CODIGO CIVIL

PORTUGUEZ

ANNOTADO

CODIGO CIVIL

PORTUGUEZ

ANNOTADO

POR

JOSÉ DIAS FERREIRA

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

VOLUME V

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1876

PARTE III

DO DIREITO DE PROPRIEDADE

LIVRO UNICO

TITULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2167.º Diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de applicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, póde dispor livremente.

Art. 2168.º A propriedade é absoluta ou resoluvel, singular ou commum, perfeita ou imperfeita.

Art. 2169.º O direito de propriedade abrange:

1.º O direito de fruição;

2.º O direito de transformação;

3.º O direito de exclusão e defesa;

4.º O direito de restituição e indemnisação, nos casos de violação, damno ou usurpação;

5.º O direito de alienação.

Art. 2170.º O direito de propriedade, e cada um dos direitos especiaes que esse direito abrange, não têm outros limites senão aquelles que lhes forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario, ou por disposição expressa da lei.

TITULO II

DA PROPRIEDADE ABSOLUTA E DA PROPRIEDADE RESOLUVEL

Art. 2171.º A propriedade absoluta é a que, pelo titulo da sua constituição, não póde ser revogada senão por consentimento do proprietario, excepto no caso de expropriação por utilidade publica; a propriedade resoluvel é a que, conforme o titulo da sua constituição, está sujeita a ser revogada, independentemente da vontade do proprietario.

Art. 2172.º A propriedade presume-se absoluta em quanto o contrario se não provar.

Art. 2173.º A propriedade dos direitos adquiridos manifesta-se pelo exercicio ou posse d'elles, nos termos declarados na lei.

Art. 2174.º Os effeitos da resolução da propriedade são declarados nos titulos relativos á sua constituição.

TITULO III

DA PROPRIEDADE SINGULAR E DA PROPRIEDADE COMMUM

Art. 2175.º Propriedade singular é a que pertence a uma unica pessoa; propriedade commum é a que pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

Art. 2176.º O proprietario singular exerce exclusivamente os seus direitos, nos termos declarados nos titulos precedentes; o proprietario em commum, consorte ou comproprietario, exerce, conjunctamente com os outros seus consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na propriedade commum.

Art. 2177.º O comproprietario não póde, todavia, dispor especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha; e a cessão do direito que tem á parte que haja de pertencer-lhe, poderá ser limitada na conformidade da lei.

(Vid. nota ao artigo 1566.º)

Art. 2178.º Todo o comproprietario tem o direito de constranger os seus consortes a contribuirem para as despesas da conservação da cousa, ou do direito commum, salvo se estes renunciarem á parte da cousa que possa pertencer-lhes.

(Vid. artigos 2320.º § 3.º, 2334.º, 2335.º, 2350.º e 2352.º) A razão natural ensina que os que desfructam os interesses paguem as despesas indispensaveis para a producção d'esses mesmos interesses.

Por isso é á custa dos consortes a despesa com a arvore, muro, edificio, valla, regueira, ou sebe commum, artigos 2320.º § 3.º, 2334.º, 2335.º, 2350.º e 2352.º, e em geral com qualquer cousa commum, salvo renunciando o consorte ao seu quinhão, porque então deixou de ser interessado: e a renuncia dos direitos é permittida.

As regras estabelecidas nos artigos 2334.º e 2335.º para a reparação e reconstrucção dos muros e edificios communs podem, na sua generalidade, applicar-se ás despesas com qualquer outra cousa commum.

Assim nos muros simplesmente de vedação a despesa é ao meio, porque a utilidade é egual para ambos os consortes. Mas, se algum dos consortes tiver outro proveito, alem da vedação, em proporção do proveito é que ha de ratear-se a despesa.

Como no muro, a ruina em qualquer cousa commum, que provenha de facto de que só algum dos consortes tire proveito, só por elle deve ser supportada.

Nos edificios communs é que só se reputam communs as paredes mestras e os telhados, para o que concorrem os proprietarios dos diversos andares em proporção do valor do seu andar. Nada mais é commum: nem o portal do primeiro andar, nem as escadas por onde todos se servem.

É a doutrina do codigo civil francez, artigo 664.º, que Rogron nas suas notas confessa não ser muito justa, visto que a escada do primeiro andar serve aos donos dos andares superiores e assim successivamente, e que por isso a boa razão pedia que a despesa fosse tambem por todos dividida.

No entretanto preferiu-se ao rigor da justiça uma regra uniforme, pela difficuldade de calcular sempre com a devida exactidão o proveito, que cada um tirava da escada, ou de qualquer outra cousa commum, excepto as paredes mestras e os telhados, que reclamam despesas muito avultadas.

Para as despesas da cousa não são obrigados a contribuir os que n'ella não têm communhão, ainda que d'ella tirem algum interesse, como, com fundamento n'este e nos artigos 2178.º e 2334.º, julgou a Relação do Porto em accordão de 7 de dezembro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 180.

Art. 2179.º O uso e administração da cousa, ou do direito commum, serão regulados pelo que fica disposto no artigo 1249.º e seguintes.

(Vid. notas aos artigos 1243.º e 1245.º)

Art. 2180.º Nenhum comproprietario será obrigado a permanecer na indivisão, e poderá em todo o tempo requerer partilha, excepto:

1.º Nos casos de casamento ou sociedade, em conformidade das respectivas disposições d'este codigo;

2.º Se a cousa ou direito for de sua natureza não-partivel.

(Vid. artigo 2185.º) A partilha é a operação por meio da qual se dividem os bens communs entre os coherdeiros ou comproprietarios. Ninguem póde ser obrigado a permanecer na indivisão, que dá quasi sempre logar a contestação entre os proprietarios, em prejuizo do desinvolvimento da propriedade, e ás vezes mesmo da ordem publica.

Nem por convenções póde alterar-se este preceito, que é de *interesse publico;* e as leis de ordem publica não podem ser derogadas por convenções particulares.

Póde porém estipular-se a indivisão por cinco annos, e successivas renovações pelo mesmo praso, contando-se sempre o novo periodo desde o dia da renovação. E se se estipular por um praso mais longo do que cinco annos, não fica nulla a estipulação, mas sómente obrigatoria até ao fim d'aquelle praso.

Por isso não póde renunciar-se o direito de exigir a divisão de cousa commum, ou estipular-se a obrigação de a conservar indivisa por mais de cinco annos, artigo 2185.º

N'este sentido julgou a Relação do Porto no supracitado accordão de 7 de dezembro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* de Coimbra, n.º 180.

Decidiram os juizes que os consortes n'uma agua, que estavam na posse de moer com ella, tinham, em conformidade d'este artigo, o direito de exigir a sua divisão e demarcação, correndo por conta de todos os quinhoeiros as despesas da demarcação, não só pelo dever legal, a que estavam sujeitos pelo facto da communhão, mas porque d'ahi lhes resultava interesse.

Exceptuam-se da regra acima estabelecida os casos em que a indivisão é *condição* do contracto, como na sociedade e no casamento, em que a divisão não póde requerer-se em qualquer tempo á vontade dos interessados, mas só nos casos prescriptos no codigo nos capitulos relativos á sociedade e ao casamento: e ordinariamente a divisão dos bens no casamento e na sociedade é precedida da dissolução das respectivas sociedades. Se a cousa pela sua natureza não póde dividir-se, como um lagar, uma fabrica, etc., é da *natureza* do objecto a indivisão.

Em accordão de 19 de janeiro de 1875 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa,* 2.º anno, pag. 393, que se n'um inventario ficar em commum a alguns coherdeiros uma propriedade, podem estes, não lhes convindo a communhão, fazer proceder á divisão por meio de requerimento no mesmo processo de inventario.

Art. 2181.º A divisão da cousa commum póde fazer-se amigavelmente, ou por arbitros nomeados a aprazimento das partes, não sendo estas incapazes.

(Vid. nota ao artigo 189.º) Em accordão de 3 de fevereiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* de Coimbra, n.º 375, julgou a Relação do Porto, que, feita a divisão da cousa commum por meio de arbitros, não pode a parte lesada requerer ás justiças ordinarias novo arbitramento, mas sim recorrer da decisão arbitral, nos termos do artigo 155.º da Nov. Ref. Jud.

Art. 2182.º No caso de ser feita a divisão por arbitros, estes devem formar as sortes com perfeita egualdade, tanto em relação á quantidade, como em relação á qualidade das cousas, evitando, quanto seja possivel, as tornas a dinheiro.

Art. 2183.º Se a cousa não podér ser dividida em substancia, e os consortes não convierem em que se adjudique a algum d'elles, inteirando-se os outros a dinheiro, será vendida, e repartir-se-ha o preço.

(Vid. nota ao artigo 2109.º) Em accordão de 14 de agosto de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* de Coimbra, n.º 324, annullou a Relação de Lisboa um processo desde uma vistoria, em que os peritos partidores declararam que uma casa commum era de commoda divisão, sem indicarem a fórma da divisão para se verificar a partilha, deixando esta para a execução, que era inutil n'este caso, e de realisação impossivel, quando os novos partidores fossem de opinião contraria aos primeiros.

Em accordão de 17 de junho de 1871, publicado na mesma folha, n.º 174, julgou tambem aquelle tribunal que na divisão e na demarcação de uma propriedade devem os peritos dar a cada um dos interessados a parte correspondente ao seu quinhão, assim no maior como no de inferior qualidade, segundo prescreve o artigo 2182.º do codigo.

Em sentença de 20 de março de 1869, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa,* 2.º anno, n.º 183, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa que a diminuição de valor, ou o detrimento resultante da divisão das casas, não era motivo que obstasse a que fossem divididas em substancia, com o fundamento de que o artigo 2183.º só admitte a divisão pelo preço da praça, quando os consortes não convêm na adjudicação, e a cousa não póde ser dividida em substancia, que os artigos 1499.º e 2145.º não definem que é indivisivel em substancia tudo o que não podér ser dividido sem detrimento ou perda de valor, que a Ord. liv. 4.º, tit. 96, § 5.º, só considerava indivisiveis em especie as cousas que não podiam partir-se sem *damno* ou destruição da propria natureza, como eram o *escravo,* a *besta,* o *moinho,* o *lagar* e cousas similhantes, que a mesma Ord. liv. 1.º, tit. 68, § 37.º, dizia: «E se dois tiverem uma casa commum, e um d'elles quizer partir e outro não, partir-se-ha, posto que um d'elles não queira. E ambos darão o logar na casa para se fazer a parede de repartimento e o alicerce d'ella, etc.»; e que tanto este era o direito do reino, que a lei de 9 de julho de 1773, depois revogada pelo decreto de 17 de julho de 1778, menos quanto aos §§ 11.º e 12.º, prohibia a divisão das casas em substancia, mandando adjudicar as mesmas ao possuidor que n'ellas tivesse maior parte, o qual devia compor os outros a dinheiro.

Em accordão de 30 de abril de 1872, publicado no jornal — *O Direito,* 4.º anno, n.º 22, julgou a Relação do Porto que para se fazer a divisão da cousa commum não bastava allegar a communhão, mas que era preciso provar de modo satisfactorio que havia effectivamente dominio e posse nas propriedades declaradas communs.

Art. 2184.º A divisão dos bens immobiliarios é nulla, não sendo feita em escriptura publica ou auto publico.

(Vid. notas aos artigos 189.º e 686.º)

Art. 2185.º Os comproprietarios não podem renunciar o direito de exigir a divisão, mas podem convencionar que a cousa se conserve indivisa por certo espaço de tempo, com tanto que não exceda a cinco annos; será, todavia, licito renovar este praso por nova convenção.

(Vid. nota ao artigo 2180.º)

Art. 2186.º O comproprietario, a quem tocar a cousa commum ou parte d'ella, gosará dos direitos de que gosam os herdeiros na partilha da herança.

(Vid. nota ao artigo 2153.º)

TITULO IV

DA PROPRIEDADE PERFEITA E DA PROPRIEDADE IMPERFEITA

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2187.º Propriedade perfeita é a que consiste na fruição de todos os direitos, contidos no direito de propriedade; propriedade imperfeita é a que consiste na fruição de parte d'esses direitos.

Art. 2188.º Aquelle, a quem pertence qualquer fracção do direito de propriedade, gosa, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente, salvas as restricções estabelecidas na lei, ou no titulo constitutivo da mesma propriedade.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

Art. 2189.º São propriedades imperfeitas as seguintes:

1.º A emphyteuse e a subemphyteuse;
2.º O censo:
3.º O quinhão;
4.º O usufructo, e o uso e habitação;
5.º O compascuo;
6.º As servidões.

§ unico. As regras, relativas a cada uma d'estas propriedades ou direitos, darão materia aos capitulos seguintes, salvo o que diz respeito á emphyteuse e ao censo, que fica regulado no artigo 1644.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 949.º, n.º 2.º)

CAPITULO II

DO QUINHÃO

Art. 2190.º O direito, que qualquer pessoa tem, de receber uma quota parte da renda de um predio indiviso, encabeçado em um dos comproprietarios do mesmo predio, e por elle possuido, chama-se quinhão.

§. 1.º Dá-se ao comproprietario, em que o predio está encabeçado, o nome de—posseiro—, e aos outros comproprietarios o de—quinhoeirôs—.

§ 2.º As quotas de renda podem ser eguaes para todos os quinhoeiros, ou maiores para uns do que para outros, conforme o direito que tiverem ao predio indiviso.

Este capitulo foi introduzido todo de novo pela commissão revisora, porque o projecto primitivo nem sequer fallava de similhante materia, e introduzido só no ultimo projecto, que foi apresentado pelo governo ás côrtes como proposta de lei, porque os dois primeiros projectos da commissão são inteiramente omissos, como o projecto do sr. Seabra, sobre este assumpto.

Tambem os dois primeiros projectos da commissão revisora, a exemplo do projecto primitivo, no artigo correspondente ao artigo 2189.º do codigo, não especificavam entre as propriedades imperfeitas a subemphyteuse, o censo e o quinhão, que só foram mencionados no referido ultimo projecto, apresentado ás côrtes.

É porém indispensavel não confundir o quinhão, nem com a renda, nem com o censo, nem com o aforamento, porque os seus caracteristicos são differentes, e estão bem determinados n'este capitulo.

O modo de ser da propriedade constituida pelos quinhões é muito frequente no Alemtejo. Pedro, por exemplo, é senhor d'uma herdade, que paga a Paulo o quinhão de $^1/_4$ de renda, a Francisco o de $^1/_6$, etc. O quinhão é uma especialidade da propriedade commum, e subordinada a regras particulares. Aqui não ha verdadeiramente propriedade commum; o proprietario é o proprio que está sujeito aos quinhões, como estaria sujeito a uma servidão, salvas as especialidades de que vamos fallar.

Os comproprietarios não são aqui egualados entre si no exercicio dos direitos como na *propriedade commum;* própriamente dicta, em que nenhum dos consortes é obrigado a permanecer na indivisão, e a todo o tempo póde requerer a partilha, artigo 2180.º, quando no quinhão nenhum dos comproprietarios póde requerer a divisão, porque nenhum tem *parte no predio*, mas só *quinhão na renda*.

Em harmonia com estes principios j[illegible] o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 17 de julho de 1874, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, a pag. 696, que o quinhoeiro não gosa do direito de comproprietario para o effeito de pedir a divisão da propriedade.

Tambem a Relação de Lisboa decidiu em accordão de 28 de agosto

de 1869, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 7, que segundo a praxe de julgar, e o uso admittido, não tinha o quinhoeiro direito senão a receber o respectivo quinhão, e nunca a pedir a divisão do predio commum, porque não possuia no predio senão o onus real, d'onde provinha a quota, o qual lhe não dava posse na propriedade, mas que, como tinha interesse na administração da propriedade commum, porque, conforme o seu rendimento, lhe havia de ser liquidado o quinhão, podia a este respeito requerer as providencias que fossem de direito.

Art. 2191.º Só o posseiro é competente para administrar e arrendar o predio indiviso; mas qualquer dos quinhoeiros tem o direito de exigir que o predio seja arrendado por conta do posseiro, ou que seja arrendado em hasta publica quando andar arrendado particularmente, se entender que isso é conveniente para o augmento da quota da renda que lhe toca.

§ unico. Se houver divergencia entre os quinhoeiros, far-se-ha o que for resolvido pela maioria d'elles. Havendo empate, não se innovará cousa alguma até nova deliberação.

(Vid. nota ao artigo 1566.º) Em virtude do artigo e § unico parece que logo que a maioria dos quinhoeiros exija que o arrendamento seja feito em hasta publica, cessa o arrendamento feito particularmente pelo posseiro, ainda que o arrendatario o tenha registado, devendo apenas guardar-se n'este caso o disposto nos artigos 1628.º e 1629.º do codigo.

Art. 2192.º O augmento de rendimento, proveniente de bemfeitorias feitas á custa do posseiro no predio indiviso, reverte em proveito d'este; mas, se as bemfeitorias foram feitas por algum arrendatario, o augmento de rendimento reverterá em proveito de todos os quinhoeiros.

Ainda que o predio pertence verdadeiramente ao posseiro, as bemfeitorias á custa do arrendatario revertem a favor de todos os quinhoeiros, porque as bemfeitorias augmentam o rendimento, e o rendimento é de todos. Se forem feitas pelo posseiro, só a elle pertencem como justa compensação do seu trabalho e despesas.

Art. 2193.º Qualquer acção relativa á propriedade do predio indiviso, ou que possa ter por effeito diminuir o valor dos quinhões, deve ser intentada contra todos os quinhoeiros.

Se em virtude d'uma acção de reivindicação, por exemplo, for desmembrado o predio quinhoeiro, diminue a renda, e portanto a importancia dos quinhões, e assim o interesse de todos os quinhoeiros. As questões pois relativas á propriedade do predio devem ser dirigidas contra todos os quinhoeiros, como interessados. Por identidade de razão, se a questão for de posse, mas influir na propriedade a sua decisão, deverá ser intentada a respectiva acção contra todos os quinhoeiros, como contra todos devem ser intentadas as acções que de qualquer modo possam ter por effeito diminuir o valor dos quinhões.

Art. 2194.º Cada quinhoeiro póde onerar o seu respectivo quinhão; mas o predio indiviso não póde ser onerado sem consentimento de todos os quinhoeiros.

O predio indiviso não póde ser onerado sem o consentimento de todos os quinhoeiros, quando o onus, diminuindo o valor do predio, influe na importancia dos quinhões; mas cada quinhoeiro bem póde onerar a parte da sua renda, que é perfeitamente divisivel da dos outros.

Art. 2195.º Todos os quinhoeiros têm o direito de alhear, no todo ou em parte, os seus respectivos quinhões, bem como o posseiro tem o direito de alhear a sua posse, observando-se, porém, o seguinte:

§ 1.º Quando algum dos quinhoeiros quizer vender, ou dar em pagamento o seu quinhão ou parte d'elle, terá preferencia o posseiro, e, na falta d'este, os outros quinhoeiros. Se mais de um quinhoeiro quizer usar do direito de preferencia, escolherá o alheador qual d'elles lhe aprouver.

§ 2.º Egual preferencia terão os quinhoeiros, quando o posseiro quizer vender, ou dar em pagamento a sua posse, ou o seu respectivo quinhão, ou parte d'elle.

§ 3.º O modo de exercer estas preferencias é o mesmo, que no artigo 1678.º e seus §§ fica estabelecido para a emphyteuse.

(Vid. nota ao artigo 1566.º)

Art. 1196.º Para o futuro é prohibida a constituição de quinhões. A propriedade, a cuja fruição for por qualquer modo dada esta fórma, regular-se-ha pelas disposições estabelecidas no artigo 2210.º e seguintes, para reger a propriedade commum.

