apresentação do testamento em caso de morte do testador contam-se desde que o depositario tenha conhecimento, por qualquer forma adquirido, do facto da morte; e a data d'esse conhecimento deve ser legalmente verificada e provada, para se poder impor ao depositario a penalidade estabelecida no artigo 1937.º

As penas que o código impõe ao depositario do testamento pela não apresentação, ou pela demora n'essa apresentação, variam, segundo elle procedeu ou não com dolo, e n'aquelle caso segundo era ou não herdeiro abintestado.

Se o depositario procedeu sem dolo, fosse ou não herdeiro abintestado, é em todo o caso responsavel por perdas e danos, salvo provando impedimento legitimo, que o embaraçasse de apresentar o testamento no prazo legal.

Se o depositario procedeu com dolo, alem da responsabilidade por perdas e danos, fica sujeito á pena de furto nos termos do artigo 424.º do código penal, salva a applicação da pena de roubo se este se verificar, e, sendo herdeiro abintestado, fica alem d'isso privado da sua quota hereditaria.

O projecto primitivo na responsabilidade do testamenteiro pela não apresentação do testamento não distinguia entre a não apresentação com dolo ou sem elle. Mais juridicamente porém procedeu a comissão revisora, fazendo a referida distincção. O artigo 1937.º nas palavras, *se a não apresentação*, refere-se á não apresentação absoluta, isto é, ao caso de em tempo nenhum ser apresentado o testamento, e não ao caso de ser apresentado fóra do prazo legal.

Não determina o código quaes sejam os meios a seguir para obrigar o depositario a apresentar o testamento, e para responsabilisalo pela não apresentação em tempo legal, que é isso objecto do código de processo.

Na nossa jurisprudencia acha-se reconhecida a acção *ad exhibendum*, ou *de cadendo*, e o interdicto *de tabulis exhibendis*, para pedir a exhibição de um instrumento aquelle, que o tem em seu poder.

Porém em qualquer dos dois casos mencionados no artigo 1937.º o interessado na apresentação do testamento tem os meios criminaes, contra o que o não apresenta. Para a apresentação em caso de ausencia basta a intimação ao depositario para o apresentar dentro do prazo judicialmente assignado, sob pena de prisão, visto que decorrido esse prazo fica elle collocado na posição de infiel depositario.

Ao facto da subtracção é que o código não impõe responsabilidade alguma, nem mesmo a de perdas e danos, não se verificando o requisito do dolo.

A subtracção abrange na sua generica significação o furto e o roubo, mas em ambos estes factos é preciso que se verifique o dolo para haver logar a qualquer responsabilidade.

São elementos essenciaes d'este facto: 1.º, que o auctor effectivamente apprehendesse o testamento; 2.º, que o testamento effectivamente pertencesse a *outrem*; 3.º, que na apprehensão houvesse dolo, isto é, intenção de lucrar, ou de prejudicar.

Não incorre pois em responsabilidade alguma o proprio testador, que subtrahiu o testamento do poder d'aquelle, em cujas mãos o depositou, nem a pessoa que, sendo interessada no testamento, o subtrahiu ao depositario, que o occulta, para o apresentar á auctoridade publica, a fim de ser aberto. Se o testamento não foi subtrahido, mas sim achado, e o achador não o entregou, ou, ignorando a quem pertencia, não fez a diligencia para o entregar a seu dono, incorre tambem nas penas de furto, nos termos do artigo 428.º do código penal, e na responsabilidade prescripta no artigo 1938.º do código civil.

É notavel que o código no facto da não apresentação puna até a negligencia com a responsabilidade por perdas e danos, e que para punir a subtracção exija sempre o dolo, companheiro inseparavel da subtracção.

Art. 1939.º Se o testamento se achar aberto, quer seja no espólio do testador, quer seja em poder de terceiro, mas sem nenhum outro viciamento, não será annullado por isso.

§ unico. N'este caso será apresentado, como estiver, na administração do respectivo concelho, onde se lavrará auto d'isso mesmo, e se observará o mais que fica disposto nos artigos 1933.º, 1934.º e 1935.º

Em seguida á declaração das penas, em que incorre tanto o depositario do testamento cerrado, que não o apresenta no prazo e nos termos ordenados na lei, como aquelle que o subtrahе dolosamente do espólio do testador, ou do poder de qualquer pessoa, em cujas mãos esteja depositado, estabelece o código as penas a que fica sujeito, o que vicia testamento cerrado pertencente a outrem.

Antes porém de entrarmos no exame das respectivas penas, vejamos em que consiste o *viciamento* do testamento, e qual é a significação juridica d'esta palavra em face do código.

O termo *viciamento* não abrange simplesmente a abertura do testamento. A abertura do testamento só por si não é *vicio* com efeitos juridicos.

Verdade seja que as palavras do artigo 1939.º « *sem nenhum outro viciamento* », collocadas immediatamente áquellas em que se falla da hypothese de se achar aberto o testamento, dão a entender que a lei comprehende na palavra *viciamento* tambem a abertura; e que o artigo 1941.º, estabelecendo a presumpção de viciamento contra a pessoa, a cuja guarda esteja confiado o testamento cerrado, usa da expressão generica *viciamento* para abranger, ao que parece, todos os factos especificados nos artigos antecedentes, como *abertura*, *cancelamento*, *obliteração* e *dilaceração*.

Todavia, devidamente reflectidas as disposições dos artigos, e comparados estes uns com os outros, e nas suas diferentes partes, vê-se que a simples *abertura* não é vicio com efeitos juridicos.

O proprio artigo 1939.º, que usa da palavra *viciamento* com referencia á abertura do testamento, declara ao mesmo tempo que o testamento não será annullado por se achar aberto, quer appareça no espólio do testador, quer em poder de terceiro.

E o artigo 1940.º, empregando as palavras « *aberto e viciado* », mostra evidentemente que o simples facto de apparecer aberto o testamento, sem acrescer algum outro vicio, não produz efeitos alguns juridicos, ou os efeitos juridicos a que se refere o citado artigo 1940.º e seguintes.

O código não deu grande importancia á circumstancia de ficar ou de se encontrar aberto o testamento cerrado. Não só permite que o testador prescindia das formalidades externas de ser o testamento cosido e lacrado depois de ser lavrado o respectivo auto de aprovação pelo tabellião competente, mas tambem não annulla o testamento pelo facto de apparecer aberto, quando tinha sido fechado.

N'esta parte ha muita differença entre a antiga e a nova jurisprudencia.

A ordenação, livro IV, titulo LXXX, §§ 1.º e 2.º, seguindo o que se achava disposto no direito romano, e especialmente na lei 21 *Cod. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur*, mandava que o tabellião, depois de lavrar o auto de aprovação, cosesse e lacrasse o testamento cerrado.

Em virtude d'esta disposição, por direito antigo, não eram accordes os nossos praxistas sobre o valor do testamento cerrado, quando apparecia aberto á morte do testador. Porém a opinião mais seguida era que, sendo aberto pelo testador o testamento cerrado, se presumia que elle quizera revoga-lo, e que sendo aberto por terceiro se presumia que o testador não tivera intenção de o revogar; e d'aqui derivava tambem a regra juridica de que apparecendo aberto o testamento no espólio do testador, se presumia aberto por elle, e apparecendo aberto em poder de terceiro se presumia não aberto pelo testador.

Consequentemente pelo direito anterior á promulgação do código, ou pela praxe do fóro, reputava-se valido ou nullo o testamento cerrado, que apparecia aberto á morte do testador, segundo se encontrava em poder de terceiro, ou no espólio do auctor da herança; suppondo-se no primeiro caso que fóra o depositario do testamento quem o abrisse sem consentimento do testador, e no segundo que fóra este mesmo quem o abrisse, manifestando assim a intenção de o revogar.

Em harmonia com a mesma doutrina julgou a relação de Lisboa, por accordão de 16 de fevereiro de 1844, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 621, valido um testamento, que appareceu cortado e aberto, mas que se provou não haver sido aberto pelo testador.

A especie que se ventilava no accordão era o caso de um testamento cerrado, que á morte da testadora se achou aberto, com as linhas cortadas, e golpeado no auto de aprovação nos logares das assignaturas da testadora, do tabellião e das testemunhas. E a relação julgou valido o testamento, confirmando a sentença de primeira instancia, com o fundamento de se ter provado que o viciamento fóra praticado não pela testadora, mas por terceira pessoa que interessava na inutilização do testamento.

A esta jurisprudencia pois estão sujeitos os testamentos, cujo auctor fallecesse antes da promulgação do código.

Do artigo 1934.º § unico mostra-se que as regras geraes da publicação dos testamentos não são applicaveis ao testamento, que apparecer aberto, porque a publicação do testamento cerrado, que apparecer aberto, quando tenha sido fechado no acto da aprovação, nunca póde ser feita pelo regedor de parochia.

Art. 1940.º Se o testamento apparecer aberto e viciado, ou dilacerado, fu-se-hão as seguintes distincções: se o testamento se achar cancellado e obliterado, ou dilacerado, quer seja no espólio do testador, quer seja em poder de outrem de modo que se não possa ler a primitiva disposição, haver-se-ha por não escripto; mas, provando-se que o viciamento fóra operado por qualquer pessoa, que não fosse o testador, será applicado á tal pessoa o que fica disposto no artigo 1937.º, para os que dolosamente occultam ou subtrahem o testamento.

(Vid. artigo 1943.º) Examinemos agora a hypothese de se achar, alem de aberto, com algum viciamento o testamento cerrado, que fóra cosido e lacrado.

Verifiquemos as diferentes hypotheses de viciamento de testamento marcadas no código, que vem a ser, ou estar cancellado e obliterado, ou dilacerado, quer no espólio do testador, quer em poder de outrem, de modo que não possa ler-se a primitiva disposição, ou estar dilace-

rado e feito em pedaços no espólio do testador, ainda que possa ler-se a disposição primitiva, reunindo-se os diferentes fragmentos.

1.º Se a cancelação, obliteração, ou dilaceração do testamento, ou este appareça no espólio do testador ou em poder de terceiro, o houver posto em condições de não poder ser lido, haver-se-ha por não escripto. Esta hypothese é menos filha da lei, do que da natureza das cousas. Se o testamento não pôde ler-se, é como se não existisse.

O projecto primitivo dispunha outra cousa, inserindo em seguida ás palavras «*haver-se-ha por não escripto*», que se lêem no artigo 2079.º, correspondente ao artigo 1940.º do código, estó outras «*salvo o disposto no artigo 1893.º*». E o artigo 1893.º do projecto primitivo, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 1762.º do código, era redigido nos seguintes termos:

«Se o testamento se perder por evento desconhecido do testador, ou por haver sido supprimido por outrem, poderão os interessados reguere o seu cumprimento, se puderem demonstrar cumprimento o facto da perda ou suppressão, e o conteúdo no mesmo testamento.»

A commissão revisora supprimiu logo nos trabalhos da primeira revisão as palavras de excepção, que se liam no artigo 2079.º do projecto com referencia ao artigo 1893.º, mas conservou o preceito consignado n'este artigo 1893.º em todas as edições do seu projecto, nas de 1863, 1864 e 1865. Foi a commissão de legislação da camara dos deputados, quem o eliminou. Portanto o instituido não pôde prevalecer-se do direito que aquelle artigo lhe conferia, mas em todo o caso pôde exigir a reparação de perdas e danos, nos termos do artigo 1937.º, a que o artigo 1940.º se refere.

Supponhamos porém que o testamento apparece no espólio do testador ou de terceiro, sem vicio algum, tal como consta do auto de aprovação, e que depois de aberto pelo regedor de parochia, e antes de apresentado na administração do concelho, é dilacerado: fica ou não comprehendido tambem nas disposições dos artigos 1940.º e seguintes?

Entendemos que não. A penalidade applicavel ao viciador é tambem a dos artigos 424.º e 453.º do código penal, não por força do disposto nos artigos 1940.º e seguintes do código civil, mas em razão do disposto n'aquelles artigos da legislação penal.

Os effeitos civis porém não são os mesmos. Nesta especie tem applicação o artigo 2429.º do código. Logo que o interessado tenha elementos para provar o conteúdo do testamento, pôde reformar-lo judicialmente.

Se o testamento se achar dilacerado e feito em pedaços no espólio do testador é nullo, ainda que juntos esses fragmentos possa ler-se a disposição primitiva, excepto provando-se que o facto foi posterior á sua morte, ou por elle praticado em estado de demencia, artigo 1943.º

O legislador presumiu mudança de vontade do testador na dilaceração do testamento por elle feita, e presumiu-a feita por elle, achando-se os pedaços no seu espólio.

A adulteração ou viciamento do testamento só por si não é motivo de nullidade, podendo ler-se a primitiva disposição. O código partindo do principio de que o viciamento se presume feito pela pessoa, a cuja guarda estiver confiado o testamento, applica ao testamento viciado e dilacerado o que pelo antigo direito se applicava ao testamento, que apparecia simplesmente aberto.

Entre as disposições dos artigos 1940.º e 1943.º ha certas discordancias, que convem apreciar. Na hypothese do artigo 1940.º supõe-se o testamento cancelado, obliterado, ou dilacerado, quer seja no

espólio do testador, quer seja em poder de terceiro, e declara-se não escripto o testamento quando não possa ler-se a primitiva disposição.

Assim a disposição absoluta do artigo 1940.º, determinando que se reputa não escripta a disposição, quando não poder ler-se, ou se encontre no espólio do testador, ou em poder de terceiro, pôde dar lugar ao argumento *a contrario sensu*, de que, podendo ler-se a disposição, é valido o testamento, ou se ache dilacerado em poder de terceiro, ou no espólio do testador.

Na hypothese do artigo 1943.º porém o testamento que se encontra dilacerado no espólio do testador reputa-se não escripto, ainda que possam reunir-se os fragmentos e ler-se a disposição primitiva, salvo provando-se plenamente que o facto acontecera depois da morte d'elle, ou que fôra por elle praticado em estado de demencia, havendo-se assim por não escripto na hypothese do artigo 1943.º o testamento dilacerado, cujas disposições ahiás podiam ler-se, contra o que por argumento *a contrario sensu* pôde deduzir-se da hypothese reconhecida no artigo 1940.º

Esta incoherencia, herdada já do projecto primitivo, e mantida pela commissão revisora em todas as edições posteriores, nual pôde salvar-se em face da boa hermeneutica jurídica.

Deve porém entender-se que o código limita o argumento deduzido do artigo 1940.º, enquanto determina no artigo 1943.º que só é valido o testamento dilacerado, podendo ler-se os fragmentos da disposição, em dois casos: 1.º, apparecendo em poder de terceiro; 2.º, apparecendo em poder do testador, mas provando-se que foi feita a dilaceração depois da sua morte, ou mesmo por elle praticada, mas em estado de demencia. A razão por que n'estes casos é valido o testamento, podendo reunir-se e ler-se os fragmentos, é porque n'estas duas hypotheses a dilaceração não faz presumir mudança de vontade da parte do testador.

Desde que o testamento apparece dilacerado no espólio do testador a presumpção de mudança de vontade não pôde destruir-se, senão provando-se que o facto acontecera depois da morte d'elle, ou que fôra por elle praticado no estado de demencia.

N'estas hypotheses é bem claro que a dilaceração não significa mudança de vontade da parte do testador, porque foi feita já depois d'elle morto, ou no estado de desarranjo das suas faculdades mentaes.

E se o testamento foi dilacerado, não depois da morte do testador, mas alguns momentos antes, com tão pequeno intervallo, que elle não poderia já remediar o mal, ainda que o subresse?

Reputa-se revogado, porque o código ressalva mui positivamente da revogação os testamentos dilacerados em poder do testador apenas em dois casos — provando-se que o facto teve lugar depois da sua morte, ou que fôra por elle praticado em estado de demencia.—

Portanto se o interessado em viciar o testamento, em vez de o dilacerar depois da morte do testador, o fizer em pedaços momentos antes, ainda que reunidos depois os fragmentos possa ler-se a primitiva disposição, é nullo o testamento, havendo-se por não escripto. Assim uma insignificante questão de tempo influe na validade ou nullidade da disposição testamentaria.

O que a logica pedia era que se declarasse valido o testamento, que apparecesse dilacerado, podendo ler-se a primitiva disposição reunidos os respectivos fragmentos, ou a dilaceração fosse feita antes ou depois do fallecimento do testador, contanto que fosse feita sem determinação d'elle.

Nós redigiríamos a excepção, prescripta no artigo 1943.º, nos seguintes termos: «Excepto provando-se que o facto acontecera sem determinação do testador, ou fóra por elle ordenado ou praticado fóra do livre exercicio das suas faculdades.»

Provavelmente o código estabeleceu a excepção rigorosissima para evitar abusos, que reputou muito maiores, ampliando-se a mesma excepção.

Tambem é valido o testamento, que apparece dilacerado em poder do testador, provando-se que elle fizera a dilaceração *em estado de demencia*. Aindaque a dilaceração fosse feita, não no estado de demencia permanente, mas no caso de privação accidental do uso da razão, como delirio, etc., é valido o testamento, porque o código não distingue entre demencia temporaria e demencia permanente. Sempre que a dilaceração for feita no estado de demencia, ou duradoura ou accidental, é valido o testamento.

Mas quando o desarranjo das faculdades intellectuaes provier de outra causa, que não seja a demencia propriamente tal, mas de embriaguez, por exemplo, não se valida, porque o testador, embora praticasse o facto, quando accidentalmente privado do uso da razão, não tendo feito outro testamento depois de voltar ao seu estado normal, presume-se ter aceitado a revogação d'elle.

Não é rasoavel esta doutrina. O testador poderia deixar de fazer outro testamento por não se lembrar da dilaceração que fizera no estado de perturbação accidental do seu espirito.

No entretanto o legislador vae n'esta parte de accordo com o que prescreverá no artigo 353.º, em virtude do qual são validos e irrevocaveis os actos e contratos feitos durante esse estado, se contra elles se não faz protesto dentro dos dez dias immediatos, e se não intenta a acção competente dentro dos vinte dias seguintes, nos termos do mesmo artigo.

Se porém apparece em poder de terceiro o testamento dilacerado, mas de modo que reunidos os fragmentos possa ler-se a primitiva disposição, é valido, porque a dilaceração de um testamento cerrado, que se acha em poder de terceiro, não faz presumir mudança de vontade do testador.

Resulta esta doutrina do artigo 1940.º, que declara não escripto o testamento cerrado, que se achar em poder de outrem, de modo que não possa ler-se a primitiva disposição, d'onde se deduz que se ha por escripto o testamento dilacerado que está em poder de outrem podendo ler-se a disposição.

Resulta tambem do artigo 1943.º, que só se ha por não escripto o testamento dilacerado, aindaque possa ler-se a primitiva disposição reunidos os fragmentos, quando elle apparece feito em pedaços no espolio do testador, d'onde se deduz que o legislador, se quizesse applicar a mesma doutrina ao testamento cerrado, que se achasse dilacerado *em poder de outrem*, teria comprehendido expressamente esta hypothese no artigo 1943.º

Esta jurisprudencia, alem de ser a mais conforme ás disposições legais, é mais rasoavel.

Podem dar-se circumstancias em que seja grave injustiça não ter ampliado as excepções, mas essa ampliação poderia tambem dar lugar a grandes abusos, e destruir completamente a regra geral.

O legislador, desde que se metteu a fazer distincções e declarações em vez de estabelecer regras geraes, devia ter considerado á parte as hypotheses de o testamento se achar dilacerado em poder do testador, ou em poder de terceiro, e de em cada um d'estes casos poder

ou não ler-se a disposição primitiva. D'este defeito adoeceia já o projecto primitivo.

Vejamos as penas que o código civil impõe aos viciadores do testamento.

As penas impostas ao *viciador* do testamento são as que cabem aos que dolosamente subtraem ou occultam o testamento nos termos dos artigos 1937.º e 1938.º, que vem a ser: 1.º, a responsabilidade por perdas e danos; 2.º, a perda de qualquer direito que porventura o viciador tenha á herança do testador; 3.º, a penalidade em que o viciador incorra nos termos da lei penal.

O artigo 1940.º, applicando aos viciadores do testamento as penas estabelecidas contra a occultação e subtracção do mesmo testamento, cita unicamente o artigo 1937.º, quando este artigo falla apenas da occultação, e não da subtracção, pois esta hypothese está regulada no artigo 1938.º

No projecto primitivo não podia notar-se tal incoherencia, porque o artigo 2079.º, correspondente ao artigo 1940.º do código, referia-se ao artigo 2076.º, que em si resumia os dois artigos 1937.º e 1938.º, e que era redigido nos seguintes termos:

«Toda a pessoa, que tiver em seu poder testamento cerrado, e o não apresentar, constando a morte do testador, ou no caso do artigo 67.º (65.º ou antes 66.º do código), ou o subtrahir do espolio dolosamente, incorrerá na pena, se for herdeiro abintestado, de perdimento do direito que podesse ter á herança, e de seis mezes a um anno de prisão, e não sendo herdeiro, na pena de um anno até dois de prisão.»

Logo nos trabalhos da primeira revisão se deu ao artigo 1937.º a redacção que tem no código, mas acrescentou-se-lhe sob a mesma numeração o preceito que hoje se lê no artigo 1938.º, e assim appareceu nos projectos da commissão revisora de 1863 e de 1864.

Porém no ultimo projecto, nos trabalhos propriamente de redacção, desdobrou a commissão em dois o artigo, e esqueceram-se de abranger a ambos na referencia do artigo 1940.º D'este descuido porém não resulta grande inconveniente juridico, porque o artigo 1940.º applica as penas do artigo 1937.º tanto á occultação do testamento ali prevenida, como á subtracção prevenida no artigo 1938.º, e por força do disposto no artigo 1938.º são applicaveis á subtracção do testamento as penas decretadas para a occultação.

Para o viciador do testamento porém incorrer nas penas a que se refere a segunda parte do artigo 1937.º e o artigo 1938.º, é necessario que haja dolo da sua parte. Apesar da duvidosa redacção do artigo entendemos que se o dilacerador do testamento o rasgou, persuadido de que rasgava outro papel, não incorre n'estas penas, vistos os principios geraes de direito penal, porque não ha criminalidade sem intenção criminosa.

Mas ficará ao menos responsavel por perdas e danos? Parece a alguns muito duvidoso este ponto, visto o final do artigo 1940.º, que applica ao viciador do testamento cerrado o que o código determina para o que occultar ou subtrahir o testamento, quando o que subtrahir o testamento nem por perdas e danos é responsavel, não havendo dolo artigo 1938.º, succedendo o contrario com o que o occultar, como já observámos em a nota ao artigo 1937.º Portanto, applicando-se as disposições determinadas para a occultação do testamento, responde o viciador por perdas e danos, ainda não havendo dolo, e applicando-se as disposições relativas á subtracção não é responsavel por perdas e danos senão em caso de dolo.



Nós porém julgamos que na dilaceração ha responsabilidade por perdas e danos, ainda não havendo dolo, visto que o artigo 1940.º não impõe a condição de haver dolo para a dilaceração se imporem as mesmas responsabilidades que a occultação e a subtração dolosa.

O código determina que o que viciar o testamento (sem exigir que o viciamento seja feito com dolo) fica sujeito ao determinado no artigo 1937.º Ora, nós termos do artigo 1937.º e segundo a boa razão, se é preciso o dolo para a responsabilidade criminal, não é indispensável para a responsabilidade por perdas e danos.

**Art. 1941.º** O viciamento presumir-se-ha feito pela pessoa, a cuja guarda o testamento estiver confiado, enquanto o contrario se não provar.

Expostas as condições do viciamento dos testamentos, e determinadas as penas correspondentes, cumpre examinar a especie de provas, que a lei admite com respeito ao viciamento.

É impossível na maxima parte dos casos exigir provas directas do facto, porque em regra são praticados occultamente a abertura, o cancelamento, a obliteração e a dilaceração do testamento, ou pelo proprio depositario do testamento, ou por terceiro que interessa na sua inutilisação.

Por estas considerações estabelece o código a presumpção legal de que o viciamento é feito pela pessoa a cuja guarda está confiado o testamento cerrado.

A presumpção de que fôra o testador o auctor da dilaceração, apparecendo o testamento no seu espolio, e de que fôra o depositario, achando-se em poder de terceiro, para os effeitos de nullidade da disposição não admitirá prova em contrario?

Não poderá julgar-se nullo um testamento, que appareceu dilacerado em poder de terceiro, provando-se que fôra lá o testador fazer a dilaceração, e ás avessas não poderá julgar-se valido o testamento que apparece dilacerado em poder do testador, quando se provar que um terceiro viera fazer a dilaceração? É indubitavel a affirmativa.

O artigo 1941.º estabelece a presumpção de ter sido feito o viciamento pela pessoa a quem estiver confiado o testamento, mas admite prova em contrario, *enquanto o contrario não se provar*, diz o código.

Alguns porém, attendendo a collocação do artigo, logo em seguida ao 1940.º e a disposição terminante do artigo 1943.º, entendem que o artigo 1941.º, se refere á imposição das penas, e não á nullidade, ou validade da disposição testamentaria; isto é, que por força do disposto no artigo 1941.º, as penas impostas no artigo 1940.º ao viciador do testamento recaeem sobre a pessoa que o tiver na sua guarda, salvo se se provar que outrem foi o auctor do facto. Porém a generalidade da redacção do artigo exclue inteiramente estas distincções.

Apenas são presumpções *juris et de jure* que não admittem prova em contrario as que se deduzem do artigo 1943.º, que só permite prova em contrario da regra, por elle estabelecida, em dois casos unicos, o de ter sido praticado o facto depois da morte do testador, e o de o ter praticado elle mesmo durante o estado de demencia.

Porém esta presumpção legal não é *juris et de jure*; admite prova em contrario. Por isso o depositario do testamento livra-se da responsabilidade, provando que não foi elle, mas outrem, quem viciou o testamento.

Esta presumpção legal contra o depositario pôde muitas vezes tor-

na-lo victima innocente de crimes alheios. Todavia o código devia ser rigoroso contra o viciamento das disposições de ultima vontade; e ao depositario incumbe a maior sollicitude em não deixar escapar da sua mão o testamento.

Se foi victima do seu desleixo, ou da sua demasiada confiança, não guardando o testamento com todo o escriptulo, e dando logar a que terceiro, interessado ou não interessado, o viciasse, a si impute a responsabilidade proveniente de não ter cumprido com o devido zélo as suas obrigações de depositario.

**Art. 1942.º** Se o testamento se achar só alterado ou emendado em parte por letra do testador, com ressalva e assignatura, não será annullado por isso, e valerão as ditas emendas como se fossem parte d'elle.

O código, que exigira tantas formalidades para o testamento publico, e para o auto de approvação do testamento cerrado, vem a final estabelecer uma doutrina que é quasi o reconhecimento do testamento olographo. Agora já não ha quem seja encarregado de portar por fé que o testador estava em seu perfeito juizo e livre de coacção no momento de fazer as emendas.

Este artigo cabia melhor no systema de doutrinas do projecto primitivo. No entretanto é lei que ha de ser respeitada, enquanto não for revogada.

Para ser valida a alteração ou emenda no testamento deve reunir os seguintes requisitos: 1.º, que recaeia em parte, e não no todo do testamento; 2.º, que seja feita por *letra do testador*; 3.º, que este *resalve e assigne* as alterações feitas.

O primeiro requisito é indispensavel, aliás ficaria reconhecido o modo de fazer ou desfazer testamentos sem attenção ás formalidades prescriptas na legislação em vigor.

O segundo e o terceiro requisitos têm por fim evitar as fraudes, e garantir a verdade da alteração ou emenda.

Clamam no entretanto contra similhante fórma de testar todos os que julgam indispensavel que n'este acto solemne seja devidamente verificada a liberdade e a espontaneidade do testador.

Porém, alem dos perigos da doutrina, e da incoherencia do preceito com o rigor das formalidades exigidas para o testamento publico, e para o auto de approvação do testamento cerrado, a redacção do artigo presta-se ás maiores duvidas e difficuldades.

Em primeiro logar, qual é a differença de significação entre as palavras «alterado» e «emendado»? São apenas uma repetição escusada? Cremos que significam a mesma cousa, e que a sua significação se comprehende toda debaixo da palavra «emendas», como se mostra da segunda parte do artigo.

E onde hão de fazer-se estas emendas, só no corpo do testamento onde haja algum intervallo em branco, ou por entrelinha, ou nas margens do papel, ou poderão fazer-se tambem em seguida ao instrumento de approvação?

Não declara o código o modo pratico de fazer as emendas ou alterações. No silencio da lei porém entendemos que podem ser feitas em toda a parte do testamento, onde haja espaço em branco para as emendas, ressalva e assignatura. Podem ser feitas antes, ou depois do auto de approvação, nas margens do testamento, ou em qualquer intervallo que elle tenha em branco.

Como o auto de aprovação, comquanto seja formalidade indispensável para a validade do testamento cerrado, é acto independente d'elle, cremos que as emendas deverão ser feitas no corpo do testamento, ou nas entrelinhas, ou á margem.

Demais, no caso da emenda do testador não ter resalva ou assignatura será por esse motivo annullado o testamento? A affirmativa infere-se do artigo por argumento a *contrario sensu*.

Se o testamento não é annullado por se achar emendado por letra do testador com resalva e assignatura, parece que é annullado, achando-se emendado por letra, que não seja do testador, ou por letra d'elle, sem resalva ou sem assignatura.

Todavia estes argumentos a *contrario sensu* não podem aceitar-se, porque o pensamento fundamental do artigo é declarar validas as emendas feitas por letra do testador com resalva e assignatura; e dispõe o legislador que, longe de as emendas n'estas condições affectarem a validade do testamento, a não prejudicam, e são ellas mesmas validas.

Não ha artigo nenhum que declare nullo o testamento por se achar emendado pelo testador sem rubrica e assignatura; por que mesmo apparecendo viciado em poder do testador, só se reputa nullo estando *dilacerado ou feito em pedaços*, nos termos do artigo 1943.º D'aqui inferimos que quaesquer emendas feitas sem as condições prescriptas no artigo 1942.º ficam sem effeito, mas não importam a nullidade do testamento.

O pensamento do legislador foi unicamente determinar que as emendas nas condições do artigo valeriam como testamento legal, o que bem se infere das palavras finaes do testamento: «*E valerão as ditas emendas, etc.*».

Se prevalecesse a opinião contraria podia, quem aproveitasse com a inutilisação do testamento, escrever ou fazer escrever qualquer emenda ou alteração sem resalva nem assignatura. Ora, se é valido o testamento feito em pedaços, que apparece em poder de terceiro, ou mesmo no espolio do testador, nos casos marcados na segunda parte do artigo 1943.º, sempre que reunidos os fragmentos poder ler-se a primitiva disposição, por maioria de razão deve valer quando não está dilacerado, e tem apenas algumas emendas sem resalva nem assignatura.

Finalmente a lei não fulmina expressamente esta nullidade; e onde a lei não decreta nullidades, não pôde o interprete applical-as, ainda com o auxilio de argumentos a *contrario sensu*.

Tadavia as palavras «*não será annullado por isso*» podiam ter sido substituidas por outras, que não dessem margem a esta especie de argumentos.

O codigo não exige para a validade das emendas senão a resalva e a assignatura, sem fallar na data, o que alias era conveniente para se não ficar na duvida, se a emenda foi anterior ou posterior ao auto de aprovação. Se foi anterior parece ser nullo o testamento, não se tendo feito menção d'ella no auto de aprovação; e se foi posterior deve reputar-se valido.

Em caso de duvida, não sendo datada a resalva, deve presumir-se que foi posterior ao acto de aprovação, se o testamento apparece aberto, pela fé que merece o instrumento publico de aprovação.

O codigo permite emendar em *parte*. E ha de tomar-se á letra a significação d'esta palavra? Serão validas as emendas, que affectam o essencial do testamento, comtantoque não o alterem na sua *totali-*

*dade*? Significará a disposição do artigo que as emendas representam os antigos codicillos, que o codigo proserveu, nos quaes era licito alterar as disposições relativas a legados, devendo todavia respeitar-se a instituição de herdeiro?

Tomando á letra a doutrina do codigo, e pelo principio de que em materia de nullidades a interpretação é sempre restricta, seguimos a opinião de que são validas as emendas, aindaque alterem o testamento no essencial, comtantoque não o affectem na sua totalidade.

Já na imprensa juridica se discutiu se os additamento se emendas feitos pelo testador ao testamento antes do auto de aprovação estavam ou não sujeitos ao disposto n'este artigo.

Tal opinião porém é inteiramente destituida de plausibilidade. As emendas ou additamentos feitos antes do auto de aprovação são parte complementar do testamento. O testador podia ter feito a sua disposição testamentaria n'essas condições, porque lei nenhuma prescreve o methodo a seguir na redacção do testamento.

Art. 1943.º Se o testamento se achar dilacerado, ou feito em pedaços, no espolio do testador, haver-se-ha por não escripto, ainda que possam reunir-se os fragmentos e ler-se a disposição, excepto provando-se plenamente, que o facto acontecêra depois da morte do testador, ou por elle fôra praticado em estado de demencia.

(Vid. artigo 1940.º)

#### SUB-SECÇÃO IV

##### DO TESTAMENTO MILITAR

Art. 1944.º Testamento militar é o que podem fazer os militares, e os empregados civis do exercito em campanha fôra do reino, ou ainda dentro do reino, estando cercados em praça fechada, ou residindo em terra, cujas communicações com outras estejam cortadas, se n'essa praça ou terra não houver tabellião.

(Vid. nota ao artigo 1948.º) O codigo depois de ter tratado das duas primeiras especies de testamentos, que constituem o genero dos testamentos *ordinarios*, trata agora das tres especies, que se comprehendem no genero dos testamentos *privilegiados*.

O projecto primitivo no artigo 2096.º, correspondente ao artigo 1944.º do codigo, só permittia o testamento militar, achando-se os militares e os empregados civis do exercito em campanha fôra do reino. A commissão revisora porém avisadamente fez o additamento, que hoje se lê no artigo do codigo, porque as razões são as mesmas. O testamento militar, como privilegiado, não tem hoje a sua razão de ser, nem na excessiva impericia do testador, como era por direito romano, nem na remuneração dos seus trabalhos e perigos de vida, como era pelo nosso antigo direito, mas sim na posição especial e difficil em que elle se acha de não poder testar pela forma ordinaria, onde se observam muitas solemnidades, que a sua posição lhe não permite preencher.

O direito romano sobre este ponto achava-se expresso nas *Inst.*, livro xx, titulo xi, pr., nos seguintes termos: *Supradicta diligens ob-*

*sercatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimium imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est.*

A razão por que as nossas antigas leis permitiram esta especie de testamento dava-a a ordenação no livro IV, titulo LXXXIII PR., nos seguintes termos: «Pelos trabalhos e perigos da vida, a que os soldados se offerecem por a defensão e conservação da republica, com razão se lhes concedem por direito muitos privilegios, principalmente na disposição de suas ultimas vontades. O que n'estes reinos muito mais deve haver logar por o muito serviço, que a Deus Nosso Senhor e a nós fazem nas continuas guerras, que em muitas provincias de Asia e Africa temos com os inimigos da nossa santa fé catholica».

Hoje porém não é em attenção á sua *qualidade pessoal*, nem como *premio do seu trabalho*, que se concede aos militares esta forma de testamento, mas sim em attenção á *necessidade e ao estado especial* em que elles podem encontrar-se.

Por isso o código não concede aos militares tantos privilegios em materia testamentaria, como lhes concedia a ordenação.

Assim a ordenação citada, livro IV, titulo LXXXIII, § 2.º, permitia ao soldado condemnado á morte por algum delicto o dispor por testamento militar com o mesmo privilegio acerca das solemnidades, como se condemnado não fora, de todos os seus bens castrenses, independentemente do consentimento de seus paes, quando o juiz ou o capitão, que havia proferido a sentença, lhe reservára n'ella a faculdade de fazer testamento; e o código no artigo 1764.º n.º 3.º prohibe fazer testamento aos condemnados por sentença passada em julgado, sem fazer excepção alguma em favor dos militares.

Tambem a citada ordenação § 4.º determinava que, se o soldado substituísse um individuo por herdeiro dos seus bens castrenses, e outro por herdeiro dos não castrenses, se entenderia serem duas heranças, ficando um obrigado a pagar as dividas do testador feitas na guerra, e o outro a pagar as dividas feitas fóra da guerra, quando o código não exceptua n'esta parte os militares das disposições do direito commum.

Fóra do reino podem os militares em campanha testar por esta forma privilegiada sem mais requisito algum alem de estarem em campanha. Dentro do reino são precisos mais dois requisitos: 1.º, que estejam cercados em praça fechada, ou residindo em terra cujas communicações com outras estejam cortadas; 2.º, que não haja n'essa praça ou terra tabellião, porque, havendo-o, não podem fazer testamento senão pela forma ordinaria.

Havendo tabellião n'essa praça fechada não é admissivel este testamento excepcional e privilegiado, porque se póde recorrer aos meios geraes e ordinarios. Mas em vista da redacção do artigo aos militares e empregados civis do exercito em campanha fóra do reino é permittido este testamento privilegiado, haja ou não tabellião na terra, onde se fez o testamento.

Tambem n'esto ponto ha divergencia entre o estatuido no código, e os preceitos do nosso velho direito. A ordenação, livro IV, titulo LXXXIII, permitia o testamento militar no § 9.º aos soldados em campanha, quer fóra, quer dentro do reino, e no § 8.º só aos empregados civis do exercito, que estivessem em terra de inimigos, e morrendo elles na batalha.

Julgámos que o testamento militar é valido ainda feito durante a suspensão de hostilidades, porque o cêreo não se levanta por este simples facto.

Escusado será declarar que o privilegio de tal testamento não vae

até ao ponto de dispensar os requisitos quanto á capacidade do testador e do instituido, que se exigem no testamento ordinario.

O código dispensa n'estes testamentos apenas formalidades externas. Os militares estão sujeitos, como os que o não são, ás prescripções do artigo 1763.º e seguintes.

O testamento militar, como o maritimo, que estão sujeitos, quasi as mesmas regras e formalidades, *mutatis mutandis*, não são privilegio, pessoal, nem o podiam ser, porque a carta aboliu todos os privilegios, que não fossem essencialmente inherentes aos cargos publicos por interesse do estado.

Este privilegio funda-se nas circunstancias especiaes do testador que, em virtude d'ellas, não poderia testar pela forma ordinaria. E tanto que os militares não ficam exceptuados do direito commum, quanto á testamentificação, senão nos restrictos termos d'este artigo, e do § 5.º do artigo 1945.º

Mas o que são *militares* para os effeitos d'este artigo? Serão unicamente os combatentes, que fazem parte do *exercito regular*? Assim parece indicar-lo o artigo, quando se refere aos empregados civis do exercito. Mas não póde ser esse o pensamento do legislador. O privilegio de testar por esta forma especial não póde deixar de ser concedido a quaesquer corpos de guardas municipais ou nacionaes, e de voluntarios, que estejam organizados ou dirigidos sob a inspecção do governo, e se achem em campanha dentro ou fóra do paiz a favor da independencia da patria, ou da sua ordem interna, e ainda mesmo em estado revolucionario, porque o código não faz distincção.

Por isso os militares que estão ja com a sua baixa, ou foram despedidos do serviço, mas, ainda dentro da praça, têm, segundo nosso entender, o direito de testar pela mesma forma.

Reputámos esta doutrina igualmente applicavel aos commandantes das forças militares, exonerados do commando, emquanto não saírem da praça.

Quizeramos dizer o mesmo dos refens e dos prisioneiros, se conseguíssemos o inimigo o deixa-los testar nos termos e com as formalidades prescriptas nos artigos 1945.º e 1946.º, porque se póde dizer com verdade que estão em campanha.

No entretanto graves difficuldades se oppõem a esta opinião. O código da Prussia consagra expressamente o preceito de que este testamento privilegiado é concedido tambem aos prisioneiros de guerra e refens, e igual provisão adoptou o projecto de código civil hespanhol, no artigo 574.º Mas o nosso código, que teve por principal fonte este projecto, omitiu a menção expressa dos prisioneiros de guerra e refens.

Que elles não gosam da faculdade de testar por este modo privilegiado infere-se tambem dos artigos 1945.º e 1946.º do código, nos quaes se determina que o militar ou empregado civil do exercito, que quizer fazer testamento, declarara a sua ultima vontade na presença de tres testemunhas idoneas, e do *auditor da divisão respectiva*, ou, na falta d'este, na presença de algum *official de patente*; e que este testamento será remettillo com a *possivel brevidade ao quartel general, e d'ali ao ministerio da guerra*. Ora os refens não têm ali o auditor da divisão respectiva, nem o seu testamento póde ser remettillo ao quartel general, e d'ali ao ministerio da guerra.

Talvez o legislador não concedesse ás pessoas em taes condições a faculdade de fazer este testamento privilegiado com o receio de que o testador pela sua posição não podesse manifestar livremente a sua vontade.

O código menciona só os empregados *civis* do exercito, porque os empregados militares estavam já comprehendidos no termo *militares*. Empregados *civis* não são todos e quaesquer creados e serventes dos officiaes, mas unicamente os empregados publicos, sujeitos ao governo, como cirurgiões militares, capellães, vivandeiras, engenheiros, negociadores, geographos, historiadores, e embaixadores ou ministros publicos, que por ordem do governo acompanhem o exercito para qualquer serviço do estado.

A ordenação, livro IV, titulo LXXXIII, § 8.º, era mais latitudinaria, porque permittia fazer testamento militar, não só aos soldados, mas a quaesquer pessoas, posto que soldados não fossem, que no exercito se achassem, estando em terra de inimigos: e estas disposições eram effectivamente mais rasoaveis.

Se alguma duvida houvesse a tal respeito cessava, comparando este artigo com o artigo 1948.º, onde o testamento marítimo só é permittido aos empregados *civis* em serviço publico. Determinou o código bem claramente que só por motivos de serviço publico podia justificar-se esse privilegio. E tanto que não basta ser militar ou empregado civil para fazer o testamento marítimo no alto mar: é preciso alem d'isso que venha em navio do estado. O projecto primitivo consentia o testamento marítimo a todas as pessoas que se achassem no alto mar, a bordo de uma embarcação, ou fosse nacional, ou particular.

O artigo 2100.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1948.º do código, era redigido nos seguintes termos: «Testamento marítimo, é o que é feito no alto mar, a bordo dos navios da marinha real e nacional, ou mercante». Mas logo nos trabalhos da primeira revisão foi emendado nos termos em que hoje se encontra no código.

O código não o permite senão aos empregados publicos, e que viajam em navio do estado: restricção que não tem justificação nem explicação.

Porque não ha de ser permittido fazer testamento no alto mar a qualquer dos nossos agentes diplomaticos ou consulares, que d'aqui seguem em navios estrangeiros? Se a commissão revisora queria seguir em todo o seu rigor o velho proverbio: *quem vae para o mar avia-se em terra*, proscresseve absoluta e francamente o testamento marítimo.

Assim o projecto do sr. Seabra, tomando por base o artigo 578.º do projecto de código civil hespanhol, admittia o testamento marítimo, ou fosse feito a bordo dos navios do estado, ou a bordo dos navios mercantes, e permittia-o não só aos militares e empregados civis em serviço publico, mas a qualquer pessoa que se achasse a bordo do navio.

Consta da acta da sessão da commissão revisora de 17 de novembro de 1862, que, por occasião de se examinar o artigo 2100.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1948.º do código, propozera o sr. José Julio a eliminação das palavras *marinha mercante*, tanto da disposição d'aquelle artigo, como da dos seguintes, que o sr. Levy propozera a substituição das palavras *marinha real e nacional*, que sobre proposta do sr. Simas fôra approvado o artigo tal qual se acha no código, e que o sr. Silva Ferrão declarára que votava, porque esta disposição comprehendesse tambem os degredados.

Melhor era a nossa legislação anterior. O direito romano desconhecia o testamento marítimo. A lei *unic. Dig. de bon. posses. ex testam. mil.* falla dos testamentos feitos pelos capitães, pilotos e marinheiros das armadas; mas este testamento era o militar, não tinha

outra fôrma privilegiada ou especial. O povo romano preocupava-se mais com as conquistas feitas pela guerra, do que com o desenvolvimento do commercio marítimo.

Porém as nações modernas introduziram na sua legislação o testamento marítimo: e como entre nós a lei de 18 de agosto de 1769 § 9.º mandou recorrer nos casos omissos em materias mercantis ás leis das nações cultas, começaram os nossos praxistas, fundando-se nas ordenanças de marinha de França, promulgadas no tempo de Luiz XIV, e depois no código civil francez, a sustentar a validade do testamento marítimo.

Nos termos do código civil francez, artigo 988.º, não basta a circumstancia de ser feito no alto mar, para ser valido, o testamento marítimo: é tambem necessario que o testador vá em viagem, *faits sur mer dans le cours d'un voyage*. E porém applicavel o preceito da lei franceza tanto ás viagens de longo curso, como ás de simples cabotagem. As ordenanças de marinha de França tambem diziam testamento marítimo o feito no mar por aquelles que morrerem nas viagens.

O preceito do nosso código parece mais amplo, e nos termos do artigo 1944.º pôde fazer-se validamente testamento marítimo a bordo de um navio do estado, que saiu a barra sómente para fazer experiencias ou exercicios praticos, e não para fazer viagens.

Parece-nos pois que não é valido o testamento marítimo feito, enquanto o navio não levantou ferro e deixou o porto, e desde que o navio aportou a algum porto.

Para os efeitos do artigo 1948.º julgámos que tanto são navios do estado os que lhe são pertencentes, como os alugados pelo governo para desempenho de serviço publico.

As palavras em serviço publico, empregadas no artigo 1948.º, referem-se tanto aos empregados civis, como aos militares. A simples qualidade de militar a bordo não dá direito a fazer testamento marítimo, se esse militar não vae empregado em serviço publico.

Pelas ordenanças de marinha de França a ninguem era permittido dispor em testamento marítimo *alem dos efeitos que tivesse no navio e das soldadas que lhe fossem devidas*. Mas pelo nosso código é tão amplo o direito de dispor dos bens em testamento marítimo, como em testamento ordinario.

Aos militares que se acharem em campanha no alto mar, e portanto fóra do reino, é inteiramente livre, em vista da letra do código, artigos 1944.º e 1948.º, fazer o testamento militar, ou o testamento marítimo. Parece no entretanto mais conforme ao pensamento do legislador que os que se acham em campanha no mar façam o testamento marítimo, e que os que se acham em campanha em terra façam o testamento militar.

Para o testamento militar aproveitar a quem está em campanha no reino é preciso que as communicações estejam cortadas por via de guerra, interna ou externa, e não por via de peste, etc.

Art. 1945.º O militar, ou o empregado civil do exercito, que quizer fazer testamento, declarará a sua ultima vontade na presença de tres testemunhas idoneas, e do auditor da divisão respectiva, ou, na falta d'este, na de algum official de patente. O auditor, ou o official que supprir a sua falta, escreverá a disposição testamentaria.

§ 1.º Se o testador se achar ferido ou doente, a falta de

auditor ou de official poderá ser supprida pelo capellão, ou pelo facultativo do hospital onde estiver o doente ou ferido.

§ 2.º A disposição será lida, datada e assignada, conforme fica disposto nos artigos 1914.º e 1915.º

§ 3.º Este testamento será remettido, com a possível brevidade, ao quartel general, e d'ali ao ministerio da guerra, que o fará depositar no archivo testamentario do districto administrativo, onde o dito testamento ha de ter effeito.

§ 4.º Fallecendo o testador, fará o governo noticiar a sua morte no periodico official, designando o archivo onde o testamento se acha depositado.

§ 5.º Este testamento ficará sem effeito passado um mez depois do regresso do testador ao reino, ou de ter cessado o cerco, ou a incommunicabilidade da terra onde o testamento foi feito.

Art. 1946.º Se o militar ou o empregado civil souber escrever, poderá fazer testamento por seu proprio punho, comtanto que o date e assigne por extenso, e o apresente, aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou ao official de patente que para esse fim o substituir.

§ 1.º O auditor ou o official, a quem o dito testamento for apresentado, escreverá, em qualquer parte d'elle, uma nota do lugar, dia, mez o anno em que foi apresentado: esta nota será assignada por elle e pelas sobreditas testemunhas, e dar-se-ha ao testamento a direcção indicada no § 3.º do artigo antecedente.

§ 2.º Se o testador estiver doente ou ferido, poderá o capellão ou o facultativo fazer as vezes do auditor ou do official.

§ 3.º É applicavel a esta especie de testamento o que fica disposto nos §§ 4.º e 5.º do artigo antecedente.

(Vid. artigos 1949.º a 1951.) Segundo a ordenação, livro IV, titulo LXXXIII, o testamento militar podia ser feito verbalmente ou por escripto. Os soldados, quando iam em campanha para a guerra, ou estavam nos arraiaes, podiam fazer o testamento militar, ou verbalmente, ou escrevendo-o por seu proprio punho: e estando no conflicto da batalha: «Podem fazer testamento de palavra, ou por escripto, ainda que seja no chão com a spada, ou nos scudos, ou nas spadas com sangue das feridas, ou em qualquer outra cousa», dizia a citada ordenação no § 5.º Mas, nos termos da mesma ordenação, para ser valido este testamento, ou feito de palavra, ou por escripto, era necessaria a presença de duas testemunhas.

O código porém não admittê testamento militar feito *verbalmente*.

Nem o testamento militar, nem o maritimo podem ser verbaes. Ou não de ser escriptos por quem faça as vezes de tabellião, ou pelo proprio punho do testador.

Estas disposições encontravam-se já nos artigos 2097.º, 2098.º e 2101.º a 2103.º do projecto primitivo, correspondentes aos artigos 1945.º, 1946.º e 1949.º a 1951.º do código.

No código da Prussia, e no projecto de código civil hespanhol artigo 577.º, ainda se permite o testamento verbal aos militares no momento do perigo. Em occasiões de assalto ou de combate não poderia de certo testar o militar, a não ser pela forma acima indicada, e que se acha determinada na ordenação, livro IV, titulo LXXXIII, § 5.º, forma esta que o código civil proscreeveu.

No testamento militar publico faz as vezes de tabellião o auditor, ou um official de patente na falta ou impedimento d'aquelle, ou o capellão ou o facultativo do hospital onde o testador estiver doente ou ferido. Não estando no hospital não pôde deixar de recorrer ao auditor, senão quando este, impedido permanente ou temporariamente, tiver alguém a fazer as suas vezes, ainda que para este effeito somente. No caso de estar no hospital pôde chamar indifferentemente, sem precedencia alguma, o capellão ou o facultativo do estabelecimento.

A falta de qualquer das pessoas designadas no código para autenticar este testamento torna-o insanavelmente nullo. Por isso convinha acrescentar uma disposição, que se lê no artigo 574.º do projecto de código civil hespanhol, em virtude da qual, estando o testador em destacamento, é competente para autenticar o testamento o official que o commandar, ainda que seja subalterno.

No testamento militar a nota da apresentação, com a assignatura da pessoa a quem é apresentado e das testemunhas assistentes, pôde fazer-se *em qualquer parte do testamento*, ao passo que o auto de approvação no testamento cerrado ordinario principia logo *em seguida á assignatura do mesmo testamento*.

Não havia razão para o legislador se afastar n'esta parte das formalidades exigidas no testamento ordinario.

Talvez conviesse exigir tambem a rubrica do testamento pela pessoa, a quem é apresentado, para evitar qualquer fraude, visto ser facil falsificar a letra do testamento que pôde estar já alterada pelas circumstancias anormaes, em que é feito.

No testamento maritimo não devia exigir-se a presença do commandante da embarcação, não só porque a natureza das suas funcções officiaes, obrigando-o a uma constante vigilancia, mal se casa com a obrigação de assistir á feitura de um testamento, mas porque a fé publica, dispensada ao escripto da embarcação, torna escusado aquelle requisito.

O testador no testamento militar, quando este é escripto por individuo que faz as vezes de official publico, *declarará a sua vontade*, isto é, ha de dietar o seu testamento, como determina o código no artigo 1912.º com relação ao testamento publico. Ha de expressar a sua vontade cumprida e claramente, e não por signaes ou monossyllabos em resposta a perguntas, que se lhe façam.

O mesmo preceito é applicavel ao testamento maritimo, sem embargo de o artigo 1949.º ter redacção differente da que se encontra nos artigos 1912.º e 1945.º

As testemunhas devem ser tres, e *idoneas*, isto é, reunirem as qualidades indicadas no artigo 1966.º

Do artigo 1945.º infere-se que no testamento militar em caso nenhum intervem mais de tres testemunhas, saiba ou não o testador escrever. O artigo 1945.º não exige em caso algum mais de tres testemunhas, e se n'algumas hypotheses fossem indispensaveis mais de tres não deixaria o código de o mencionar. Por outro lado o § 2.º, fazendo referencia expressa aos artigos 1914.º e 1915.º, não menciona o artigo 1946.º, onde se providencia sobre a hypothese de o testador não saber ou não poder escrever.

Desde que o § 2.º manda guardar no testamento militar tudo o que determinou para a leitura, data e assignatura do testamento publico, não pôde este preceito expresso ser ampliado alem de seus precisos termos. Se a falta da assignatura do testador no testamento publico só pôde ser supprida pela intervenção de mais uma testemunha, pela mesma razão essa testemunha a mais deveria ser exigida no testamento militar dadas as mesmas circumstancias. Mas, como o codigo a não exige, não pôde o indreprete exigi-la.

Julgámos preferivel esta opinião, que resulta da interpretação stricta e litteral do artigo 1945.º e seu § 2.º, a uma interpretação latitudinaria que nos poderia levar a conclusões perigosas.

Outras duvidas suscita ainda o artigo 1945.º § 2.º na sua referencia ao artigo 1915.º O artigo 1915.º determina que, se alguma das testemunhas não souber escrever, faça o seu signal, sendo todavia indispensavel que tres assignem com o seu nome por extenso, o que é perfeitamente exequivel no testamento publico, visto exigir-se n'elle a intervenção de cinco testemunhas.

Porém como ao testamento militar, não escripto pelo testador, assignem apenas tres testemunhas, que é precisamente o numero das que devem assignar o testamento publico com o seu nome por extenso, mal pôde applicar-se-lhe toda a disposição do artigo 1915.º acerca da forma da assignatura das testemunhas, presentes á feitura do testamento ordinario.

No entretanto entendemos que em cumprimento da lei todas as testemunhas do testamento militar o devem assignar com o seu nome por extenso, não podendo por consequencia intervir n'elle testemunha que não saiba escrever.

O mesmo dizemos do testamento maritimo, onde as testemunhas devem assignar todas tambem com o seu nome por extenso, e onde não é preciso que acresça mais uma testemunha, aindaque o testador não saiba ou não possa escrever.

O testamento maritimo deve ser datado com a indicação do grau de latitude e de longitude em que se acha a embarcação, e do dia, mez e anno em que é feito, sendo assignado pelo testador, pelo escrivão, pelo commandante da embarcação, e pelas testemunhas assistentes.

No testamento maritimo, como no testamento militar, devem as testemunhas assistir a todo o testamento, para assim assegurarem a veracidade das disposições de ultima vontade.

Tambem o testamento maritimo ha de ser *dictado* pelo testador, sem embargo de não ser explicito o artigo 1949.º com respeito a este testamento, como são os artigos 1912.º e 1921.º a respeito dos testamentos ordinarios, e o artigo 1945.º a respeito do testamento militar.

A circumstancia de dever ser escripta a disposição pelo escrivão da embarcação presuppõe o facto anterior de ser dictada na presença das mesmas testemunhas, porque o tabellião não pôde escrever o testamento, sem lhe ser dictado, e o escrivão da embarcação é equiparado ao tabellião no testamento publico, que lhe ha de ser dictado pelo testador, artigo 1912.º

Reputámos pois nullo o testamento maritimo, que, em lugar de ser declarado pelo testador, foi copiado de apontamentos escriptos, ou redigido só por quem o escreveu sem a declaração expressa do testador perante as testemunhas.

Não é porém indispensavel para a validade dos testamentos militar e maritimo, que o testamento seja feito em *acto continuo*, e sem interrupção, como é necessario nos testamentos ordinarios, artigos 1918.º e 1922.º Nem o codigo o exige, nem as circumstancias do lugar,

e das pessoas, que intervem n'este acto juridico, permittiriam, como indispensavel, uma solemnidade incompativel com os regulamentos militares e dos navios do estado, que não admittem excepção alguma ao cumprimento dos deveres respectivos.

Portanto não é nullo o testamento militar ou maritimo, que foi interrompido na sua feitura.

Ha ainda outra differença importante entre o testamento cerrado ordinario, e os testamentos militar e maritimo. Aquelle só pôde ser fechado pelo tabellião, que o approva, estes podem ser fechados pelo testador.

Podem ter sido fechados mesmo por terceira pessoa, comtantoque seja o testador quem os *apresente*, como seus, ao empregado que n'elles faz as vezes de tabellião.

Por isso que os testamentos militar e maritimo podem ser apresentados já cerrados, não exige o codigo a formalidade de se escrever a nota, que n'elles corresponde ao instrumento de approvação dos testamentos cerrados ordinarios, logo em seguida á assignatura do testador.

Os empregados que nos testamentos militar e maritimo fazem as vezes de tabellião, nada podem receber do testador em virtude d'aquelle testamento. O preceito do artigo 1772.º, que declara nulla a disposição em favor do tabellião que fez ou approvou o testamento, abrange de certo aquelles empregados. A razão é a mesma.

Por igual fundamento, em vista d'aquelle artigo 1772.º, não pôde o testador dispor a favor das testemunhas assistentes ao testamento.

O codigo civil francez no artigo 997.º prohibe as disposições feitas no testamento maritimo a favor dos officiaes, que não forem parentes do testador.

O nosso porém não adoptou semelhante restricção, talvez por se suppor que a influencia exercida pelos officiaes sobre os seus subalternos não é de natureza a fazer receiar abusos, cerrado como é o testamento de tantas formalidades para obstar á fraude.

No testamento maritimo serve de tabellião o escrivão da embarcação, ou quem suas vezes fizer, artigo 1949.º

Quando o commandante da embarcação ou o escrivão da embarcação quiserem fazer testamento maritimo, tomarão o seu lugar os que devem substitui-los, artigo 1950.º Por identidade de razão quando o auditor, ou o official que suas vezes fizer, quiserem fazer testamento militar, tomarão o seu lugar a escreve-lo os que deverem legalmente substitui-los.

Se o testamento é publico, ou seja militar ou maritimo, ha de ser feito na presença de tres testemunhas, artigo 1949.º Se é particular, escripto e assignado pelo proprio punho do testador, é apresentado ao tabellião na presença de duas testemunhas.

O projecto primitivo exigia que ao testamento publico, tanto militar como maritimo, e bem assim ao escripto pelo proprio testador, assistissem o commandante do destacamento ou da companhia no testamento militar, e o commandante da embarcação no testamento maritimo. A commissão revisora porém, sem razão que justificasse a differença, dispensou a presença do commandante nos testamentos militares, exigindo-a nos testamentos maritimos.

§ 2.º Vid. nota ao artigo 1914.º

§ 3.º, etc. Vid. artigos 1957.º e 1963.º Pelo ministerio da guerra sera remettido o testamento militar, e pelo da marinha o testamento maritimo, artigo 1957.º, para serem archivados no districto administrativo, onde deverem ter o seu effeito. Não diz o codigo qual é esse

districto, mas deverá ser o do ultimo domicilio do testador, ou o do logar onde se abrir a successão nos termos do artigo 2009.º

Tambem o codigo não declara quem ha de fazer a rennessa do testamento militar ao quartel general, nem a responsabilidade em que incorre o que faltar a esta obrigação. Parece porém que a rennessa deve ser feita pelo commandante do corpo, nao havendo outra responsabilidade senão a de perdas e damnos no caso de dolo.

§§ 4.º e 5.º Vid. artigos 1958.º e 1959.º Estes testamentos só produzirão effeito fallecendo o testador dentro de um mez, depois que cessaram as razões que justificavam a feitura d'aquelles testamentos privilegiados.

Portanto, postoque o testador regresse a outro paiz, que não seja Portugal, ou desembarque em porto, que não seja portuguez, o testamento continua a produzir os seus effeitos, ainda alem do mez, prescripto no artigo 1945.º § 5.º, e no artigo 1958.º Este periodo conta-se unicamente desde a chegada do testador a territorio portuguez, onde póde fazer testamento com as formalidades ordinarias.

As ordenanças de marinha de França, como se mostra do artigo 1.º, livro III, titulo XI, só davam valor ao testamento maritimo feito por aquelles, que *morressem na viagem*; e o codigo civil francez, como se vê do preceito do artigo 996.º, dava effeitos a este testamento, fallecendo o testador no mar, ou dentro de tres mezes contados desde o seu desembarque em logar em que lhe fosse possivel testar pela fórma ordinaria.

Se o testador, ou no testamento militar, ou no testamento maritimo, se vê de novo nas circumstancias que legitimam esta fórma de testar privilegiada nos termos dos artigos 1944.º e 1948.º, ou porque outra vez se achou cercado n'alguma praça, ou porque de novo embarcou, só se conta o mez desde que elle de novo se encontre na situação prevista e regulada no artigo 1945.º § 5.º, e no artigo 1958.º

Pelo projecto primitivo tanto o testamento militar como o testamento maritimo produzia os seus effeitos durante tres mezes.

O testamento maritimo, diz o codigo artigo 1959.º, será annuciado no periodico official, *fallecendo* o testador no mar; e quanto ao testamento militar diz apenas *fallecendo*, sem declarar, se fallecendo em campanha, ou na praça ou terra cercada. Em ambos os casos o governo deve annunciar a existencia do testamento.

A noticia da morte do testador deve ser dada sem demora pelo governo. Não declara o codigo os modos de noticia o fallecimento, deixando talvez estas disposições para os respectivos regulamentos. Deve porém cumprir-se desde já este preceito, que não está dependente da criação de novas instituições, mas simples e unicamente da publicação de regulamentos.

É de toda a conveniencia que nos regulamentos se determine que a publicação se faça tambem nos periodicos que porventura houver na capital do districto, ou no domicilio do testador, e em todo o caso por editaes affixados na respectiva parochia, porque a publicação só no periodico official, que poucos lêem, não satisfaz ás condições de publicidade requeridas para um acto tão importante.

Quanto ao tempo de duração do testamento militar tambem o codigo se afastou do disposto na ordenação livro IV, titulo LXXXIII, § 6.º, que, seguindo o § 3.º do titulo XI do livro II das Institutas, dava valor ao testamento militar até um anno depois da baixa do testador, *sendo honesta e necessaria, e não por erros ou culpas suas*. Outros codigos marcam o prazo de um anno ou de seis mezes até que o testador volte a logar, onde possa testar pela fórma ordinaria.

O prazo marcado pelo nosso codigo é demasiadamente restricto, porque não é possivel que o testador faça testamento immediatamente que cessa o estado anormal. Mais razoavel era o projecto primitivo, que no artigo 2097.º § 5.º, correspondente ao artigo 1945.º, marcava o prazo de tres mezes.

Os militares estão sujeitos, como os que o não são, ás prescrições do artigo 1764.º e seguintes, como já tivemos occasião de dizer n'outro logar.

Art. 1947.º O testamento militar, a que faltar alguma das formalidades ordenadas nos artigos 1945.º e §§ 1.º e 2.º, e 1946.º §§ 1.º e 2.º, não produzirá effeito algum.

(Vid. nota ao artigo 1919.º)

## SUB-SECÇÃO V

### DO TESTAMENTO MARITIMO

Art. 1948.º Testamento maritimo é o que é feito no alto mar, a bordo dos navios do estado, por militares ou empregados civis em serviço publico.

(Vid. nota ao artigo 1944.º)

Art. 1949.º A disposição será escripta pelo escrivão da embarcação, ou por quem suas vezes fizer, na presença de tres testemunhas idoneas e do commandante, e será lida, datada e assignada, como fica dito no artigo 1914.º

Art. 1950.º Se o commandante ou o escrivão quizer fazer testamento, tomarão o seu logar os que devem substitui-los.

Art. 1951.º Se o militar ou o empregado civil souber escrever, poderá fazer testamento por seu proprio punho, contantoque o date e assigne por extenso, e o apresente, aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas e do commandante da embarcação, ao escrivão d'esta ou a quem suas vezes fizer.

§ unico. O escrivão da embarcação escreverá em qualquer parte do mesmo testamento uma nota do logar, dia, mez e anno em que foi apresentado, e esta nota será assignada por elle, e pelas testemunhas, e rubricada pelo commandante.

(Vid. nota ao artigo 1945.º)

Art. 1952.º O testamento maritimo deverá ser feito em duplicado, guardado entre os papeis de bordo, e mencionado no diario da embarcação.

Art. 1953.º Se o navio entrar em algum porto estrangeiro, onde haja consul ou vice-consul portuguez, fará o commandante da embarcação depositar em poder do dito consul ou vice-consul, um dos exemplares do testamento, fechado e sel-

lado, com uma copia da nota, que deve ter sido lançada no diario da embarcação.

Art. 1954.º Aportando a embarcação a territorio portuguez, será o outro exemplar, ou ambos, se nenhum d'elles for deixado em outra parte, entregue á auctoridade maritima do lugar, na fórma declarada no artigo antecedente.

Art. 1955.º Em qualquer dos casos mencionados nos dois artigos precedentes, o commandante do navio haverá recibo da entrega, e o mencionará por cota no competente lugar do diario da embarcação.

Art. 1956.º Os ditos consules, vice-consules ou auctoridades maritimas farão, logoque recebam os exemplares acima mencionados, um termo de entrega, e, com a possível brevidade, o remetterão com os mesmos exemplares ao ministerio da marinha.

(Vid. artigos 2471.º a 2473.º) O testamento maritimo é sempre feito em duplicado, quer seja escripto pelo proprio punho do testador, quer pelo escrivão da embarcação, ou por quem suas vezes faça.

O fim d'esta disposição, igualmente consignada no codigo civil francez, artigo 990.º, é garantir a segurança do testamento maritimo. Tambem para segurar a entrega, e prevenir todo o risco de perda ou extravio, logoque o navio entre em algum porto estrangeiro deve entregar-se um dos duplicados ao agente consular, que ali tivermos, e reservar-se o outro para ser entregue á respectiva auctoridade maritima do primeiro porto portuguez. Se porém, depois de feito o testamento, aportar a embarcação a territorio portuguez primeiro que a qualquer porto estrangeiro, serão entregues á auctoridade maritima ambos os exemplares.