(Vid. nota ao artigo 1587.º)

CAPITULO III

DO USUFRUCTO, E DO USO E HABITAÇÃO

SECÇÃO I

DO USUFRUCTO

SUB-SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2197.º Usufructo é o direito de converter em utilidade propria o uso ou producto de cousa alheia, mobiliaria ou immobiliaria.

(Vid. artigos 2206.º, 2254.º, 2257.º, 2258.º, 2261.º e 2290.º) A propriedade abrange os dois direitos de *gosar* e de *dispor*, que podem andar juntos ou separados: quando separados, denomina-se *usufructo* o direito de gosar. O usufructo póde recahir tanto sobre o *uso* como sobre o *producto;* isto é, o usufructuario póde usar por si, ou por outrem, a quem alugue ou arrende a cousa, segundo é *mobiliaria* ou *immobiliaria*. É difficil dar a definição de usufructo em caracteres tão precisos, que se distinga perfeitamente do arrendamento. Só pelas regras juridicas relativas a cada uma d'estas instituições é que se distinguem perfeitamente.

O Projecto primitivo, em harmonia com o direito romano, com os codigos de quasi todas as nações, e com o dizer de quasi todos os escriptores, definiu, artigo 2363.º, usufructo—o direito de gosar da cousa alheia, *salva a sua fórma e substancia*, nos termos declarados n'este capitulo—; palavras que a commissão revisora eliminou, talvez por admittir, artigo 2209.º, como admittia o projecto primitivo, artigo 2374.º, o usufructo de cousas *fungiveis*, ou por esta idéa se achar reconhecida no artigo 2217.º do codigo, como reconhecida era no artigo 2381.º do projecto primitivo.

No primeiro e no segundo projecto da commissão revisora definia-se *usufructo*—o direito de gosar da cousa alheia, nos termos declarados n'este capitulo—; e só no ultimo projecto é que se lhe deu a redacção que tem hoje no codigo.

Dizem alguns que estas definições não designam precisamente o direito *real* de usufructo, que só no latim a propriedade, definida —*jus utendi, fruendi* e *abutendi*, tinha um sentido claramente determinado, porque cada uma d'estas palavras significava uma desmembração da propriedade, isto é, um *direito real*, e que as definições usadas no direito moderno não estremam completamente o usufructo do arrendamento.

A obrigação que tem o usufructuario de respeitar a *fórma e a substancia* é um caracteristico que distingue o direito de gosar do direito de dispor. Só o proprietario póde dispor, e por isso só elle póde alterar a fórma e a substancia, reduzindo a vinha a olival, o olival a vinha, etc.

Nas cousas fungiveis impropriamente se diz haver usufructo; mas como o usufructuario é obrigado a restituir outro tanto na mesma especie e qualidade, presume-se que devolve a mesma cousa.

O proprietario da cousa gosa de tudo o que natural ou casualmente lhe accrescer, artigo 2290.º, pela regra de que o accessorio segue o principal; e por isso o usufructuario que, em quanto ao direito *de gosar*, é inteiramente equiparado ao proprietario, gosa tambem de todas as servidões de transito, e de quaesquer outros direitos de que o proprietario poderia gosar.

Grandes e fundamentaes são as differenças entre o direito de usufructo, e o do uso e de habitação. O usufructuario tem direito de perceber todas as utilidades e productos que a cousa possa dar, artigo 2197.º; o sujeito do direito de uso e de habitação não póde servir-se da cousa alheia senão para as suas commodidades pessoaes e da sua familia, artigos 2254.º e 2257.º O usufructuario póde gosar pessoalmente da cousa, emprestal-a, arrendal-a, ou alugal-a, e até alienar o seu direito de usufructo, artigo 2207.º; o usuario não póde vender, alugar, nem trespassar o seu direito, artigo 2258.º A final as differenças fundamentaes entre o usufructo e o uso consistem em que o sujeito d'aquelle direito tira mais proveitos da cousa alheia do que o d'este. Até o codigo applica expressamente, artigo 2261.º, ao uso as disposições dos artigos 2203.º, 2217.º, 2240.º a 2247.º e 2253.º, que regulam o usufructo.

O usufructuario faz seus todos os fructos, artigo 2206.º, sendo por conseguinte indifferente ao proprietario que elle exerça o seu direito por si ou por outrem. Porém o direito do usuario ou do morador é todo pessoal; limita-se ao necessario para as suas necessidades ou da sua familia, e por isso importa ao proprietario, a quem pertence o remanescente dos fructos, que o direito não seja exercido por outrem, que póde ter maiores necessidades.

As necessidades do usuario hão de ser graduadas pela sua posição, e circumstancias particulares.

Como é difficil, se não impossivel, separar as necessidades do individuo das da mulher e dos filhos, póde o usuario aproveitar-se dos fructos necessarios para a subsistencia da familia, ainda que não fosse pae nem marido ao tempo da constituição d'este direito.

Na *familia*, segundo a opinião de Rogron em a nota ao artigo 630.º do codigo civil francez, e de Goyena em a nota ao artigo 472.º do projecto do codigo civil hespanhol, comprehendem-se não só os parentes a quem o usuario deve alimentos, mas tambem aquelles a quem elle os não deve, se viviam na sua companhia ao tempo da constituição do usufructo.

Pelo principio de que o usuario tem direito ao necessario para a sua subsistencia e da sua familia, ainda que ella venha a augmentar, se explica que os individuos que vêm de novo estabelecer-se na vizinhança de bens parochiaes ou municipaes, a cujo uso os vizinhos têm direito, podem egualmente aproveitar-se d'elles. Porém o uso das cousas de dominio publico, parochial, municipal ou nacional, é regulado pela legislação administrativa.

Quando o usuario se aproveita de todos os fructos, por todos lhe serem necessarios, fica sujeito a todas as obrigações do usufructuario, artigo 2259.º, porque ha então verdadeiro *usufructo;* aliás paga *pro rata*, porque as contribuições, despesas de cultura, e reparos de conservação são encargos dos fructos.

D'aqui mesmo provêm grandes relações entre o uso e o usufructo,

porque, como dissemos, verdadeiramente distinguem-se em que—*minus est in usu, quam in usufructu.* Note-se porém que não ha uso estabelecido por disposição da lei, como ha usufructo, v. gr. o dos paes nos bens dos filhos, com quanto o artigo 2255.º diga que o uso se constitue pelo mesmo modo que o usufructo, artigo 2198.º Por isso o usuario ou o morador não podem trespassar o seu direito, etc.

Melhor teria sido que o legislador houvesse acabado com as instituições juridicas do *uso* e da *habitação*, não só porque são rarissimas, mas porque podiam ser substituidas pelo usufructo sem limitação.

Art. 2198.º O usufructo póde ser constituido por acto entre vivos, por ultima vontade, ou por disposição da lei.

(Vid. artigos 2200.º, 2201.º, 2255.º, 2271.º e 2275.º) O usufructo e o uso podem ser constituidos por disposição da lei, ou por vontade do homem, diz o artigo 2255.º; mas, como já dissemos, não ha uso constituido por disposição da lei.

A servidão póde ser constituida além d'aquelles dois modos *pela natureza das cousas*, artigos 2271.º e 2275.º Em accordão de 24 de abril de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 121 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o usufructo ha de ser primariamente regulado pelo titulo da sua constituição.

No artigo, correspondente ao artigo 2198.º do codigo, tanto do projecto primitivo, como dos dois primeiros projectos da commissão revisora, dizia-se que o usufructo podia ser constituido, tanto em moveis como em immoveis, palavras que a commissão revisora eliminou a final, de certo por escusadas. É evidente que o usufructo, bem como o uso, podem ter por objecto, tanto as cousas moveis, como as immoveis.

Em caso de duvida, se o acto juridico é usufructo ou uso, deve decidir-se a questão em harmonia com as regras prescriptas no artigo 685.º

O acto entre vivos póde ser tanto a titulo oneroso, como a titulo gratuito. É mais frequente a constituição do usufructo e do uso em acto entre vivos á titulo gratuito, e da servidão em acto a titulo oneroso. Tambem por disposição de ultima vontade é tão frequente a constituição do usufructo e do uso, como rara a constituição de servidão.

São regulados pelo seu titulo constitutivo, tanto o usufructo, artigo 2201.º, como o uso, artigo 2255.º, como a servidão, artigo 2275.º Só na falta ou deficiencia de declaração do titulo é que regem as disposições respectivas do codigo.

O usufructo e o uso ordinariamente são vitalicios, isto é, são constituidos *puramente*, para começarem desde logo, e acabarem por morte do usufructuario ou do usuario.

Mas tambem podem constituir-se *condicionalmente*, ou a começar em certo dia, *ex die*, por exemplo, desde o 1.º de janeiro de 1877, ou até certo dia, *ad diem*, isto é, para durar até ao 1.º de janeiro de 1879, o que aliás não é permittido com relação á instituição de herdeiro, artigo 1747.º

Podem tambem ser dependentes de condição *suspensiva* ou *resolutiva*. No primeiro caso não podem começar o usufructo e o uso, senão quando se verificar o acontecimento, como se eu dou o usufructo ou o uso da minha casa, para quando o meu filho se casar. No segundo caso começam o usufructo e o uso desde logo, e cessam quando se verificar o acontecimento, como se eu dou o usufructo ou o uso da minha casa, em quanto o meu filho não casar.

Emfim, se o usufructo ou o uso forem constituidos sob condição, ou até certo dia, ou desde certo dia, governar-se-hão pelo disposto para eguaes casos nos contractos, e nas disposições de ultima vontade.

Pela *disposição da lei* têm usufructo os paes nos bens dos filhos menores, artigos 144.º e 145.º, a consorte em metade da herança do filho illegitimo, fallecido sem posteridade, artigo 1995.º, etc.

As servidões constituidas por *disposição da lei* estão reguladas nos artigos 2282.º e seguintes. Das expressões—*servidões legaes*—não deve tirar-se a consequencia de que estas servidões não podem ser modificadas pela vontade do homem, pois que a lei só as regula na falta de toda a determinação convencional.

N'algumas legislações faz-se distincção entre servidões impostas pela *natureza das cousas*, ou pela situação natural dos logares, e servidões impostas pela lei; e a essa distincção allude ainda o codigo no artigo 2271.º, e na epigraphe da secção 3.ª, cap. 5.º d'este titulo. Porém as servidões que derivam da situação natural dos logares são tambem impostas pela lei.

Para justificar aquella divisão dizia-se que havia differença entre a servidão que resulta da *situação natural dos logares*, como aquella pela qual o predio inferior é obrigado a receber as aguas que derivam naturalmente do predio mais elevado, e a servidão *legal*, como é a obrigação de observar certa distancia do predio visinho para abrir janellas de vista. As primeiras são, para assim dizer, determinadas pela natureza, e confirmadas apenas pela lei; as segundas, introduzidas pelas necessidades e costumes dos povos, são mais susceptiveis de variação e de arbitrio nas regras que as constituem.

Porém, a final, quanto aos effeitos não variam. São todas filhas da disposição da lei.

Art. 2199.º O usufructo póde dar-se em favor de uma ou de mais pessoas, simultanea ou successivamente, com tanto que existam ao tempo em que se torna effectivo o direito do primeiro usufructuario.

(Vid. nota ao artigo 1870.º)

Art. 2200.º O usufructo póde ser constituido condicional ou puramente.

Art. 2201.º Os direitos e as obrigações do usufructuario serão regulados pelo titulo constitutivo do usufructo; na falta ou deficiencia d'este, observar-se-hão as disposições seguintes.

(Vid. nota ao artigo 2198.º)

SUB-SECÇÃO II

DOS DIREITOS DO USUFRUCTUARIO

Art. 2202.º O usufructuario tem o direito de perceber todos os fructos, que a cousa usufruida produzir, quer esses fructos sejam naturaes, quer industriaes, quer civis.

§ unico. Os fructos naturaes, industriaes e civis serão qualificados nos termos do artigo 495.º, § 3.º

Art. 2203.º Os fructos agrarios naturaes ou industriaes, pendentes ao tempo em que o usufructo começa, pertencem ao usufructuario; os pendentes ao tempo da extincção do usufructo pertencem ao proprietario.

§ 1.º Nos casos sobredictos, o usufructuario, ao começar o usufructo, não é obrigado a abonar ao proprietario despesa alguma feita; mas o proprietario é obrigado a abonar, no fim do usufructo, as despesas de cultura, sementes e outras similhantes, feitas pelo usufructuario com a producção dos fructos pendentes.

§. 2.º A disposição do § precedente não prejudica os direitos de terceiro, adquiridos ao começar ou ao terminar o usufructo.

Art. 2204.º Quanto aos productos industriaes fabris, os não ultimados ao começar o usufructo, pertencem ao usufructuario, sem obrigação de abonar despesa alguma; os não ultimados no fim do usufructo pertencem ao proprietario, com obrigação de abonar ao usufructuario, ou a seus herdeiros ou representantes, as despesas feitas com taes productos.

§ unico. É applicavel aos casos previstos neste artigo a disposição do § 2.º do artigo antecedente.

Art. 2205.º Os fructos civis pertencem ao usufructuario, dia por dia, em proporção do tempo que dura o seu usufructo.

(Vid. nota ao artigo 495.º) Já na imprensa juridica se discutiu se o parocho (que é perfeitamente egualado ao usufructuario), que recebe todos os rendimentos do passal, e que não pastoreou a egreja todo o anno, deve restituir a parte correspondente ao que parochiar o resto do anno, e vice versa se, fallecendo o parocho depois de ter feito todas as despesas da cultura, sem haver os fructos, podem os seus herdeiros reclamar a competente indemnisação do parocho successor, que percebeu os fructos sem ter feito despesa com a cultura.

Os artigos do codigo parecem inapplicaveis a esta especie, porque previnem apenas a hypothese da partilha dos fructos entre o usufructuario e o proprietario, quando os parochos são todos usufructuarios, devendo fazer-se partilha dos fructos n'este caso entre usufructuarios successivos, e não entre usufructuario e proprietario.

Em nosso entender, como a congrua é a remuneração do serviço parochial, cada um dos parochos que dentro do anno economico exerce as funcções parochiaes deve receber a congrua *pro rata temporis*, e assim pagar proporcionalmente as despesas da cultura.

N'estes termos os fructos *civis* ou rendas devem ser repartidos *pro rata*, artigo 495.º, § 3.º; e os fructos *naturaes* pertencem ao usufructuario ao tempo da colheita, pagando ao anterior as despesas de cultura, sementes e outras similhantes, artigo 2203.º, § 1.º É o que parece mais razoavel e legal no silencio das leis de 20 de julho de 1839 e de 8 de novembro de 1841, reguladoras das congruas parochiaes.

Sustentam alguns que aberta uma janella sobre o passal do parocho é elle pessoa competente para só por si, sem intervenção da juncta de parochia, fazer a demanda, vistos os artigos 2206.º e 2219.º do codigo civil, e 308.º, n.º 5, do codigo administrativo, por não estarem sujeitos os passaes á administração da juncta de parochia, como parece ter declarado a portaria de 12 de abril de 1844, correndo as despesas por conta do parocho, se não houver auctorisação da juncta, citado codigo administrativo, artigo 349.º, n.º 9.

Os interessados para fazerem valer o seu direito n'esta especie devem recorrer á acção ordinaria, e não ao meio de inventario, visto que se discute o direito sobre os rendimentos, que constituem a congrua parochial.

O certo é que a renda de um predio deixado em usufructo, se este terminou antes de acabar o arrendamento pela morte do usufructuario, deve ser dividida, *pro rata temporis*, entre os herdeiros do arrendatario e o proprietario, ou as rendas sejam provenientes de predios rusticos ou de predios urbanos.

A Associação dos Advogados de Lisboa respondeu, segundo se declara a pag. 30, tom. 1.º, do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que as rendas de quaesquer bens, como fructos civis, tanto em relação aos predios rusticos, como aos predios urbanos, codigo civil, artigos 1603.º, 1617.º e 1630.º, pertencem, em vista do artigo 2205.º, ao proprietario a parte respectiva ao tempo decorrido até ao fallecimento do testador, e ao usufructuario a parte vencida depois da morte do testador, e que, no usufructo universal, pertence ao usufructuario tambem o usufructo da parte da renda vencida até á morte do testador.

Art. 2206.º O usufructuario tem direito de gosar das cousas accrescidas, das servidões, e, geralmente, de todos os direitos inherentes á cousa usufruida.

(Vid. nota ao artigo 2197.º)

Art. 2207.º O usufructuario póde gosar pessoalmente da cousa, emprestal-a, arrendal-a ou alugal-a, e até alienar o seu usufructo; mas os contractos que fizer não produzirão effeito, senão em quanto o usufructo durar.

(Vid. nota ao artigo 1601.º)

Art. 2208.º Se o usufructo abranger objectos susceptiveis de se deteriorarem pelo uso, não será obrigado o usufructuario a mais do que restituil-os no fim do usufructo como se acharem; salvo se tiverem sido deteriorados por uso diverso d'aquelle que lhes era proprio, ou por culpa ou negligencia do usufructuario.

§ unico. Se o usufructuario os não apresentar, responderá pelo valor que tinham na conjunctura em que começou o usufructo, salvo se provar que se consumiram no seu uso legitimo.

Se os objectos usufruidos forem roupas, mobilia, etc., que com o uso se não consomem desde logo, mas que se vão deteriorando pouco e pouco, devem ser restituidos no estado em que se acharem ao findar o usufructo, visto que a deterioração não póde dar logar a perdas e damnos por parte do usufructuario, porque é uma consequencia do seu direito de *usufruir*. Corre o risco por conta do proprietario.

É ao usufructuario que incumbe a prova de que a coisa se deteriorou no seu uso legitimo; e só é responsavel pela deterioração quando houve culpa da sua parte, ou se lhe deu destino differente do que devia, o que se traduz em culpa tambem.

Art. 2209.º Se o usufructo abranger cousas fungiveis, póde o usufructuario consumil-as; mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufructo, se as dictas cousas tiverem sido estimadas: se o não foram, poderá fazer a restituição pela entrega de outras do mesmo genero, qualidade ou quantidade, ou do valor d'estas na conjunctura em que findar o usufructo.

(Vid. nota ao artigo 1530.º)

Art. 2210.º O usufructuario de vinhas, de olivaes ou de quaesquer arvores ou arbustos, sejam ou não fructiferos, poderá aproveitar-se das plantas que perecerem naturalmente; mas as plantas que cahirem, ou forem arrancadas ou quebradas por accidente, pertencerão ao proprietario; podendo, todavia, o usufructuario applical-as ás reparações que tiver obrigação de fazer, ou exigir que o proprietario as retire, desoccupando o terreno.

(Vid. artigos 2225.º e 2226.º) O codigo não distingue entre arvores de grande nem de pequeno tronco, nem entre arvores fructiferas e não fructiferas; estabelece para todas as mesmas regras, não só para evitar o inconveniente e as difficuldades da discriminação, mas porque é a mesma a razão de decidir para umas e para outras.

Poucas serão as arvores que não déem algum rendimento, pelo menos a ramada e a folha; e por isso em definitivo todas poderão dizer-se fructiferas.

As arvores destruidas naturalmente ou por accidente deveriam pertencer ao usufructuario, como indemnisação da falta dos fructos.

O codigo porém distingue entre as que perecerem naturalmente, e as que forem destruidas por accidente. Pertencem ao usufructuario as primeiras, mas inteiramente só as não fructiferas, porque as fructiferas, como oliveiras, vinhas, castanheiros, etc., não lhe pertencem, senão com a condição de replantar outros tantos pés, ou de substituir esta por outra cultura, no caso de impossibilidade ou prejuizo na renovação das plantações, artigo 2226.º

Além das difficuldades a que dá logar a distincção para este effeito entre arvores fructiferas e não fructiferas, o valor da arvore que pereceu naturalmente raras vezes dará para a replantação de uma arvore nova, ou para reduzir a vinha ou cultura de cereaes, por exemplo, a terra de pinheiros ou de oliveiras, que pereceram naturalmente.

E a disposição do artigo 2226.º está concebida em termos que o usufructuario será obrigado, ou queira ou não, a ficar com as arvores, que pereceram naturalmente, e a fazer a replantação, ou novo genero de cultura.

Provavelmente foi dictado este preceito no intuito de obstar a que o usufructuario amanhasse mal as arvores, fazendo-as perecer.

No projecto primitivo o artigo (2389.º), correspondente ao artigo 2226.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «O usufructuario de vinhas, olivaes, ou d'outras arvores, ou arbustos fructiferos, ou infructiferos, é obrigado a replantar os pés que perecerem naturalmente.» A commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, deu ao artigo a redacção que elle tem hoje no codigo; mas ao mesmo tempo votou, como se mostra da nota ao artigo 2268.º do projecto de 1863, que o artigo fôsse redigido de modo que não comprehendesse o perecimento de arvores em virtude de epidemia; e effectivamente no projecto de 1864 vinha um § unico, redigido nos seguintes termos: «A obrigação de replantar, de que tracta este artigo, cessa quando a destruição das arvores ou arbustos provier de epidemia.» Porém nos trabalhos da ultima revisão eliminou esta providencia.

As que cahirem, ou forem quebradas ou arrancadas por accidente, como por um furacão, etc., já não pertencem ao usufructuario, mas sim ao proprietario, salvo se forem necessarias ao usufructuario para reparações do predio, visto que similhante destino reverte tambem, até certo ponto, a favor do proprietario.

Este preceito funda-se no principio de que as arvores, especialmente as de alto tronco, pela sua importancia fazem parte do predio, não pertencendo por isso ao usufructuario. Mas tambem haverá casos em que o usufructuario seja muito prejudicado com similhante doutrina, como se o predio usufruido era algum terreno plantado de sovereiros ou de carvalhos, porque arrancados estes, e ficando o usufructuario só com o solo, nada lhe rende o usufructo.

O proprietario, ficando com as arvores n'este caso, não é obrigado a replantação como é o usufructuario quando ellas lhe pertencem por terem perecido naturalmente.

Tambem o codigo faz differença, para o effeito de determinar os direitos e as obrigações do usufructuario, entre a perda dos animaes por caso fortuito, ou por outra qualquer causa, artigo 2225.º

Se as cabeças faltarem por motivo que não seja caso de força maior, como incendio, invasão, etc., é o usufructuario obrigado a substituil-as com as novas crias, sem que possa renunciar o usufructo para se livrar da obrigação de substituir as cabeças que faltam. Esta grave responsabilidade imposta ao usufructuario tem por fim obrigal-o a ser muito diligente e cuidadoso no tractamento dos animaes.

Deve comprehender-se na especie da perda por *caso fortuito* a morte natural dos animaes, porque, com quanto este caso não seja fortuito no rigor da expressão, mas vulgar e natural, como n'elle não intervelo culpa ou negligencia do usufructuario, não póde ser responsavel pela perda, para o effeito de substituir as cabeças mortas.

As cabeças arrebatadas por animaes bravios hão de tambem ser substituidas pelo usufructuario.

O projecto de codigo civil hespanhol não eguala esta hypothese ás de caso fortuito, porque mal póde verificar-se sem culpa ou negligencia por parte do usufructuario. Se, porém, este facto vier ligado a algum caso fortuito deve subordinar-se ás suas condições, e produzir os mesmos effeitos.

O usufructuario deve entregar ao proprietario as pelles e coiro dos animaes mortos, porque os despojos dos animaes não são fructos. *Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia, mortuo eo, usufructus extinguitur.*

Note-se porém que a obrigação de entregar os despojos dos animaes mortos é relativa só aos que se perdem por caso fortuito. Os despojos dos que se perdem por outra qualquer causa pertencem ao usufructuario, que tem obrigação de os substituir; e ficam pertencendo ao proprietario os substituidos.

O disposto no § 2.º do artigo 2225.º, pois, apezar do vago da redacção, é relativo unicamente á hypothese do § 1.º, e não á especie do corpo do artigo.

Art. 2211.º O usufructuario de devesas de talhadia, ou de quaesquer mattas ou arvores de córte, é obrigado a observar a ordem é praxes usadas pelos proprietarios do sitio; mas, se nenhuma talhadia fizer, não ficará por isso com direito a ser indemnisado, findo o usufructo.

Art. 2212.º O usufructuario de plantas de viveiro é obrigado a conformar-se egualmente, no arranco das plantas, com o costume do sitio, tanto pelo que toca ao tempo e ao modo do dicto arranco, como pelo que toca ao tempo e ao modo de retanchar o mesmo viveiro.

(Vid. notas aos artigos 495.º e 684.º)

Quando o usufructo consistir em córtes de arvores, ou de talhadia, o usufructuario, em quanto ás epochas e ao modo de fazer o córte, ha de conformar-se com o costume do logar; e, se não fizer talhadia durante o usufructo, não fica com direito a indemnisação alguma, porque os córtes de arvores são fructos naturaes, que só pertencem ao possuidor depois de colhidos, artigo 495.º, e não fructos *civis*, que se dividam *pro rata temporis* da posse, e porque os fructos pendentes ao tempo da extincção do usufructo pertencem ao proprietario.

No projecto primitivo, antes do artigo correspondente ao artigo 2211.º do codigo, lia-se o seguinte: «O usufructuario de montados póde aproveitar-se dos proventos que produzirem, segundo a sua natureza e costume da terra.»

A commissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, eliminou este artigo, mas accrescentou no artigo correspondente ao artigo 2211.º, em seguida á palavra—*talhadia*—as palavras —*e de quaesquer mattas ou arvores de córte,*—que não vinham no artigo correspondente do projecto primitivo.

Se o usufructo consiste na extracção de plantas de viveiro, deve o usufructuario conformar-se com os usos da terra, não só pelo que respeita á extracção das plantas, como á sua substituição.

Art. 2213. O usufructuario não póde abrir de novo minas ou pedreiras.

§ unico. A disposição d'este artigo não abrange as obras de pesquisa de aguas e de adubos mineraes, para serem applicados ao melhoramento dos respectivos predios, bem como as pedreiras para reparações ou obras, a que o usufructuario seja obrigado, ou que se tornem necessarias.

(Vid. nota ao artigo 465.º)

Art. 2214.º Sé o usufructuario de um estabelecimento fabril abrir outro do mesmo genero, fica inhibido de empregar no novo estabelecimento as marcas, modelos e desenhos da fabrica, distinctivos, rotulos, signaes e firma commercial, que eram privativos do antigo, salvo havendo estipulação expressa em contrario.

Este artigo não vinha no projecto primitivo, foi introduzido pela commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, sob proposta do sr. Marreca, e consagra a boa doutrina. O usufructuario não póde usar do direito, que lhe nega o artigo, porque esse direito faz parte da propriedade, a qual lhe não pertence.

Art. 2215.º A carta de addição a um invento, pedida pelo usufructuario do mesmo invento antes de ter vendido o respectivo usufructo, mas obtida só depois, aproveitará de direito ao comprador.

(Vid. nota ao artigo 628.º)

Art. 2216.º Se o usufructuario descobrir no predio usufruido algum thesouro, observar-se-hão as disposições d'este codigo ácerca dos que acham thesouro em terreno alheio.

(Vid. nota ao artigo 424.º)

Art. 2217.º O usufructuario póde fazer na cousa usufruida as bemfeitorias uteis e de recreio, que bem lhe parecerem, com tanto que não altere a fórma ou a substancia da cousa, mas não terá para isso direito a indemnisação alguma; poderá, todavia, levantar as dictas bemfeitorias, se o fizer sem detrimento da cousa.

(Vid. nota ao artigo 498.º)

Art. 2218.º O usufructuario de invento, que obtiver carta de addição ao mesmo invento, não poderá impedir que o proprietario se utilise, querendo, da mesma addição, quando o usufructo terminar; mas, n'este caso, terá direito a ser préviamente indemnisado.

(Vid. nota ao artigo 628.º)

Art. 2219.º O usufructuario póde usar de todos os meios,

que competem ao proprietario para ser mantido no seu usufructo.

§ 1.º As custas do litigio serão por conta do usufructuario tão sómente, tendo sido o usufructo constituido por titulo gratuito.

§ 2.º Se o usufructo tiver sido constituido por titulo oneroso, observar-se-ha o que se acha disposto relativamente á evicção.

(Vid. nota ao artigo 1451.º)
(§§ 1.º e 2.º vid. nota ao artigo 1046.º)

Art. 2220.º O usufructuario póde compensar deteriorações com melhoramentos que haja feito.

(Vid. nota ao artigo 501.º)

SUB-SECÇÃO III

DAS OBRIGAÇÕES DO USUFRUCTUARIO

Art. 2221.º O usufructuario, antes de tomar conta dos bens, deve:

1.º Proceder, com citação ou assistencia do proprietario, a inventario de todos os dictos bens, declarando-se o estado d'elles e o valor dos moveis, se os houver. Este inventario póde ser feito amigavelmente; mas deve ser judicial, sendo menores, interdictos, ou ausentes os interessados;

2.º Prestar caução, se lhe fôr exigida, tanto para a restituição dos bens, ou do seu valor, sendo fungiveis, como para a reparação das deteriorações, que possam padecer por culpa do usufructuario.

§ 1.º A disposição do n.º 2.º não é applicavel ao vendedor, ou doador com reserva de usufructo, nem aos paes usufructuarios dos bens dos filhos, salvo o que fica disposto no artigo 148.º; nem ao marido pelo usufructo dos bens da mulher, salvo o que se acha disposto relativamente á hypotheca dos bens dotaes.

§ 2.º O usufructuario por doação ou testamento póde ser dispensado pelo doador, ou testador, de inventariar e caucionar, não havendo offensa de direitos de terceiro.

(1.º, etc. Vid. nota aos artigos 58.º e 148.º, e artigo 2223.º) Em accordão de 30 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 242, julgou a Relação do Porto que o usufructuario de bens immobiliarios era obrigado a fazer inventario d'elles.

Ha a notar que no inventario para a entrega dos bens usufruidos é preciso verificar o *estado* dos immoveis, artigo 2221.º, n.º 1.º, a fim de se saber, quando findar o contracto, se o usufructuario procedeu como proprietario prudente, artigo 2223.º, ou se causou damnos que deva indemnisar, mas não se procede á avaliação d'elles nos termos do artigo 2089.º e seguintes. O mesmo é no inventario de bens dados para uso ou habitação, artigo 2256.º Se a propriedade dos bens pertencer a maiores póde o inventario ser feito amigavelmente, nos termos da nota ao artigo 189.º As despesas do inventario são a cargo do usufructuario, porque é sôbre elle que pesa a obrigação. A falta de inventario faz presumir que os bens foram recebidos em *bom estado*.

A obrigação do usufructuario de cousas fungiveis é verdadeiramente a restituição do seu valor, artigo 2221.º, n.º 2.º, mas valor ao tempo de findar o usufructo, artigo 2209.º, e não valor que se lhe deu no inventario, artigo 2221.º, n.º 1.º Póde, porém, o usufructuario entregar outro tanto do mesmo genero e qualidade, se não quizer entregar o seu valor, citado artigo 2209.º

Segundo a Ord. liv. 4.º, tit. 98.º, aos paes pertencia o usufructo dos bens adventicios dos filhos, salvo nos seis casos ahi exceptuados, o primeiro dos quaes era—quando alguma cousa fôr dada, deixada ao filho sob tal condição, que não haja o pae o usufructo d'ella, nem outro algum proveito.—Não regulava a Ord. a hypothese de serem deixados bens aos filhos sob condição de os paes os não administrarem. Affirmavam uns que era illegal, porque offendia um dos direitos inherentes ao patrio poder, como era a administração dos bens dos filhos, segundo estatuia a Ord. liv. 1.º, tit. 88.º, § 6.º Outros porém não só consideravam licita esta condição, mas até lhe davam o effeito de privar os paes do usufructo dos bens deixados com tal clausula. Esta opinião, porém, não achou echo no fôro, por lhe obstar a citada Ord. liv. 4.º, tit. 98.º, que só tolhe aos paes o usufructo nos casos taxativos ahi mencionados; e apenas na hypothese da Ord. liv. 3.º, tit. 9.º, § 4.º, quando o pae damnificar os bens do filho, foi muito disputado, se o pae, privado por este motivo da administração, ficaria tambem privado do usufructo.

Foi pela primeira vez no decreto de 18 de maio de 1832 que appareceu uma providencia, aliás incompleta, que passou para a Nov. Ref. Jud., artigo 422.º, ácerca dos bens deixados aos filhos menores com a condição de os paes os não administrarem; na qual se dispunha que durante o matrimonio o pae e a mãe eram os legitimos administradores dos bens de seus filhos menores, excepto quando esses bens lhes proviessem com a expressa condição de que os paes não seriam administradores.

Era, pois, evidente depois d'estas leis, como já o devia ser antes d'ellas, que podiam ser deixados bens a filhos menores com a condição de os paes não serem administradores. E a exclusão da administração dos bens importará, como consequencia necessaria, a privação do usufructo dos mesmos bens? Resolveu pela affirmativa o codigo civil, artigo 147.º, mas outra era a doutrina do direito anterior, em vista dos principios, e da Ord. liv. 4.º, tit. 36.º

Segundo o nosso direito anterior podia o testador negar ao pae o usufructo dos bens deixados aos filhos, sem que por isso o privasse da administração d'estes bens, Ord. liv. 4.º, tit. 97.º, e liv. 1.º, tit. 88.º, § 6.º, ou podia vedar-lhes a administração sem os privar do usufructo, artigo 422.º da Ref. Jud.; ou podia finalmente cumular estas duas prohibições, tanto em relação ao usufructo, como ácerca da administração.

(2.º, etc. Vid. artigos 2249.º e 2256.º) O proprietario tem interesse em receber a caução, porque o usufructuario podia distrahir os bens moveis, ou deterioral-os, bem como deteriorar os immoveis, e tornar-se insoluvel. Esta caução póde ser real ou pessoal.

Desde que o usufructuario é obrigado a usufruir a cousa, como proprietario prudente, artigo 2223.º, e responde não só pelos damnos que pessoalmente causa, como pelos causados pela pessoa a favor de quem alienar o usufructo, artigo 2224.º, ou o aliene a titulo gratuito, ou a titulo oneroso, é indispensavel que elle preste caução ao exacto cumprimento d'estas obrigações.

A eguaes obrigações está sujeito o usuario, artigo 2256.º

Em accordão de 23 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 173, julgou a Relação do Porto que o conjuge sobrevivo, nomeado usufructuario dos bens do predefuncto, póde ser obrigado a prestar caução a requerimento dos herdeiros d'este.

Apezar da caução, a que é obrigado o usufructuario, se o abuso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietario, póde este requerer a entrega dos bens, artigo 2249.º O usufructuario em caso nenhum póde ser privado do usufructo por motivo de deteriorações, salvo para compensação d'estas mesmas deteriorações, artigo 2220.º; mas póde ser privado da posse dos bens.

É ao juiz que compete apreciar se o abuso é consideravelmente prejudicial ao proprietario, bem como arbitrar a percentagem ou premio que este deve ter pelo trabalho da administração dos bens, quando lhe forem entregues.

O vendedor ou doador com reserva de usufructo, bem como o pae, com quanto dispensados da caução, não são dispensados do inventario.

É dispensado da caução o *vendedor*, porque não se presume que elle quizesse sugeitar-se a obrigações não estipuladas no contracto; o *doador*, porque haveria uma especie de ingratidão da parte do donatario em exigir esta caução; e os *paes*, em cuja ternura a lei confia para conservarem os bens de seus filhos, salvo quando passam a segundas nupcias, que perde o usufructo a mãe, artigo 162.º, e deve prestar caução o pae, artigo 148.º, § unico, da qual não póde ser dispensado, com quanto o possa ser a mãe, artigo 162.º, § unico, visto ter só o trabalho da administração, sem a vantagem do usufructo.

O legislador presumiu que o facto do segundo matrimonio significava pouca ternura pelos filhos do matrimonio anterior, e que estes seriam esquecidos ou menos favorecidos do que os do leito posterior.

Em accordão de 27 de agosto de 1870, publicado no jornal — *O direito* — 2.º anno, n.º 35, julgou a Relação do Porto que os paes não são obrigados a dar applicação á legitima dos filhos, de que são usufructuarios, vista a disposição do artigo 2209.º do codigo, nem a prestar caução sem se verificarem as circumstancias prescriptas no artigo 151.º

Effectivamente a regra geral do artigo 2221.º, que dispensa os paes não binubos de prestarem caução pelos bens dos filhos, que usufruem, é sensivelmente modificada pelo artigo 151.º, que declara expressamente que os paes são obrigados a prestar caução pelos bens mobiliarios de *consideravel* importancia, pertencentes aos filhos, sendo essa caução julgada necessaria.

Entendem alguns até que o artigo 151.º se refere unicamente aos bens adventicios, que recahem nos filhos durante o patrio poder.

Outros, pelo contrario, julgam que as disposições dos artigos 148.º, n.º 1.º, e 2221.º, § 1.º, respeitam exclusivamente aos bens immobiliarios, por não haver o perigo de os paes os extraviarem, e haver a presumpção de que os não deteriorarão, pelo affecto que dedicam aos filhos.

Os paes, porém, são obrigados a dar destino e applicação aos capitaes dos filhos, ainda que d'elles sejam usufructuarios, sem embargo da jurisprudencia em contrario, adoptada pela Relação de Lisboa no citado accordão de 27 de agosto de 1870.

A pena da perda do usufructo comminada aos paes, que não requerem o inventario dentro de 60 dias, comminada no direito novo, artigo 156.º do codigo, e no direito velho, Ord. liv. 1.º, tit. 88.º, § 8.º, e liv. 4.º, tit. 98.º, § 6.º, não póde ser imposta sem sentença declaratoria do facto, em conformidade do assento de 20 de julho de 1780, como se julgou no accordão acima citado.

Os artigos 149.º, n.º 4.º, e 156.º do codigo pois são a repetição do velho direito consignado nas Ordd. liv. 1.º, tit. 88.º, § 8.º, e liv. 4.º, tit. 98.º, § 6.º Verdade seja que a primeira d'estas Ord. dizia — *Por esse mesmo feito será privado.* — Mas, apezar d'isso, o assento de 20 de julho de 1780 dizia — que ainda que a pena pelo mesmo facto esteja imposta pela lei, sempre é precisa sentença declaratoria do facto, porque d'outra fórma se executaria a pena sem ser ouvido o réo com as defesas, que póde ter, contra os principios de direito natural. —

A regra geral é que os effeitos das penas só começam desde que passa em julgado a sentença, que as decreta, codigo penal, artigos 51.º e 95.º

Para obstar aos prejuizos causados pelo usufructuario nos bens usufruidos escusado é estipular garantias; e em todo o caso não deve convencionar-se nenhuma, que prejudique a valiosa segurança que o artigo 2249.º concede ao proprietario.