O duplicado do testamento, artigo 1952.º, do registo do nascimento, artigo 2472.º, e do registo do obito, artigo 2486.º, deve ser entregue no primeiro porto a que a embarcação aportar, a fim de subtrahir promptamente o acto aos perigos do mar.

Os testamentos militares não podem ser entregues senão a agente consular, quando os assentos de nascimento em viagem de mar podem ser entregues aos agentes diplomaticos ou consulares, artigo 2472.º Mas tambem difficilmente haverá porto estrangeiro, em que Portugal tenha agente diplomatico sem ter agente consular.

O modo da entrega pois é differente segundo é nacional ou estrangeiro o porto onde primeiro fundeia a embarcação, e segundo n'este ha ou não consul portuguez.

Se porém no porto estrangeiro não houver representante consular do governo portuguez, não se entrega o testamento ás auctoridades territoriaes, salvo o caso de haver convenção especial entre nós e esse paiz, em virtude da qual as auctoridades respectivas sejam obrigadas a receber o testamento maritimo dos portuguezes, e a cumprir as formalidades a este respeito ordenadas no nosso codigo civil.

Pela circumstancia de ser o commandante da embarcação quem entrega os exemplares, e cobra o recibo, vê-se que é elle o depositario do testamento, depois de feito: assim como é o commandante quem deve fechar e sellar o testamento, vistoque é obrigado a entrega-lo n'este estado segundo os preceitos dos artigos 1953.º e 1954.º; porque

a obrigação de o sellar não incumbe ao testador, que pôde apresentalo *aberto* ou *cerrado*, artigo 1954.º, nem ao escrivão da embarcação a quem o codigo não impõe similhante dever.

Emquanto não se publicar regulamento especial, que determine o modo de fechar e de sellar o testamento maritimo n'uma capa exterior, deverá o commandante da embarcação, *a simili* do disposto no § 2.º do artigo 1922.º, *coser e lacrar* o testamento, lavrando na face exterior do envolvero uma nota, que declare a pessoa a quem elle pertence.

O commandante averbará o recibo da entrega á margem do nome do testador, mencionado no diario da embarcação.

O codigo manda fazer dois *originaes* do testamento, vistas as palavras *feito em duplicado*, adoptando assim a jurisprudencia, reconhecida no citado artigo 990.º do codigo civil francez, e afastando-se do systema do projecto de codigo civil hespanhol, que no artigo 581.º manda, não fazer dois testamentos originaes, mas apenas tirar copia do testamento original, a qual será assignada pelas mesmas pessoas que assignaram este testamento no caso de taes pessoas serem vivas, e estarem a bordo da embarcação.

Nos termos do nosso codigo pois ambos os testamentos, tanto o primeiramente feito, como o duplicado, devem ser escriptos pela mesma pessoa, observando-se n'um e n'outro as formalidades prescriptas na lei. Do testamento externo regulado no artigo 1963.º, apenas se tira  *copia*  para enviar ao governo.

Porém o systema dos dois testamentos originaes, em vez de um original e de uma copia, pôde em muitos casos trazer graves difficuldades. Supponhâmos, por exemplo, que não houve tempo para fazer senão um original do testamento, a falta de duplicado invalidará a disposição? Cremos que não. O duplicado é apenas meio de obstar ao extravio da disposição testamentaria. Desde que ella consta por um dos exemplares, a falta do outro não tem importancia juridica tão decisiva, que annulle o acto juridico.

O artigo 1960.º, declarando nullidade insanavel nos testamentos maritimos só a falta das solemnidades ordenadas nos artigos 1949.º a 1951.º, sem abranger na sua disposição irritante o preceituado no artigo 1952.º, não deixa duvida alguma áccrea da verdade da nossa opinião.

É uma excepção ao principio geral da nullidade dos actos, praticados contra a lei preceptiva ou prohibitiva, reconhecido no artigo 10.º

Art. 1957.º Por este ministerio será o testamento mandado depositar, na fórma ordenada na ultima parte do § 3.º do artigo 1945.º

Art. 1958.º O testamento maritimo só produzirá effeito, fallecendo o testador no mar, ou dentro de um mez, contado desde o desembarque do dito testador em territorio portuguez.

Art. 1959.º Se o testador fallecer no mar, observar-se-ha o que fica disposto no § 4.º do artigo 1945.º

(Vid. nota ao artigo 1945.º)

Art. 1960.º O testamento maritimo, a que faltar alguma



das solemnidades requeridas nos artigos 1949.º, 1950.º e 1951.º, não produzirá effeito algum.

(Vid. nota ao artigo 1949.º)

## SUB-SECÇÃO VI

### DO TESTAMENTO EXTERNO OU FEITO EM PAIZ ESTRANGEIRO

Art. 1961.º Os testamentos, feitos por portuguezes em paiz estrangeiro, produzirão os seus effeitos legais no reino, sendo formulados authenticamente, em conformidade da lei do paiz onde forem celebrados.

Art. 1962.º Os consules ou vice-consules portuguezes poderão servir de tabelliães, na celebração e approvação dos testamentos dos subditos portuguezes, comtantoque se conformem com a lei portugueza, excepto no que diz respeito á nacionalidade das testemunhas, que poderão, n'este caso, ser estrangeiras.

(Vid. nota ao artigo 24.º) De tres especies de testamento *externo* se occupa o codigo n'esta secção, do testamento feito por portuguez em paiz estrangeiro perante os nossos consules ou vice-consules, artigos 1962.º a 1964.º, do testamento feito por portuguez no estrangeiro em conformidade da lei d'este paiz, artigo 1961.º, e do testamento feito por subdito não portuguez fóra de Portugal para produzir os seus effeitos n'este reino, artigo 1965.º A primeira especie porém é a mais importante. Era desconhecida do direito romano, e de toda a nossa legislação anterior.

Mesmo depois de publicado o codigo civil francez, que primeiramente regulou esta materia, as obras dos nossos juriconsultos não se occuparam d'esta fórma de testar, porque a lei de 18 de agosto de 1769, § 9.º, e os estatutos da universidade, livro II, titulo V, capitulo II, § 16.º, só mandavam seguir, como subsidiaria, a legislação estrangeira, em materias politicas, economicas, mercantis e maritimas.

Sobre o assumpto vein providenciar o regulamento consular de 26 de novembro de 1851, que no artigo 36.º impoz aos agentes consulares a obrigação de approvarem testamentos cerrados, e de praticarem os actos em geral, que eram da competencia dos tabelliães, entre os quaes se comprehende a feitura do testamento publico.

Os testamentos feitos por portuguezes em paiz estrangeiro perante os nossos consules ou vice-consules podem ser publicos ou cerrados; e, tanto n'uns como n'outros, servem de tabelliães aquelles funcionarios, devendo por isso ter um livro onde lancem os testamentos publicos, e outro onde tomem nota do logar, dia, mez e anno, em que approvam os cerrados, artigos 1941.º e 1926.º

Nestes testamentos, visto deverem conformar-se os consules ou vice-consules com a lei portugueza, é preciso cumprir-se á risca o disposto nos artigos 1912.º a 1919.º se o testamento é publico, e as prescripções dos artigos 1921.º a 1925.º se o testamento é cerrado.

A esta determinação generica ha apenas uma excepção, que respeita ás testemunhas, as quaes podem ser estrangeiras sem embargo do disposto em o n.º 1.º do artigo 1966.º Esta excepção é altamente

justificada, poisque de outro modo seria muitas vezes impossivel aos portuguezes fazer testamento em paiz estrangeiro pela impossibilidade de reunir o numero preciso de compatriotas seus para assistirem á feitura do testamento.

No projecto primitivo o artigo 2114.º, correspondente ao artigo 1962.º do codigo, terminava pelas seguintes palavras: *não havendo no logar portuguezes, que possam intervir no acto*. A commissão revisora porém, segundo consta da acta das suas sessões de 19 de novembro de 1862, sob proposta do sr. Ferreira Lima, eliminou com razão aquellas palavras, que darciam logar a interminaveis questões, poisque os interessados na annullação do testamento tratariam sempre de provar que na occasião da feitura d'elle havia nò logar portuguezes, que podessem intervir no acto.

E quando o codigo determina que as testemunhas poderão ser *estrangeiras*, designará por este termo unicamente os nacionaes do paiz, onde o testamento é feito ou approvado, ou tambem individuos de nacionalidade estrangeira, qualquer que seja o paiz a que pertençam? N'outros termos. Ao testamento feito por portuguez no Brazil perante os nossos consules ou vice-consules só são admittidas testemunhas estrangeiras, sendo brazileiras, ou podem ser admittidos, como testemunhas, tambem inglezes, francezes, belgas, etc.?

Sustentam alguns que as testemunhas estrangeiras, que podem assistir ao testamento, hão de ser necessariamente do paiz onde elle é feito ou approvado: 1.º, porque em vista da regra geral consignada no artigo 1961.º deve seguir-se a lei do paiz, onde se faz o testamento, e em todas as legislações se exige que sejam nacionaes as testemunhas instrumentarias dos testamentos; 2.º, porque de outra sorte podiam intervir no testamento testemunhas de varias nações, tornando-se em muitos casos difficilimo, se não impossivel, verificar se o testamento era falso ou verdadeiro.

Nós porém não reputámos legal semelhante opinião. O codigo admittie a intervir no testamento externo testemunhas *estrangeiras*, sem distinguir se são só os estrangeiros do paiz, onde o acto juridico é feito, ou os estrangeiros de outro qualquer paiz; e onde a lei não distingue não é lícito ao interprete distinguir. Por outro lado não podem impôr-se nullidades a actos juridicos de tão elevada importancia, como são os testamentos, sem haver lei que assim o determine expressamente.

Para os actos praticados em paiz estrangeiro rege o principio geral, estabelecido no artigo 24.º, *locus regit actum*. Mas o mesmo artigo salva os casos em que a lei expressamente ordenar e contrario, e um d'esses é o testamento feito em paiz estrangeiro perante os nossos agentes consulares, que só é valido sendo celebrado em harmonia com as leis portuguezas, porque se presume feito em territorio portuguez.

Verdadeiramente ainda n'este caso prevalece o principio: *locus regit actum*.

Offerece alguma duvida a significação das palavras *formulado authenticamente*, que se encontram no artigo 1961.º, como já a offereciam as palavras *ou par acte authentique*, que se lêem no artigo 999.º do codigo civil francez, fonte d'este.

Significarão as palavras *formulados authenticamente*, que os testamentos devem ser feitos por official publico, ou com intervenção d'este nos termos do artigo 2422.º? Ou significarão que os testamentos devem ter a authenticidade exigida pela lei do paiz onde são feitos?

Parece-nos mais racional a segunda interpretação, porque o pensamento do legislador é exigir para os testamentos feitos por portugueses em paiz estrangeiro a authenticidade determinada pelas leis d'esse paiz, o que mais se confirma pelo emprego das palavras *em conformidade da lei do paiz onde forem celebrados*.

Por isso se um portuguez fizer testamento, sem a intervenção de official publico, em paiz onde a presença do official não seja necessaria para a validade da disposição testamentaria, o testamento produz os seus effectos legais em Portugal, reunindo as outras formalidades exigidas pela lei respectiva para sua inteira validade.

De outro modo entendido o codigo ficariam na impossibilidade de testar os portuguezes que se achassem em paiz estrangeiro, onde as formas testamentarias não admittissem a intervenção de official publico, o que é de certo contra o pensamento do legislador.

**Art. 1963.º** Os consules ou vice-consules, logoque hajam formulado algum testamento em nota publica, transmitirão uma copia ao ministerio dos negocios estrangeiros, que dará a esta a direcção indicada no § 3.º do artigo 1945.º

**Art. 1964.º** Se o testamento for cerrado, o consul ou vice-consul, que o houver approvedo, lançará por copia na respectiva nota o termo de approvação, e assim o participará ao governo, pelo ministerio dos negocios estrangeiros.

§ unico. Se o testamento for dado a guardar ao consul ou vice-consul, o depositario fará menção d'esta circumstancia, e passará recibo de entrega.

A remessa ao ministerio dos negocios estrangeiros da copia do testamento publico, e a participação ao mesmo ministerio da approvação do testamento cerrado tem por fim dar conhecimento da existencia do testamento aos herdeiros do testador, quando elle fallecer, devendo o governo quando publicar na folha official a relação dos cidadãos portuguezes, fallecidos em paiz estrangeiro, publicar tambem a nota da epocha em que fizeram testamento os que testaram nos termos d'estes artigos.

Do testamento cerrado apenas o consul ou vice-consul dá parte ao governo, porque o testador pôde querer conserva-lo em seu poder, ou confia-lo a terceiro, e não querer manda-lo para o archivo testamentario do respectivo districto.

Por isso a commissão revisora eliminou, e logo nos trabalhos da primeira revisão, o artigo 2117.º do projecto, que era o final da secção, onde se estabelecia que o portuguez, residente em paiz estrangeiro, podesse escrever de proprio punho o seu testamento, contantoque o datasse e assignasse por extenso, e o apresentasse ao consul ou vice-consul, que deveria remette-lo com a possivel brevidade ao governo, que o faria depositar no archivo testamentario do districto administrativo, em que o testamento devesse produzir o seu effecto.

Em vez d'esse artigo introduziu a commissão revisora o artigo 1965.º, que aliás era escusado, bem como o artigo 1964.º, porque se achava consignada no codigo, artigo 24.º, a doutrina de um e de outro.

O artigo 1963.º devia fazer referencia tambem ao § 4.º do artigo 1945.º, assim como a faz ao § 3.º As razões que levaram o legislador a ordenar, com relação aos testamentos *militar* e *maritimo*, que, fal-

lecendo o testador, o governo fizesse noticiar a sua morte no periodico official, designando o archivo onde se achasse depositado o testamento, são inteiramente applicaveis ao testamento externo, aliás ha de acontecer muitas vezes ignorar-se a morte do testador, ou a existencia do seu testamento.

Deve portanto o governo, aindaque a lei lhe não impõe expressamente essa obrigação, fazer noticiar a morte do testador no periodico official, designando o archivo onde o testamento se achar depositado.

Não declara o codigo *onde* o consul deve fazer menção da circumstancia de lhe ter sido entregue o testamento cerrado, quando o testador o confiar á sua guarda, e era conveniente regular este facto.

Não é de certo na folha, que serve de envolucro ao testamento cerrado, que se ha de fazer aquella menção, não só porque essa folha é destinada a declarar a pessoa a quem pertence o testamento, artigo 1922.º § 2.º, mas porque da menção feita d'este modo nenhum resultado pratico se tirava, poisque similhante declaração não poderia apparecer, senão quando apparecesse o proprio testamento.

Entendem alguns que a referida *menção* deve fazer-se no livro, onde se toma nota da approvação do testamento.

Parece porém que, não podendo este livro occupar-se de objectos estranhos ao seu fim, é mais razoavel a opinião de que a *menção* deve ser feita na participação, que o consul ou vice-consul dirige ao governo pelo ministerio dos negocios estrangeiros. É tambem a conclusão que resulta da interpretação grammatical e logica, vista a relação de dependencia, que ha entre a doutrina do § unico do artigo 1964.º e a do mesmo artigo.

Demais, feita a menção na participação dirigida ao governo fica-se sabendo não só a existencia do testamento cerrado, mas tambem o lugar onde está depositado, e foi este de certo o pensamento do legislador, quando mandou que o consul ou vice-consul, depositario do testamento, fizesse menção do deposito.

Nada dispõe o codigo para o caso de o testador querer retirar do deposito o testamento. Entendemos porém que elle pôde reclama-lo do depositario, quando quizer, guardadas por analogia as formalidades prescriptas nos artigos 1930.º e 1934.º

Tambem o codigo não prescreveu formalidades essenciaes com relação ao testamento externo, consignando disposição identica á que se encontra no artigo 1919.º com relação ao testamento publico, no artigo 1925.º com relação ao testamento cerrado, no artigo 1947.º com relação ao testamento militar, e no artigo 1960.º com relação ao testamento marítimo.

Mas não era preciso. Se o testamento externo é feito perante as autoridades estrangeiras ha de observar-se o que estiver disposto na legislação do respectivo paiz. Se é feito perante os nossos consules ou vice-consules está sujeito ás disposições dos artigos 1912.º a 1919.º, ou ás disposições dos artigos 1920.º a 1926.º, segundo o testamento é publico ou cerrado.

**Art. 1965.º** O testamento, feito por subdito não portuguez fóra de Portugal, produzirá n'este reino os seus effectos legais, ainda com relação aos bens n'elle existentes, observando-se no testamento as disposições da legislação do paiz onde for feito.

(Vid. nota ao artigo 24.º)

## SUB-SECÇÃO VII

## DISPOSIÇÕES COMMUNS ÀS DIVERSAS FORMAS DO TESTAMENTO

Art. 1966.º Não podem ser testemunhas em testamento:

- 1.º Os estrangeiros;
- 2.º As mulheres;
- 3.º Os que não estiverem em seu juizo;
- 4.º Os menores não emancipados;
- 5.º Os surdos, os mudos, os cegos, e os que não entendem a lingua em que for escripto o testamento, sendo publico, ou o auto de approvação, sendo o testamento cerrado;
- 6.º Os filhos, e os amanuenses do tabellião que escrever ou approvar o testamento;
- 7.º Os declarados por sentença incapazes de serem testemunhas instrumentarias.

§ unico. A idade legal para ser testemunha em testamento, ou em approvação d'elle, cumpre tê-la na conjunctura em que é feito o dito testamento ou approvação.

(Vid. artigo 2492.º) O projecto primitivo abria esta secção com o seguinte artigo: «E defezo aos tabelliães, ou quaesquer outras pessoas, que hajam de redigir disposições de ultima vontade, servir-se de abreviaturas ou cifras, sob pena de 50\$000 réis de multa, sendo tabellião, e metade, não o sendo».

A commissão revisora porém eliminou-o, logo nos trabalhos da primeira revisão, talvez por inutil.

O projecto primitivo no artigo 2119.º, correspondente ao artigo 1966.º, continha as mesmas restricções, que o código, ao direito de ser testemunha instrumentaria, exceptuando o n.º 6.º d'este artigo, que ali não vinha mencionado. A commissão revisora porém desde logo o emendou, conservando nos projectos de 1863 e de 1864 unicamente as restricções, que se encontram em os n.ºs 3.º, 4.º e 5.º do artigo, e estabelecendo no projecto de 1865 a redacção que se encontra hoje no código.

Nem todos os que podem ser testemunhas em processos judiciaes ou administrativos de qualquer especie podem ser testemunhas instrumentarias. As testemunhas instrumentarias, alem de não serem excluidas pelas disposições dos artigos 2510.º e 2511.º, devem estar ao abrigo do disposto nos artigos 1966.º e 2492.º Não se supponha que todas as pessoas não excluidas por este artigo de serem testemunhas instrumentarias o podem ser, porque tambem o não podem ser se forem excluidas pelas disposições dos artigos 2510.º e 2511.º As pessoas excluidas pelos artigos 2510.º e 2511.º não podem ser testemunhas, nem em actos de processo, nem em instrumentos juridicos. As excluidas por força da disposição dos artigos 1966.º e 2492.º podem ser testemunhas em actos do processo se lhes não obstar o precelto dos artigos 2510.º e 2511.º, mas não podem ser testemunhas instrumentarias. O código exigiu os mesmos requisitos para todas as testemunhas instrumentarias, ou o instrumento comprehendesse actos entre vivos, ou *mortis causa*.

Neste artigo estabelece o código, em modificação das regras geraes adoptadas nos artigos 2510.º e 2511.º, algumas especialidades: e por

isso escusadas eram as providencias dos n.ºs 3.º, 4.º, e 1.º parte do n.º 5.º d'este artigo 1966.º, que estão todas estabelecidos no artigo 2510.º

Em seguida ao artigo 2862.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2492.º do código, lia-se o seguinte artigo, que a commissão revisora eliminou: «A prohibição relativa aos parentes é todavia limitada aos ascendentes e descendentes, e conjunctos dos estipulantes».

Assim ficaram perfeitamente equiparados aos actos entre vivos os actos de ultima vontade quanto ás exigencias nas qualidades das testemunhas instrumentarias.

Ficou porém a incoherencia, até certo ponto já enuncida em a nota ao artigo 1774.º, de ser nullo o testamento, em que o herdeiro ou outro qualquer beneficiado intervem como testemunha, unicamente *na parte* relativa ao seu beneficio, artigo 1773.º, e de ser *absolutamente* nullo o testamento, se em vez de intervir o proprio interessado, intervierem os parentes, affins, e mais pessoas comprehendidas em os n.ºs 1.º a 4.º do artigo 2511.º

Pelo direito velho os legatarios podiam ser testemunhas até nos testamentos nuncupativos, como julga a relação de Lisboa em accordo de 10 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 9.

O código foi muito mais rigoroso na escolha das qualidades das testemunhas, que intervem nos actos juridicos, vistoque contra elles não prevalece prova alguma testemunhal, senão nos termos dos artigos 2507.º e 2508.º, quando para os depoimentos das testemunhas em actos de processo fica ao juiz grande latitude de apreciação.

Sobretudo com relação aos testamentos, que só vigoram depois que o seu auctor desaparece da superficie da terra, eram necessarias todas as cautelas.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 17.º)

O projecto primitivo acrescentava as palavras: *que não se acharem naturalizados no reino*, que a commissão revisora eliminou, de certo por desnecessarias, poisque os estrangeiros, depois de naturalizados, deixam de ser *estrangeiros*, para serem cidadãos portuguezes, gosando da plenitude de todos os direitos civis, e mesmo dos direitos politicos, com a inhibição apenas de serem deputados, ministros e conselheiros d'estado.

Tambem o projecto primitivo dispunha que esta restricção, relativa aos estrangeiros, devia entender-se sem prejuizo do determinado no artigo 2114.º, correspondente ao artigo 1962.º do código, declaração esta que a commissão revisora eliminou, de certo, por desnecessaria.

Por direito anterior não eram os estrangeiros incapazes de ser testemunhas nos testamentos. Alem dos impedidos por incapacidade natural só as mulheres é que não podiam ser testemunhas pela disposição da ordenação, livro IV, titulo LXXXV.

2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 7.º)

O projecto primitivo apenas admittia as mulheres a serem testemunhas em actos instrumentarios, nos testamentos nuncupativos, na falta de varões, e até duas testemunhas. Como porém a commissão revisora acabou com a forma de testar nuncupativamente deixava de ter razão de ser aquelle preceito juridico.

O certo é que depois da promulgação do código não podem ser testemunhas as mulheres, senão em processo civil ou crime. Em accordo de 22 de abril de 1871, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4505, julga a relação de Lisboa nulla uma citação, cuja certidão não tinha

sido assignada pelo citado, e que tinha sido authenticada por duas testemunhas, uma das quaes era mulher, contra o disposto no artigo 2492.º do codigo.

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 344.º)

4.º, etc. (Vid. nota ao artigo 303.º)

5.º, etc. (Vid. nota ao artigo 337.º)

No projecto primitivo era redigido este numero nos seguintes termos: «Os surdos, os mudos, os cegos, e os que não entenderem a lingua do testador». Logo nos trabalhos da primeira revisão lhe deu a commissão revisora a redacção, que hoje tem no codigo, e que é incomparavelmente preferivel.

6.º, etc. Suppõe-se que os filhos e os amanuenses do tabellião, pela obediencia e sujeição que lhe devem, não representarão outra vontade senão a d'elle, e que facil seria ao tabellião abusar da influencia que exerce sobre estas pessoas, que lhe estão sujeitas. Por isso exige o codigo certo numero de pessoas diferentes d'aquellas para authenticarem a verdade de acto tão importante.

No entretanto em muitos casos, e n'alguns sitios, hão de os tabelliães e as partes encontrar difficuldades para obter as testemunhas necessarias para assistirem a um testamento, desde que são excluidos os filhos e amanuenses d'aquelles.

A intervenção do legatario, como testemunha, no testamento, annulla a disposição só com relação a elle, e a intervenção do filho ou amanuense do tabellião, como testemunha em qualquer instrumento publico entre vivos ou por morte, annulla-o radicalmente.

Contra esta prohibição desde logo foram dirigidas varias representações ao governo, cujos fundamentos principaes eram os seguintes:

1.º Que nunca fôra prohibido, antes tinha sido pratica constante, servirem, os amanuenses dos tabelliães, de testemunhas nos actos entre vivos e de ultima vontade celebrados perante os mesmos tabelliães;

2.º Que esta pratica nunca produzira inconvenientes, nem dera lugar a queixas, que justificassem a sua abolição;

3.º Que pelo contrario é de maxima conveniencia para o mais prompto expediente dos negocios, que os interessados achem logo nos escriptorios dos tabelliães pessoas que sirvam de testemunhas, sem terem necessidade de andar solicitando e incomodando outras de fóra para testemunharem os actos ali celebrados;

4.º Que todo aquelle, que tem de celebrar qualquer acto perante o tabellião, tem sempre o direito de ir acompanhado de pessoas da sua escolha para servirem de testemunhas;

5.º Que os amanuenses não são impostos pelos tabelliães aos outorgantes para testemunhas, mas servem frequentes vezes como taes, porque os outorgantes os aceitam, rogam e approvam para esse fim;

6.º Que é sempre muito difficil reunir e conservar presentes, como testemunhas, durante qualquer acto da competencia dos tabelliães, e principalmente de ultima vontade, pessoas que não têm obrigação de permanecer por necessidade dos seus empregos nos escriptorios dos tabelliães, etc.

O codigo, que inhibiu os filhos e os amanuenses do tabellião de serem testemunhas nos actos instrumentarios, não os inhibiu todavia de assignarem a rogo das partes nos contratos, porque em parte nenhuma a lei decreta semelhante restricção! E por força d'este artigo até nos testamentos podiam assignar a rogo do testador, se o artigo 1945.º não considerasse, como testemunha, a pessoa que assigna a rogo do testador.

Demais, se o legislador receiava da influencia do tabellião sobre seus filhos e amanuenses, devia ampliar a exclusão a todos os descendentes, ascendentes, irmãos e creados do tabellião. Provavelmente o legislador excluiu só os filhos e os amanuenses do tabellião, e só de serem testemunhas, e não de assignarem a rogo das partes, attendendo aos casos de abuso mais frequentes, e não cuidando de pôr regras geraes.

Não pôde ser testemunha em testamentos, vista a disposição do artigo 37.º do codigo penal, o que soffreu a perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena.

7.º, etc. (Vid. nota ao artigo 353.º)

§ unico. (Vid. nota ao artigo 1763.º)

Este preceito vae de accordo com o legislado no artigo 1763.º, e é determinado pelas mesmas rasões e pelos mesmos principios. No projecto primitivo tinha o § unico a seguinte redacção: «A idade das testemunhas entender-se-ha ao tempo da factura do testamento». Assim se conservou nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Os prodigos não são excluidos de serem testemunhas instrumentarias, assim como não são inhibidos de testar, artigo 1764.º, porque não estão interdictos dos seus direitos civis, e apenas inhibidos de administrar os seus bens, e ainda assim com as restricções marcadas na sentença que decretar a interdicção.

Os legatarios, que pelo direito anterior podiam ser testemunhas nos testamentos, não o podem ser hoje, em vista do artigo 2511.º n.º 1.º, porque tem interesse directo na causa, e visto o artigo 1772.º; mas a sua intervenção não annulla totalmente o testamento, e sim só a disposição que os favorece.

Comquanto o artigo 2511.º se refira ás pessoas, que não podem ser testemunhas nas causas judiciaes, e os artigos 1966.º e 2492.º ás pessoas que o não podem ser em actos instrumentarios, entendemos que as testemunhas, inhibidas de o serem em actos judiciaes, pelo menos as especificadas em os quatro primeiros do artigo 2511.º, o não podem ser em actos instrumentarios.

Tambem o não podem ser as pessoas impossibilitadas de assignarem mesmo de cruz.

E annullará o acto a intervenção de uma testemunha, excluida pelo artigo, mas ácerca de cuja inhabilidade para este fim havia erro commum?

Da acta da sessão da commissão revisora de 19 de novembro de 1862 consta que o sr. Seabra propozera que se resolvesse se o erro commum quanto ao estado e qualidade da testemunha podia escusar-se, e que a commissão decidira resolver-se sobre este objecto quando se tratasse da materia de provas. Mas o certo é que nunca mais se occupou de semelhante objecto.

A equidade pedia que o erro commum ácerca do estado da testemunha salvasse da nullidade o testamento, e que não se invalidasse a disposição testamentaria, porque n'ella interveiu, como testemunha, um estrangeiro ou um condemnado, por exemplo, estando o testador persuadido, bem como o publico, de que essa pessoa era cidadão portuguez, ou não estava privada do direito de ser testemunha instrumentaria.

Pelo codigo porém não é admissivel semelhante doutrina. Desde que alguma das testemunhas instrumentarias esteja comprehendida nas disposições do artigo 1966.º, é radicalmente nullo o acto juridico, ou as partes soubessem ou ignorassem o defeito da testemunha.

Art. 1967.º A acção de nullidade de testamento, por defeito de formulas, ou de solemnidades externas, prescreve por tres annos, contados desde que o testamento tenha sido registado, nos termos do artigo 1935.º, ou começado a executar, se não estiver sujeito a registo.

(Vid. nota ao artigo 547.º)

Pela legislação anterior ao código civil o praso para a prescripção de taes acções era de trinta annos.

O projecto primitivo não consignava disposição especial a este respeito.

A comissão revisora porém resolveu, segundo se lê em a nota ao artigo 2014.º do projecto de 1863, que se fixasse em artigo inserido n'esta sub-seccção o praso de tres annos para a prescripção da acção de nullidade do testamento por defeito de formulas ou solemnidades externas; e no projecto de 1864 appareceu pela primeira vez o artigo redigido nos seguintes termos: «A acção de nullidade de testamento por defeito de formulas ou solemnidades externas, prescreve por tres annos a contar da morte do testador».

No projecto de 1865 deu-se-lhe a redacção, que tem no código, e que é mais razoavel; pois se se contasse o praso, para a prescripção, desde a morte do testador, ficavam os interessados na annullação do testamento inteiramente privados do exercicio do seu direito, logoque por qualquer circumstancia o testamento podesse estar subtraído durante tres annos á publicidade.

Emquanto o testamento não é registado, ou não começa a executar-se, não pôde presumir-se que os interessados tenham conhecimento d'elle.

Se porém o testamento, em vez de ser atacado por defeito de formulas ou solemnidades externas, o for com o fundamento de falsidade ou de vicio na forma interna, o praso da prescripção é o ordinario.

Para a acção de nullidade do testamento devem ser citados todos os interessados, tanto herdeiros, como legatarios, aliás só produzirá effeito a sentença contra os chamados a juizo, salvo se a base do pedido for a falta de capacidade do testador, porque então a sentença proferida contra qualquer d'elles prejudica-os a todos, vista a disposição do § unico do artigo 2503.º

### CAPITULO III

#### DA SUCCESSÃO LEGITIMA

##### SECÇÃO I

###### DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 1968.º Se qualquer pessoa se finar, sem dispor de seus bens, ou dispozer só em parte, ou se, havendo disposto, o testamento for annullado, ou caducar, os seus herdeiros legitimos haverão os ditos bens ou a parte d'elles de que o testador não dispozer.

(Vid. nota ao artigo 1735.º)

Art. 1969.º A successão legitima defere-se na ordem seguinte:

- 1.º Aos descendentes;
- 2.º Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1936.º;
- 3.º Aos irmãos e seus descendentes;
- 4.º Ao conjuge sobrevivivo;
- 5.º Aos transversaes não comprehendidos no n.º 3.º, até o decimo grau;
- 6.º À fazenda nacional.

(Vid. artigos 1985.º, 1993.º e 1996.º Pelo projecto primitivo os irmãos e seus descendentes seguiam-se immediatamente aos paes, e preferiam aos outros ascendentes; e os transversaes até ao decimo grau, ainda não sendo irmãos nem descendentes d'estes, preferiam ao conjuge sobrevivivo.)

O artigo 2121.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 1969.º do código, era redigido assim: «A successão legitima defere-se na ordem seguinte: 1.º aos descendentes; 2.º aos paes; 3.º, aos irmãos e seus descendentes; 4.º, aos ascendentes não comprehendidos no n.º 2.º; 5.º, aos transversaes não comprehendidos no n.º 3.º; 6.º, ao conjuge sobrevivivo; 7.º, à fazenda nacional.»

O projecto primitivo pois estabelecia profundas alterações no nosso velho direito successorio, que se fundava no direito romano, como quasi todas as legislações posteriores, que tinham adoptado para base da sua doutrina n'esta parte as tres ordens de successão, estabelecidas por Justiniano na Nov. 118, dos descendentes, ascendentes e collateraes.

Quanto á primeira ordem de successão eram conformes o direito romano, e todas as legislações que o tomaram por typo. Todas chamavam á herança em primeiro logar os descendentes; as differenças eram quanto aos ascendentes e aos collateraes.

O projecto na falta de posteridade fazia passar a herança inteira para os paes, sem admittir o concurso de outros parentes, conformando-se assim com a nossa ordenação, livro iv, título cxvi, pr., e com o código da Prussia; e afastava-se do código civil francez, que, approximando-se mais do direito romano, determina, como se mostra do artigo 748.º, que, na falta de descendentes, e sobrevivendo, ao auctor da herança, pae e mãe, irmãos e irmãs, ou descendentes d'estes, se dividirá a herança em duas partes iguaes, metade para o pae e mãe, e a outra metade para os irmãos e irmãs, ou seus descendentes.

O direito romano na falta de posteridade fazia passar a herança para os ascendentes, metade para os da linha paterna, e metade para os da materna; e da mesma forma, que no código da Prussia, se só existia pae ou mãe, recebia esse toda a herança, e excluía os outros ascendentes, porque n'esta ordem não se admittia o direito de representação, como não se admitta nas legislações modernas.

Mas se o auctor da herança deixava ao mesmo tempo irmãos e irmãs *germanos*, estes e os filhos dos predefuntos eram chamados tambem a succeder com os ascendentes, ou estes fossem do primeiro, ou dos graus ulteriores. Eram porém excluidos os irmãos e as irmãs unilateraes, bem como os descendentes dos *germanos* alem do primeiro grau, porque na linha transversal não passava o direito de representação dos filhos de irmãos, e nem em sobrinhos fallou Justi-

niano no capitulo 2.º da Nov. 118, e só depois os admittiu pela Nov. 127, capitulo 1.º

Na falta de pae e de mãe chamava o projecto primitivo á successão os irmãos do auctor da herança sem distincção entre *germanos* e *unilateraes*, e os descendentes d'elles sem limitação de grau.

N'esta parte afastou-se completamente da nossa velha ordenação, que excluía da successão todos os collateraes, emquanto houvesse ascendentes; e mesmo do direito romano, porque este chamava os irmãos e irmãs *germanos*, e os filhos dos predefuntos, não para *excluir*, mas para concorrer com os ascendentes, e não admittia a este curso irmãos unilateraes.

O projecto primitivo pois chamava á successão na falta de posteridade, e de pae e de mãe, os irmãos e irmãs, e seus descendentes, sem distincção entre bilateraes e unilateraes, com exclusão dos ascendentes e dos outros collateraes.

A idéa de preferir os irmãos aos avós, como herdeiros legitimados, suscitou logo grandes reclamações. Sustentava o sr. dr. Joaquim José Paes da Silva, que as cinco ordens de successão legitima, reconhecidas já no direito romano, descendentes, ascendentes, collateraes, conjuges, e fisco, eram tão antigas, como a monarchia, que n'esta parte só havia differença entre o direito romano e o portuguez, em que por aquelle direito, juntamente com os ascendentes, inclusivamente os paes, entravam os irmãos e filhos d'estes á herança do descendente, como se vê da Nov. 118, capitulo 3.º, e que pelo nosso direito só entram os irmãos na falta de descendentes e ascendentes, como se vê da ordenação, livro IV, titulo xcvi pr., extrahida já da ordenaçãomanuelina, livro IV, titulo xvii, e da affonsina, livro IV, titulo cvii, porque n'esta parte o nosso direito seguiu o codigo visigothico, que havia certa anomalia em serem os ascendentes herdeiros legitimados ou necessarios dos descendentes, e em serem os irmãos preferidos a estes, e que a manter-se a idéa da preferéncia dos irmãos, lembrava então que os ascendentes tivessem o usufructo, e os irmãos a propriedade.

Á estas considerações, realmente importantes, respondia o sr. Seabra que aquella anomalia era determinada por motivos attendiveis, que por via de regra a vida acaba para os ascendentes já em segundo grau, quando começa para os descendentes, que não está na ordem natural que os avós cerrem os olhos aos netos, que a conveniencia social exige que n'esta ultima situação haja mais meios de vida e industria, que n'aquella avançada idade não ha já a necessaria garantia de boa administração, que elle considerava os irmãos nascidos dos mesmos paes quasi como uma só pessoa moral, em que a affeição natural não pôde considerar-se reciprocamente menor do que para os ascendentes, e que Belime é d'esta mesma opinião, sustentando que os irmãos e as irmãs deverão excluir completamente os avós, porque são, sem duvida alguma, objecto de mais viva affeição, e indo até approvar o systema do codigo civil francez, que chama os irmãos em concorréncia com os paes; porque a affeição do homem se divide quasi igualmente entre elles.

Quanto á idéa, lembrada pelo sr. dr. Paes, de que os ascendentes tivessem o usufructo, e os irmãos a propriedade, parecia-lhe que d'esta forma não eram sufficientemente attendidos os motivos indicados, mas que entretanto valeria mais que o systema do direito anterior.

Esta idéa do sr. dr. Paes chegou a obter a approvação da commissão revisora, porque segundo se lê em a nota ao artigo 2046.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 1969.º do codigo, decidiu-se

que na falta de descendentes e de paes, e havendo irmãos ou seus descendentes, os avós ou outros ascendentes deveriam ter o usufructo.

Similhante pensamento porém nunca chegou a ser consignado em preceito, porque no projecto de 1864 vem já redigido o artigo, como se encontra hoje no codigo.

A doutrina ultimamente adoptada pela commissão revisora parece a mais accommodada ás relações de sangue, e á vontade presumida do auctor da herança.

Alem d'isso estava de tal modo enraizada nos nossos habitos e costumes, que não valia a pena altera-la sem razões muito ponderosas; e não estavam n'esse caso as indicadas pelo sr. Seabra.

Demais, era sem explicação preferir os irmãos aos avós na successão abintestado, e não permitir ao testador o privar estes da legitima. Por tal forma vinham os ascendentes a ser espoliados, pelo proprio projecto, da *legitima*, de que aliás não poderia priva-los o auctor da herança, se tivera testado, e espoliados por aquelles, a quem o projecto não concedera *legitima*, nem considerava até ahí como herdeiros necessarios para effeito algum. Effectivamente esta anomalia nunca pôde explica-la o sr. Seabra.

Notou tambem o sr. dr. Bandeira de Neiva, que esquecera resalvar aos religiosos secularizados, e egressos das extinctas ordens, o direito, que a lei de 13 de julho de 1855 lhes concedeu, no artigo 3.º, de preferirem ao fisco na herança de seus parentes.

O codigo porém não só manteve a disposição d'esta lei, mas ampliou-a, tirando todas as restricções á successibilidade d'esses individuos.

Hoje os egressos secularizados succedem como outros quaesquer individuos, que nunca se tivessem obrigado por voto solenne.

Actualmente os religiosos só têm restricções no direito de succeder, emquanto não se secularisam, ou as suas comunidades não são supprimidas, artigo 1779.º, n.º 1.º

Crêem alguns que o codigo não revogou as leis, que collocavam os egressos n'uma posição excepcional. É porém inteiramente impropriedade esta opinião, porque o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral, como *especial*, que recaisse nas materias n'elle comprehendidas.

O nosso codigo reconhece a successibilidade até ao decimo grau de parentesco, como era já por direito anterior. Conforme dispõe o codigo civil italiano no artigo 48.º, o parentesco é o laço, que une as pessoas dependentes do mesmo auctor; e a lei não reconhece este laço alem do decimo grau. Effectivamente passado certo numero de gerações estão já tão enfraquecidos os laços de sangue, que é impossivel considera-los, como testemunho de affeição presumida.

Por isso têm sustentado alguns juriconsultos que o nono e mesmo o oitavo grau deviam ser o extremo limite do direito de succeder.

D'aqui vem que é muito mais racional a posição assignada pelo codigo ao conjuge no direito de succeder, do que a que tinha por direito anterior, que só o chamava á successão não havendo parentes até ao decimo grau.

O legislado na ordenação era entre nós admittido desde os principios da monarchia, e talvez desde antes, como se infere da ordenação affonsina, livro IV, titulo xcvi; e no projecto primitivo, artigo 2164.º, ainda o conjuge era chamado á successão só na falta de parentes até ao decimo grau.

A comissão revisora porém alterou este systema, inspirada talvez no principio de que os laços de familia não vão propriamente além dos irmãos, e seus descendentes, principio este já reconhecido nas ultimas leis vinculares.

O certo é que, tomando-se para base da successão legal a vontade presumida do defuncto, já é muito collocar o conjuge depois dos irmãos e seus descendentes.

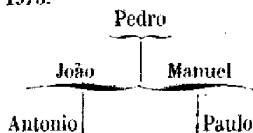
Quanto á successão da fazenda nacional, vid. nota ao artigo 591.º

A fazenda nacional é o mesmo que o estado, de que se fallou no artigo 591.º, e de que se falla nos artigos 2006.º a 2008.º e n'outros.

**Art. 1970.º** O parente mais proximo em grau excluirá o mais remoto, salvo o direito de representação, nos casos em que este vigora.

**Art. 1971.º** Os parentes, que se acharem no mesmo grau, herdarão por cabeça ou em partes iguaes.

(Vid. artigos 1973.º, 1980.º a 1984.º, 1986.º, 1987.º, 1997.º e 1998.º) Os graus contam-se pelas gerações, e os graus são tantos quantas as gerações, artigo 1973.º



Antonio está para Pedro no segundo grau, porque os separam duas gerações, uma de Pedro a João, e outra de João a Antonio, e no quarto grau para Paulo, visto distar d'este quatro gerações, que se contam do mesmo modo.

A lei não considera nem a natureza nem a origem dos bens para deferir a successão. Legislações houve que davam os moveis a uns herdeiros, e os immoveis a outros, attendendo assim á natureza dos bens. Também se tem tido em conta a origem d'elles, dando á linha paterna os que d'ella provieram, e á linha materna os que d'ella advieram, pela regra *paterna paternis, materna maternis*.

O nosso codigo, porém, conservando a este respeito as disposições do velho direito, considera a proximidade de parentesco, e não a prerogativa da linha nem a origem dos bens. E mesmo os codigos, que deferem a successão segundo as linhas, respeitam dentro de cada linha o principio da proximidade do grau.

Pelo nosso direito velho o principio da proximidade do grau não era respeitado em todo o rigor, e sirva de exemplo o que succedia com os irmãos unilateraes, que, no mesmo grau com os germanos, só succediam na falta d'estes; e hoje succedem conjunctamente, comquanto em ametade só da porção, que aos germanos pertence, artigo 2001.º

Por isso a provisão do artigo 1971.º não é exacta em toda a sua extensão. Em primeiro lugar, como acabámos de ver que succede com os irmãos germanos em concorrência com os unilateraes, o estar no mesmo grau, ou herdar por cabeça, não é o mesmo que herdar em partes iguaes.

Demais, na linha recta descendente ha sempre o direito de representação, artigo 1981.º Na successão do individuo que teve dois filhos,

e que sobrevive a ambos, ficando por sua morte tres netos, dois filhos de um, e um filho do outro, estão no mesmo grau os tres netos, e todavia não herdam em partes iguaes, porque herdam o que os respectivos paes herdariam.

N'este caso o quinhão de dois irmãos é exactamente igual ao do terceiro. Em lugar de se dividir a herança em tres porções, divide-se em duas, que tantos eram os filhos do auctor da herança, e os netos herdam o que herdaria seu pae, se vivo fosse, artigo 1983.º

Mas só na linha recta descendente é que ha este direito de representação, e não na transversal senão no caso unico de concorrerem filhos de irmão do fallecido com algum tio, artigos 1984.º e 1982.º

A representação dá-se na linha recta descendente sempre, isto é, ou os descendentes estejam em graus iguaes, ou em graus desiguaes, ou haja, por exemplo, filhos e netos, ou netos sómente.

Este direito de representação na linha recta descendente até ao infinito é de jurisprudencia universal. O amor e a ternura dos ascendentes crescem á proporção que se prolonga a linha descendente, e especialmente quando a morte vem romper algum grau intermedio.

Igual uniformidade ha em todos os codigos quanto a não admitir a representação na linha recta ascendente, porque a successão dos ascendentes é contraria ao curso ordinario dos acontecimentos, e não pôde ter lugar senão *turbato ordine mortalitatis*, ou, como diz Huc: « Quant à la représentation, elle ne peut pas être admise en ligne ascendante, parce que l'affection ne remonte pas ».

Quanto á representação na linha collateral não ha a mesma conformidade, e o codigo estabeleceu-a só a favor dos filhos de irmãos, e ou os irmãos sejam germanos ou unilateraes, porque uns não excluem os outros, e apenas succedem em dobrada porção d'estes.

O codigo reconhece o direito de representação sem limitações na linha descendente, nega-o absolutamente na linha ascendente, e permite-o na linha transversal unicamente a favor dos filhos de irmãos, quando concorrerem com os tios.

Assim os artigos 1971.º e 1972.º vieram acabar com a questão muito debatida por direito antigo sobre se os sobrinhos concorrendo sós herdavam *in stirpes* ou *per capita*, isto é, se herdavam tanto como herdaria o respectivo pae, ou se dividiriam todos entre si igualmente a successão.

Por exemplo, fallece Pedro sem irmãos, e deixando tres sobrinhos, um filho de seu irmão Paulo, e dois filhos de seu irmão Martinho, havia de a herança ser dividida em dois quinhões, um para o filho de Paulo, e outro para os dois filhos de Martinho, que depois o subdividiriam entre si?

Se os sobrinhos concorressem com tio vivo claro era que succediam *in stirpes*, pertencendo a cada grupo o que pertenceria ao pae se fosse vivo.

Mas no caso de concorrerem sós, como no exemplo acima posto, é que se levantavam todas as duvidas. O codigo cortou completamente a questão, determinando que n'este caso succedessem por cabeça, ou em partes iguaes.

O direito de representação na linha collateral abrange só os filhos de irmãos, e unicamente quando concorrerem com tios, mas aquelle direito tem logar, ou os irmãos sejam germanos ou unilateraes, legítimos ou perñhados, porque o codigo não faz distincção alguma.

O direito de representação porém não vae além dos filhos de irmãos. Exemplo. Por morte de A ficaram vivos seus dois irmãos B e C, um filho de outro irmão D, já fallecido, e tres netos de outro ir-

mão E, também já fallecido. Divide-se a herança em tres partes, duas para os dois irmãos, e uma para o sobrinho, filho do irmão D, por que aos netos de E não aproveita já o direito de representação.

O projecto primitivo estendia o direito de representação na linha collateral alem dos filhos de irmãos, como se mostra do artigo 2433.º, correspondente ao artigo 1982.º do código, que é redigido nos seguintes termos:

«Na linha transversal sómente terá logar o direito de representação em favor dos filhos e descendentes de irmãos do fallecido, ou sejam por pae ou mãe, ou sómente por um d'elles, concorrendo com outros irmãos do dito fallecido ou seus descendentes.»

O sr. dr. Paes da Silva veiu logo reclamar contra a doutrina do projecto que admitia o direito de representação a favor dos descendentes de irmãos na mesma *indefenida* extensão, que na linha recta descendente.

Dizia o sr. dr. Paes que admittindo o direito velho, em conformidade com o disposto no capitulo III da novella 118.ª, o direito de representação na linha collateral unicamente nos filhos de irmãos, não achava razão para a novidade introduzida pelo projecto, que era do direito francez, por isso que o direito de representação ou fosse beneficio, como lhe chamava Justiniano, ou tieção, como o considerava o código civil francez, era verdadeira excepção à regra da proximidade do grau, e por isso não era justo que se estendesse tanto.

Respondia o sr. Seabra que a regra da proximidade se fundava n'uma presumpção, a de maior affeição do fallecido, e que devia ceder sempre que essa presumpção não existisse, ou pedesse prejudicar outras presumpções mais fortes ou iguaes, e acrescentava:

«Supponhamos que *Primus* teve mais dois irmãos, *Secundus* e *Tertius*. *Primus* fallece abintestado, *Secundus*, morto antes, deixou um filho. *Tertius*, também morto teve um filho, mas este filho, também fallecido, deixou um filho. A questão reduz-se a saber, se o neto de *Tertius* ha de ser excluído da herança, porque teve a desgraça de perder seu pae antes da morte de *Primus*.

«O nosso douto revisor, com Justiniano e com muitos outros gravissimos auctores, decidem que seja excluído, porque está em primeiro logar a regra da proximidade do grau; e nós entendemos que é uma grande iniquidade a concorrência de irmãos e filhos de irmãos.»

«Se a distribuição da herança é fundada na affeição presumida do defunto, é preciso que ponhamos de accordo o effeito com a causa, como dizia Berlier no conselho d'estado de França. No caso figurado é certo que todos estes sobrinhos haviam partilhado as atenções e o amor do fallecido. Collocados em torno d'elle, promiscuamente com seus proprios irmãos, tanto mais interessantes, quanto menos afortunados, como é possível que incorressem na sua absoluta indifferença, e merecessem ser desherdados se houvesse disposto de seus bens. Neste circulo circumscripto de parentes tão chegados, não vemos senão uma familia, um identico vinculo de affeição, e a representação torna-se a nossos olhos um direito indispensavel e dictado pela propria natureza.»

No entretanto a comissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão alterou a doutrina do projecto, voltando à legislação velha, que era a de Justiniano, o qual tomando por fundamento do direito de representação a vontade presumida do auctor da herança, e deduzindo esta da affeição, que o homem naturalmente tem aos seus mais proximos parentes, entendeu que essa affeição na linha colla-

teral não passaria alem dos sobrinhos, e por isso não quiz levar mais longe a tieção.

Convem notar que ha fundamental differença entre *transmissão* e *representação*. Na *transmissão* passam os direitos que o auctor da herança já *adquiriu*; na *representação* vem o individuo tomar n'uma successão o logar e os direitos, que outro teria, se não morresse antes da abertura da herança, mas que nunca adquiriu, artigo 1980.º

Assim fallecendo um individuo, e deixando um filho e dois netos, filhos de filho também já fallecido, vem estes à successão do avô tomar a parte que ao paé pertenceria, se tivesse sobrevivido à abertura d'essa successão.

Não pôde haver direito de representação senão com respeito a pessoas fallecidas. As pessoas vivas não podem ser successivamente representadas, como se mostra do artigo 1980.º, e se confirma pelo disposto no artigo 2035.º

Art. 1972.º Se os parentes mais proximos repudiarem a herança, ou forem insuccessiveis, passará a dita herança aos parentes do grau subsequente; mas, se tão sómente algum dos coherdeiros repudiar a sua parte, esta acrescerá à dos outros coherdeiros.

(Vid. notas aos artigos 1467.º e 1813.º)

Art. 1973.º Cada geração forma um grau, e a serie dos graus constitue o que se chama linha de parentesco.

(Vid. nota ao artigo 1970.º)

Art. 1974.º A linha diz-se recta ou transversal; a recta é constituida pela serie dos graus entre pessoas que descendem umas das outras; a transversal é constituida pela serie dos graus entre pessoas que não descendem umas das outras, bem que procedam de um progenitor ou tronco commum.

Art. 1975.º A linha recta é ou descendente ou ascendente: descendente, quando se considera como partindo do progenitor para o que d'elle procede; ascendente, quando se considera como partindo do que procede para o progenitor.

Art. 1976.º Na linha recta, os graus contam-se pelo numero de gerações, excluindo o progenitor.

Art. 1977.º Na linha transversal os graus contam-se pelo numero de gerações, subindo por uma das linhas ao tronco, e descendo pela outra, mas sem contar o progenitor.

Na contagem das gerações para se saber o numero de graus exclue-se sempre o tronco commum, e contam-se todos os outros seguindo os preceitos do código. No exemplo posto, de Antonio a Pedro, vão dois graus, porque de Antonio a João vae uma, e de João a Pedro vae outra geração.

Na linha transversal contam-se os graus, subindo por uma das linhas, e descendo pela outra, mas sem contar também o progenitor. Assim Antonio está com Paulo em quarto grau, porque de Antonio a João vae um grau, de João a Pedro dois, de Pedro a Manuel tres, e



de Manuel a Paulo quatro. Com Manuel está Antonio em terceiro grau.

No projecto primitivo o artigo 2126.º, correspondente ao artigo 1975.º do código, é redigido nos seguintes termos:

«A linha recta diz-se descendente ou ascendente: ascendente é a que liga qualquer ao progenitor, ou tronco de que procede; a descendente é a que liga o progenitor aos que d'elle procedem. A mesma linha é, pois, ascendente ou descendente, segundo o ponto de partida e relação a que se attende.»

Os artigos 1976.º e 1977.º, mandando contar tantos graus, quantos as gerações, excluindo o progenitor, exprimem uma inexactidão profunda. Poderia e deveria o legislador mandar excluir da contagem o progenitor, tronco commum, se estabelecesse a regra de que os graus eram tantos quantas as pessoas que figuravam nas linhas de geração.

Porém desde que manda contar o numero dos graus, não pelo numero de pessoas, mas pelo numero de gerações, não pôde ser estranho á contagem o progenitor.

Senão vejamos. No facto da geração ha sempre que attender ao procreante e ao procreado. Se attendermos só a uma d'estas pessoas, e não a ambas conjunctamente, não podemos achar o grau, porque é justamente a relação, que existe entre uma e a outra pelo facto da geração, que constitue o grau.

O que dizemos, a respeito de um grau só, é applicavel qualquer que seja o numero d'elles.

Na contagem dos graus por gerações hão de computar-se sempre os dois extremos da linha; porque, se prescindirmos de comprehender qualquer d'elles no calculo, já não é possível contar o numero total das gerações que houve, nem achar o grau em que respectivamente estão.

No exemplo acima posto o neto Antonio está para com o avô Pedro no segundo grau, porque de um ao outro houve duas gerações, uma em que Antonio foi procreado e João o procreante, e outra em que João foi procreado e Pedro, tronco commum, o procreante.

Se excluirmos do calculo a Pedro, progenitor, é impossível formar a segunda geração, e portanto o segundo grau.

E certo que os áuctores do código na redacção d'estes preceitos tiveram em vista o processo geralmente seguido de contar tantos graus quantas são as pessoas de que se compõe a linha, excluindo sempre uma d'ellas. Assim na hypothese acima estabelecida, em que as pessoas da linha são tres, Pedro, João e Antonio, excluida uma da contagem, dão-nos as restantes o verdadeiro numero de graus.

Portanto desde que o legislador mandou excluir do computo o tronco commum devia prescrever que a contagem se fizesse, não pelo numero de gerações, mas pelo numero de pessoas, para ser exacta a linguagem, e condizer perfeitamente com o pensamento.

E os redactores do nosso código não têm desculpa de haverem conservado estes defeitos de redacção. O código civil francez, no artigo 737.º, correspondente ao artigo 1976.º do nosso código, exprimia-se com exactidão, porque dizia:

«Na linha recta contam-se tantos graus quantas são as gerações entre as pessoas; assim o filho está a respeito do pae em primeiro grau, o neto no segundo, etc.»

O artigo 738.º, correspondente ao artigo 1977.º do nosso código, expressava-se tambem com uma redacção defeituosa, porque dizia:

«Na linha transversal, os graus contam-se pelas gerações, desde

um dos parentes até o auctor commum, mas não comprehendendo este, e desde o tronco commum até o outro parente: por isso dois irmãos, estão no segundo grau, tio e sobrinho no terceiro, primos co-irmãos no quarto, e assim successivamente.»

Aquella redacção porém fora asperamente censurada por Demolombe. Provinha á incorrecção, segundo Demolombe, de haver no antigo direito dois modos de fazer o computo dos graus na linha collateral, poisque uns, como Pottier, contavam as gerações por ambos os lados, comprehendendo na conta o tronco commum, enquanto outros, como Lebrun, computavam, pelo contrario, não as gerações, mas as pessoas geradas, não comprehendendo no computo o tronco commum, sendo que por este ultimo systema, contavam-se tantos graus na linha collateral, como as pessoas que havia, descontando o progenitor.

Demolombe accusava os redactores do código civil francez de terem misturado e confundido no artigo 738.º estas duas expressões, que se excluem uma á outra, porque, se se contam as gerações e não as pessoas, deve comprehender-se o progenitor; e, se se não comprehende o progenitor, devem então contar-se as pessoas e não as gerações.

Evitou este defeito o projecto de código civil hespanhol, que no artigo 749.º diz assim: «*En todas las lineas hay tantos grados, cuantas son las personas, descontada la del tronco.*»

Tambem o direito romano, *Instit.*, livro 3.º, titulo 6.º, § 7.º, dizia: «*Semper generata persona gradum adjicit.*»

Como pondera Goyena, a palavra geração não dá idéa tão clara e precisa, como a palavra pessoa. Esta tira pretexto a todas as duvidas. Todos comprehendem como os graus se contam pelo numero das pessoas, excluindo o progenitor. Nem todos comprehendem como, mandando-se contar os graus por gerações, e comprehendendo estes o progenitor e a pessoa gerada, se ordena ao mesmo tempo a exclusão d'aquelle para o computo dos graus.

Tambem Voet dizia: «*Tot nempe gradus esse quot sunt generationes, seu quot sunt personae, dempto stipite.*»

Portanto a palavra gerações nos dois artigos 1976.º e 1977.º vale o mesmo que pessoas.

Em todo o caso, sem embargo d'estas incoherencias de redacção, não podem levantar-se duvidas serias sobre a contagem dos graus tal qual a deixámos exposta.

Ainda assim já vimos sustentar na imprensa juridica que no caso do artigo 1973.º se não conta o progenitor na linha ascendente, e se conta na descendente, não só porque o elemento grammatical assim o pede, mas porque excluindo totalmente o progenitor, teriamos, para contar os graus entre dois irmãos, de passar directamente de um para o outro, visto não haver entre elles geração por não descenderem um do outro.

Entendidas porém as palavras, com exclusão do progenitor, no sentido que deixámos indicado e exposto, fica perfeitamente explicada como os dois irmãos estão em segundo grau, poisque ha duas gerações, uma constituida por um dos irmãos e pelo tronco commum, e outra constituida por este e pelo outro dos irmãos.

Por direito canonico contam-se os graus de modo differente, o que muito convem saber principalmente por via das dispensas de casamento, que são concedidas pela auctoridade ecclesiastica nos termos das leis da igreja, e mesmo por via das questões anteriores á promulgação do código.

Por direito canonico a contagem dos graus na linha descendente faz-se como pelo código civil. Porém na linha transversal contam-se os graus de um lado só; e, se as linhas forem desiguaes, contam-se os graus da mais comprida.

No exemplo acima posto Antonio está com Paulo em quarto grau por direito civil, porque se contam as gerações de ambas as linhas, e em segundo grau por direito canonico, porque se contam as gerações de uma só linha; e está também em segundo grau com Manuel porque se contam os graus de uma só linha, da mais comprida.

O código, marcando uma contagem de graus diferente da do direito canonico, que era a legislação entre nós vigente em materia de successões, introduziu ainda novas alterações no direito successorio. Assim pelo código civil succedem conjunctamente os primos co-irmãos, e os tios, irmãos do avô, quando pelo direito canonico, que era o nosso direito anterior, aquelles preferiam a estes.

Hoje em materia civil não é admissivel contagem de graus senão em harmonia com as regras prescriptas no código; e todos os artigos, que fallam de graus, se referem á contagem estabelecida n'esta secção.

O regulamento para a contribuição de registo de 30 de junho de 1870 declara também no artigo 86.º que os graus de parentesco se regulam pelo artigo 1973.º e seguintes do código civil.

Habituaados porém, como estavamos, á contagem dos graus segundo o direito canonico, estranhámos ás vezes os resultados da nova jurisprudencia sobre o assumpto. Assim ainda hoje ha quem entenda que os irmãos estão em primeiro grau, como era por direito canonico, e não em segundo como é pelo código civil, quando por direito civil não ha na linha transversal relação de parentesco em primeiro grau. O grau mais proximo é o segundo, que designa o parentesco entre irmãos.

Verdade seja que o artigo 122.º declarando no § 2.º n.º 2.º incestuosos os filhos de parentes por consanguinidade até o *segundo grau inclusivè* da linha transversal parece indicar a existencia de parentesco em primeiro grau na linha collateral, como se infere do emprego das palavras «até» e «*inclusivè*», aliás diria: os filhos de parentes em *segundo grau* da linha transversal.

A redacção defeituosa d'este artigo porém não prejudica os preceitos claramente conteúdos nos artigos d'esta secção, onde se trata *ex professo* da materia da contagem dos graus; e é abertamente contrariada pela provisão do artigo 1073.º, que no n.º 2.º, referindo-se evidente e incontrovertidamente aos irmãos, os declara parentes em segundo grau.

No regulamento da contribuição de registo de 30 de junho de 1870, artigo 4.º, também os irmãos são considerados parentes em segundo grau, porque é redigido assim: «Nas transmissões por titulo gratuito a contribuição é de 2 por cento entre conjuges e a favor de ascendentes, de 3 por cento entre collateraes no segundo grau, de 6 por cento entre collateraes no terceiro e quarto grau, etc.»

Nem pôde haver parentes em primeiro grau n'uma linha, em que se contam os graus por ambos os lados. Por isso já o direito romano que foi adoptado pelo nosso código, dizia: «*Ex transverso, sive a latere, nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo*, lei 1.ª § 1.º, *Dig. de grad. et affn.*»

Nem é absurdo contar na linha collateral segundo grau sem haver primeiro, porque, se não ha primeiro grau na linha transversal, ha-o na linha recta, tanto ascendente como descendente.

Art. 1978.º As pessoas incapazes de adquirir por testamento também não podem adquirir por successão legitima.

(Vid. nota ao artigo 1772.º)

Art. 1979.º A incapacidade do herdeiro termina n'elle. Os seus filhos e descendentes, havendo-os, succedem como succederiam, se o incapaz houvesse fallecido, e não tivesse havido tal incapacidade.

(Vid. nota ao artigo 146.º)

## SECÇÃO II

### DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

Art. 1980.º Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes de uma pessoa fallecida a succeder em todos os direitos, em que essa pessoa succederia, se viva fosse.

Art. 1981.º O direito de representação dá-se sempre na linha recta descendente, mas nunca na ascendente.

Art. 1982.º Na linha transversal só se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do dito fallecido.

(Vid. nota ao artigo 1970.º)

Art. 1983.º Os representantes só podem herdar, como taes, o que herdaria o representado, se vivesse.

Art. 1984.º Sendo varios os representantes da mesma pessoa, repartirão entre si, com igualdade, o que teria de caber ao representado, se fosse vivo.

É claro que herdando os representantes, não por direito proprio, mas por direito de representação, hão de haver exactamente o que haveria o representado se fosse vivo.

A doutrina do artigo 1984.º porém não é exacta em toda a sua extensão. Se uns dos representantes forem filhos legitimos, e outros per-filhados do representado, não repartem por igual a herança, mas sim nos termos do artigo 1785.º O artigo 1984.º não pôde considerar-se como excepção, ou como modificação do preceituado no artigo 1785.º, mas sim subordinado á provisão d'este artigo.

## SECÇÃO III

### DA SUCCESSÃO DOS DESCENDENTES

#### SUB-SECÇÃO I

##### DA SUCCESSÃO DOS DESCENDENTES LEGITIMOS

Art. 1985.º Os filhos legitimos e seus descendentes succedem aos paes e demais ascendentes, sem distincção de sexo nem de idade, postoque procedam de casamentos diversos.

Assim não são mais favorecidos os varões do que as fêmeas, ou o filho mais velho do que os filhos segundos. Presume-se que era igual para com todos a afeição do auctor da herança, devendo por isso ter todos igual direito na sua successão. Também os direitos dos filhos não variam, por serem nascidos de matrimonios diferentes: assim por morte do pae ficando dois filhos, um do primeiro, e outro do segundo matrimonio, têm ambos o mesmo direito á successão, porque é igual o laço que os une.

Art. 1986.º Se os descendentes se acharem todos no primeiro grau, succederão por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes, quantos forem os herdeiros.

Art. 1987.º Se concorrerem todos, ou parte d'elles representativamente, succederão por estirpes ou formando ramos, pelos quaes será distribuida a herança, e subdividida nos ramos em que houver mais de um herdeiro, observando-se sempre a mesma regra de igualdade.

(Vid. nota ao artigo 1970.º)

Art. 1988.º São comprehendidos entre os filhos legitimos os legitimados por subsequente matrimonio, conforme o que fica disposto no artigo 119.º

(Vid. nota ao artigo 119.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DA SUCCESSÃO DOS FILHOS ILLEGITIMOS

Art. 1989.º Para os filhos illegitimos succederem ab-intestato a seus paes devem ser perflhados ou reconhecidos legalmente.

Art. 1990.º Se o filho illegitimo, perflhado ou reconhecido não concorrer com posteridade legitima, herderá todos os bens de seus paes.

(Vid. notas aos artigos 129.º e 1785.º) Para os filhos illegitimos se habilitarem a succeder a seus paes é indispensavel que tenham sido perflhados espontaneamente por estes, ou que em acção judicial contra elles tenham alcançado sentença de reconhecimento. Entendem alguns que as palavras «reconhecidos legalmente» designam só o reconhecimento judicial; porém no artigo 1994.º usa-se tambem da palavra «reconhecido» para exprimir a perflhação espontanea.

Em todo o caso nas palavras «perflhados ou reconhecidos legalmente», comprehende-se tanto o reconhecimento espontaneo, como o judicial; e o certo é que, sem uma d'aquellas duas formas de reconhecimento, não têm os filhos illegitimos habilitação legal para succeder a seus paes.

Os filhos perflhados antes da promulgação do codigo, cuja perflhação é por este prohibida, como os adulterinos e incestuosos, estarão comprehendidos na disposição do artigo 1989.º para o effeito de concorrerem nos termos do artigo 1785.º ás successões abertas depois da mesma promulgação?

Pela negativa decidem alguns, allegando que a disposição dos artigos 129.º e 1989.º deve ser entendida em favor dos filhos, cuja perflhação e reconhecimento o codigo permite, e não em favor d'aquelles, cuja perflhação prohibe, e que elle considera inteiramente estranhos aos paes e a familia; que segundo a legislação anterior a perflhação dos filhos espurios não os habilitava a succeder *ab intestato* a seus paes, vista a ordenação, livro IV, titulo XXI, e que a perflhação não os equiparava aos filhos legitimos, nem os habilitava a succederem aos paes perflhantes, como se mostra da provisão de 18 de janeiro de 1799.º por immediata resolução regia de 16 de novembro de 1798 sobre consulta do desembargo do paço, da portaria de 1 de junho de 1838 e do decreto de 29 de setembro de 1852, porque as cartas de perflhação eram outorgadas só para os fins, que as leis e estylos do reino concediam, sem prejuizo dos direitos adquiridos por qualquer tereiro, a quem para sustentação dos mesmos direitos ficavam sempre salvas as acções ordinarias perante os tribunaes de justiça com audiencia e discussão contraditoria, não podendo inserir-se nos alvarás de perflhação a clausula da successão *ab intestato*, nem tal clausula sortir effeito legal, porque os direitos de successão não podiam ser declarados pelo governo, mas sim pelo poder judicial em conformidade das leis.

Parece-nos porém mais juridica a doutrina contraria. O codigo chama á successão os filhos perflhados em conformidade do artigo 1785.º, sem distinguir entre a qualidade dos perflhados ou entre as datas da perflhação. Por outro lado os direitos successorios regulam-se pela lei vigente ao tempo da successão. Portanto todos os perflhados, ou a perflhação fosse feita antes ou depois da promulgação do codigo, gosam dos direitos estabelecidos no artigo 129.º

Os paes porém não succedem aos filhos illegitimos senão no caso unico de os terem perflhado voluntariamente. Se os paes contestarem a paternidade, e forem convencidos judicialmente d'ella, nem gosam do patrio poder sobre os filhos, artigo 166.º, nem podem succeder-lhes nos seus bens, citado artigo 1994.º

Seria iniquo que os paes, que se negaram a reconhecer os laços de sangue que os prendiam a seus filhos, viessem depois aproveitar-se da successão d'estes, fundando-se n'uma sentença judicial, que haviam impugnado.

Os ascendentes do segundo grau e seguintes succederão ao filho illegitimo, mesmo no caso de reconhecimento judicial, em que o pae lhe não succede?

O artigo 1999.º torna applicavel á herança do filho perflhado ou reconhecido o disposto para a successão do filho legitimo, com a excepção do artigo 1995.º, e sem mencionar a restricção do artigo 1994.º

Ora a incapacidade do herdeiro termina n'elle, artigo 1979.º, e por isso parece que se o pae era incapaz de succeder ao filho, cuja paternidade contestára, e da qual fôra judicialmente convencido, nem por isso os ascendentes do segundo grau e seguintes, que não impugnaram nem intervieram na acção de investigação de paternidade, deviam ser inhibidos da successão.

Seguimos no entretanto a opinião de que n'este caso não só fica excluido da successão do filho reconhecido o pae, mas tambem os ascendentes do segundo grau e seguintes, porque a contestação da paternidade tornou a linha do pae, sempre que se tratasse dos interesses d'ella, inteiramente estranha ao filho.

Demais, a exclusão do pae n'esta especie não pôde dizer-se caso de

incapacidade ou de indignidade para poderem succeder os ascendentes do grau immediato nos termos do artigo 179.º

Tambem o codigo no artigo 1990.º dá ao filho perfilhado *todos* os bens de seu pae, não deixando este posteridade legitima, quando o projecto primitivo chamava os ascendentes successivos a concorrer com os filhos perfilhados, havendo os filhos ametade da herança, e os ascendentes outra ametade.

Tem sido muito questionado na imprensa juridica se os filhos perfilhados, assim como succedem ao pae, succedem aos demais ascendentes. Nós temos seguido sempre a negativa, como se mostra da nota ao artigo 129.º É porém de tal importancia o assumpto, que resumiremos aqui as razões da opinião contraria, assentando em seguida os fundamentos do nosso parecer.

Os que sustentam que os filhos perfilhados succedem não só ao pae perfilhante, mas aos ascendentes d'elle, fundam-se:

1.º Em que por effeito da disposição expressa do artigo 1999.º os ascendentes do pae perfilhante succedem ao filho perfilhado, e que sendo reciproco o direito successorio, não pôde deixar de admittir-se que o filho perfilhado lhes succeda tambem.

2.º Em que do preceito do artigo 1989.º, que estabelece a successão dos filhos perfilhados, se deve deduzir o direito de succederem aos demais ascendentes, porque a ordenação, livro IV, titulo XCII, tanto no texto, como nas epigraphes, só reconhecia expressamente a successão dos filhos naturaes a seus paes, e que todavia desde a mais remota antiguidade se julgou applicavel tambem aos ascendentes dos paes, e que o codigo nada mais fizera do que reconhecer este antiquissimo costume, e direito do nosso reino;

3.º Em que estabelecendo o artigo 2005.º a successão dos perfilhados aos transversaes de seus paes não havendo outros parentes dentro do decimo grau, e não fallando, ao menos n'este caso, da successão aos ascendentes dos paes, aos quaes por maioria de razão deveriam succeder, parece suppor que a successão aos ascendentes se acha já anteriormente estabelecida, e em mais favoraveis condições;

4.º Em que o artigo 1984.º, concedendo sempre o direito de representação na linha recta descendente, não faz distincção entre descendentes legitimos e descendentes perfilhados, como a não fazem os artigos 1760.º, 1786.º e 1969.º n.º 1.º

Em face do codigo porém é insustentavel similhante opinião. O direito de succeder vem da lei. Desde que a lei o não reconhece explicita e expressamente, inuteis são os argumentos de analogia ou de maioria de razão para o fazer valer.

Ora nos termos da lei os filhos perfilhados só têm direito de succeder a seus paes, e não aos ascendentes d'estes.

O artigo 129.º do codigo especifica entre os direitos, que adquire o filho illegitimo pela perfilhação, o de succeder a seu pae. Se o legislador quizesse dar-lhe o direito de succeder tambem aos outros ascendentes, te-lo-ia declarado expressamente, porque o direito de successão legitima nasce da lei, artigo 1735.º

Segundo o disposto no artigo 175.º os filhos perfilhados só podem pedir alimentos a seus paes e irmãos, d'onde se mostra que aos avós os não podem pedir, e que por consequencia não mantêm com elles nenhuma relação legaes, aindaque estes lhes succedam, o que se explica por razões, que logo diremos.

O codigo, tratando na secção 4.ª da *successão dos ascendentes*, trata, na sub-secção 1.ª, da successão dos paes legitimos, os quaes herdam dos filhos que morrem sem descendentes; na sub-secção 2.ª, da suc-

cessão dos paes *illegitimos*, que succedem tambem aos filhos mortos sem posteridade, reservando o usufructo de metade da herança á mulher, se estes forem casados; e na sub-secção 3.ª da successão dos *ascendentes* do segundo grau e seguintes, aos quaes defere tambem a successão, referindo-se expressamente aos filhos perfilhados ou reconhecidos.

Tratando porém da successão dos *descendentes*, estabelece jurisprudencia inteiramente differente.

É o objecto da secção 3.ª que se divide em duas secções, inscrevendo-se a primeira da successão dos *descendentes* legitimos, e a segunda da successão dos *filhos illegitimos*.

A diversidade d'estas inscrições deve já fazer comprehender, que na primeira teve o legislador em vista os filhos e mais descendentes legitimos, e na segunda os filhos apenas.

Comparando-se porém o artigo 1985.º, que vem debaixo da sub-secção 1.ª, com o artigo 1989.º, que vem debaixo da sub-secção 2.ª, não restará duvida alguma de que a successão *ab intestato* dos descendentes illegitimos é restricta aos paes.

Diz o primeiro d'aquelles artigos «os filhos legitimos e seus *descendentes* succedem aos paes e demais *ascendentes*, sem distincção de sexo nem idade», etc.; e o segundo diz: «para os *filhos illegitimos* succederem *ab intestato* a seus paes, devem ser perfilhados, ou reconhecidos legalmente». É pois manifesto que ali se concede aos filhos e mais descendentes o direito de succederem aos paes e mais ascendentes, e que aqui se concede aos filhos apenas o direito de succederem aos paes.

Esta restricção no direito successorio concedido aos filhos illegitimos não foi filha de descuido, mas sim de deliberação reflectida; poisque, tendo-se proposto o legislador tratar na secção 3.ª da successão dos descendentes em geral, e inscrevendo por isso, em harmonia com esse principio, a 1.ª sub-secção da successão dos descendentes legitimos, quando na sub-secção 2.ª passou a tratar dos illegitimos, em lugar de a inscrever tambem da successão dos descendentes illegitimos em geral, inscreveu-a só da successão dos filhos illegitimos, excluindo assim os outros descendentes.

Contra o preceito tão expresso do codigo não pôde servir de argumentação a interpretação extensiva que davam os nossos praxistas ao preceito da ordenação, que concedia aos filhos naturaes o direito de succederem a seus paes, porque em primeiro logar nem todos eram de accordo em que os filhos naturaes succedessem aos ascendentes do pae, antes a opinião contraria era mais legal, e em segundo logar o codigo civil não veio continuar as doutrinas da ordenação, mas sim estabelecer direito novo.

Tambem não pôde argumentar-se com o direito de representação, porque para qualquer succeder por direito de representação é mister ser capaz de succeder por direito proprio, dada a hypothese de não haver logar á representação, por não haver parentes mais proximos que devam exclui-lo.

Por exemplo. O neto legitimo, faltando seu pae, e não tendo o avô filhos, succede por direito proprio, como herdeiro necessario; mas se o avô tem outros filhos, vai á successão representativamente com seus tios, apesar de mais proximos em grau. Se porém o neto não possesse ser chamado á successão por direito proprio, não o poderia ser por direito de representação. Ora os filhos perfilhados não podem haver a successão dos ascendentes do pae por direito proprio, logo não podem concorrer a ella por direito de representação.

Não obstat pois as regras do artigo 1980.º e seguintes quanto ao direito de representação, porque respeitam só aos parentes *que a lei chama*, e dos descendentes ilegítimos só são chamados os filhos, e não os netos.

Nem se diga que pelo artigo 1999.º é applicavel á herança dos filhos perflilhados tudo o que o código dispoz acerca da herança dos filhos legítimos, salva a limitação do artigo 1995.º; porquanto além de que o artigo 1999.º não se refere á successão dos filhos perflilhados, mas sim á successão dos ascendentes d'estes, deve notar-se que ficam salvas, não só as restricções expressas no código, mas as que se deduzem como consequencia necessaria dos preceitos legaes.

Tambem o artigo 1999.º não resalvou a limitação do artigo 1994.º, em virtude da qual para os paes do filho perflilhado lhe succederem legitimamente é necessario que o tenham reconhecido, e essa limitação é tanto ou mais importante que a do artigo 1995.º

Finalmente a regra de que o direito de successão é reciproco não é tão absoluta, que não tenha limitação. Tambem os filhos reconhecidos por sentença judicial succedem aos paes, como se foram perflilhados por estes, quando os paes só succedem aos filhos, tendo-os perflilhado voluntariamente.

Por outro lado os ascendentes concorrem á successão dos filhos perflilhados com a restricção prescripta no artigo 1995.º, restricção que não abrange a successão dos filhos aos paes.

O código civil francez, artigo 756.º, exclue expressamente os filhos illegítimos de succederem aos avós, mas igualmente exclue estes da successão d'aquelles, como claramente se infere dos artigos 765.º a 768.º. Mais positivo foi ainda o código civil italiano, que no artigo 749.º expressamente estabelece a exclusão.

No sentido da nossa opinião, julgou a relação do Porto, em accordão de 3 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 264.

No meio d'estas difficuldades o que parece pouco racional é que se dêsse a successão aos ascendentes do pae do filho perflilhado, e a este se negasse a reciprocidade n'essa successão. Talvez que o legislador entendesse que n'esse caso o ascendente não fazia mais do que receber do filho perflilhado a herança, que este recebera de seu pae, e que deveria ter passado para aquelle ascendente, se não existisse o filho perflilhado que lhe preferiu.

O certo é que os códigos modernos restringiram todos aos filhos illegítimos os direitos de familia, e que o nosso código, ao passo que manteve com respeito a elles a doutrina da ordenação, livro iv, título xcii, cercceando-a apenas na quota legitimaria, excluuiu-os da successão aos ascendentes do pae, talvez para mais consagrar o respeito pelos filhos legítimos.

Alguns porém sustentam, como transacção, que os filhos perflilhados só succedem aos ascendentes dos paes, quando não haja parentes legítimos dentro do decimo grau, e só para o effeito de excluir o fisco, derivando esta opinião do artigo 2005.º, visto que, se os filhos perflilhados são chamados a succeder aos transversaes de seus paes, por maioria de razão devem ser admittidos á successão dos ascendentes.

Não são porém admissiveis os argumentos de analogia contra a disposição expressa da lei.

A lei não chama os filhos perflilhados á successão dos ascendentes de seus paes, comquanto os chame á successão dos transversaes. Outros códigos chamaram os filhos perflilhados á successão dos transversaes dos paes, não os chamando á dos ascendentes.

Tambem a ordenação, livro iv, título xcii, dava aos filhos de coito damnado o direito de succederem aos transversaes por parte da mãe, negando-lhes todavia a successão ao pae e á mãe.

Os filhos legítimos do filho perflilhado, esses, succedem ao pae e ao avó, mas não aos outros ascendentes do pae, porque os seus direitos não podem ir mais longe do que os do proprio pae.

A doutrina do código sobre successão dos filhos illegítimos é applicavel a todas as heranças abertas depois da promulgação do mesmo código, embora a filiação seja de data muito anterior, porque em direito successorio rege a lei vigente ao tempo da abertura da successão. Por isso as regras estabelecidas nos artigos 130.º e seguintes sobre investigação da paternidade illegitima são applicaveis a todas as acções propostas em juizo depois da promulgação do código.

No projecto primitivo terminava esta sub-secção com o seguinte artigo: «Sómente os descendentes legítimos dos filhos illegítimos poderão reclamar os direitos conferidos a seus paes».

O artigo porém foi eliminado pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, não de certo por não ser verdadeira a sua materia, mas talvez por ser escusado o seu preceito.

Art. 1991.º Se o filho illegítimo concorrer á herança com filho ou filhos legítimos, herdará na proporção e nos termos declarados no artigo 1785.º

Art. 1992.º Se, por serem muitos os filhos illegítimos, não chegar a terça para o complemento das porções assignadas no § 2.º do artigo 1785.º, nem por isso terão direito a mais cousa alguma, e será a terça rateada entre elles.

(Vid. nota ao artigo 1785.º)

## SECÇÃO IV

### DA SUCCESSÃO DOS ASCENDENTES

#### SUB-SECÇÃO I

##### DA SUCCESSÃO DOS PAES LEGÍTIMOS

Art. 1993.º Se o filho legítimo fallecer sem descendentes, succeder-lhe-hão seu pae e sua mãe por partes iguaes, ou na totalidade da herança, se existir só algum d'elles.

§ unico. Exceptua-se da disposição d'este artigo o que fica disposto no artigo 1236.º

(Vid. notas aos artigos 1409.º n.º 3.º e 1969.º)

#### SUB-SECÇÃO II

##### DA SUCCESSÃO DOS PAES ILLEGÍTIMOS

Art. 1994.º Se o filho illegítimo fallecer sem posteridade, e sem consorte sobrevivente, devolver-se-ha a herança por inteiro aos paes que o houverem reconhecido.

Art. 1995.º Se, porém, ao filho illegitimo fallecido sem posteridade sobreviver consorte, haverá este, em quanto vivo for, o usufructo de metade da herança.

(Vid. nota ao artigo 1785.º)

### SUB-SECÇÃO III

#### DA SUCESSÃO DOS ASCENDENTES DE SEGUNDO GRAU E SEQUINTE

Art. 1996.º Na falta de paes, será a herança do fallecido conferida aos ascendentes do segundo grau e dos seguintes.

(Vid. nota ao artigo 1969.º)

Art. 1997.º Se os ascendentes sobrevivios estiverem todos no mesmo grau, será a herança repartida entre elles por iguaes porções, seja qual for a linha a que pertençam.

Art. 1998.º Se os ascendentes se não acharem no mesmo grau, será a herança conferida ao mais proximo, sem distincção de linha.

(Vid. nota ao artigo 1970.º)

Art. 1999.º O que fica disposto n'esta secção é applicavel á herança de filho perfilhado ou reconhecido, salva a limitação do artigo 1995.º

(Vid. nota ao artigo 1785.º)

### SECÇÃO V

#### DA SUCESSÃO DOS IRMÃOS E DOS SEUS DESCENDENTES

Art. 2000.º Se o fallecido não deixar descendentes nem ascendentes, e não dispor dos seus bens, herdarão os irmãos legitimos e os descendentes d'estes.

(Vid. nota ao artigo 1969.º)

Art. 2001.º Se o fallecido deixar, ao mesmo tempo, irmãos germanos e irmãos consanguineos ou uterinos, haverão os irmãos germanos dobrada parte da herança.

§ unico. A mesma disposição se observará, quando concorrerem descendentes de irmãos germanos com descendentes de irmãos consanguineos ou uterinos.

Art. 2002.º Na falta de irmãos legitimos e de descendentes seus, herdarão do mesmo modo os irmãos perfilhados ou reconhecidos.

### SECÇÃO VI

#### DA SUCESSÃO DO CONJUGE SOBREVIVO E DOS TRANSVERSAES

Art. 2003.º Na falta de descendentes, ascendentes, e irmãos e descendentes d'estes, succederá o conjuge sobrevivo, exce-

pto achando-se judicialmente separado de pessoa e de bens por culpa sua.

Art. 2004.º Na falta de todos os parentes e do conjuge, mencionados no artigo antecedente, serão chamados á herança os transversaes não designados precedentemente, achando-se dentro do decimo grau.

Art. 2005.º Os filhos illegitimos, postoque perfilhados ou reconhecidos, não succedem ab-intestato aos transversaes de seus paes, nem estes parentes aos filhos illegitimos, excepto em ambos os casos, não havendo outros parentes dentro do decimo grau.

(Vid. notas aos artigos 1109.º n.º 3.º e 1969.º) Por direito romano, só na falta de irmãos germanos e de filhos d'estes, eram chamados os irmãos unilateraes.

Era expressa a este respeito a novella 118, que no capitulo III, dizia assim: *Si defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres, et sorores ex eodem patre, et ex eadem matre natos... His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto sive per patrem, sive per matrem.*

Justiniano deu portanto preferencia ao sangue inteiro sobre o meio sangue, considerou o duplicado vinculo, que liga os *germanos*, como penhor de mais viva afeição; e presumiu talvez que elles, se testassem, se instituiriam reciprocamente com preferencia aos unilateraes.

O mesmo principio foi adoptado pelo codigo da Prussia, mas desviou-se d'elle o codigo civil francez.

Este codigo não excluiu os irmãos consanguineos e uterinos, quando concorressem com os germanos, como se mostra do artigo 733.º; mas estabeleceu que elles unicamente tivessem parte na sua linha, salva a excepção do artigo 752.º, ao passo que os germanos têm parte na successão de ambas as linhas.

Pelo direito francez valendo 12:000\$000 réis a successão, e sendo os herdeiros um irmão germano e dois uterinos, pertencem áquelle 8:000\$000 réis, 6:000\$000 réis, pela linha paterna, e 2:000\$000 réis pela materna, e a cada um d'estes 2:000\$000 réis.

O nosso codigo seguiu o projecto do codigo civil hespanhol, que no artigo 760.º está redigido assim: *El efecto del doble vinculo será dar en la herencia una porcion doble de la que tiene el pariente de un solo lado.*

Portanto se o fallecido deixar irmãos germanos, e uterinos ou consanguineos, haverão os germanos dobrada parte da herança.

Na imprensa juridica tem-se discutido muito se nos termos do artigo 2001.º devia dividir-se a herança em tres partes, sendo duas para os irmãos germanos, que a repartiriam entre si igualmente, e uma para os irmãos unilateraes, que entre si a dividiriam tambem em partes iguaes, ou se a totalidade da herança havia de ser repartida pela totalidade dos irmãos, germanos e unilateraes, herdando aquelles na razão de 2, e estes na razão de 1.

Como já mostrámos em a nota ao artigo 1109.º, é este ultimo o processo que deve seguir-se na partilha da herança. Por cabeça é que ha de distribuir-se a herança, como dispõe o artigo 1971.º, tendo os germanos o dobro do que tiverem os unilateraes. É esta tambem

a interpretação de Goyena nas notas ao artigo 768.º do projecto de código civil hespanhol, pondo o exemplo *supra* de uma herança de 12.000 duros, e tres herdeiros, um irmão germano, e dois uterinos, e declarando que ao irmão germano pertencem 6.000 duros, e a cada um dos uterinos 3.000 duros.

Se a herança se dividisse, não por cabeça, mas por classes de irmãos, quando a somma de todas as partes da herança pertencentes aos irmãos germanos fosse superior ao dobro da somma que pertencesse a todos os uterinos ou consanguíneos, succederia que um d'estes irmãos tivesse mais que um irmão germano, quando o pensamento do legislador foi attender mais aos irmãos bilateraes do que aos unilateraes.

Tem sido tambem muito debatido na imprensa juridica, se fallecendo *ab intestato* um filho perfilhado ou reconhecido, sem deixar descendentes nem ascendentes successíveis, mas sobrevivendo-lhe irmãos germanos, uterinos e consanguíneos, uns tambem perfilhados, e outros filhos legitimos do matrimonio do pae e da mãe do fallecido, hão de ser chamados á successão indistinctamente tanto os irmãos perfilhados, como os de legitimo matrimonio, tendo dobrada parte na herança os irmãos germanos de qualquer das duas categorias, ou se enquanto houver irmãos de legitimo matrimonio são excluidos os perfilhados.

Os que seguem esta ultima opinião fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que o código, inscrevendo esta *secção da successão dos irmãos e dos seus descendentes*, diz no artigo 2000.º que, — se o fallecido não deixar descendentes nem ascendentes, e não dispor dos seus bens, herdarão os irmãos legitimos e os descendentes d'estes — ; que a palavra *fallecido* é generica, como a da epigrapha da *secção* respectiva, comprehendendo assim o irmão legitimo e o perfilhado, e que portanto devem ser chamados de preferencia á successão do perfilhado, fallecido *ab intestato*, sem descendentes nem ascendentes, os filhos que seu pae ou mãe teve de legitimo matrimonio.

2.º Em que o artigo 2002.º abona esta interpretação, porque, dizendo que, na falta de irmãos legitimos e de descendentes seus, herdarão do mesmo modo os irmãos perfilhados ou reconhecidos, claramente mostra que os filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe do filho reconhecido são chamados á successão d'este com preferencia a seus irmãos illegitimos, igualmente reconhecidos;

3.º Em que o legislador concede grande favor aos filhos legitimos sobre os naturaes, como se mostra dos artigos 1785.º, 1991.º, 1992.º, e outros do código;

4.º Finalmente em que, entendendo-se que os filhos perfilhados não podem ter irmãos legitimos, serão chamados á successão do filho reconhecido, fallecido *ab intestato*, todos os seus irmãos perfilhados, sendo excluidos os irmãos, filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe do fallecido, visto o preceito do artigo 2002.º sem haver todavia fundamento para esta exclusão.

Nós porém seguimos outra opinião. Os irmãos perfilhados não têm irmãos legitimos. Para elles são illegitimos os filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe, como os reconhecidos. Portanto para os effeitos da successão não ha separação entre uns e outros; todos devem ser chamados indistinctamente á herança.

A jurisprudencia de preferir aos outros irmãos reconhecidos os filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe, ou seus descendentes, podia levar á injustiça de lhes pertencerem exclusivamente todos os

bens, quando provindos ao fallecido da parte do pae ou mãe, que não contrahiu matrimonio, ou da parte de algum seu irmão reconhecido, que o tivesse contemplado em testamento.

Nem a opinião contraria se compadece com o favor que o código dispensa aos filhos reconhecidos de succederem a seus paes, ainda em concurso com irmãos legitimos, para depois na successão de seus irmãos perfilhados serem completamente excluidos por elles.

Esta opinião corrobora-se com as proprias disposições dos artigos 2000.º e 2002.º; os quaes, como se vê da generalidade da inscripção da *secção*, sob que estão collocados, se referem tanto á successão dos irmãos legitimos, como á dos perfilhados, e portanto abrangem uns e outros, sempre que não se referirem expressa e especialmente a alguma das duas classes.

O artigo 2000.º, usando da phrase *irmãos legitimos*, de certo se refere á successão do irmão legitimo, que deixou irmãos legitimos ou descendentes d'estes, porque os perfilhados não podem ter irmãos legitimos.

Mas o artigo 2001.º não emprega uma só palavra, d'onde se deduz que se refere só aos irmãos legitimos, e por isso abrange tanto estes, como os perfilhados.

Esta interpretação mais se confirma, comparando os artigos 2000.º e 2001.º com os artigos correspondentes (2154.º e 2155.º) do projecto primitivo, porque tendo o artigo 2154.º do projecto a mesma redacção no seu systema, que tem o artigo 2000.º no código, o artigo 2155.º era redigido assim: «Mas se o fallecido deixasse ao mesmo tempo irmãos inteiros, e meios irmãos, haverão os irmãos inteiros dobrada parte da herança; e, como a adversativa *mas* poderia indicar que o artigo se referia ao antecedente, e abrangia só os irmãos legitimos, e não os reconhecidos, talvez que a commissão revisora, para tornar o artigo mais generico e independente do anterior, eliminasse a conjunção *mas*, que não apparece no artigo do código, e que aliás foi conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

As expressões *irmãos legitimos* empregadas no artigo 2002.º não prejudicam esta opinião, porque o artigo comprehende a hypothese de fallecer um filho de legitimo matrimonio sem irmãos legitimos, nem descendentes d'estes, e manda que n'este caso os irmãos perfilhados do fallecido herdem na forma prescripta no artigo 2001.º, isto é, que os irmãos germanos tenham na herança dobrada parte do que tiverem os consanguíneos ou uterinos.

Nem se diga, invocando a auctoridade do código civil francez no artigo 766.º, que as palavras *irmãos legitimos* significam os filhos de legitimo matrimonio do pae ou mãe do filho reconhecido, porque nem é natural que o nosso código usasse de uma terminologia condemnada pelos commentadores aquelle código, nem com relação ao systema d'este se verifica a iniquidade que acima notámos, porque segundo elle para os chamados irmãos ou irmãs legitimos não passam por fallecimento do irmão perfilhado senão os bens que lhe tivessem provindo por parte de seu pae ou de sua mãe.

Demais, segundo o artigo 175.º, os filhos perfilhados vão pedir alimentos a seus irmãos germanos igualmente perfilhados ou reconhecidos, e só na falta d'elles os pedem aos consanguíneos ou uterinos, de modo que por aquella opinião viriam os irmãos germanos reconhecidos a pesar com o onus da alimentação, e os uterinos ou consanguíneos, filhos de legitimo matrimonio de pae ou mãe, a receber o proveito da successão.

Verdade seja que nem sempre é procedente o argumento que se deduz do direito de succeder para a obrigação de prestar alimentos e vice-versa.

Assim, nos termos do artigo 174.º, os irmãos germanos são preferidos aos consanguíneos e uterinos na obrigação de prestar alimentos, e todavia na herança não excluem os uterinos e consanguíneos, e só o artigo 2004.º lhes assigna dobrada parte na herança.

Também os filhos espúrios têm nos casos enunciados no artigo 136.º direito a pedir alimentos a seus paes, e estes todavia não podem pedir-lh'os, ainda nos mesmos casos, nem podem succeder nos bens que estes deixarem, como se mostra do artigo 1993.º

Porém conquanto não possa argumentar-se com segurança do direito de succeder para a obrigação de prestar alimentos, e vice-versa, devem harmonisar-se quanto possível estes dois princípios segundo as regras de direito civil.

Consequentemente á morte do filho perfilhado não de succeder-lhe conjunctamente os irmãos reconhecidos, e os filhos de legitimo matrimonio do pae ou da mãe perfilhante.

Nos artigos 2000.º a 2003.º regula-se tanto a hypothese de fallecer algum filho de legitimo matrimonio, como a successão por morte de filho *reconhecido*.

Os irmãos perfilhados succedem aos irmãos de legitimo matrimonio do pae perfilhante, se estes não deixarem irmãos legitimos ou descendentes. Mas já não succedem aos tios os *descendentes* dos irmãos perfilhados, porque o artigo 2002.º não os chama á successão.

Verdade seja que o artigo 2003.º só chama á herança o conjuge sobrevivo na falta de irmãos e descendentes *d'estes em geral*. Porém o preceito do artigo 2003.º ha de entender-se pelos artigos anteriores.

Os filhos dos filhos illegitimos nem depois do conjuge succedem aos transversaes do avô. O artigo 2005.º chama a succeder aos transversaes de seus paes só os filhos illegitimos, e não os descendentes d'estes, que só succedem aos paes, e a nenhum outro parente por parte dos paes.

Assim deve entender-se o artigo 2005.º, ao qual aliás já se tem dado outra interpretação.

Também já vimos sustentar na imprensa juridica que estes artigos regulam igualmente a successão do filho espurio, porque elle está comprehendido no termo generico *fallecido*, de que usam os artigos 2000.º e 2001.º, e nas expressões *os filhos illegitimos*, empregadas no artigo 2005.º, e que esta doutrina não é prejudicada pelo preceito do artigo 135.º, que, se declara estranho a familia dos paes o espurio, não torna esta estranha a elle, de modo que se o espurio não pôde em caso algum reclamar a successão dos collateraes, podem estes todavia reclamar a successão d'elle.

Não se presta porém a esta interpretação o artigo 135.º Do facto de ser estranho aos paes e á familia d'estes o filho espurio deduz-se evidentemente, que nem este pôde succeder áquelles, nem aquelles a este.

Tem alguém visto contradicção entre o artigo 1969.º n.º 3.º, e o artigo 2002.º; porque o n.º 3.º do artigo 1969.º comprehendendo na terceira classe os irmãos e seus descendentes, ou os irmãos sejam germanos, unilateraes, ou perfilhados, vistoque o artigo não faz distincção alguma: e o artigo 2002.º, mencionando na terceira classe só os irmãos perfilhados, parece transferir os descendentes d'estes para a quinta classe, e para o caso do artigo 2005.º, preferindo-lhes o conjuge sobrevivo; ainda a circumstância notavel de que os filhos perfilhados, que em caso nenhum succedem aos ascendentes do pae,

vão succeder aos transversaes, não deixando o pae parentes até ao decimo grau, e estando elles dentro do decimo grau.

Não é facil de explicar a incoherencia d'aquelles artigos, que estão collocados sob o mesmo capitulo, que se inscreve *da successão legitima*. No entretanto as disposições dos artigos 2002.º e 2005.º devem considerar-se como explicativas do preceito contido no artigo 1969.º n.º 8.º, devendo este entender-se em harmonia com aquelles, sem embargo do disposto no artigo 1982.º, que só tem logar, quando a lei chama os filhos dos irmãos.

Outra duvida suscita ainda a redacção do artigo 2002.º

As palavras *herdarão do mesmo modo* n'elle empregadas referir-se-hão tanto á doutrina do artigo antecedente, como á do seu § unico? Parece-nos que só ao artigo, conquanto dê logar á duvida o ter a commissão revisora introduzido aquelle § unico, que não vinha no projecto primitivo, e bem assim as palavras *do mesmo modo*, que não vinham no artigo 2156.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2002.º do codigo.

## SECÇÃO VII

### DA SUCCESSÃO DA FAZENDA NACIONAL

Art. 2006.º Na falta de todos os herdeiros testamentarios ou legitimos, succederá o estado.

(Vid. nota ao artigo 594.º)

Art. 2007.º Os direitos e obrigações do estado, relativamente á herança, serão os mesmos que os de qualquer outro herdeiro.

(Vid. nota ao artigo 3.º)

Art. 2008.º O estado não poderá tomar posse da herança, sem que preceda sentença que declare o seu direito, nos termos do codigo de processo.

Os effeitos juridicos da posse só principiam depois que o estado toma, em consequencia da sentença de habilitação, real e effectiva posse dos bens da herança, ou começam com a morte do auctor da herança? Parece-nos que a posse se transmite ao estado logo á morte do auctor da herança, não servindo a sentença de habilitação senão para tornar verdadeira e effectiva a mesma posse.

Pela natureza das cousas o estado succede em todo o dominio e posse logo á morte do auctor da herança, porque os direitos não podem estar suspensos.

Feita a habilitação da fazenda nos termos do artigo retrotrahem-se os seus direitos até á epocha da morte do auctor da herança.

O que o codigo determina, como regra para o estado, é muito frequente tambem com os parentes, mesmo em grau proximo, que carecem não poucas vezes de igual habilitação, especialmente havendo contestação.

Finalmente este artigo, e os dois anteriores são a traducção dos artigos 783.º a 785.º do projecto de codigo civil hespanhol; e Goyena nas suas observações ao artigo 785.º, correspondente ao artigo 2008.º do nosso codigo, sustenta a mesma doutrina.



A razão por que se exige a habilitação para o estado tomar posse da herança é porque sendo a successão d'elle, para assim dizer, extraordinaria, admittida em ultimo caso, quando não ha herdeiro algum, nem legitimo, nem testamentario, artigo 2006.º, é necessario verificar primeiro estas circumstancias para evitar de futuro questões com a fazenda aos verdadeiros herdeiros.

O codigo ao passo que no artigo 1969.º colloca o estado na categoria dos herdeiros legitimos, e no artigo 2007.º lhe chama herdeiro, determina no artigo 2006.º, que o estado succede na falta de todos os herdeiros testamentarios e legitimos, excluindo-o assim positivamente da classe dos herdeiros legitimos.

O certo é que o estado é chamado *pela lei* a succeder extraordinariamente na falta de herdeiros testamentarios, de parentes, e do conjugue sobrevivente.

Mas não vale a pena discutir a questão theorica se o estado é chamado á herança, como herdeiro, ou pelo direito de soberania, desde que os direitos e obrigações da fazenda são os mesmos que os de qualquer outro herdeiro.

Sobre o processo a seguir para deferir a herança ao estado nos termos do artigo 2008.º do codigo, vem publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 78, um accordão da relação do Porto de 5 de junho de 1869, cuja doutrina nos parece digna de seguir-se, e cuja especie é a seguinte:

Requeru o delegado do procurador regio de Celorico de Basto que, achando-se na caixa dos orphãos certa quantia vaga de herdeiros testamentarios e legitimos, se passassem editos de 30 dias para os incertos virem deduzir o seu direito, sob pena de lançamento e de entrarem essas quantias nos cofres do estado, precedendo sentença, que assim o declarasse. O juiz indeferiu a pretensão com o fundamento de que a acção de petição de herança era ordinaria e não comminatoria.

A relação porém julgou que, não havendo parte com quem a fazenda nacional tenha a disputar o direito que tem ao dinheiro e á herança... não tem por isso logar o meio indicado no despacho recorrido, mas sim o de que se usou no requerimento, com prévia nomeação de um curador, que por parte dos interessados não conhecidos, que possam existir, vigie e fiscalise que todas as diligencias sejam cumpridas em ordem a poderem descobrir-se as proveniencias dos valores existentes nos ditos cofres, e as pessoas que a elles possam ter direito.

Effectivamente a acção de petição de herança compete ao herdeiro legitimo ou testamentario contra o possuidor da herança, que se julga com direito a ella, e com quem é preciso discutir o direito de succeder; e não é applicavel ao processo de simples arrecadação da herança.

Do referido accordão se deduz em conformidade dos principios geraes de direito sobre o processo, que, se a fazenda não tiver só que arrecadar a herança, mas que disputar a terceiro o direito sobre ella, ha de usar da acção ordinaria. Esta jurisprudencia é razoavel.

Emquanto os bens hereditarios estão em administração, que não se verificou o direito da fazenda, nem se habilitou pessoa alguma a have-los, é meio competente para deduzir a habilitação a justificação por artigos, em que o justificante conclua por pedir ser julgado herdeiro, requerendo a citação do ministerio publico, e a de todos os interessados incertos por editos, para opporem o que se lhes offerecer contra a sua habilitação, ou deduzirem o direito que tiverem á mes-

ma herança. O processo segue os termos marcados na novissima reforma judiciaria no artigo 300.º, e no artigo 313.º na parte applicavel, pela analogia que tem com a curadoria dos bens do ausente.

Se ha opposição torna-se contencioso o processo da justificação, e n'elle se resolvem os direitos dos concorrentes. Até o citado artigo 313.º da novissima reforma judicial indica o modo como póde ser deduzida essa opposição.

Portanto, enquanto ninguem possui a herança, o que ha a fazer é a habilitação, chamando os interessados a disputa-la em processo de justificação.

Esta doutrina é tambem confirmada pelo accordão do supremo tribunal de justiça de 10 de julho de 1866, publicado no *Diario do governo* n.º 179 d'aquelle anno, porque n'elle se reprova a acção de petição de herança para haver uma successão, que não estava ainda declarada jacente, nem na posse da fazenda, mas sim em administração, indicando-se ser o meio competente a habilitação deduzida pela parte interessada.

Decidido porém que a herança é jacente, e que assim pertence ao estado, postoque o producto dos bens não esteja nos cofres da fazenda, e se conserve ainda em deposito, já os herdeiros legitimos não podem haver a successão, senão pela acção ordinaria de petição de herança.

Todavia a relação de Lisboa, revogando o despacho de um juiz de 1.ª instancia, que seguia esta doutrina, decidiu em accordão de 18 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia* de Coimbra, n.º 219, que, ainda depois de julgada jacente a herança, enquanto o producto não entrasse nos cofres de fazenda, e se conservasse no deposito publico, podia ser entregue ao herdeiro que se habilitasse, sem ser necessario recorrer á acção de petição de herança.

Esta decisão é inadmissivel. O facto material de não ter sido ainda removido o dinheiro, do deposito para as arcas do thesouro, não podia influir na natureza do processo a intentar. O que determina o processo de habilitação, ou o uso do meio ordinario da petição de herança, é o estar a herança simplesmente arrecadada sem haver ainda quem dispute o direito sobre ella, ou haver quem dispute o direito hereditario, ou estar julgada jacente.

Para o herdeiro porém poder usar ou concorrer ao processo da justificação, é indispensavel que esteja investido já nas condições legaes para succeder. O filho illegitimo, por exemplo, que ainda não está perfilhado nem reconhecido, não póde deduzir o seu direito no processo de justificação, sem obter primeiro o reconhecimento legal, com que titule a sua apresentação em juizo.

No caso de ausencia do herdeiro em parte incerta ha mais de vinte annos, e da abstenção dos herdeiros certos, póde o agente do ministerio publico requerer que se julgue jacente a herança, e se arrecade nos cofres do estado. O juiz deve deferir-lhe, nomeando curador, que defenda a herança, como tndo se mostra das ordenações da fazenda de 17 de outubro de 1516, capitulo cxxiii, ordenação do reino, livro 1, titulo ix § 6.º, livro II titulo xxvi § 17.º, e titulo xxxii, modificado pelo alvará de 20 de dezembro de 1713, livro III, titulo xciv, livro IV, titulo xciv, e livro V, titulo lxxii § 7.º

Effectivamente o artigo 2006.º determina que a fazenda nacional succede na falta de herdeiros legitimos e testamentarios; e a novissima reforma judicial dispõe no artigo 309.º, que o juiz respectivo faça vender em hasta publica, com as solemnidades legaes, as heranças que ficarem jacentes pela abstenção dos herdeiros.

Do producto dos bens arrecadados para a fazenda como herança jacente não pôde deduzir-se quantia alguma para pagamento das custas do processo. N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 46, o qual diz assim: «Que menos bem julgado foi pelo juiz de 1.ª instancia na sua sentença emquanto mandou que do producto dos objectos arrecadados, antes de entrarem no cofre da fazenda publica, se deduzisse a importancia das custas dos autos, porque importando isso tanto como se expressamente fosse a fazenda condemnada no pagamento das custas, pois sempre ella é privada do montante d'ellas, ou deixem de entrar nos cofres, ou tenha de paga-las depois de haverem n'elles entrado, vem aquella determinação da sentença a offender a disposição do artigo 93.º da actual tabella dos emolumentos judiciaes, que não admite excepção á regra de que se não pagam emolumentos, assignaturas e salarios, seja de que natureza forem, por parte da fazenda nacional».

Porém os crédores da herança jacente têm o direito de se pagar dos seus créditos pelo producto dos bens da herança antes de elle entrar nos cofres publicos. Pelo alvará de 26 de agosto de 1801 o producto da arrematação entrava nos cofres publicos, e só depois é que os crédores habilitados iam exigir do thesouro o pagamento.

Dizia o referido alvará no § 4.º: «Não querendo porém de modo algum prejudicar aos herdeiros ou crédores, que se julgarem legitimos, e se habilitarem para a successão das heranças litigiosas, ou para a cobrança das suas dividas, lhes ficará salvo o regresso do preço pelo qual houverem sido vendidas as propriedades e mais bens, e de tudo que houver entrado no meu real erario, cujos capitães vencerão juros de 3 por cento, contados desde a posse dada aos habilitandos em virtude das sentenças que obtiverem até o total e effectivo embolso».

Porém hoje não é assim. Hoje os direitos e as obrigações do estado relativamente á herança são os mesmos de qualquer outro herdeiro, artigo 2007.º, e portanto só depois de pagas as dividas é que o estado receberá o remanescente, se o houver, como succede aos outros herdeiros, artigo 2059.º N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 18 de outubro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 151.

Já na pratica se tem confundido o processo da entrega da herança jacente com o processo da entrega do thesouro, quando aquella é judicial e este administrativo, e quando da herança jacente é característico o conhecer-se o auctor d'ella, e o comprehender certa universalidade de direitos; e do thesouro ignora-se quem seja o dono, e abrange porção restricta de bens.

Na herança jacente citam-se os crédores para se verificar a existencia de suas dividas, alvará de 26 de agosto de 1801 § 4.º, o que não pôde fazer-se na arrecadação do thesouro, porque ignorando-se quem é o dono, não pôde saber-se quem são os crédores.

*Thesaurus*, dizia o jurisconsulto Paulo na lei 31 *dig. de adquir. rer. domín.*, *est vetus quadam depositio pecunie, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*.

Sobre esta materia é importante o accordão, proferido pelo supremo tribunal de justiça em 7 de maio de 1872, e publicado no *Diario do governo* n.º 129 do mesmo anno, que é redigido assim:

«Mostra-se d'estes autos que tendo-se verificado pelas investigações a que procedera o administrador de concelho de Guimarães, por ordem do governador civil de Braga, a achada de um importante deposito de oiro amoeado e outros objectos preciosos, nas casas da

quinta de Aldão, confessando os proprios achadores como o tinham descoberto, o dito administrador, tendo apprehendido o dito deposito e constituido depositario o recorrente, dono da quinta, remettera ac juiz de direito da comarca os respectivos autos;

«Mostra-se mais que, requerendo o recorrente ao dito juiz, que houvesse por bem devolver ao administrador os autos mencionados, a fim de deduzir perante elle o seu direito e se cumprir o disposto no artigo 423.º e seu §, este requerimento, ouvido o ministerio publico, lhe fôra indeferido;

«Mostra-se mais que, tendo aggravado o recorrente para a relação do districto, lhe fôra denegado provimento pelo accordão de fl., fundamentando-se na resposta do juiz de 1.ª instancia e nas considerações do ministerio publico a que se referira;

«Considerando, porém, que o fundamento capital que se invoca, para sustentar a competencia da jurisdicção civil na hypothese dos autos, consiste na errada asserção de que se trata de uma herança jacente, sendo certo que na censura de direito herança não existe sem auctor conhecido, e sem comprehender uma certa universalidade de direitos, embora não sejam conhecidos os herdeiros, codigo civil artigo 1737.º

«Considerando por outro lado que na hypothese dos autos se verificam os requisitos e condições especiaes que constituem o thesouro ou deposito escondido de oiro, prata, ou de quaesquer objectos de algum valor, a que deve ser applicada a legislação comprehendida na secção III, capitulo III, livro I, parte II, do codigo civil;

«Considerando que, n'este caso, pertence á auctoridade administrativa, segundo o codigo civil, no artigo 423.º § unico, a quem o facto foi noticiado, fazê-lo constar por annuncios e editaes, para que qualquer pessoa que se mostre com direito ao deposito achado o venha receber dentro em dois annos;

«Considerando que nenhuma auctoridade pôde arrogar-se jurisdicção que a lei lhe não confere;

«Por todos estes motivos annullam o accordão recorrido, e todo o processado perante o juiz de 1.ª instancia, por offensa e errada intelligencia dos artigos 422.º e 423.º § unico do codigo civil, etc.»

Da sentença que julga um thesouro como jacente e devoluto á fazenda nacional cabe o recurso de appellação em ambos os effectos, porque a dita appellação versa, não sobre questão de simples deposito, mas sim sobre o direito de propriedade do mesmo thesouro, como decidiu a relação do Porto em accordão de 3 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 209.

Quanto á entrega do thesouro, a auctoridade competente para publicar os annuncios, chamando os interessados, e para verificar o direito dos reclamantes, nos termos do codigo, é a auctoridade administrativa.

Supponhâmos porém que surge contestação sobre a pessoa a quem pertence o deposito, é tambem a auctoridade administrativa a competente para resolver sobre uma questão de direitos individuaes? O codigo é omisso sobre esta especie e da sua letra parece deprehender-se que a auctoridade administrativa assume n'esta especie a jurisdicção judicial. Todavia, em vista das regras geraes de direito, e dos principios que regulam a competencia administrativa e a judicial, segundo a constituição politica, e as leis organicas, que a desenvolveram, julgâmos que, levantada contestação perante a auctoridade administrativa sobre o direito ao deposito, deve esta remetter immediatamente os autos ao poder judicial.

Art. 2009.º A herança abre-se pela morte do seu auctor; o lugar da abertura da herança determinar-se-ha nos termos seguintes:

§ 1.º Se o finado tiver domicilio, abrir-se-ha a herança no lugar d'esse domicilio.

§ 2.º Na falta de domicilio, abrir-se-ha a herança no lugar onde o finado tiver bens immoveis.

§ 3.º Se tiver bens immoveis em diversos logares, abrir-se-ha a herança onde se achar a maior parte d'esses bens, sendo esta parte calculada pela respectiva contribuição directa.

§ 4.º Se o finado não tiver domicilio nem bens immoveis em parte alguma, abrir-se-ha a herança no lugar onde elle se finar.

(Vid. nota ao artigo 188.º) É a morte que determina a abertura da successão; e é a lei vigente ao tempo da morte que regula todas as condições e direitos da mesma successão.

Por isso tendo-se estipulado em contrato de casamento, anterior á promulgação do código, que os bens dos conjuges passariam por morte de cada um aos seus respectivos herdeiros, e fallecendo algum dos conjuges depois da vigencia do código civil, são chamados á successão os herdeiros, em conformidade do direito novo, e não em harmonia com o direito velho.

Assim, não deixando o conjuge predefuncto descendentes, nem ascendentes, nem irmãos, nem descendentes d'estes, aindaque lhe ficassem outros transversaes dentro do decimo grau, é o conjuge sobrevivente o seu herdeiro.

O preceito do artigo 2009.º é uma excepção bem fundada ás regras geraes da competencia.

Tratando-se das causas de rescisão ou emenda de partilha, ou de nova partilha adicional, auctorizadas nos artigos 2164.º a 2166.º, ou mesmo da acção de sonogados, já as questões a este respeito levantadas não correm no juizo da abertura da herança, mas sim no domicilio dos réus.

Outras hypotheses deixou de regular o artigo 2009.º do código, porque não previu o caso de ter fallecido no alto mar, ou em paiz estrangeiro o auctor da herança, que não tivesse domicilio, nem bens immoveis em Portugal.

É frequente o acontecimento de morrerem na viagem do Brazil para Portugal cidadãos portuguezes, que d'ali regressavam para a sua patria com uma valiosa fortuna, toda constituida em bens mobiliarios.

Parece que n'esta hypothese deve ser competente o juizo do domicilio dos herdeiros, por argumento do disposto no artigo 188.º, preferindo o domicilio do herdeiro demandado ao do herdeiro requerente, se forem moradores em diversa jurisdicção.

Esta regra deve observar-se, ou a embarcação, onde teve lugar o fallecimento, aportasse a territorio portuguez, ou se dirigisse a porto estrangeiro. Entendem alguns que n'aquelle caso o juizo competente era o do primeiro porto portuguez, onde o navio aportasse. Esta doutrina porém é inadmissivel, e sem razão de ser. Basta attender a que tocando em Cabo Verde os navios vindos do Brazil para Portugal,ahi teria de correr o inventario, sendo os herdeiros aliás domiciliados no continente!

A mesma regra é applicavel ás questões de inventario na successão de portuguez fallecido em paiz estrangeiro, e ahi domiciliado, e que não tivesse bens immoveis em Portugal.

Para conciliar o artigo 2009.º com o artigo 188.º dizem alguns que, concluido o inventario, cessam as attribuições do conselho de familia e a jurisdicção do juizo do inventario, passando para o juizo do domicilio do menor.

Mas este principio não pôde ser accete sem vir expresso em lei, porque contraria a regra de que onde o juizo principiou ahi deve acabar.

Em conformidade com este principio declarou o governo em decreto, sobre consulta do supremo tribunal administrativo, de 30 de setembro de 1871, publicado no *Diario do governo* n.º 270, de 28 de novembro do mesmo anno, que da data da abertura do testamento data o direito do legatario, que os direitos se transmitem no dia em que se abriu a herança por morte de seu auctor, visto o preceito expresso do artigo 2011.º (do código civil), e que portanto a contribuição de registo é devida segundo a lei vigente ao tempo em que se operar a transmissão, conforme determina tambem o regulamento de 30 de junho de 1870, no artigo 126.º, a qual se abre no lugar do domicilio do finado, como já dispunha a novissima reforma judicial, artigo 183.º

Tambem pelo mesmo principio de que a herança se abre no lugar do domicilio do seu auctor, foi declarado em officio do ministerio da fazenda de 26 de março de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 17, que, tendo o fallecido duas residencias, é competente para a liquidação da contribuição de registo o escrivão de fazenda do concelho da residencia onde elle falleceu, visto o preceito do artigo 43.º do código, que declara domiciliado na residencia, onde se achar, o cidadão que tiver diversas residencias, onde viva alternadamente, excepto se tiver declarado perante a respectiva camara municipal, que prefere alguma d'ellas.

Supponhâmos porém que o individuo com diferentes residencias fallecia em sitio, que não era o de nenhuma das suas residencias, onde havia de correr o processo da liquidação da contribuição de registo?

Pelo projecto primitivo não podia haver duvida a este respeito, porque n'esse, nos §§ 1.º e 2.º do artigo 2168.º, correspondentes aos §§ 1.º e 2.º do artigo 2009.º do código, em vez da palavra *domicilio* dizia-se *domicilio fixo*, redacção esta que foi ainda conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Portanto, em virtude do disposto no projecto primitivo, fallecendo cidadão, que não tivesse morada permanente, nos termos do artigo 41.º, seguia-se para a liquidação da contribuição de registo, não a regra estabelecida no § 1.º do artigo 2009.º, mas as regras prescriptas nos §§ 2.º, 3.º e 4.º

Estabelecido porém o principio, já reconhecido pelo ministerio da fazenda, de que o lugar da abertura da herança é determinado, tanto pelo domicilio fixo, como pelo que o não é, em caso nenhum terão applicação as regras prescriptas nos §§ 2.º, 3.º e 4.º, porque ninguem fallece sem ter domicilio, visto o preceito consignado no artigo 48.º

Em accordo de 9 de agosto de 1870, publicado no *Diario do governo* n.º 227, de 8 de outubro do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que, tendo um cidadão duas residencias, onde viva alternadamente, é juizo competente para lhe fazer o inventario por seu fallecimento aquelle onde se achava o inventariado quando falleceu, por se verificar rigorosamente a especie do artigo 43.º

Por direito anterior a liquidação da contribuição de registo a título gratuito pela morte de alguém fazia-se, não no do domicílio do fallecido, mas no lugar do obito, em conformidade do artigo 15 da lei de 30 de junho de 1860, e do artigo 23.º das instrucções de 12 de outubro do mesmo anno. N'este sentido decidiu o decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo de 14 de maio de 1873, publicado no *Diário do governo* n.º 255 d'aquelle anno, declarando que a disposição do artigo 183.º da novissima reforma judicial, para que se fizesse o inventario dos bens no domicilio do defunto, embora tivesse alguma analogia com o facto da liquidação da contribuição de registo, não podia prevalecer contra a legislação posterior, expressamente feita para regular esta materia especial.

Era porém absurda a provisão de lei anterior, e por isso se estabeleceu na lei de 31 de agosto de 1869, e no regulamento de 30 de junho de 1870, que o escrivão competente para a liquidação da contribuição de registo pela morte de alguém era o do concelho ou bairro, onde o finado tivesse domicilio nos termos da legislação civil.

A jurisprudencia estatuida no accordão do supremo tribunal de justiça de 25 de maio de 1869, transcripto em a nota ao artigo 188.º, foi igualmente reconhecida no accordão de 4 de agosto de 1871, publicado no *Diário do governo* n.º 490, de 25 do mesmo mez e anno.

N'este accordão encontram-se os dois seguintes periodos:

«Considerando que os filhos menores que viviam com o fallecido, não podiam ter nem constituir domicilio diverso, como é expresso no artigo 47.º do mesmo codigo (codigo civil), e que é a este, e não ao que actualmentepoderão ter, que se refere o artigo 188.º;

«Considerando que é no domicilio do auctor da herança que esta se abre para todos os effeitos, o primeiro dos quaes é a sua partilha, segundo o artigo 2009.º e seguintes do citado codigo, etc.»

Em virtude do disposto n'este artigo é tambem no domicilio do finado que deve processar-se o inventario.

Em accordão de 23 de janeiro de 1874 julgou o supremo tribunal de justiça que era competente para o inventario por fallecimento da mulher o juizo do domicilio, que ella fixára em logar diverso do do marido, quando se achasse separada de pessoa e bens, por escriptura amigavel, homologada por sentença, que não se mostrasse legalmente rescindida.

A relação do Porto em accordão de 26 de janeiro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 11, julgou em harmonia com o decidido pelo supremo tribunal de justiça no citado accordão de 25 de maio de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 92, e transcripto em a nota ao artigo 188.º, que o artigo 2009.º tinha revogado as disposições da provisão de 23 de maio de 1534 e do assento de 17 de junho de 1651, que estabeleceram a competencia do juizo em que se fez a partilha por morte de um dos conjuges para processar por dependencia a partilha por morte do outro, visto que o artigo 2009.º não consigna excepção alguma, que estabeleça a dependencia da causa, que no fóro se auctorizava com disposições anteriores ao mesmo codigo, e por isso revogadas pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867.

Sem embargo porém de ter grande força esta jurisprudencia, porque foi consagrada pelo supremo tribunal de justiça, e este tribunal sobre termos e formalidades do processo julga definitivamente, decidiu o mesmo tribunal da relação do Porto, por diferentes juizes, em accordão de 27 de fevereiro de 1872, publicado na citada *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 233, que o inventario

do conjuge sobrevivivo devia correr por dependencia no cartorio em que tinha sido processado o do conjuge predefunto, porque havia a certeza do escrivão conforme o disposto no § 11.º do artigo 4.º do decreto de 9 de julho de 1855, e porque era essa a pratica constante e indisputavel seguida no fóro. E porém inaceitavel similhante jurisprudencia, porque a pratica anterior não está de accordo com a lei nova, nem com a interpretação que a esta deu o supremo tribunal de justiça, cujas decisões sobre questões de processo, como é esta, devem merecer todo o respeito aos tribunaes inferiores.

Demais, o assento da casa da supplicação de 17 de junho de 1651 parece subordinar a sua regra de competencia à outra da dependencia da causa, não sendo portanto competente para o novo inventario o juizo em que se procedéra ao do conjuge predefunto, senão quando este fosse dependencia d'aquelle. N'este sentido julgou tambem o supremo tribunal de justiça em accordão de 3 de novembro de 1863, declarando que só no caso de estar por concluir o inventario do conjuge predefunto é que, pelo principio da connexão e dependencia da causa, deveria, por morte do outro conjuge, fazer-se tambem o seu inventario no juizo, onde o primeiro correra.

Já antes da promulgação do codigo alguns impugnavam a força obrigatoria do referido assento de 17 de junho de 1651 com o fundamento de não ser tomado em mesa grande sobre entendimento de alguma ordenação ou lei do reino, nos termos da ordenação, livro 1, titulo v § 5.º, não podendo por isso considerar-se com força de lei, como contendo interpretação authentica, segunda a lei de 18 de agosto de 1760.º § 4.º, embora deva suppor-se que fóra tomado em observancia da lei, para resolver questão pendente n'alguns autos.

Contra a provisão de 13 de maio de 1534 tambem alguns têm dito, que ella não comporta a larga interpretação, que se tem pretendido dar-lhe, e que, aindaque tivesse força de lei antes da promulgação das ordenações filippinas, a perdeu todavia pela revogação que das leis anteriores geralmente se fez na lei de confirmação das mesmas ordenações de 29 de janeiro de 1643 com excepção de algumas, em cujo numero esta não póde julgar-se comprehendida.

O decreto de 26 de julho de 1866, com a providencia do seu artigo 4.º § 1.º n.º 3.º, de certo não prejudicava esta doutrina.

Tambem a relação do Porto decidiu em accordão de 7 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 11, que, se o fallecido tiver domicilio voluntario e necessario, onde resida alternadamente, é n'aquelle que deve proceder-se ao inventario da herança. E porém insustentavel similhante jurisprudencia, porque o domicilio necessario exclue o voluntario, e, se aquelle cessa pela morte, não é pela morte que se adquire o voluntario. *Mors omnia solvit*.

Porém o inventario póde correr em juizo differente do determinado em conformidade das regras geraes de direito, se os interessados não impugnarem a prorogação da jurisdicção; e n'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 19 de novembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 287.

Art. 2010.º Havendo justo receio de que se extraviem valores mobiliarios da herança, poderá qualquer auctoridade judicial, a requerimento de algum dos interessados ou do curador geral, e ainda ex-officio, ordenar a imposição de sellos, conforme se determinar no codigo de processo,

(Vid. nota ao artigo 188.º)

**Art. 2011.º** A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos quer legítimos, dá-se desde o momento da morte do auctor d'ella.

(Vid. nota ao artigo 483.º) O projecto primitivo continha mais quatro artigos em seguida ao artigo correspondente ao artigo 2011.º do código, que foram eliminados logo nos trabalhos da primeira revisão.

Nesses artigos se estabelecia que, oppondo-se terceiro à posse dos herdeiros, podiam estes requerer que a sua posse lhes fosse confirmada judicialmente, juntando os documentos, que comprovassem o seu direito, que a posse podia ser embargada por qualquer interessado na successão da herança, ou fosse com o fundamento na nulidade do testamento, por falta das solemnidades legais, ou fosse com o fundamento da incapacidade testamentaria do testador, ou da incapacidade successoria dos herdeiros apparentes, comprovada por documento authenticico; que, se os embargos fossem recebidos, seria posta a herança em administração, mas que, achando-se de posse d'ella os embargantes, conserva-la-iam, prestando a requerimento dos interessados caução ou fiança pelos rendimentos e quaesquer perdas e danos, a que podessem dar causa; que o herdeiro que, dentro de anno e dia a contar da morte do auctor da herança, se não apresentasse a reclamação, só poderia reivindicá-la, pelos meios ordinarios, se a entrega lhe fosse disputada; que n'este caso o reclamante só teria direito aos fructos, desde a proposição da acção, excepto havendo má fé da parte do detentor; e que o que disputasse a entrega da herança, seria comtudo obrigado, sendo requerido, a prestar caução por quaesquer perdas e danos, a que podesse dar causa.

Esta nova doutrina, alem de muito contestavel, tinha melhor cabimento no código de processo; e talvez por isso a commissão revisora a eliminasse.

**Art. 2012.º** Se o herdeiro se achar ausente, ou for menor ou interdito, proceder-se-ha judicialmente a inventario e a partilha, se esta houver de fazer-se.

(Vid. nota ao artigo 189.º)

**Art. 2013.º** Se os herdeiros forem todos maiores, e não houver entre elles ausentes ou interdictos, poderão concertar-se, como entenderem, acerca da partilha, contantoque seja feita por escriptura publica ou auto publico.

(Vid. notas aos artigos 189.º e 686.º) Nos termos da ordenação, livro iv, titulo xcvi § 48.º, as partilhas entre maiores só podiam ser provadas por escriptura publica, excedendo o valor dos bens a taxa ali marcada, e depois triplicada pelo alvará de 16 de setembro de 1814, dispensando-se a escriptura, qualquer que fosse o valor das partilhas, unicamente quando estas eram feitas entre pessoas conjunctas nos termos da mesma ordenação, livro iii, titulo lix § 41.º

Mas depois da publicação da reforma judicial que admittia o depoimento de testemunhas para prova de qualquer cousa ou quantia, salvo quando a escriptura fosse substancial do contrato, era corrente no fóro que o facto das partilhas podia ser provado por qualquer meio de prova; e n'este sentido julgon a relação do Porto em accordão de 10 de maio de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 420.

O projecto primitivo no artigo 2175.º, correspondente ao artigo 2013.º do código, só exigia escriptura ou auto publico para as partilhas entre maiores, sendo os bens immobiliarios. A commissão revisora porém restaurou o preceito consignado na ordenação, livro iv, titulo xcvi § 48.º, sem a excepção admittida na mesma ordenação, livro iii, titulo lix § 41.º

Já entrou em duvida se as partilhas podiam celebrar-se em auto conciliatorio perante o juiz de paz, visto que as attribuições d'estes magistrados são as marcadas nos capitulos v do titulo v, e capitulo unico do titulo viii da novissima reforma judicial, e porque a portaria do ministerio da justiça de 14 de dezembro de 1836 declarou que aquelles juizes não competia fazer partilhas entre maiores, a pretexto de effectuar conciliações. E porém certo que a conciliação é *auto publico*, e que por conseguinte nos termos do artigo bem podem fazer-se as partilhas em auto de conciliação.

Effectivamente a praxe do fóro tem admittido que os autos de conciliação sirvam não só para n'elles se escreverem as transacções das partes sobre qualquer direito, que possa ser objecto de litigio, mas tambem quaesquer outros contratos, que as partes queiram legalisar por esta fórma, para n'elles se lançarem; e com a singularidade de que mesmo com relação a estes pactos téem os tribunales julgado muitas vezes que os autos de conciliação téem a força de sentença e de execução apparelhada, não admittindo ao demandado outros meios de elidir as obrigações assim estipuladas, senão os reconhecidos no artigo 617.º da novissima reforma judicial.

**Art. 2014.º** Os herdeiros succedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança, que não forem puramente pessoas, ou exceptuados pela lei, ou pelo dito auctor.

(Vide nota ao artigo 703.º) Interposto recurso de revista contra o accordão da relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 1871, mencionado em a nota ao artigo 703.º, o supremo tribunal de justiça negou a revista por accordão de 8 de novembro de 1872, proferido no processo n.º 43-614.

**Art. 2015.º** Sendo varias as pessoas chamadas simultaneamente á mesma herança, será o seu direito indivisivel, tanto a respeito da posse como do dominio, emquanto a partilha se não fizer.

**Art. 2016.º** Cada um dos coherdeiros pôde pedir a totalidade da herança, a que for chamado conjunctamente com outros, sem que o demandado possa oppor-lhe a excepção de que a herança lhe não pertence por inteiro.

(Vid. artigo 2138.º) A herança reputa-se indivisivel emquanto se não ultima a partilha. Até á conclusão d'este acto todos os coherdeiros téem direito geral á successão, e nenhum tem direito a parte determinada.

A provisão estabelecida no artigo 2016.º é uma excepção á barbara jurisprudencia introduzida no fóro á sombra do assento de 11 de janeiro de 1653, da lei de 22 de dezembro de 1761.º, e do artigo 194.º da novissima reforma judicial, em virtude da qual não sendo citados para a causa todos os que téem interesse no negocio, são annullados os processos pelos tribunales.

Convém porém examinar o alcance e a força d'estas disposições legais. A lei de 22 de dezembro de 1761, diz assim no título III § 12.º: «sendo certo que em todo e qualquer juízo, ou seja ordinario, ou summario, ou ainda d'aquelles, em que se procede de plano... não pôde pessoa alguma ser admittida sem se legitimar, antes de tudo...»; e estabeleceu esta providencia para dar garantias á fazenda nas questões de embargos de terceiro, de que ali trata, porque aquelle principio vem só para fundamentar a disposição de que, em taes causas com a fazenda, os embargantes exhibam logo com os seus embargos todos os títulos que tiverem para legitimar-se.

Porém, segundo as explicações dadas logo em seguida, a *legitimação*, de que ali se trata, equivale á demonstração do direito, que assiste ao auctor, de que effectivamente não pôde em caso algum *prescindir-se*, poisque falla-se da *legitimidade* para poder embargar; e ordena-se que se veja se os bens são dos *taes embargantes*, e conclue-se que, *achando-se que os taes embargantes se não legitimam, sejam logo excluidos*, o que é rasoavel, e não pôde dizer-se novidade juridica.

Tambem se têm annullado processos, em que não foi citada alguma pessoa, directa ou indirectamente interessada na causa, com fundamento no artigo 194.º da novissima reforma judicial, que declara nullidade insanavel a falta de primeira citação, na opinião de Pereira e Sousa, que no § 91.º das suas primeiras linhas declara que «*devem ser citados todos aquelles a quem o negocio toca*», e no citado assento de 11 de janeiro de 1653.

Porém de nenhuma d'estas disposições se infero que pela falta de citação de algum dos interessados se annulle a causa com respeito aquelles contra quem a acção foi dirigida.

Deve o auctor chamar á demanda todos aquelles, a quem o negocio toca para contra todos poder executar a sentença, nos termos do artigo 2503.º do codigo; mas os tribunaes só podem annullar o processo pela falta de citação de algum dos interessados, quando o objecto é indivisível, que a sentença só pôde executar-se contra todos, porque então é indispensavel recommear o processo contra os não citados.

Por aquelle motivo nem Pereira e Sousa nem o citado assento estabelecem a nullidade do processo. Pereira e Sousa até em a nota 221 limita a sua regra aos que têm *interesse particular*; isto é, aos que podem ser prejudicados pela sentença, como bem se mostra dos exemplos que aponta.