Em accordão de 14 de julho de 1874, publicado no jornal — *O Direito* — 6.º anno, n.º 34, julgou a Relação do Porto, que o artigo 2221.º se refere á caução fideijussoria, que não importa hypotheca legal em bens do fiador, como bem se deprehende dos artigos 823.º, 824.º, 825.º e 906.º

O § 2.º corta completamente a questão agitada por alguns interpretes, se o inventario póde ou não ser dispensado, vendo alguns n'esta dispensa um convite ao usufructuario para delinquir. Porém o doador ou o testador podem ter intenção de alliviar o usufructuario das despesas do inventario, ou concederem-lhe aquella dispensa por serem os bens tão poucos, e de tal natureza, que não possam ser extraviados; e, n'uma palavra, o individuo que podia contemplar o usufructuario com a propriedade dos bens, por maioria de razão póde dispensal-o do inventario, ou sejam maiores ou menores os herdeiros instituidos na propriedade.

A dispensa de inventario concedida ao usufructuario não o desobriga de entregar, findo o usufructo, os bens nas condições a que são obrigados em geral os usufructuarios, e de se sugeitar a todas as questões que por falta de inventario podem suscitar-se sobre o estado dos bens, nem obstar a que o proprietario o requeira, e faça á sua custa.

Art. 2222.º Se o usufructuario não prestar a caução ordenada no artigo precedente, poderá o proprietario exigir que

os immoveis se arrendem ou ponham em administração, que os moveis se vendam, e que os capitaes, bem como a importancia dos preços das vendas, se dêem a juro ou empreguem em fundos publicos ou em acções de companhias, que dêem segurança; neste caso as rendas, juros, ou fructos dos bens administrados serão entregues ao usufructuario.

(Vid. nota ao artigo 58.º)

Art. 2223.º O usufructuario deve usufruir a cousa como o faria um proprietario prudente.

(Vid. nota ao artigo 2221.º)

Art. 2224.º O usufructuario, que alienar por qualquer fórma o seu usufructo, responderá pelos damnos que os bens padecerem por culpa da pessoa que o substituir.

(Vid. nota ao artigo 1601.º)

Art. 2225.º Se o usufructo fôr constituido n'um rebanho, ou n'uma universalidade de animaes, será o usufructuario obrigado a substituir com as crias novas as cabeças que, por qualquer causa, faltarem.

§ 1.º Se os animaes se perderem na totalidade, ou em parte, por caso fortuito, sem produzirem outros que os substituam, o usufructuario será tão sómente obrigado a entregar as cabeças restantes.

§ 2.º O usufructuario será, comtudo, responsavel pelos despojos dos animaes, se de taes despojos se tiver aproveitado.

Art. 2226.º O usufructuario de vinhas, de olivaes, ou de outras arvores ou arbustos fructiferos, é obrigado a plantar tantos pés quantos perecerem naturalmente, ou a substituir esta por outra cultura egualmente util para o proprietario, se fôr impossivel ou prejudicial a renovação de plantas do mesmo genero.

(Vid. nota ao artigo 2210.º)

Art. 2227.º O usufructuario é obrigado a consentir ao proprietario quaesquer obras ou melhoramentos, de que seja susceptivel a cousa usufruida, e tambem plantações novas, se o usufructo recahir em predios rusticos, com tanto que d'esses factos não resulte diminuição no valor do dicto usufructo.

Este artigo encerra doutrina muito importante, que não era aliás

prevenida no projecto primitivo. Não se tracta das reparações ordinarias ou extraordinarias para a conservação dos bens, mas de bemfeitorias para augmentar o valor dos mesmos bens.

O codigo permitte ao proprietario fazer todos os melhoramentos no predio, como arroteação de terrenos incultos, novas plantações de arvores, etc., se esses trabalhos não diminuirem o valor do usufructo.

O usufructuario só póde impedir os melhoramentos feitos pelo proprietario na cousa usufruida, allegando e provando que com essas bemfeitorias é prejudicado o seu usufructo.

A providencia contida no artigo tende a animar a feitura de melhoramentos nas cousas usufruidas, que ordinariamente estavam quasi abandonadas durante o usufructo, porque o usufructuario cuidava só de auferir os rendimentos da cousa, sem se importar com o augmento do seu valor, e o proprietario ou era embaraçado pelo usufructuario de fazer obras, ou se as fazia via o rendimento d'ellas aproveitado por aquelle.

E os augmentos de rendimento resultantes d'esse melhoramento hão de pertencer ao proprietario ou ao usufructuario? O codigo não previne, como devia, esta especie; e, no silencio da lei, crémos de melhor jurisprudencia que os rendimentos provenientes d'esse melhoramento devem pertencer ao proprietario, e até por argumento do disposto no artigo 2230.º

Pertencendo pois os lucros d'esses melhoramentos e bemfeitorias só ao proprietario, é elle competente para por si só fazer quaesquer contractos relativos a essas obras, e aos lucros d'ellas relativos, sem a intervenção do usufructuario.

Art. 2228.º O usufructuario deve fazer as reparações ordinarias, indispensaveis para a conservação da cousa.

§ 1.º São reparações ordinarias aquellas que, no anno em que forem necessarias, não excederem dous terços do rendimento liquido d'esse anno.

§ 2.º O usufructuario póde eximir-se de taes reparações, renunciando o usufructo.

Art. 2229.º Quanto ás reparações extraordinarias, só incumbe ao usufructuario avisar em tempo o proprietario, que poderá, querendo, mandal-as fazer.

§ 1.º Mas, se o proprietario não as fizer, e ellas forem de utilidade real, poderá o usufructuario fazel-as á sua custa, e exigir o pagamento do valor que tiverem no fim do usufructo.

§ 2.º N'este caso, porém, deverá o usufructuario guardar a antiga fórma e desenho da obra.

Art. 2230.º Se o proprietario fizer as reparações mencionadas no artigo precedente, terá o usufructuario direito ao usufructo d'ellas, sem ser obrigado a pagar juros das sommas desembolsadas pelo proprietario. No caso, porém, de augmentar, com essas reparações, o rendimento liquido da cousa usufruida, o augmento pertencerá ao proprietario.

(Vid. nota ao artigo 498.º, e artigos 2259.º e 2260.º) N'estes tres artigos determina o codigo as obrigações e as responsabilidades do

usufructuario e do proprietario quanto ás reparações ordinarias e extraordinarias a fazer na cousa usufruida.

É preciso porém antes de tudo discriminar bem o que sejam reparações ordinarias e reparações extraordinarias.

Para serem *ordinarias* as reparações é mistér que se verifiquem conjunctamente os dois requisitos seguintes: 1.º que sejam *necessarias* ou *indispensaveis* para a conservação da cousa; 2.º que não excedam os dois terços do rendimento liquido do anno em que são feitas. Se não forem necessarias para a conservação da cousa, ainda que o seu custo não seja superior aos dois terços do rendimento liquido do anno, poderão ser bemfeitorias uteis ou agradaveis, conforme augmentarem ou não o valor da cousa, mas não são reparações ordinarias para os effeitos d'estes artigos.

No artigo 2390.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2228.º do codigo, não estava tão claramente especificado o primeiro elemento para a necessidade da conservação da cousa, com quanto lá estivesse consignado. Dizia aquelle artigo: «O usufructuario deve fazer as reparações ordinarias exigidas pela conservação da cousa. § 1.º Serão consideradas como reparações ordinarias as que não excederem dois terços do rendimento liquido annual. § 2.º O usufructuario póde eximir-se de similhantes reparações, renunciando o seu usufructo.»

Não define o codigo as reparações *extraordinarias*, que ficam conhecidas por argumento *a contrario sensu* deduzido da definição de reparações ordinarias.

Por isso, se o passal do parocho soffrer uma deterioração, que demande reparações extraordinarias, são estas a cargo da parochia, e não d'elle, em virtude dos artigos 2228.º e 2229.º do codigo, e portaria de 23 de julho de 1868.

O codigo francez e outros especificam as obras, que devem reputar-se reparações *extraordinarias;* mas o nosso codigo, para evitar as difficuldades e mesmo a impossibilidade de uma especificação completa, tomou outra base mais simples, com quanto sugeita na sua execução tambem ao juizo de arbitradores; declara *extraordinarias* as reparações em que é preciso gastar mais de dois terços do rendimento liquido dos predios, no anno em que forem necessarias.

Já se tem discutido na imprensa juridica — se os dois terços do rendimento mencionados no § 1.º do artigo 2228.º se referem ao rendimento liquido de *todos os objectos constituidos* em usufructo pelo mesmo titulo, ou sómente ao rendimento liquido da cousa que necessita de reparações.

Supponhamos um usufructo constituido, pelo mesmo titulo, em predios rusticos e urbanos, e capitaes postos a juro, etc., e que o predio urbano A necessita de reparações para conservar-se: basta para que o usufructuario seja obrigado ás reparações que ellas não excedam os dois terços do rendimento liquido annual do predio urbano A, ou serão ordinarias se não excederem os dois terços do rendimento liquido annual de todos os objectos, que constituem o usufructo?

Sustentam alguns que só podem reputar-se *ordinarias* as reparações que não excedam dois terços do rendimento liquido *do objecto* necessitado de taes reparações, e fundam-se para isso nos seguintes argumentos: 1.º em que o codigo, no artigo 2228.º, define as reparações ordinarias em relação á cousa, para cuja conservação ellas são necessarias, e não com respeito a todos os objectos usufruidos, que não carecerem de taes reparações; que a idéa de reparação ordinaria é correlativa da idéa do objecto, cuja conservação a exige; e que portanto, para considerar-se ordinaria a reparação de uma cousa, não deve attender-se ao rendimento das outras;

2.º que o codigo, tractando do direito de retenção por bemfeitorias ordinarias no artigo 498.º, § 2.º, não admitte que, tendo sido feitas n'um só predio pelo possuidor de boa fé, possa este reter os outros predios em que as não fez, embora todos os predios possuidos, que é obrigado a restituir, fossem havidos pelo mesmo titulo; e que se a retenção por bemfeitorias só tem logar com respeito ao predio, em que foram feitas, tambem as reparações ordinarias, a que é obrigado o usufructuario, devem ser calculadas em attenção ao rendimento do predio, que d'ellas carece.

Nós porém seguimos opinião contraria.

Em primeiro logar o artigo diz — *rendimento liquido* — sem outra restricção, além da relativa ao tempo a que deve referir-se tal rendimento; e, se o rendimento fôsse tambem restricto ao objecto ou cousa, que carecia de reparações, tel-o-hia o legislador declarado expressamente, como fez com relação ao tempo.

Deduz-se ainda esta opinião da historia do artigo. Segundo se mostra da acta da sessão da commissão revisora, de 17 de janeiro de 1863, foram apresentadas duas substituições ao § 1.º do artigo 2390.º do projecto primitivo, correspondente ao § 1.º do artigo 2228.º do codigo, uma pelo sr. Ferreira Lima, e outra pelo sr. Simas. A do sr. Ferreira Lima dizia assim: «Serão consideradas como reparações ordinarias as que, tomadas collectivamente em um periodo de 10 annos, não excederem a quarta parte do rendimento liquido do *predio* n'esse mesmo periodo»; e a do sr. Simas era formulada nos seguintes termos: «Serão consideradas reparações ordinarias aquellas que, no anno em que forem necessarias, não excederem dois terços do rendimento liquido d'esse anno.»

Na primeira apparecem expressas as duas restricções — a relativa ao tempo, e a *relativa ao objecto* que necessita de reparações. Na segunda apparece sómente a restricção relativa ao tempo, a que deve referir-se o rendimento liquido, e não apparece a restricção *relativa ao objecto*. Ora a proposta approvada foi a do sr. Simas, adoptando assim a commissão a idéa n'ella consignada; e ficando prejudicada a do sr. Ferreira Lima, como na mesma acta se declara.

Finalmente parece esta interpretação a mais rasoavel, e conforme aos principios de direito, porque, abrangendo em geral o usufructo objectos rendosos, e não rendosos, se as reparações se computassem com relação só ao objecto, raras vezes o usufructuario seria obrigado ás reparações de objecto não rendoso. Na especie posta acima se o predio A rende 80$000 réis, e o resto dos objectos usufruidos rende 1:000$000 réis, e se as reparações custam 70$000 réis, já o usufructuario não seria obrigado a fazel-as, o que não é rasoavel: quem desfructa os commodos deve soffrer os incommodos.

O usufructuario pois não tem direito á indemnisação pelas reparações ordinarias.

O possuidor de boa fé tambem não tem direito á indemnisação das reparações ordinarias com a conservação da cousa.

O proprietario não póde ser obrigado a fazer as reparações extraordinarias, porque o usufructo é uma servidão que, como todas, consiste *non in faciendo, sed in patiendo;* e nem o proprietario devia ser obrigado a fazer desembolsos, tal vezcom sacrificio até de outros bens, para a reparação d'aquelles.

O usufructuario póde ser obrigado pelo proprietario ás reparações ordinarias.

Segundo se mostra do artigo 2228.º, § 2.º, o usufructuario não póde eximir-se de taes reparações senão renunciando o usufructo.

Se por ventura o proprietario não quizer fazer essas reparações extraordinarias é permittido ao usufructuario fazel-as, sem prejudicar a antiga fórma e desenho da obra, visto ser obrigado a não alterar a antiga fórma e substancia, nos termos do artigo 2217.º, e receber do proprietario, findo o usufructo, o valor das despezas feitas com a reparação, mas não os juros, para os quaes teve a compensação nas vantagens resultantes das obras.

Se porém forem feitas pelo proprietario, e augmentarem o rendimento liquido da cousa, esse augmento pertence ao proprietario, artigo 2230.º, como consequencia das despesas, a que elle não era obrigado.

O preceito do artigo 2230.º, porém, pela sua redacção equivoca, dá logar a grandes duvidas. Nas palavras do segundo periodo do artigo —*augmentar com essas reparações o rendimento liquido*— refere-se o augmento ao que rendia a cousa usufruida antes de qualquer deterioração, ou ao que rendia na occasião das reparações? n'outros termos: se o usufructo era constituido em uma casa que rendia 100$000 réis, que posteriormente ardeu de todo, ficando sem rendimento algum, e que depois de reparada ficou rendendo 200$000 réis, o augmento de rendimento que pertence ao proprietario é de 100$000 réis ou de 200$000 réis?

Entendemos que o augmento deve calcular-se com relação á cifra do rendimento na occasião da reparação, e que por consequencia no exemplo posto fica pertencendo ao proprietario o augmento de réis 200$000. É a doutrina mais rasoavel, porque o objecto sem as reparações de nada valia, e é o que se infere do artigo 2246.º do codigo, e do artigo 2392.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2230.º do codigo, que era redigido assim: «Se o proprietario fizer as reparações mencionadas no artigo precedente, terá o usufructuario direito ao seu usufructo, sem que seja obrigado a pagar interesses das sommas desembolsadas pelo proprietario; excepto consistindo o usufructo unicamente em algum edificio.»

Parece que a commissão ampliou a todos os objectos usufruidos, qualquer que fôsse a sua natureza, o que o projecto primitivo dispunha com relação unicamente aos edificios.

O usuario, sob o ponto de vista das reparações, está sujeito ás mesmas obrigações que o usufructuario, nos termos dos artigos 2259.º e 2260.º

Art. 2231.º O usufructuario universal da herança é obrigado a pagar por inteiro o legado de alimentos, ou de qualquer pensão vitalicia.

Art. 2232.º O usufructuario de uma quota parte da herança é obrigado a contribuir para o pagamento dos sobreditos alimentos, ou pensões vitalicias, em proporção da sua quota.

Art. 2233.º O usufructuario de uma ou mais cousas determinadas não é obrigado a contribuir para os sobreditos alimentos ou pensões, se este encargo lhe não tiver sido imposto expressamente.

(Vid. nota ao artigo 1792.º)

Art. 2234.º O usufructuario, por titulo singular, de um predio anteriormente hypothecado, não é obrigado a pagar ao credor da hypotheca.

§ unico. Se o predio, por esta causa, fôr penhorado ou vendido judicialmente, responderá o proprietario pela perda que o usufructuario padecer.

(Vid. nota ao artigo 1816.º)

Art. 2235.º Consistindo o usufructo na totalidade, ou em alguma parte da herança, poderá o usufructuario adiantar as sommas necessarias, conforme os bens que usufruir, para pagamento das dividas hereditarias, e ficará com o direito de exigir do proprietario, findo o usufructo, a restituição, sem juros, da quantia que dispendeu.

Art. 2236.º Se o usufructuario não quizer fazer o adiantamento mencionado no artigo precedente, poderá o proprietario fazer vender dos bens usufruidos os que forem necessarios para pagamento das dividas, ou pagal-as com dinheiro seu, ficando, n'este ultimo caso, com o direito de haver do usufructuario os juros correspondentes.

As dividas são encargos da successão, a qual se compõe de bens que representam os direitos de usufructo e de propriedade. Os juros das dividas devem ser pagos pelos rendimentos, e portanto pelo usufructuario; o capital das dividas pela propriedade, e portanto pelo proprietario.

Conseguintemente pagando o usufructuario as dividas tem direito, findo o usufructo, a exigir do proprietario as sommas pagas, sem juros, que devem reputar-se compensados com os rendimentos, que elle usufruiu.

Se o proprietario pagou não póde exigir do usufructuario o capital correspondente, porque lhe incumbia a obrigação de o pagar, mas sim os juros, que deviam ser satisfeitos pelos rendimentos que o usufructuario desfructou. Se o proprietario fez vender bens para pagamento d'essas dividas, então nem póde exigir o capital, que lhe cumpria pagar, e que não desembolsou, vendendo os bens, nem os juros, visto que o usufructuario ficou privado dos rendimentos respectivos dos bens vendidos.

A doutrina d'estes artigos é, pelas razões que já vimos, applicavel unicamente ao usufructuario universal ou a titulo universal, porque o usufructuario, bem como o proprietario de cousa determinada, não respondem pelos encargos hereditarios, salvo quando elles são impostos expressamente sobre o predio.

Art. 2237.º O usufructuario de capitaes postos a juro, ou a qualquer outro interesse, ou em fundos publicos, ou acções de companhias, não póde levantal-os, senão para os inverter.

§ 1.º O usufructuario póde inverter os capitaes usufruidos:

1.º Se os dictos capitaes houverem sido dados a praso, ou para certo e determinado negocio, que se ache concluido, ou não possa continuar por falta de cumprimento das respectivas condições;

2.º Se os capitaes se acharem em risco de perder-se.

§ 2.º Em qualquer d'estes casos, porém, o usufructuario não os levantará sem prévio consentimento do proprietario. Havendo opposição, poderá este consentimento ser supprido judicialmente; mas o levantamento, em tal caso, não se fará sem caução prévia, se não a houver já sufficiente.

§ 3.º O direito estabelecido nos dous §§ antecedentes devolve-se ao proprietario, quando o usufructuario não quer usar d'elle.

§ 4.º O usufructuario póde reter, querendo, os capitaes levantados, para usufruil-os como bem lhe parecer, prestando a devida caução.

§ 5.º Não querendo o usufructuario reter os capitaes, poderá o proprietario havel-os, prestando caução, sem prejuizo do usufructuario; mas, se os não quizer, serão postos a ganho, quer em emprestimo com segurança, quer em fundos publicos, quer em acções de companhias solidamente estabelecidas.