Falla da mulher casada, tratando-se de bens de raiz, e da moratoria concedida ao devedor pelos credores de *maior* quantia, e declara que essa deliberação não prejudica os de *menor* quantia, que é a especie prevista no assento.

Portanto a necessidade da citação, mesmo segundo Pereira e Sousa, não vae alem dos casos de interesse, *directo e principal*, e não de *qualquer* interesse. O assento mesmo, supposto diga que *havía por direito obrigação de serem citados todos aquelles, a quem o negocio toca*, só applica essa regra á referida especie da moratoria, sendo que o interesse dos credores de *menor* quantia é tão *directo e principal*, como o dos outros.

Diz o assento «... veiu em duvida, se quando os credores de maior quantia concedem esperas ao devedor principal na fórma da ordenação livro IV, título LXXIV § 3.º e livro III, título LXXVIII § 8.º, se os de menor quantia estarão obrigados a estar pelo compromisso, que fizeram os de maior, aindaque tenham sentença e começado a fazer execução por ella com penhora nos bens do devedor commum, e vistas as ordenações allegadas, e como havia sentenças por uma e outra

parte, se assentou que para haver logar a disposição das ditas ordenações, era necessario que todos os credores de maior, ou menor quantia, aindaque tivessem sentenças a seu favor fossem citados e sabedores do dito compromisso para haverem de estar e seguir o que os de maior quantia assentassem, porque as ordenações não tiravam aquella obrigação, que havia de direito de serem citados todos aquelles, a quem o negocio toca; e antes o permitia, pois dá logar a que os de menor quantia possam oppor e protestar com rasões contra o dito devedor commum para lhe não ser concedida a espera. E para que isto não viesse mais em duvida se mandou fazer este assento e que assim se entendessem as ditas ordenações».

Ora n'esta especie rasoavel era que fossem ouvidos todos. A *espera* ou *redução* concordada pelos credores de maior quantia, sem audiencia dos de menor quantia, affectava claramente estes, que se fossem ouvidos podiam *oppor* rasões, que destruissem similhante concessão.

Porém mesmo nos casos especiaes, em que se trata d'aquelles, a quem o negocio *directa e principalmente* toca, não se estabelece que a falta de citação importe nullidade da causa, mas sim que a sentença não pôde prejudicar os que não foram citados, de onde se tira a conclusão não de que o processo deva annullar-se, mas sim de que o auctor tem de tentar nova acção contra os não citados.

E é rasoavel esta jurisprudencia. Se alguém intenta a acção de reivindicção contra um dos proprietarios do predio commum sem demandar os outros, é absurdo annullar o processo por este motivo, vistoque a sentença, que condemnar o citado, não pôde prejudicar os que não foram ouvidos, nem convencidos.

Assim em regra só devem ser citados para a causa aquelles, que o auctor indicar, aquelles sem a assistencia dos quaes não podem os outros estar em juizo, e aquelles a quem a decisão pôde directamente prejudicar.

O artigo 194.º da novissima reforma judicial, refere-se unicamente á citação das pessoas *indicadas* pelo auctor, como bem se mostra dos artigos 212.º, 248.º § 1.º, 254.º e outros da mesma reforma.

Concordes com este principio estão outras disposições da reforma, especialmente nos artigos 322.º e 323.º

Na causa de reivindicção, intentada contra o comprador de um predio, não ha duvida de que é interessado o vendedor, que responde pela evicção, e todavia o citado artigo só manda cita-lo, se o comprador o requerer, sem que a falta da citação importe a nullidade da causa. Tambem no artigo 323.º se declara que não ficam prejudicados os direitos de terceiro, que não foi citado para a causa, e que os interessados não citados podem deduzir o seu direito pelos meios competentes.

Portanto a discussão da *legitimidade* das partes consiste em averiguar se o que a allega é o *proprio* a quem, segundo as provas dos autos, o direito pertence; ao auctor convem requerer a citação de todos aquelles contra quem a sentença tem necessariamente de executar-se, para se lhe dar inteiro cumprimento: mas a falta de citação de qualquer dos interessados na causa, não tendo sido proposta contra elles a acção, não importa nullidade, salvo sendo *individuo* o objecto, de modo que a sentença não possa ser executada senão contra *todos*.

No entanto não é esta a jurisprudencia seguida no fóro. É provavel que nos tribunaes continue a vingar a doutrina da necessidade da citação de todos aquelles a quem o negocio *directa e principalmente* toca, sob pena de se annullar o processo.

Em accordão de 18 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 3.º, julgou a relação do Porto que, tratando-se da rescisão de uma venda, era nullo o processo em que fosse demandado só o comprador e possuidor do predio vendido, sem serem ouvidos e convencidos os vendedores do predio.

Ainda assim esta impossivel jurisprudencia vae sendo um pouco abalada, porque o mesmo tribunal, por diferentes juizes, em accordão de 2 de dezembro do mesmo anno, publicado no jornal, acima referido, tratando-se da rescisão de um aforamento, julgou desnecessario chamar á demanda, alem do emphyteuta, o senhorio direito.

N'alguns casos estabelece o codigo a obrigação de demandar todos os interessados. Assim pela disposição expressa do artigo 2084.º, nas questões de dominio, e de dividas da herança, alem da citação do cabeça de casal, é preciso citar todos os coherdeiros.

Por isso os filhos, por fallecimento de um dos paes, antes de feitas as partilhas, não são meros credores, que vão exigir n'esta qualidade o pagamento do que lhes pertence na successão do pae predefunto. Pelo contrario são com o pae sobrevivente proprietarios dos bens do casal, de modo que este não pôde alienar ou hypothecar, só por si, bens alguns sem intervenção d'elles, comquanto em vida do consorte podesse alienar e hypothecar nos termos expostos em a nota ao artigo 1191.º N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 30 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 173.

A doutrina do artigo 2016.º é consequencia d'este principio. O preceito d'este artigo tanto é corollario da provisão consignada no artigo 2015, que no projecto primitivo o artigo 2178.º, correspondente ao artigo 2016.º do codigo, em vez das palavras *cada um dos coherdeiros pôde pedir*, que n'esta se lêem, começava assim *poderá, portanto, cada um dos coherdeiros reclamar, etc.* Por isso cada coherdeiro pôde pedir a terceiro, que não tenha direito á posse dos bens da herança, a restituição d'elles por inteiro.

E o terceiro não pôde oppor-se á entrega como o fundamento de que ao auctor não pertencem todos os bens hereditarios por haver mais coherdeiros. Como é indivisivel o direito á herança, tanto pôde ser esta reclamada por um, como por todos os compartes na successão.

Se porém o possuidor da herança é tambem coherdeiro já o auctor não pôde pedir a entrega da successão, mas requerer o inventario e a partilha dos bens, salvo o direito de ser investido na posse dos mesmos bens, como cabeça de casal, se nos termos das leis lhe pertencer tal direito.

Ella harmonia com esta doutrina sustentámos nós sempre que distribuída a herança em legados podia o que se intitulava filho do auctor da herança intentar a acção de filiação só contra algum dos legatarios com a condição de só contra esse se executar a sentença.

Se porventura um coherdeiro pôde só por si pedir a totalidade da herança, parece que por maioria de razão pôde pedir só o seu quinhão; más ainda n'este caso fica sujeito á acção dos outros coherdeiros, que podem vir discutir a legalidade com que se fez a partilha para lhe adjudicar o seu quinhão.

Se porém qualquer coherdeiro demandar outro, que seja parente, não para o juizo do inventario, mas para processo contencioso, como requerendo que elle seja condemnado a dar-lhe partilha em bens que elle tem em seu poder, reputando que lhe pertencem preciuos, e negando-se por isso a dar partilha n'elles, pôde o coherdeiro, independentemente do concurso dos outros coherdeiros, intentar a respectiva

acção, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 8 março de 1873, entre partes, Manuel Rodrigues e mulher, e João Rodrigues e mulher.

Realmente o direito de um não devia ser prejudicado pela recusa dos outros em vir a juizo; mas depois de ordenada a partilha em juizo contencioso, que se proceda á execução da sentença em inventario, é indispensavel o concurso de todos, porque é entre todos que se concerta a partilha.

N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 11 de julho de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 32, decidindo que antes de feitas as partilhas não pôde penhorar-se, pela divida de um coherdeiro, toda ou parte da herança, mas apenas o direito e acção d'elle á herança, porque o direito dos coherdeiros é indivizivel, tanto a respeito do dominio como da posse, enquanto a partilha se não fizer, vista a provisão do artigo 2015.º

Art. 2017.º O direito de petição de herança prescreve, pelo mesmo tempo e fórma, por que prescrevem os direitos immobiliarios.

(Vid. nota ao artigo 530.º)

Art. 2018.º A herança pôde ser aceita pura e simplesmente, ou só-lo a beneficio de inventario.

Art. 2019.º O herdeiro não é obrigado a encargos alem das forças da herança.

§ unico. Porém, se a herança for aceita pura e simplesmente, incumbe ao herdeiro provar, que ella não consta de bens sufficientes para pagamento dos encargos. Se for aceita a beneficio de inventario, e este se fizer, incumbe aos credores a prova de que na herança ha outros bens alem dos inventariados.

(Vid. nota ao artigo 1792.º)

Art. 2020.º Quem repudia a herança, que lhe sobrevem por um lado, não fica por isso inhibido de aceitar a que lhe tocar por outro.

Art. 2021.º A acceitação ou o repudio da herança é um acto inteiramente voluntario e livre.

Art. 2022.º Ninguém pôde aceitar ou repudiar a herança em parte, com termo ou condicionalmente.

(Vid. nota ao artigo 1813.º)

Art. 2023.º Podem aceitar ou repudiar a herança todos os que têm a livre administração de seus bens.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 2024.º A mulher casada não pôde válidamente aceitar ou repudiar a herança sem auctorisação do marido, nem o marido sem consentimento da mulher. A auctorisação do

marido e o consentimento da mulher podem ser suppridos judicialmente.

(Vid. nota ao artigo 1120.º) No projecto primitivo o artigo 2185.º, correspondente ao artigo 2024.º do código, era redigido nos seguintes termos: «A mulher casada não pôde validamente aceitar, ou repudiar a herança, sem auctorisação de seu marido, ou supprimento judicial; nem o marido casado por carta de ametade, sem annuencia da mulher».

Estabelecia por conseguinte o projecto: 1.º, que, negando a mulher auctorisação ao marido para aceitar ou repudiar a herança, não podia elle recorrer ao supprimento judicial, ao passo que, negando o marido auctorisação á mulher para esta aceitar ou repudiar a herança, podia ella implorar o supprimento judicial; 2.º, que o marido, casado por qualquer forma, que não fosse o costume do reino, não carecia de auctorisação da mulher para aceitar ou repudiar validamente a herança.

A comissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão emendou o artigo no sentido, em que hoje se encontra no código. Decidiu que o supprimento judicial fosse admissivel, tanto no caso de recusa do marido, como no caso de recusa da mulher, porque effectivamente não havia rasão para a distincção reconhecida no projecto.

A permissão ao marido para aceitar ou repudiar herança sem outorga da mulher, quando o casamento não fosse por costume do reino, contrariava os principios, e até o systema do proprio projecto, que no artigo 1163.º, correspondente ao artigo 1119.º do código, dispunha, em conformidade da ordenação, livro IV, titulo XLVIII, pr. e § 8.º, que o marido não podia dispor dos bens *immobiliares* sem outorga da mulher, o que o projecto applicava até ao regimen dotal, artigo 1201.º, correspondente ao artigo 1155.º do código.

Ora o repudio da herança é verdadeira alienação, porque pelo projecto, artigos 573.º e 2169.º, correspondentes aos artigos 483.º e 2011.º do código, os herdeiros e representantes do auctor da herança succedem no dominio e posse da herança desde a morte do seu auctor, como já declarava o alvará de 9 de novembro de 1754.

Art. 2023.º A herança, deixada aos menores e aos interdittos, só pôde ser aceita a beneficio de inventário por aquelles que os representam.

(Vid. nota ao artigo 224.º n.º 17.º)

Art. 2026.º Os surdos-mudos, que não estiverem em tutela, e souberem escrever, aceitarão ou repudiarão a herança, ou por si, ou por seu bastante procurador; mas, se não souberem escrever, será a herança aceita a beneficio de inventário por um curador, que será nomeado em conselho de família.

(Vid. nota ao artigo 337.º)

Art. 2027.º A aceitação é expressa ou tacita.

§ 1.º É expressa, quando o herdeiro toma este titulo ou qualificação em algum acto público ou privado.

§ 2.º É tacita, quando o herdeiro pratica algum facto de que necessariamente se deduz a intenção de aceitar, ou de tal natureza, que elle não poderia pratical-o senão na qualidade de herdeiro.

Art. 2028.º Os actos puramente conservatorios, ou de administração e guarda provisoria da herança, não implicam aceitação della.

(Vid. artigo 2034.º) Na distincção entre aceitação expressa e tacita refere-se o código unicamente á aceitação pura, porque a aceitação a beneficio de inventário é sempre expressa.

A aceitação expressa ha de ser feita por escripto, ou publico ou particular. Não se reputa aceitação expressa a verbal, porque esta forma de aceitação daria logar a muitas duvidas e incertezas. Assim fica dirimida a controversia entre os interpretes sobre se se reputava aceitação expressa a simples declaração verbal do interessado de que queria ser herdeiro.

É tacita a aceitação se o individuo começa a dispor de cousas de herança, por exemplo, a fazer arrendamentos, etc., como se fôra herdeiro. No entretanto dispondo o código que os simples actos de conservação e de administração não implicam aceitação de herança, e não podendo o herdeiro praticar actos de outra natureza antes da ultimação da partilha, mal pôde conceber-se como se dá a aceitação tacita da herança.

É indispensavel que o herdeiro administrador não querendo aceitar a herança se apresente sempre com o unico e exclusivo character de *administrador provisorio*, não se prevalecendo, se tiver de ir a juizo por causa de meios conservatorios, senão da qualidade de cabeça de casal, ou de administrador, sem jamais allegar a qualidade de herdeiro.

No entretanto, para evitar as duvidas se os actos de gerencia dos bens do casal induzem aceitação da herança, ou se são actos de mera administração provisoria, será melhor não se ingerir o herdeiro na administração da herança, senão aceitando-a a beneficio de inventário.

Repudio tacito é que não se admite, artigo 2034.º A renuncia de direitos não se presume. É preciso que o herdeiro renuncie expressamente. O código marca formalidades especiaes, que devem acompanhar o acto da renuncia, tendentes já a evitar qualquer fraude ou cavilação, já a dar a maior publicidade ao acto do repudio, não só para advertir os credores de que não podem dirigir-se contra o herdeiro presumptivo, mas tambem para advertir os parentes mais proximos, quando não houver direito de acrescêr, de que lhes é devolvida a successão.

Assim a *aceitação* da herança pôde ser expressa ou tacita, mas a *renuncia* ha de ser sempre expressa, porque deve tomar-se por termo em livro para esse fim destinado. Deve julgar-se applicavel á aceitação ou renuncia dos legados, por analogia, o disposto com relação á aceitação ou renuncia da herança, visto que o código não providenciou áquelle respeito.

O repudio, como todos os actos relativos á successão, deve ser feito no logar da abertura da herança. E onde não estiver organizado o livro, a que se refere o artigo 2034.º, continuará a fazer-se o repudio no inventário, se o houver, ou em qualquer outro termo judicial.



Os termos de repudio estiveram dispensadas de sello durante muito tempo, porque nem nas tabellas annexas ao regulamento de 2 de dezembro de 1869 se consignava verba applicavel a taes termos. Porém esta lacuna foi depois preenchida pela lei de 2 de abril de 1873, que marca o sello de 60 réis por cada termo de repudio.

O regulamento de 18 de setembro do mesmo anno, feito para execução d'aquella lei, reproduzia a mesma disposição, como se mostra da tabella n.º 1, classe 16.ª, verba n.º 9.

Os termos de acceitação a beneficio de inventario são lavrados nos proprios autos.

A certidão do termo de repudio deve ajuntar-se ao inventario antes da determinação da partilha.

Segundo a lei geral, artigos 2018.º, 2019.º, 2044.º, 2046.º, e outros, a acceitação da herança a beneficio de inventario, como produz as vantagens de desonerar o herdeiro da prova de que a herança não se compunha de mais bens, além dos descriptos no mesmo inventario, deve ser feita em inventario processado nos termos do codigo.

A acceitação ou o repudio, aindaque sejam feitos por corporações administrativas, não podem ser lavrados nos livros das suas actas, porque não são actos administrativos; hão de ser regulados pela lei geral, que sobre este assumpto não estabeleceu disposições especiaes para as corporações, quando estas fossem herdeiros ou legatarios.

**Art. 2029.º** A cessão da herança não envolve acceitação della, sendo feita gratuitamente em favor de todos os coherdeiros, a quem deveria pertencer na falta do cedente.

A renuncia á successão absolutamente e sem condições não envolve a sua acceitação. Pelo contrario é a declaração formal de que se recusa ser herdeiro. Mas toda a cessão de herança, que não tenha o caracter de *renuncia* pura e simples, implica acceitação. Assim se a renuncia, ainda gratuita, for só em favor de certos e determinados coherdeiros, privando-se de quinhões uns para enriquecer os outros, houve acceitação de herança, porque não pôde *dar-se* o que não se acceitou.

A *doação* da herança, ainda a todos os coherdeiros indistinctamente, é muito differente da renuncia quanto aos seus efeitos e consequências.

D'aqui resulta que a doação da herança, mesmo a todos os herdeiros indistinctamente, implica a acceitação, porque o doador não fica n'este caso absolutamente estranho a ella, como quando a renuncia. Os bens podem voltar ás suas mãos se a doação é revogada por ingratidão, artigo 1488.º, ou pela superveniencia de filhos, artigos 1482.º e 1483.º; e pôde exigir alimentos dos donatarios, citado artigo 1488.º Pelo contrario no caso de renuncia não voltam os bens ao poder do renunciante, nem elle fica com direito a alimentos.

Na doação vem os herdeiros apoderar-se dos bens, como donatarios, podendo recusar a sua parte na successão, e aproveitar-se só da doação; e na renuncia vem na qualidade de herdeiros, de modo que hão de acceitar ou repudiar tudo.

**Art. 2030.º** O que for declarado herdeiro por sentença passada em julgado, ou condemnado n'essa qualidade expressamente, será havido por herdeiro, tanto em relação aos credores ou aos legatarios, que hajam figurado no processo, como em relação a quaesquer outros.

(Vid. artigos 2124.º, 2502.º e 2503.º) É corrente em direito que o caso julgado só prejudica ou favorece as pessoas, que n'elle figuraram.

É a disposição da ordenação, livro III, titulo LXXXI, pr.; e n'este sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 5 de abril de 1869, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 2662. Esta regra achava-se já claramente consignada na lei 42 *dig. De re jud.*

É bem sabido o brocardo juridico: *Res inter alios acta aliis non nocet, neque prodest.*

O caso julgado é menos o *facto* ou o *direito*, do que a *decisão* sobre esse facto ou direito.

No projecto primitivo o artigo 2874.º, correspondente ao artigo 2502.º do codigo, era redigido assim: «Caso julgado diz-se o facto ou direito, tornado certo por sentença, que não pôde ser impugnada em juizo».

A commissão revisora alterou esta redacção, vistoque as sentenças transitadas em julgado podem ser ainda impugnadas nos casos taxativamente prescriptos no artigo 17.º da lei de 19 de dezembro de 1843.

Mesmo a redacção adoptada pelo codigo não é inteiramente exacta, porque a rescisão das sentenças nos casos especificados no referido artigo 17.º da lei de 19 de dezembro de 1843 pôde dizer-se um recurso extraordinario, e haver assim recurso contra as sentenças transitadas em julgado, comquanto este recurso seja objecto de uma acção especial e separada, em que se resuscita de novo a questão.

O pensamento da lei porém é evidente. Não pôde invocar-se como caso julgado a sentença de um juiz de 1.ª instancia em appellação na relação, nem um accordão da relação pendente em revista. É absolutamente indispensavel, para haver caso julgado, que a sentença, que fixou o direito ou o facto, não possa já ser alterada em recurso ordinario.

Só a sentença que transitou em julgado é que produz o effeito de fazer do branco preto e do preto branco, e só a ella por isso pôde applicar-se a regra juridica: «*Res judicata pro veritate habetur*».

É tambem necessario que a sentença recaia sobre materia contenciosa. Os actos de jurisdicção não controvertida não são verdadeiros julgamentos, e por isso não podem ter os effeitos de cousa julgada.

Tres requisitos deve porém reunir a decisão judicial para poder ser invocada como caso julgado. É o primeiro a *identidade de objecto*, isto é, que se peça a *mesma* cousa, que foi pedida na acção, em que foi proferido o julgamento, cuja auctoridade se invoca. Assim se a decisão anterior recaiu sobre a posse de um predio, e agora se pede o dominio, não pôde invocar-se aquella sentença, como caso julgado. Nenhuma sentença faz caso julgado n'aquillo, de que não se tomou conhecimento no juizo, em que foi proferida.

É o segundo a *identidade da causa de pedir*. Assim, tendo-se pedido a nullidade da venda de um predio por falta de consentimento, e tendo-se decaído, pôde pedir-se em nova acção a nullidade da mesma venda com o fundamento de não se ter pago a respectiva contribuição de registo, sem poder invocar-se a anterior decisão, como caso julgado.

Do mesmo modo o que decaiu na acção de nullidade de testamento, instaurada com fundamento na incapacidade do testador, pôde propor depois a mesma acção com fundamento na falta de solemnidades externas, etc.

É o terceiro a *identidade de pessoas*, e da sua qualidade juridica. A mesma pessoa physica pôde propor duas vezes acção sobre o mesmo objecto, representando entidades juridicas differentes. Assim Antonio pôde propor uma acção em seu nome, e depois outra sobre o

mesmo objecto em nome do seu pupillo. Para se verificar porém este terceiro requisito é indispensavel que o auctor intente nova acção na mesma qualidade, em que intentou a primeira, e que a proponha contra o réu na mesma qualidade, que elle representava na primeira demanda.

Em quatro casos a sentença passada em julgado obriga a todos, mesmo os que não figuraram no processo, e vem a ser: 1.º, quanto á declaração de herdeiro; 2.º, quanto á capacidade; 3.º, quanto á filiação; 4.º, quanto ao casamento, artigo 2503.º § unico.

O legislador quiz prevenir a possibilidade e o inconveniente de haver sentenças encontradas, declarando uma, por exemplo, que o individuo era casado, e a outra que elle era solteiro, etc. Verdadeiramente os julgados comprehendidos no citado § unico do artigo 2503.º referem-se a questões *d'estado pessoal*.

O interesse da estabilidade do estado das pessoas fez decidir que em materia de filiação basta triumphar, por exemplo, contra os paes, reputados contraditores legitimos, para que todos os parentes dos graus subsequentes fiquem ligados á decisão dada contra os chefes da familia.

Em accordãos de 13 de dezembro de 1872 e de 14 de fevereiro de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, parece ter julgado a relação do Porto que na acção de nullidade do testamento não é indispensavel citar os legatarios para contra elles correr tambem a acção.

E o supremo tribunal de justiça decidiu em accordão de 28 de fevereiro de 1874, segundo se lê na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa* a pag. 360, que na acção, em que se pede a annullação da instituição de herdeiro e a devolução da herança *ab intestato*, não é nullidade ter citado apenas o herdeiro, e não os legatarios nomeados no testamento.

Lobão, segundas linhas sobre o processo civil, estabelecendo a regra de que quando com legitimo contraditor, sem negligencia ou conluio, se decidei questão sobre o estado da pessoa ou qualidade dos bens, esta decisão prejudica e aproveita a quantos n'ella possam ser prejudicados ou interessados, declara que prejudica e aproveita a todos a sentença proferida em causa ordinaria com legitimo contraditor sobre a filiação entre pae e filho, e sobre a legitimidade, e que a sentença proferida no juizo summario produz cousa julgada, que obsta a outro juizo summario, quando concorrem as tres identidades, *res, persona, et causa*.

No entretanto de accordão com o § unico do artigo 2503.º está o artigo 136.º, onde se permite ao filho espurio pedir aos paes os alimentos necessarios, se o facto da paternidade ou da maternidade se achar provado em processo entre outras partes, a que elle e os paes fossem estranhos.

O supremo tribunal de justiça julgon em accordão de 22 de dezembro de 1845, *Gazeta dos tribunaes* n.º 2409 a 2451, que a sentença proferida em processo summarissimo não produz excepção de caso julgado contra acção diversa.

O artigo 2503.º exige no § unico que tenha sido legitimo o contraditor para o caso julgado valer com relação a terceiros nas tres especies ali referidas. O mesmo requisito deve exigir-se na declaração de herdeiro, vistoque o habilitante não pôde requerer a sua habilitação sem fazer citar algum dos interessados. O artigo 2030.º presume que no processo, em que o individuo foi julgado herdeiro, figuravam credores ou legatarios da herança.

Se porém n'esse processo houve dolo e conluio entre o auctor e o réu para se proferir uma sentença que fosse prejudicar terceiro, pôde este propor a rescisão d'essa sentença com fundamento na fraude.

A força do caso julgado não se justifica philosophicamente. A razão dos effeitos do caso julgado dá-a perfeitamente Bendant nos seguintes períodos: «*Le respect de la chose jugée est un principe d'ordre public, admis de tout temps et partout. La justice sociale n'a pas la prétention d'être infaillible; mais puisque les misères humaines ont fait d'elle une nécessité, il faut bien quand une décision judiciaire a traversé les phases auxquelles la loi la soumet, qu'elle soit acceptée, et tenue pour bien rendue*».

O código determinando no artigo 2503.º, que o caso julgado pôde ser invocado, como prova, não gradua a força d'esta prova com relação ás outras, que possam ser produzidas no mesmo processo.

Do artigo 2502.º porém mostra-se, que o caso julgado tem força absoluta, prevalecendo sobre todas as provas, porque torna *certo* o facto ou o direito.

O caso julgado só pôde ser elidido, rescindindo-se a sentença por motivo de nullidade ou de falsidade.

Os effeitos do caso julgado, aindaque a sentença esteja eivada de nullidades, subsistem enquanto a decisão judicial não for rescindida pelos meios competentes.

Em caso de duvida se se verifica ou não caso julgado deve decidir-se pela negativa.

O caso julgado é excepção, que carece de ser deduzida pela parte interessada.

Esta era já a doutrina do direito romano, como se mostra da lei 3.ª *dig. De popular. act.* que dizia assim: «*Si ex eadem causa sepius agatur, exceptio vulgaris rei judicatae opponitur*». E no titulo do mesmo digesto, que se insere de *except. rei judic.*, vem a cada passo repetida esta doutrina.

O código não declarou o modo, como devia ser deduzida a materia do caso julgado, que é isso objecto da lei de processo.

A ordenação applicavel á especie, que é a do livro III, titulo XX § 15.º, quanto á epocha em que deve offerecer-se o caso julgado, diz assim: «E querendo o réu, antes de offerecer a contrariedade, embargar o processo, e ser a demanda contestada com alguma das excepções peremptorias, *sentença*... offerecendo-se logo a prova-la dentro de dez dias, poderá vir com ella ao tempo que lhe foi assignado para contrariar, e na audiencia dirá logoque da aquelles artigos de excepção peremptoria a embargar o processo, e o juiz lh'a receberá na audiencia enquanto de direito é de receber».

Porém a novissima reforma judicial determina no artigo 316.º, que todas as excepções, tanto dilatorias, como peremptorias, salvo as de incompetencia e de suspeição, devem ser deduzidas juntamente com a contrariedade em artigos separados, começando por ellas a defeza. Esta é tambem a praxe do fóro, corroborada por varios accordãos do supremo tribunal de justiça, e especialmente pelo de 25 de fevereiro de 1848, publicado na *Gazeta dos tribunaes* n.º 881, e pelo de 22 de fevereiro de 1853, publicado no mesmo jornal, n.º 1731.

Se o réu não deduz a excepção presume-se que consente em que se discuta de novo a questão já decidida, e que renuncia ao seu direito. O juiz não pôde applicar o caso julgado, que não foi invocado pela parte, a quem aproveita, e que o não deduziu em fórma e nos termos de excepção peremptoria.

Ainda assim já vimos julgado por um juiz de 1.ª instancia em sen-

tença de 16 de janeiro de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 151, que sendo peremptoria á excepção *rei judicatu*, e que sendo o seu effeito tornar nullo e de nenhum effeito o processo, por isso que extingue a acção, ou põe fim a todo o negocio principal, pôde ella por isso ser allegada a todo o tempo, ordenação, livro III, titulo I, *pr.* e titulo LXXXVII § 1.º

Os herdeiros representam para todos os effeitos juridicos o auctor da herança; e por isso os titulos de execução apparelhada contra o auctor da herança tem contra elles a mesma força executoria, que contra aquelle, artigo 2124.º, como era já por direito anterior, em que os titulos executorios contra o auctor da herança não careciam de por nova sentença ser declarados executorios contra os herdeiros.

É porém indispensavel a habilitação do herdeiro, a qual todavia uma vez feita em processo com legitimo contradictor não carece de repetir-se n'outro processo, bastando a certidão d'aquelle julgamento.

Tambem com fundamento no artigo 2124.º do codigo se sustentou já, que a sentença, que julgou a habilitação de herdeiros, não serve para proseguir n'outra execução contra os mesmos herdeiros, independentemente de nova habilitação.

Dá-se assim outra interpretação ao artigo, tendo-se até julgado já no supremo tribunal de justiça, que a habilitação do herdeiro só é dispensada, quando se disputa com legatarios ou credores, que figuraram no processo, e não quando se disputa com outras pessoas, ou sobre outros assumptos.

Julgam que, se o herdeiro não for demandado por algum legatario ou credor, mas sim pela reivindicção de um predio, não é dispensada a habilitação.

Dizem em conclusão que, para ser dispensada a habilitação do herdeiro devem verificar-se conjunctamente os dois requisitos: 1.º, ter sido julgada a habilitação em processo com credores ou legatarios, e não em outro processo; 2.º, ser tambem herdeiro ou legatario o novo contradictor.

Porém o artigo 2124.º rege para o caso de os herdeiros não estarem anteriormente habilitados; e por força do disposto no artigo 2030.º parece que habilitados n'um processo os herdeiros com legitimo contradictor habilitados estão para todos os processos.

N'este sentido julgou a relação de Lisboa em accordão de 17 de janeiro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 41.

Em verdade a redacção do artigo presta-se a qualquer das duas interpretações; e por isso nós aconselhamos, a fim de evitar annullações de processos, que se deduza a habilitação, sempre que o herdeiro não tenha sido reconhecido como tal em processo com erdór ou legatario, e que o novo contradictor não seja erdór ou legatario tambem.

No que o codigo faz uma alteração importante é em dar novamente dez dias ao herdeiro para pagar, talvez para prevenir a hypothese de o herdeiro ignorar a existencia da execução, e carecer de algum tempo para preparar os meios de a remir.

Mas, findos os dez dias sem elle pagar, continua a execução nos termos em que se achar. A concessão dos dez dias para pagar não significa voltar de novo ao começo da execução para tambem nomear bens á penhora, repetir as penhoras e avaliações, etc.

Pelo nosso processo anterior na primeira citação davam-se, como agora, dez dias ao executado para pagar ou nomear bens á penhora. Se fallecia findos os dez dias, e antes da penhora, por exemplo, não se procedia á penhora sem a habilitação dos herdeiros, porque o fallecimento da parte perime a instancia. Mas feita a habilitação proce-

dia-se logo á penhora e mais termos da execução, sem dar de novo dez dias ao executado para pagar, comquanto elle tivesse o direito de extinguir a execução, logoque offercesse os meios para o seu pagamento.

A generalidade com que o artigo 2124.º obriga a habilitar os herdeiros para proseguir a execução levanta a duvida, se em face do codigo acabou o privilegio, que pelo § unico do artigo 6.º do decreto de 24 de dezembro de 1852 pertencia á fazenda de proseguir nas suas execuções contra os herdeiros do executado, sem ser obrigada ás delongas do processo incidente da habilitação.

A fazenda promovia execução contra os individuos que reputava herdeiros do executado, prescindindo da formalidade de os fazer declarar herdeiros por sentença, salvo a estes o direito de usarem de embargos para negarem a qualidade de herdeiros.

Este favor á fazenda nacional era importante no interesse da brevidade das execuções, porque o incidente da habilitação leva ás vezes, sobretudo no caso de contestação, muito tempo.

Sustentam alguns que o artigo não é applicavel á fazenda, porque se trata n'esta secção do *inventario*, e na sub-secção VI, onde se encontra o referido artigo, do pagamento das dividas nos *inventarios*; e que assim deve continuar a reger nas execuções de fazenda a legislação anterior, regimento dos contos de 3 de setembro de 1627 capitulo LXXXIII, ordenações de fazenda de 17 de outubro de 1516, capitulo CLVI, ordenações filippinas, livro II, titulo LI § 5.º, decreto de 2 de dezembro de 1836, artigo 14.º, e novissima reforma judicial, artigo 663.º, que dispensam a fazenda da habilitação dos herdeiros dos devedores fiscaes.

E a relação do Porto em accordão de 4 de fevereiro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, julgou ainda subsistente, depois da promulgação do codigo, o privilegio da responsabilidade solidaria dos herdeiros do devedor pelas dividas á fazenda.

Leva-nos porém a crer que este privilegio acabou não só a generalidade do artigo 2124.º, mas outros muitos artigos, em que o estado em quanto aos direitos civis é equiparado aos particulares, como se mostra dos artigos 386.º, 514.º, 2007.º e outros.

Se o codigo quizesse manter a excepção para a fazenda no incidente da habilitação o di-lo-ia expressamente como nos casos dos artigos 906.º n.º 1.º, 1604.º, 1635.º, etc.

No sentido da nossa opinião julgou a relação de Lisboa em accordão de 14 de dezembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 276, fundando-se no preceito do artigo 2124.º

Do preceito generico consignado no artigo 2124.º tem alguns deduzido a necessidade da habilitação passiva tambem nas execuções hypothecarias, mas essa opinião fica largamente refutada a pag. 332 do 2.º volume d'esta obra, e está condemnada pela jurisprudencia dos tribunaes.

Nas execuções hypothecarias não pôde haver habilitação passiva, porque não é a pessoa, mas a cousa, que deve, artigo 892.º

Art. 2031.º Se os herdeiros se não accordarem sobre a acceitação ou sobre o repúdio da herança, poderão uns acceitá-la e repudiá-la outros; mas, se uns quizerem acceitá-la simplesmente, e outros a beneficio de inventário, haver-se-ha por acceitada beneficiariamente.

(Vid. artigo 2047.º) No caso de desacordo entre os herdeiros sobre a *forma* da aceitação da herança, basta que um declare que aceita a benefício de inventário para serem todos herdeiros beneficiários. A aceitação e o repúdio da herança são actos inteiramente livres; e a resolução de qualquer dos coherdeiros a este respeito nada implica com a resolução dos outros, porque são distinctos e divisíveis os direitos de cada um.

Porém a *forma* da aceitação é indivisível, e por isso em caso de desacordo entre os interessados reconhece a lei um alvitre, que a nenhum d'elles pôde prejudicar, determinando a aceitação a benefício de inventário, a reclamação de um só que seja, porque não devia dar-se à maioria dos coherdeiros o direito de prejudicarem a minoria, ainda que a aceitação sem benefício de inventário não tem hoje as consequências de responsabilisar o herdeiro pelos seus próprios bens, artigo 2019.º A disposição do artigo concilia os interesses de todos, evitando o prejuizo de uns, sem offender os interesses dos outros.

Art. 2032.º Se o herdeiro fallecer sem aceitar ou repudiar a herança, passará a seus herdeiros o direito de aceitar ou repudiar.

(Vid. nota ao artigo 483.º)

Art. 2033.º O herdeiro, que tiver aceitado a herança do fallecido, pôde repudiar a herança que este não fivesse aceitado ao tempo da sua morte; mas o repúdio da herança do fallecido trará consigo o repúdio de toda e qualquer herança que lhe fosse conferida.

(Vid. nota ao artigo 1813.º)

Art. 2034.º O repúdio deve ser feito por termo, assignado pelo repudiante ou por seu procurador, perante o juiz do logar da abertura da herança.

§ 1.º Estes termos serão lançados em um livro numerado, rubricado e encerrado pelo juiz.

§ 2.º Se o repúdio for feito por procurador, será a procação conservada no cartorio respectivo.

(Vid. nota ao artigo 2027.º)

Art. 2035.º Entende-se, que o herdeiro, que repudia, nunca foi herdeiro, nem pôde haver, em tal caso, direito de representação, mas o repúdio da herança não priva o repudiante do direito de haver os legados, que lhe tenham sido deixados.

(Vid. nota ao artigo 1813.º)

Art. 2036.º Ninguém pôde reclamar a aceitação que haja feito, excepto:

1.º Em caso de violencia;

2.º Tendo sido induzido á aceitação dolosamente;

3.º Achando-se a herança absorvida em mais de metade, em consecuencia de testamento desconhecido ao tempo da aceitação.

1.º, 2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 663.º)

3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 657.º)

Art. 2037.º A disposição do artigo antecedente é applicavel ao repúdio, excepto o n.º 3.º

(Vid. nota ao artigo 663.º)

Art. 2038.º O herdeiro, que é chamado á herança por testamento e ab-intestato, e a repudia pelo primeiro titulo, presuppõe-se que a repudia igualmente pelo segundo; mas se a repudiar como herdeiro ab-intestato, sem ter noticia do testamento, bem pôde aceitá-la por este titulo, não obstante aquelle repúdio.

Art. 2039.º Do repúdio da herança do testador, que dizpoz da sua parte disponível, não se deduz o repúdio da parte legitimaria, que deve ser expresso.

(Vid. nota ao artigo 1813.º)

Art. 2040.º Os credores daquelle, que repudia a herança em prejuizo d'elles, podem ser auctorizados judicialmente a aceitá-la no logar e em nome do devedor; mas o remanescente da herança, pagos os credores, não aproveitará ao repudiante, mas sim aos herdeiros immediatos.

A herança é sempre responsavel pelas dividas da successão, devendo por isso o legislador obstar por todos os meios a que sejam frustrados os direitos dos credores. O juiz só poderá negar auctorisação aos credores para aceitarem a herança, se os herdeiros do grau immediato ao do repudiante vierem aceitá-la, ou se prestarem a pagar-lhes os seus creditos.

A aceitação pelos credores não produz os effeitos da aceitação ordinaria, porque não lhes dá direito de herdeiros, nem os sujeita aos encargos e responsabilidades da herança; elles não adquirem pela aceitação outro direito, que não seja o de se fazerem pagar das suas dividas pela parte que deveria caber ao herdeiro repudiante.

O remanescente da herança vae para os herdeiros immediatos, se os houver, porque o repudiante desde o facto do repudio tornou-se inteiramente estranho á successão; e por essa razão os credores posteriores ao repudio não podem requerer a aceitação da herança, porque sobre ella não têm direito algum, pois não podia transferir-lho o repudiante que, pelo facto do repudio, se tornou inteiramente estranho a ella desde o dia da abertura, artigo 2043.º

Art. 2041.º Quando alguém tiver interesse, em que o herdeiro declare, se aceita ou repudia a herança, poderá requerer, passados nove dias, desde a abertura d'ella, que o juiz do domicilio do herdeiro assigne a este um prazo rasoavel, que

não excederá a trinta dias, para que, dentro desse prazo, faça a sua declaração, sob pena de haver-se a herança por accettata.

(Vid. nota ao artigo 1838.º)

Art. 2042.º Ninguém pôde, nem sequer por contrato antenupcial, renunciar á successão de pessoa viva, ou alienar, ou obrigar os direitos, que eventualmente possa ter á sua herança.

(Vid. notas aos artigos 643.º e 1096.º) Por se reputar contraria a moral publica, e offensiva dos bons costumes, e até para evitar attentados contra a vida da pessoa, a quem pertencem os bens, objecto do contrato, não é permitida a venda nem qualquer alienação ou renuncia á herança de pessoa viva, ainda, consentindo esta, artigo 1556.º Assim não pôde o filho vender a herança do pae em vida d'este, ainda com o seu consentimento.

No projecto primitivo era o artigo 2203.º, correspondente ao artigo 2042.º do código, redigido assim: «Ninguém pôde, nem mesmo por contrato de casamento, renunciar á successão de homem vivo, nem alienar os direitos que eventualmente possa ter á sua herança.»

A commissão revisora alterou a redacção para deixar mais saliente a idéa de que a herança de homem vivo não podia ser objecto de transacção alguma.

O código acabou assim com uma das mais complicadas questões do nosso direito velho, e herdada já do direito romano, prohibindo absolutamente a venda da herança de pessoa viva.

Esta doutrina é uma excepção á regra de que a *esperança* pôde ser objecto dos contratos, excepção determinada pelos principios da moralidade, e pelos sentimentos da natureza.

As palavras do artigo *nem sequer por contrato antenupcial*, significam allusão á velha jurisprudencia, que reputava inteiramente permitidos os pactos successorios, celebrados nos contratos antenupciaes, em vista da lei de 17 de agosto de 1761, que no § 8.º dizia assim: «E pelo que toca ás segundas (ordenamos) que como senhoras de suas casas possam estipular com seus respectivos esposos, assim para a vida, como para a morte, as reservas e condições que bem lhes parecer, como até agora se praticou sem a menor differença.»

Porém em primeiro lugar a citada lei referia-se unicamente ás casas nobres, em que havia morgados, e estabelecia a esse respeito regras especialissimas, que mal se podiam applicar ás pessoas que estavam em diversa posição. Em segundo lugar a lei referia-se ás *reservas* e *condições* relativas aos esposos propriamente, e não a terceiras pessoas, de modo que as reservas a favor dos parentes não tohiam aos esposos a liberdade de dispor em dos bens por testamento.

As proprias palavras «*como até agora se tem praticado*» provam que a referida lei não quiz introduzir jurisprudencia nova.

Portanto, mesmo por direito anterior, os pactos successorios celebrados em contrato antenupcial, alias validos com relação aos esposos, eram inefficazes e revogaveis com relação a terceiros.

Pelo código tambem, aindaque os esposos podem estipular em geral o que lhes aprouver a respeito de seus bens, o mesmo fazer doações ou deixas em favor um do outro, artigos 1096.º, 1166.º e 1167.º, só podem n'ellas comprehender os seus bens, e não qualquer herança

que *eventualmente* possa pertencer-lhes de futuro, porque seria isso renunciar ou alienar a herança de homem vivo.

Parece porém notar-se certa antinomia entre a provisào do artigo 1171.º, que permite aos esposos a doação, em contrato antenupcial, de uma herança, ainda não aberta, e o preceito do artigo 2042.º, que não permite renunciar ou alienar, ainda em contrato de casamento, o direito a herança de pessoa viva. Demais, é frequente nos contratos de casamento ainda hoje o noivo dotar a noiva com certos e determinados bens, e com o que elle terá a haver por cabeça de seus paes, clausula esta que significa a renuncia ou alienação do direito á herança de pessoa viva.

É evidente que o artigo 2042.º significa uma restricção ao preceitudo no artigo 1171.º Será que o artigo 2042.º só prohibe a renuncia ou alienação da herança de pessoa viva, quando esta é certa e determinada, e não quando o alienante cede o direito a qualquer herança, que porventura possa advir-lhe?

Cremos que não; alias restauraria o código a doutrina da velha ordenação e do direito canonico, permitindo os pactos successorios renunciativos, e n'alguns casos até os acquisitivos, quando o pensamento do legislador, como da redacção do artigo 2042.º se infere, foi banir de todo os pactos successorios de qualquer natureza que fossem.

Parece pois que o artigo 2042.º só prohibe a renuncia das heranças a que o renunciante tenha direito *eventual*, como são todas as heranças provenientes de pessoas estranhas á linha recta, ascendente ou descendente; mas que permite ao esposo doar á esposa, e vice-versa, as heranças que podem provir-lhe de pessoas de quem o renunciante é herdeiro necessario. Neste caso o direito á herança é *certo*, e apenas poderá dizer-se *eventual* no sentido de que este direito se realisa, sobrevivendo o herdeiro ao auctor da herança.

Não vemos outro meio de conciliar as disposições dos dois artigos, apparente ou realmente contradictorias.

Em accordão de 18 de março de 1870, publicado no *Diario do governo* de 5 de abril do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justicia, que nem ha herança de pessoa viva, nem esta pôde renunciar-se.

Diz o accordão:

«Attendendo a que o direito da recorrente se fundamenta na renuncia de seu pae á successão legitima da herança;

«Attendendo a que não articulou no libello que o ausente era morto, ou como tal se devia presumir ao tempo em que se lavrou o termo de renuncia, para que podesse produzir os effeitos legais quando provada esta materia;

«Attendendo a que não ha herança de pessoa viva, nem esta se pôde renunciar pela ordenação, livro iv, titulo lxx, § 3.º, e artigos 2009.º e 2042.º do código civil;

«Attendendo finalmente a que o libello não tem causa legitima de pedir nos termos expressos, sendo portanto inepto segundo a ordenação, livro iii, titulo xx § 16.º;

«Concedem a revista por offensa das leis citadas, etc.»

Os artigos 1556.º e 2042.º não obstem a qualquer transacção sobre os bens da herança fideicommittida, como já se aventou na imprensa juridica, porque n'este caso não se convencionou sobre herança de pessoa viva, vistoque o fiduciario é já usufructuario, e o fideicommissario proprietario.

A entrega antecipada das legitimas feita pelo pae aos filhos, ou a partilha dos bens feita entre os filhos em vida do pae, e com o accordão d'este, não é pacto successorio, reprovado pelo artigo 2042.º

Os filhos podem aceitar doações dos paes; e até o artigo 1492.º declara valida a doação feita ao herdeiro legitimario, comquanto seja reductivel no caso de offender as legitimas dos outros descendentes.

Portanto póde o pae fazer doação dos seus bens aos filhos, e elles no mesmo contrato, ou em instrumento separado, fazerem entre si a partilha dos bens doados.

Só será nullo o contrato se o pae ceder e os filhos partilharem bens futuros, ou direitos eventuaes; mas a entrega, partilha, ou doação de bens presentes, reservando elle para si os meios de subsistencia, nos termos do artigo 1460.º, é valida.

Como a legislação anterior terá ainda de ser invocada muitas vezes para resolver os factos consummados antes da promulgação do código, visto que os contratos são regulados pela lei vigente ao tempo da sua constituição, passaremos rapidamente em revista as provisões do direito velho sobre a materia de pactos successorios.

Em Roma todos os pactos successorios, acquisitivos ou renunciativos, eram geralmente prohibidos, excepto quando versavam sobre a herança das proprias partes contratantes, o que se deduz principalmente da lei *ult. cod. de pactis*.

Consideravam-se porém validos, como excepção, segundo se vê da lei 3.ª § 2.º e 3.º *dig. Pro socio*, e lei *ult. cod. de pactis*, quando diziam respeito indeterminadamente a herança de terceiros, ou quando mesmo versando sobre a herança de pessoas certas e determinadas, aquelles de cuja herança se tratava consentiam em que se celebrasse o pacto, e não mudavam de vontade até a morte, o que, à semelhança do que se pratica nos testamentos e nas doações *causa mortis*, lhes era sempre permitido.

A doutrina sobre pactos successorios no nosso direito velho achava-se regulada na ordenação, livro iv, titulo lxx.

O que caracterisava estes pactos, e os distinguia de outros que versam tambem sobre heranças, era o tratar-se n'elles de herança futura ou do patrimonio de uma pessoa ainda viva ao tempo do contrato.

Uma das razões, que levaram os romanos a prohibir os pactos successorios, foi o respeito que elles tributavam aos testamentos, porque os consideravam o unico acto com força bastante para alterar a ordem de successão estabelecida nas leis.

Veu depois o direito canonico, e introduziu a distincção entre pactos successorios *acquisitivos e renunciativos*, reprovando absolutamente os primeiros, e admitindo os segundos, quando confirmados com juramento.

Pactos *acquisitivos* ou *de succedendo* eram aquelles em que algum dos contraentes promettia instituir ou se obrigava a aceitar a successão; e os *renunciativos* ou *de non succedendo* aquelles em que alguma das partes interessadas promettia por meio do competente instrumento de contrato não instituir, ou mais frequentemente não aceitar a herança.

Esta divisão, que já assentava no direito romano, era tambem conhecida na nossa ordenação, livro iv, titulo lxx §§ 3.º e 4.º; que, embora pareça referir-se ao direito romano, adoptou exactamente as disposições do direito canonico, reprovando os pactos *acquisitivos* ou *de succedendo*, quer dissessem respeito à herança propria, quer à de terceiro, e admitindo os pactos *renunciativos*, ou *de non succedendo*, quando confirmados com juramento; e n'este sentido parece ter julgado a relação do Porto em accordão de 3 de junho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra.

Esta ordenação, insereve-se: «Das penas convencionaes e judiciaes.

e interessas, e em que casos se podem levar, e nos §§ 3.º e 4.º é redigida assim:

§ 3.º Outrosim, se em algum contrato torpe for posta pena, ou em outro, que segundo razão natural não se póde cumprir, não se póde levar, nem demandar tal pena. Nem quando o contrato for por direito reprovado, de maneira que por juramento não possa ser confirmado; assim como, se algum homem promettesse a outro sob certa pena de o fazer herdeiro em parte, ou em todo, ou lhe fizesse doação entre vivos sob certa pena de todos seus bens moveis e de raiz, direitos e acções, havidos e por haver, não reservando d'elles para si cousa alguma; ou fosse feito contrato sobre a herança de pessoa viva, porque aquelle, que não devia ser herdeiro, o seja sob certa pena; porque taes contratos são assim illicitos e por direito reprovados, que não podem por juramento ser confirmados. E por consequinte as penas em elles postas se não podem pedir, nem demandar.

«§ 4.º E sendo os contratos taes que, posto que sejam contra direito, podem ser confirmados com juramento, poder-se-ha levar a pena entre os contraentes posta, se o contrato não for cumprido por aquelle que promettia de o cumprir, assim como se fosse feito contrato entre dois, ou mais que esperavam ser herdeiros por morte de algum, que ainda seja vivo, que por sua morte algum d'elles não herdasse na herança, ou se algum d'elles fizer convença com aquelle, de cuja herança se trata, porque não possa herdar n'ella, ou em outro semelhante caso; porque ainda que tal contrato em alguns casos por direito não valha, póde-se confirmar segundo direito canonico por juramento, por não ser tão reprovado, como os outros, de que se fez acima menção. E portanto bem se póde pedir e levar a pena promettida em elles se se não cumprir.»

O § 3.º contém tres hypotheses ou exemplos: 1.º, do que promettia instituir herdeiro o outro em todos ou parte de seus bens; 2.º, o da doação, em vida, de todos os bens e direitos com pena convencionaada; 3.º, o do que, não devendo ser herdeiro de outro, pactua em vida d'elle sê-lo, e convenciona pena.

Antes d'estes tres exemplos dispõe aquelle §, que não podem ser levadas as penas convencionaes: 1.º, quando o contrato não produz naturalmente obrigação por ser torpe; 2.º, quando não produz obrigação por ser nullo ou reprovado, de modo que não póde ser confirmado com juramento.

N'estas especies não póde exigir-se a pena pela razão final do §, de serem taes contratos tão reprovados e illicitos, que nem o juramento os póde confirmar.

O § 4.º parece ter tido por fonte a lei *ult. cod. de pactis*, e o capitulo ii, *de pactis, in 6.º*; e previne duas hypotheses: 1.ª, quando são dois, ou mais os pactuantes sobre a herança, e um pactua com outro não succeder; 2.ª, quando o senhor da herança pactua com o legitimo herdeiro o algum d'elles não succeder: e em ambas estas hypotheses, crescendo o juramento, póde pedir-se a pena.

Assim o § 4.º faz procedente a pena nos pactos renunciativos, que não valem por direito civil, mas que podem ser confirmados segundo o direito canonico, por não serem tão reprovados, como os primeiros.

As penas nos contratos são accessorio, e, se o contrato é reprovado, não póde pedir-se a pena pela não execução do pacto. A nullidade das obrigações principaes induz a das accessorias, lei 129 *dig. De reg. jur.* E a ordenação diz: «Bem se póde levar a pena promettida em elle, se se não cumprir.—E um contrato, que a lei santifica estabelecendo até uma pena para o caso de a elle se faltar.

Porém as palavras — porque aindaque tal contrato em alguns casos não valha — significam que havia contratos successorios, que a lei respeitava e garantia.

A ordenação, livro IV, título LXXIII, que se insereve: «*Que se não façam contratos, nem distractos com juramento promissorio, ou boa fé, dia no pr.*

«Não se façam contratos, em que se ponha promettimento de boa fé, nem outro algum juramento. O que se entenderá no juramento promissorio sómente e não no juramento assertorio ou declaratorio.»

Para harmonisar a ordenação, livro IV, título LXX § 4.º, onde se admittem os pactos renunciativos confirmados com juramento, com o título LXXIII, onde se prohibe o juramento nos contratos, seguiu-se no foro a pratica de solicitarem os interessados nos pactos de *non succedendo* dispensa da citada ordenação, livro IV, título LXXIII, ao extinto tribunal do desembargo do paço, ao qual era permitido conceder esta dispensa pelo § 87.º do seu regimento «que permite conceder provisões para os tabelliães pôrem o juramento nas escripturas sem embargo das ordenações».

Segundo a opinião de Valasco e outros, fundando-se na epigrapha do título LXX da ordenação, livro IV, a lei, comquanto diga que taes factos podem ser confirmados com juramento, não os approva, por lhe obstar a ordenação, livro IV, título LXXIII, em virtude da qual são nullas as convenções em que intervem o juramento: o que dá é o direito de exigir a pena, mas não a execução do contrato em juizo.

Porém o disposto na ordenação, livro IV, título LXX § 3.º, pôde conciliar-se com o legislado na mesma ordenação, livro IV, título LXXIII, nos seguintes termos «são nullos e de nenhum effeito todos os contratos celebrados com juramento promissorio, exceptuando os renunciativos de herança de pessoa viva, que são validos preenchidas as formalidades legaes».

Em 1833 foi abolido o desembargo do paço, e, comquanto pela nossa constituição politica ficasse pertencendo unicamente ao poder legislativo a faculdade de dispensar as leis, é certo que as attribuições de graça, que pertenciam áquelle tribunal, passaram para a secretaria dos negocios do reino, e que algumas vezes se concedeu licença por este ministerio para confirmar com juramento pactos successorios renunciativos.

A prohibição da ordenação é só para o juramento *promissorio* de futuro; mas tambem é prohibido o *assertorio*, em que qualquer em escriptura publica assevere e firme com juramento ser verdadeira a divida, que confessa, o contrato que fez, etc.

O legislador conservou de certo o disposto no título LXXIII da ordenação, livro IV, em antinomia com os §§ 3.º e 4.º do título LXX do mesmo livro, tendo em vista o § 87.º do regimento do desembargo do paço, anterior á publicação da ordenação filippina, que permitia dispensar com causa o citado título LXXIII.

Lobão entende que se prohibiram os contratos com juramento, porque a auctoridade ecclesiastica com esse pretexto avocava a si o julgamento d'estes contratos, postoque o código affonsino diga na ordenação, livro IV, título VI, que a rasão da prohibição fôra occorrer a perjurijs, cujo resultado seria ficarem infames muitos vassallos, e como taes incapazes e impossibilitados para o serviço do rei e da republica.

Por direito anterior era valido o pacto em que os esposos convenionavam a reciproca successão de todos, ou de parte de seus bens, com as condições que lhes convinhão. A nossa legislação permittia

este contrato aos conjuges, como se prova com a generalidade da ordenação, livro IV, título XLVI, título CXV § 3.º, e título CXVI § 4.º, e mais claramente com o § 8.º da lei de 17 de agosto de 1761, que não ficou suspenso pelo decreto de 17 de julho de 1778.º

Era tambem valido o facto, em que a filha, contentando-se com o dote, renunciava á legitima, porque o decreto de 17 de julho de 1778 § suspendeu os §§ 1.º e 3.º da lei de 17 de agosto de 1761.

Em accordão de 4 de maio de 1849 julgou o supremo tribunal de justiça, que em vista da generalidade da ordenação, livro IV, título XLVI, nos pactos antenupciaes é valida a clausula de que por morte de um dos conjuges vão todos os bens, ou ametade, ao outro, não havendo filhos.

Art. 2043.º Os effeitos da acceitação, ou do repúdio da herança, retrotraem-se ao dia da abertura della.

(Vid. nota ao artigo 1813.º)

## SUB-SECÇÃO II

### DA ACCEITAÇÃO A BENEFICIO DE INVENTARIO

Art. 2044.º O herdeiro maior ou emancipado em cujo poder estiver a herança, ou parte della, e que pretender acceitá-la a beneficio de inventário, requererá ao juiz competente, dentro de dez dias, desde a morte do auctor da herança, se este fallecer em sua companhia, ou dentro de vinte dias depois de receber a noticia da morte, se com elle não estivesse vivendo, que mande proceder ao respectivo inventário.

§ unico. Se o herdeiro for testamentario, este praso contar-se-ha, desde que elle tiver conhecimento do testamento.

Art. 2045.º Se o herdeiro não tiver em seu poder a herança, ou parte d'ella, não perderá o seu direito ao beneficio de inventário, emquanto não for constrangido a declarar-se, conforme o que fica disposto no artigo 2041.º, ou não decorrerem vinte dias desde que tomar conta da herança, ou de parte d'ella, ou não prescrever o seu direito, na conformidade do que se ordena no artigo 2017.º

(Vid. artigo 2066.º) N'esta sub-secção estabelece o código as providencias a seguir para a acceitação da herança a beneficio de inventario.

Nos inventarios de menores, ou de pessoas a elles equiparadas, a acceitação é sempre a beneficio de inventario, artigo 2025.º; e por isso observam-se n'estes processos as formalidades prescriptas na presente sub-secção.

Dizem alguns que é saliente o desacordo entre a provisão do artigo 2066.º e o disposto no citado artigo 2025.º; que em face d'este artigo a herança deixada a menores e a interdictos é sempre acceita a beneficio de inventario, sendo-lhe portanto sempre applicaveis as providencias contidas na presente sub-secção; e que pelo artigo 2066.º, que respeita exclusivamente ás heranças deixadas a menores, e pessoas a

elles equiparadas, o inventario orphanologico nem sempre produz os efeitos da acceitação beneficiaria da herança, e que por isso nem sempre lhe são applicáveis os preceitos consignados na presente subsecção.

Sustentam outros que o artigo 2048.º nem sempre é applicavel aos processos orphanologicos, e fundam-se nas razões seguintes: 1.º, em que, tratando o codigo civil, na secção 3.ª d'este capitulo e titulo, do inventario em geral, e mandando a lei, artigo 2066.º, applicar o artigo 2048.º somente aos inventarios entre maiores, quando houvessem de produzir os efeitos da acceitação beneficiaria da herança, o mandaria tambem applicar aos inventarios orphanologicos, se assim o quizesse, porque era esse o logar proprio para regular este assumpto; 2.º, que para se ver que o artigo 2048.º não é applicavel aos inventarios orphanologicos basta comparar o artigo 2049.º com os artigos 190.º e 210.º, porque o artigo 2049.º manda começar o inventario somente depois de expirar o praso (trinta dias) assignado aos credores e legatarios, e os artigos 190.º e 210.º ordenam que os inventarios orphanologicos comecem muito mais cedo; 3.º, que se para os inventarios de maiores se julgarem comprehendidos no artigo 2048.º foi precisa a provisão especial contida no artigo 2066.º, mais necessario se tornava expressar igual providencia com respeito aos inventarios de menores, dos quaes se não trata n'esta sub-secção, mas na secção immediata.

Não ha porém desaccordo entre o artigo 2025.º e o artigo 2066.º, comquanto reputemos absolutamente escusado este ultimo. O artigo 2066.º não se refere a inventario de menores, mas sim ao inventario de maiores.

As palavras quando *este* inventario, empregadas no artigo, significam quando o inventario, de que se trata no artigo antecedente, 2065.º, que é de maiores.

A excepção consignada no artigo 2066.º para os inventarios de maiores firma a regra geral com respeito aos inventarios de menores.

A comparação dos artigos 2025.º, 2044.º e 2066.º, leva á conclusão de que aos inventarios orphanologicos é *sempre* applicavel o preceito do artigo 2048.º, e de que aos inventarios entre maiores só é applicavel por *excepção*, isto é, quando os coherdeiros quizerem fazer inventario para gosarem dos efeitos da acceitação beneficiaria da herança, a fim de evitarem a prova directa do valor dos bens que receberam. Os artigos 190.º e 210.º em nada contrariam o disposto no artigo 2049.º.

É tambem esta a doutrina, que resulta da comparação do artigo 2046.º com o artigo (2207.º) correspondente do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «Se os herdeiros, ou algum d'elles, for de menoridade ou interdito, observar-se-ha o disposto no artigo 2186.º (2025.º do codigo) e serão sempre considerados como herdeiros beneficiarios, aindaque aquelles, que são encarregados de requerer o inventario, o não tenham requerido em tempo, ou não tenham expressamente acceitado a herança a beneficio.

«§ unico. O mesmo terá logar, emquanto ás heranças, a que os ausentes possam ter direito, e forem recolhidas por aquelles que os representarem.»

A citação dos legatarios e dos credores nos termos do artigo 2048.º em todos os inventarios orphanologicos obriga effectivamente os menores a pagarem mais algumas custas, mas podem exonera-los de outras maiores, a que ficariam sujeitos no caso de apparecerem depois credores, e lhes proporem demandas, que elles fossem obrigados a sustentar.

Demais, convinha que os credores fossem citados para assistir ao processo de inventario, a fim de vigiarem que não se sonegassem bens do casal. A generalidade do artigo 2048.º exclue qualquer restricção.

E qual é a posição do herdeiro, que deixa passar os prazos marcados no artigo 2044.º sem requerer o inventario? Presume-se que acceitou a herança pura e simplesmente? É o que se infere da redacção do artigo, aliás o seu preceito ficaria sem sancção; é o que se deprehende do disposto no artigo 10.º; e ainda por argumento do artigo seguinte, que priva o herdeiro do beneficio, desde que elle esteve vinte dias depois de tomar conta da herança sem requerer o respectivo inventario.

Art. 2046.º Se os herdeiros forem menores, ou interditos, ou o for algum d'elles, observar-se-ha acerca da herança o que fica disposto no artigo 2025.º

(Vid. nota ao artigo 224.º)

Art. 2047.º Sendo varios os herdeiros, se algum, ou alguns quizerem acceitar a herança a beneficio de inventario, e outros não, observar-se-hão as disposições do artigo 2031.º

(Vid. nota ao artigo 2031.º)

Art. 2048.º O juiz do inventario fará citar por editos de trinta dias os credores do finado, e os legatarios desconhecidos, ou domiciliados fóra da comarca, e pessoalmente os credores e os legatarios conhecidos e domiciliados n'ella, para assistirem, querendo, ao processo do inventario.

A disposição do artigo tem principalmente por fim, no chamamento dos credores e dos legatarios ao juizo do inventario, o serem pagos, a fim de evitar mais tarde acções e execuções, sobrecarregando os herdeiros com custas e despezas inuteis, e prejudicando assim o seu patrimonio.

A falta d'este chamamento dos credores para tomarem accordo sobre o pagamento das dividas é nullidade insanavel, conforme julgou a relação do Porto em accordão de 18 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 3.º

Nos inventarios com a acceitação beneficiaria da herança téem os legatarios e os credores interesse em que sejam descriptos e avaliados os bens com a maior fidelidade e exactidão, e por isso o codigo os admite a intervirem como *interessados* no processo de inventario. Porém os residentes fóra da comarca são equiparados aos *desconhecidos*, como diz o codigo, ou a *incertos*, como dizia o nosso direito anterior, para o effeito de serem citados por editos, e não por precatória expedida ao respectivo juizo. Esta citação por editos é mais simples, e isenta das difficuldades das citações pessoaes, que em comarca estranha são muitas vezes de difficil execução.

Na citação edital devem observar-se as solemnidades prescriptas nos artigos 206.º e 207.º da novissima reforma judicial, menos a justificação previa, que o citado artigo 2048.º dispensa, porque ordena a citação por editos independentemente d'ella.

Se for terra aonde haja periodicos, em um d'elles se fará annunciar, preferindo sempre o periodico official do governo, e juntando-o



depois aos autos, em conformidade do disposto no citado artigo 207.º da novíssima reforma judicial.

Aindaque a lei só ordena esta citação edital no caso de a herança ser aceite a beneficio de inventario, n'algumas comarcas está em pratica fazer semelhantes citações sempre nos inventarios de menores, e logo no principio sem suspensão do inventario até á descripção.

Já houve quem sustentasse que não devia ter logar a citação edital aos credores, e mais interessados incertos nos termos do artigo 2048.º do código civil, quando o cabeça de casal declarasse que não havia dividas passivas nem interessados incertos. É porém inadmissível semelhante doutrina, porque o artigo não faz distincção, e porque poderá haver algum credor, de que o cabeça de casal não tenha conhecimento.

**Art. 2049.º** O inventario será começado dentro de trinta dias, contados desde aquelle em que expirar o praso assignado aos credores e legatarios, e será concluido dentro de outros sessenta dias.

**Art. 2050.º** Se, em razão de se acharem os bens a grandes distancias, ou por serem numerosos, ou por alguma outra justa causa, parecerem insufficientes os sessenta dias sobre-dictos, poderá o juiz prolongar este praso, conforme for necessario.

Dá-se o praso de um mez aos credores e legatarios para concorrerem, querendo, ao processo de inventario, devendo contar-se o mez desde a citação do ultimo.

Se os bens estão a longas distancias, ou são muito espalhados, ou de custosa avaliação, etc., fica ao prudente arbitrio do juiz marcar o praso para a conclusão do inventario, visto ser inconveniente que a lei marcasse praso fixo para a conclusão de um processo judicial, que depende de muitas e variadas circumstancias.

É porém indispensavel que o juiz prorogue especialmente o praso para se admitir a conclusão do inventario, depois de findos os sessenta dias. Já na pratica se deu o caso de ser annullado tudo o que se processou no inventario, depois de findos os sessenta dias, por não ter sido prolongado pelo juiz o praso para a sua conclusão, sendo condemnado o escrivão nas custas por não ter pedido proroga de tempo.

No entretanto a proroga de praso póde, não só ser lembrada pelo escrivão, como requerida pelos interessados, e ordenada officiosamente pelo juiz. A falta de proroga só legitimará o castigo do escrivão quando for elle o unico culpado d'essa falta; mas é evidente, em face do artigo 10.º do código, que tudo o que se processar depois dos sessenta dias, sem proroga de praso feita pelo juiz, é nullo, comquanto seja durissima, e quasi absurda, semelhante disposição, e a jurisprudencia que a aceitar.