No projecto primitivo os artigos 2400.º e 2401.º, correspondentes ao artigo 2337.º do codigo, eram redigidos nos seguintes termos: «Artigo 2400.º O usufructuario não póde cobrar os capitaes do seu usufructo, ou seja para os dar a juros, ou seja para os empregar em outro negocio, sem consentimento do proprietario. § unico. Mas, se o capital estiver em risco de perder-se, e o proprietario não quizer consentir que o usufructuario o cobre, poderá o seu consentimento ser supprido judicialmente, para o effeito da cobrança, e ser posto a juros em outra mão, com as seguranças necessarias. Artigo 2401.º Se o proprietario quizer cobrar o capital usufruido, poderá fazel-o, com tanto que o usufructuario não seja prejudicado.»

A commissão revisora porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, deu aos artigos a redacção que elles têm hoje no codigo.

O codigo estabelece a regra geral de que os capitaes collocados a render não podem ser levantados pelo usufructuario sem o consentimento do proprietario, que não póde ser supprido judicialmente.

Esta regra tem duas excepções, prescriptas em os n.ºs 1.º e 2.º do § 1.º, que são os dois casos em que a collocação dos capitaes póde ser invertida.

Se porém o usufructuario em vez de os inverter, mesmo n'aquelles dois casos, os quizer levantar, carece do consentimento do proprietario, que póde ser supprido por auctoridade judicial, prestando o usufructuario caução.

Os direitos, concedidos ao usufructuario n'aquelles dois casos, pertencem ao proprietario, não querendo aquelle usar d'elles. Mas nem o usufructuario, nem o proprietario, podem levantar os capitaes sem accôrdo entre ambos, salvo prestando o que os levantar caução, que garanta os interesses do outro.

O consentimento, que o proprietario de capitaes postos a juro, mas sujeitos a usufructo, deve dar para o usufructuario os poder inverter, póde ser prestado em todo o estado da causa, intentada pelo usufructuario para tal levantamento. Em sentença de 22 de julho de 1871, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 225, julgou o juiz de direito d'Agueda que não é inepto o libello em que o usufructuario não deduz a declaração do previo consentimento do proprietario para o levantamento dos capitaes, porque o codigo exige o prévio consentimento do proprietario para o levantamento dos capitaes, e não para o seu petitorio, d'onde se mostra que o consentimento do proprietario vem muito a tempo, uma vez que seja prestado antes da sentença final, que os mande levantar.

Se o usufructuario recebeu sem consentimento dos herdeiros da propriedade, ou supprimento judicial, os capitaes postos a juros, o que pagou fica sujeito a ser demandado pelos herdeiros da propriedade, porque, vistos os artigos 748.º e 749.º, a prestação em regra só extingue a obrigação sendo feita ao proprio crédor ou ao seu legitimo representante. A restituição do *indebito* regula-se pelo disposto no artigo 758.º

Se por ventura nenhum dos dois quizer reter os capitaes, prestando a devida caução, serão empregados em emprestimos com segurança, isto é, dados a juros com hypotheca, como dispõe para caso analogo o artigo 2248.º, ou sobre bons penhores, ou collocados em fundos publicos, que devem ser titulos de divida consolidada, como ordena em caso analogo o citado artigo 2248.º, porque os titulos ao portador facilmente os extravia o interessado, que os tiver na sua mão, ou empregados em acções de companhias, solidamente estabelecidas, podendo tambem empregar-se por identidade de razão em obrigações de companhias devidamente garantidas.

Todas as providencias contidas n'este artigo tendem a assegurar os direitos e os interesses do usufructo e da propriedade, sem prejuizo do usufructuario, nem do proprietario.

Art. 2238.º Os tributos ordinarios geraes e especiaes, e quaesquer outros encargos annuaes, impostos sobre o producto ou renda dos bens usufruidos, recahirão sobre o usufructuario, em quanto o usufructo durar.

Art. 2239.º As contribuições, que forem impostas directamente ao capital ou á propriedade, recahirão, durante o usufructo, sobre o proprietario e sobre o usufructuario, nos termos seguintes:

§ 1.º O pagamento incumbirá ao proprietario, e o usufructuario pagará ao dicto proprietario, em quanto o usufructo durar, os juros das quantias que este desembolçar.

§ 2.º Se estas sommas forem pagas pelo usufructuario, poderá repetil-as do proprietario no fim do usufructo, mas sem juros.

(Vid. nota ao artigo 1609.º) Este era já o direito anterior.

Art. 2240.º O usufructuario é obrigado a avisar o proprietario de qualquer facto de terceiro, de que tenha noticia, que possa lesar os direitos do proprietario: se o não fizer, responderá por perdas e damnos.

(Vid. nota ao artigo 1451.º)

SUB-SECÇÃO IV

DA EXTINCÇÃO DO USUFRUCTO

Art. 2241.º O usufructo acaba:

1.º Por morte do usufructuario, ou chegado o termo do praso por que o usufructo foi conferido, quando este não é vitalicio;

2.º Pela resolução do direito do auctor do usufructo, ou do direito de usufructuario;

3.º Pela confusão do usufructo com a propriedade;

4.º Pela prescripção;

5.º Pela renuncia do usufructuario;

6.º Pela perda total da cousa usufruida, excepto no caso previsto no § 1.º do artigo 2246.º

(1.º, etc.) O usufructo nunca póde extender-se além da vida do usufructuario, porque a propriedade tornar-se-hia inutil se durante gerações podesse estar separada do usufructo. Póde porém expirar o usufructo antes da morte do usufructuario se assim se determinou, porque o titulo constitutivo do usufructo é a primeira lei da sua duração.

No caso de morte civil, que ainda existe pela nossa legislação, para a hypothese de transitar em julgado a sentença, que condemna á morte, pelo menos quanto á propriedade, posse, e administração dos bens, que passam desde logo aos herdeiros legitimos, entendemos que o usufructo não passa ao proprietario senão á morte natural do usufructuario. Mesmo depois da morte civil, e antes da morte natural, elle poderá aproveitar-se dos fructos pelo direito que tem a alimentos.

(2.º, etc.) É a regra—*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

O individuo, que constituiu o usufructo, e que era comprador sob condição, tem um direito resoluvel; e por tanto extingue-se o usufructo com a realisação da condição. Egualmente se extingue o usufructo constituido sobre cousa doada se sobrevieram filhos legitimos ao doador, que não tinha descendentes legitimos ao tempo da doação, ou se verificarem outras circumstancias, nos termos dos artigos 1482.º e 1483.º

(3.º, etc. Vid. nota ao artigo 796.º)

(4.º, etc. Vid. nota ao artigo 526.º)

(5.º, etc. Vid. nota ao artigo 845.º) Extingue o usufructo a renuncia a favor do proprietario, advertindo que n'este caso opéra-se a extincção do usufructo, menos pela renuncia do que pela confusão, porque a renuncia a favor de extranho não extingue o usufructo, visto que o usufructuario póde alienar o seu direito, artigo 2207.º, com a unica condição de responder pelos damnos causados pelo adquirente, artigo 2224.º

A renuncia do usufructuario a favor do proprietario é sujeita a todas as condições e formalidades dos respectivos contractos, onerosos ou gratuitos, segundo é feita a titulo oneroso ou a titulo gratuito.

(6.º, etc. Vid. artigos 2243.º e 2248.º) Só a perda total da cousa extingue o usufructo, porque, perdendo-se a cousa usufruida só em parte, conserva-se o usufructo na restante, artigo 2243.º Ainda no caso de perda total se não extingue, sendo constituido em predio urbano que estivesse seguro, e para cujo seguro o usufructuario houvesse concorrido, porque n'este caso continúa o seu usufructo no predio reedificado, ou no preço do seguro, se a reedificação não convier ao proprietario, artigo 2246.º, § 1.º

O codigo refere-se apenas ao n.º 1.º, que devemos traduzir por § 1.º do artigo 2246.º; porque, ainda que no caso do § 2.º do mesmo artigo o preço do seguro pertença tambem ao usufructuario, pertence-lhe como proprietario, e não a titulo de usufructuario, acabando por isso egualmente n'esta hypothese o usufructo.

Tambem se não extingue o usufructo pela expropriação da cousa usufruida. O projecto primitivo não tocava esta hypothese, mas regulou-a a commissão revisora, como se mostra do artigo 2248.º do codigo. O producto da expropriação, salvo accôrdo entre o usufructuario e o proprietario, será invertido em titulos de divida publica consolidada, com o typo de assentamento para se averbarem com o encargo do usufructo, ou dado a juros com hypotheca, sendo n'este caso ouvido o usufructuario sobre a idoneidade da hypotheca. Em vista do artigo não é licito ao proprietario inverter o producto dos bens expropriados em acções de companhias sem accôrdo com o usufructuario, sendo aliás permittida a inversão em todas as outras hypotheses n'esta especie de bens.

Em todo o caso é ao proprietario que pertence a escolha dos bens em que deve fazer-se a inversão dentro dos limites determinados no artigo 2248.º, pertencendo todavia os juros ao usufructuario.

Art. 2242.º Os credores do usufructuario podem, em caso de renuncia, fazer rescindir esta, sendo feita em prejuizo dos direitos d'elles.

(Vid. nota ao artigo 1033.º)

Art. 2243.º Se a cousa se perder só em parte, continuará o usufructo na parte restante.

(Vid. nota ao artigo 2441.º, n.º 6.º)

Art. 2244.º Não póde estabelecer-se usufructo a favor de qualquer estabelecimento, corporação ou sociedade, por mais de trinta annos; mas, se antes d'este praso, o estabelecimento, corporação ou sociedade se extinguir, acabará egualmente o usufructo, a favor do respectivo proprietario.

(Vid. nota ao artigo 1834.º)

Art. 2245.º O usufructo concedido a alguem até certa

edade de terceira pessoa, durará pelos annos prefixos, ainda que essa terceira pessoa falleça antes, salvo se o dicto usufructo tiver sido expressamente concedido só em attenção á existencia da dicta pessoa.

Lego a Pedro o usufructo dos meus bens até que o filho chegue á maioridade: ainda que o filho falleça antes de chegar á maioridade, Pedro desfructa os bens pelo tempo preciso para se completar a maioridade do filho, se este vivesse. Presume-se que quem constituiu o usufructo tomou em consideração, não a pessoa do terceiro que morreu, mas um periodo de duração certo e determinado, designado no interesse do usufructuario, e para marcar a duração do usufructo. —*Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula.*

A provisão do artigo evita assim a duvida, que sem ella poderia levantar-se, se, concedido o usufructo a uma pessoa até certa edade de outra, o direito d'aquella expirava, fallecendo esta antes de chegar a essa edade.

Se o usufructo fôr concedido até á maioridade de certa pessoa, não se extingue pelo facto de esta se emancipar, argumento do artigo 1835.º

Exceptua-se porém o caso de o usufructo ter sido constituido em attenção a essa terceira pessoa, como se lego o usufructo a Pedro para elle fazer as despesas da educação do filho até chegar á maioridade.

A determinação d'este artigo porém não é applicavel ao usufructo dos paes nos bens dos filhos, de que elles não podem ser herdeiros, o qual expira se elles fallecem antes da maioridade ou emancipação, porque expira o patrio poder, de que esse usufructo é consequencia, ou a recompensa dos cuidados que os paes tem com os filhos, e que por isso deve acabar quando esses cuidados já não existirem.

Art. 2246.º Se o usufructo fôr constituido em algum edificio, e este se destruir por qualquer causa, não terá o usufructuario direito a desfructar, nem o solo, nem os materiaes restantes.

§ 1.º Se, porém, o usufructuario houver concorrido com o proprietario para o seguro do predio, o usufructo continuará, em caso de sinistro, ou no predio reedificado, se o fôr, ou no preço do seguro, se a reedificação não convier ao proprietario.

§ 2.º Se o proprietario, sollicitado pelo usufructuario, houver recusado contribuir para o seguro, e o usufructuario o effeituar, ficará este com o direito de haver por inteiro, em caso de sinistro, o preço do seguro.

§ 3.º Se o usufructuario, sollicitado pelo proprietario, houver recusado contribuir para o seguro, e o proprietario o effeituar, haverá este por inteiro o preço do seguro, em caso de sinistro.

Art. 2247.º Se o usufructo fôr constituido em alguma propriedade rustica, de que faça parte o edificio destruido, poderá o usufructuario gosar do solo e dos materiaes.

(Vid. nota ao artigo 2241.º, n.º 6.º) Se foi dado em usufructo um edificio, e este se destruiu, não goza o usufructuario do solo nem dos materiaes, porque o usufructo não era constituido sobre o solo nem sobre os materiaes, mas sobre o edificio. Acabando o edificio acabou o usufructo, que nem póde reviver, ainda que se reedifique a casa, porque a nova casa já não é o predio sobre que se estabeleceu o direito primitivo. Se porém o usufructo é constituido em propriedade rustica, de que o edificio faça parte, não se extingue o usufructo pela destruição do edificio, que n'este caso era apenas accessorio do predio rustico, dado em usufructo, continuando por isso o usufructuario a gozar do solo e dos materiaes, porque, como diz a lei romana, — *quia villa fundi accessio est, non magis quam si arbores decidérint.*

Se houver alguma parte rustica, ainda que seja de pequeno valor, tem logar o disposto no artigo 2247.º O artigo 2246.º refere-se á hypothese de o terreno, dado em usufructo, se achar todo occupado com edificações inherentes ao solo, como se mostra do artigo 624.º do codigo civil francez, sua fonte. Nem a disposição do artigo 2246.º, como excepção ao preceituado no artigo 2243.º, póde ampliar-se, visto o artigo 11.º

O codigo regula a hypothese de estar seguro o predio destruido, a qual era omissa no projecto primitivo, e que foi prevenida pela commissão revisora, especificando-se a este respeito tres especies:

1.ª de se ter recusado o proprietario, depois de sollicitado pelo usufructuario, a contribuir para o seguro, e de o ter feito por sua conta só o usufructuario, que n'este caso levantará por inteiro o preço do seguro;

2.ª de se ter recusado o usufructuario, depois de sollicitado pelo proprietario, a contribuir para o seguro, e de este o ter feito só por sua conta, porque n'este caso levanta o preço do seguro por inteiro;

3.ª de terem concorrido ambos para o seguro, porque n'este caso pertence ao proprietario o preço do seguro, ou do predio reedificado, se elle o quizer reedificar, e ao usufructuario os juros d'esse preço, ou o gozo do predio.

Assim o codigo estabelece no artigo 2246.º uma regra geral, e ao mesmo tempo consigna tres modificações. A regra geral é que o usufructuario de um edificio, que por qualquer causa se destruiu, não tem direito a desfructar nem o solo, nem os materiaes restantes; e as tres modificações vêm consideradas nos 3 §§ do artigo.

O projecto primitivo, no artigo 2410.º, correspondente ao artigo 2246.º do codigo, limitava-se a consignar a regra geral, por que era redigido nos seguintes termos: «Se o usufructo fôr constituido em algum edificio, e este se destruir por qualquer causa, não terá o usufructuario direito a desfructar nem o solo, nem os materiaes restantes.»

Em sessão da commissão revisora, de 28 de janeiro de 1863, lembrou o sr. Silva Ferrão que faltava ainda providenciar sobre o caso de seguro por algum d'elles, ou pelo usufructuario ou pelo proprietario, sem ter havido recusa formal do outro, e ainda á sua insciencia.

A commissão revisora porem não attendeu, como devia, a esta indicação; e os argumentos *a contrario sensu*, a que dá logar a redacção dos §§ 2.º e 3.º do artigo 2246.º, deixam a duvida se o usufructuario ou o proprietario terão parte no preço do seguro, quando um o fez só por si sem sollicitar o outro para esse fim.

Combinando-se porém estes dois §§ com o § 1.º conclue-se que aquelle dos dois que não concorreu para o seguro, ou o outro o fizesse com sollicitação ou sem sollicitação ou com insciencia d'aquelle, fica sem parte alguma no preço do seguro.

Mais se confirma esta opinião attendendo ao n.º 6.º do artigo 2241.º, que se refere expressa e genericamente ao n.º 1.º ou § 1.º do artigo 2246.º, mostrando-se d'aquelle n.º 6.º que o usufructo acaba quando o usufructuario não concorreu para o seguro, sem distinguir se elle foi para isso sollicitado ou não, porque se refere unicamente ao § 1.º do artigo 2246.º, onde não se faz tal distincção. E o não attender a commissão revisora a indicação do sr. Silva Ferrão é prova de que a julgava prevenida no artigo; e ahi não póde estar prevenida n'outra parte senão no § 1.º

Seguem outros opinião contraria. Dizem que para o proprietario ou o usufructuario ter o direito de haver por inteiro, em caso de sinistro, todo o preço do seguro de um predio, em que esteja constituido o usufructo, e que seja destruido por qualquer causa, é necessario que um não faça o seguro sem sollicitar o outro a fim de contribuir para o seguro, e que o sollicitado recuse; e fundam a sua opinião nos seguintes argumentos: 1.º em que dos §§ 2.º e 3.º do artigo 2246.º se deduz que a sollicitação é obrigatoria, porque estes §§ regulam o direito que o proprietario ou o usufructuario tem ao preço do seguro, no caso de algum d'elles *recusar* contribuir para elle, e que a idéa de *recusa* involve a de necessidade de sollicitação; 2.º em que se a sollicitação fôsse facultativa, o proprietario ou o usufructuario que primeiro fizesse o seguro, inhibia o outro de segurar o seu direito, visto que o usufructo não póde segurar-se em separado da propriedade, e que não póde segurar-se duas vezes a mesma cousa, e que todavia a boa razão e o direito reclamam que tanto o proprietario como o usufructuario gozem dos meios necessarios para assegurarem o seu direito; 3.º em que sendo o seguro de interesse commum do proprietario e do usufructuario é rasoavel que ambos concorram para elle, e que por isso um dos dois só póde fazel-o em utilidade propria e exclusiva, quando o outro, depois de sollicitado, abertamente se recusa a contribuir.

Pelos mesmos principios sustentam que, legado um predio, já seguro pelo testador, em usufructo a um, e em propriedade a outro, se o proprietario ou o usufructuario foi pagando o seguro sem sollicitar o outro para contribuir, não póde excluil-o depois do preço do seguro, nem dos direitos de que o poderia privar, se o tivesse sollicitado e elle houvesse recusado.

Outra duvida ainda suscita a laconica redacção do § 1.º, que vem a ser a proporção em que devem contribuir o usufructuario e o proprietario na falta de accordo entre elles.

Parece-nos porem que devem contribuir por ametade no usufructo vitalicio, porque o usufructo, separado da propriedade, é reputado n'um valor egual a esta.

Art. 2248.º Se a cousa usufruida fôr expropriada por utilidade publica, no todo ou em parte, a indemnisação será, na falta de convenção entre os interessados, applicada á compra de titulos de divida publica consolidada, ou dada a juros com hypotheca, conforme o proprietario entender; sendo, todavia, no segundo caso, ouvido préviamente, sobre a idoneidade da dicta hypotheca, o usufructuario, a quem pertencerão os juros em quanto o usufructo durar.

(Vid. nota ao artigo 2241.º, n.º 6.º)

Art. 2249.º O usufructo não se extingue, ainda que o usufructuario faça máu uso da cousa usufruida; mas, se o abuso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietario, poderá este requerer que se lhe entregue a cousa, obrigando-se a pagar annualmente ao usufructuario o producto liquido da dicta cousa, depois de deduzidas as despezas e o premio, que pela sua administração lhe fôr arbitrado.

(Vid. nota ao artigo 2221.º, n.º 2.º)

Art. 2250.º O usufructo, constituido em proveito de varias pessoas vivas ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da ultima que sobreviver.

(Vid. nota ao artigo 1870.º)

Art. 2251.º Terminado o usufructo, reverte a cousa ao proprietario, salvo o direito de retenção, que o usufructuario ou seus herdeiros tenham por desembolsos, de que devam ser pagos.

(Vid. nota ao artigo 498.º)

Art. 2252.º Se o usufructuario vender os fructos proximos do amadurecimento, e fallecer antes que sejam colhidos, subsistirá a venda, mas o preço pertencerá ao proprietario, deduzidas as despesas feitas com a producção d'elles; e, se a colheita se achar em parte feita e em parte por fazer, será o preço total dividido entre o proprietario e os herdeiros do usufructuario, em proporção da parte colhida e da que faltar colher.

Art. 2253.º O usufructuario responderá pelos fructos, que, por dolo, colher prematuramente; mas se assim houver colhido parte d'elles, e deixar outra parte não colhida em estado de madureza, haverá mutua compensação, attentos os respectivos valores.

(Vid. nota ao artigo 495.º)

SECÇÃO II

DO USO E HABITAÇÃO

Art. 2254.º O direito de uso consiste na faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se de certa

cousa alheia, tão sómente em quanto o exigirem as suas necessidades pessoaes quotidianas.

§ unico. Quando este direito se refere a casas de morada, chama-se direito de habitação.

(Vid. nota ao artigo 2197.º)

Art. 2255.º Os direitos de uso e habitação constituem-se e extinguem-se pelos mesmos modos que o usufructo, e são egualmente regulados pelo seu titulo constitutivo: na falta ou deficiencia de titulo, observar-se-ha o seguinte.

(Vid. nota ao artigo 2198.º)

Art. 2256.º O usuario ou morador usuario é obrigado a inventario e caução, da mesma fórma que o usufructuario.

(Vid. nota ao artigo 2221.º, n.º 2.º)

Art. 2257.º O usuario dos fructos de um predio não póde haver mais do que os necessarios para os seus gastos e da sua familia, quer esta se torne mais numerosa, quer menos.

Art. 2258.º O usuario ou morador usuario não póde vender, alugar, nem trespassar, por qualquer modo, o seu direito.

Art. 2259.º Se o usuario consumir todos os fructos do predio, ou occupar todo o edificio, ficará sujeito ás despesas de cultura, aos reparos de conservação, e ao pagamento das contribuições, do mesmo modo que o usufructuario.

Art. 2260.º Se o usuario perceber só parte dos fructos, ou occupar só parte do edificio, contribuirá para as despesas mencionadas no artigo precedente em proporção da sua fruição.

Art. 2261.º São applicaveis ao direito de uso as disposições dos artigos 2203.º, 2217.º, 2240.º a 2247.º inclusivamente e 2253.º

(Vid. nota ao artigo 2197.º)

CAPITULO IV

DO DIREITO DE COMPASCUO

Art. 2262.º O direito de compascuo consiste na communhão de pastos de predios pertencentes a diversos proprietarios.

O projecto primitivo regulava largamente o direito de compascuo, muito frequente no nosso paiz, porque não o abolia nos termos e condições estabelecidas no codigo. A definição do direito de compascuo, que se lê no codigo, é a mesma que vinha no projecto primitivo, e que foi conservada sem a minima alteração em todos os projectos da commissão revisora.

Convém determinar bem as condições e a natureza do direito de compascuo, segundo as regras estabelecidas no codigo.

A *essencia* do direito de compascuo consiste não em terem diversos individuos communhão nos pastos do *mesmo* predio, mas sim em terem diversos proprietarios communhão nos pastos dos seus predios. Porem da generalidade do artigo 2262.º parece inferir-se que o caracteristico do compascuo está na communhão de pastos de predios pertencentes a diversos proprietarios, sem que haja necessidade de ser restricta a communhão só aos respectivos proprietarios, podendo n'ella ter parte os que nenhum quinhão tem nos predios.

É uma especie de propriedade commum, altamente inconveniente para o progresso e desenvolvimento da agricultura.

Póde dar-se a hypothese de alguem ter adquirido direito sobre os pastos do predio de um terceiro, e n'esse caso teremos arrendamento, se foi esse o titulo da acquisição, ou servidão ou uso se foi adquirido por titulo de dominio. O artigo 2266.º porém parece referir-se tanto ao direito de compascuo propriamente dicto, isto é, á communhão de pastos de differentes proprietarios nos seus respectivos predios, como ao direito de pastagem constituido n'um predio pertencente a outrem.

Tambem o artigo se refere unicamente ás pastagens em predios particulares, porque as pastagens em terrenos publicos não se consideram onus reaes, nem estão sujeitas a registo, porque são inteiramente reguladas pela legislação administrativa, artigo 2263.º

A especie das pastagens em terrenos publicos é inteiramente alheia á legislação civil: é regulada pela legislação administrativa, e pelas leis da desamortisação.

Art. 2263.º A communhão de pastagens de terrenos publicos, quer esses terrenos pertençam a freguezias, quer a municipios ou ao estado, é inteiramente regulada pelas leis administrativas.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 2264.º Fica abolido o direito de compascuo, estabelecido em predios particulares, por concessão tacita, anteriormente á promulgação d'este codigo. De futuro só poderá ser constituido por concessão expressa dos proprietarios.

§ unico. Concessão expressa é a que resulta de contracto ou de disposição de ultima vontade.

O projecto primitivo era mais latitudinario com o direito de compascuo, porque o artigo 2427.º, correspondente ao artigo 2264.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «O direito de compascuo em predios particulares só póde ser constituido por concessão dos proprietarios, expressa ou tacita. § unico. Concessão *expressa* é a que resulta de contracto gratuito, ou oneroso, ou disposição de ultima vontade; *tacita* é a que se funda em uso ou costume, que exceda a 30 annos.»

A commissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, decidiu, segundo se lê em a nota ao artigo 2305.º do projecto de 1863, correspondente ao artigo 2264.º do codigo: 1.º que subsista o compascuo estabelecido anteriormente ao codigo por concessão expressa dos proprietarios, e que pela mesma fórma possa estabelecer-se de futuro; 2.º que o compascuo estabelecido por concessão tacita fique abolido quanto ao preterito e prohibido quanto ao futuro.

N'este artigo, pois, estão consignados dois principios importantes: 1.º abolição do compascuo estabelecido em predios particulares por concessão tacita, tanto com relação ao preterito, como em relação ao futuro; 2.º a continuação do onus real do compascuo, estabelecido por concessão expressa, tanto em relação ao passado, como em relação ao futuro.

O compascuo porém, que de futuro póde ser constituido, é o compascuo a que se refere a 2.ª parte do artigo 2264.º, e não o compascuo a que se refere a 1.ª parte.

O compascuo pois, como as servidões continuas não apparentes, e as descontinuas, artigo 2273.º, não póde ser adquirido por prescripção, mas unicamente por titulo expresso entre vivos, ou *causa mortis;* e com relação ao compascuo não permittiu o codigo, nem o que permittiu com relação áquellas servidões, onde respeitou as adquiridas por prescripção ao tempo da sua promulgação, não respeitando o compascuo por immemorial que seja a sua duração mesmo antes da promulgação da lei nova, se não se funda em titulo.

Do artigo correspondente do projecto primitivo se mostra que concessão *expressa* é a que resulta de contracto, gratuito ou oneroso, e de disposição de ultima vontade, e que concessão *tacita* é a que se funda no uso ou costume excedente a 30 annos, isto é, adquirido por prescripção, porque pela legislação anterior ao codigo a prescripção para o geral dos direitos era de 30 annos, Ord. liv. 4.º, tit. 79.º

Por tanto os proprietarios dos terrenos, em que havia pastos communs, que foram abolidos com a promulgação do codigo, podem hoje oppôr-se a que os gados extranhos entrem nos seus predios.

Contra esta violação dos seus direitos podem os proprietarios usar de varios meios, como repellir a força pela força, expulsando os gados por sua propria auctoridade, artigos 486.º e 2354.º; recorrer á justiça para que os mantenha ou restitua aos seus direitos, citado artigo 486.º e seguintes; pedir a indemnisação do prejuizo, conforme os artigos 492.º e 2356.º do codigo, e artigo 145.º, n.º 2.º, da Nov. Ref. Jud.; e fazer encoimar o transgressor, se nas posturas municipaes respectivas houver coima para taes actos, conforme o citado artigo 145.º, n.º 3.º, da Reforma.

Art. 2265.º Fica egualmente abolido o direito de compascuo, estabelecido anteriormente á promulgação d'este codigo, entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, ainda que tenha sido por convenção expressa. De futuro, só será permittido estabelecer tal direito sobre predios certos e determinados, e por convenção expressa entre individuos tambem certos e determinados.

§ unico. O compascuo, estabelecido nos termos d'este artigo, rege-se inteiramente pelo titulo da sua instituição.

Convém egualmente comparar n'este ponto a doutrina do codigo com a do projecto primitivo, que nos artigos correspondentes, 2428.º e 2429.º era redigido assim: «Artigo 2428. O direito de compascuo, estabelecido entre certos e determinados individuos, ou por certos e determinados individuos em favor de certa universalidade de individuos, em certos e determinados predios, rege-se inteiramente pelo titulo da sua instituição; salvo o disposto no artigo 2439.º (2266.º do codigo). Artigo 2429.º O direito de compascuo, estabelecido entre uma universalidade de individuos e certa universalidade de predios, por seu mutuo consenso expresso ou tacito, poderá ser conservado ou supprimido, seja qual fôr a antiguidade do titulo, a aprazimento dos interessados, observando-se o seguinte: § 1.º O accôrdo será tomado perante a juncta de parochia, se o compascuo pertencer á visinhança da parochia; e perante a municipalidade, se o compascuo comprehender diversas freguezias do mesmo municipio. § 2.º Se o compascuo comprehender freguezias de diversos municipios, será o accôrdo tomado perante a municipalidade do concelho em que existir a maior parte dos terrenos do compascuo. § 3.º A resolução será tomada segundo o voto da maioria dos proprietarios.»

A commissão revisora porém deliberou, logo nos trabalhos da primeira revisão, conforme se mostra da nota ao artigo 2306.º do projecto de 1863, que fôsse abolido de preterito e prohibido de futuro o direito de compascuo, estabelecido entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, ainda mesmo por concessão expressa.

Assim o compascuo, estabelecido entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, como entre os moradores de uma povoação sôbre todos os terrenos adjacentes á mesma povoação, ainda que instituido por convenção expressa, proscreveu-o o codigo, sem indemnisação alguma para os direitos adquiridos pelo contracto. No interesse da propriedade e da agricultura feriu o codigo n'esta parte até certo ponto os direitos individuaes.

De futuro só póde estabelecer-se por acto entre vivos entre proprietarios determinados, e sobre predios determinados tambem.

No projecto de 1863 vinha annexo ao artigo 2306.º, correspondente ao artigo 2265.º do codigo, um § redigido nos seguintes termos: «O contracto de compascuo entende-se sempre ser annual, ficando tacitamente renovado de anno para anno, em quanto qualquer dos pactuantes não o declarar terminado.»

Porém logo em seguida a commissão revisora eliminou este preceito, que já não apparece no projecto de 1864. O contracto de compascuo, pois, ha de ser em todos os casos regido pelo titulo da sua instituição.

Tambem a commissão revisora eliminou, logo nos trabalhos da primeira revisão, os artigos 2430.º a 2438.º e 2440.º do projecto, relativos ao direito de compascuo, e especialmente á tapagem e coutamento dos predios dos pastos communs, devendo por tanto observar-se a este respeito o disposto no artigo 2346.º e seguintes do codigo.

Tambem já na imprensa juridica se discutiu se os artigos 473.º e 2265.º do código obstam a que ainda hoje seja legitimo e manutenivel o direito que qualquer freguezia de um concelho tem á communhão e gôzo de pastos e lenhas produzidas em certos baldios de outro concelho, achando-se tal direito firmado na posse immemorial e continua, reconhecido em sentença judicial contenciosa entre a referida freguezia e a camara do outro concelho.

Porém o artigo 473.º, com o seu racional preceito de que o gôzo dos bens communs de uma certa communidade só aos individuos

d'esta e não a extranhos deve pertencer, não póde deixar de ser limitado pelo respeito aos direitos adquiridos antes da promulgação do codigo. Tanto este artigo respeitou os direitos adquiridos, que manda observar os antigos usos e costumes, quanto mais os direitos fundados em sentença judicial.

A palavra — *exclusivamente* — do artigo 473.º exprime a mesma idéa que no artigo 2176.º, onde não significa que o proprietario singular possa exercer *exclusivamente* todos os direitos de propriedade sobre uma cousa, com detrimento de quaesquer direitos que outros tenham legitimamente n'ella.

N'este sentido decidiu o decreto sobre consulta do conselho de Estado, de 18 de dezembro de 1868, publicado no *Diario do governo*, n.º 23, de 30 de janeiro de 1869, onde se estabelece a doutrina de que os individuos extranhos ao concelho podem aproveitar-se dos baldios e maninhos d'este, sendo o seu direito fundado em sentença judicial, e não em simples posse. Diz o decreto: «Considerando que na hypothese dos autos é impreterivel que os recorrentes apresentem sentença judicial, que legitime a posse allegada e dê a esse titulo força bastante para os tornar habeis a desfructar as vantagens e regalias, que em regra geral só podem caber aos visinhos dos concelhos, pois que os recorrentes são extranhos ao concelho, e até ao districto, em que estão sitos os baldios de que se tracta;

«Considerando que o accordão recorrido não prejudica os direitos, que pelos meios competentes possam os recorrentes fazer valer, etc.»

Por tanto, para pessoas extranhas ao concelho fazerem valer os seus direitos aos baldios d'esse concelho, não basta allegar a posse por mais diuturna, ainda que seja immemorial, apesar de a posse immemorial equivaler a titulo, Ord. liv. 2.º, tit. 27.º, § 1.º, e lei de 3 de agosto de 1770, § 4.º

O artigo 2265.º, que, como o artigo 2264.º, se refere unicamente ao compascuo em predios particulares, tambem não prejudica o direito de pastagem em terrenos publicos, garantido nos artigos 473.º e 2263.º

Por tanto o individuo ou individuos, com direito fundado, em sentença judicial, a gozar dos pastos communs em concelho extranho, podem requerer perante os tribunaes administrativos para lhes ser mantido o seu direito, e, se ahi não forem attendidos, podem recorrer ás justiças ordinarias.

O codigo annullou as antigas concessões *tacitas*, e as *expressas* que não tivessem sido feitas por individuos *certos* e sobre predios *determinados*, prohibindo que de futuro se fizessem por forma differente d'esta, e permittindo a extincção do encargo perpetuo de pastagem mediante indemnisação.

Art. 2266.º As propriedades oneradas com encargo perpetuo de pastagem, por algum titulo particular, poderão ser exemptas d'esse encargo mediante o pagamento do justo valor d'elle.

(Vid. nota ao artigo 1650.º)

CAPITULO V

DAS SERVIDÕES

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2267.º Servidão é um encargo imposto em qualquer predio, em proveito ou serviço de outro predio pertencente a dono differente: o predio sujeito á servidão diz-se — serviente — e o que d'ella se utilisa — dominante.

(Vid. nota ao artigo 2286.º) A nossa antiga legislação era em extremo deficiente sobre a materia das servidões. As Ordd. quasi que não tractaram d'este assumpto; nem um só titulo se inscreve com esta materia; e apenas a Ord. liv. 1.º, tit. 68.º, §§ 22.º e seguintes tracta incidentemente de servidões urbanas. Das leis extravagantes tambem só uma ou outra tractava, e por incidente, d'este objecto: assim a lei de 9 de julho de 1773 regulava no § 12.º a abolição de atravessadouros superfluos; a resolução de 17 de agosto de 1775 versava sobre não dar posse manutenivel de servidão sobre os predios superiores o curso natural das aguas para os inferiores; e o alvará de 27 de novembro de 1804, artigos 11.º e 12.º, estatuia sobre a construcção de levadas ou canaes para a rega de terras, ou para as esgotar, sendo inundadas.

N'este assumpto, pois, como em muitos outros, estavamos quasi reduzidos ao direito romano.

O nosso codigo porém, tomando por base este direito e as legislações modernas, estabeleceu regras geraes para resolver as differentes hypotheses, que possam suscitar-se a respeito das servidões.

O codigo não faz distincção entre as servidões rusticas e as servidões urbanas, antigamente assim conhecidas, segundo tinham em vista a utilidade dos campos ou dos edificios, porque umas e outras se regulam hoje exactamente pelos mesmos principios.

Entre os romanos dava-se a este ponto sempre largo desenvolvimento. Entre as servidões rusticas eram mais frequentes as seguintes — *iter, actus, via, aquaeductus*, etc. Entre as urbanas notavam-se principalmente as de — *oneris ferendi, stillicidii recipiendi, vel non recipiendi, altius tollendi*, de vistas, etc.

A servidão é um *encargo*, porque onera e *incommoda* o exercicio do direito de propriedade em poder do proprietario do predio, que deve a servidão, o que não succede com os outros direitos reaes. Alguns definem a servidão um *direito*, considerando-a em relação ao dono do predio dominante. Porem, como a palavra *servidão* já de si involve uma idéa passiva, ao passo que a palavra direito involve uma idéa *activa*, ha mais propriedade em definil-a como encargo do que como direito.

É da essencia da servidão ser imposta n'um predio *em proveito de outro predio*, porque o codigo não reconhece servidões pessoaes.

Em direito romano fazia-se distincção entre servidões *reaes* ou *prediaes*, e *pessoaes*. As primeiras eram aquellas em que o predio servia a outro predio—*res servit rei*; as segundas aquellas em que o predio servia a pessoa—*res personae*. A esta ultima classe pertenciam as tres—do *usufructo*, do *uso* e da *habitação*. O codigo porém, como a maior parte dos codigos modernos, abandonou aquella classificação, e conservou o nome de servidões tão sómente ás *reaes*, contando as *pessoaes* entre as especies de propriedade limitada.

O usufructo, o uso e a habitação, pois, são considerados pelo nosso codigo direitos reaes á parte das servidões, e regidos pelas disposições consignadas nos respectivos capitulos, e não pelas regras relativas ás servidões.

Assim é verdadeira servidão o encargo imposto n'um predio, de passarem por elle as aguas que hão de ir regar o predio inferior. Mas se o predio dominante não tirar utilidade da servidão, esta é nulla, como contraria á liberdade dos predios.

Tambem deixa de ser regida pelas regras relativas á servidão, se não serve immediatamente o predio, mas tem por fim o recreio ou a vantagem pessoal do proprietario.

A servidão a favor d'um predio ha de ser imposta *n'outro predio*. A obrigação, que contractei com o dono do predio visinho, de elle me dar durante toda a sua vida certo numero de dias de trabalho no meu predio, não é servidão, mas um ajuste regido pelas disposições relativas ao contracto da prestação de serviços.

O predio serviente ha de pertencer a outro dono, porque a nossa propria cousa não póde servir-nos senão a titulo de propriedade, e não a titulo de servidão—*Nemini res sua servit jure servitutis*.

O onus real do dote pesa sobre o predio do proprietario e a favor d'este. Mas é da essencia da servidão que o encargo esteja imposto em predio differente d'aquelle a quem serve.