**Art. 2051.º** Não se dando principio ao inventario, e não se concluindo este, por culpa do beneficiario, nos prazos declarados, haver-se-ha a herança por acceptada pura e simplesmente.

(Vid. nota ao artigo 1792.º)

**Art. 2052.º** O herdeiro beneficiario, que se achar na posse effectiva da herança, será mantido n'ella, mas poderá ser estrangido a prestar caução, havendo perigo de extravio; e, se o herdeiro não a prestar, será a administração conferida a outrem pelo juiz, ouvidos os interessados.

§ unico. Se o beneficiario não estiver na posse effectiva da herança, o juiz proverá, sendo requerido, sobre a guarda e administração della.

(Vid. nota ao artigo 58.º) O herdeiro beneficiario, pelo facto de requerer o beneficio de inventario, não é excluido da posse da herança, mas póde ser obrigado a prestar caução a requerimento de qualquer legatario ou credor, porque todos são interessados no inventario, vista a disposição do artigo 2048.º, ou mesmo por iniciativa do juiz, se o inventario for orphanologico. A caução, por analogia com o disposto no artigo 58.º, deve abranger o valor dos bens mobiliarios, e o rendimento liquido de um anno dos immobiliarios.

Póde ser obrigado a prestar caução o herdeiro beneficiario, aindaque tenha fortuna imponente, mesmo immobiliaria, logoque haja receio de extravio, porque a lei está concebida em termos imperativos, não se prestando a distincções. É menos ponderoso o receio de extravio no caso do herdeiro ter fortuna sua valiosa; todavia elle póde compromette-la, e deixar a successão que administra, como herdeiro beneficiario, sem garantia.

Se o herdeiro beneficiario não está de posse da herança, póde o juiz escolhe-lo para administrador da herança, ou a algum legatario, ou credor, ou mesmo a qualquer estranho, conforme julgar mais conveniente, sem que tenha necessidade, imposta pela lei, de ouvir os interessados, como no caso de ser removido o herdeiro beneficiario por não querer ou por não poder prestar caução.

No entretanto a boa prudencia aconselha o juiz a ouvir, mesmo n'este caso, os interessados, e a preferir para administrador da herança, em igualdade de circumstancias, algum d'elles.

No projecto primitivo o artigo 2214.º, correspondente ao § unico do artigo 2052.º do código, terminava pelas seguintes palavras «commettendo-a de preferencia ao coherdeiro mais idoneo» que a commissão revisora eliminou, de certo por desnecessarias.

Foram eliminados pela commissão revisora tres artigos que no projecto primitivo se seguiam aquelle.

N'elles se determinava que concluida a descripção e avaliação dos bens, seria assignado ao herdeiro o praso de quinze dias para dentro d'elle declarar se desistia do beneficio do inventario, e queria acceptar pura e simplesmente, ou mesmo repudiar a herança; que se o herdeiro declarasse que acceptava pura e simplesmente, ser-lhe-ia entregue se d'ella se não aebasse de posse, e não houvesse legitima opposição; que se nada declarasse se entenderia ter acceptado a herança beneficiariamente; que se repudiasse seria a administração da herança conferida pelo juiz ao successor immediato, e na sua falta seria considerada como devoluta; que todas as declarações seriam feitas por termo nos autos, e assignadas pelo repudiante, ou seu procurador; e que as custas feitas pelo repudiante até ao dia do repudio seriam satisfeitas pelos bens da herança.

Effectivamente eram desnecessarias estas providencias, porque não respondendo o herdeiro beneficiario alem das forças da herança, es-

cusado era intima-lo de novo para declarar se queria ou não acceitar a beneficio de inventario a herança, ou se queria repudia-la.

Art. 2053.º Os herdeiros, que sonegarem no inventario alguns bens da herança, perderão o direito ao beneficio do mesmo inventario.

(Vid. nota ao artigo 1792.º)

Art. 2054.º O administrador da herança, quer seja o proprio herdeiro, quer outra pessoa, não poderá exercer, sem auctorisação judicial, actos que não sejam de mera administração.

Art. 2055.º Se houver de proceder-se á venda dos bens hereditarios, será esta feita em hasta pública, salvo se todos os herdeiros, credores e legatarios concordarem no contrario.

(Vid. nota ao artigo 59.º)

Art. 2056.º Durante a formação do inventario poderão ser pagos pelo administrador da herança os legados e as dividas passivas, quando no pagamento concordarem todos os herdeiros, credores e legatarios.

§ 1.º Não concordando no pagamento algum d'estes interessados poderão, tanto os credores, como os legatarios, demandar judicialmente os herdeiros; e se, quando obtiverem sentença passada em julgado, ainda não estiver concluido o inventario, poderão ser pagos; devendo, porém, os legatarios prestar caução.

§ 2.º O pagamento de divida e a entrega de legado, feitos por modo differente do estabelecido n'este artigo e no § 1.º, são nullos, e o administrador da herança, que os fizer, responderá pelo desfalque, que a divida ou o legado tenha de padecer, em rasão de não chegar a herança para inteiro pagamento das dividas e dos legados.

(Vid. artigos 2058.º, 2061.º e 2125.º) Os herdeiros não podem ser pagos das suas quotas hereditarias, enquanto não se conclue o inventario, e ultima a partilha.

Os credores da herança, porém, e os legatarios, que tambem são até certo ponto credores, conquanto só possam obter pagamento sem prejuizo d'aquelles, não são obrigados a esperar pela conclusão do inventario para exigirem o pagamento dos seus credits.

Vejámos a differença de direitos entre os credores propriamente ditos e os legatarios quanto ao pagamento dos seus credits.

Os credores, ou se apresentam com sentença executoria, ou não. Se se apresentam com sentença executoria, o que comprehende os autos de conciliação, e todos os titulos com força de execução aparelhada, hão de ser pagos immediatamente, § 1.º do artigo 2056.º e 2058.º, esteja ou não concluido o inventario. Tão responsavel é pelas dividas da herança a *successão pro indiviso*, como depois de re-

partida pelos coherdeiros; e não podem oppor-se embargos á execução da sentença com fundamento na pendencia do inventario.

Se porém o credor não apresenta titulo com força de execução aparelhada, não pôde o administrador da herança pagar-lhe sem a acquiescencia de todos os interessados, a qual põe o administrador ao abrigo de qualquer responsabilidade, porque elles não podem contravir depois o proprio facto; e muitas vezes convirá aos interessados pagar a um credor, que não tenha titulo de execução aparelhada, independentemente de contestação judicial, como se o credito consta de escriptura publica que vence juros, e á herança convem extinguir a divida com toda a brevidade para evitar a accumulção de encargos.

Se porém os credores não tem titulo de execução aparelhada, e os bens da herança chegam para pagamento de todos, diz o artigo 2058.º, que devem ser pagos pela ordem em que se forem apresentando. Ora como ha de o administrador da herança saber se os bens da herança chegam para pagamento de todos os credores, se ha de ir pagando pela ordem por que estes se forem apresentando?

Cremos que a intelligencia do artigo é a seguinte: «Os credores citados nos termos do artigo 2048.º devem ajuntar ao inventario os titulos dos seus credits, e se findo o inventario o administrador da herança conhece que os bens chegam para o pagamento de credores e legatarios, paga-lhes, não pela ordem por que elles apresentaram os titulos, que devem já estar juntos ao inventario, mas pela ordem por que os credores, cujos titulos estão juntos ao inventario, se forem apresentando a exigir o pagamento dos seus credits».

Tambem o artigo 2058.º determina que os legados se paguem, depois de satisfeitas as dividas passivas. Mas se os credores se não apresentarem a exigi-los? O meio é depositar a importancia d'elles nos termos do artigo 759.º, se o administrador da herança não preferir conservar os respectivos valores ou objectos em seu poder até lhe serem reclamados.

Se porventura apparecem novos credores, já depois de pagos os que ajuntaram os seus titulos ao inventario, e depois de entregues os legados, não restando bens da herança, terão esses credores regresso contra os legatarios, mas não contra o administrador da herança, artigo 2061.º

Os legatarios tambem não podem ser pagos dos seus legados senão ajuntando a sentença passada em julgado, ou, na falta d'ella, com acquiescencia de todos os interessados. Mas no primeiro caso hão de prestar caução pelo valor do legado para o caso da herança não chegar para o pagamento das dividas passivas, cujos encargos são então cobertos pelos legados, artigo 1795.º

Nos termos do § 2.º do artigo 2056.º quem receber o pagamento contra o disposto no § 1.º não fica isento de pagar o que dever para satisfação de outros legados ou dividas, e o administrador da herança responde conjunctamente pelo desfalque.

Se o credor pago dispozer d'esses meios que seja impossivel ir depois busca-los para pagamento dos encargos hereditarios, pôde ser demandado o administrador da herança para indemnizar por perdas e danos? Alem da obrigação geral que pesa sobre o administrador da herança de responder pelo seu dolo e culpa, deve indemnisar a successão quando ella não pôde haver o necessario do credor indevidamente pago, como teria de indemnisar a este, se porventura elle fosse desfalcado na sua divida.

Art. 2057.º No caso de execução, poderão quaesquer cre-

dores acudir a ella com os seus protestos ou preferencias, e serão pagos na ordem em que forem graduados.

Promovendo-se execução contra a herança, podem os credores que têm preferencias, vir deduzi-las, na intelligencia de que pelo direito civil vigente causa legitima de preferencia são só unicamente os privilegios e as hypothecas, artigo 1005.º No caso de haver creditos registados, nem se pôde proferir sentença, declarando livre o predio vendido, sem a citação de todos os que tiverem sobre elle hypotheca registada, artigo 947.º E hoje é preciso já cita-los para o dia da praça por força do disposto na lei de 23 de abril de 1873. Os protestos fazem-se para o caso de o credor não ter podido habilitar-se em tempo competente com documento para ser admitido no concurso de preferencias, novissima reforma judicial, artigo 644.º e seguintes.

Art. 2058.º Se não se apresentarem credores com sentença executória contra a herança, e os bens d'esta chegarem para pagamento de todos os credores, serão estes pagos pela ordem em que se forem apresentando, e só, depois de todos haverem sido inteirados dos respectivos creditos, serão satisfeitos os legados, e declaradas caducas as cauções prestadas pelos legatarios já pagos.

(Vid. nota ao artigo 2056.º)

Art. 2059.º Não chegando os bens para pagamento de dividas e legados, deverá o administrador dar contas da sua administração aos credores e aos legatarios, e será responsável pelos prejuizos, que a herança haja padecido por culpa ou negligencia d'elle.

§ 1.º Neste caso, mandará o juiz satisfazer as dividas, trazendo para o monte, ou a totalidade dos legados, ou a quota de cada um d'elles, proporcionada ao que faltar.

§ 2.º Se, ainda assim, não for sufficiente o todo para pagamento dos credores, e estes não concordarem em ser pagos rateadamente, poderão recorrer aos meios ordinarios para obter pagamento.

Art. 2060.º Pagos os credores e os legatarios, ficará o herdeiro beneficiario no livre gozo do que restar da herança, e, se a herança houver sido administrada por outra pessoa, será esta obrigada a prestar-lhe contas, debaixo da responsabilidade imposta no artigo 2059.º

(Vid. nota ao artigo 1792.º) Em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 289 do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça, que a obrigação imposta aos testamentarios de prestar contas da sua gerencia a auctoridade administrativa não exclue o dever de presta-las em juizo para se reconhecer a liquidação do remanescente da herança.

Art. 2061.º Se, depois de pagos os legatarios, apparecerem outros credores, estes só terão regresso contra os ditos

legatarios, não restando da herança bens sufficientes para seu pagamento.

(Vid. nota ao artigo 2056.º)

Art. 2062.º O inventario, que houver sido feito pelo herdeiro em primeiro grau, que depois repudiasse a herança, aproveitará aos substituidos e aos herdeiros ab-intestato, mas estes terão um mez para deliberarem, contado desde o dia em que houverem conhecimento do repúdio.

Se o herdeiro beneficiario depois de feito o inventario não aceita a herança, não carece de fazer novo inventario o substituto, a quem acresce a quota d'aquelle nos termos do artigo 1852.º; nem o herdeiro ab-intestato se não ha substituto no testamento, nem o herdeiro em segundo grau, se a herança foi deferida ab-intestato. Dá-se-lhes apenas um mez para deliberarem; e, se ainda estes não acceptarem, assim se irá dando, por analogia, um mez aos de graus ulteriores para o mesmo fim.

O mez concedido para *deliberar* nos termos do artigo é uma atenuação do direito romano, bem escusada no systema do nosso direito civil, onde o simples facto do inventario salva o herdeiro de todas as responsabilidades pelos seus bens, artigo 2019.º

Art. 2063.º As custas do inventario, das contas, e, bem assim, das demandas que o herdeiro houver intentado, ou tiverem sido propostas contra elle por causa da herança, ficarão a cargo da mesma herança, excepto se o herdeiro houver sido condemnado pessoalmente por seu dolo ou má fé.

(Vid. nota ao artigo 1908.º)

### SECÇÃO III

#### DO INVENTARIO

Art. 2064.º Haverá sempre inventario, quando qualquer dos herdeiros for menor, interdicto, ausente ou desconhecido.

§ 1.º Em casos taes, o inventario será concluido dentro de sessenta dias, contados desde aquelle em que for principiado; salvas as disposições do artigo 2050.º

§ 2.º Cessando a causa, pela qual se procede a inventario, este não proseguirá, salvo havendo quem o requeira de entre os coherdeiros.

(Vid. nota ao artigo 189.º) A novissima reforma judicial, artigo 404.º, manda começar o inventario orphanologico pela convocação do conselho de familia para a nomeação de tutor aos herdeiros menores, e semelhantes. Porém na pratica principia sempre pelo juramento ao cabeça de casal, que é quem indica ao juiz os membros do conselho de familia. Para a citação do cabeça de casal passa-se mandado que deve ser cumprido pelo escrivão, ou pelo official de diligencias.

Os parochos têm obrigação de participar sem demora aos juizes os fallecimentos de seus parochianos, que deixarem menores ou pessoas

a elles equiparadas, portaria do ministerio da justiça de 12 de janeiro de 1842.

O inventario de menores não tem logar senão nos precisos termos d'este artigo. Como bem decidiu a relação do Porto em accordão de 1 de julho de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 33, não é permitido fazer inventario dos bens de pessoa viva, não ausente ou interdita.

Mas logoque o cabeça de casal declara sob juramento que um dos coherdeiros é ausente, sem que os interessados destruíam com provas essa declaração, tem logar o inventario orphanologico, como julgou a relação do Porto em accordão de 18 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 3.º

Tambem o mesmo tribunal decidiu em accordão de 24 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 18, que, fallecendo um individuo com filhos menores illegítimos não reconhecidos, e com testamento em que institue herdeiro, declarando que não tem descendentes nem ascendentes, não pôde proceder-se a inventario para garantir o direito dos menores, sem que estes sejam previamente declarados filhos do fallecido, e o testamento annullado.

Já na imprensa juridica vimos discutir se aos escrivães compete pela primeira citação nos inventarios o emolumento da intimação ou o da citação.

É porém mais geral a opinião de que no inventario de maiores lhes compete o emolumento da citação pelo primeiro chamamento do cabeça de casal a juizo, que é verdadeira citação, vistoque se trata de um processo com caracter contencioso, a acção *familia eriscundã*; e de que no inventario de menores, que é um processo mais administrativo, do que contencioso, lhes cabe só o emolumento da intimação.

Pela morte de um dos conjuges, que deixa filhos menores, tem o sobrevivente os dois mezes, marcados no artigo 156.º, para requerer inventario. Se o curador geral dos orphãos o requerer antes, e o juiz lhe deferir, pôde o pae reclamar, servindo-se do agravo de petição, sem embargo do disposto no artigo 8.º da lei de 11 de julho de 1849, que nos inventarios, emquanto não ha partilha, não permite em regra senão o agravo no auto do processo.

Neste sentido decidiu a relação de Lisboa em accordão de 13 de outubro de 1868, que se encontra no processo de revista n.º 13:921, e que diz assim:

«Accordam em relação, etc. Que conhecendo do agravo, que julgam bem interposto, não só por se não verificar exactamente a especie da lei de 11 de julho de 1849, mas porque a distribuição influe na competencia do juizo, e a questão de competencia é sempre uma questão prejudicial: aggravada foi a aggravante pelo juiz recorrido no despacho de que vem o agravo; porquanto sendo certo em presença do codigo civil, que dissolvido o matrimonio por morte de um dos conjuges, que é a especie dos autos, é ao conjuge, que sobrevive e continua a exercer o poder paternal, a quem por lei incumbe a obrigação de requerer, dentro de sessenta dias do fallecimento do outro conjuge, que se proceda a inventario, artigos 155.º e 156.º do citado codigo; e isto sem que ao mesmo tempo, e em taes circumstancias se dê a ninguem mais igual incumbencia: é claro que a distribuição, de que se trata, feita antes de acabar aquelle praso, sem ser a requerimento da viuva aggravante, foi irregular e illegal por anticipada. E é manifesta a differença das disposições nos artigos apontados das que se encontram nos artigos 185.º, 189.º e 190.º do mesmo codigo civil, segundo as quaes é ao curador geral a quem incumbe

o requerer o inventario, isso porém quando não ha conjuge sobrevivente, e que teria de ser supprido pela tutela o poder paternal, etc.

Pela ordenação, livro I, titulo LXXXVIII § 8.º, e livro IV, titulo XXVIII § 6.º, o conjuge sobrevivente com filhos menores, que não fizesse inventario dentro de sessenta dias do fallecimento do consorte, perdia o usufructo dos bens d'elles. Hoje tambem, aindaque deixe de requerer o inventario dentro de sessenta dias, não fica inhabilitado de succeder em taes bens, e perde unicamente o usufructo, vista a disposição do artigo 156.º § unico. A pena da perda do usufructo é sufficiente para castigar aquella falta, e essa mesma raras vezes será applicada.

No caso de haver menores, ou estes sejam orphãos ou não, é sempre obrigatorio o inventario judicial. Menores não são sómente os orphãos de pae ou de mãe, porque segundo os artigos 97.º e 311.º têm essa qualidade todas as pessoas de um e de outro sexo, que não perлизeram ainda vinte e um annos de idade; e dos artigos 189.º, 2012.º, 2025.º, 2046.º, 2064.º, 2071.º e outros, se mostra que deve haver inventario sempre que os herdeiros instituidos forem *menores*.

O mesmo determinava já a novissima reforma judicial, dizendo no artigo 392.º: «Logoque alguem fallecer, e os herdeiros presumptivos forem *orphãos, menores*, etc., o juiz... fará proceder a inventario...»

Se a citada reforma tivesse em vista ordenar o inventario orphanologico unicamente quando os menores fossem orphãos de pae ou de mãe, não empregaria em seguida a palavra *orphãos* a palavra *menores*, que devem significar idéas differentes. Do artigo 404.º da reforma se deduz a mesma doutrina.

Consequentemente, tanto por direito moderno, como por direito antigo, era obrigatorio o inventario orphanologico sempre que os herdeiros presumptivos fossem menores, aindaque não fossem orphãos.

Igualmente se um individuo casado falleceu deixando filhos menores, e o conjuge sobrevivente, passando depois a segundas nupcias, falleceu tambem com filhos, sem ter procedido a inventario do primeiro casal, têm os filhos do primeiro matrimonio direito a requerer inventario e partilha dos bens que ficaram por morte de ambos os paes.

Porém a descriptção dos dois casaes pôde fazer-se no mesmo inventario, descrevendo-se em separado os bens que existiam ao tempo da morte do pae predefunto, e em seguida os adquiridos pelo conjuge binubo, ou só, ou com o segundo consorte. Do primeiro casal têm os filhos do primeiro matrimonio metade, e a outra metade junta-se aos mais bens descriptos, e da somma assim feita pertence metade ao consorte do binubo, e a outra metade aos filhos do primeiro e do segundo matrimonio.

Tambem já na imprensa juridica se discutiu, se, sendo instituida herdeira alguma mulher casada segundo o costume do reino, e achando-se interdito por prodigalidade o marido, sendo ella a curadora, devia ou não fazer-se inventario orphanologico, visto communicar o marido nos bens deixados; porque, sendo ella casada com separação de bens, evidentemente não ha necessidade de inventario judicial.

Entendemos porém que n'esta especie não tem logar o inventario orphanologico, porque o *herdeiro*, que é a mulher, não é menor, nem interdito, nem ausente, nem desconhecido; e o marido não é o *herdeiro*, e apenas participante nos bens pela lei do seu casamento.

Deve ella porém recebê-los por inventario, como se infere dos artigos 58.º e 351.º, em addição ao arrolamento, que nos termos d'aquelles artigos devia ter sido feito, logo depois de julgada a interdicção, quando a mulher tomou conta dos bens do casal. Isto porém é simples arrolamento, e não inventario orphanologico.

Tem sido também muito questionado se, começado um inventario como de menores, e chegando os herdeiros á maioridade, antes de elle acabar, pôde continuar no mesmo cartorio, e sem nova distribuição, ou se é preciso sujeita-lo á nova distribuição; e vice-versa, se, começado um inventario como de maiores, e fallecendo algum dos herdeiros, deixando menores, pôde também continuar no mesmo cartorio, sem nova distribuição, ou se ha de ser distribuido orphanologicamente.

O artigo 2064.º § 2.º, com respeito aos inventarios começados, como de menores, ordena que, cessando a causa, o inventario sómente proseguirá, sendo requerido por algum dos coherdeiros, mas não declara se ha de *prosequir* como de menores, ou como de maiores.

Ora a questão da distribuição nos processos é de grande importancia. A ordenação, livro I, titulo LXXIX § 20.º, ordenava que os tabelhões não fizessem carta ou qualquer escriptura sem distribuição, mas não declarava todavia motivo de nullidade a falta de distribuição, que a todo o tempo podia ser ordenada pelo julgador, como se mostra do § 21.º A execução d'esta lei foi muito descuidada, como se vê do alvará de 3 de abril de 1709, que augmentou as penas comminadas aos infractores da citada ordenação.

Esta providencia porém ainda não foi bastante, de modo que veiu o assento de 23 de abril de 1723, que declarou nullo e sem fé em juizo ou fóra d'elle tudo quanto pelos escrivães fosse escripto sem previa distribuição.

É pois nullo todo o processado sem distribuição; e, segundo varias decisões do supremo tribunal de justiça, era nullidade insanavel, não só a falta absoluta de distribuição, mas a distribuição em classe incompetente, aindaque esta jurisprudencia não tem tido ultimamente voga no fóro.

A distribuição dos inventarios de maiores e de menores está sujeita a regras muito differentes.

O inventario entre maiores é distribuido pelo contador em audiencia por espheras e numeros, ou por dependencia ou certeza, nos termos do artigo 495.º da novissima reforma judicial, e do artigo 4.º § 1.º do decreto de 9 de julho de 1853, e pertence assim ás causas, que têm distribuição ordinaria, quando a distribuição orphanologica é feita pelo juiz por escala entre os escrivães nos termos do artigo 499.º da mesma reforma.

Em virtude d'estes principios sustentam alguns que o inventario de menores não pôde converter-se no de maiores, nem o de maiores no de menores, sem nova distribuição. Em despacho de 11 de março de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 216, annullou o juiz de direito de Arganil o processado como inventario de maiores, sem nova distribuição, n'um inventario que começara como orphanologico. No mesmo sentido julgou por 3 votos contra 2 a relação de Lisboa em accordão de 7 de julho de 1868, publicado no citado numero da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra.

Diz o accordão:

«Porquanto, havendo pela maioridade de todos os coherdeiros cessado a competencia do juizo orphanologico para progredir no inventario, devia este ser remetido á distribuição geral, a fim de continuar em seus termos no fóro ordinario e commum.»

Nós porém seguimos opinião contraria, e entendemos que, se o inventario começar como orphanologico, e depois os herdeiros se tornarem maiores, ou se for distribuido como de maiores, e depois mor-

rer algum d'elles, deixando herdeiros menores, ou semelhantes, deve continuar o processo no mesmo cartorio, independentemente de nova distribuição, e fundamo-nos nas seguintes razões:

1.º No preceito do § 2.º do artigo, que determina que o inventario orphanologico, cessando a causa, não *prosequirá* senão a requerimento de algum dos coherdeiros; e, se o inventario houvesse de ter nova distribuição, e de pertencer a outro cartorio, não poderia dizer-se que *prosequia*, mas sim que de novo principiava.

2.º Em que se tivesse de haver nova distribuição, sempre que as circumstancias fizessem variar a natureza do inventario, poderiam durante o decurso do processo effectuar-se muitas distribuições com grave prejuizo da regularidade dos actos judiciais.

3.º Em que a lei do 16 de junho de 1853, artigo 3.º, determina que nenhum papel ou processo seja descarregado na distribuição, salvo nos casos taxativos de ser julgada provada a declinatoria *fori*, ou de ter sido julgada procedente a suspeição ao escrivão na distribuição; ora, se a lei não manda indemnisar o escrivão senão n'estes dois casos, é porque em nenhum outro lhe pôde ser tirado o processo.

4.º Em que o decreto de 26 de julho de 1866, que regulou a distribuição dos inventarios de menores pelos escrivães das varas de cada uma das comarcas de Lisboa e Porto, conforme a lei de 21 de junho do mesmo anno, determina no artigo 7.º que, verificando-se depois de encerrado o inventario que o seu valor real é differente do que tinha sido declarado quando foi distribuido, de sorte que devesse em razão do seu valor pertencer a classe differente, se notará este facto com relação ao respectivo officio, porque se considera preenchido com relação á classe a que o inventario devia pertencer em razão do seu valor real, e em aberto, em relação á classe em que havia sido distribuido, em razão do valor declarado, e não providencia em parte alguma, nem a lei nem o decreto, para o caso de o inventario passar de inventario de menores a de maiores, e vice-versa, de onde se conclue que o legislador não admittiu que a distribuição em taes casos fosse repetida.

5.º Em que a ordem do processo e as regras a seguir são communs a uns e a outros inventarios, salvas algumas especialidades, como se mostra da lei de 16 de junho de 1853, artigo 29.º, e do codigo civil, artigos 2064.º e seguintes; e em que as variações e os incidentes, que em geral occorrem nos processos, não operam mudança em sua distribuição.

N'esta conformidade julgou a relação de Lisboa em accordão de 17 de maio de 1870, publicado no supracitado numero da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, em que assignaram dois dos juizes, que não o fizeram vencimento.

O accordão era redigido assim:

«Que aggravado foi o aggravante no despacho de que se recorre, poisque, sendo certo em direito que onde começou o juizo ahí deve concluir-se; e mostrando-se na especie dos autos que o aggravado vem aqui succeder no lugar de seu pae fallecido e representa-lo, não ha fundamentação que faça variar a competencia e obrigue este processo á distribuição orphanologica.»

O que é absolutamente illegal é a distribuição dos inventarios de menores por freguezias, dividindo-se as freguezias do juizo em grupos, e assignando cada grupo a seu escrivão, como já se fez n'algumas partes, segundo vimos noticiado na imprensa juridica.

Em virtude do disposto no artigo 31.º do regulamento de 30 de junho de 1870 os agentes do ministerio publico intervirão, em virtude

de despacho especial do juiz ou do administrador do concelho ou bairro, em todos os inventarios, quer judiciaes, quer particulares, de herança sobre que recaia contribuição de registo.

Para este effeito os juizes despacham nos inventarios judiciaes, e os administradores de concelho ou bairro nos particulares, ou balanços.

**Art. 2065.º** Entre maiores, que tenham a livre administração de seus bens, ou que não estejam comprehendidos no artigo precedente, só poderá fazer-se inventario judicial, sendo requerido por algum dos coherdeiros.

(Vid. nota ao artigo 1895.º) No projecto primitivo o artigo (2232.º), correspondente a este, terminava pelas seguintes palavras «ou pelos credores e legatarios para separação de patrimonios».

O codigo porém com rasão negou aos credores e legatarios o direito de requererem o inventario judicial, porque a faculdade de exigir a separação dos patrimonios pôde reclamar quando muito um arrolamento, mas nunca inventario propriamente dito.

O artigo immediato foi introduzido de novo pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão, sendo por essa occasião eliminado, de certo, por desnecessario, o seguinte artigo, com que o projecto primitivo fechava esta secção: «O modo por que deve ser formulado o inventario judicial, será regulado no codigo de processo; salvo o que n'este codigo se achar privilegiado».

Mas a doutrina do artigo eliminado deve ser seguida, sem embargo da eliminação, porque resulta de differentes disposições legais.

**Art. 2066.º** Quando este inventario houver de produzir tambem os effeitos da acceitação beneficiaria da herança, ser-lhe-ha applicavel o que fica disposto nos artigos 2044.º, 2048.º, 2049.º, 2050.º e 2051.º

(Vid. nota ao artigo 2044.º)

## SUB-SECÇÃO I

### DO CABEÇA DE CASAL E DO ARROLAMENTO E DESCRIPÇÃO DE BENS

**Art. 2067.º** Diz-se cabeça de casal a pessoa que é encarregada de arrolar e dar á descripção e partilha os bens da herança.

(Vid. nota ao artigo 1122.º)

**Art. 2068.º** Este encargo incumbem:

1.º Ao conjuge sobrevivivo, nos casamentos por communhão, e nos outros tão sómente na parte em que elle pôde ter partilha;

2.º Na falta de conjuge sobrevivivo, e nos casos em que elle não pôde ser cabeça de casal, ao filho ou coherdeiro que estivesse vivendo com o fallecido, não sendo incapaz;

3.º Se nenhum dos filhos ou herdeiros estivesse vivendo com o fallecido, ou se, pelo contrario, o estivessem todos, ao

filho varão ou herdeiro mais velho, e, na falta d'estes, á irmã ou herdeira mais velha, não sendo incapazes;

4.º Se uma parte dos filhos ou herdeiros estivessem vivendo com o fallecido e outra não, áquelle de entre os primeiros a quem for applicavel a disposição do numero antecedente.

1.º e 2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 1122.º)

3.º e 4.º, etc. A lei prefere para cabeça de casal o que melhor rasão tem de saber dos haveres do auctor da herança para os deserever com inteira fidelidade e exactidão, e que tenha tambem verdadeiro interesse na successão. Por isso o codigo, na falta do conjuge sobrevivivo, prefere os filhos, e de entre estes os que estivessem vivendo com o fallecido, dando preferencia tambem á idade e ao sexo, e sem obrigação alguma de prestarem caução.

O codigo assim como exige nos filhos, para serem cabeça de casal, a condição de estarem vivendo com o auctor da herança, devia exigir a mesma condição com respeito ao conjuge, como era por direito antigo, ordenação livro IV, titulo XCV, porque o conjuge separado, ainda simplesmente de facto, não está no caso de preferir aos filhos, que vivem com o auctor da herança, no encargo de cabeça de casal.

Por direito anterior podia o juiz preferir para cabeça de casal ao filho mais velho qualquer dos outros, julgando-o mais idoneo, mas pelo codigo não tem essa faculdade. A preferencia não fica dependente do arbitrio do juiz. Apenas ha contra o cabeça de casal infiel a repressão marcada nos artigos 2079.º a 2081.º

Tão preceptivas são as disposições do artigo 2068.º, que por accordo da relação do Porto de 19 de dezembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 9, foi annullada a descripção de uma herança, por ter sido feita por um cabeça de casal, em quem segundo a lei não devia recair semelhante nomeação.

Diz o accordão: «E attendendo a que ao appellante, por ser o irmão mais velho, pertencia o encargo de cabeça de casal, conforme o § 3.º do artigo 2068.º do referido codigo, mas contra a expressa disposição da lei, em logar d'elle foi nomeada uma tia, e por sua morte um advogado do auditorio, etc.

Portanto... julgam nullo este processo... a fim de que o legitimo cabeça de casal faça a descripção, nos termos do artigo 2073.º e seguintes do codigo civil, e sob as penas comminadas no outro artigo 2079.º do mesmo codigo».

Em accordão de 25 de abril de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 106, do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que, concorrendo á herança legatarios e um herdeiro legitimo, é a este que compete ser cabeça de casal, aindaque algum dos legatarios tenha sido nomeado testamentario, se este não foi encarregado pelo testador de arrolar e dar á descripção e partilha os bens da herança.

Em cumprimento d'este accordão porém julgou a relação de Lisboa em accordão de 13 de agosto do mesmo anno, que, tendo o testador distribuido toda a herança em legados, nomeando o aggravado seu testamentario em primeiro logar:

«... em tal caso rege o artigo 1839.º do codigo civil, e nos termos d'este artigo o nomeado testamentario é havido como executor do testamento, e na falta d'elle o legatario mais beneficiado; e, como executor, compete-lhe satisfazer todos os legados aos respectivos legatarios, o que o constitue cabeça de casal e inventariante no inventario, a que necessariamente tem de proceder.

«Dando pois o código civil no citado artigo providencia especial sobre quem deve executar o testamento, tomando para isso conta dos bens, para os entregar aos legatarios, nos casos em que, como no occorrente, o testador, não tendo herdeiros legitimarios, distribue todos os seus bens em legados, não podem n'este caso ter applicação as disposições dos artigos 2068.º e seguintes do mesmo código acerca da pessoa, que em casos diferentes d'aquelle deve ser cabeça de casal.

«A lei no caso do citado artigo 1839.º quiz ter em consideração as disposições do testador, entregando a execução do testamento a alguma das pessoas que tinham merecido a sua confiança, ou que haviam sido por elle beneficiadas, para não acontecer que, ficando sem aquella providencia especial a reger no dito caso o disposto nos artigos 2068.º e seguintes, fosse apossar-se dos bens deixados pelo testador algum dos seus parentes por elle preterido, como foi a aggravante, e que em odio d'essa preterição, em vez de executar a vontade e disposições do mesmo testador, fosse embarçar e protrahir o cumprimento do dito testamento, conservando-se no gozo e fruição dos bens em prejuizo das pessoas, a quem tinham sido legados.»

Porém esta decisão foi revogada pelo supremo tribunal de justiça em accordão de 9 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 10, de 1874, que diz assim:

«Que tendo este supremo tribunal de justiça na primeira revista proferido o accordão a fl. . . no qual, fundando-se na disposição dos artigos 2068.º e 2069.º do código civil, fixou a competencia de inventariante e cabeça de casal em relação ao inventario, de que se trata, na pessoa da recorrente, como unica irmã e herdeira legitimaria do remanescente da herança, de que seu irmão não dispoz no testamento, excluindo o recorrido Miguel Henriques Rodrigues, que, na qualidade de legatario e simples testamentario, sem attribuições algumas, ou poderes especiaes, conferidos pelo testador, nada tinha com o arrolamento ou descripção dos bens, attribuição propria e exclusiva do cabeça de casal (artigo 2067.º do código civil);

«Mostram os autos que a relação de Lisboa, no accordão de que vem o recurso, insistindo no seu primeiro julgamento, e confundindo o encargo de testamentario, definido e regulado nos artigos 1885.º, 1894.º e 1899.º com o de cabeça de casal e inventariante, definido e regulado nos artigos 2067.º, 2068.º e 2069.º do código, deu a preferencia para este fim ao recorrido, dizendo no accordão que, como executor do testamento, lhe compete satisfazer todos os legados aos respectivos legatarios, o que o constitue cabeça de casal e inventariante no inventario a que necessariamente tem de proceder.

«E porque semelhante decisão, contraria á d'este supremo tribunal de justiça, é directamente offensiva dos mencionados artigos 2067.º, 2068.º e 2069.º do código civil, que constituem o assento principal da materia, marcando especificada e determinadamente as funções do cabeça de casal, e as pessoas a quem este encargo inculme, segundo a ordem ahi estabelecida, é evidente que o accordão recorrido não pôde subsistir pela errada applicação e offensa da lei que n'elle se faz.»

Parece-nos effectivamente mais legal a jurisprudencia reconhecida pelo supremo tribunal de justiça.

Art. 2069.º Não havendo irmão ou irmã, ou coherdeiro maior, ou sendo todos incapazes, servirá de cabeça de casal o tutor.

A redacção e a collocação do artigo mostram bem que as palavras «irmão ou irmã» se referem aos filhos do auctor da herança, de que se fallou no artigo antecedente, e não aos irmãos do auctor da herança, resultando da intelligencia que assim damos ao artigo, que a lei só determina taxativa e especificadamente quem ha de ser o cabeça de casal com relação ao conjuge e aos filhos do auctor da herança: quanto aos outros parentes, ou sejam ascendentes ou irmãos, já não é obrigatoria a gradação marcada da idade e do sexo; o juiz escolherá para cabeça de casal qualquer coherdeiro maior, ou servirá de cabeça de casal o tutor, se todos os coherdeiros estiverem sujeitos a tutela.

No mesmo sentido deve entender-se a palavra «irmã» empregada em o n.º 3.º do artigo 2068.º

No projecto primitivo o artigo (2237.º) correspondente ao artigo 2069.º do código terminava pelas seguintes palavras «que for nomeado pelo conselho de familia», que foram eliminadas com rasão pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão.

Effectivamente o tutor, se na maioria das vezes é nomeado pelo conselho de familia, é n'alguns casos nomeado pelo pae ou mãe, artigos 193.º, 277.º e 279, pelo conselho de vizinhos, artigos 273.º e 276.º, pelo juiz dos orphãos, artigo 282.º, ou pela lei, artigos 200.º e 284.º e seguintes.

A redacção do artigo porém, ainda com estas novas modificações, não ficou de todo perfeita, porque pôde ser cabeça de casal pessoa que exerça o patrio poder, e não a tutela sobre os menores.

Se, por exemplo, ao menor, orphão de mãe, advier uma herança do avô materno, pôde e deve ser o pae, que aliás não é tutor, o cabeça de casal.

No entretanto, em vista da letra do artigo, o juiz, que aliás não pôde privar o tutor de cabeça de casal, pôde privar o pae! É absurdo, mas está na lei.

Art. 2070.º Os coherdeiros, que tiverem a posse de certos bens da herança, serão considerados como cabeças de casal quanto a esses bens.

(Vid. nota ao artigo 1122.º) Não obstante a disposição d'este artigo julgou a relação do Porto em accordãos de 16 de maio e de 10 de outubro de 1873, que se encontram no processo de revista n.º 14:864, que um coherdeiro, que tinha em si os títulos de certas dividas activas do casal, o que queria descrevê-los em partilha adicional, não podia ser cabeça de casal com relação a esses bens, mas que devia denunciar-los em juizo para o verdadeiro cabeça de casal os descrever, allegando-se, nos autos, como fundamento d'esta opinião, que nem a posse dos títulos significava a posse das dividas, nem se provava que o coherdeiro, que pretendia ser cabeça de casal, estivesse na posse real e effectiva dos títulos, e não em simples detenção.

É porém insustentavel semelhante jurisprudencia. Não só a entrega dos direitos se reputa feita com a entrega dos títulos, artigos 1571.º, 1821.º e outros, mas ainda o facto da detenção deve reputar-se como posse em nome proprio, enquanto o contrario se não provar, artigo 481.

Art. 2071.º O cabeça de casal, havendo coherdeiro menor ou incapaz, procederá a inventario nos termos dos artigos 157.º e 189.º

(Vid. nota ao artigo 189.º) Neste artigo ha um erro typographico, onde se lê «157.º», deve ler-se «156.º»

Art. 2072.º O cabeça de casal deverá declarar:

1.º O nome e estado do auctor da herança, o dia, mez e anno em que, e o logar onde este houver fallecido;

2.º O nome, estado, idade e capacidade dos herdeiros testamentarios ou legitimos, sem excluir os que possam existir em estado de concepção conhecida;

3.º Se o auctor da herança falleceu com testamento, e n'este caso apresentará original ou copia authentica do dito testamento;

4.º Se o auctor da herança, sendo casado, o foi, precedendo escriptura, e n'este caso apresentará um traslado ou copia authentica d'ella.

O primeiro acto do cabeça de casal, e pelo qual começa tambem o inventario, é prestar juramento de fazer com verdade as declarações a que se refere o artigo, e de fielmente descrever os bens do casal. As declarações exigidas no artigo são indispensaveis para o acto da partilha e para a regularisação do inventario. É preciso saber o numero dos herdeiros para dividir a successão n'outras tantas partes, e verificar se houve testamento em que o testador deixasse mais a uns do que a outros, e bem assim a escriptura antenupcial, para regular a partilha segundo as disposições testamentarias ou segundo as condições do casamento, sem prejuizo das legitimas dos herdeiros legitimarios.

É tambem indispensavel saber a idade dos herdeiros e o seu estado, para assim se nomear ou não conselho de familia e tutela, para chamar o conjuge ao juizo divisorio, se elles são casados, etc.

No numero dos herdeiros conta-se os que estão apenas concebidos, porque o individuo, depois de procreado, tem-se como nascido para tudo quanto respeita aos seus interesses, artigo 6.º

Se houve escriptura antenupcial com inteira separação de bens, o conjuge sobrevivente levanta os seus bens proprios, e só se divide pelos filhos o que pertencia ao predefunto. Se não houve escriptura antenupcial, nem testamento, todo o casal forma um monte commum, pertencendo amedeado ao conjuge sobrevivente, e dividindo-se a outra amedeado em tantos quinhões quantos são os filhos.

Art. 2073.º O cabeça de casal dará á descripção, fielmente e debaixo de juramento, todos os bens da herança.

A descripção nos inventarios deve ser feita pelo cabeça de casal no cartorio sem assistencia dos interessados.

A *Novissima reforma judicial* determinava no artigo 405.º que o juiz procederia a ordenar a descripção dos bens na presença do tutor e mais pessoas interessadas, e dos louvados, que avaliariam os moveis, como se fossem descrevendo, o que deu logar a argumentar-se que o juiz devia assistir, pelo menos, á descripção dos moveis, para a qual deviam ser intimados os interessados, sendo avaliados estes bens no mesmo acto.

A respeito das outras especies de bens era omissa a citada reforma, fazendo geral referencia á legislacão existente, d'onde resultava que

uns juizes assistiam só á descripção e avaliação dos moveis, e que outros assistiam á descripção e avaliação tambem dos outros bens.

Veu a lei de 16 de junho de 1855, que no artigo 27.º § 4.º dispensava a assistencia do juiz á descripção e á avaliação, salvo sendo requerida, ou no caso de segunda avaliação por impugnação da primeira, assim como determinava no § 3.º do mesmo artigo que a descripção se faria com o intervallo necessario para se adicionar a cada uma das verbas a avaliação respectiva.

Desde então deixaram os juizes de assistir á descripção e á avaliação, ou se tratasse de bens mobiliarios, ou de bens immobiliarios, entregando-se a descripção só ao cabeça de casal, e sendo esta feita no cartorio do respectivo escriptivo com o intervallo necessario para se adicionar a avaliação, e sem intimação alguma aos interessados, a qual realmente é dispensavel, visto que a lei lhes dá vista do processo posteriormente para requererem o que lhes convier.

Art. 2074.º Os bens moveis serão especificados pelos seus signaes caracteristicos, e de forma que não possam trocar-se ou confundir-se com outros.

Art. 2075.º Os bens immoveis serão descriptos com as suas confrontações, nomes ou numeros, pertenças e servidões, e quando deverem passar precipuos, serão descriptas as benfeytorias, que tiverem recebido e que forem partiveis.

(Vid. artigos 2097.º, 2113.º e 2114.º) A especificação dos moveis pelos seus signaes caracteristicos é indispensavel para determinar a sua *identidade*.

Nem ha outro modo de determinar a identidade dos bens moveis senão pela designação dos signaes caracteristicos. Já não succede o mesmo com os bens immoveis, que podem ser designados pelas suas *confrontações*, isto é, pelos nomes das cousas com que confrontam pelos quatro ventos da terra. Outras vezes tão grande é o predio, e tantos são os proprietarios confinantes, que não é precisa a confrontação para se conhecer, porque por bem conhecido se confronta, e porque seria impossivel ou muito difficil designar todos os predios, com quem elle parte. Assim basta dizer a quinta da Forbes em Ribeiro Sécco, a quinta de S. Martinho, pertencente a Augusto Bianchi, etc. Por estes nomes todos conhecem qual é a propriedade descripta. Se se trata de um predio urbano é indispensavel indicar não só a rua da situação, o numero, por exemplo, n.º 30, mas tambem como sito na rua do Favila.

É preciso acompanhar a descripção dos predios da descripção das servidões e pertenças. Assim se diz a casa de *Tarquino* com todas as suas pertenças, quintal, jardim, arribana, etc., e com servidão de pé e de carro pela quinta de *Martinho*.

Todas estas indicações são necessarias, não só para determinar a identidade dos bens, mas tambem para apreciar a extensão do seu valor.

É evidente que o predio com pertenças e servidões tem maior valor, do que se não tiver annexos estes bens e direitos.

Se houverem de passar precipuos alguns bens, como prazos de vidas nomeados com reserva de usufructo, ou em testamento antes da promulgacão do codigo, que tenham de passar ao nomeado, e n'elles



se tiverem feito bemfeitorias, não de ser estas avaliadas á parte para o successor dos bens pagar a estimação aos coherdeiros, não pelo seu custo, mas pelo que houverem augmentado o valor dos predios, artigos 2097.º e 2113.º

Assim gastaram-se no predio 10:000\$000 réis, que augmentaram o seu valor em 5:000\$000 réis, o successor só paga a estimação com relação a 5:000\$000 réis, porque não deve ser obrigado a pagar um valor que não recebeu. Pelo contrario sendo a despeza de 10:000\$000 réis, e o augmento de valor de 15:000\$000 réis, com relação a réis 15:000\$000 é que elle ha de pagar a estimação, porque o beneficio do augmento de valor sobre o custo das bemfeitorias deve reverter em vantagem do casal, e aproveitar a todos os coherdeiros.

Este principio é mais justo do que o do direito anterior, que deixava ao arbitrio do successor do predio precipuo o conferir o valor ou o custo das bemfeitorias, segundo lhe conviesse, de modo que, se as bemfeitorias haviam custado 5, e valiam 10, elle satisfazia conferindo 5; e pelo contrario, se tinham custado 10, e valiam 5, elle satisfazia conferindo 5.

Esta doutrina era sobretudo applicavel aos bens de vinculo e de prazo, como se mostra do artigo 286.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2113.º do codigo, que era redigido assim: «O successor dos vinculos ou prazos, ou de quaesquer outros bens, que houverem de passar precipuos, etc.»

A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão emendou a redacção do artigo nos termos em que hoje se encontra no codigo.

Por isso só se descrevem as bemfeitorias, que tiverem augmentado o valor do predio, como as resultantes de esgoto de pantanos para augmentar a cultura, as provenientes de plantação de oliveiras e vinhas, ou de outras arvores fructíferas, e não as provenientes de mero recreio, como de jardins, ou de obras de prazer, que não augmentem o valor real do predio, artigo 2087.º

O possuidor do predio, que passou precipuo, não deve ser obrigado a repor á massa do casal o valor das bemfeitorias, que consistirem unicamente em embellezar a propriedade, e que não augmentarem o seu valor venal, aliás viria a dar o que não recebeu.

Se o predio, em lugar de ser bemfeitorisado, foi comprado com dinheiro do casal, é mais favorecida a posição do successor, porque é conferido o preço, ou a estimação d'elle, á escolha do successor, artigo 2114.º

Assim custou o predio 10:000\$000 réis, e vale 5:000\$000 réis, o successor confere só a estimação no valor de 5:000\$000 réis. Se custou 10:000\$000 réis, e vale 20:000\$000 réis, o successor pôde conferir só o preço de 10:000\$000 réis, sem dar partilha no augmento de valor, como era já por direito antigo.

Até o artigo 2287.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2114.º do codigo, era redigido assim: «Se o prazo que passar precipuo, no caso do artigo 1830.º (artigo 1698.º do codigo) tiver sido comprado, será o seu preço ou estimação conferida nos termos da legislação anterior ao presente codigo».

Melhor redigido porém ficou o artigo correspondente do codigo, não só porque pela sua generalidade abrange, além dos bens de prazo, quaesquer outros, que devam passar precipuos, mas tambem porque comprehende, não só o facto da compra, mas qualquer outra aquisição a titulo oneroso, que esteja no mesmo caso, como a troca, a dação em pagamento, a transacção, etc.

Pedia a justiça e a razão, que o codigo alterasse a doutrina do direito velho quanto á partilha do valor da propriedade precipua, como a alterou quanto á partilha nas bemfeitorias. O successor do predio precipuo, adquirido por titulo oneroso, não devia ter a liberdade de conferir o preço ou a estimação dos bens: devia ser obrigado a conferir sempre o valor dos bens ao tempo da successão, para haver perfeita igualdade entre elle e os coherdeiros.

Nem sempre o codigo pôde emancipar-se das más influencias do velho direito.

Se o prazo em cujas bemfeitorias se ha de dar partilha aos coherdeiros for dado em usufructo a um, e em propriedade a outro, qual ha de pagar a estimação, o usufructuario, que o destructa, ou o proprietario em cujo beneficio não de reverter definitivamente as bemfeitorias? Cremos que a questão deve decidir-se em harmonia com o disposto nos artigos 2235.º e 2230.º

É o proprietario quem deve pagar o valor das bemfeitorias, exigindo do usufructuario os juros correspondentes a um capital, que o donatario não recebeu do doante, e que teve de repor; e o usufructuario é limitado ao objecto restricto da doação.

Se porém o usufructuario quizer adiantar o preço da estimação, tem direito de exigir do proprietario, fidei o usufructo, a quantia, que despendeu, sem juros.

Em accordão de 8 agosto de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, denegando revista, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, a pag. 13, 1.º anno, que as bemfeitorias, calculadas não pelo seu custo mas pelo augmento de valor dos predios bemfeitorisados, devem ser compensadas com as deteriorações, da importancia das quaes é prova sufficiente a confissão dos liquidados, e que na liquidação de uma sentença não pôde ser alterado ou discutido qualquer dos pontos n'ella resolvidos, nem mesmo por accordo das partes.

No direito antigo sustentavam Correia Telles e Coelho da Rocha, que a disposição da ordenação, livro IV, titulo xxvii, que hoje esta reproduzida no artigo 2113.º do codigo, e que obrigava a conferir o preço da compra ou o valor das bemfeitorias dos bens, que passassem ou houvessem de passar precipuos, era applicavel a quaesquer parentes, aindaque não fossem filhos ou netos, para estabelecer a igualdade da partilha entre todos.

Contra esta doutrina porém respondeu a *Associação dos advogados de Lisboa* em conferencia de 1 de abril de 1857, publicada na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4262, julgando que a obrigação de collação d'aquelle preço era obrigatoria só na successão dos descendentes, e inapplicavel quando eram herdeiros os irmãos; e fundou-se nas razões seguintes:

1.º Que succedendo o irmão no prazo comprado pelo irmão fallecido, não podiam os outros irmãos ter parte no preço senão em virtude de collação, a qual nos termos da ordenação, livro IV, titulo xxvii § 22.º, só comprehendia os filhos;

2.º Que esta opinião não era contrariada pela lei de 9 de setembro de 1769, emquanto, ampliando aos collateraes a successão dos prazos, mandava proceder a respeito d'elles pela mesma ordem, que dispõe a ordenação, livro IV, titulo xxxvi § 2.º, porque essa referencia da lei de 1769 á sobredita ordenação era quanto ao modo e graduacção da successão, e não com relação ás collações, que tem o seu assento proprio no titulo xxvii da mesma ordenação;

3.º Que as collações são restrictas, e como excepções á regra geral não podem ampliar-se, nem o modo de succeder nos prazos pôde

equiparar-se á successão nos bens allodiaes, porque aquella é uma successão singular e extraordinaria;

4.º Que não valia a analogia deduzida da mesma ordenação, livro IV, titulo xxxvi § 1.º, que na hypothese de serem nomeadas muitas pessoas ao fóro o mandava dividir pelos coherdeiros, porque n'este caso não havia collação, mas a instituição n'uma coisa indivisivel.

Esta doutrina, que julgavamos legal em face do velho direito, parece-nos incontestada no systema do codigo, vistos os artigos 2098.º e 2102.º

Art. 2076.º Os fundos consolidados serão descriptos, especificando-se a sua natureza, e os numeros que tiverem.

Art. 2077.º A descripção das dividas activas e passivas será acompanhada da declaração dos titulos em que se fundam.

O artigo 2076.º não vinha no projecto primitivo; foi introduzido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão.

Nos termos d'este artigo deve declarar-se se os fundos são ao portador ou de averbamento, se são papeis de credito do governo, ou acções ou obrigações de bancos ou companhias, e, sendo papeis de credito do governo, se são divida nacional ou estrangeira, e em qual-quer d'estes dois casos se é interna ou externa, e o typo do juro.

É conveniente tambem, e até costume, o designar os fundos pelo nome especial que têm, como acções do banco de Portugal, apolices do governo brasileiro, inscripções ou bonds de divida portugueza, etc.

É tambem absolutamente indispensavel especificar o seu respectivo numero para verificar a identidade.

A descripção das dividas passivas deve ser acompanhada da declaração dos titulos que as legalisem.

No projecto primitivo o artigo 2244.º, correspondente ao artigo 2077.º do codigo, era redigido assim: «Os direitos e obrigações, ou dividas activas e passivas, serão acompanhadas da declaração dos titulos em que se fundam». A redacção do codigo com a vantagem de ser mais laconica exprime o mesmo pensamento.

É conveniente apresentar os titulos das dividas passivas para se averiguar até que ponto são fundamentadas, e se pagarem, no caso de serem exigiveis, independentemente de acção judicial.

É igualmente necessario declarar os titulos das dividas activas, não só para os coherdeiros, a quem forem adjudicadas, terem razão legitima para as cobrar, mas tambem para repartir por igual o bom e o mau, e não ficarem uns com o cobravel e outros com o incobravel.

O codigo não estabelece regras algumas para a avaliação dos fundos consolidados, como bem se mostra dos artigos 2092.º a 2097.º No entretanto é preciso dar alguma regra pratica para a sua avaliação em caso de necessidade.

O valor dos fundos é muito oscillante e variavel, e póde ser diferente a relação entre o nominal e o preço do mercado no tempo da morte do auctor da herança, no tempo da avaliação, e no tempo da sentença que julga definitivamente as partilhas.

O meio de dispensar a avaliação n'estes bens é distribui-los igualmente por todos os lotes, nos termos do artigo 2142.º

Mas se não poder fazer-se a partilha por igual, que seja necessario recorrer á avaliação para conferir este valor com outros valores, qual será o processo a seguir?

A lei de 28 de junho de 1854, para liquidar de prompto o valor de

que tinha a deduzir o imposto, recorre á cotação da semana anterior á do contrato, ou ainda da ultima semana, de que havia noticia.

A lei sobre a contribuição de registo de 30 de junho de 1860, artigo 8.º § 13.º, ordenou que o valor das inscripções ou de quaesquer outros titulos de divida publica, das acções e obrigações de bancos, companhias ou sociedades, seria o que tivessem no mercado ao tempo em que se verificasse a transmissão: e portanto, nos contratos, á data d'elles, e nos actos *causa mortis* á data do fallecimento do auctor da herança.

As instrucções de 14 de novembro de 1860, que regularam o decreto de 3 do mesmo mez e anno, determinam no artigo 13.º que para os efeitos das cauções dos recebedores dos concelhos as inscripções sejam computadas pelo termo medio do seu valor corrente no mercado, segundo a cotação do *Diario do governo*.

Recorrendo aos casos analogos, previstos n'estas leis, segundo o disposto no artigo 16.º, cremos que depois da avaliação dos bens da herança, e quando estiverem os autos nos termos de se determinar a partilha, deve ajuntar-se ao processo do inventario documento, onde venha a cotação dos corretores, e regular o seu valor por essa cotação.

O valor das inscripções deve ser publicado no *Diario do governo* pela camara dos corretores, como lhes recommenda a portaria de 8 de janeiro de 1868, e por isso facil é documentar a cotação d'estes papeis.

O seu valor deve considerar-se, menos ao tempo da morte do auctor da herança, do que ao tempo da partilha; porque a transmissão em certos e determinados bens a favor dos coherdeiros verifica-se real e effectivamente com este acto e não pela morte do auctor da herança; e alem d'isso porque a igualdade na approximação de valores é a primeira condição da partilha.

Se ha melhoria ou depreciação de valores no intervallo entre a morte do auctor da herança e o facto da partilha, reverte em proveito ou prejuizo commum, a fim de se repartir assim o valor acrescido como o valor negativo.

Ainda mesmo que os papeis de credito possam partilhar-se por igual, sem attenção ao seu valor real, é preciso procurar este para regular a contagem das custas nos inventarios, as quaes, nos termos da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, hão de ser pagas segundo o valor do inventario.

Ora para este, como para quaesquer outros efeitos, devem ser computados os papeis de credito pelo seu valor real, isto é, pelo valor do mercado, ou seja superior ou inferior ao nominal.

N'este sentido julgou a relação do Porto em accordão de 30 de janeiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 215. Diz o accordão: «... Porquanto, sendo certo que nos inventarios as custas se devem regular e contar em relação ao verdadeiro valor dos bens descriptos e herança dividenda, claro é que as inscripções n'elles descriptas se devem para tal fim considerar pelo valor que tiverem no mercado ao tempo em que os bens descriptos se avaliaram; pois é esse o verdadeiro valor de taes titulos, e nunca o nominal que não representa aquelle, e tanto isto assim é, que mesmo no pagamento dos direitos de transmissão ou registo o seu verdadeiro valor é aquelle que elles tiverem no mercado ao tempo da morte do auctor da herança, segundo a lei de 30 de junho de 1860, artigo 8.º §§ 12.º e 13.º, que por analogia tem aqui toda a applicação, segundo o artigo 16.º do codigo civil portuguez, e quando ainda

restasse duvida sobre a intelligencia da lei, deveria ella decidir-se em favor do aggravante, porque, sendo as custas um tributo, a interpretação é sempre restricta.

«Provendo pois no aggravamento, mandam que o juiz recorrido emende o seu despacho por outro, em que ordene que, com relação a custas, entrem as inscrições pelo valor real que no mercado tinham ao tempo em que os mais bens foram avaliados.»

**Art. 2078.º** Se existirem na herança alguns bens, que pertençam a terceiro, ou que devam passar precipuamente a algum herdeiro, serão arrolados separadamente, ajuntando-se os respectivos titulos.

§ unico. Os bens, que pertencerem a terceiro, não lhe serão entregues, havendo alguma duvida, sem que o dito terceiro prove o seu direito.

(Vid. nota ao artigo 422.º) O artigo tem a mesma redacção que o artigo (2245.º) correspondente do projecto primitivo, com a unica differença de empregar, em vez da palavra «arrolados», a palavra «relacionados», que foi conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

O arrolamento differença-se do inventario em que no inventario são elementos essenciaes a descripção, a avaliação, e a partilha, e o arrolamento é simplesmente a descripção dos bens, sem avaliação nem partilha.

No artigo 1900.º se emprega tambem a palavra «arrolamento» em contraposição a inventario judicial.

Se existirem bens, cujo usufructo pertencesse ao auctor da herança, e que por sua morte devessem passar ao respectivo proprietario, ou prazos de vidas nomeados antes da promulgação do codigo com reserva de usufructo ou em instrumento authentico revogavel, não de ser arrolados separadamente dos bens partiveis, porque não entram na partilha; mas é preciso ajuntar-lhes os titulos authenticos, que fundamentem a sua natureza de não partiveis, para o juiz em vista d'elles determinar a partilha, nos termos do artigo 2087.º Não se ajuntando os titulos, que comprovem a sua qualidade de não partiveis, partilham-se os bens como communs, tendo os interessados que recorrer depois á acção ordinaria, para fazerem valer o seu direito citado artigo 2087.º

Pode tambem o auctor da herança ter em seu poder objectos, que nem á herança pertençam, e que sejam de terceiro, como em deposito ou penhor, e d'estes objectos deve fazer-se igualmente menção, ainda que propriamente não figurem, nem no inventario, nem no arrolamento.

É porém vantajoso fazer o arrolamento, e não o inventario, porque, se os bens houverem de passar precipuos, devem dispensar-se as complicações e as despesas do inventario; e não ha inconveniente em fazer o simples arrolamento, porque, verificando-se que os bens são partiveis, aproveita-se o arrolamento feito, e procede-se á avaliação e á partilha. Em caso de duvida presumem-se partiveis os bens, e partilham-se entre os coherdeiros, ficando direito salvo aos interessados para em acção ordinaria impugnam a partilha d'elles.

Tem sido objecto de larga discussão na imprensa juridica se o cabeça de casal ha de descrever tambem os seus bens, mesmo os que lhe tenham sido deixados precipuamente pelo auctor da herança, ou se apenas é obrigado a descrever os bens dividendos.

Sustentam alguns que devem ser descriptos todos os bens, que compõem a herança, ainda que alguns d'elles pertençam precipuamente ao cabeça de casal, porque esta tem sido a pratica constante dos tribunaes, e porque assim se colhe do artigo 2078.º, que manda arrolar quaesquer bens, que estejam na herança, pertencentes a terceiro.

Parece porém mais razoavel, e em harmonia com o artigo 2078.º, o descrever o cabeça de casal no inventario só os bens dividendos, arrolando os outros em separado, porque o arrolamento supprime devidamente a descripção inventariada, obstando a que se distraham bens partiveis, e evita as complicações do inventario.

Porém os bens pertencentes a um dos conjuges, no casamento com separação de bens, pela morte do outro nem arrolados são, porque não pertencem á herança do fallecido, comquanto pertençam ao casal, e a lei só manda arrolar os bens precipuos, que existam na herança, e não os que existam no casal.

Se alguém disputar ao terceiro o direito sobre os bens, como por não ter cumprido as condições com que lhe foram deixados, ou por outro qualquer motivo, o administrador da herança deverá sustar na entrega até que o interessado apresente sentença passada em julgado, que lhe faça bom o seu direito.

Esta sentença pôde ser proferida nos proprios autos de arrolamento, se o juiz se julgar habilitado a decidir a questão pela simples inspecção dos documentos authenticos, juntos a este processo summarissimo.

É frequente a hypothese de haver na herança bens, que devem passar a terceiro, e de se apresentar mais de uma pessoa a disputar o dominio. Se o fallecido possuia um usufructo por testamento, pertencendo a propriedade ao primo mais velho do testador, e á morte do usufructuario existem primas do testador mais velhas do que os primos, pôde levantar-se a duvida se na designação de primos se comprehendem só os varões ou tambem as mulheres. E, como esta, podem apparecer muitas outras duvidas.

**Art. 2079.º** Pelo facto de sonegar bens da herança, o cabeça de casal perderá, em beneficio dos coherdeiros, o direito que possa ter a qualquer parte dos bens sonegados, e, se não for herdeiro, incorrerá na pena de furto.

A generalidade do artigo cortou por uma vez as duvidas que havia pelo antigo direito, se a acção de sonegados era applicavel tambem aos inventarios de maiores, ou só aos de menores.

Pelo direito novo é a acção de sonegados applicavel a toda a especie de inventarios judiciaes.

O codigo não impõe ao cabeça de casal, quando este é coherdeiro, penas criminaes pelo facto da sonegação, contenta-se com a pena civil da privação do quinhão nos bens sonegados; e n'alguns casos nem podia tornar-se effectiva contra o coherdeiro a pena criminal, em vista da disposição do artigo 431.º do codigo penal, que não incrimina as subtrações commettidas por qualquer dos conjuges em prejuizo do outro, ou de cousas pertencentes á successão do conjuge predefunto, enquanto não passarem a poder de terceiro, nem as commettidas pelo descendente em prejuizo do ascendente, ou por este em prejuizo d'aquelle, ou por affirm no mesmo grau.

O supremo tribunal de justiça já decidiu, e, em nosso entender, com justa razão, que o preceito do artigo 431.º do codigo penal é applicavel só ao crime de furto, e não ao de roubo.

Mais rigoroso era o projecto primitivo, que no artigo (2246.º) correspondente, ao artigo 2079.º do código, encostando-se ao principio da ordenação, livro I, titulo LXXXVIII § 9.º, impunha ao cabeça de casal, que *dolosamente* sonegasse bens da herança, a obrigação de repor em dobro, em proveito dos coherdeiros, a parte que poderia pertencer-lhe na cousa sonegada, e, no caso de não ser herdeiro, o pagamento em dobro da cousa sonegada, e a pena de furto.

O artigo dizia assim: «O cabeça de casal, que dolosamente sonegar alguns bens da herança, reporá em dobro, em proveito dos coherdeiros, a parte, que poderia pertencer-lhe n'essa cousa sonegada; e, se o dito cabeça de casal não for herdeiro, incorrerá, alem do pagamento em dobro de toda a cousa sonegada, na pena de furto.

E mais justa a penalidade estabelecida no código, que é applicavel até aos inventarios encerrados antes da sua promulgação, como julgou a relação de Lisboa em accordão de 14 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 13, que diz assim:

Confirmam (a sentença recorrida) por alguns de seus fundamentos, menos na parte em que condemnou o cabeça de casal inventariante, no dobro do valor dos bens sonegados, em observancia da ordenação, livro 1.º, titulo 88.º, § 9.º, pois alterando-a e modificando-a quanto á pena applicavel, o condemnam tão sómente em uma das duas penas estabelecidas no artigo 2079.º do código civil, embora posterior ao encerramento do inventario, porque, em materia penal, tem logar a retroactividade da lei moderna, para beneficiar o réu, não julgado pela vigente ao tempo do facto ou omissão que se lhe imputa.

Tambem a commissão revisora eliminou a palavra *dolosamente*, que vinha no projecto primitivo escusadamente, porque a *sonegação* importa já a idéa de dolo; e em accordão de 8 de novembro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 2, julgou a relação do Porto, que para se impor a pena do artigo ao cabeça do casal, que sonega bens no inventario, é necessario que se prove que da sua parte houve *intenção* de subtrahir os bens ao inventario.

No entretanto o regulamento para a contribuição de registo de 30 de junho de 1870 emprega ainda a expressão *dolosamente*, como se mostra do artigo 103.º, que é redigido assim: «Aquelle que, em prejuizo da fazenda nacional, sonegar dolosamente bens em inventario judicial ou particular, perderá para a mesma fazenda metade da parte que lhe couber nos bens que sonegar, e se n'elles não tiver parte alguma, soffrerá uma multa igual á metade do valor dos bens sonegados, não devendo em ambos os casos exceder esta pena o valor de 100.000 réis, na conformidade do artigo 15.º d'este regulamento».