O codigo, pois, não consideron como servidão toda a restricção ao direito de propriedade, mas só os encargos *impostos* n'um predio directamente em favor de outro predio. Todas as mais restricções do direito de propriedade, ou determinadas pelo interesse publico ou pelo interesse particular, são reguladas no titulo 6.º, que se inscreve *—do direito de transformação—* onde se encontram as restricções relativas á plantação das arvores e arbustos, ás excavações, ás construcções e edificações, aos muros e paredes meias, aos canos de despejo, aos depositos de materias nocivas, etc.

Art. 2268.º As servidões são inseparaveis dos predios a que, activa ou passivamente, pertencem.

Art. 2269.º As servidões são indivisiveis: se o predio serviente fôr dividido entre varios donos, cada porção ficará sujeita á parte de servidão que lhe cabia; e, se o predio dominante fôr dividido, poderá cada consorte usar da servidão sem alteração nem mudança.

As servidões são *inseparaveis* dos predios, porque não podem *existir* sem elles, como o accessorio, cuja vida depende do principal.

São tambem *indivisiveis* as servidões que não podem constituir-se nem adquirir-se por partes, *quia usus earum indivisus est*. A servidão não póde partir-se. A divisão do predio dominante ou serviente em nada modifica a servidão.

Art. 2270.º As servidões podem ser continuas, ou descontinuas, apparentes, ou não apparentes.

§ 1.º Continuas são aquellas cujo uso é, ou póde ser, incessante, independentemente de facto do homem.

§ 2.º Descontinuas são as que dependem de facto do homem.

§ 3.º Apparentes são as que se revelam por obras ou signaes exteriores.

§ 4.º Não apparentes são as que não apresentam indicio algum exterior.

Este artigo teve por fonte os artigos 688.º e 689.º do codigo civil francez, que tambem dividem as servidões em continuas e não continuas, apparentes e não apparentes; classificação esta que os nossos praxistas tinham já reconhecido e a practica sanccionado, mesmo antes da promulgação do codigo civil.

Na legislação franceza, como na nossa, são continuas aquellas cujo uso é ou póde ser incessante, sem necessidade de facto actual do homem, como a de *aqueducto*, de vistas, e similhantes; e descontinuas as que estão no caso inverso, como as de passagem, e similhantes.

A servidão de aqueducto é *continua*, porque, tirado o obstaculo, que se oppõe á passagem da agua, corre esta independentemente de facto actual do homem. O facto que consiste em tirar o obstaculo, que se oppõe ao exercicio da referida servidão, não é o que constitue o uso d'ella, visto que só tem por fim procurar esse exercicio; e a servidão só é *descontinua* quando o seu uso consiste precisamente no proprio facto do homem, no facto *actual*, isto é, *perseverante*, e sempre *renovado*, de sorte que a servidão não é exercida desde o momento em que o homem não actua.

É *descontinua* a servidão de passagem, etc. É da natureza das servidões continuas o prestarem ou poderem prestar constantemente serviço ao dono do predio dominante sem obra alguma da parte d'elle.

Para ser continua a servidão basta que o uso *possa ser* incessante, ainda que o não seja. Assim a servidão que tenho para deixar escorrer as aguas dos beiraes da minha casa sobre o predio visinho é continua, porque os beiraes estão na disposição de fazer cahir incessantemente as aguas sobre os beiraes dos predios visinhos.

Como bem decidiu a Relação do Porto, em accordão de 30 de janeiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 384, a servidão do rego ou aqueducto é continua, com quanto dependa de facto do homem a *constituição* d'ella, pois que a servidão só é descontinua quando o seu uso é essencialmente dependente de facto do homem; e, n'esta servidão, constituido o rego, nada mais é preciso para as aguas correrem naturalmente e por impulso proprio, independentemente de facto do homem.

A distincção entre servidões continuas e descontinuas produz effeitos juridicos muito importantes quanto á prescripção, artigos 2273.º e 2280.º, e em quanto ao modo da sua constituição, artigo 2272.º

Já os nossos praxistas, em harmonia com os principios reconhecidos pela resolução regia de 17 de agosto de 1776, e pelo artigo 691.º do codigo civil francez, faziam a divisão das servidões em continuas e descontinuas, e apparentes ou não apparentes, por causa da prescripção.

Nem as servidões continuas, não apparentes, nem as servidões descontinuas podem ser adquiridas por prescripção, porque não reunem os requisitos da posse publica e continua, qualidades essenciaes para o effeito da prescripção, artigo 517.º, n.ºs 4.º e 5.º Demais a legislação posterior ao codigo veio ainda abrir maior separação entre as servidões continuas apparentes e as outras, dispensando aquellas de registo, como se mostra do decreto dictatorial de 30 de junho de 1870, confirmado pelo artigo 2.º da lei de 23 de dezembro do mesmo anno.

As servidões ou se revelam por obras apparentes, como uma janella para desfructar as vistas, um aqueducto para conduzir as aguas; ou pela sua natureza não dão signal exterior da sua existencia, como a prohibição de edificar sobre um predio, ou de não edificar senão até certa altura.

Tanto as servidões continuas como as descontinuas são apparentes ou não apparentes. Assim a servidão *aquaeductus* é continua e apparente; a servidão *altius non tollendi* é continua, mas não apparente.

Do mesmo modo o direito de passagem, que é uma servidão descontinua, póde ser *apparente* se se manifesta por um caminho ou por uma porta, que dá para o predio visinho.

A servidão porém, ainda que se revele por alguma obra ou signal exterior, não é apparente, se o signal que a caracterisa não indica a dependencia do predio serviente com relação ao dominante, e póde servir ou para o uso do proprio predio dominante ou para quaesquer outros.

É egualmente importante esta divisão, porque as servidões não apparentes, ou continuas ou descontinuas, em caso nenhum podem ser adquiridas por prescripção, artigo 2273.º

Os romanos tambem faziam distincção entre servidões affirmativas e negativas. As primeiras eram as que obrigavam o proprietario a soffrer que *se fizesse* alguma cousa sobre o seu predio, como a servidão de passagem, de vista, etc. As segundas eram as que obrigavam o proprietario a *não fazer* certos actos de propriedade, como não edificar senão até certa altura, não prejudicar a luz, as vistas, etc. As servidões não apparentes são todas negativas.

O codigo omittiu a classificação de servidões em affirmativas e negativas, que não têm effeitos juridicos depois da distincção feita entre servidões apparentes e não apparentes.

Art. 2271.º As servidões podem ser constituidas por facto do homem, ou pela natureza das cousas, ou pela lei.

SECÇÃO II

DAS SERVIDÕES CONSTITUIDAS POR FACTO DO HOMEM

Art. 2272.º As servidões continuas apparentes podem ser constituidas por qualquer dos modos de adquirir, declarados no presente codigo.

Art. 2273.º As servidões continuas não apparentes, e as descontinuas, apparentes ou não apparentes, tambem podem ser adquiridas por qualquer modo, excepto por prescripção.

§ unico. A disposição d'este artigo não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente á promulgação d'este codigo, conforme o uso ou costume das terras.

(Vid. nota ao artigo 490.º) As servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas em geral, tanto apparentes como não apparentes, não podem ser adquiridas por prescripção; assim como lhes não são applicaveis as acções de manutenção e de restituição, salvo fundando-se a posse em titulo provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelles de quem este o houve, artigo 490.º

Em accordão de 20 de abril de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 21, julgou a Relação do Porto que as servidões descontinuas, não havendo titulo nem obra especial que as justifique, só podem ser estabelecidas por prescripção immemorial.

Em harmonia com o disposto no artigo 490.º julgou a mesma Relação em accordão de 20 de outubro de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 2, nullo, por incompetencia e impropriedade ou ineptidão de acção, um processo instaurado em juizo depois da promulgação do codigo civil, em que se intentava a acção de força para sustentar a posse de receber na propriedade, com exclusão do predio superior, os enchurros e aguas pluviaes, vindos do caminho publico, que lhe ficava contiguo, sem a acção se fundar em titulo dos reconhecidos na excepção consignada no citado artigo 490.º

Verdade seja que em sentença proferida pelo juiz de direito de Alijó em 15 de fevereiro de 1871, e confirmada por accordão d'aquelle tribunal, de 4 de agosto do mesmo anno, como tudo se mostra do citado jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 16, sustenta-se que, em vista dos artigos combinados, 490.º, 477.º, e 2273.º, § unico, o codigo só prohibia as acções possessorias nas servidões descontinuas de futuro, porque não admittia a respeito d'ellas a posse, como presumpção de propriedade, mas que, resalvando as servidões adquiridas anteriormente á sua publicação, continuava a admittir, com respeito a estas, a posse como presumpção de propriedade, e que assim, cessando o principio do direito, devia cessar a sua disposição; que por outro lado, resalvando o codigo um direito, não poderia tolher á parte o meio regular de o fazer valer: e que assim era forçoso concluir que o artigo 490.º do codigo não se referia ao passado, e deixava fóra da sua acção as servidões adquiridas anteriormente á sua publicação.

É porém inadmissivel esta jurisprudencia, tanto em face da lei, como em face dos principios. O codigo não exceptua do preceito estabelecido no artigo 490.º as servidões anteriormente estabelecidas, como aliás as exceptua da provisão contida no artigo 2273.º Por outro lado, pertencendo a materia e o uso das acções ao processo, e vigorando a lei do processo immeditamente á sua publicação, mesmo sobre factos passados, não podem propôr-se depois da promulgação da lei nova acções que ella não reconhece para fazer valer certos direitos, ainda que estes fossem nascidos anteriormente, e que essas acções fossem applicaveis ao tempo da constituição dos respectivos direitos.

O § unico do artigo 2273.º não póde ser excepção ao artigo 490.º; porque as acções possessorias não são o unico meio de se fazer valer o direito consignado n'aquelle §. Se ellas não são o unico meio de exercer aquelle direito, a generalidade do artigo 490.º não implica

*

incompatibilidade com aquelle § unico; e ambas as disposições podem observar-se conjunctamente.

Observa-se a regra geral do artigo 490.º, não consentindo que as servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, ou anteriores ou posteriores ao codigo, se façam valer, por simples posse, e em acções possessorias; e mantem-se a excepção do § unico do artigo 2273.º, conservando-se as mesmas servidões, quando provada em acção confessoria a sua acquisição por prescripção anterior ao codigo.

Nem se diga que a posse immemorial equivale a titulo, porque a palavra—*titulo*—empregada no artigo 490.º evidentemente designa só o documento escripto, como bem se mostra do requisito, que deve acompanhal-o, de ser *provindo do proprietario* do predio serviente, ou d'aquelle de quem este o houve.

Dada esta significação á palavra—*titulo*—, usada n'aquelle artigo, rarissimas vezes a posse das servidões continuas, não apparentes, e a das descontinuas, apparentes ou não apparentes, poderá ser mantida á sombra dos interdictos possessorios.

A este respeito dizia muito bem Troplong—*Comme la plus longue possession ne peut suppléer au titre et faire parvenir à l'acquisition de la propriété, il s'ensuit qu'une possession annale serait, à plus forte raison, insuffisante pour établir, en faveur de pareils droits, la présomption provisoire de propriété.*

Se a prescripção immemorial podesse ser *titulo* no caso especialissimo do artigo 490.º, sel-o-ia tambem a prescripção em geral, visto que o artigo 518.º define *justo titulo* qualquer modo legitimo de adquirir, independentemente do direito do transmittente, e a prescripção positiva é evidentemente *um modo legitimo de adquirir*.

Por isso as acções de manutenção ou de restituição de posse são hoje incompetentes para manter ou restituir a servidão, por exemplo, de passagem por predio alheio para ir buscar agua.

Em accordão de 27 de janeiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 373, julgou a Relação do Porto que o codigo respeitou as servidões adquiridas antes da sua promulgação, nos termos do § unico do artigo 2273.º, mas que alterou o meio de as fazer valer, que o perturbado ou esbulhado n'estas servidões ha de usar da acção ordinaria, ou ellas tenham sido adquiridas antes ou depois da sua promulgação, que as acções possessorias são inadmissiveis n'este caso, salva a existencia do titulo, a que se refere o artigo 490.º; e que este titulo não é qualquer modo legitimo de adquirir, mas o documento escripto emanado do dono do predio serviente, ou do ante-possuidor.

Por direito anterior, se a servidão fosse continua e apparente, era adquirida, em falta de titulo, pela prescripção de trinta annos, lei ultima, cod., *praescript. long. temp.*, e lei 1.ª, § 23, D. *aqua et aqua pluviae arcend.*

Se porém era continua, não apparente, ou descontinua, apparente ou não apparente, só podia constituir-se por uma posse immemorial, como ensinavam os nossos praxistas.

O codigo, no artigo 2273.º, § unico, respeitou em geral as servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, adquiridas por prescripção antes da sua promulgação; mas, além d'aquella disposição geral, ha em materia de aguas uma especialidade constante do § unico do artigo 438.º, e do § unico do artigo 444.º, em que se garante a prescripção, sendo fundada a posse sobre opposição não seguida, ou sobre construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito, no que teve por fonte a resolução de 17 de agosto de 1775.

O artigo 490.º, salvas as excepções n'elle mesmo apontadas, só permitte as acções possessorias nas servidões continuas, apparentes, independentes de facto do homem, que se revelam por obras ou signaes exteriores, porque n'estas não se dão os inconvenientes, que se dão nas outras.

Mesmo n'estas servidões só são admissiveis os remedios possessorios, quando a posse é verdadeira, e não quando é facultativa, e filha de mera tolerancia.

E por direito moderno desde que o uso da servidão esteve interrompido por mais de um anno, só por acção ordinaria póde rehaver-se.

O codigo, não admittindo a acquisição por prescripção das servidões descontinuas, e das continuas, não apparentes, seguiu ainda o disposto no artigo 691.º do codigo civil francez.

Portanto n'este caso não tem o interessado outro remedio, senão a acção ordinaria, chamada *confessoria*, para fazer declarar o seu direito de servidão.

Assim tambem as acções possessorias não são competentes para se obter a manutenção ou restituição da posse das servidões descontinuas em materia de aguas, constituidas por prescripção antes da promulgação do codigo, nos termos do artigo 438.º, § unico.

Contra a acção negatoria, em que se controverte a existencia de uma servidão de passagem, não é admissivel, como excepção *rei judicatae*, a sentença proferida em outra acção, em que se questionou a necessidade ou desnecessidade da mesma servidão, como julgou o juiz de direito de Sinfães, em sentença de 23 de novembro de 1866, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 188.

As duas acções são inteiramente distinctas quanto aos seus fins e fundamentos, porque n'uma discute-se a necessidade ou superfluidade da servidão, posta de parte a questão da sua juridica acquisição, ao passo que n'outra se controverte a sua injusta existencia, sem por um momento se lhe reconhecer a existencia de direito, que aliás póde reconhecer-se n'aquella, sem se ir de encontro á sua procedencia.

É da natureza da acção *negatoria* o ser imposta ao réo a necessidade de provar o estabelecimento legal da servidão negada, porque o auctor tem por si a presumpção de direito, resultante da liberdade da terra.

Em accordão de 7 de fevereiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 23, julgou a Relação de Lisboa que, sendo a servidão de uma mina para conducção continua não apparente, principiada já depois da publicação do codigo civil, não póde ser mantida pela simples posse ou prescripção, e que, não sendo constituida por titulo proveniente do proprietario do predio serviente, em conformidade do artigo 490.º do codigo, não póde prejudicar o direito que o mesmo codigo, nos artigos 2321.º e 2322.º, concede ao proprietario para abrir poços nos seus predios, não se estendendo as excavações além da linha perpendicular divisoria.

Em accordão de 9 de junho de 1874, publicado no mesmo jornal e anno, n.º 27, julgou a Relação do Porto que as servidões descontinuas, e não apparentes, que por direito antigo só podiam constituir-se, ou por titulo expresso, ou por posse immemorial, podem

hoje ser constituidas por qualquer modo de adquirir, excepto pela prescripção.

Tambem o § unico do artigo 2273.º, nas palavras—conforme o uso e costume das terras—não se refere ás condições do uso e do costume, definidas e reguladas na lei de 18 de agosto de 1769, mas sim ao *modo* de adquirir conforme o uso e costume da terra.

Outros, porém, entendem que as palavras—*conforme o uso e costume da terra*—se referem ao uso constituido a favor da *collectividade de pessoas*, no qual unicamente se presume utilidade publica.

Porém a Relação do Porto julgou em accordão de 13 de junho de 1873, segundo se declara na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 327, que estas palavras se referem ao uso e costume em que se acha um individuo a respeito da práctica de certos factos.

Em accordão de 17 de junho de 1873, publicado no mesmo jornal e numero, julgou a Relação do Porto que, em vista do § unico do artigo 2273.º, é manutenivel a posse de mais de trinta annos, adquirida antes da promulgação do codigo, de aproveitar as aguas da nascente alheia, para usos domesticos, e para outros. De uma das tenções se infere egualmente que se decidira que a estas servidões não era applicavel o artigo 490.º do codigo.

Alguns têm combatido a disposição do artigo 490.º com o fundamento de serem muito frequentes as servidões de transito, de pé, ou com animaes, e principalmente de aguas de umas para outras glebas, sem a maior parte das vezes haver outros titulos, além das posses mais ou menos diuturnas; que, prohibidos os interdictos possessorios com relação a estas servidões, quasi sempre descontinuas, e não apparentes, os donos dos predios servientes estão a cada passo levantando muros, abrindo fóssos, e construindo sebes para vedarem as servidões, restando ao dono do predio dominante unicamente a acção confessoria, que é muito demorada e dispendiosa, especialmente seguindo-se a opinião de que só póde intentar-se depois de justificada e registrada a posse, em vista do artigo 952.º do codigo, em harmonia com o disposto no artigo 126.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870, e mesmo de muito mais difficil prova do que o meio possessorio.

Esta doutrina, porém, é impugnada com as razões dadas em a nota ao artigo 490.º, com egual doutrina estabelecida em varios codigos de nações cultas, e com a circumstancia de que, em vista do artigo 2309.º, nenhum predio ficará sem servidão.

Art. 2274.º Se em dois predios do mesmo dono houver signal ou signaes apparentes e permanentes, postos por elle, em um ou em ambos, que attestem servidão de um para com outro, esses signaes serão havidos como prova da servidão, quando, em relação ao dominio, os dois predios vierem a separar-se, salvo se ao tempo da separação do dominio dos dois predios outra cousa se houver declarado no respectivo documento.

Este artigo estabelece um dos modos de constituir a servidão por facto do homem. O artigo correspondente (2448.º) do projecto primitivo era redigido nos seguintes termos: «A existencia de um signal apparente de servidão entre dois predios, estabelecido pelo proprietario de ambos, será considerado como titulo, a fim de que a servidão possa continuar activa e passivamente; salvo se, ao tempo da separação da propriedade dos dois predios, outra cousa se declarasse no respectivo documento»; e com esta redacção foi conservado nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Com razão, porém, foi alterada a final aquella redacção, que, pelo emprego da palavra—*continuar*—, dava logar, como dá o artigo 694.º do codigo civil francez, sua fonte, á interpretação, de que a servidão já existia, quando os dois predios pertenciam ao mesmo dono.

Effectivamente, pelo systema do projecto, havia n'este caso servidão, mesmo em quanto os dois predios estavam no dominio da mesma pessoa, como se mostra do respectivo artigo 2454.º, correspondente ao artigo 2279.º do codigo, que era redigido assim: «As servidões acabam: 1.º Pela reunião dos dois predios, dominante e serviente, no dominio da mesma pessoa, salvo no caso da ultima clausula do artigo 2448.º (2279.º do codigo)», etc.; numero este que foi tambem alterado, nos termos em que hoje se encontra no codigo, e logo nos trabalhos da primeira revisão.