Julgámos porém que podia dispensar-se ali o emprego da palavra *dolosamente*.

Em vista d'esta disposição regulamentar, ha de levantar-se frequentes vezes questão, a proposito da sonegação de bens, sobre quem ha de receber os valores perdidos em pena pelo sonegante.

Dispõe o código que o cabeça de casal pelo facto de sonegar bens em prejuizo dos coherdeiros perde em beneficio d'estes todo o direito áquelles bens, e dispõe o artigo 105.º do citado regulamento, que o que sonegar bens em prejuizo da fazenda nacional perde para esta ametade da parte que lhe couber nos sonegados.

Supponhamos porém a hypothese (que será a mais frequente) de o cabeça de casal sonegar bens, em que tenha parte, em prejuizo dos coherdeiros, e da fazenda nacional: ha de a fazenda ter parte no quinhão do sonegante, e ir o resto para os coherdeiros, ou ha de per-

tencer a estes todo o quinhão do sonegante, não recebendo a fazenda cousa alguma, senão quando a sonegação for exclusivamente em prejuizo d'ella? Será que n'esta hypothese todo o quinhão do sonegante reverta em beneficio dos coherdeiros nos termos do código, e elle pague alem d'isso para a fazenda, a titulo de multa, ametade do valor dos bens até a quantia de 100.000 réis?

E se o cabeça de casal não for coherdeiro, e sonegar bens em prejuizo dos coherdeiros e da fazenda, ha de ter, não só a pena criminal, que lhe impõe o código, mas tambem a multa que decreta o regulamento?

Se o cabeça de casal é coherdeiro, como são incompatíveis as duas penas, de ir o quinhão d'elle por *inteiro* para os coherdeiros, e por *metade* para a fazenda, porque, cumprida uma pena, deve ficar relevado da outra, parece que: se os coherdeiros primeiro conseguem a condemnação do cabeça de casal na pena de sonegados, levantam todo o quinhão, que a elle tocava, e nada poderá haver a fazenda; e se primeiro a fazenda obteve a condemnação do cabeça do casal, e levanta ametade da quota d'elle, já os coherdeiros não poderão obter senão a outra.

No entretanto pede a justiça que, não podendo pagar-se a fazenda e os coherdeiros do que a cada um pertence, nos termos da legislação fiscal e civil, deverão receber na justa proporção dos seus respectivos direitos, ficando os coherdeiros sempre com o dobro do que ha de caber á fazenda.

Se porém não for coherdeiro o cabeça de casal bem pôde a fazenda requerer a imposição da multa, e os coherdeiros a imposição da pena criminal, porque estas duas penas podem accumular-se sem se poder invocar contra esta doutrina o principio «*non bis in idem*».

Na palavra «*herdeiro*» empregada n'este artigo comprehende-se o conjugue meeiro? Decidimo-nos pela affirmativa em harmonia com o que já dissemos no exame do artigo 1662.º Pois ha de o conjugue meeiro ter parte nos bens sonegados, pelo facto de ser meeiro, e não ficar sujeito á pena de furto, suppondo-se revogada a disposição do n.º 1.º do artigo 431.º do código penal?

Parecem-nos repugnantes aos principios geraes de direito as conclusões affirmativas sobre esta materia. Cremos por isso que o código na designação vaga e generica da palavra «*herdeiro*» comprehende sempre o conjugue meeiro.

No entretanto o illustrado juiz de direito de Villa Nova de Foscão em sentença de 9 de julho de 1868, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 26, julgou que o conjugue não era competente para intentar a acção de sonegados, porque não era herdeiro, mas meeiro no casal commum.

Mal se comprehende como o código estabelece a pena de furto para o caso de sonegação, sem distincção entre moveis e immoveis; e da acta da sessão da commissão revisora de 8 de abril de 1865 consta que o sr. Branco declarou que só votava pela applicação da pena de furto, quando a sonegação fosse de *immoveis*, devendo haver lapso necessariamente na redacção da acta, porque o verosimil é que este distincto juriconsulto declarasse que só votava pela applicação da pena de furto, quando a sonegação fosse de *moveis*.

Não tem logar a disposição do artigo se o cabeça de casal deixa de descrever os bens no inventario, por entender que elles devem passar precipuos, e serem por isso apenas arrolados, porque n'este caso não houve dolo, vista a persuasão em que estava o inventariante de que não havia obrigação de os descrever.

Se porém o cabeça de casal for intimado para inventariar os bens partiveis, e para arrolar os que reputar precipuos, e elle os não descrever, nem no inventario, nem no arrolamento, fica sujeito á pena de sonegados, se posteriormente se verificar que com dolo deixou de fazer a descripção.

Em accordão de 13 de maio de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 26, julgou a relação do Porto que a simples falta de descripção de bens, isto é, que a negação de mais bens a descrever pelo cabeça de casal não legitima o sequestro, porque este meio odioso e violento não pôde ter lugar, senão nos casos da ordenação, livro IV, titulo xcvi § 12.º e artigo 2086.º do código, isto é, quando o cabeça de casal demora dolosamente o inventario, e que o facto de sonegar bens importa a perda do cabeça de casal, em beneficio dos interessados, do direito que possa ter a qualquer parte dos bens sonegados, e que além d'isso auctorisa as competentes acções de sonegados.

Em accordão de 1 de agosto de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, negando revista, segundo se declara a pag. 13 da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, que não é inepto, na acção de sonegação de um prazo, o libello em que não se articulou a natureza especial do aforamento, porque, presumindo-se sempre hereditaria e perpetua a emphyteuse, não pôde resultar nullidade de uma omissão assim supprida, e que esta doutrina é applicavel ás acções propostas depois da promulgação do código civil.

Em accordão de 29 de junho de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 38, julgou a relação do Porto, que a pena de sonegados carece de ser decretada em acção competente, porque n'ella se não incorre *ipso jure*.

**Art. 2080.º** O cabeça de casal, que dolosamente descrever creditos, direitos ou encargos que se fundem em titulos simulados, falsos ou falsificados, será obrigado a reparar o prejuizo causado, e, além disso, punido com as penas de furto ou de falsificação, conforme as circumstancias.

**Art. 2081.º** O cabeça de casal que dolosamente occultar titulos necessarios para o conhecimento da natureza ou dos encargos de bens partiveis, será responsavel pelos prejuizos que d'essa omissão resultarem.

O código não inculpa o facto de se occultarem os titulos necessarios para o conhecimento da natureza ou dos encargos dos bens partiveis, e apenas responsabilisa n'este caso o cabeça de casal por perdas e danos. Porém o facto *positivo* de descrever direitos ou encargos fundados em titulos simulados ou falsos é crime de falsificação ou de furto conforme as circumstancias.

Tão criminoso é o que fabrica documentos falsos, como o que faz uso d'elles, código penal, artigo 222.º

Mas o *dolo* ou a intenção criminosa é condição indispensavel para se verificar a responsabilidade civil ou criminal a que se referem os dois artigos.

Estes dois artigos não vinham no projecto primitivo, foram introduzidos pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão.

**Art. 2082.º** O cabeça de casal continuará na administração da herança que tiver, até se ultimarem as partilhas, excepto

no que tocar aos bens não partiveis, que houverem de passar precipuamente a outros herdeiros ou successores.

(Vid. nota ao artigo 1122.º)

**Art. 2083.º** O cabeça de casal exercerá todos os direitos conservatorios, e promoverá a cobrança e arrecadação das dividas activas, quando essa cobrança e arrecadação possam perigar na demora.

§ unico. Se, para a arrecadação das dividas, de que se trata n'este artigo, o cabeça de casal propozer alguma acção ou promover alguma execução, qualquer dos coherdeiros poderá intervir no processo.

**Art. 2084.º** Os credores da herança poderão igualmente usar, contra o cabeça de casal, dos meios conservatorios; mas não poderão demandá-lo nas questões do dominio ou por dividas da herança, sem citação de todos os coherdeiros.

**Art. 2085.º** O cabeça de casal, como administrador da herança, receberá todos os fructos e rendimentos dos bens, cuja posse tiver, e satisfará os encargos ordinarios, com obrigação de dar contas, se o usufructo dos ditos bens lhe não pertencer; mas não poderá alhear bens alguns da herança, excepto os fructos e outros objectos que não podêrem ser conservados sem perigo de se deteriorarem.

**Art. 2086.º** O cabeça de casal tem direito de ser inteirado das despezas que fizer á sua custa por conta da herança, e d'ellas poderá exigir juros, mas não será obrigado a pagá-los das sommas que receber por conta da herança, senão desde que se achar em mora.

(Vid. notas aos artigos 59.º e 1908.º) O cabeça de casal é competente para todos os actos de administração dos bens hereditarios, e portanto para despedir os *arrendatarios* dos predios da herança, ainda que estes sejam coherdeiros, se possuirem a titulo de arrendamento.

Se porém os coherdeiros possuirem os predios sem ser a titulo de arrendamento, isto é, sem ser em nome de outrem, não podem ser despedidos pelo cabeça de casal, porque com relação a esses bens são elles cabeça de casal também segundo a expressa disposição do artigo 2070.º

Ao cabeça de casal pertence igualmente a administração e a arrecadação de todos os rendimentos da herança inventariada. Não podem os coherdeiros requerer que os rendimentos entrem em deposito, porque seria privá-lo de um direito, que lhe confere expressamente o artigo 2085.º, como julgou a relação do Porto em accordão de 13 de dezembro de 1870, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 6. Mas se o cabeça de casal proceder mal na administração da herança pôde ser removido a requerimento dos interessados.

Já se discutiu em juizo, se os fóros vencidos durante a administração da herança inventariada eram encargos ordinarios da mesma herança, para cuja satisfação fosse competentemente demandado só o

cabeça de casal, nos termos do artigo 2085.º, ou se eram dívida da herança, para pagar a qual não podesse ser demandado o cabeça de casal só por si, sem a citação dos outros interessados em conformidade do artigo 2084.º

A relação de Lisboa porém em accordão de 18 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 222, por tres votos contra dois, com rasão decidiu que os fôros vencidos depois da abertura da successão são encargos ordinarios da herança, que devem ser satisfeitos por quem administra os bens, regulando-se a sua competencia e legitimidade para ser demandado pela disposição do artigo 2085.º e não pela do artigo 2084.º

Em accordão de 13 de outubro de 1871, publicado na mesma folha juridica, n.º 188, julgou a relação do Porto que o cabeça de casal era competente para ser demandado por um credito hypothecario devido pela herança, visto que era elle o verdadeiro possuidor dos bens na sua qualidade de cabeça de casal.

Esta jurisprudencia parece-nos pouco segura. É certo que o cabeça de casal é possuidor da herança, mas a sua posse habilita-o unicamente para demandar e ser demandado pelos meios conservatorios. Desde que o processo executivo hypothecario é intentado contra o possuidor do predio, artigo 892.º do codigo, e 209.º do regulamento de 28 de abril de 1870, é certo que todos os coherdeiros são possuidores *pro indiviso* de todo o casal até á conclusão da partilha, artigos 483.º, 2011.º e 2158.º, e assim parece que poderão deduzir embargos de terceiro, se não forem citados para a execução hypothecaria.

Entre a administração do tutor e a do cabeça de casal ha differenças importantes. O tutor não pôde vender fructos nem cereaes, sem auctorisação do conselho de familia, artigo 224.º n.º 8.º e 13.º; e o cabeça de casal não precisa de auctorisação algum para praticar estes actos, como bem se mostra do disposto no artigo 2085.º

Se o cabeça de casal prestar no inventario contas dos fructos e rendimentos recebidos, e essas contas tiverem sido julgadas por sentença, pôde o coherdeiro usar do procedimento executivo para haver a parte dos fructos que lhe pertence.

Se porém não deu contas dos rendimentos no inventario, a acção competente para as exigir é a summaria e de contas, em conformidade do artigo 291.º da novissima reforma judicial.

Para conhecer d'esta acção porém não é competente o juizo do inventario, se ahi não é o domicilio do cabeça de casal, porque nos termos do artigo 183.º da novissima reforma judicial, pelo qual deve entender-se o artigo 2009.º do codigo, o juizo do domicilio do defuncto só é competente para o inventario, e para conhecer das causas dos coherdeiros relativas á herança e das intentadas contra ella pelos crédores, *enquanto se conservar indivisa*.

Ora a acção de contas n'este caso não é incidente do inventario, nem execução de titulo, que segundo a lei tenha força de execução apparelhada, mas sim uma acção independente, embora para ella ministre elementos importantes o processo de inventario.

Em accordão de 5 de março de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 3.º anno, n.º 25, julgou a relação de Lisboa, que o cabeça de casal era competente para oppor embargos de terceiro á penhora em bens da herança, mostrando-se que estava na posse effectiva d'esses bens, como representante do casal.

Art. 2087.º As questões que se suscitarem sobre a habilitação dos herdeiros indicados pelo cabeça de casal, ou dos

que concorrerem ao inventario, ou ácerca da propriedade dos bens hereditarios, ou da sua qualidade de não partiveis, que não possam ser resolvidas por simples inspecção de documentos authenticos, serão resolvidas pelas vias ordinarias sem prejuizo da continuação do inventario e partilha.

(Vid. artigo 2112.º) O artigo estabelece uma disposição mais positiva, clara e racional do que a reforma judicial nos artigos 421.º e 299.º § 3.º, que remetia para as vias ordinarias todas as questões de successão e de alta indagação, ainda que podessem ser resolvidas em face dos documentos juntos ao processo do inventario, e que deixava assim aos tribunaes o arbitrio de determinarem nas differentes hypotheses se a questão suscitada no inventario era ou não de alta indagação.

E a tendencia dos nossos tribunaes era para remetter para as vias ordinarias a solução das difficuldades que se levantavam no decurso do inventario.

A jurisprudencia consignada no codigo é muito mais rasoavel porque as questões, que dependem simplesmente da inspecção de documentos authenticos, e que não requerem prova testemunhal, victorias, ou outros meios de prova incompativeis com o processo de inventario, podem ser tão convenientemente resolvidas n'este processo summarissimo, como no ordinario, alem da economia de tempo e de despesas, que se aproveita, effectuando-se o julgamento no inventario.

E os tribunaes vão adoptando esta jurisprudencia. Em accordãos de 19 e de 22 de outubro de 1872, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 287, reconheceu a relação do Porto que, sempre que as questões poderem ser resolvidas pela simples inspecção de documentos authenticos, por mais difficil que seja a sua resolução, devem ser decididas no processo de inventario, devendo reputar-se questões de alta indagação unicamente as que dependem de provas e ultteriores indagações de facto.

Em accordão de 30 de outubro de 1873, proferido no processo de revista n.º 14.843, julgou o mesmo tribunal que hoje, em vista do artigo 2087.º do codigo, não é licito proceder a victoria no juizo do inventario para averiguar e verificar a identidade dos bens quando esta for questionada.

Por isso nem se comprehende a excepção, a esta regra geral, estabelecida no artigo 2112.º E certo que a obrigação de conferir, ou a identidade dos objectos da collação raras vezes poderá ser averiguada pela simples inspecção de documentos authenticos, sem dependencia de outros meios de prova.

No entretanto, sempre que as questões, a que se refere aquelle artigo, podessem ser decididas unicamente á vista de prova documental, não havia rasão para não lhe ser applicada a jurisprudencia reconhecida no artigo 2087.º

As *dívidas* tambem não é applicavel o preceito contido no artigo 2087.º Desde que os herdeiros as negam, ou recusam o pagamento, ainda que estejam comprovadas por documento authenticico, não podem ser exigidos senão pelos meios ordinarios, reconhecidos em direito.

Em conformidade do artigo 2112.º julgou a relação do Porto, em accordão de 22 de outubro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 43, que por se mover disputa sobre a obrigação de conferir, não podia similhante questão ser decidida no processo de inventario, devendo se-lo em acção ordinaria, e ficando para isso di-

reito salvo ás partes sem prejuizo da partilha, prestando o conferente caução.

Effectivamente desde que o coherdeiro conferente não podia ser obrigado a fazer a collação requerida no processo de inventario, era razoavel obriga-lo a caucionar os valores, que elle se recusou a conferir, para evitar que os extraviasse, e que os trabalhos da acção ordinaria ficassem assim completamente inutilizados.

Porém a questão sobre a partilha d'estes valores não demora a divi-ção dos outros bens partiveis, que se faz no inventario, emendando-se a partilha, ou antes fazendo-se partilha adicional dos bens a conferir, se na acção ordinaria se verificar que elles devem ser conferidos.

Se se levantam questões sobre a habilitação dos herdeiros, indicados pelo cabeça de casal, ou dos que concorrerem ao inventario em virtude da citação ordenada no artigo 2048.º, ou independentemente de citação, e o juiz pelos documentos juntos, sem necessidade de prova testemunhal, poder resolver a questão, não pôde remetter as partes para os meios ordinarios.

Em accordão de 16 de julho de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 86, julgou a relação do Porto, que se o interessado na herança ajuntar os documentos comprobativos do seu interesse na successão, ainda depois do despacho de deliberação da partilha, e da sentença que a julgou, deve reconhecer-se-lhe essa qualidade, mesmo no juizo do inventario, e proceder-se a nova partilha.

O mesmo é se se questiona, se certos bens pertencem ou não á successão, ou se são bens communs, ou se devem passar precipuos a algum coherdeiro.

No supracitado accordão da relação do Porto de 23 de outubro de 1872, julgou tambem este tribunal, que as duvidas levantadas sobre a natureza emphyteutica dos predios descriptos, que não podessem ser devidamente esclarecidas pelos documentos authenticos juntos ao inventario, deviam ser resolvidas pelos meios ordinarios.

Porém as questões sobre pontos de direito hão de ser decididas sempre nos autos de inventario. Por isso não é preciso recorrer ao juizo contencioso para resolver se o consorte tem meação nos bens desvinculados descriptos no inventario que pertenceram ao outro conjugue. N'este sentido julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 12 de dezembro de 1874, publicado no *Diario do governo* n.º 24 do anno de 1872, que n'um considerando diz assim: «Attendendo outro-sim 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 contencioso, por isso que as partes se acham de accordo sobre a materia do facto, a que erradamente se refere o artigo 299.º § 3.º da reforma judicial, bem como o artigo 2087.º, etc.

Por isso julgou contra as disposições legais a relação do Porto em accordão de 9 de julho de 1869, publicado no tom. 1.º a pag. 55 do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, emquanto remetteu para os meios ordinarios a decisão sobre a natureza de uma doação, que se questionava n'um inventario, se era *inter vivos*, ou *mortis causa*.

A disposição do artigo 2087.º é muito razoavel, porque a apreciação de documentos authenticos pôde fazer-se tão bem no processo summario de inventario, como em processo ordinario.

No inventario difficilmente poderá suscitar-se questão, que não prenda directa ou indirectamente com algum dos quatro assumptos, especificados no artigo.

Em accordão de 18 de novembro de 1873, julgou o supremo tribunal de justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 143, que em vista do artigo 2087.º do codigo devem ser decididas no inventario todas as questões que poderem ser resolvidas pela simples inspecção do testamento.

Depois de decididas estas questões no processo summario do inventario poderá sobre ellas mover-se de novo pleito pela acção ordinaria? Não. Os interessados podem recorrer da decisão judicial nos termos do artigo 29.º da lei de 16 de junho de 1855 e mais legislação em vigor, não só com o fundamento de que o juiz julgou contra as provas dos autos, mas tambem de que a questão não podia ser decidida simplesmente pelos documentos juntos, e de que só podia ser julgada com inteiro conhecimento de causa em processo ordinario.

Não podem porém renovar em acção ordinaria, quando não se lhes deixou direito salvo para isso, os pleitos sobre pontos de direito, ou comprovados com documentos authenticos, decididos expressamente no inventario, que seria isso pedir sentença contra sentença.

As acções ordinarias não suspendem o curso do inventario; mas o juiz em caso de duvida sobre a habilitação dos herdeiros indicados pelo cabeça de casal, ou dos que concorrem á successão, e sobre a propriedade, e qualidade dos bens, não deverá ordenar a partilha por todos esses herdeiros, e de todos esses bens; mas reservar a solução d'essas duvidas para as vias ordinarias. O juiz não deve ordenar a partilha pelos herdeiros indicados pelo cabeça de casal unicamente pela indicação d'este, se os autos mostram que não são esses os verdadeiros herdeiros.

Em vista da disposição do artigo 2087.º é inadmissivel a doutrina que ainda hoje alguns sustentam, de que no caso de se contestar em inventario a qualidade de herdeiro, deve a questão ser resolvida em acção ordinaria, e de que negando-se a qualidade de herdeiro áquelle por causa de quem se procede a inventario, o meio competente para esta negação é o de embargos á feitura do inventario.

Ao juiz pôde requerer-se em qualquer d'estes casos por uma simples petição, e elle deve decidir definitivamente o ponto questionado, ou deixa-lo para a acção ordinaria, segundo a pretensão estiver ou não devidamente instruida com documentos authenticos.

Se porventura se duvida da identidade da pessoa, que pretende ter parte na herança, e a duvida se não esclarece convenientemente só com o auxilio da prova documental, deve ser resolvido o pleito em acção ordinaria, como com razão decidiu a relação do Porto em accordão de 30 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 242.

Do mesmo modo se se apresenta como herdeiro no inventario um filho illegitimo do auctor da herança, sem estar perfilhado nem reconhecido, deve ser remetida para a acção ordinaria a decisão da questão de paternidade e de filiação, como com razão julgou o supracitado tribunal em accordão de 24 de março de 1871, publicado na referido jornal a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 154.

Contestando-se em inventario judicial a qualidade de filho do inventariado com o fundamento de haver nascido antes de 180 dias depois da celebração do matrimonio, de o asserto pae haver negado em testamento aquella filiação, e de a propria mãe ter declarado em auto judicial que o filho era de outro individuo, o juiz de primeira instan-

cia decidiu que a questão não podia ser tratada senão em acção ordinaria, e não no processo de inventario.

Os fundamentos da decisão, que vem exarados na sentença, publicada no jornal *O Direito*, n.º 43, 2.º anno, são os seguintes:

«Atendendo a que o cabeça de casal *suscitou* logo no auto de julgamento, e portanto, *antes de começado o inventario*, a questão prejudicial da illegitimidade da filiação paterna da requerente, a quem negou a qualidade de filha e herdeira;

«Atendendo a que, conseguintemente, não é applicavel o artigo 2087.º do codigo civil, que permite que se decidam no juizo e *processo do inventario* as questões, que se suscitarem sobre a habilitação dos herdeiros indicados pelo cabeça de casal, ou dos que *concorrerem ao inventario*, quando *poderem ser resolvidas pela simples inspecção de documentos authenticos*; porque esta disposição legal, como a dos artigos 299.º § 3.º e 421.º da nova reforma, se refere evidentemente á hypothese de ter começado o inventario, e de se não haver, prejudicialmente, negado ao requerente d'elle a qualidade de herdeiro, como mostram as palavras «*se occorrem...*» empregadas no § 3.º do citado artigo 299.º na nova reforma judicial, depois de se ter dito no § 2.º—se houver só contestação entre os interessados sobre fórma da partilha—, como se vê da letra do artigo 421.º da nova reforma judicial, «*nos inventarios não serão admittidos*», e das palavras do artigo 2087.º do codigo civil «*sem prejuizo da continuação do inventario e partilha*».

Na mesma sentença declara tambem o illustrado juiz, fundando-se no accordo do supremo tribunal de justiça de 3 de fevereiro de 1869, publicado no *Diario do governo* n.º 57 do mesmo anno, que a questão da nullidade ou da validade do testamento não pôde deixar de ser considerada de alta indagação, aindaque se restrinja meramente ao ponto de direito, sendo a materia opinativa, e não havendo fundamento legal expresso.

E a relação do Porto em accordo de 25 de abril de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 172, confirmou a sentença, declarando que só no juizo plenário *se podia e devia tratar esta questão de habilitação*.

Na especie dos autos poderiam ser justas estas decisões; mas a jurisprudencia consignada nos considerandos da sentença é inaceitavel, aindaque em parte sustentada pelo supremo tribunal de justiça. Sem offensa do artigo 2087.º que manda decidir no inventario as questões sobre a habilitação dos herdeiros, que podem ser resolvidas pela simples inspecção de documentos authenticos, não pôde dizer-se que a questão da illegitimidade dos herdeiros é questão previa, que não pôde decidir-se senão em acção ordinaria, e que lhe não é applicavel o artigo 2087.º, assim como não pôde sustentar-se que o juizo orphanologico não tem competencia para decidir as duvidas de direito, que um testamento suscita, quando elle pode resolver sem restrições as questões sobre a habilitação dos herdeiros.

Art. 2088.º O cabeça de casal, que dolosamente demorar a prosecução do inventario, poderá ser removido a requerimento dos interessados, entregando-se a outrem a administração provisoria da herança, para o que será preferido o coherdeiro mais idoneo.

(Vide nota ao artigo 158.º) Apesar de o artigo 2088.º empregar linguagem diferente da usada nos artigos 2010.º e 2065.º, não é pre-

ciso que *todos* ou a *maioria* dos interessados requeiram a remoção do cabeça do casal: basta que qualquer d'elles a requeira.

Seria absurdo que um dos interessados não podesse requerer a remoção do cabeça de casal, que estava prejudicando a successão, só porque os outros interessados se não importavam com o prejuizo dos seus direitos.

Deve ser removido o cabeça de casal não só quando dolosamente a prosecução do inventario, mas por maioria de razão quando dissipa os bens da herança *pro indiviso*, que vende bens mobiliarios e mette em si o producto, que celebra contratos aleatorios ou simulados, que engana o juiz, que accusa de pagas dividas passivas que não existem, e que se apresenta no estado de insolvencia, etc., como já acima dissemos em a nota ao artigo 2083.º

Na substituição do cabeça de casal por via de remoção não tem o juiz inteiro arbitrio, porque ha de fazer a escolha entre os coherdeiros, preferindo em todo o caso o mais idoneo.

Na nomeação do cabeça de casal tambem o juiz é obrigado a preferir os coherdeiros, artigos 2068.º a 2071.º

## SUB-SECÇÃO II

### DAS AVALIAÇÕES

Art. 2089.º Os bens do inventario entre maiores serão avaliados por louvados nomeados por accordo entre elles.

§ unico. Não se accordando os herdeiros na escolha dos louvados ou de parte d'elles, serão todos os que faltarem escolhidos pelo juiz, mas não de entre os propostos pelos herdeiros.

Art. 2090.º Se o inventario for só de bens de menores, serão os louvados nomeados pelo conselho de familia.

Art. 2091.º Se o inventario for entre maiores e menores, será nomeado um louvado pelo conselho de familia, outro por parte dos maiores, e o terceiro pelo juiz, para o caso de empate.

§ unico. O louvado, que for chamado para o desempate, será obrigado a conformar-se com um dos outros louvados.

Em seguida á descripção dos bens segue-se, tambem como preparatorio da partilha, a avaliação, para a qual são escolhidos louvados, nos termos do codigo.

No inventario simplesmente de maiores podem os interessados escolher um só louvado, ou mais de tres, porque o artigo 2089.º não lhes restringe o arbitrio. Mas no inventario, em que com elles concorram menores, o numero dos louvados ha de ser o determinado no artigo 2091.º

Aindaque sejam os mesmos os interesses dos maiores e dos menores, não pôde escolher-se um louvado só para representar as duas classes de herdeiros.

Se o inventario é de maiores, sobre os quaes o juizo orphanologico não tem que exercer especie alguma de tutela, são os louvados escolhidos, não pelos *interessados* todos, mas só pelos herdeiros. No caso de desacordo serão todos, ou só aquelles em que os herdeiros se não



accordarem, nomeados pelo juiz, mas não d'entre os propostos pelos herdeiros, acerca dos quaes já os interessados mostraram que se não accordavam; e os louvados devem ser escolhidos, quanto possível, a aprazimento das partes.

Em accordão de 19 de dezembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 9, julgou a relação do Porto nulla uma louvação em inventario, por ter sido feita com infracção do § unico do artigo 2089.º, visto que o juiz tinha accedido os louvados de uma das partes, e nomeado os que faltavam.

No projecto primitivo o artigo 2254.º, correspondente ao artigo 2089.º, não continha o § unico, que hoje se lê n'este, e o artigo 2256.º, correspondente ao artigo 2091.º do codigo, determinava que no inventario entre maiores e menores seriam nomeados dois louvados pelo conselho de familia, e dois por parte dos maiores, com declaração de qual dos dois devia servir em caso de empate, e de que, entre os dois nomeados para o caso de empate, se tiraria á sorte o que devesse servir.

A comissão revisora porém, segundo se lê em a nota ao artigo 2139.º do projecto de 1863.º, correspondente ao artigo 2089.º do codigo, resolveu que se adicionasse a este artigo — que no caso de haver discordancia fosse a escolha dos louvados feita livremente pelo juiz, ou d'entre os propostos pelos herdeiros, ou de quem elle quizesse, e que o mesmo se observasse no caso de empate, em que o outro artigo mandava tirar á sorte —.

No entretanto este pensamento nunca chegou a ser formulado, porque no projecto de 1864 já se estabelece, como no codigo, o preceito positivo e expresso de que, não se accordando os herdeiros sobre a escolha dos louvados, hão de ser todos escolhidos pelo juiz, com a unica restricção de que essa escolha não recada sobre os propostos pelos herdeiros.

No inventario de menores não pôde dar-se este desacordo, porque são nomeados os louvados pela mesma entidade — o conselho de familia, artigos 2090.º e 2091.º

Não preveniu porém o codigo a hypothese de desacordo entre os interessados maiores no inventario *entre maiores e menores*, regulado no artigo 2091.º; e o desacordo entre maiores é igualmente facil, ou concorram sós, ou com menores ao mesmo tempo. É mesmo frequente a dissidencia entre o coherdeiro inventariante e os outros coherdeiros. Neste caso de desacordo deve o juiz nomear o louvado por analogia do disposto no § unico do artigo 2089.º

Se o juiz proceder de outro modo podem os interessados agravar no auto do processo, em conformidade do artigo 390.º da novissima reforma judicial, e lei de 11 de julho de 1849, porque o damnus, ainda que o haja, pôde ser emendado pela sentença definitiva, nos termos do artigo 681.º da mesma reforma.

O louvado do desempate, ou o inventario seja de maiores, ou de menores, ou de maiores e de menores ao mesmo tempo, não pôde proferir terceiro laudo: ha de sempre conformar-se com o voto de um dos outros dois, aliás haveria o perigo de não se chegar a uma avaliação definitiva, qualquer que fosse o numero dos louvados que successivamente se fossem nomeando para o desempate.

O codigo determina esta providencia só para os inventarios em que concorram herdeiros maiores e menores ao mesmo tempo, mas deve applicar-se por analogia aos inventarios só de maiores e só de menores.

Se os menores forem sujeitos ao patrio poder, a nomeação de louvados, longe de ser feita pelo conselho de familia, que o não ha n'este

caso, como dissemos em a nota ao artigo 100.º, é determinada pelo juiz, que faz as vezes do conselho de familia.

Ainda que o inventario seja de maiores e de menores, em que pertence ao juiz a escolha do louvado de desempate, deverá ser nomeado por elle o louvado por parte dos menores, o que deduzimos de varias disposições legais e da jurisprudencia dos tribunaes.

O artigo 274.º manda que no caso de venda dos bens dos menores, que se acham debaixo do patrio poder, o juiz exerça, com assistencia do curador dos orphãos, as attribuições do conselho de familia.

O artigo 919.º § unico preceitua que os actos de determinação do valor da hypotheca, constituída pelo tutor em garantia dos bens dos seus tutelados, e da designação dos bens que constituem a dita hypotheca, devem ser exercidos pelo juiz de direito, ouvido o curador geral, quando na conformidade da lei não houver nomeação do conselho de familia. E os dois accordãos da relação do Porto, proferidos um em 6 de novembro de 1868, e outro em 27 de abril de 1869, e publicados ambos na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 29 e 54, estabelecem a jurisprudencia de que ao lado do patrio poder não ha conselho de familia, e de que n'este caso tem de ser exercidas pelo juiz, e pelo curador geral, as attribuições que competiam ao conselho.

Ainda em accordão de 13 de janeiro de 1874, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 13, julgou o mesmo tribunal que nos inventarios de menores, em que é cabeça de casal o conjuge sobrevivivo, não tem logar a intervenção do conselho de familia, e mandou repor os emolumentos e salarios recebidos por effeito d'estas reunioes, declarando o douto relator d'este accordão que aquella doutrina estava sancionada por diversos accordãos do supremo tribunal de justiça, e ainda modernamente pelos de 8 e de 18 de outubro de 1873.

Até o artigo 207.º, mandando compor o conselho de familia dos parentes da linha paterna e materna, presume que os menores estão privados de pae e de mãe quando se lhes nomeia o conselho, visto que na designação do conselho de familia deve attender-se unicamente aos interesses dos menores, e não aos interesses do pae sobrevivivo.

Assim é o juiz quem exerce as attribuições do conselho de familia na falta d'este, e por isso é elle quem nomeia todos os louvados nos inventarios só de menores, e quem nomeia um, alem do desempate, sendo o inventario de maiores e de menores.

Se o juiz nomeia todos os louvados no inventario de menores, é porque essa é uma das attribuições do conselho de familia que elle substitue.

Se nomeia dois louvados nos inventarios entre maiores e menores, um em desempenho das attribuições do conselho de familia, que elle substitue, e o terceiro para o caso de empate na qualidade de juiz, tambem ha hypotheses no processo commum em que elle nomeia dois louvados, como quando nomeia á revelia de alguma das partes, e para o caso de empate, novissima reforma judicial, artigo 597.º § unico. N'uma palavra, como o juiz substitue o conselho de familia, exerce por força da lei todas as attribuições que a este pertencem.

Por deferir juramento aos vogaes do conselho de familia não pertence ao juiz emolumento algum, visto o artigo 23.º n.º 2.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, que menciona emolumentos por o juiz deferir juramento ao cabeça de casal, ao tutor, ao substitutor e aos avaliadores ou outros quaesquer interessados, e não falla de emolumentos por elle deferir juramento aos vogaes do conselho de familia.

Para intimar os louvados a fim de prestarem juramento e fazerem louvações são competentes os officiaes de diligencias, visto o artigo 48.º n.º 1.º da referida tabella.

As avaliações não de ser feitas por louvados residentes na comarca ou no julgado da situação dos bens. Não pôde o juiz ordenar que os louvados vão fazer avaliações em territorio estranho á sua jurisdicção; e nem elles poderiam satisfazer facilmente ao que dispõe o artigo 2094.º, porque não são vizinhos d'aquelles bens, e ignoram a sua produção: e já pela jurisprudencia e pratica antiga os louvados nos inventarios deviam ser vizinhos dos predios que tinham de avaliar, regimento de 10 de novembro de 1754 e decreto de 15 de julho de 1802.

Por isso julgou a relação do Porto em accordão de 16 de maio de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 33, 3.º anno que são nullas as avaliações feitas por louvados estranhos á situação dos bens, e ali mandados por despacho do juiz, que não era o da comarca da situação dos bens.

Convem igualmente notar que, depois da publicação do codigo civil, não são admissiveis em regra as segundas avaliações nos inventarios.

Anteriormente eram admittidas as segundas avaliações nos inventarios, por força do disposto no § 4.º do artigo 27.º da lei de 16 de junho de 1855. Hoje não podem ter lugar, porque as providencias estabelecidas pelo codigo sobre licitações e sobre avaliações exorbitantes tornam desnecessaria a segunda avaliação.

Se algum interessado julga que os bens do casal estão avaliados por preço baixo, tem o remedio de os licitar, que o codigo amplamente lhe concede no artigo 2126.º, podendo assim elevar os preços das avaliações até ás quantias que lhe parecerem justas.

Pelo contrario, se reputa exorbitante a avaliação de algum objecto, lança mão do meio que lhe faculta o artigo 2132.º e seguintes, de fórma que aquelle objecto não pôde ser-lhe adjudicado por preço excedente aquelle em que o reputa.

Esta regra tem excepções, que mais a confirmam, como na especie do artigo 2128.º, que, admittindo a rectificação da avaliação, implicitamente admite o meio geralmente usado para essa rectificação, que é a segunda avaliação, intervindo novos louvados, como se deduz do artigo 599.º da novissima reforma judicial.

Para corrigir os defeitos da avaliação n'estes bens não podia recorrer-se á licitação, que não podia racionalmente ter lugar, por terem de pertencer a certo e determinado herdeiro.

A regra de que não são admissiveis segundas avaliações é applicavel só aos bens hereditarios que têm de ser partilhados, e não aos bens doados, que os coherdeiros conferem, e que estão sujeitos a segunda avaliação nos termos do artigo 2107.º

A licitação sobre estes bens não podia ser admittida sem se invalidarem as doações feitas aos coherdeiros donatarios, que são irrevogaveis depois da acceitação, salvos os casos declarados na lei, artigos 1456.º e 1482.º

Se os donatarios se queixarem de avaliações exorbitantes, ou os outros coherdeiros entenderem que ellas estavam baixas, pôde applicar-se á sua rectificação o preceito estabelecido no artigo 2128.º

O que fica dito procede na hypothese sómente de ter sido feita a primeira avaliação com todas as formalidades legaes emquanto aos avaliadores, e emquanto ao modo d'ella, e de se allegar apenas excesso ou diminuição do verdadeiro valor dos objectos avaliados; pois se a primeira avaliação tiver sido nulla por não se terem observado as formalidades legaes emquanto aos avaliadores, ou emquanto ao

modo d'ella, poderá então ter sempre lugar nova avaliação, annullada a primeira, nos termos do artigo 599.º da novissima reforma judicial.

Art. 2092.º As joias e os objectos de oiro e prata serão avaliados pelos contrastes e ensaiadores, no seu valor intrinseco, acrescendo metade do fectio, se merecerem ser conservados.

Art. 2093.º Os objectos especiaes, que os louvados não souberem avaliar, serão estimados por peritos, ou pessoas competentes, nomeados pelo juiz, salva qualquer legitima opposição dos interessados, ou dos seus representantes.

Os louvados devem conhecer bem os objectos, cuja avaliação lhes está commettida, para fixarem o preço. Por isso as joias, brilhantes, diamantes, e objectos de oiro e prata não podem ser avaliados pelos louvados escolhidos para a avaliação dos predios rusticos e urbanos, e dos moveis em geral. Aquelles objectos não ser avaliados pelos ensaiadores e contrastes. Do mesmo modo os objectos de bellas artes, como quadros, etc., devem ser avaliados por peritos na especialidade. Os ensaiadores e contrastes serão nomeados pelo juiz, pela mesma razão por que é elle quem nomeia os louvados para *objectos especiaes*. Mas deve procurar ir de accordo n'estas nomeações com os interessados, para evitar a opposição que a lei geral lhes permite fazer a essas nomeações.

Ha pouca logica na redacção d'estes dois artigos. Ao passo que o artigo 2093.º providencia sobre a fórma da nomeação de louvados para *objectos especiaes*, não consigna uma palavra sobre a fórma da nomeação dos louvados para avaliação de joias e de objectos de oiro e prata. Tambem n'este artigo permite o codigo aos interessados oppor-se á *estimação* feita pelos peritos, ou talvez á *nomeação* d'estes pelo juiz (porque a redacção não é sufficientemente clara); e para a especie do artigo 2092.º não estabelece igual disposição.

Entendemos porém, sem embargo das omissões dos artigos, que em vista dos principios geraes de direito, tanto n'um como n'outro caso são nomeados os louvados pelo juiz, e que os interessados podem reclamar, tanto contra a nomeação d'elles, como contra a estimação por elles feita.

Art. 2094.º Os predios rusticos e urbanos serão estimados pelos louvados, com attenção ao seu rendimento ou producto medio, ao tempo por que podem continuar a dar o mesmo producto ou renda, ás circumstancias da localidade onde são situados, aos seus encargos, e ás despezas de amanho e de conservação, declarando-se, em todo o caso, as bases que se tomaram para a avaliação.

Art. 2095.º O valor do dominio util dos prazos será calculado conforme as regras estabelecidas no artigo precedente, abatida a importancia do dominio directo.

Art. 2096.º O valor do dominio directo será reputado igual a vinte pensões annuaes, e se, alem das pensões annuaes,

abranger alguma prestação eventual, acrescerá a importância de uma d'essas prestações.

§ unico. Se o valor da prestação nem for conhecido nem estiver declarado na lei, será arbitrado conforme o costume da terra.

A comissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão eliminou os artigos 2259.º a 2261.º do projecto primitivo, que se achavam collocados entre os artigos correspondentes aos artigos 2093.º e 2094.º do código. N'esses preceitos estabelecia-se que os louvados dariam os seus laudos debaixo de juramento, e que, sendo convencidos de dolo ou má fé, poderiam ser condemnados a pagar o duplo do excesso ou diminuição em proveito dos lesados; que todos os objectos deveriam ser estimados segundo o seu estado e valor actual, guardando-se nas cousas do mesmo genero uma norma geral e uniforme, e que os louvados deveriam cutrosim declarar os objectos que poderiam ser divididos sem prejuizo.

Todas estas disposições foram eliminadas, umas por escusadas, e outras por não terem bom cabimento no código civil.

O código manda avaliar os predios rusticos ou urbanos sobre a base do seu producto medio. Mas qual é o processo para obter a media? O projecto primitivo, no artigo 2262.º, correspondente ao artigo 2094.º do código, dizia que os predios rusticos e urbanos seriam estimados no importe do seu producto, ou renda media, pelo espaço de vinte annos, deduzidas as despesas do amanho, reparos e quaesquer encargos: e nos artigos 2263.º a 2265.º, que se seguiam ao artigo correspondente ao artigo 2094.º do código, dispunha que o termo medio do producto ou renda se acharia, tomando o producto ou renda dos ultimos dez annos, eliminando os dois mais baixos e os dois mais altos, sommando o producto dos seis annos restantes, e tornando a dividir a somma por 6; que o preço commum dos fructos se acharia pela mesma regra; que, se não fosse possível averiguar com certeza qual o producto, ou renda, ou preço dos fructos em todos os annos mencionados, seria computado o producto, renda, ou preço desconhecido, por um termo medio dos annos economicos.

A comissão revisora porém, eliminando estes artigos, não estabeleceu regra alguma para o processo da avaliação, devendo por isso recorrer-se, nos termos do artigo 16.º, aos casos analogos, prevenidos n'outras leis, para se achar o rendimento medio.

Porém esta base do rendimento medio ha de ser tomada em harmonia com diferentes circumstancias, das quaes as principaes são as seguintes:

1.ª *O tempo por que pôde continuar a dar o mesmo producto ou renda.* Na avaliação de uma casa, por exemplo, cuja duração não pôde ser longa, ou que tem dado bom rendimento, por ser facilmente procurada, mas que deixará de o dar por se estarem construindo na vizinhança predios em melhores condições, e que d'ella afastem a concorrência, não pôde ser calculado o seu valor sem modificação sobre a base do rendimento dos ultimos annos.

2.ª *As circumstancias da localidade onde são sitos os bens.* Dois terrenos de igual extensão e produção, mas um sito junto de uma população onde os seus productos encontram facil consumo, e outro em sitio longinquo, sem boas vias de communicação para a extracção dos seus productos, não tem o mesmo valor: valê mais o primeiro do que o segundo.

3.ª *Os seus encargos.* É preciso descontar no valor total do predio o encargo de uma servidão, de um fóro, etc. Por exemplo, um predio que vale 1:000:000 réis, mas que tem um fóro de 10:000 réis e laudemio de quarentena, vale apenas 775:000 réis, porque o dominio directo representa o capital de vinte pensões e uma prestação eventual, como dispõe o artigo 2096.º, e como dispunha o projecto primitivo, que no artigo 2268.º, correspondente ao artigo 2096.º do código, tinha quasi a mesma redacção, com a unica differença de as palavras «*prestação eventual*» se seguirem, em forma de explicação, est'outras «*como laudemio, ou luctuosa*».

Na hypothese sujeita, avaliando o predio foreiro em 1:000:000 réis, fica o dominio util representando o valor de 775:000 réis e o directo o valor de 225:000 réis.

4.ª *As despesas de amanho e de conservação.* O projecto primitivo marcava no artigo 2266.º as despesas de cultura ou reparo da maneira seguinte: nas hortas e terras proprias para cereaes ou legumes metade do producto annual, nas vinhas e oliveas a terça parte, nos predios urbanos a decima parte da renda, salvo se pelo seu estado ou outras circumstancias especiaes exigissem maior dispendio, nos moinhos, azenhas, e quaesquer fabricas ou engenhos, 30 por cento, salvo o uso e costume nas diversas localidades.

A comissão revisora porém com rasão eliminou uma dontrina em que as regras expostas eram logo em seguida destruidas pela excepção. Effectivamente as despesas de amanho e de conservação variam de localidade para localidade. Segundo a natureza dos terrenos e outras variadas circumstancias assim é preciso maior ou menor trabalho, e por isso maior ou menor dispendio de salario para obter a produção.

O certo é que a avaliação fóra d'estas condições é nulla, e que por isso os louvados devem declarar explicita e especificadamente as bases que tomaram para a avaliação, para assim o juiz a julgar subsistente ou annullar, conforme se observaram ou não as bases prescriptas.

Não basta pois que os louvados declarem que certo predio vale 360:000 réis. Não de declarar, por exemplo, que o producto medio são 40 alqueires de trigo, que a propriedade continuará a dar o mesmo producto, que para as despesas de amanho se deve destinar a quarta parte do rendimento, que na localidade vale o trigo, termo medio, 600 réis o alqueire, e que portanto vale o predio 360:000 réis.

Em accordão de 19 de agosto de 1873, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, pag. 11, julgou o supremo tribunal de justiça que não é nulla a avaliação por terem os louvados deduzido o encargo emphyteutico sem lhe darem esta denominação, quando dos autos consta a natureza emphyteutica do predio, e não pôde dizer-se que elle fosse avaliado e arrematado como livre.

A obrigação, que impõe o artigo aos louvados, de declararem as bases em que assenta a avaliação, é restricta só as avaliações nos inventarios, ou procede depois da promulgação do código para todas e quaesquer avaliações sejam ou não feitas em inventario? O código só estabelece esta obrigação para as avaliações feitas em inventarios, e por isso não pôde argumentar-se por analogia para outros quaesquer avaliações, visto que a lei civil não é código de processo. Seria porém muito conveniente transformar em preceito geral a disposição do artigo 2094.º, que é applicavel só aos inventarios.

Art. 2097.º As bemfeitorias, mencionadas no artigo 2075.º, consistirão só n'aquellas que effectivamente tiverem augmen-

tado o valor dos predios, e serão avaliadas em relação a esse augmento.

(Vid. notas aos artigos 498.º e 2075.º)

### SUB-SECÇÃO III

#### DAS COLLAÇÕES

#### DIVISÃO I

##### DAS COLLAÇÕES RELATIVAS AOS BENS PARTIVREIS

**Art. 2098.º** Diz-se collação a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o calculo da terça e igualação da partilha.

**Art. 2099.º** A collação poderá escusar-se entre os herdeiros legitimarios, se o doador o houver assim declarado, ou o donatario repudiar a herança, salvo o direito de redução, no caso de inofficiosidade.

(Vid. artigo 2102.º) A collação tem por fim principal manter a igualdade da partilha entre os descendentes, que seria violada se um pudesse ficar com o que recebeu, e vir ainda buscar tanto como os outros ao patrimonio do auctor da herança; e funda-se na presumpção de que o doador, fazendo doação a um, em nada quiz prejudicar os outros.

O outro fim que o codigo marca á collação, que é servir para calcular a terça, é meio tambem para a igualação da partilha. Para calcular a terça do auctor da herança, sommam-se os bens doados aos coherdeiros conferentes com os existentes no patrimonio d'elle ao tempo da morte, e assim se verifica até que ponto se hão de ou não reduzir essas doações, visto que o herdeiro conferente fica com os bens doados enquanto elles couberem na sua legitima e na terça do doador, tudo calculado ao tempo da doação, como pôde ver-se em a nota ao artigo 1147.º

Quasi sempre o resultado da collação para o calculo da terça é menos para averiguar se o auctor da herança deixou legados excedentes ao valor da sua terça, do que para averiguar até que ponto ha de chegar a redução nas doações feitas.

Por exemplo, deixou o testador dois filhos, e 30:000\$000 réis no seu patrimonio, dos quaes 10:000\$000 réis em legados e 60:000\$000 réis doados a um d'elles. Sendo assim a massa hereditaria 90:000\$000 réis, levanta o filho, que não havia recebido doações, os 30:000\$000 réis existentes no seu patrimonio, e fica o donatario com os seus 60:000\$000 réis, sem repor nada á massa, 30:000\$000 réis como legitima, e 30:000\$000 réis como terça do testador; e a deixa dos 10:000\$000 réis é nulla, artigo 2111.º, porque o auctor da herança, depois da doação de réis 60:000\$000, feita a um dos filhos, não tinha já terça de que dispor.

Pela collação forma-se uma só massa dos bens existentes ao tempo da morte do auctor da herança, e dos doados em vida. A collação não

é applicavel aos legados ou doações por morte, porque, como estes bens existem no patrimonio do doador ao tempo do seu fallecimento, não ha necessidade de os conferir.

Os paes podem doar aos filhos bens excedentes á sua legitima; mas, como não podem prejudicar os direitos dos outros filhos, visto o preceito do artigo 2098.º, que é reproducção do já disposto na ordenação, livro IV, titulo xcvi, são obrigados os donatarios a trazer á collação os bens doados, para o effeito de se reduzir como inofficioso a doação, caso exceda a legitima do filho donatario e a terça dos doadores.

A legitima é uma divida natural, e por isso reputa-se pago á conta d'ella, ou verdadeira antecipaçao de pagamento, tudo o que se dá por conta da divida, salva a declaração do doador de que a liberalidade não é feita á conta da legitima, porque então é dispensada de collação até onde não offender a legitima dos outros.

É natural a presumpção de que a liberalidade feita pelos paes a algum dos filhos não é mais do que um adiantamento da sua quota hereditaria, e de que não significa vontade de alterar a igualdade entre os filhos. Já não acontece o mesmo quando se trata de liberalidades feitas a collateraes, porque facilmente se presume que o testador fez n'este caso a doação de um modo definitivo, sem pensar nos outros seus herdeiros.

Por isso no projecto primitivo vinha um artigo collocado entre os artigos correspondentes aos artigos 2098.º e 2099.º do codigo, que era redigido assim: « A collação não terá logar entre nenhuns outros herdeiros, ou credores da herança, excepto se o testador ou doador outra cousa houver ordenado ».

A commissão revisora ainda conservou este artigo nos seus dois primeiros projectos, mas depois eliminou-o, de certo por escusado, pois que elle não fazia senão repetir a idéa que estava já reconhecida nos artigos correspondentes aos artigos 2098.º e 2102.º do codigo.

O preceito do artigo 2098.º carece de ser combinado com o artigo 2102.º, porque visto isoladamente podia levar-nos á conclusão de que o principio da collação tinha logar entre os herdeiros legitimarios, tanto *ascendentes* como descendentes, quando na successão dos ascendentes não ha pelo codigo collação, como a não havia, nem pelas nossas ordenações, nem pelo direito romano.

Alguns escriptores combatem a doutrina que não amplia aos ascendentes a obrigação da collação, dizendo que este principio deixa a porta aberta aos descendentes para excluir aquelles completamente das legitimas, e que as duas razões que justificam a collação, que vem a ser o favor da *igualdade* entre certas pessoas chamadas por um titulo commum á mesma herança, e a *presumpção* de que as vantagens, que em sua vida lhes fizera o auctor da herança, foram á conta do que cada um pudesse obter um dia em sua successão, são applicaveis a todos os herdeiros legitimarios.

É porém evidente o pensamento do legislador, de não favorecer a igualdade da partilha entre os ascendentes, como entre os descendentes; e os interpretes justificam a applicação do principio da collação só á successão dos descendentes, e não á dos ascendentes, com o fundamento de ser mais rigoroso o direito dos descendentes á legitima.

Tambem os descendentes não são obrigados a trazer a collação os bens doados *por contemplação* aos ascendentes, se d'estes os não receberam directamente.

Assim a collação tem logar só entre herdeiros *legitimarios*, mas não entre todos, porque não conferem os ascendentes, artigos 2101.º

e 2102.º, nem os netos, o que lhes proveu directamente dos avós, succedendo-lhes representativamente, artigos 2100.º e 2101.º

Se porém os netos não concorrem com tios, mas com primos coirmãos, que succedem então, não representando o pae ou *in stirpes*, mas *in capita* por direito proprio, hão de conferir o que receberam dos avós.

Portanto os netos conferem o que receberam directamente dos avós se succederem por direito proprio, mas não conferem se succederem por direito de representação. Conferem porém o que os paes teriam de conferir, aindaque d'estes nada herdassem, succedendo representativamente.

A inviolabilidade das legitimas é principio tão sagrado no nosso direito civil, que ainda dispensada a collação, ou pela declaração do doador, ou pelo repudio da herança, nos termos do artigo 2099.º, fica salvo o direito de redução no caso de inflexiosidade. O preceito do artigo 2099.º está de tal modo enraizado no systema do nosso direito civil, que até o artigo podia ser dispensado perfeitamente.

A collação não pôde ser exigida pelos credores, cujo direito não prevalece contra o dos donatarios, salvo o caso de dolo na doação para fraudar os creditos, nos termos dos artigos 1033.º e seguintes. Mas os legatarios podem requerer a collação hoje, que os bens vem á massa, não só para o calculo das legitimas, mas para o computo da terça, o que não podiam fazer por direito anterior, em que a terça se computava unicamente sobre os bens existentes no patrimonio do auctor da herança ao tempo do seu fallecimento. O donatario pôde repudiar a herança, e ficar com a doação, repondo apenas o que prejudicar a legitima dos outros, se prejuizo houver.

Tambem é obrigado o herdeiro a conferir, quando o detador, longe de lhe ter doado capital, lhe doou rendimento? A filha a quem o pae dá 50\$000 réis de mezada, é obrigada depois a conferir as sommas recebidas, como aquella a quem o pae doou o capital de 24:000\$000 réis? A redacção do artigo 2098.º assim o dá a entender, comquanto seja grande injustiça dar no segundo caso os rendimentos do capital sem obrigação de os conferir, quando pelo contrario no primeiro caso é obrigado o coherdeiro a conferi-los.

Art. 2100.º Quando os netos succederem aos avós, representando seus paes, trarão á collação tudo aquillo que os dictos seus paes devessem conferir, aindaque o não hajam herdado.

Art. 2101.º Os paes não são obrigados a conferir na herança de seus ascendentes o que foi doado por estes a seus filhos, nem os filhos o que lhes foi doado pelos ascendentes, succedendo-lhes representativamente.

Tres hypotheses se acham reguladas n'estes artigos:

1.º Os netos, que succedem aos avós, representando seus paes, trarão á collação o doado aos paes, aindaque o não tenham herdado, e ainda mesmo que tenham repudiado a successão d'elles. O auctor da herança deixou por herdeiros dois filhos e um neto. O neto repudiou a successão do pae, mas vem á successão do avó, representando o pae, e por isso será obrigado a conferir a doação feita ao pae, comquanto nunca se aproveitasse d'ella, porque não pôde exercer outros direitos, senão os que o pae teria exercido, se vivo fosse. Demais, se-

ria iniquo que os tios conferissem as doações, que lhe tivessem sido feitas pelo auctor de herança, a favor dos netos, e que estes não fizessem o mesmo a favor d'aquelles. A dilapidação do pae deve prejudicar antes os filhos, do que os irmãos e sobrinhos.

2.º O pae não é obrigado a conferir na herança dos ascendentes o que estes deram a seu filho. O pae que herda em nome proprio, não pôde ser responsavel e soffrer prejuizo na sua legitima pelo doado a outrem, aindaque seja seu filho. A collação não tem outro fim senão estabelecer a igualdade entre os coherdeiros; e por isso não deve conferir-se o doado aos que não são coherdeiros. De outro modo poderia ser facilmente prejudicado o filho na sua legitima por liberalidades, que lhe não foram feitas, e que elle não tinha obrigação de fazer.

As doações feitas aos descendentes do filho reputam-se sempre feitas com dispensa de collação. Por isso morrendo um individuo, cuja successão tenha de dividir-se entre tres irmãos, filhos d'elle, se um d'estes tiver no seu patrimonio um predio, dado pelo auctor da herança a seu filho já morto, não é obrigado a conferi-lo. Esta declaração do código era absolutamente indispensavel, aliás a doação feita ao filho reputar-se-ia feita ao pae, como interposta pessoa, nos termos do artigo 1481.º § unico.

3.º Os netos não são obrigados a conferir o que lhes foi doado pelos ascendentes, succedendo-lhes por representação. O coherdeiro não confere senão o que recebeu d'aquelle, a cuja successão vem por direito proprio. Ora o neto, que succede ao avó como representando seu pae, confere o que este teria a conferir, mas não confere o que lhe foi doado directamente, como não o conferiria o pae, segundo dissemos na hypothese 2.º; e o filho, que succede ao avó por direito de representação, não tem outros direitos nem outras obrigações, senão as da pessoa que representa.

É o neto donatario quem confere á sua conta a doação feita pelo ascendente, e por isso os irmãos, se os tiver, levantam precipuas as suas legitimas. Só o neto conferente é que soffre desfalque correspondente na legitima; e, se esta não bastar, imputa-se o resto na terça até onde esta o abranger, porque excedendo a terça do doador soffre redução conforme a doutrina dos artigos 1492.º e 1790.º

Se porém os netos succedem por direito proprio hão de então conferir as doações, que lhes tenham sido feitas pelos ascendentes, como da redacção dos artigos se infere, e os principios juridicos ensinam. Os netos succedem por direito proprio, quando não concorrem com tios, artigos 1971.º e 1980.º

Finalmente o que o código determina com relação aos netos é applicavel a outros quaesquer descendentes, sem embargo da redacção e silencio do código.

Outra era porém a disposição do direito velho. A ordenação, livro IV, titulo XXVII, determinava no § 20.º que o neto traria á collação depois da morte de seu avó os bens doados, se quizesse entrar á herança com seus tios, se a esse tempo o pae dos netos não fosse vivo.

Mas, nos termos do § 21.º da mesma ordenação, vivesse ainda ao tempo da morte do avó o pae do neto, que d'aquelle recebera a doação, querendo o pae concorrer á herança do avó, havia de trazer á collação a seus irmãos o que aquelle tivesse doado ao neto, visto ter sido feita a doação pelo avó ao neto em contemplação do pae, com a obrigação, porém, de que por morte do pae os irmãos do neto descontariam a este o que assim tivesse sido descontado ao pae por morte do avó.

Já tem entrado em duvida qual é a lei que regula a collação das doações, se a vigente ao tempo da doação, se a vigente ao tempo da abertura da successão.

No entanto este facto ha de ser regulado pela lei vigente ao tempo da successão em tudo o que não se oppozer as disposições expressas do contrato matrimonial.

Em accordão de 6 de fevereiro de 1874, publicado no jornal *O Di-reito*, 6.º anno, n.º 11, julgou a relação do Porto, que os bens dotados antes da promulgação do código civil vinham á collação para o calculo da terça do dotador, fallecido depois da vigencia do mesmo código, vistoque, abrindo-se a herança por morte do dotador, foi então que os herdeiros legitimos se constituíram na obrigação de trazer á collação os bens doados.

Um juiz porém sustentou que n'este caso a terça devia ser tirada dos bens que o auctor da herança possuía ao tempo da morte, vistoque se tratava de actos consummados anteriormente, e que fixaram direitos regulados pela lei que então regia.

Tambem já vimos sustentar na imprensa jurídica, que o filho deve trazer á collação o que deve ao pae por *mutuo*, não só por direito antigo, vistoque a ordenação, livro IV, titulo xxvii, *pr.*, depois de tratar da obrigação que tem os filhos de conferir o que os paes lhe *deram*, acrescenta e *bem assim trará á collação tudo o que houver de seu pae, ou mãe, ou o que d'elles procedesse, que se chama em direito profecticio*, mas por direito moderno, visto o artigo 2104.º do código, que manda vir á collação o *dispendio* feito pelos paes para *pagamento de suas dividas*.

Em vista porém d'aquellas disposições julgámos legal a opinião de que os filhos só devem conferir o que os paes lhes deram, porque a collação é relativa só aos bens doados, e não aos provenientes de outro qualquer titulo. Neste sentido decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 4 de julho de 1873, publicado no *Diario do governo* n.º 498 do mesmo anno, onde se determina que os filhos, devedores ao casal dos paes, serão considerados, como quaesquer outros mutuários, ficando a cada coherdeiro o direito e acção para exigir d'elles a sua quota hereditaria.

No mesmo accordão se julgou que o juizo civil commum é o competente para conhecer das questões sobre collações entre os coherdeiros, nos casos em que devam ter logar, aindaque o apuro da collação dependa de liquidação commercial, porque o juizo civil se limita a conhecer da obrigação de conferir.

**Art. 2102.º** Os ascendentes, que concorrem á successão do descendente doador, não são obrigados á collação.

(Vid. nota ao artigo 2098.º)

**Art. 2103.º** As doações feitas ao consorte do filho não estão sujeitas á collação; mas, se forem feitas conjuntamente aos dois consortes, será o filho obrigado a conferir metade do valor ou da cousa doada.

As doações feitas pelo pae á esposa do filho, por exemplo, não vem á collação, porque a nora não é herdeira do sogro. O filho gosa da administração, e é senhor dos fructos dos bens doados nos termos do artigo 1104.º, mas não tem parte na propriedade, salvo o que lhe resultar da forma do casamento.

Sustentam alguns que a doação feita ao genro em vida da mulher, sendo estes casados segundo o costume do reino, deve vir em ametade á collação, porque effectivamente ametade fica pertencendo á filha.

A lei porém estabelece o principio geral de que as doações feitas ao consorte do filho são dispensadas de collação, sem distinguir se o casamento foi celebrado por carta de ametade ou por outra fórma; e onde a lei não distingue não é licito ao interprete distinguir.

N'este caso a vantagem da doação provém ao consorte menos da disposição paterna do que do contrato do casamento, onde se estipulou o regimen da communhão, e que poderia encerrar estipulação contraria.

Se o argumento em contrario procedesse, tambem o filho, casado por costume do reino, não deveria conferir senão ametade das doações, que lhe fossem feitas directamente, porque a outra ametade pertenceria ao consorte pelo principio da communicação; e todavia o filho confere-as por inteiro.

A declaração consignada no artigo de que, feita a doação conjuntamente aos dois conjuges, se confere ametade do seu valor, confirma aquella regra, porque o legislador entendeu que, feita a doação a ambos, era feita ametade ao filho.

Por isso se reputavam sempre com dispensa de collação as doações feitas pelos ascendentes aos consortes dos seus descendentes; e era necessaria esta declaração da lei, aliás a doação feita ao consorte do filho suppor-se-ia feita a este, por ser aquelle interposta pessoa nos termos do artigo 1481.º § unico.

A condição de gosar da cousa não entra em conta para a collação, mas sim a qualidade de herdeiro. Por isso, se a filha casada receber do pae uma doação de bens, que caíam na communhão, aindaque á morte do marido a mulher renuncié á communhão, por ser onerosa, e postoque nunca gosasse pessoalmente da doação, hão de os bens assim doados vir á collação.

**Art. 2104.º** Todo o dispendio, que o fallecido tiver feito em favor de seus filhos, quer em dote e enxoval, quer como patrimonio para ordenação, quer com estudos maiores ou com serviço militar, ou para estabelecimento d'elles ou pagamento de suas dividas, será conferido.

§ 1.º Mas, no computo desse dispendio, haverá sempre attenção, para serem abatidos, aos gastos ordinarios, a que os paes seriam, aliás, obrigados; e poderão os mesmos paes dispensar a collação, comtantoque não haja excesso da quota disponivel.

§ 2.º Devem igualmente abater-se no valor conferido os valores, que os filhos houverem prestado a seus paes sem ser por doação.

**Art. 2105.º** As despesas de alimentos, e as doações remuneratorias de serviços, ou feitas para indemnisar os filhos de quaesquer bens distrahdidos pelos paes, não serão sujeitas á collação.

(Vid. nota ao artigo 144.º) A regra geral é que os filhos devem conferir tudo o que lhes foi doado pelos paes, e que estes não eram obri-

gados a dar-lhes pela sua posição de paes. Os filhos não são obrigados a conferir as despesas de sustento, habitação, vestuário e educação, porque a essas são obrigados os paes; mas não podem deixar de conferir todas as despesas chamadas de *estabelecimento* que se consideram um adiantamento á conta da legitima.

No projecto primitivo o artigo 2278.º, correspondente ao artigo 2105.º do código, era redigido nos seguintes termos: «As despesas de manutenção, educação e ensino; as despesas de boda, ou missa nova; as doações remuneratorias de serviços, ou por indemnisação de quaesquer bens dos filhos, que forem distrahidos, não serão sujeitos á collação».

A commissão revisora porém, com a nova redacção, que lhe deu, em nada alterou a doutrina, porque a parte eliminada era uma repetição até certo ponto do preceito estabelecido no § 1.º do artigo 2277.º, correspondente ao artigo 2104.º do código, onde se mandava abater na collação os *gastos ordinarios*, a que os paes seriam obrigados, e porque o código declara dispensadas de collação as despesas com os alimentos, que, segundo a expressa disposição do artigo 171.º, comprehendem o sustento, habitação, vestuário, educação e instrucção do alimentado.

Ha de ser muitas vezes difficil discriminar se a educação dada ao descendente era simplesmente a educação ordinaria, a que os paes são obrigados, ou se era educação extraordinaria, cujas despesas devem vir á collação.

No entretanto esta difficuldade prende n'uma questão de facto, que não pôde deixar de ficar ao arbitrio dos tribunaes nas diferentes hypothese que possam apparecer, devendo por isso contentar-se o legislador com estabelecer o principio geral.

O dote vem á collação, porque os paes não são obrigados a dotar os filhos, como largamente demonstrámos em a nota ao artigo 1135.º. Pela mesma razão vem á collação o enxoval. O enxoval comprehende roupas brancas e de vestir, novas ou em folha, e joias para a mulher, que está para casar, ou para creança que está para nascer, e que é computado na legitima dos filhos, se é dado para casamento. As despesas com as festas do casamento, isto é, com as bodas ou com as festas da missa nova, não vem á collação. Nem augmentam a fortuna dos filhos, nem se reputam verdadeira liberalidade, mas divida a que os paes se sujeitam de bom grado.

Pelo direito velho, ordenação, livro IV, título xcviij, § 2.º, tambem não vinha á collação o jantar ou ceia, que os paes dessem aos filhos no dia das suas bodas.

Vem á collação as despesas com o patrimonio para a ordenação, ou á ordenação se considere estabelecimento, ou estudos maiores, bem como as despesas feitas com a instrucção secundaria e superior, que a primaria são os paes obrigados a proporcionar a aos filhos.

Nesta parte alterou o código o direito velho, que não obrigava á collação as despesas com a formatura, ou com a ordenação dos filhos, porque a ordenação, livro IV, título xcviij, § 7.º, dispensava da collação todas as despesas feitas para *estudo ou escotas*. Esta providencia era um favor á carreira litteraria, mas extremamente iniquo, porque muitas vezes o pae, para dar habilitações litterarias a um filho, compromettia a fortuna de todos os outros, que ficavam na miseria, emquanto que aquelle tinha adquirido posição para viver commodamente.

Por isso as despesas feitas com estudos secundarios ou superiores antes da promulgação do código não vem á collação, ainda que o pae, que as fez, falleça depois da promulgação do código, visto que o filho

tinha *adquirido* já o direito de as não conferir antes da publicação da lei nova.

Vem igualmente á collação as despesas com a profissão das artes liberaes, mas não as feitas com a aprendizagem de qualquer officio, ou arte mechanica se os gastos com este ensino forem ordinarios, porque é o pae obrigado a elles pela sua posição.

São tambem sujeitas á collação as despesas que o pae fizer, para destinar o filho á carreira das armas ou para o remir do serviço militar, que ambas estes hypotheses nos parecem comprehendidas nas palavras *serviço militar*.

N'uma palavra todas as despesas que o pae fizer com os filhos para lhes dar a carreira das letras ou das armas, a vida diplomatica, ou qualquer outra, cuja profissão requiera titulo, ou para o exercicio das artes liberaes, vem á collação.

Porém n'estas despesas devem abater-se os gastos ordinarios, que o pae faria com os filhos, se os não destinasse a semelhantes carreiras. Assim se o pae gastava 15,000 réis por mez com o filho nos estudos da universidade, não vem á collação os 15,000 réis por inteiro, mas simplesmente 10,000 réis, por exemplo, se estando o filho em casa lhe gastaria com as necessidades ordinarias 5,000 réis mensaes apenas.

Vem tambem á collação as despesas com o pagamento das dividas dos filhos, *verbi gratia*, com o pagamento das custas e multa, em que o filho foi condemnado em processo civil ou crime, porque o pae não é obrigado pelas leis civis a fazer semelhante pagamento.

Porém, ou se trate da collação do despendio para estabelecimento de filhos, ou para pagamento de dividas, devem levar-se em conta ao filho os valores que este tiver dado ao pae a titulo de emprestimo ou por outro qualquer titulo oneroso, porque não é justo que elle contra o que dos paes recebeu, e que não se lhe desconte o que elle lhes dera, sem ser a titulo de liberalidade, e que foi augmentar a successão em beneficio dos outros coherdeiros.

Do § 2.º do artigo 2104.º o que se mostra é que os coherdeiros da successão têm ao mesmo tempo direito á compensação dos seus creditos com os valores conferíveis, e que não podem ser obrigados a conferir o que receberam em doação, indo depois em acção e processo differente exigir os creditos de que a successão lhes é devedora.

Em a nota ao artigo 144.º já nós tinhamos dito, que as doações remuneratorias feitas pelos paes aos filhos não vinham á collação. Se o filho auxilia poderosamente o pae no commercio, por exemplo, e o pae lhe dá por isso gratificações extraordinarias, ou o associa ou lhe dá percentagem nos lucros, faz-lhe doações, que não vem á collação. Nesta parte pôde dizer-se que a doação não foi verdadeira liberalidade, mas remuneração de um serviço, e dá-se um premio ao trabalho sem prejuizo dos outros coherdeiros que na successão não de encontrar os resultados dos esforços d'aquelle que foi remunerado, salvo o caso de dolo.

Do mesmo modo se o pae distrahir ou dissipar os bens do filho, e depois lhe fizer uma doação para o indemnisar, a doação não vem á collação, porque não representa verdadeiramente uma liberalidade, mas antes o pagamento de uma divida, que o pae devia ao filho.

Art. 2106.º Os fructos e lucros da cousa doada serão contados, para virem á collação, desde o dia da abertura da herança.

(Vid. notas aos artigos 483.º e 4503.º)

Art. 2107.º A collação far-se-ha, não em substancia, mas pelo valor que as cousas dotadas ou doadas tinham ao tempo do dote ou da doação, aindaque então não fossem estimadas, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que a collação se faça em substancia.

§ unico. O augmento ou a deterioração, que as cousas doadas ou dotadas tiverem, posteriormente ao dote ou à doação, será por conta do donatario, e até a perda total da cousa, excepto se a deterioração ou a perda resultar de causa fortuita, de força maior, ou do natural uso da cousa doada ou dotada.

(Vid. nota ao artigo 1147.º) Varias publicações feitas nos jornaes jurídicos depois que escrevemos a nota ao artigo 1147.º obrigam-nos a voltar sobre o assumpto.

Tem-se sustentado que, tanto por direito antigo como por direito moderno, deve o donatario trazer à collação os proprios bens doados, para o effeito de repor os que excederem o valor da sua legitima e da terça do doador. Argumenta-se que a ordenação, livro IV, titulo xcvi, § 3.º, referindo-se à hypothese de a doação exceder a terça do doador, e a legitima do filho donatario, determina que, se o donatario não quizer entrar à herança *será obrigado refazer aos irmãos toda sua legitima*, que, tirada a terça, lhe pertence haver dos bens do paê ou mãe, e que confrontadas estas palavras com as antecedentes, em que tratando-se da hypothese da doação feita pelos paes aos filhos não exceder a legitima do donatario e mais a terça do doador, e aquelle não querer entrar à herança dos paes, se diz que o donatario, em tal caso, não será obrigado a tornar a seus irmãos a cousa que lhe foi dada, mostrando-se assim que, segundo esta ordenação, devia o donatario conferir dos proprios bens doados tantos quantos representassem aquelle excesso.

Dizem que no § 13.º se manda também trazer à collação os bens de raiz dados pelos paes aos filhos, apresentando-se, como excepção o ter o donatario feito nos bens doados beneficencias ou damnificações, que cheguem à quarta parte do preço que os bens valiam ao tempo em que foram doados; porque então no primeiro caso fica à escolha do donatario trazer à collação os bens, pagando-lhe os irmãos o preço das beneficencias, ou o preço que os bens valiam ao tempo em que foram doados, e no segundo caso podem os irmãos obrigar o donatario a trazer à collação os bens e a estimação do danno, ou o preço que elles valiam ao tempo em que foram doados; e que nos §§ 14.º e 15.º se trata da hypothese de o donatario de bens doados em casamento os não ter por os haver alheado, permitindo que n'esse caso elle traga à collação o preço que taes bens valiam ao tempo que lhe foram doados.

D'aqui concluiam que, quando os bens doados pelos paes aos filhos excediam a legitima dos donatarios e a terça dos doadores, devia ser conferido o excesso por meio dos proprios bens doados, excepto se o donatario já não tinha taes bens em seu poder, ou tinha feito n'elles beneficencias ou damnificações que cheguem à quarta parte do valor que os bens tinham ao tempo em que foram doados, porque no primeiro caso o donatario conferia o valor dos bens, e nos outros casos havia para elle ou coherdeiros a faculdade de escolha entre conferir os proprios bens ou o seu valor.

Acrescentam que o codigo civil adoptou a mesma doutrina, porque nos artigos 2109.º e 2142.º manda inteirar os coherdeiros em bens da mesma natureza e especie, sendo possivel, e recommenda a maior igualdade na formação dos lotes; que no artigo 1500.º ordena que o donatario coherdeiro só poderá reter o immovel não excedendo elle o valor da sua legitima, accumulado como da doação reduzida, porque do contrario entrará com o immovel para o casal, sendo pago da sua legitima e da doação reduzida em conformidade das regras geraes que regulam as partilhas; e que o artigo 2202.º determina que se os immoveis doados se não acharem em poder do donatario, é este responsavel pelo valor d'elles ao tempo da doação: e que portanto o codigo civil quer que os bens doados, que excedam a legitima do donatario e a terça do doador, sejam conferidos em substancia, salvo o caso de o immovel estar já em poder de terceiro; e que o disposto no artigo 2107.º não prejudica, alias haveria contradicção, a doutrina de que excedendo os bens doados a legitima do donatario e a terça do doador, deve ser conferido o excesso em bens e não em valor.

Dizem finalmente que, nos expressos termos do artigo 1498.º, quando a doação é em objectos immobilarios a redução é feita em especies devendo por isso o donatario largar dos proprios bens doados a parte, em que a doação se reputa inofficiosa, e que o mesmo se infere do artigo 2011.º

Porém como já demonstrámos em a nota ao artigo 1149.º, á qual nos reportámos, a regra geral é a conservação dos bens em poder do donatario, que adquiriu o dominio d'elles pelo facto da doação.

O mesmo era por direito antigo. Em accordão de 15 de março de 1861 julgou a relação do Porto, que a collação dos bens não podia fazer-se na substancia, que já não existia, mas por estimação nos termos da ordenação, livro IV, titulo xcvi, visto que os bens doados saíram logo do dominio e posse dos doadores para o dos donatarios, não existindo por isso no casal ao tempo da morte do doador, tendo os donatarios o direito de os alienarem, e vindo á collação o valor, só para igualar as legitimas, e não para destruir o dominio adquirido pela doação. Interpondo-se revista d'este accordão foi denegada pelo supremo tribunal de justiça, como tudo se mostra na *Revista de legislação e de jurisprudência*, de Coimbra, n.º 284.

A forma da collação deve ser regulada pela lei vigente ao tempo do fallecimento do doador em tudo o que não offender os direitos adquiridos pelo donatario ou por terceiro.

Se na doação o paê, para fraudar os outros filhos, der valor diminuto aos bens doados, podem os interessados reclamar depois na partilha contra a avaliação com aquelle fundamento.

Art. 2108.º Sendo feita a doação por ambos os conjuges, conferir-se-ha metade no inventario de cada um d'elles; se a doação tiver sido feita só por um d'elles, a collação far-se-ha só no seu inventario.

(Vid. nota ao artigo 1146.º)

Art. 2109.º Os coherdeiros do donatario serão inteirados em bens da mesma especie e natureza, sendo isto possivel.

Art. 2110.º Não podendo os coherdeiros ser inteirados do sobredito modo, se os bens doados forem immoveis, terão os ditos coherdeiros direito a serem indemnizados em di-



neheiro; e, não o havendo na herança, vender-se-hão em hasta pública tantos bens, quantos forem necessarios para obter as devidas quantias. Se, porém, os bens doados forem moveis, terão os coherdeiros direito a serem inteirados em outros moveis da herança, pelo seu justo valor.

(Vid. artigos 2139.º, 2142.º, 2182.º e 2183.º) O código veio introduzir profundas alterações no systema da partilha dos bens hereditarios, reconhecido na velha legislação. Algumas d'estas innovações porém podem ser de pessimos resultados na pratica, se forem executadas em todo o rigor pelos tribunaes. Nos casos de conferencia e licitação, artigos 2109.º e 2139.º, não de ser inteirados os outros coherdeiros em bens da mesma especie e natureza dos conferidos ou licitados, sendo possível, ou então a dinheiro, se os bens doados ou licitados forem immoveis, vendendo-se para isso bens da herança, se ella não tiver as quantias necessarias.

Na novissima reforma judicial, artigo 416.º, fallava-se de separação de bens para a meação e para a terça, mandando-se fazer do resto tantos montes quantos os herdeiros, e no artigo 417.º ordenava-se que a distribuição dos montes fosse á sorte.

Porém como essa determinação era incompativel com a preferéncia, que devia dar-se ao donatario ou licitante, fazia-se excepção áquelle principio, deixando-se ao coherdeiro conferente ou licitante os bens doados ou licitados, e preenchendo-se-lhe sobre estes bens o que faltasse para a legitima. Era esta a opinião dominante no fôro, comquanto alguns juizes, observando á risca as prescripções legais, mandassem entrar no sorteio os bens conferidos ou licitados, que por esta fórma podiam ficar pertencendo a outro, que não ao conferente ou licitante.

O systema do código porém é ainda peor, por subordinar a partilha á natureza dos bens conferidos ou licitados. Para cumprir lealmente o inteiramento em bens da mesma especie e natureza, é preciso distinguir nos predios rusticos, por exemplo, vinhas, oliveas, matas, terras de sementeira, etc.

Ora supponhamos que foi conferida ou licitada uma casa, e que não ha na herança bens da mesma natureza para inteirar os coherdeiros, não de vender-se os predios rusticos do casal, para compor os outros a dinheiro? Supponhamos que se conferiu e licitou uma casa, e que na herança ha só outra casa, mas sem possibilidade de commoda divisão, ha de ser inconvenientemente retalhada para todos os coherdeiros serem inteirados em bens da mesma natureza?

É o que se deduz logicamente da redacção dos artigos respectivos do código. Mas este systema póde dar o resultado de os herdeiros verem alienar as melhores propriedades do casal, cuja posse elles prefeririam á composição dos quinhões a dinheiro.

Não era este de certo o pensamento do legislador, que quiz evitar quanto possível as tornas a dinheiro, artigo 2182.º Por isso nós entendemos que o meio de sair d'esta difficuldade é o juiz ouvir os interessados, a *simili* do disposto no artigo 2183.º, sobre se preferem o inteiramento em bens do casal, comquanto de diferente especie e natureza, á composição a dinheiro, determinando depois a partilha segundo o accordo dos interessados.

Se houver menores serão representados n'este acto juridico pelo tutor, pelo curador, e pelo conselho de familia, ou pelo poder paternal. O código não preveniu a hypothese de serem *moveis* os bens

conferidos ou licitados, e de não haver na herança outros moveis, ainda de diferente natureza, para compor os restantes coherdeiros; mas por analogia do disposto na primeira parte do artigo 2110.º o mais regular será compô-los a dinheiro, vendendo para isso tambem, se tanto for preciso, bens da herança.

No entretanto entendemos que tambem n'este caso o juiz deverá ouvir os interessados para ver se preferem o inteiramento dos seus quinhões em bens immobiliarios á venda d'estes para serem pagos a dinheiro.

Se forem interessados na successão herdeiros menores poderá o juiz fazer a partilha nos termos indicados, concordando por parte dos menores os seus legitimos representantes.

**Art. 2111.º** Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitimaria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e se, ainda assim, houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repor esse excesso.

§ 1.º Se houver diversos donatarios, e a terça não chegar para os inteirar a todos, observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 1495.º e 1496.º

§ 2.º N'este caso, se o auctor da herança houver disposto da terça em proveito de outrem, não terá effeito essa disposição.

(Vid. notas aos artigos 1147.º, 1499.º e 1500.º)

**Art. 2112.º** Se occorrer entre os coherdeiros disputa sobre a obrigação de conferir, ou sobre os objectos da collação, não deixará por isso de se proseguir na partilha, prestando o conferente caução.

(Vid. nota ao artigo 2087.º)

## DIVISÃO II

### DAS COLLAÇÕES RELATIVAS AOS BENS NÃO PARTIVEIS

**Art. 2113.º** O successor de quaesquer bens, que houverem de passar precipuos, é obrigado a conferir as bemfeitorias pelo que houverem augmentado o valor dos predios.

**Art. 2114.º** Se os bens, que passarem precipuos, tiverem sido adquiridos por titulo oneroso, será conferido, ou o seu preço ou a estimação d'elles, á escolha do successor. •

(Vid. notas aos artigos 498.º e 2075.º)

## SECÇÃO IV

### DO PAGAMENTO DAS DIVIDAS

**Art. 2115.º** A herança responde solidariamente pelo pagamento das dividas ao auctor d'ella; mas, depois de feitas as

partilhas, os coherdeiros só respondem em proporção da parte que lhes coube na herança.

(Vid. notas aos artigos 555.º e 1792.º) Neste artigo ha erro typographico, onde se lê «*ao auctor*» deve ler-se «*do auctor*».

Art. 2116.º As despesas do funeral serão pagas pela herança ainda indivisa, haja ou não herdeiros legitimarios. A nenhuma outras despesas com suffragios por alma do fallecido é obrigada a herança ou a terça d'ella, não tendo sido ordenadas em testamento, nos termos do artigo 1775.º

(Vid. nota ao artigo 1899.º) Em accordão de 14 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 297, julgou a relação do Porto, que é valido o legado deixado para as obras do Bom Jesus do Monte, porque não é destinado a suffragios.

Art. 2117.º Nos inventarios de maiores serão attendidas as dividas, consentindo todos os interessados.

Art. 2118.º Nos inventarios de menores, interditos ou ausentes, só serão attendidas as dividas, cujo pagamento for auctorisado pelo conselho de familia, não havendo opposição de algum coherdeiro maior.

§ unico. Os credores, que concorrerem ao inventario, pedindo o pagamento dos seus creditos, deverão apresentar os titulos em que se funda o seu direito.

(Vid. nota ao artigo 224.º n.º 10.º) O codigo determina, como já determinava a novissima reforma judicial, artigo 414.º, que nos inventarios de menores serão pagas as dividas approvadas pelo conselho de familia, sendo este assumpto regulado pela portaria de 18 de novembro de 1836, como póde ver-se nas notas de Castro Neto ao referido artigo de reforma.

O codigo, para não faltar ao seu programma de variar o estylo, dispõe no artigo 2118.º que serão attendidas as dividas, cujo pagamento o conselho de familia *auctorisar*, não havendo opposição de algum coherdeiro maior; no artigo 224.º n.º 10.º, que o conselho de familia *verifica a legalidade* das dividas passivas, auctorisa e regula o seu pagamento, não havendo opposição dos interessados; e no artigo 2036.º, que durante a formação do inventario poderão ser pagos pelo administrador da herança os legados e as dividas passivas, quando no pagamento concordarem todos os herdeiros, credores e legatarios.

O codigo com razão exige, para serem attendidas as dividas approvadas pelo conselho de familia, tambem a approvação dos coherdeiros maiores, porque estando os seus interesses n'este ponto em harmonia com os dos menores, era a approvação ou desapprovação d'aquelles bom thermometro para avaliar a veracidade e a legitimidade de taes dividas.

No artigo 224.º n.º 10.º porém não se contenta o codigo só com a approvação dos coherdeiros maiores. Exige a annuencia de todos os interessados, que em vista do artigo 2056.º, e dos principios geraes de direito, poderão ser, não só os herdeiros, mas os credores e os legatarios.

Creemos porém que as disposições d'estes differentes artigos podem combinar-se nos seguinte termos. Para poder ser approvada a divida pelo conselho de familia basta o assentimento dos coherdeiros, que são tão interessados como os menores, visto que têm tambem de pagar, como participantes na successão; e o voto dos legatarios e dos credores não tem a mesma significação, porque ou a herança chega para pagar a todos, e então ser-lhes-ha indifferente a approvação da divida, ou não chega, e elles procurarão sempre impedir o reconhecimento de mais uma divida.

Porém o conselho de familia, que é competente para por si só reconhecer a divida, não havendo opposição dos coherdeiros, não póde todavia mandar *paga-la* com opposição e em prejuizo dos credores, que terão legitimas preferencias a deduzir, ou quaesquer outras reclamações a fazer, que não ficam prejudicadas com a approvação dada pelo conselho de familia.

Do reconhecimento da divida pois ao pagamento vae uma larga distancia. Para o conselho de familia reconhecer a divida basta a annuencia dos coherdeiros; para a mandar pagar é preciso que não haja opposição dos interessados, que são tambem os credores e os legatarios. É a conclusão que resulta dos differentes artigos combinados.

Em accordão de 29 de julho de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 5.º anno, n.º 38, julgou a relação do Porto, que as dividas activas não entram na partilha quando são negadas pelos coherdeiros, porque o facto da negação torna-as do dominio do juizo contencioso, que é incompativel com a natureza summarissima do processo de inventario.

Já na imprensa juridica e no fóro se tem discutido se na palavra *interessados*, empregada no artigo 224.º n.º 10.º, se comprehende tambem o curador geral dos orphãos, de modo que, oppondo-se este á approvação da divida, o conselho de familia não possa reconhecê-la, e muito menos auctorisar o seu pagamento. Porém o curador dos orphãos não póde considerar-se interessado no sentido que se liga a esta palavra no citado artigo e numero. Em primeiro logar não é o curador, mas o tutor que representa directamente os menores; e alem d'isso aquella disposição refere-se aos interessados, differentes dos menores, e ao curador cumpre zelar e fiscalisar os interesses d'estes.

O remedio legal que tem o curador para combater as decisões injustas do conselho de familia é o recurso ao conselho de tutela, em conformidade do disposto no artigo 226.º

Se o conselho de familia desprezar as prescripções legais, nem o juiz póde emendar a sua decisão, que só póde ser reformada em recurso para o conselho de tutela nos termos do citado artigo 226.º; recurso que póde ser interposto pelo tutor ou pelo curador.

O juiz não é superior ao conselho de familia; e por isso não póde o juiz de direito, quando sobe ao seu exame um inventario orphanologico, processado perante o juiz ordinario, para elle proferir o despacho da determinação da partilha, annullar as deliberações tomadas pelo conselho de familia sobre a approvação das dividas passivas dentro dos limites das suas attribuições, aindaque essas decisões sejam contrarias á verdade e á justiça.

Se o conselho de tutela se conformar com a decisão do conselho de familia terá esse auto força de execução apparellhada, que só possa ser embargada nos termos do artigo 617.º da reforma, ou rescindida nos casos em que as sentenças podem rescindir-se, ou poderá ainda appellar-se para a acção ordinaria? O auto da deliberação do conselho de familia ou a decisão do conselho de tutela n'este caso não tem a

força de sentença, que prive os interessados de recorrer aos meios ordinarios, porque esta deliberação tem antes o caracter de uma resolução administrativa, do que a natureza de uma decisão proferida em juizo contencioso.

Tambem alguns têm sustentado que o conselho de familia não pôde approvar nos inventarios de menores dividas passivas, que não sejam fundadas em titulos legaes, e sem que estes lhe sejam presentes, e apoiam esta sua opinião nos seguintes argumentos: 1.º em que o codigo no artigo 224.º n.º 10.º declara que o conselho de familia *verifica a legalidade das dividas passivas do menor*, d'onde se mostra que o conselho não tem arbitrio para reconhecer dividas senão em presença dos titulos legaes com que os credores devem apresentar-se no processo de inventario; 2.º em que já a novissima reforma judicial determinava no artigo 414.º que se observaria a respeito das dividas, assim activas, como passivas, o que fosse assentado pelo conselho de familia, e que as portarias de 18 de novembro de 1836, de 14 de março e de 24 de abril de 1840, de 12 de fevereiro de 1845, e outras, determinaram que, para serem attendidas as dividas, não bastava a declaração do inventariante, mas que era preciso apresentar os titulos, de modo que ellas estivessem concludentemente provadas, aliás deviam ser remetidos os credores para os meios ordinarios; 3.º em que o artigo 2077.º manda acompanhar a descripção das dividas activas e passivas da declaração dos titulos, em que se fundam, e em que o § unico do artigo 2118.º ordena que os credores, que concorrerem ao inventario, pedindo o pagamento dos seus creditos, deverão apresentar os titulos, em que se funda o seu direito.

Reputámos porém injuridica semelhante opinião. Os artigos 2077.º e 2118.º referem-se à declaração e apresentação dos titulos, em que se fundam as dividas, mas não determinam que ellas não possam ser approvadas, não constando dos titulos. Pelo contrario no artigo 224.º n.º 10.º dá-se ampla auctorisação ao conselho de familia para verificar a legalidade das dividas, sem se tornar essa verificação dependente da existencia de titulos, e não se pondo a essa auctorisação outras limitações senão o assentimento dos interessados maiores.

Demais, ou a divida conste de titulo ou não, é sempre necessario verificar a sua legalidade, isto é, examinar se o pedido tem fundamento juridico, e essa apreciação nem depende só da prova, nem esta se faz exclusivamente por documentos.

Nem pôde admitir-se que o conselho de familia só tenha jurisdicção para approvar as dividas, que constam de titulos, poisque quanto ás que d'elles não constam é que pôde ser mais proveitosa a intervenção do conselho para as approvar, sabendo que são verdadeiras, evitando assim aos orphãos as despezas de uma demanda, que lhes poderia comprometter a sua fortuna.

Julgámos porém necessario que essas dividas constem da declaração do inventariante ou cabeça de casal que as descreva no inventario, ou que constem de documentos legaes, que sejam presentes ao conselho, porque o conselho de familia pôde approvar as dividas descriptas, mas não pôde descrevê-las elle mesmo.

Tambem não reputámos necessario, como alguns pretendem, que, para o conselho de familia auctorisar o pagamento das dividas, aliás descriptas e comprovadas com os titulos respectivos, seja indispensavel que os credores concorram ao inventario, pedindo o pagamento dos seus creditos.

Nenhum artigo do codigo exige esta circumstancia, e antes parece inferir-se dos artigos 224.º n.º 10.º, 2077.º, 2115.º, 2117.º, 2118.º e 2120.º;

que o comparecimento dos credores a pedirem os seus creditos não é indispensavel para o conselho de familia poder auctorisar o pagamento das dividas.

Logoque o conselho de familia verifique a existencia e a legalidade de um credito sobre a herança, deve auctorisar o seu pagamento, independentemente de solicitação do credor, para evitar assim aos menores os sacrificios e as despezas de uma acção judicial.

Nos inventarios de maiores dispõe o codigo, que só serão attendidas as dividas, concordando todos os interessados.

Parece porém mais rasoavel a jurisprudencia reconhecida pela relação de Lisboa em accordão de 7 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito*, 2.º anno, n.º 8, em virtude da qual, no caso de desacordo entre os coherdeiros sobre a approvação das dividas passivas, attendem-se na parte respectiva aos coherdeiros, que as confessam, e rejeitam-se na parte relativa aos que as negam.

O reconhecimento de um credito, feito em inventario pelo conselho de familia, e a designação de bens para o seu pagamento, não importa constituição de hypotheca, porque a lei a não concede n'este caso, e o conselho de familia só a pôde fixar na hypothese do artigo 919.º, que é muito diversa.

Neste sentido julgou a relação do Porto em accordão de 27 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 233, declarando-se no accordão que este acto juridico não podia ser admitto a registo no livro de hypothecas (modelo E), e que o mais a que poderia ter direito era ao registo no livro de inscrições diversas (modelo F).

Se o conselho de familia approvar ou rejeitar com manifesta injustiça quaesquer dividas passivas fica livre ao menor a acção competente para exigir dos membros do conselho a responsabilidade por perdas e damnos, se da parte d'elles houver dolo ou culpa.

**Art. 2119.º** O pagamento, nos casos em que for admissivel, será feito, nos inventarios de maiores, em dinheiro ou em bens separados para esse fim.

§ unico. Se o credor não quizer receber os ditos bens, serão estes vendidos em hasta pública, e será pago o mesmo credor pelo producto d'elles.

**Art. 2120.º** Nos inventarios de menores, ou de pessoas semelhantes, será o pagamento feito em dinheiro, ou, não o havendo na herança, em moveis ou immoveis; mas em tal caso, serão os bens postos em praça, e só não havendo lançador, serão adjudicados ao credor, querendo este recebê-los pela sua estimação.

(Vid. artigos 2151.º e 2152.º) Tanto nos inventarios de maiores, como nos de menores, as dividas, cujo pagamento for approvado, serão satisfeitas em dinheiro, havendo-o na herança, ou em bens separados para esse fim; com a unica differença de que nos inventarios de maiores só vão à praça os bens para ser pago o credor pelo producto d'elles, quando elle não quizer recebê-los pelo preço da avaliação, e nos inventarios de menores só podem ser adjudicados ao credor, depois de postos em praça e de não haver lançador.

Disposição quasi igual se encontrava no artigo 415.º da novissima reforma judicial, onde se determinava que os bens dos orphãos não

poderiam ser dados em pagamento aos credores pelo preço das avaliações, senão depois de terem sido postos em praça com as formalidades legais, e de não ter havido lançador, que desse maior preço que o da avaliação.

Cremos que não pôde admitir-se n'este caso a excepção reconhecida no artigo 267.º, de ser encarregado o tutor de vender particularmente os bens mobiliarios, que pelo seu insignificante valor não valha a pena de levar á praça. Aqui, além do interesse do menor, ha que attender ao interesse do credor, a quem convirá a venda dos bens em praça com publicidade e concorrência. Porém com accordo dos credores bem poderá dispensar-se a praça, e proceder-se nos termos da excepção estabelecida no citado artigo 267.º

Na separação de bens para pagamento de dividas devem observar-se as regras prescriptas nos artigos 2151.º e 2152.º, salvo quanto aos inventarios de maiores ou accordo dos interessados em contrario. Em virtude dos preceitos estabelecidos n'aquelles artigos, ou da boa razão, contida n'aquelles preceitos, devem ser preferidos para a venda os bens moveis, cuja alienação não prejudica tanto o casal, como a dos immobiliarios, porque ordinariamente aquelles não rendem, e estes produzem quasi sempre rendimento. D'entre os moveis devem escolher-se os menos preciosos, que não fazem tanta falta aos menores, e os de mais difficil conservação para evitar as despezas d'essa conservação.

Aos credores não compete fixar o preço em que têm de ir á praça os bens dos menores, nem deliberar a esse respeito, como alguém já suppoz.

A venda dos bens dos menores regula-se pelos artigos 267.º e seguintes, sendo previamente verificado o seu valor, e estabelecendo o conselho de familia o minimo preço venal, que para a primeira praça não pôde ser inferior ao da avaliação. Se o intuito preço for superior á avaliação, e não houver lançador, faz-se segunda praça pela avaliação, e, se nem assim tiverem lançador, determina o conselho de familia o preço por que devem voltar á praça.

Se nem assim tiverem lançador serão adjudicados ao credor, querendo este recebê-los pela sua estimação.

Só n'estas circumstancias é que têm de ser ouvidos os credores, aos quaes não compete resolver acerca do preço por que os bens têm de ir á praça.

A disposição do artigo 2125.º respeita sómente ao direito de preferencia ou de rateio, sobre que é livre aos credores resolverem como entenderem, mas só a esse respeito, e não acerca do preço por que os bens devem ir á praça.

A relação do Porto julgou em accordão de 19 de dezembro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, 4.º anno, n.º 9, que não se podia mandar abrir licitação e arrematação de bens litigiosos, porque em presença dos artigos 2120.º e 2129.º só podem recair estes actos em bens partiveis da herança, que não são os litigiosos.

É porém insustentavel a doutrina contida n'esta decisão. Os bens litigiosos são partiveis, e susceptiveis de licitação e arrematação, e em geral de alienação, apenas com as restricções prescriptas nos artigos 785.º § unico e 1563.º

Tambem já na imprensa juridica se discutiu, se a provisão do artigo 2120.º é de tal modo preceptiva, que, auctorizado pelo conselho de familia o pagamento das dividas, devam estas ser pagas logo pelos bens da herança, aindaque os credores não exijam o seu pagamento, e seja útil aos menores o paga-las pelos rendimentos salvando o capital,

Este ponto porém não pôde ser objecto de duvida em face do código. O artigo 2120.º providencia sobre a fórma do pagamento das dividas nos inventarios de menores, mas nem determina que ellas sejam pagas logo, nem a sua disposição é absolutamente obrigatoria.

O conselho de familia, por força do disposto no artigo 224.º n.º 10.º, tem ampla auctorisação para regular o pagamento d'essas dividas.

**Art. 2121.º** Se os immoveis da herança se acharem onerados com hypothecas, ou com prestações remiveis, qualquer dos coherdeiros poderá exigir, havendo dinheiro disponível na herança, que os ditos encargos sejam remidos antes da partilha.

**Art. 2122.º** Se os immoveis entrarem em partilha com os sobreditos encargos ou com quaesquer outros, serão estimados como se taes encargos não tivessem; deduzir-se-ha depois o capital correspondente ao encargo, e o herdeiro, que ficar com o immovel, pagará exclusivamente o dito encargo.

**Art. 2123.º** O coherdeiro, que, por effeito de hypotheca, cujo encargo não fosse descontado, pagar mais do que a parte que lhe competir na divida commum, só terá regresso contra os outros coherdeiros pela parte que a cada um d'elles tocar, em proporção da sua quota hereditaria, e isto ainda quando o coherdeiro, que houver pago, se tiver feito subrogar nos direitos do credor.

§ unico. Em caso de insolvencia de algum dos coherdeiros, será a sua parte repartida entre todos proporcionalmente, se ao tempo da partilha o encargo era desconhecido, ou era questionada a sua existencia.

Todas as prestações remiveis, como hypothecas e quaesquer onus atrazados, são a cargo da herança, artigo 1845.º § unico. Como as prestações com hypotheca, ou quaesquer outras prestações remiveis, são exigiveis do possuidor dos bens onerados, que teria de pagar essas prestações por inteiro, por causa do principio da indivisibilidade do encargo, e de sustentar depois uma acção contra os coherdeiros por via da sua quota parte: para evitar este rodeio de acções, que poderiam ser renovadas muitas vezes, qualquer dos coherdeiros tem direito de exigir que antes de feitos os lotes se rimam aquelles encargos, se houver para isso dinheiro disponível na herança.

Se porém nenhum dos coherdeiros exigir aquelle pagamento, ou se não houver dinheiro na herança, ou se se convencionar outra cousa, offerece o código um meio de evitar essa multiplicidade de acções, que é entrarem os bens em partilha com a deducção do capital correspondente ao onus, e pagar o encargo o herdeiro que ficar com o immovel.

O código manda avaliar a propriedade, onerada com encargos, como se taes encargos não tivera, e depois deduzir o capital correspondente, e entrega-la por este preço ao herdeiro com obrigação de pagar o onus.

Assim a propriedade hypothecada a uma renda de 5.000 réis vale 1.000.000 réis livres do encargo, por isso avalia-se em 1.000.000 réis; e como os 5.000 multiplicados por 20 representam um capital de 100.000 réis, deduz-se este capital, sendo assim a avaliação definitiva, de 900.000 réis; mas o coherdeiro, em cujo lote ella cair, fica com o encargo do pagamento da renda que lhe foi abonada a final na avaliação.

Se o immovel onerado passar ao coherdeiro sem o desconto do onus, nem por isso elle fica pesando exclusivamente com o encargo, porque pôde pedir depois aos coherdeiros a sua quota respectiva. Porém o coherdeiro, ainda quando se subrogaue nos direitos do credor, fica sem as vantagens da subrogação, em virtude da sua qualidade de herdeiro, que não lhe permite demandar os coherdeiros solidariamente, mas só a cada um pela sua quota parte.

Tambem supportam todos os coherdeiros proporcionalmente a perda resultante da insolvencia de algum, como succede em geral nas partilhas. Pela evicção e pela insolvencia respondem todos, nos termos prescritos nos artigos 2123.º e 2159.º a 2161.º

Por exemplo, tem de repartir-se uma herança por um filho do auctor da herança e por dois netos, filhos de outro filho já morto, pertencendo consequentemente ao filho ametade da successão, e a cada um dos netos a quarta parte. Se o predio hypothecado a uma divida de 1.200.000 réis cae no lote de um dos netos, o este é obrigado a paga-la por inteiro ao credor, pôde dirigir-se contra o tio por 600.000 réis, e contra o irmão por 300.000 réis; e, se o irmão está insolvel, da perda de 300.000 réis, que este deveria pagar, supporta o tio 200.000 réis, e o neto 100.000 réis. É o que dá a proporção, e o que determina o artigo.

A commissão revisora, acrescentando ao § unico do artigo 2123.º as palavras «se ao tempo da partilha o encargo era desconhecido, ou era questionada a sua existencia», que não vinham no projecto primitivo, nem no artigo 876.º do codigo civil francez, sua fonte, dá a entender que, no caso de ser ja conhecido o encargo, pesa sobre o herdeiro toda a responsabilidade da insolvencia do coherdeiro.

Esta modificação explica-se pelo disposto nos artigos 2121.º e 2122.º, vistoque o herdeiro devia ter exigido a remissão do encargo antes da partilha, ou que o immovel gravado tivesse avaliação, nos termos do artigo 2121.º. Se não usou do direito que lhe concedem os artigos 2121.º e 2122.º, presume-se que tomou sobre si o pagamento da totalidade do encargo, e que renunciou ao direito de exigir de cada um dos coherdeiros o seu respectivo quinhão.

Art. 2124.º Os titulos de execução apparelhada contra o auctor da herança, terão a mesma força contra os proprios herdeiros, mas não poderão os credores proseguir na execução, sem que os herdeiros sejam habilitados e novamente citados, com o praso de dez dias, a fim de pagarem ou de se proseguir nos termos da execução.

(Vid. nota ao artigo 2030.º)

Art. 2125.º Se as dividas attendiveis excederem a massa da herança, e os credores concordarem no rateio ou nas preferencias, que possam dar-se, observar-se-ha o seu accordo;

se não se accordarem, soccorrer-se-hão aos meios competentes.

(Vid. nota ao artigo 2036.º)

## SUB-SECÇÃO V

### DA LICITAÇÃO E DA PARTILHA

Art. 2126.º Feita a descripção e avaliação como dito é, serão ouvidos os interessados sobre a fôrma da partilha, e, se algum d'elles pretender licitar algum predio ou outro objecto, assim o declarará na sua resposta.

Licitação é o acto pelo qual algum dos coherdeiros ou comproprietarios offerece por algum ou alguns dos bens communs preço superior ao da avaliação, para lhe serem imputados em sua sorte. O seu fim é o augmento da massa partivel, augmento que interessa a todos os coherdeiros, e corrigir a má avaliação quando os bens estão abaixo do seu justo preço.

Antes da publicação da novissima reforma judicial não havia lei entre nós que reconhecesse a licitação. O direito romano reprovava-a abertamente.

As nossas ordenações nem nas cousas indivisiveis admittiam a licitação, como se mostra do livro IV, titulos xcvi e cxvii, que tratavam da partilha e das collações, sem fallarem em parte alguma da licitação; e até alguns a reputavam implicitamente condemnada pela citada ordenação, livro IV, titulo XI, que prohibe obrigar o herdeiro a vender a parte que tem na coisa commum, e porque sendo a licitação uma especie de alienação, não podia ter logar a respeito de bens de orphãos sem se verificarem os requisitos marcados na ordenação, livro I, titulo LXXXVIII, §§ 25.º e 26.º

Talvez os nossos antigos legisladores entendessem que a licitação occasionava sempre dissensões entre os coherdeiros, e acarretava muitas vezes a ruina dos licitantes, que por mal entendidos caprichos elevavam o preço das cousas a valor exagerado. Não consideravam a licitação como meio de corrigir a má avaliação; porque, se os bens da herança estavam avaliados no seu justo preço, conceder a licitação era dar ao coherdeiro licitante o direito de escolher os bens que queria na sua legitima, o que era da exclusiva competencia do juiz; e, se os bens não estavam avaliados no seu justo preço, lá tinham os coherdeiros o remedio na plenitudem da ordenação, livro III, titulo XVII, § 5.º, e titulo LXXXVIII, § 2.º

A licitação, admittida pelos praxistas, appareceu pela primeira vez em lei portugueza no decreto de 18 de maio de 1832, artigo 17.º, que está transcripto no artigo 411.º da novissima reforma judicial, e com o intuito de corrigir os defeitos da avaliação segundo se mostra da redacção das respectivas provisões leaes.

Mesmo antes do citado decreto de 18 de maio de 1832, que admittiu as licitações, fazendo especial menção da vista que devia dar-se nos inventarios aos interessados, não só para licitarem, como para dizerem sobre a fôrma da partilha, já no fóro se ia introduzindo a praxe, autorisada pelas opiniões dos doutores, de fazer licitações.

Assim a licitação nos inventarios foi entre nós admittida pela praxe do fóro desde antigos tempos, como meio util para corrigir a má avaliação dos bens hereditarios.

Passou a mesma disposição para a novíssima reforma judicial, mas, como por este systema a licitação tinha unicamente por fim o augmento da massa partível, para pôr um dique ao capricho dos coherdeiros opulentos, restringiu-se o direito de licitar ás propriedades que provavelmente coubessem na legitima do licitante, e foram prohibidas as relicitações.

Pela novíssima reforma judicial, artigo 411.º, a licitação só era permitida em bens immoveis, restricta á quota provavel do licitante, e admissivel só entre coherdeiros. Parece que não tinha em vista senão corrigir o vicio da avaliação, que aliás podia ter remedio nas disposições das ordenações, livro III, titulo XXXVII, e titulo LXXXVIII, § 2.º

O codigo porém não poz limites alguns ao direito de licitar. Pelo contrario, permite a cada um dos coherdeiros a licitação em todos os objectos da herança, quer mobiliarios, quer immobiliarios.

E, longe de prohibir as relicitações, manda proceder na licitação como se fora em acto de arrematação.

O codigo civil pois admitiu a licitação em termos amplissimos, permitindo a qualquer licitar todos os bens da herança, e até faze-los ir a praça.

A licitação saiu pois dos estreitos limites que lhe marcavam o artigo 17.º do decreto de 18 de maio de 1832, as portarias de 7 de outubro de 1835 e de 30 de novembro de 1839, e outras, e a novíssima reforma judicial, porque em virtude d'estas disposições parecia destinada unicamente a augmentar o valor dos predios licitados, sem dar sobre elles direito aos licitantes, com o que se conformou a relação do Porto em accordo de 9 de janeiro de 1844, citado por Correia Telles, *Addições á doutrina das acções*, pag. 14.

Correia Telles conformou-se com as doutrinas da relação, que julgou que o licitante não adquiria pela licitação um direito inaufervel aos bens licitados, podendo o juiz reparti-los em diversos lotes, se assim o pedisse a boa igualdade, aliás podia qualquer dos coherdeiros lançar uma pequena quantia sobre a avaliação dos melhores bens, e ficar com elles, certo de que nenhum dos outros coherdeiros lhe faria affronta, visto ter dito sobre a forma da partilha, e não ter licitado, e serem prohibidas as relicitações.

Pela legislação do codigo tem a licitação o caracter de arrematação, dando assim aos licitantes o direito de preferencia sobre os bens licitados, e mandando nas partilhas inteirar os não licitantes n'outro tanto, artigo 2139.º

Assim na materia de licitações e partilhas introduziu o codigo profundas alterações na legislação anterior, havendo tambem differenças importantes entre o projecto primitivo e o systema a final adoptado pela commissão revisora.

As differenças principaes entre as doutrinas do codigo e as do projecto primitivo conhecem-se da simples comparação do artigo 2126.º com o correspondente (2301.º) do projecto, que era redigido nos seguintes termos: «Feita a descripção e avaliação, como dito é, serão ouvidos os interessados sobre a forma da partilha; e, se algum d'elles pretender licitar algum predio, ou objecto, que não possa dividir-se por sua natureza, ou sem detrimento, mas que provavelmente caiba no seu lote, assim o declarará em sua resposta».

O sr. Seabra, expondo o seu systema n'esta materia em resposta ás observações do sr. dr. Paes, dizia:

«Admittimos no caso de partilhas duas especies de licitação — a licitação propriamente dita, e a licitação entre estranhos, vulgarmente arrematação.

«A licitação, segundo a nossa doutrina, artigo 2301.º (2126.º do codigo) só pôde ter lugar em objectos que não possam dividir-se por sua natureza ou sem detrimento, mas que provavelmente caberão nos lotes.

«O fim d'esta licitação é proporcionar aos herdeiros, não um meio de escolherem os objectos que desejarem, com lesão dos outros, mas de obterem o que, em razão de circumstancias especiaes, pôde ter para elles na realidade um valor maior, *verbi gratia*, a proximidade na situação dos predios, a sua idoneidade para o exercicio de certa industria, etc., e isto com utilidade commum dos herdeiros.

«A arrematação ou licitação entre estranhos só pôde ter lugar havendo objectos que não caibam nos lotes, e que não possam dividir-se sem detrimento, artigo 2313.º (2143.º do codigo).

«Esta arrematação tem por fim livrar os coherdeiros de tornas muitas vezes impossiveis, e evitar divisões prejudiciaes.

«N'este segundo caso é absolutamente indispensavel admittir estranhos, e esta doutrina é geralmente seguida desde a lei 3.ª cod. *comm. divid.* — *etiam si estraneo emptore admissio*. No primeiro caso porém, aindaque no direito francez e de outras nações são tambem admittidos estranhos, entendemos que o não devem ser, não pelas razões adduzidas pelo nosso sabio revisor, mas porque o fim d'estas licitações não é propriamente (segundo as nossas idéas) augmentar os valores, mas attender á melhor collocação e divisão dos objectos em relação ás circumstancias especiaes dos herdeiros».

No projecto primitivo o artigo (2304.º) correspondente ao artigo 2130.º do codigo era redigido nos seguintes termos: «Nos inventarios de menores ou similiaes serão admittidas a licitar quaesquer pessoas estranhas.»

Contra esta doutrina logo reclamou o sr. dr. Paes, dizendo que a licitação feita por estranhos em inventarios de menores era uma novidade no nosso direito, que só a admite entre os coherdeiros, e que o systema da lei velha não devia ser alterado, porque dava occasião a saírem os bens para fóra da familia sem ser por execuções ou vendas voluntarias, e a que um especulador agiota podesse tirar grandes lucros d'esta medida, e tanto mais que o projecto não admittia a mesma jurisprudencia nos inventarios entre maiores.

Em vista d'estas considerações, comquanto o pensamento do illustrado auctor do projecto, admittindo pessoas estranhas a licitar nos inventarios de menores, fosse de certo garantir e augmentar os interesses d'estes pela concorrência na praça, o sr. Seabra retirou o artigo, dizendo que a sua doutrina só poderia ter lugar em relação ao disposto no artigo 2314.º (2146.º do codigo), mas que podia dispensar-se, porque esta materia estava nas regras geraes das arrematações.

A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão alterou esta doutrina, dando ao artigo a redacção que elle tem no codigo, e introduzindo de novo o artigo 2129.º

É muito combatido este systema, porque o coherdeiro na centesima parte da herança, por exemplo, pôde obrigar sem trabalho a irem á praça todos os bens, licitando n'elles, sem se responsabilisar pelo deposito do valor excedente ao seu quinhão.

Se um herdeiro quizer privar todos os coherdeiros dos bens da successão, vende o seu direito, e o cessionario, se é rico, vem como interessado fazer pôr em praça todos os bens da successão, e comprá-los, ficando os herdeiros compostos a dinheiro.

Tambem quasi todos os juizes se insurgem contra este amplissimo systema de licitação, e attestam com a sua pratica que o acto de licit-

tação é na maxima parte dos casos causa de dissensões e odios entre os coherdeiros.

E escusado é dizer que o cessionario de qualquer coherdeiro representa n'estes actos a posição de *interessado*, e não a de *estranho*, porque, como representante do cedente, tem porção nas cousas partiveis.

Tem estes inconvenientes o systema do codigo, mas é lei.

Alguns vêem na licitação a expropriação forçada dos bens dos coherdeiros, cujo dominio passou para elles logo á morte do auctor da herança, nos termos do artigo 2011.º, reputando-a contraria ao artigo 145.º da carta. Esta razão porém não procede. Antes da partilha, que é acto posterior á licitação, nenhum coherdeiro tem a *propriedade exclusiva* de quaesquer bens da herança, artigo 2158.º

Pelo codigo recae a licitação sobre *predio ou outro objecto*. É porém necessario que recaeia sobre *todo* o predio ou objecto, e não sobre parte, não só em vista da redacção do codigo, mas porque a avaliação abrange a totalidade, e não parte do objecto, e porque com a separação poderia depreciar-se o valor que ás propriedades teriam quando conjunctas.

Em accordão de 13 de fevereiro de 1874, publicado no jornal *O Dirheiro*, 6.º anno, n.º 21, julgou a relação do Porto que era admissivel a licitação nos bens doados, poisque aos paes não era permittido doar a um filho todos os bens com a obrigação de o donatario cumprir a dinheiro as legitimas dos outros coherdeiros.

Sobre os bens conferidos porém não pôde recair a licitação, e assim era já por direito antigo; sem embargo de respeitaveis opiniões em contrario.

Em sentença de 17 de junho de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou o juiz de direito de Oliveira de Azemeis, que não tem logar nos bens conferidos a licitação, mas apenas a rectificação da avaliação, e que esta ha de ser feita com referencia á epocha da doação, nos termos do artigo 1790.º § 2.º do codigo; e que por direito antigo tambem não eram admittidas as licitações em taes casos, por oppostas ao preceito da ordenação, livro iv, titulo xcvi §§ 13.º e 14.º, e tambem por não estarem os respectivos bens na massa da herança, mas no dominio e posse dos dotados.

Para se admittir a licitação no dote conferido era preciso reconhecer que o conferente tinha no mesmo apenas dominio resolovel, e com obrigação de restitu-lo em substancia á massa da herança quando se abrisse a successão. Pela lei antiga, ordenação, livro iv, titulo xcvi, § 14.º, o donatario era obrigado a trazer á collação os proprios bens, e, tendo-os alheado, o preço que elles valiam ao tempo que lhe foram dados em casamento. Pela mesma ordenação, § 4.º, se elle ainda possuia á abertura da successão os bens dados em casamento, tinha a escolha de serem avaliados pelo que valiam ao tempo da doação ou ao tempo da morte do doador.

No direito moderno mais clara é ainda esta doutrina. O artigo 2139.º excluiu tambem da licitação os bens conferidos, deixando-os aos conferentes, e mandando inteirar os mais coherdeiros em outro tanto.

Para ficar pois bem claro o principio de que os bens trazidos á collação continuam a pertencer ao conferente, e de que por consequencia são excluidos da licitação, determinou a lei que os não conferentes fossem inteirados em outro tanto, e descreveu o modo de fazer esse inteiramento, artigos 2109.º e 2110.º

Tambem a collação se faz, não em substancia, isto é, trazendo o donatario para a massa da herança os bens que recebeu, mas sim pelo valor das cousas doadas ou dotadas ao tempo do dote ou doação,

ainda que entao não fossem estimadas, artigo 2107.º, o que necessariamente as exclue da licitação, onde os licitantes augmentara o valor a seu arbitrio.

Por isso o artigo 2128.º dispõe que, se a declaração do licitante recair em cousa em que algum coherdeiro haja de ser necessariamente encabeçado, poderá este impugnar a licitação.

Pela reforma eram prohibidas as relicitações, e pelo codigo são admitidas, porque se procede n'este ponto como se fôra em acto de arrematação. Assim, está na mão de qualquer herdeiro fazer passar ao poder de estranho todos os bens da successão, pagando-se aos coherdeiros em dinheiro, se elle quizer licitar, e se não obrigar a entrar logo em deposito com o valor excedente á sua quota, nos termos do artigo 2129.º

Ao legislador foi indifferente que os coherdeiros ficassem chorando pelos penates, arrebatados pelo coherdeiro rico, contantoque este pagasse os seus capichos ou amor ao lar domestico por subido preço.

Por isso a segunda avaliação, de que trata o § 4.º do artigo 27.º da lei de 16 de junho de 1855, é supprida hoje pelas licitações, excepto no caso do artigo 2128.º do codigo, que permite a rectificação da avaliação.

A licitação é permittida só aos *interessados*, isto é, aos que têm porção nos bens partiveis, nos termos do artigo 2127.º, e não aos credores e legatarios, que aliás podem concorrer ao processo de inventario.

O maior valor dado aos bens pela licitação não se reputa adquirido. Presume-se que esse augmento representa o valor primitivo dos bens. A licitação serve apenas para corrigir os defeitos das avaliações.

Os interessados, quando são ouvidos sobre a fórma da partilha, podem licitar. Dá-se-lhes vista para ambas as cousas ao mesmo tempo, artigo 411.º da reforma, sendo a vista pela ordem da junção das procurações, excepto ao cabeça de casal e inventariante, a quem se dá vista em ultimo logar, mas antes do curador, porque esse é o ultimo a ser ouvido.

Tambem já na imprensa juridica se discutiu se o codigo civil tinha revogado o preceito do artigo 411.º da novissima reforma judicial, que concede vinte e quatro horas peremptorias a cada um dos interessados para exporem o que lhes convier sobre a fórma da partilha.

Sustentam alguns que aquelle preceito foi revogado pelo codigo, até porque é demasiadamente curto o praso ali estabelecido para responder sobre a fórma da partilha, onde ás vezes se tratam questões muito intrincadas; e que, não havendo no codigo praso marcado para a referida vista, deverá elle ser fixado pelo prudente arbitrio do juiz, por argumento do disposto no artigo 2050, vistoque ha praso marcado para se concluir o inventario, § 1.º do artigo 2064.º

No entretanto o codigo, mandando dar vista aos interessados para dizerem sobre a fórma da partilha, não determina por que tempo se ha de dar essa vista, mesmo porque esse assumpto tem mais cabimento na lei do processo.

Sendo assim omissa a lei nova sobre uma especie da competencia da legislação do processo, ha de observar-se a lei respectiva vigente enquanto não se publicar o novo codigo de processo.

Porém, assim como ao coherdeiro é permittido licitar quando julga baixa a avaliação, assim lhe é licito declarar o preço em que reputa a dita cousa quando julgar exorbitante a avaliação, artigo 2132.º Devia conceder-se esta faculdade de reclamar contra a avaliação quando ella é exagerada, pela mesma razão por que é permittido reclamar contra ella quando é baixa.

Por este modo se evita a segunda avaliação que, por impugnação da primeira, podia fazer-se nos termos do citado § 4.º artigo 27.º da lei de 16 de junho de 1855.

O certo é que quem disser sobre a forma da partilha, e então não licitar, não pôde mais ser admitido a licitar, § 1.º do citado artigo 411.º da reforma, e que por analogia quem disser sobre a forma da partilha sem declarar o verdadeiro preço em que reputa a cousa, por achar exorbitante a avaliação, não pôde mais accusar esta de exagerada.

Pela mesma razão quaesquer declarações sobre a licitação anteriores ao acto da vista sobre a forma da partilha não prejudicam o direito de licitar. Neste sentido decidiu a relação de Lisboa em accordão de 12 de outubro de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 4, 5.º anno.

Tambem julgámos applicavel ás doutrinas do codigo a decisão proferida pelo supremo tribunal de justiça em accordão de 15 de outubro de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 249, de 2 de novembro do mesmo anno, julgando que as partilhas nos inventarios de menores devem ser feitas em harmonia com o artigo 404.º e seguintes da novissima reforma judicial, sem que n'ellas possam ter logar os accordos permittidos nos inventarios de maiores, porque de outra sorte mal seriam garantidos os justos interesses dos menores.

Convem igualmente notar que as disposições do codigo são applicaveis a todos os inventarios, tanto de maiores como de menores, instaurados depois da sua promulgação, ainda que tivesse logar antes a morte do auctor da herança, porque as leis de processo são applicaveis a todas as acções que se installam em juizo depois da sua publicação, ainda para tornar effectivos os direitos provenientes de actos juridicos nascidos antes da promulgação d'essas leis.

Art. 2127.º A licitação precederá o acto da partilha, sendo citados todos os interessados, e entre elles, tão sómente, se procederá, como se fôra em acto de arrematação.

(Vid. artigos 2129.º e 2132.º a 2137.º) No projecto primitivo vinha este artigo collocado depois dos artigos correspondentes aos artigos 2128.º e 2129.º do codigo, e assim se conservou nos dois primeiros projectos da commissão revisora. Só no ultimo se lhe deu a collocação que tem hoje no codigo.

A lei nova admite a licitação nas cousas indivisas, artigo 2126.º, nas indivisiveis por sua natureza, artigo 2145.º, e nas indivisiveis por disposição da lei, artigo 1662.º

Se a declaração recae na hypothese do artigo 1662.º ha apenas partilha do valor, e não da especie, do objecto licitado.

Se recae na hypothese do artigo 2145.º faz-se vistoria, para declarar a cousa indivisivel por sua natureza ou sem detrimento, se ácerca d'isso se levantarem duvidas, e se as partes licitantes a requererem, ou o juiz a julgar precisa, reforma judicial, artigo 467.º, e codigo civil, artigo 16.º

O artigo 2135.º contém disposição identica á do artigo 2129.º para o caso de ser exorbitante a avaliação e de haver declaração de que se aceita a cousa licitanda pelo preço da avaliação.

Quando houver disputa sobre a quota hereditaria do coherdeiro licitante, como ha de calcular-se o valor do excesso para entrar em deposito, nos termos do artigo 2129.º? Esta duvida só poderia resol-

ver-se pelo despacho, que dá forma á partilha, mas este despacho é posterior á partilha. Deve porém determinar-se na occasião da licitação a quota que pertence ao licitante, decisão esta que tem o caracter de interlocutoria, e que bem pôde ser alterada no despacho que der posteriormente a forma á partilha.

Os *declarantes*, artigos 2129.º e 2135.º, hão de entrar logo em deposito com o valor excedente á porção que devem ter nos bens partiveis. Pôde porém ser substituído o deposito por caução, como se infere dos artigos 2129.º, 2135.º e 2137.º, contra o que em especie analoga dispõe o artigo 606.º na novissima reforma judicial, que não admite a substituição do deposito por caução.

A lei devia obrigar a deposito n'estes casos para evitar as grandes facilidades nas licitações e nas arrematações, sem os licitantes ou arrematantes terem meios de pagar de prompto.

Pela novissima reforma judicial, artigo 411.º, a *declaração* sobre a licitação e a *licitação* fazem-se na mesma occasião, mas pelo codigo a *declaração* de que se pretende licitar e a *licitação* são dois actos distinctos. A *declaração* de que se pretende licitar é feita na occasião em que os interessados são ouvidos sobre a forma da partilha, e o acto da licitação é posterior a essa declaração, mas anterior ao acto da partilha, e ao despacho que determina a forma da mesma partilha.

Se a licitação fosse posterior ao despacho que determina a forma da partilha poderiam inutilisar-se completamente as determinações d'esse despacho.

A partilha legal não pôde existir antes da declaração de licitar, porque esta é feita quando o licitante é ouvido sobre a forma da partilha, artigo 2126.º

A licitação pois é impreterivel antes da partilha judicial, e para ella devem ser citados todos os interessados e os representantes dos menores, como decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 30 de julho de 1871, publicado no *Diario do governo* n.º 461 do mesmo anno.

Diz o accordão:

« Considerando que, sendo impreterivel a licitação antes da partilha judicial, licitação que envolve sempre a alienação do dominio commum, devem ser citados para ella todos os interessados, e os legitimos representantes dos menores com as auctorisações precisas do conselho de familia, como é determinado nos artigos 2127.º e 2130.º do citado codigo (codigo civil), etc.»

Para ter logar a licitação declara-se na resposta sobre a forma da partilha que se pretende licitar qualquer objecto ou objectos da herança, e ao mesmo tempo se designa o valor em que se tomam.

Entendem alguns que para a validade da licitação basta declarar o coherdeiro que *licita*, sem designar o valor. Parece-nos porém mais juridico que se fixe desde logo o valor em que se reputa o objecto, para servir depois de base á arrematação entre os interessados.

O juiz, logo que lhe sejam conclusos os autos, depois da resposta de todos os interessados, em vez de proferir a sentença dando forma á partilha, reúne primeiro os interessados para a licitação, se alguém declarou que queria licitar, ou para fixar a avaliação, nos termos dos artigos 2132.º a 2135.º, se foi arguida de exorbitante a avaliação com relação a alguma cousa.

Em ambos os casos tambem a fixação definitiva do valor pôde ter logar só entre os interessados, ou ser feita em hasta publica. A licitação em regra é feita só entre os interessados, artigo 2127.º Assim modificou a commissão revisora a doutrina do projecto primitivo, que admitia estranhos a licitar, como vimos.



A coisa leitada só é posta em hasta publica, verificando-se cummulativeamente dois requisitos: de exceder a porção do licitante, e de elle não se obrigar a entrar desde logo em deposito com o valor excedente, artigo 2129.º

Este artigo refere-se ao declarante, nos termos do artigo 2126.º, que todavia pôde não ser o licitante; e é ao licitante, e não ao declarante, que tem applicação o disposto no referido artigo 2129.º O declarante pôde ser supplantado por qualquer outro coherdeiro no acto da licitação, onde se procede como se fora em arrematação. E o que no acto da arrematação offerecer maior lance, que pôde não ser quem na resposta sobre a fórma da partilha declarou a sua pretensão de licitar, é quem fica obrigado a entrar no deposito com o valor excedente á sua porção, quando os bens leitados a excederem.

Assim cada um dos coherdeiros pôde licitar no inventario em todos os bens do casal. Mas se algum licitou em bens, cujo valor exceda a porção que lhe deve pertencer nos bens partiveis, e não se obrigou a entrar desde logo em deposito com o valor excedente, as cousas leitadas serão postas em hasta publica e arrematadas a quem mais der. Se taes bens não forem postos em hasta publica, e se adjudicarem sem esta formalidade ao licitante, é nulla a partilha por força do disposto nos artigos 10.º e 2129.º

Sustentam alguns que o direito de licitação não vae alem da quota provavel do licitante, e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que, se a licitação exceder o quinhão provavel do licitante, não poderão os restantes coherdeiros ser leitados *em outro tanto*, artigo 2139.º, com *lotes iguaes*, artigo 2140.º, e *em igual porção de bens do mesmo genero ou da mesma especie*, artigos 2142.º, 2144.º e 2182.º, sendo excepções unicas a este principio as determinadas no artigo 2128.º, quando o objecto seja indivisivel, ou quando algum coherdeiro tenha n'elle a maior parte;

2.º Em que o artigo 2129.º não regula hypothese differente da prevista no artigo 2128.º, que trata a mesma hypothese, prevenindo apenas um incidente d'ella, como se vê das palavras *«se a dita declaração»*, etc., que não é outra senão a do artigo 2128.º;

3.º Em que é preciso não confundir a declaração especial contida no artigo 2128.º com a declaração generica contida no artigo 2126.º, que o artigo 2128.º se tirou da generalidade do artigo 2126.º para a sua especialidade, e que o artigo 2129.º se não referiu á generalidade do artigo 2126.º, mas sim á especialidade já determinada no artigo 2128.º, isto é, á especialidade do caso em que a coisa fosse indivisivel, ou n'ella tivesse algum coherdeiro a maior parte, especialidade que se repete no artigo 2129.º, e á qual deve julgar-se subordinada toda a doutrina do artigo, considerando-se como um § d'aquelle;

4.º Em que o proprio artigo 2126.º limita o direito de licitar a *algun predio ou outro objecto*;

5.º Em que o artigo 2138.º do codigo, combinado com o artigo 411.º da novissima reforma judicial, leva a crer que os bens que têm de ser separados para preenchimento da meação e da terça ficam fóra da licitação, d'onde se vê que ella não pôde abranger todos os bens do casal;

6.º Em que, verificando-se pelos artigos supracitados que o direito de licitação é limitado, se o codigo lhe não assigna expressamente limites, deve assignar-lh'os o interprete, em conformidade com a sã razão, que manda tomar como limite a quota hereditaria do licitante.

N'este sentido julgou a relação de Lisboa por cinco votos conformes, em accordão de 17 de fevereiro de 1872, proferido entre partes

Venancio Alexandrino de França e D. Joanna Augusta de França, em recurso de agravo de instrumento vindo da comarca oriental do Funchal, contra o despacho do juiz que admittiu um coherdeiro que tinha direito a uma terça parte do casal, a licitar mais de ametade sem se obrigar a entrar no deposito com o excesso de valor, d'onde resultava damno irreparavel para os demais interessados.

Diz o accordão:

«Decidiu o despacho de fl. que era procedente a licitação feita a fl., embora na mesma se comprehenda mais de ametade do casal inventariado, e só de tres partes possa caber tertia ao licitante, a quem por o despacho recorrido se impunha a obrigação de depositar o excesso do preço.

«Contra este despacho allegaram os coherdeiros a fl.

«O artigo 2126.º do codigo civil admittie a licitação parcial: porém esta regra tem excepção marcada no artigo 2128.º, isto é, quando a mesma importa detrimento com a divisão, ou recae em coisa que tenha de ser encabeçada a outro coherdeiro, porque n'este caso rectificar-se-ha a avaliação. E ainda ha outra excepção no artigo 2129.º do codigo civil, isto é, quando a licitação excede a porção de bens partiveis que tem de haver o licitante, porque n'este caso, não depositando o excedente do valor, a hasta publica determinará o preço sobre a avaliação, e não se verificando esse acontecimento a licitação ter-se-ha como nenhuma, § unico do citado artigo.

«E que o valor excedente de que falla a lei se deve entender o parcial é limitado, é fora de duvida, porque do contrario os coherdeiros seriam offendidos com a alienação forçada que se lhes impunha, o que prohibe o artigo 2359.º do codigo civil, e porque as partilhas em regra fazem-se por lotes e sorteio, artigos 2138.º e 2140.º do codigo civil, e admittido o principio da licitação illimitada e a possibilidade da venda dos bens do casal por força da licitação, não haveria partilha, mas sim divisão do producto da arrematação, o que não pôde ter logar em inventarios senão como excepção aos termos marcados na lei, não sendo nenhum d'estes a licitação.

«Portanto dão provimento ao agravo e mandam que o juiz a quo reforme o seu despacho, fazendo intimar o licitante a fim de que limite a licitação ao valor provavel do que tem a haver na sua quota hereditaria, e quando haja algum excesso nos termos expostos dará então cumprimento á lei.»

Similhante opinião e jurisprudencia porém cae em presença do artigo 2129.º do codigo. Desde que o artigo permite ao coherdeiro a licitação, *sem limitação de especie alguma*, em cousas cujo valor exceda a sua quota, deve ser-lhe permitida a licitação em todos os bens do casal; e este é o espirito da lei, que estabeleceu um systema de licitação tendente a elevar quanto possivel o valor da successão, e a augmentar assim os interesses dos coherdeiros.

Quando a avaliação, em vez de ser arguida de baixa, for arguida de exorbitante, se os coherdeiros, sendo maiores, concordarem no preço declarado, regular-se-ha por esse preço, e não pelo da avaliação, a partilha, artigo 2133.º, sendo dispensada a praça.

Será igualmente dispensada a praça se algum dos coherdeiros, que seja maior, se prestar a tomar a coisa pelo valor da avaliação, apesar de reputada exorbitante, e entrar logo em deposito com o valor do excesso, se a coisa exceder a sua porção, salvo se, sendo os coherdeiros maiores, o dispensarem do deposito, artigo 2135.º

Portanto, no caso de ser declarada exorbitante a avaliação de alguns objectos, só vão á praça se algum dos interessados é menor, ou se,

sendo todos maiores, não concordarem no preço declarado, artigo 2134.º, ou se, tomando-os algum coherdeiro maior pelo preço da avaliação, e excedendo a sua quota, não entrar logo com o valor do excesso no depósito, ou não for dispensado do depósito.

Apesar de não parecerem equívocas as disposições do código que mandam ir à praça os bens licitados no caso de excederem a quota do licitante, e este não entrar logo com o dinheiro em depósito, salvo dispensa sendo todos maiores, já na imprensa periodica se tem levantado duvidas a este respeito, havendo quem sustente que ainda na praça publica só são admittidos a arrematar os interessados.

E porém insustentavel similhante optuão por contraria ás disposições terminantes da lei.

Os artigos 2129.º e 2134.º dispõem que as cousas licitadas, ou aquellas cujo valor foi taxado de exorbitante, serão *postas em hasta publica e arrematadas pelo maior lance*; e estas palavras em todos os logares do código onde se acham empregadas, e na linguagem das nossas leis, significam a venda com a maior e a mais absoluta concorrência em praça, entregando o porteiro o ramo verde, de que falla o regimento de 17 de outubro de 1516, capitulo LXX, a quem maior lance offerecer.

Este é o sentido natural das palavras da lei, que não distingue, para os effeitos da concorrência à praça, entre coherdeiros e estranhos.

E, para não haver duvida alguma a tal respeito, o artigo 2137.º regula o depósito do preço da arrematação quando a adjudicação é feita a *algun estranho*.

Parece que o legislador só preveniu que houvesse duvida a respeito do direito dos coherdeiros concorrerem, e por isso os chamou expressamente à praça, como dispõe o artigo 2136.º

Este artigo seria inutil se a praça fosse unicamente para os coherdeiros.

E é preciso notar que d'aqui não resulta contradicção entre os artigos 2127.º, 2129.º e 2134.º, porque cada um d'elles regula hypothese differente.

Convem igualmente observar que, cabendo o valor da licitação na legitima do licitante, não ha que pagar contribuição de registro, porque não ha ahí transmissão de propriedade; mas pelo excesso das porções hereditarias ha que pagar aquelle imposto, visto o preceito do § 5.º do artigo 7.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

Tambem não ha inconveniente em que se desista da arrematação sempre que os não licitantes cederem do direito ao depósito, a que é obrigado o licitante em conformidade do artigo 2129.º

O depósito obrigatório reconhecido no artigo 2129.º foi determinado para evitar aos não licitantes a difficuldade de haverem tornas do licitante; e este não pôde queixar-se de irem à praça os bens por elle não metter o preço em depósito, visto que ninguem o obriga a licitar, e a licitar em bens de valor excedente à sua porção.

O coherdeiro, que na escriptura antenucipal accitou em doação alguma propriedade por certo valor, não pôde arguir depois a avaliação de exorbitante, visto que elle accitou o valor dado na escriptura e tem a conferir esse mesmo valor, e não a substancia, artigo 2107.º, salvo o caso de se tratar de algum immovel que exceda a sua legitima e o valor da doação reduzida, porque então vem o immovel à collação em substancia, artigo 1500.º Pela mesma razão não podem os coherdeiros arguir de diminuto o valor dado à propriedade na escriptura de casamento.

Exceptua-se em ambas as hypotheses o caso de na avaliação ter havido erro, dolo ou coacção.

O legislador, desde que a licitação abrangia bens excedentes à quota do licitante, por mais insignificante que ella fosse, e este se não obrigava a entrar logo em depósito com o valor do excesso, lançou os bens na praça.

O artigo 2134.º comprehende uma hypothese inteiramente diversa e distincta d'aquellas duas, porque não se refere ao caso de licitação, mas pelo contrario ao caso de se achar excessiva a avaliação, e de dever ser rectificada pela concorrência na praça.

As palavras do artigo 2127.º «*como se fóra em acto de arrematação*» levantaram, logo no começo da execução do código, grande questão sobre se estas licitações eram verdadeiras arrematações, de modo que os empregados judiciaes recebessem por ellas os mesmos salarios e emolumentos que pelas arrematações.

Sustentaram alguns que em virtude d'aquellas palavras do artigo deviam observar-se nas licitações todas as formalidades das arrematações, substituidos apenas os editaes pela citação dos interessados, e pagar-se ao juiz os mesmos emolumentos, que assim devia lavar-se um auto ou acta geral, nos termos do artigo 603.º da novissima reforma judicial, do que occorresse durante a praça, e um termo especial da arrematação de cada propriedade, nos termos do artigo 605.º da mesma reforma, feitos pelo escriptivo e assignados pelo juiz, arrematante e preegoeiro, e que em virtude d'estes principios o emolumento pela licitação no inventario de maiores era o do artigo 22.º n.º 24.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, e no inventario de menores o do artigo 23.º n.º 10.º; contando-se o emolumento marcado n'estes artigos por cada auto especial de cada propriedade licitada.

Acrescentavam em abono da sua opinião que até no artigo 2137.º se emprega o termo «*arrematação*», não fallando já nos artigos 2129.º e 2134.º, que abrangem indubitavelmente especies de arrematação, e que n'aquelle mesmo artigo se emprega o termo «*adjudicação*», tratando-se de licitações.

Disseram outros que as palavras «*como se fóra em acto de arrematação*» significavam que a licitação não era verdadeira arrematação, e que portanto não se deviam emolumentos, como pelas arrematações nos inventarios, salvo nos casos dos artigos 2129.º e 2134.º, em que ha realmente arrematação; mas que o acto de licitação, marcado no artigo 2127.º, correspondia á conferencia do § 1.º do artigo 299.º da novissima reforma judicial, porque o fim n'um e n'outro caso era o mesmo — regular a partilha —; e que portanto devia corresponder-lhe o emolumento do n.º 29.º do artigo 22.º da tabella *verbis, pelo auto da conferencia*, em virtude da disposição do n.º 19.º do artigo 23.º da tabella, que diz «*em todos os mais autos*», etc.

Nós porém seguimos opinião contraria, em vista dos mesmos preceitos legais que invocam a seu favor os propugnadores d'aquella opinião; e esta opinião acha-se já sancionada por decisões do supremo tribunal de justiça.

O artigo 2127.º não declara a licitação uma verdadeira arrematação, nem podia faze-lo sem ataque aos principios juridicos, porque na licitação todos os bens licitados que cabem no quinhão do licitante adquire-os elle por direito hereditario, quando na arrematação recebe todos os bens pelo titulo oneroso da compra. As palavras «*como se fóra em acto de arrematação*» de per si já significam que a licitação não é verdadeira arrematação.

A arrematação é a assignação judicial da cousa, que faz objecto da venda publica, ao lançador que offerece maior preço, quando a licita-

tação nos inventarios não é em rigor venda publica, mas apenas o meio de corrigir as avaliações dos bens inventariados, em proveito de todos os coherdeiros.

Mostra-se ainda do § unico do artigo 2129.º que o legislador não considera a licitação verdadeira arrematação, porque manda que na hypothese de a declaração de um coherdeiro recair em cousas cujo valor exceda a porção que o declarante deva ter nos bens partiveis, não havendo lance que cubra a avaliação, seja tida por não feita a declaração da licitação, e proseguir-se-ha no processo de partilha como se tal declaração não houvesse.

As palavras finais do artigo 2127.º significam apenas que no acto da licitação lança cada um, como se fôra n'uma arrematação.

Procede-se no caso de licitação como se fôra em acto de arrematação, para o unico effeito de cada um lançar quanto quizer, e de se entregar o lance a quem mais der.

Mas nem pregoeiro ha n'esta especie de arrematação. São as proprias partes, ou seus representantes, que apregoam. Depois o titulo dos bens licitados não é uma carta de arrematação, mas o respectivo formal de partilhas.

Para o acto da licitação são apenas citados os interessados, artigo 2127.º Para o acto de arrematação, nos termos do artigo 2129.º, devem passar-se editaes, sob pena de nullidade.

O artigo 2129.º, refere-se ao caso de a declaração recair em cousas que excedam o valor da sua quota, e de o declarante não se obrigar a entrar desde logo em deposito com o valor do excesso. N'este caso nem se chega a praticar o acto de licitação entre os coherdeiros, nos termos do artigo 2127.º

Assim, quando ha licitação não ha arrematação em hasta publica, e quando ha arrematação em hasta publica não ha a licitação propriamente dita.

Como se mostra da nota ao artigo antecedente, o sr. Seabra mesmo distinguia entre a licitação propriamente dita e a arrematação, de modo que não considerava a licitação verdadeira arrematação.

O artigo 2137.º, usando das palavras « arrematação » e « adjudicação », não se refere á licitação comprehendida no artigo 2127.º, mas sim á arrematação propriamente dita, de que se trata no artigo 2134.º e seguintes.

Finalmente a tabella dos salarios e emolumentos judiciaes no artigo 87.º determina que as suas disposições não admittem interpretação extensiva, nem ainda por *identidade de razão*.

Tambem não cabe n'este caso o emolumento do n.º 29.º do artigo 22.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, que arbitra emolumentos pelo auto de conferencia a que se proceder com os herdeiros e interessados nos inventarios entre maiores, de que falla o § 1.º do artigo 200.º da novissima reforma judicial, porque esta conferencia não é a licitação de que se trata no codigo. A licitação serve para corrigir a avaliação dos bens, e para augmentar a massa partivel, e a conferencia não tem esse fim, mas habilitar o juiz a tomar conhecimento das duvidas propostas pelos coherdeiros ou interessados acerca da partilha.

Mas analogia e identidade que houvesse entre a referida conferencia e a licitação, não era permittido argumentar d'aquelle para este acto juridico em materia de emolumentos, que não admittie interpretação extensiva, e onde não é permittido argumentar por identidade de razão.

Finalmente a relação do Porto, em accordão de 27 de junho de

1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 194, julgou que *das licitações se não devem emolumentos de praça, por não serem arrematações em hasta publica*.

Estes actos passam-se ordinariamente no gabinete do juiz, e deve apenas lavrar-se no proprio inventario o auto das licitações, como o auto do accordo sobre o valor no caso de ser declarado valor inferior ao da avaliação, nos termos do artigo 2132.º

Até o projecto primitivo no artigo 2303.º, correspondente ao artigo 2127.º do codigo, tinha um § unico redigido nos seguintes termos: « O escrivão do processo lavrará um auto de licitação, que será assignado pelo licitante, pelo juiz e pelo curador, se o inventario for de menores ». A commissão revisora porém eliminou-o logo nos trabalhos da primeira revisão, de certo por pertencer ao codigo do processo.

Art. 2128.º Se a declaração, de que trata o artigo 2126.º, recair em cousa, que, por sua natureza ou sem detrimento, não possa ser dividida, e em que algum coherdeiro tenha a maior parte, ou recair em cousa na qual necessariamente elle haja de ser encabeçado, esse coherdeiro poderá impugnar a licitação, e requerer que a avaliação seja rectificada.

Em parte nenhuma, como se vê dos artigos 2089.º e seguintes, o codigo admite a segunda avaliação nos inventarios. As licitações e a declaração de exorbitancia de valor, garantidas nos artigos 2127.º e 2132.º, são os unicos, mas valiosos correctivos, que o codigo estabelece contra uma avaliação defeituosa.

Porém quando a licitação não pôde ter o correctivo da praça, por ter de ser encabeçada n'um determinado coherdeiro a cousa licitada nos termos d'este artigo, é então indispensavel proceder a nova avaliação, não de todos os bens inventariados, mas só dos licitados.

Figura pois o codigo n'este artigo duas hypotheses em que é licito ao coherdeiro impugnar a licitação, e requerer nova avaliação. Fóra d'estes dois casos taxativos não pôde requerer-se nova avaliação, estando a primeira regular, e hão de seguir-se os termos da licitação ou da declaração de exorbitancia de valor, segundo as prescripções comprehendidas n'esta sub-secção.

Um dos casos é quando a licitação recae em cousa em que necessariamente ha de ser encabeçado o coherdeiro. Hoje será difficil verificar-se semelhante especie, porque acabou a successão singular dos prazos de vidas. Os prazos transferidos antes da promulgação do codigo, em conformidade com os artigos 1698.º e 1699.º, e que tenham sido adquiridos por titulo oneroso, são talvez os unicos bens que estão n'este caso, visto que são regidos pela legislação anterior, e segundo esta é livre ao successor do prazo, que por titulo oneroso adveiu ao casal, repor a massa o custo ou o valor actual; e, preferindo elle este alvitre, é preciso proceder á avaliação.

Esta especie parece-nos comprehendida no artigo, posto que o prazo assim nomeado não entra rigorosamente em partilha para ser objecto de licitação, porque em partilha entra só o *valor do predio*.

Em accordão de 21 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 4.º, julgou com razão a relação do Porto que os paes não podem fazer o encabeçamento dos prazos fidejussims em disposição testamentaria, porque esse encabeçamento ha de ser feito em conformidade do disposto no artigo 1662.º

Outro caso em que pôde impugnar-se a licitação é quando esta recae em cousa que por sua natureza ou sem detrimento não pôde ser dividida, e em que algum coherdeiro tem a maior parte. Mas só pôde ser impugnada por este coherdeiro.

Dizem alguns que esta especie pôde verificar-se muitas vezes, como se o auctor da herança deixa um irmão germano e dois unilateraes, e por successão uma casa indivisivel. Não vemos porém rasão para esta provisão legal; e não damos a mesma intelligencia ao preceito do artigo.

Se os prazos, que pela sua natureza juridica não podem ser divididos sem consentimento do senhorio, são todavia licitados sem se admitir opposição à licitação, artigo 1662.º § 2.º, não ha rasão para se permittir a qualquer coherdeiro de cousa indivisivel, só porque n'ella tem a maior parte, o direito de impugnar a licitação, porque assim pôde prejudicar os outros, obtendo avaliação baixa, e elle em caso nenhum era prejudicado com a praça, porque ou poderia ficar com o objecto, ou receberia dinheiro de quem lhe cobrisse o lanço.

Em nosso entender as palavras *em que algum coherdeiro tenha a maior parte* significam não que o coherdeiro tenha a maior parte na cousa em virtude do direito da successão, mas sim por titulo anterior, como compra, troca, etc.

Nas hypothesees especiaes do artigo não é preciso allegar que houve agravo na primeira avaliação, nos termos da ordenação, livro III, titulo LXXVIII, nem que deixaram de observar-se quanto ao modo as prescripções legaes, nem que se descobriu depois alguma qualidade que augmentava ou diminuia o valor da cousa, como determina o artigo 599.º da novissima reforma judicial.

A nova avaliação, ou rectificação da primeira, ha de fazer-se com os mesmos ou com novos louvados? Deixou o código este ponto no escuro, apesar de ser já muito questionado por direito anterior. As nossas leis eram omisissas a este respeito. Apenas o alvará de 14 de novembro de 1773 fallava de novos louvados para liquidarem os excessos ou diminuições do primeiro arbitramento para o effeito do pagamento pelos primeiros louvados da pena do dobro d'esses excessos, ou diminuição, a que o alvará os sujeitava; e a lei de 17 de setembro de 1857, § 7.º, quanto a expropriações por utilidade publica, admittia a nova avaliação por novos louvados quando ao juiz parecesse que a primeira não se conformava com as regras de direito.

Na pratica, annullada a primeira louvação, procede-se a outra com novos louvados. Parece-nos este o melhor arbitrio a seguir, e fundado mesmo no caso analogo determinado no citado § 7.º da lei de 17 de setembro de 1857, e até para evitar todas as suspeitas de má avaliação pelos louvados cujo laudo foi já annullado, e que só pôde ser ineiramente isento de suspeita quando a nova avaliação é determinada pela descoberta de alguma nova qualidade que elles *não podiam* ter conhecido ao tempo da primeira avaliação.

Art. 2129.º Se a dita declaração recair em cousas, cujo valor exceda a porção que o declarante deve ter nos bens partiveis, e o mesmo declarante não se obrigar a entrar desde logo em deposito com o valor excedente, as cousas licitadas serão postas em hasta publica, e arrematadas pelo maior lanço que obtiverem acima da avaliação.

§ unico. Não havendo lanço que cubra a avaliação, será tida

por não feita a declaração de licitação, e proseguir-se-ha no processo da partilha, como se tal declaração não houvera.

(Vid. nota ao artigo 2127.º)

Art. 2130.º Nos inventarios de menores ou semelhantes, serão estes admittidos a licitar, sendo representados por seus tutores ou curadores, devidamente auctorisados pelos respectivos conselhos de familia, nos casos em que os deve haver.

Já na imprensa juridica e no foro se discutiu se os curadores geraes dos orphãos eram competentes, a par dos tutores, para licitarem por parte dos mesmos.

Porém a palavra «*curadores*», que se emprega no artigo 2130.º, não significa os curadores geraes dos orphãos, mas sim os administradores de pessoas equiparadas aos menores, como curadores dos ausentes, e dos interdictos.

Demais as palavras «*devidamente auctorisados pelos respectivos conselhos de familia*» indicam que o artigo não se refere aos curadores geraes dos orphãos, porque estes não recebem auctorisação do conselho de familia; promovem nos termos das leis tudo o que for a bem dos menores dentro dos limites das suas attribuições.

Supponhâmos porém que o menor ou o interdito não está sujeito à tutela, mas sim ao patrio poder, ou que ha interesses oppostos entre o pae e o filho, quem ha de licitar por parte d'elle: o curador, ou um tutor especial nomeado *ad hoc* nos termos do artigo 153.º?

Se os menores são representados por algum dos paes, que por si tem tambem direito de licitar, deverá licitar por elles o curador, sem necessidade de nomeação de tutor especial *ad hoc*, nos termos do artigo 153.º, nomeação que nos parece dispensavel n'esta hypothese, porque o curador tem vista sobre a forma da partilha, nos termos do artigo 411.º da novissima reforma judicial, e o direito de licitar anda annexo ao direito de responder sobre a forma da partilha.

Se o pae não é interessado pôde licitar elle no inventario pelos filhos, sem necessidade de auctorisação do conselho de familia, visto que não falla dos paes o artigo 2130.º Sustentam esta doutrina mesmo alguns dos que entendem que a organização do conselho de familia é obrigatoria em inventario orphanologico, ainda existindo o patrio poder, porque não comprehendem a licitação nas restricções prescriptas no artigo 150.º

Como a licitação é acto de administração, não pôde pratica-lo o pae privado da administração dos bens de seus filhos menores.

Por isso é tambem o curador geral dos orphãos quem convem ou não no encabeçamento do prazo, na hypothese do artigo 1662.º § 2.º, se o menor está sujeito ao patrio poder, e não à tutela.

Se o tutor for coherdeiro intervirá o protutor a defender os interesses dos menores, como julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 30 de junho de 1871, publicado no *Diario do governo* n.º 161, de 21 de julho do mesmo anno.

Diz o accordão:

«*Considerando que os interesses dos menores, quanto à licitação, se acharam n'estes autos em opposição com os do tutor, que era tambem um dos licitantes na sua qualidade de coherdeiro, sendo por isso indispensavel a citação do protutor, que era a este respeito o legitimo*

representante dos mesmos menores, nos termos do artigo 258.º do mesmo código», etc.

O conselho de família deverá reunir-se antes da vista sobre a fórmula da partilha, para autorisar o tutor ou protutor a licitar. E, se se der vista ao tutor ou protutor para dizerem sobre a fórmula da partilha antes da reunião do conselho de família para os autorisar a licitar, podem elles licitar, convocando-se mais tarde o conselho de família para confirmar ou desapprovar a declaração da licitação.

O conselho de família é chamado a autorisar os tutores e os curadores a licitar nos inventarios de menores, porque a função da licitação é um pouco analoga ás operações marcadas no artigo 224.º n.º 10.º, 11.º e 17.º, que carecem tambem da autorisação do conselho de família.

Na autorisação que o conselho de família é chamado a dar ao tutor e ao curador para a licitação, não se lhe impõe a obrigação de determinar nem as cousas nem o preço em que o tutor ou curador podem licitar, e mesmo porque esta determinação n'alguns casos pode ser inconveniente; mas tambem nada obsta a que o conselho de família designe os objectos em que a licitação ha de recair, e o maximo a que a licitação pôde subir, como nas hypotheses analogas dos artigos 270.º e 272.º Contra os abusos do tutor no exercicio do direito de licitação não ha outro correctivo senão a provisão do artigo 248.º

Tem continuado a ser tão debatida a questão que tratamos em a nota ao artigo 400.º, sobre se tem ou não logar o conselho de família em concorrência com o patrio poder, que mais algumas considerações acrescentaremos ás que ficam já feitas n'aquella nota.

Boas autoridades sustentam a existencia do conselho de família mesmo durante a vigencia do patrio poder. Dizem que o conselho de família não é absolutamente ligado á tutela, e absolutamente independente do patrio poder, porque não coexiste necessariamente com a tutela, como se mostra dos artigos 276.º e 282.º do código, assim como não é incompativel com o exercicio do patrio poder, como se mostra dos artigos 113.º, 141.º, 161.º, 190.º, 2147.º, etc.

No districto da relação de Lisboa é geral a organização dos conselhos de família nos inventarios de menores, e em conformidade de tal doutrina julgou este tribunal no bem desenvolvido accordão de 26 de fevereiro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 36, 5.º anno.

Diz o accordão que no artigo 155.º é concedido o patrio poder ao conjuge sobrevivivo, mas com as limitações prescriptas nos artigos seguintes, sendo a primeira d'ellas a obrigação de fazer inventario dos bens a reparir com os menores, para a avaliação dos quaes pertence ao conselho de família a nomeação dos louvados, artigo 2091.º, sem distincção de continuar ou não o poder paternal, e sem que em algum outro artigo se lhe retire a competencia d'essa nomeação, como lhe foi retirada, e concedida ao juiz nas diferentes hypotheses a que se refere o artigo 274.º, ficando n'esta occasião constituido para exercer depois a outra attribuição que, quanto ás dividas passivas do casal, lhe compete igualmente pelo artigo 2118.º; que contra as disposições terminantes dos dois artigos 2091.º e 2118.º não podem prevalecer os argumentos deduzidos dos artigos 137.º a 139.º e 141.º, que regem na constancia do matrimonio, nem os argumentos tirados dos artigos 185.º e 187.º, porque de não poder existir tutela enquanto dura o patrio poder não se segue que durante a continuação d'esse poder não possa, como em limitação d'elle, ser chamado o conselho de família a exercer as suas attribuições em casos especiaes, em que o código não lhe retirou a competencia nem proveu de modo differente, que se o artigo

187.º podesse proceder para excluir o conselho de família de todos os actos do inventario, nos casos em que existe o poder paternal, procederia igualmente para excluir o curador; e que o artigo 274.º, longe de prejudicar, favorece esta opinião, porque, se o legislador quizesse, durante a continuação do poder paternal, retirar ao conselho de família a competencia para exercer as attribuições dos artigos 2091.º e 2118.º, não deixaria de assim o declarar expressamente, como fez no artigo 274.º acerca da competencia respectiva ao arrendamento e venda dos bens dos menores, que retirou ao conselho de família, transferindo-a para o juiz.

Portanto, nos termos d'esta decisão, o conselho de família não tem competencia nos inventarios de menores senão para a nomeação de louvados e para a approvação de dividas passivas, mas são da sua privativa competencia as attribuições a que se referem os artigos 2091.º e 2118.º

A relação do Porto segue quasi por unanimidade a opinião contraria. Manifestou essa opinião, não só nos accordões citados em a nota ao artigo 400.º, mas em varios outros, como no de 11 de outubro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 134, onde declara que « não obsta a disposição dos artigos 2090.º, 2091.º e 2118.º, que se devem entender com relação aos menores sujeitos a tutela, sob pena de absurdo e de contradicção entre estes e os artigos acima referidos (274.º e outros), pertencendo ao juiz dos orphãos as attribuições que ali se dão ao conselho de família, por argumento do artigo 282.º, como é permitido pelo artigo 16.º »

No mesmo sentido julgou aquelle tribunal em accordão de 11 de julho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 184, de 19 de março de 1872, de 21 de maio do mesmo anno, publicado no jornal *O Direito*, n.º 49, 4.º anno, e de 9 de maio de 1873, sendo esta doutrina confirmada pelo supremo tribunal de justiça em accordões de 4 e de 18 de novembro de 1873, como se lê a pag. 140 da *Gazeta da associação dos advogados*, de Lisboa.

Assim deve julgar-se corrente a opinião que sustentamos, desde que foi sancionada pelo supremo tribunal de justiça, que sobre termos a formalidades do processo julga definitivamente.

No entanto não é raro ver prevalecer no nosso fóro os antigos usos e as velhas tradições sobre as decisões do primeiro tribunal do paiz, e até sobre as providencias emanadas do poder legislativo.

**Art. 2131.º** A licitação legalmente feita não pôde retrair-se.

Tem sido objecto de discussão na imprensa juridica, se a licitação transfere logo o dominio da cousa licitada ao licitante, de modo que elle possa aliena-la validamente antes de concluida a partilha.

Sustentam alguns que o licitante pôde logo depois da licitação, e independentemente da conclusão da partilha, dispor dos bens licitados como seus, porque a licitação é verdadeira compra, que não entra na adjudicação feita pela partilha, visto o preceito do artigo 2139.º, que manda que os restantes coherdeiros sejam inteirados em *outro tanto*, e que equipara o *licitante ao conferente*.

E a relação de Lisboa julgou em accordão de 22 de outubro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, 6.º anno, n.º 7, que as arrematações judiciaes feitas nos inventarios, aindaque tão somente entre os proprios interessados, ordenadas no artigo 2127.º em consequencia

das licitações dos mesmos interessados, tem, como todas as outras arrematações, a força e efeito de transmitir desde logo para o arrematante o domínio dos bens por elle arrematados, deixando estes de ser communs dos outros coherdeiros, e sendo, para effecto da partilha, substituidos os bens arrematados pelo preço da arrematação, que entre na massa partível, como é expressa no artigo 2137.º

Não subscrevemos porém a similhante opinião. O que diz o artigo 2131.º é que a licitação legalmente feita não pôde retractar-se; e pelo preceito expresso do artigo 2158.º só a partilha legalmente feita confere aos coherdeiros a propriedade exclusiva dos bens que são repartidos entre elles.

Antes da sentença que julga as partilhas podem declarar-se sem effecto quaesquer termos do processo, e até todo o processo, e inutilisar-se a licitação, que aliás é irrevocabel por mero arbitrio dos interessados.

Demais, o unico documento legal da aquisição dos bens em partilha judicial é o formal de partilhas, que se não passa senão depois de fechado o inventario. Por isso entendemos que, comquanto o licitante não possa arrepende-se da licitação, não adquire todavia definitivamente a propriedade dos bens licitados nos termos do artigo 2127.º, senão depois da sentença que julga as partilhas.

Art. 2132.º Se algum dos interessados entender que é exorbitante a avaliação de alguma cousa, assim o declarará no acto de responder sobre a fórma da partilha, declarando ao mesmo tempo o maior preço em que reputa a dita cousa.

Art. 2133.º Se todos os interessados, sendo maiores, concordarem no preço declarado, por esse preço, e não pelo da avaliação, será regulada a partilha.

Art. 2134.º Se algum dos interessados for menor, ou se, sendo todos maiores, não concordarem no preço declarado, será a cousa, a que a declaração se referir, posta em hasta publica, com o dito preço, e arrematada pelo maior lance que acima d'elle tiver, aindaque não chegue ao da avaliação.

Art. 2135.º Se algum dos interessados, sendo maior, declarar, que aceita a cousa, a que a declaração se refere, pelo valor que lhe foi dado na avaliação, e ella couber na porção que elle deve ter nos bens partiveis, ou, não cabendo, elle se obrigar a entrar em deposito com o valor excedente; e tambem sendo o inventario de maiores, se elles concordarem, em que se lhe adjudique sem deposito, não se procederá a hasta publica, e proseguir-se-ha no processo da partilha, como se nenhuma declaração houvera.

Art. 2136.º Nas hypotheses dos artigos 2129.º e 2134.º, todos os interessados serão admittidos a arrematar, inclusivamente os menores ou similhantes, representados nos termos do artigo 2130.º

Art. 2137.º Se a adjudicação for feita a algum estranho, depositará este no mesmo acto o preço da arrematação, ou

dará caução ao prompto pagamento; sendo, porém, feita a algum dos interessados, só será obrigado a depositar, ou dar caução, pelo valor excedente á porção, que elle verosimilmente virá a ter nos bens partiveis.

§ unico. O preço da arrematação, ou seja depositado ou não, entrará na massa partível.

(Vid. nota ao artigo 2127.º)

Art. 2138.º Concluidas as licitações, proseguir-se-ha na partilha, separando-se em primeiro logar os bens necessarios para pagamento das dividas que estiverem no caso de serem attendidas, e, em seguida, os necessarios para o preenchimento da meação do conjuge sobrevivivo, ou da terça, se esta separação houver de fazer-se.

(Vid. artigos 2140.º a 2142.º e 2144.º) Os artigos 2138.º e 2140.º reproduzem os preceitos do artigo 416.º da novissima reforma judicial, sua fonte.

Os lotes são tirados á sorte entre os coherdeiros, depois de separados os bens para pagamento de dividas e para preencher a meação e a terça, e depois de inteirados os coherdeiros não licitantes nem conferentes em outro tanto como os licitantes e conferentes, artigo 2139.º

Não ha razão plausivel para que a meação do conjuge sobrevivivo e a terça do predefunto não sejam separadas tambem pela sorte.

Dizem alguns que o legislador, mandando separar dos bens da herança a meação do conjuge sobrevivivo, independentemente do sorteo, partiria talvez do principio de que, tendo ambos os conjuges condominio em todos os bens do casal, fallecido um ia o outro buscar por direito proprio a sua ametade em todos estes bens, e que, como é de presumir que se cumpram as disposições legaes, fazendo-se a divisão com inteira igualdade era por isso escusada a sorte.

São porém inadmissiveis similhantes razões. Desde que o conjuge sobrevivivo fica apenas com ametade dos bens em que tinha condominio, tanto entende com o seu direito o separar ametade pela sorte, como por qualquer outro modo; e, se a sorte é necessaria para a distribuição dos lotes, é-o igualmente para a separação da meação.

No entretanto o codigo não fez mais n'esta parte do que manter as disposições do direito anterior.

A formação dos lotes pela novissima reforma judicial era entregue a entidades diferentes, segundo os inventarios eram de maiores ou de menores. Nos inventarios de menores eram os lotes feitos pelo juiz, ou antes pelo escrivão, porque a citada reforma dizia no artigo 416.º, tratando dos inventarios de menores, «*dos bens partiveis fará o juiz separar, etc.*», o que excluia a intervenção necessaria dos partidores; e no artigo 299.º, tratando dos inventarios de maiores, mandava-os processar conforme a legislação em vigor ao tempo da publicação do decreto de 16 de maio de 1832, a qual admittia os partidores.

O projecto primitivo era omisso a este respeito.

O sr. dr. Paes bem ponderou que se devia declarar se os lotes haviam de ser formados só pelo juiz e escrivão, ou por partidores, tanto em inventarios de menores, como nos de maiores.

Respondeu o sr. Seabra, que não declarára quem havia de formar os lotes, porque deixava isso para o codigo de processo, mas que

nada obstava a que se consignasse expressamente, juntado ao artigo 2309.º (2141.º do código) o seguinte § unico «*Os lotes serão formados pelo escrivão do inventario*»; que era esta a pratica, e que não offeria inconvenientes, visto que no artigo 2312.º (2144.º do código) se dava ás partes o direito de reclamação; que no fim de tudo tinham de tirar-se á sorte, e que estas disposições eram communs aos inventarios de maiores e de menores.

A commissão revisora porém não consignou providencia alguma a respeito de quem havia de fazer os lotes, e por isso continuará a vigorar a legislação anterior, sendo feitos nos inventarios de menores pelo escrivão, e nos de maiores por partidores.

Assim continuam a ser admittidos os partidores no processo de inventarios entre maiores, sendo escolhidos, e prestando juramento, como os louvados, para fazerem a partilha e assistirem à redacção do mappa na presença do juiz, conforme o disposto na lei de 16 de junho de 1855, artigo 29.º § 1.º

Depois de feitos os lotes, e antes da sorte, podem os herdeiros fazer as suas reclamações, com o fundamento de que as propriedades são divididas com detrimento, de que não entra em cada quinhão a mesma quantidade de bens, e da mesma especie e natureza, etc.

Não indica o código o modo de executar o preceito consignado no artigo 2144.º, que é isso objecto do código de processo. O mais util aos interessados era dar nova vista aos seus respectivos procuradores, para estes dizerem sobre a formação dos lotes, como já disseram sobre a forma da partilha, porque assim mais facilmente poderiam as partes esclarecer os seus procuradores, e estes formular mais convenientemente a sua reclamação; alvitre que é adoptado em muitas comarcas.

Parece porém que não é o expediente mais legal, porque a lei não permite para esta reclamação nova vista aos coherdeiros, allás o código usaria no artigo 2144.º da redacção «*serão ouvidos*», como dispõe o artigo 2126.º para a forma da partilha. Alem d'isso o § 3.º do artigo 29.º da lei de 16 de junho prohibe dar vista ás partes do despacho da determinação da partilha, assim como lhes nega o recurso d'este despacho e dos mais actos subsequentes até ser a final julgada por sentença a mesma partilha.

N'outras comarcas o juiz, quando lhe vão conclusos os autos com o mappa da partilha, ordena que elle fique patente por cinco dias no cartorio do escrivão, para ser examinado pelos interessados.

Nós, por analogia com o disposto no artigo 2127.º, e para conciliar a rapidez no processo de inventario com os interesses dos coherdeiros, que devem ter conhecimento da formação dos lotes para poderem reclamar contra ella, julgámos conveniente que o juiz faça intimar os interessados para em acto de conferencia deduzir cada um as suas reclamações, de que se formará auto, e as quaes o juiz attenderá como for de justiça. E é este o systema mais geralmente usado.

A redacção do artigo 2144.º dá até logar á interpretação de que o juiz não tem obrigação de communicar os lotes aos interessados para elles reclamarem. No entretanto essa intelligencia está condemnada pelo supremo tribunal de justiça, que em accordão de 12 de dezembro de 1871 julgou o seguinte:

«Attendendo porém a que é expresso no artigo 2144.º que os interessados no inventario têm direito a fazer as reclamações que se lhes offererem a bem da igualdade dos lotes, e que a lei que reconhece o direito (código civil, artigo 12.º) legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio, meios que, na hypothese, só podem

ser o conhecimento dos lotes formados, judicialmente communicados, sem que possa admittir-se a evasiva de que o direito de reclamação é facultativo, porque esse arbitrio das partes não exime o juizo da obrigação correspondente para que possa exercer-se», etc.

Portanto a communicação dos lotes ha de ser feita judicialmente aos interessados. A forma da communicação porém fica ao arbitrio dos respectivos juizes, porque não está determinada, nem por lei, nem pela jurisprudencia.

O preceito do artigo 2144.º, attenta a sua generalidade, é applicavel, tanto aos inventarios de maiores, como aos de menores.

A subdivisão de qualquer lote fica sujeita ás mesmas regras.

Assim, dividida uma herança em duas partes, uma para um filho do auctor d'ella, e outra para tres netos, filhos de outro filho já morto, se estes são maiores regulam como querem a forma da partilha; se são menores, ou se, sendo maiores, não vem a accordo é subdividido o respectivo quinhão em tres lotes, em que entrem bens da mesma especie e qualidade, como na primeira partilha, e tambem estas subdivisões são repartidas á sorte.

O artigo 2144.º acabou, e com razão, com o processo inquisitorial que se observava no inventario, desde o despacho que determinava a forma da partilha até a publicação da sentença, de certo no intuito de abreviar este processo, que é summario, e até com prazos fataes, artigos 2049.º e 2064.º § 1.º, e novissima reforma judicial, artigo 411.º

O segredo sobre a determinação da partilha, que o artigo 299.º § 1.º da novissima reforma judicial mandava guardar até á publicação da sentença, que julgasse a mesma partilha, disposição repetida, e ampliada aos inventarios de menores pelo § 3.º do artigo 29.º da lei de 16 de junho de 1855, não pode hoje ter logar desde que aos interessados é licito fazer reclamações sobre os seus lotes.

Não se admite recurso algum do despacho que dá forma á partilha, porque n'este ponto deixou o código de pé o disposto na reforma judicial e na lei de 16 de junho de 1855, mas o segredo não pôde guardar-se.

Tem sido muito discutido na imprensa juridica — se ainda é admissivel, depois da promulgação do código civil, a troca dos lotes ignaes em seguida ao sorteio, que d'estes se fizer nos respectivos inventarios.

Antes do código era sem questão admissivel esta troca. A novissima reforma judicial determinava no artigo 417.º que o juiz reunisse em sua casa os herdeiros, os credores, o tutor dos menores e o curador, para se proceder ao sorteamento, e que n'esse acto poderiam os herdeiros trocar entre si os montes que lhes coubessem em sorte, e que o mesmo poderia fazer o tutor dos menores, e que d'isso tudo se lavrasse auto.

Esta faculdade de troca foi ainda reconhecida pela lei de 16 de junho de 1855, no artigo 29.º § 2.º, fallando acerca do sorteamento, resalvou a legislação em vigor, mandando tambem d'elle lavar auto.

O código porém nada providencia a este respeito, e apenas no artigo 2140.º falla do sorteamento dos lotes.

Sustentam porém alguns que mesmo depois da promulgação do código continua em vigor o citado artigo 417.º da reforma, e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que, sendo omissa a tal respeito o código civil, deve attender-se ás disposições das leis anteriores que regulam a materia, pelo principio de que a lei posterior se completa com a anterior nos casos omissos;

2.º Em que a troca dos lotes é uma formalidade peculiar ao processo das partilhas, e como tal pertencente à lei do processo, e não ao direito civil propriamente dito, e que sobre o processo de inventario ainda são leis vigentes a reforma judicial e a citada lei de 16 de junho de 1855, na parte em que não foram revogadas pelas leis posteriores, ou expressamente, ou por incompatibilidade de disposições;

3.º Em que, se o código civil quizesse prohibir a troca dos lotes, assim o declararia expressamente, sabendo os seus redactores, como sabiam, as disposições do direito velho;

4.º Em que a troca dos lotes não altera direitos adquiridos, porque os não ha em inventario antes da sentença que julga as partilhas, e que d'ella não podem resultar senão vantagens, que não podemos julgar proscriptas simplesmente pelo silencio das leis.

Nós porém julgámos revogada pelo código aquella disposição da novissima reforma judicial quanto aos inventarios de menores. Desde que a lei estabeleceu o preceito da sorte para os lotes, sem permitir expressamente a faculdade da troca, implicitamente excluiu essa faculdade.

A troca dos lotes é a destruição do sorteio obrigatorio, e por isso não pôde admitir-se sem lei expressa, que a reconheça. Pôde antes ou depois da partilha effectuar-se a troca dos quinhões dos menores com as solemnidades ordinarias que as leis requerem para a alienação dos seus bens, mas a troca dos lotes a arbitrio do tutor, como era pela reforma, parece-nos contraria ás disposições da lei e ao systema do código.

As tornas complementares dos quinhões hereditarios, nas partilhas feitas em conformidade dos artigos 2142.º, 2147.º e 2182.º, são isentas do imposto da contribuição de registo, vista a disposição do artigo 2.º n.º 16.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

Se porém as tornas, em vez de serem determinadas pelas necessidades da partilha, forem um pretexto para os herdeiros fazerem contratos sobre bens de raiz da herança, é devida por este acto juridico contribuição de registo.

Da disposição do citado artigo 2.º n.º 16.º do regulamento de 30 de junho de 1870, que determina genericamente que as tornas complementares dos quinhões hereditarios são isentas de contribuição de registo, já alguns têm inferido que essas tornas são também isentas da contribuição de registo a titulo gratuito, quando a successão é sujeita a este imposto.

É porém inadmissivel semelhante interpretação. Dos quinhões sujeitos a contribuição de registo por titulo gratuito ha de pagar-se este imposto por inteiro, ou sejam satisfeitos esses quinhões em bens da herança, ou em tornas hereditarias.

Tambem não é devida contribuição de registo pela separação de bens em partilhas para pagamento do dote à viuva, visto não haver ahi subrogação de bens dotaes, mas só separação de bens para pagamento do mesmo dote, devendo-se porém dos bens immobiliarios que lhe forem adjudicados para pagamento de dividas do casal, nos termos do artigo 7.º § 6.º da lei de 30 de junho de 1860, conforme se declarou em officio do ministerio da fazenda de 31 de março de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 18, 3.º anno.

Em officio do mesmo ministerio de 8 de novembro de 1873, publicado no jornal *O Direito*, n.º 39, 5.º anno, declara-se tambem que por despacho de 24 de outubro antecedente foi determinado que em conformidade do artigo 1.º § 7.º do regulamento de 30 de junho de 1870

está sujeita ao pagamento da contribuição de registo a separação e adjudicação de bens de raiz para solução das dividas passivas do casal dividendo, e com relação aos coherdeiros a quota que lhes pertencer pagar nas mesmas dividas, sendo a esta especie applicavel aquella provisão, e não a do artigo 7.º § 1.º do mesmo regulamento, que trata unicamente do modo de calcular a contribuição de registo nas diversas hypotheses que menciona; e que por despacho de 21 de setembro de 1871 foi determinado que se algum herdeiro, usando da faculdade concedida no artigo 2127.º do código civil, licita em qualquer objecto, cujo valor exceder a sua porção legitima, deve d'esse excesso pagar a competente contribuição de registo.

Art. 2139.º Tendo havido licitações entre os coherdeiros ou collações, serão os não licitantes ou não conferentes inteirados em outro tanto, nos termos indicados nos artigos 2109.º e 2110.º

(Vid. nota ao artigo 2109.º)

Art. 2140.º Os bens restantes serão repartidos à sorte entre os coherdeiros, por lotes iguaes.

Art. 2141.º Se os herdeiros, ou algum d'elles, não tiverem direito a porção igual, formar-se-hão tantos lotes, quantos forem necesarios para que cada um possa inteirar-se da sua parte.

Art. 2142.º Os lotes serão formados para a maior igualdade, entrando, quanto seja possivel, em cada um d'elles igual porção de bens do mesmo genero, ou da mesma especie.

(Vid. nota ao artigo 2138.º)

Art. 2143.º Havendo divisão de predios, que torne indispensaveis novas servidões, far-se-ha d'ellas a devida declaração.

(Vid. artigo 2311.º) Se for necessario fraccionar algum predio, de forma que uns coherdeiros tenham de passar pelas porções dos outros para chegarem à sua, é necessario mencionar a servidão, constituida no auto de partilha, de modo que conste do inventario e do formal de partilhas, aliás o coherdeiro que d'ella carecer só poderá have-la pelos meios ordinarios.

Se porém não se tomar a declaração prescripta no artigo, e o predio ficar sem comunicação com a via publica, recairá depois a servidão sobre a propriedade de que elle era parte, como se declara no § unico do artigo 2311.º, que não vinha no projecto primitivo, e que foi introduzido pela commissão revisora logo nos trabalhos da primeira revisão.

Segundo as regras estabelecidas no artigo 2311.º e seu § unico, para a constituição da servidão ficam sujeitos de preferencia: 1.º, o predio de que era parte aquelle que carece da servidão; 2.º, os predios pertencentes ao mesmo dono que transmittiu aquelle que carece da servidão.



Art. 2144.º Formados os lotes, poderão os interessados fazer as reclamações, que se lhes offerecerem a bem da sua igualdade.

(Vid. nota ao artigo 2138.º)

Art. 2145.º Se houver entre os bens partiveis algum objecto, que não tenha sido licitado, e que não caiba nos lotes nem possa dividir-se por sua natureza, ou sem detrimento, deliberarão os interessados ou os seus representantes, se deve ser vendido e como, ou se ha de ser adjudicado a algum dos herdeiros, repondo as devidas tornas, ou finalmente, se preferem usufruill-o em commum.

Art. 2146.º Se algum dos interessados declarar, que não quer sujeitar-se a dar tornas, não será obrigado a isso, se as ditas tornas excederem um terço do seu lote, e proceder-se-ha na venda do mencionado objecto em hasta publica.

§ unico. A esta arrematação será applicavel o que fica disposto no artigo 2137.º

Art. 2147.º Se o objecto não achar comprador, e o inventario for de maiores, far-se-ha a respeito d'esse objecto aquillo em que estes concordarem: e se o inventario for de menores, far-se-ha o que for decidido pelo conselho de familia.

(Vid. artigos 2179.º e 2183.º) Ha objectos indivisiveis por *natureza*, isto é, que não podem dividir-se sem deixarem de satisfazer aos fins para que são destinados, como um lagar, uma fabrica, etc., e outros que, comquanto divisiveis por natureza, não podem dividir-se sem grande detrimento, como edificios, etc.

A apreciação da divisibilidade sem detrimento fica dependente de grande arbitrio dos interessados, ou do juizo.

A deliberação, se ha de ser vendido ou adjudicado, ou usufruido em commum o objecto, ha de ser tomada por maioria, segundo se mostra do artigo 2146.º, e mesmo porque, sendo propriedade commum, a herança indivisa ha de regular-se pelas disposições relativas á sociedade, e especialmente pelo artigo 1270.º do codigo, segundo o prescripto no artigo 2179.º

Ou os coherdeiros sejam maiores ou menores, cada coherdeiro, aindaque a sua parte seja desigual, tem um voto, sendo os menores representados pelo pae ou respectivo tutor.

Art. 2148.º Se o auctor da herança em partilha, entre herdeiros legitimarios menores ou similhantes, houver legado alguma pensão vitalicia annual para ser paga pela sua quota disponivel, sem que esta seja posta especialmente a cargo de algum herdeiro ou legatario, separar-se-ha um capital equivalente a vinte pensões, e este capital será entregue ao legatario, que ficará sujeito a todas as obrigações de mero usufructuario, fazendo-se, comtudo, desde logo a partilha d'esse capital entre os interessados.

Art. 2149.º Se a pensão legada for imposta na herança, que se ha de repartir entre varios herdeiros maiores, e estes não escolherem d'entre si aquelle, que deve tomar a seu cargo pagar a mencionada pensão, observar-se-ha o que fica disposto no artigo precedente.

Art. 2150.º Se, no caso do artigo 2148.º, os bens da quota disponivel não chegarem para a formação do capital ahí mencionado, será entregue ao legatario a dita quota, como usufructuario, e ficará sendo a pensão aquillo que a mesma quota render.

(Vid. nota ao artigo 1788.º)

Art. 2151.º Havendo de ser separados bens para pagamento de dividas, em inventario de menores, sempre serão preferidos para esse fim os moveis, e d'entre esses os menos preciosos ou de mais difficil conservação.

Art. 2152.º Nos inventarios de maiores, a separação para o pagamento de dividas será feita a aprazimento dos interessados, e, se não concordarem entre si, observar-se-ha a mesma regra.

(Vid. nota ao artigo 2119.º)

Art. 2153.º Finda a partilha, devem ser entregues a cada um dos coherdeiros os titulos relativos aos objectos que lhe couberam, se taes titulos existirem.

Art. 2154.º Os titulos das propriedades divididas serão entregues ao que maior parte n'ellas tiver, com obrigação de os communicar, sendo necessario, ao seu consorte.

Art. 2155.º Os titulos dos consortes em partes iguaes, ou communs a toda a herança, ficarão em poder do coherdeiro, que os interessados escolherem, ou que o juiz nomear, na falta de accordo entre elles.

Art. 2156.º D'estas entregas se fará no inventario um termo, que será assignado pelo juiz, e por aquelle que receber os titulos.

(Vid. artigo 2186.º) No projecto primitivo, antes do artigo correspondente ao artigo 2153.º do codigo, lia-se o seguinte: «Se concorrer a partilha algum cessionario de algum dos coherdeiros, poderá ser removido não sendo igualmente herdeiro, ou seja por todos os coherdeiros, ou seja por algum d'ellos sómente, embolsando-o do preço e despezas da cessão.»

A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão eliminou o artigo, de certo por condemnar a sua doutrina, que importava uma restricção á facultade de transmittir direitos hereditarios.

As partilhas findam com a sentença, que as julga a final. D'esta sentença cabe o recurso de appellação, nos termos do artigo 413.º da

novíssima reforma judicial, e do artigo 29.º § 3.º da lei de 16 de junho de 1855.

Segundo julgou a relação do Porto em accordão de 7 de fevereiro de 1871, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 3.º anno, pôde o marido appellar da sentença que julga as partilhas, independentemente de outorga da mulher, attento o disposto no artigo 1185.º do código, sem embargo da prescripção do artigo 1191.º, que é applicavel unicamente ás questões contenciosas sobre propriedade ou posse, e á alienação de bens immobiliarios; que a appellação, mandada tomar por despacho, e depois de interposta, não pôde ser denegada, porque a faculdade do § 14.º do artigo 681.º da novíssima reforma judicial é restricta a dois casos sómente — não exceder a causa a alçada do juiz inferior — ou ter sido a appellação interposta fóra de tempo, o que melhor se deprehende da regra estabelecida no § 1.º do artigo 736.º da referida lei de processo; e que as questões sobre incompetencia do appellante pertence ao tribunal de recurso, e não ao juiz recorrido, resolve-las.

Em accordão de 23 de outubro de 1873, segundo se refere na *Gazeta da associação dos advogados*, de Lisboa, pag. 75, 1.º anno, julgou o supremo tribunal de justiça que os bens, que em partilha adicional pertenceram a um coherdeiro, e que foram vendidos pelo inventariante, não podem ser reivindicados sem aquelle provar que este não podia validamente vendê-los, não podendo supprir essa prova a sentença proferida na acção que os mandou partilhar, a qual não pôde prejudicar os actuaes possuidores que a ella foram alheios.

A razão natural manda entregar o respectivo titulo ao herdeiro da propriedade, unico interessado n'ella. No caso de ser dividida a propriedade em partes desiguaes, deve entregar-se o titulo ao que tiver maior quinhão, como mais interessado, com a obrigação de o *communizar*, isto é, de facilitar copias d'elle, como diz o projecto de código civil hespanhol no artigo 912.º, fonte do nosso código, ao contrario, quando seja necessario.

Se porém a propriedade ficar indivisa, ou dividida em partes iguaes, como são todos igualmente interessados, entregar-se-ha aquelle que os interessados escolherem. Se nenhum d'elles quizer ficar depositario, ou se todos o quizerem ser, ficará depositario o que o juiz escolher, porque a generalidade do artigo 2155.º abrange os casos de desacordo, tanto por todos quererem ser depositarios, como por nenhum o querer ser.

Mais rasoavel porém nos parecia a doutrina do artigo 2315.º do projecto primitivo, que se seguia ao artigo correspondente ao 2439.º do código, e que era redigido assim: « Os cointeressados em qualquer escripto particular poderão exigir que este seja depositado, a fim de que d'elle se tirem os traslados, de que precisarem ».

No entretanto a commissão revisora eliminou aquelle artigo logo nos trabalhos da primeira revisão.

O que receber os titulos assignará no proprio inventario termo de recibo.

**Art. 2157.º** As custas do inventario serão pagas pelo cabeça de casal ou inventariante, que as descontará na entrega dos quinhões aos coherdeiros, ou as haverá d'estes executivamente.

(Vid. nota ao artigo 1908.º) O cabeça de casal depois de contadas as custas, e de determinada a parte, que cada coherdeiro deve pagar,

pôde exigir mandado executivo, em conformidade do disposto na novíssima reforma judicial, artigo 614.º, contra cada um dos coherdeiros para pagarem a parte respectiva.

## SUB-SECÇÃO VI

### DOS EFEITOS DA PARTILHA

**Art. 2158.º** A partilha legalmente feita confere aos coherdeiros a propriedade exclusiva dos bens, que são repartidos entre elles.

(Vid. nota ao artigo 2015.º)

**Art. 2159.º** Os coherdeiros são reciprocamente obrigados a indemnizar-se, em caso de evicção, dos objectos repartidos.

**Art. 2160.º** Esta obrigação cessa, havendo convenção em contrario, ou se a evicção acontecer por culpa do evicto, ou por causa posterior á partilha.

(Vid. notas aos artigos 1046.º e 1051.º)

**Art. 2161.º** O evicto será indemnizado pelos coherdeiros, na proporção das suas quotas hereditarias; mas, se algum d'elles se achar insolvente, responderão os demais coherdeiros pela parte d'este, na dita proporção, deduzida a quota que corresponderia ao indemnizado.

(Vid. nota ao artigo 845.º)

**Art. 2162.º** A acção pela garantia, mencionada nos artigos precedentes, prescreve, conforme as regras geraes, contanto-se desde o dia da evicção.

(Vid. notas aos artigos 526.º e 535.º)

## SUB-SECÇÃO VII

### DA RESCISÃO DA PARTILHA

**Art. 2163.º** As partilhas, feitas extrajudicialmente, só podem ser rescindidas nos casos em que o podem ser os contratos.

(Vid. nota ao artigo 687.º) Em accordão de 15 de novembro de 1873, publicado no jornal, *O Direito*, 6.º anno, n.º 9.º, julgou a relação de Lisboa, que as partilhas amigaveis feitas por escriptura publica podem ser rescindidas no caso de ter havido erro de direito quanto á natureza dos bens partiveis, vistos os artigos 659.º, 661.º e 2163.º do código.

**Art. 2164.º** As partilhas, judicialmente feitas e confirmadas por sentença passada em julgado, não podem ser rescindidas, excepto nos casos de nullidade do processo.

Este artigo altera fundamentalmente as disposições do direito velho, que permitia não só a rescisão das partilhas por motivo de lesão enorme, mas até a emenda da partilha quando houvesse lesão em mãos da sexta parte, sendo porém intentada a acção n'este caso dentro de um anno.

A ordenação, livro IV, título xcvi, §§ 19.º, 20.º e 21.º, estabelecia que o lezado na partilha tinha direito de requerer que lhe fosse composta a sua direita parte dentro de um anno, se não passava da sexta parte, e dentro de quinze se chegava a metade conforme a regra geral da ordenação, livro IV, título xiii, § 5.º, sendo porém o coherdeiro de perfeita idade, porque sendo menor de vinte e cinco annos podia soccorrer-se ao beneficio da restituição.

O projecto primitivo ainda se encostava á velha jurisprudencia, como se mostra do seguinte artigo, que se seguiu ao artigo correspondente ao 2164.º do codigo, e que era redigido nos seguintes termos: «Mas se houver lesão contra os menores, aindaque a partilha tenha sido legalmente feita, se essa lesão importar em mais de um quarto do que directamente lhes pertencesse, attendendo ao valor das cousas ao tempo da adjudicação, terão os ditos menores o direito de se fazer restituir pelos outros coherdeiros emquanto forem prejudicados, e na sua falta pelos culpados da lesão, se os houver. Esta indemnização pôde ser feita em numerario ou em bens da mesma natureza d'aquelles em que o damno tiver logar.

«§ 1.º Se a lesão for somenos, só competirá aos menores o direito de regresso contra os auctores ou responsaveis pelo damno, se auctores ou responsaveis houver.

«§ 2.º Esta acção prescreve pelo lapso de um anno, a contar da emancipação ou maioridade.

«§ 3.º A disposição d'este artigo e seus §§ é applicavel aos interditos e ausentes, com a differença que a prescripção correrá desde que haja cessado o impedimento.»

A commissão revisora porém logo nos trabalhos da primeira revisão eliminou este artigo.

O codigo estabelece a regra geral de que as partilhas judiciaes, e confirmadas por sentença passada em julgado, só podem ser rescindidas nos casos de nullidade do processo, como por se ter processado o inventario sem a primeira citação, etc.

Em conformidade d'esta doutrina julgou o supremo tribunal de justiça em accordão de 17 de março de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 117, de 27 de maio do mesmo anno.

Diz o accordão:

«Considerando porém que tendo passado em julgado (como os auctores reconhecem) a sentença que julgou partilha, e em taes circumstancias não se arguiu nullidade, como é expresso no artigo 2164.º do codigo civil;

«Considerando que conquanto, segundo o disposto no artigo 1662.º, a divisão por glebas se não possa effectuar sem o consentimento do senhorio, o direito que assiste á camara em nada foi ou pôde ser prejudicado, por isso que nem se mostra que a divisão por glebas se fizesse (mas só por estimação), nem se impugna o encabeçamento, antes, pelo contrario, tem sido solicitado pelo recorrido, etc.»

A relação do Porto, fundando-se em varios accordãos do supremo tribunal de justiça, e nomeadamente nos de 4 de novembro de 1853 e de 19 de julho de 1854, julgou ainda em accordão de 31 de maio de 1872, publicado no jornal *O Direito*, n.º 40, 4.º anno, que as sentenças proferidas em processo de inventario de menores não são appli-

caveis as disposições do artigo 5.º do decreto de 18 de maio de 1832, e do artigo 17.º da lei de 19 de dezembro de 1843, que só tem applicação ás sentenças proferidas em juizo contencioso sobre disputa contradictoria das partes.

Na pratica continua a vigorar a opinião de que o preceito do artigo 2164.º não obsta a que se emendem por meio de processo ordinario as partilhas judicialmente feitas em inventario e confirmadas por sentença, principalmente quando n'esta se deixou direito salvo ás partes; e assim julgou a relação do Porto em accordão de 30 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 174.

Tambem no mesmo accordão se decidiu que ás partilhas feitas antes da execução do codigo não são applicaveis as disposições d'este, e com razão, porque os actos juridicos regem-se pelas leis vigentes ao tempo da sua constituição.

Porém as acções nascidas d'esses actos, que eram admittidas no direito velho, e que a legislação nova não reconhece, não são hoje permittidas, salvo se estavam instauradas em juizo antes da promulgação do codigo.

A ordenação, livro IV, título xcvi, § 20.º, só exigia a citação dos ausentes para as partilhas judiciaes, quando a ausencia não fosse incerta, contantoque o logar fosse de facil accesso e não perigoso, e d'ahi argumentaram os praxistas *a contrario sensu*, que a citação não era necessaria quanto aos ausentes em parte incerta.

Todavia, aindaque fosse esta a disposição da ordenação, foi inteiramente revogada pela novissima reforma judicial, que nos artigos 206.º, 405.º e 407.º não reconhece esta distincção. N'este sentido julgaram, a relação de Lisboa em accordão de 1 de junho de 1858, e o supremo tribunal de justiça em accordão de 13 de dezembro de 1859.

Os menores puberes devem intervir pessoalmente nos inventarios, e para elles devem ser citadas além do seu tutor, como se mostra da ordenação, livro III, título xli, § 8.º, e título lxii § 5.º, e da novissima reforma judicial, artigo 201.º § 2.º, que não distinguem as acções, nem os actos judiciaes, em que os menores puberes devem ser chamados conjunctamente com os seus representantes. N'este sentido tem julgado constantemente o supremo tribunal de justiça.

Em accordão de 24 de maio de 1870, publicado no *Diario do governo*, n.º 154, de 14 de julho do mesmo anno, julgou o supremo tribunal de justiça que, para ter logar a acção de rescisão de partilhas, é necessario mostrar que o inventario rescindendo está findo, e ultimado com sentença que tenha passado em julgado, que n'esta acção deve pedir-se, não só a rescisão das partilhas, mas tambem a da sentença que as julgou, e que é inepto o libello em que se conclue por pedir, ou a nullidade do inventario desde a sua origem, ou a indemnização da lesão soffrida, porquanto as duas partes da alternativa são repugnantes e contradictorias entre si.

Diz o accordão:

«Attendendo porém a que, para ter logar a rescisão de partilhas na maneira indicada, cumpria mostrar que o inventario rescindendo estava findo e ultimado com sentença que tivesse passado em julgado, o que todavia os autos não mostram, como era mister, com os documentos que o instruem, porque só n'essa hypothese é que poderia ter logar a rescisão, como é de direito;

«Attendendo a que, quando mesmo as partilhas estivessem ultimadas em forma legal, necessario era pedir conjunctamente a rescisão

d'essa sentença que as havia julgado, o que porém se não fez, resultando d'essa omissão a incongruência de se pedir a nullidade de umas partilhas findas e acabadas, ficando subsistindo ainda depois, e já sem objecto, a sentença que as havia sancionado:

«Atendendo a que as duas alternativas com que conclue o libello são entre si repugnantes, por contradictorias, por se destruírem mutuamente, porquanto se as partilhas estão nullas não podem produzir effectos validos em face da lei, que as fulmina e cassa, e a indemnisação por lesão, que se decretasse, teria de considerar aquellas como validas, subsistentes e legaes, o que por sem duvida se não pôde admitir por direito», etc.

O decreto sobre consulta do supremo tribunal administrativo, de 21 de novembro de 1872, publicado no *Diário do governo*, n.º 282, do mesmo anno, declarou que, havendo sentença judicial que dê fórma a partilhas sujeitas a contribuição de registo, a liquidação só pôde ser feita em harmonia com a mesma sentença.

Diz o decreto:

«Considerando que foi indevidamente que a junta recorrida no seu accordão entrou na apreciação das disposições testamentarias, que já haviam sido aceitas pelo juiz do inventario;

«Considerando que é ao poder judicial que compete definir os direitos inherentes à capacidade civil, entre os quaes o da herança é um dos mais importantes», etc.

O credor que foi parte no inventario pôde, com carta de sentença de partilha, exigir a divida dos que ficaram obrigados a ella, ainda que a sentença que julgou as partilhas não condemnasse expressa e especialmente os coherdeiros a paga-la, porque interpondo o juiz o decreto e a auctoridade judicial com respeito a toda a partilha implicitamente comprehende tambem a approvação das dividas. Nesta conformidade julgou a relação de Lisboa em accordão de 7 de dezembro de 1869, publicado no jornal *O Direito*, n.º 14, 2.º anno.

**Art. 2165.º** Se as partilhas forem feitas com preterição de algum dos coherdeiros, não serão rescindidas, não se provando dolo ou má fé da parte dos outros interessados; mas serão estes obrigados a compor ao preterido a sua devida parte.

**Art. 2166.º** A omissão de alguns objectos na partilha não é motivo para esta se desfazer, e tão somente se fará partilha adicional d'esses objectos.

Já na imprensa jurifica se discutiu sobre a significação da palavra «*compor*» empregada no artigo, isto é, se os coherdeiros haviam de compor em dinheiro ou em bens hereditarios o quinhão do coherdeiro preterido.

Esta palavra já se encontrava com a mesma significação na ordenação, livro IV, título xcvi, § 18.º, onde se determinava que no caso de lesão enorme, depois de feitas e acabadas as partilhas, ou em auto judicial, ou por escriptura publica, ellas se não desfizessem, ou segundo as palavras formaes da dita ordenação «as partilhas outrosim se não desfirão, mas os outros herdeiros lhe *comporão* somente a sua direita parte».

Ora este dizer significa que a partilha se não rescinde, e que cada um dos coherdeiros dará ao preterido um tanto em dinheiro ou em fazenda para o inteirar do seu quinhão.

Por direito anterior parece que dada a preterição do herdeiro, ou por se ignorar a sua existencia, ou por outra qualquer rasão, ficava nulla a partilha.

O código porém não auctorisa a rescisão da partilha pela preterição do coherdeiro senão em caso de dolo. Não havendo dolo é justo evitar aos coherdeiros incommodo e dispendio com a nova partilha, e respeitar os contratos em boa fé celebrados com terceiros sobre os bens partilhados.

O coherdeiro preterido ha de intentar a acção ordinaria para haver o quinhão que lhe pertence, pedindo a cada um dos coherdeiros a quota proporcional, com que deve contribuir, sobre a base da partilha. Perde porém a quota dos que estiverem insolúveis, por terem alienado os bens que herdaram, salvo o seu direito de arguir de simuladas as alienações, nos termos dos artigos 1030.º e seguintes.

Em accordão de 18 de novembro de 1873 julgou o supremo tribunal de justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados* de Lisboa, pag. 139, 1.º anno, que é competente para recorrer da sentença de partilha todo o interessado que se sente aggravado com ella, ainda que fosse revel, não tendo acudido ao chamamento feito nos termos do artigo 2048.º do código civil.

O nosso código não trata, como alguns, da partilha entre os herdeiros legitimarios ordenada pelo auctor da herança, porque não reconhece esta fórma de partilha feita pelo juiz orphanotico nos termos das leis; e os herdeiros legitimarios maiores não têm obrigação de estar pela partilha ordenada pelo auctor da herança, sujeitando-se a perder os legados que elle lhes deixar com a condição de respeitarem a partilha por elle determinada.

O pensamento fundamental d'estes dois artigos é dar toda a estabilidade ás partilhas uma vez feitas, para evitar as despezas e as delongas de nova partilha. Portanto se houve omissão de alguns objectos não se rescinde por isso a partilha, ainda mesmo no caso de dolo, porque o artigo 2166.º não faz a distincção que se encontra no artigo 2165.º para o caso de preterição de algum herdeiro.

Por analogia com o disposto no artigo 2166.º, se porventura se adjudicou quinhão ao posthumo, e este nasceu morto, como não adquiriu nem transmittiu direitos, artigos 6.º e 110.º divide-se pelos outros coherdeiros em partilha adicional o lote d'elle, visto que a omissão de alguns objectos na partilha não é motivo para ella se annullar, e em favor do nascituro não se tomam outras providencias alem da prescripta no artigo 157.º

Se porventura se effectuou a partilha com preterição de algum herdeiro, fazendo-se quinhão ao nascituro na idéa de que era um individuo só, e d'esse parto nasceram dois, repõem os herdeiros contemplados ao preterido na devida proporção para lhe comporem a legitima.

Para evitar os inconvenientes de alteração na partilha quando ha herdeiros posthumos, visto que podem nascer mortos, ou ser em numero maior do que se presumia, entendem alguns que devia ser adiada a partilha até se verificar o parto, porque, comquanto o inventario deva ser concluido dentro de sessenta dias, artigo 2049.º, pôde o juiz prorogar este prazo por *alguma causa justa*.

Não reputámos porém esta justa para se adiar a partilha a existencia do posthumo, vistos os termos do artigo 157.º, que manda nomear um curador ao ventre que tome *provisoriamente conta dos bens*, apesar de a mãe ter o patrio poder; e o curador não poderia tomar conta dos bens, que houvessem de pertencer ao nascituro, sem se verificar primeiro a partilha.

Se porém a partilha se fez, não com preterição de herdeiro, mas com herdeiro falso, deverá então julgar-se nula, como dispõe o artigo 930.º do projecto de código civil hespanhol. A consideração da pessoa do supposto herdeiro poderia ter influido essencialmente na partilha.

FIM DO VOLUME IV