Realmente não póde dar-se servidão, nem no mesmo predio, nem em predios differentes, pertencentes ao mesmo dono, pela regra—*res suo domino non servit*.

Esta regra, fundada já no direito romano, lei 26, Dig. *de serv. urb.* e lei 23, Dig. *de serv. rust.*, é expressamente reconhecida nos artigos 2267.º e 2279.º, n.º 1.º do codigo.

Nos termos do artigo abrindo o proprietario de dois predios aqueducto n'um para conduzir por elle agua para o outro, se posteriormente aliena algum dos dictos predios, sem se explicar sobre a conducção da agua, presume-se a convenção tacita de continuarem as cousas como estavam, ficando estabelecida assim a servidão; e o facto do dono dos predios ter posto aquelle signal, faz presumir a intenção da parte d'elle de estabelecer servidão n'um predio em proveito do outro.

Mas n'este caso a servidão não começa no momento, em que o proprietario faz o canal, nem durante o tempo, em que o senhor dos dois predios se serve do aqueducto n'um para regar o outro, porque usa então do direito de dominio, e não do direito de servidão.

Começa unicamente a servidão, quando, em relação ao dominio, ha a separação dos dois predios. Não póde dar-se outra intelligencia ao artigo.

Em quanto os dois predios estiverem em poder do mesmo dono não ha servidão, com quanto existam signaes, que a façam apparecer logo que elles pertençam a proprietarios differentes.

Tendo pertencido dois predios ao mesmo dono, em vida do qual era conduzida por meio de aqueducto agua de um para rega do outro, e cabendo por morte d'elle a coherdeiros differentes, continua aquelle obrigado a soffrer a servidão, em virtude do preceituado no artigo 2274.º, sem embargo do disposto no artigo 2143.º, que é applicavel só ás servidões novas, que por necessidade forem constituidas, e não ás servidões já creadas, que subsistem independentemente de nova declaração.

Em accordão de 21 de janeiro de 1870, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4417, julgou a Relação de Lisboa, com fundamento no artigo 2274.º do codigo, que a servidão de transito subsiste mesmo depois de os predios separados pertencerem a differentes donos, se

ha signaes apparentes e permanentes da sua existencia ao tempo em que os dois predios eram do mesmo dono.

O facto da imposição do signal serve de titulo, de modo que abrange as servidões descontinuas apparentes, sendo a disposição d'este artigo até certo ponto excepção ao artigo antecedente.

Pelo direito francez, codigo civil, artigo 692.º, este modo de constituir servidão só póde applicar-se ás servidões continuas apparentes. Porém, a redacção do artigo do nosso codigo, que teve por fonte o artigo 540.º do projecto de codigo civil hespanhol, não comporta a exclusão das servidões descontinuas apparentes, nem por isso ha contradicção com o disposto no artigo antecedente, porque, não podendo constituir-se servidão descontinua apparente sem titulo, aqui o *titulo* é o *signal apparente permanente*, posto pelo dono dos predios; e esta mesma opinião é sustentada por Goyena, em a nota ao referido artigo do projecto de codigo civil hespanhol.

Se os signaes tiverem sido postos em ambos os predios pelo respectivo dono, de nada mais se carece para titular a servidão. O signal, ou signaes valem o titulo. Se, porém, não tiverem sido postos pelo proprietario de ambos os predios, não podem servir de titulo da servidão, e é preciso recorrer aos meios ordinarios de prova, em conformidade dos artigos 2272.º e 2273.º

O facto da imposição do signal póde provar-se por testemunhas, e vistoria, independentemente de titulo por escripto.

Se os signaes permanentes e apparentes tiverem sido postos pelo proprietario, não em dois predios, mas no mesmo predio com relação ás suas differentes partes, é egualmente applicavel a provisão do artigo, porque as razões de decidir são as mesmas n'um e n'outro caso.

Supponhamos tambem que não foi o proprietario, de quem proveio o predio, que poz o signal, mas que já elle adquirira os dois predios com o signal, subsistirá ainda assim a servidão, quando passar a outrem o dominio de algum? Cremos que sim, porque a razão é a mesma; e esta é tambem a opinião de Goyena, nas notas ao referido artigo do projecto de codigo civil hespanhol.

Póde verificar-se egualmente a hypothese de haver dois predios, pertencentes a dois proprietarios, dos quaes um tenha servidão sobre o outro, e de se reunirem em poder do mesmo dono: e é claro que n'este caso acaba o direito de servidão, porque quem tem a propriedade inteira de uma cousa não póde ter sobre a mesma um simples desmembramento da propriedade, como é o direito de servidão.

Se, porém, a servidão for continua e apparente, e o dono dos dois predios reunidos, conservando o signal ou signaes apparentes, o aqueducto, por exemplo, dispozer de um d'elles, sem nada declarar quanto á servidão, reviverá esta, e continuará activa e passivamente a favor de um predio sobre o outro?

Cremos que a confusão da servidão, uma vez verificada, subsiste perpetuamente, ainda que se aliene o predio dominante ou serviente, salva convenção em contrario.

É a opinião mais conforme á liberdade natural dos predios, e ao espirito do artigo 2143.º, que determina que, havendo divisão de predios, que torne indispensaveis novas servidões, far-se-ha d'ellas a devida declaração; nem nós podemos admittir, sem lei expressa, novos modos de constituir servidões, as quaes, como limitações do direito de propriedade, antes devem restringir-se do que ampliar-se.

Art. 2275.º As servidões estabelecidas por contracto ou

por testamento, serão reguladas nos termos do respectivo titulo; na falta de declaração observar-se-ha o seguinte.

(Vid. nota ao artigo 2198.º)

Art. 2276.º O dono do predio dominante tem o direito de fazer no predio serviente todas as obras necessarias para o uso e conservação da servidão, mas de modo que não a altere ou torne mais onerosa.

§ 1.º Se forem diversos os predios dominantes, todos os donos d'elles serão obrigados a contribuir, na proporção da parte que tiverem nas vantagens da servidão, para as despesas de que tracta este artigo, do que só poderão eximir-se desistindo em proveito dos outros.

§ 2.º Se o dono do predio serviente tambem auferir utilidade da cousa sobre que recáe a servidão, será obrigado a contribuir pela fórma estabelecida no § antecedente.

Art. 2277.º Se o dono do predio serviente se houver obrigado no respectivo titulo a custear as obras necessarias, poderá eximir-se d'esse encargo, abandonando o seu predio ao dono do predio dominante.

Pela regra estabelecida no artigo 12.º, de que a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio, o dono do predio dominante tem o direito de fazer no serviente todas as obras necessarias para o uso e conservação da servidão, com tanto que a não torne mais onerosa, como concertar o aqueducto, não o tornando mais largo, que cause maior prejuizo ao dono do predio serviente, etc.

Como consequencia d'este direito, e para levar a effeito taes obras, póde fazer passagem elle, e os operarios pelo predio serviente, depositar ali os materiaes, etc., com a unica obrigação de reparar o damno causado pelas obras.

Os trabalhos são feitos, não á custa do dono do predio serviente, mas sim á custa do dono do predio dominante, porque é em utilidade d'elle que revertem; e demais as servidões consistem em soffrer, ou não fazer, mas nunca em fazer.

Exceptua, porém, o codigo o caso de convenção, em que o dono do predio serviente se obrigue a costear por sua conta as obras.

Esta obrigação, porém, ainda estipulada em contracto, não é puramente pessoal, tem um caracter de real, de modo que não existe senão por causa da servidão que é inherente ao predio, e por isso entregando elle o predio, extincta fica a obrigação de custear essas despesas.

E para o dono do predio serviente se libertar da obrigação de custear as despesas deverá abandonar todo o predio serviente, ou unicamente a parte sujeita á servidão, ou por onde se faz a servidão?

É isto muito questionado na legislação franceza, como se mostra das notas de Rogron ao artigo 699.º do codigo civil francez.

Entre nós, porém, não deve ser objecto de questão, attenta a redacção do artigo nas palavras—*o seu predio*—, porque é a tradu-

cção literal da segunda parte do artigo 543.º do projecto de codigo civil hespanhol, que, segundo as notas de Goyena, foi redigido no intuito de cortar aquella questão, que se agitou no seio da commissão, tendo-se usado para esse effeito das palavras—*seu predio*.

A servidão pésa *ordinariamente* sobre todo o predio, ainda que o seu uso ou exercicio *actual* se circumscreva a logar determinado para que seja menos gravosa.

Se o dono do predio serviente podesse exonerar-se das despesas a que se tinha obrigado, abandonando unicamente a parte do predio sobre que recahia a servidão, a obrigação de custear essas despesas tornar-se-ia muitas vezes illusoria; e só debaixo do pensamento de abandonar todo o predio, não querendo pagar as despesas com a conservação da servidão, é que se lhe póde consentir similhante direito.

Esta doutrina é muito mais razoavel, do que a sustentada pelo sr. dr. Bandeira de Neiva nas suas observações ao projecto de codigo, o qual entendia que ao dono do predio serviente, obrigado a custear as despesas da servidão, devia ser licito eximir-se d'ellas, abandonando a parte do predio, por onde se exercia a servidão.

No projecto primitivo o artigo 2451.º, correspondente ao artigo 2276.º do codigo, não continha os dois §§, que este contém, e que foram introduzidos logo nos primeiros trabalhos da commissão revisora. Porém as provisões contidas nos dois §§ são muito uteis, com quanto podessem inferir-se dos principios geraes de direito, e de disposições legaes sobre objectos analogos.

Art. 2278.º O dono do predio serviente não poderá de modo algum estorvar o uso da servidão constituida; mas, se a dicta servidão, no sitio assignado primitivamente para uso d'ella, se tornar prejudicial ao dono do predio serviente, ou lhe obstar a fazer reparos ou melhoramentos importantes, poderá ser mudada por elle, com tanto que o dono do predio dominante não fique prejudicado.

§ unico. As questões, que se levantarem sobre este assumpto, serão resolvidas summariamente, na fórma prescripta no codigo do processo.

(Vid. nota ao artigo 459.º) N'este artigo tracta-se da *mudança* de servidão, e no artigo 2313.º da *abolição* da serventia, chamada no antigo direito—*atravessadouro*.

Para a mudança da servidão marca o codigo o competente processo no § unico do artigo 2278.º; mas para a abolição do atravessadouro não marca a fórma de processo, devendo por isso observar-se a da lei anterior.

Deve conciliar-se quanto possivel a maior vantagem do dono do predio dominante com o menor incommodo do dono do predio serviente, ainda pela regra—*quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id obligatus es*.

O proprietario que dá passagem por um sitio do predio, póde mudal-a para outro sitio, convindo-lhe a mudança, e não prejudicando o dono do predio dominante, ou pelo augmento das distancias, ou por qualquer outra circumstancia.

§ unico. (Vid. nota ao artigo 1632.º) O assumpto, a que se refere o § unico do artigo 2278.º, é só o assumpto do artigo, e não o de todos os artigos desde o principio da respectiva secção. Não só a redacção do § o indica; mas a natureza das questões comprehendidas nos artigos antecedentes, como a da constituição da servidão, por exemplo, exclue a idéa de processo summario.

Póde tractar-se summariamente a questão sobre *mudança* de servidão, mas deve ser discutida ordinariamente a questão sobre a *existencia* e *condições* da servidão.

Art. 2279.º As servidões acabam:

1.º Pela reunião dos dois predios, dominante e serviente, no dominio da mesma pessoa;

2.º Pelo não uso durante o tempo necessario para haver prescripção;

3.º Pela renuncia ou cedencia do dono do predio dominante.

1.º, etc. (Vid. nota ao artigo 796.º)
2.º, etc. (Vid. nota ao artigo 526.º)
3.º, etc. (Vid. nota ao artigo 815.º)

Art. 2280.º A prescripção correrá, nas servidões descontinuas, desde o dia em que se deixar de usar, e nas continuas, desde o dia em que começar a interrupção da servidão.

§ unico. Relativamente ao modo da servidão, a prescripção correrá nos mesmos termos.

Como as servidões descontinuas carecem de *facto actual* do dono para serem exercidas, começa a correr a prescripção desde que esse facto cessou, porque desde então não é exercida a servidão. Assim na servidão da passagem, ou de ir tirar agua ao predio visinho, começa a correr a prescripção, desde que se deixou de passar, ou de ir tirar a agua.

Nas servidões continuas, como não carecem de *facto* do dono para o seu exercicio, é preciso um acto contrario á servidão para que se interrompa o uso d'ella, e só desde esse acto começa a correr a prescripção.

Assim, se tenho um aqueducto no predio visinho, começa a correr a prescripção desde que o proprietario do mesmo predio destróe, por exemplo, o encanamento, e desvia a corrente da agua sem reclamação da minha parte. O mesmo é se tenho janella com vista sobre o predio do visinho, e a tapo pelo tempo necessario para a prescripção.

A divisão das servidões, nos termos do artigo 2273.º, para os effeitos da sua *acquisição* por prescripção, não procede para o caso de *extincção*. Só se *adquirem* por prescripção as servidões continuas apparentes; mas *extinguem-se* pela prescripção todas as servidões, continuas ou descontinuas, apparentes ou não apparentes. A lei, no interesse da liberdade dos predios, concede mais favor á prescripção que tende a extinguir uma servidão, do que á prescripção que tende a estabelecel-a.

Nem pareça que ha repugnancia entre poder extinguir-se por prescripção um direito, que pela prescripção não póde ser adquirido; porque o direito extincto pela prescripção adquire-o o dono do pre-

dio serviente, direito que se traduz na extincção do gravame. Pela prescripção extinctiva da servidão ninguem adquire propriamente o direito que se extingue; mas liberta-se o predio do encargo, que era objecto d'esse direito.

Nas servidões descontinuas póde dar-se o caso de se perder a servidão já constituida, sem se adquirir outra no seu logar. Assim, tendo eu o direito de passar por parte determinada d'um predio, se durante trinta annos deixo de passar por ali, e faço passagem por outra parte, fica extincta pelo não uso a primeira servidão, e não adquiro a segunda, porque, sendo descontinua, não póde adquirir-se, senão em virtude de titulo.

Se, porém, o não uso provier de força maior, como se seccou a fonte, aonde eu ia buscar agua, o praso para a prescripção só deve contar-se, desde que a agua voltou, ou o predio tornou ao estado de poder prestar a servidão, sem eu me aproveitar d'ella.

É a disposição do n.º 3.º do artigo 545.º do projecto de codigo civil hespanhol, cujos n.ºs 1.º e 2.º são a fonte dos artigos 2279.º e 2280.º, não aproveitando o nosso codigo a provisão do n.º 3.º, talvez por a julgar comprehendida nos principios geraes de direito. É tambem a disposição dos artigos 703.º e 704.º do codigo civil francez.

A mesma jurisprudencia julgamos applicavel ao caso de ser *interrompida* a servidão por effeito de força maior, como de ser destruido o aqueducto, não por facto pessoal do dono do predio serviente, mas pela deslocação natural do ribeiro, d'onde sahia a levada, que era conduzida pelo cano.

O *modo* da servidão, como não póde ser de differente nem de melhor condição, que a servidão, prescreve, como ella, pelo mesmo praso e nos mesmos termos.

Por isso as servidões continuas apparentes, unicas que podem ser adquiridas por prescripção, são tambem as unicas que podem ser *augmentadas* por prescripção; mas *diminuidas* por prescripção podem sel-o todas, continuas e descontinuas, apparentes e não apparentes.

Assim, tendo o direito de abrir tres janellas no muro visinho, abri quatro, no fim de trinta annos adquiri por prescripção este augmento de servidão, porque a servidão é continua e apparente: se abri só duas, no fim d'este praso já não posso abrir a terceira.

Se, porém, tendo o direito de apascentar o meu gado um dia na semana no predio visinho, o apascento todos os dias, ainda por mais de trinta anos, não prescreve este augmento, porque a servidão descontinua, que não póde adquirir-se por prescripção, não póde tambem augmentar-se por prescripção.

No projecto primitivo o artigo (2455.º), correspondente ao artigo 2280.º do codigo, era redigido assim: «A prescripção correrá, nas servidões descontinuas, desde o dia em que se deixar de usar da servidão; e nas continuas, desde o dia em que tiver logar algum acto interruptivo da servidão. § unico. O modo da servidão poderá ser prescripto nos mesmos termos»; e com esta redacção se conservou nos dois primeiros projectos da commissão revisora. A alteração feita posteriormente nada adiantou em clareza.

Art. 2281.º Se o predio dominante pertencer a varios indivisamente, o uso que um d'elles fizer da servidão impedirá a prescripção relativamente aos demais.

§ unico. Se, por excepção legal, a servidão não podér prescrever contra algum dos proprietarios dominantes, aproveitará o favor da lei a todos os outros.

(Vid. nota ao artigo 513.º)

SECÇÃO III

DAS SERVIDÕES CONSTITUIDAS PELA NATUREZA DA COUSA OU PELA LEI

Art. 2282.º Os predios inferiores estão obrigados a receber as aguas que decorrem, naturalmente e sem obra do homem, dos predios superiores, assim como a terra ou entulhos, que arrastam na sua corrente. Nem o dono do predio inferior póde fazer obras que estorvem esta servidão, nem o dono do predio superior obras que a possam aggravar.

(Vid. nota ao artigo 446.º)

Art. 2283.º O dono do predio, onde existam obras defensivas para conter as aguas, ou onde seja necessario, pela variação do curso das mesmas aguas, construil-as de novo, é obrigado a fazer os reparos precisos ou a tolerar que os façam, sem prejuizo d'elle, os donos dos predios que padeçam ou se achem expostos a damnos imminentes por falta de taes reparos.

Art. 2284.º O que fica disposto no artigo antecedente é applicavel aos casos em que se torne necessario despojar algum predio de materiaes, cuja accumulação ou quéda estorve o curso das aguas com prejuizo ou risco de terceiro.

(Vid. nota ao artigo 442.º) No artigo 2284.º ha um erro typographico. Onde se lê—*despojar*—deve ler-se—*despejar*—, como se vê no projecto primitivo, e em todos os projectos da commissão revisora.

Art. 2285.º Todos os proprietarios, que participam do beneficio proveniente das obras mencionadas nos artigos precedentes, são obrigados a contribuir para as despesas d'ellas, em proporção do seu interesse, sem prejuizo da responsabilidade que possa pesar sobre o auctor do damno, nos casos de culpa ou dolo.

(Vid. nota ao artigo 460.º)

Art. 2286.º Todas as mais servidões, denominadas de interesse publico ou de interesse particular, são verdadeiras restricções do direito de propriedade, e, como taes, reguladas no logar competente.

(Vid. nota ao artigo 2267.º)

TITULO V

DO DIREITO DE FRUIÇÃO

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2287.º O direito de fruição abrange:

1.º O direito de perceber todos os fructos naturaes, industriaes ou civis da cousa propria;

2.º O direito de accessão;

3.º O direito de accesso.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

Art. 2288.º O direito de fruição do solo abrange, não só o mesmo solo em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação a minas, mas tambem o espaço aereo correspondente ao mesmo solo, na altura susceptivel de occupação.

(Vid. nota ao artigo 450.º)

CAPITULO II

DA ACCESSÃO

SECÇÃO I

DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 2289.º Dá-se accessão quando, com a cousa que é propriedade de alguem, se une e incorpora outra cousa que lhe não pertencia.

§ unico. A accessão póde ser produzida pela acção da natureza, ou por industria do homem.

SECÇÃO II

DA ACCESSÃO NATURAL

Art. 2290.º Pertence ao dono da cousa ou do predio tudo

o que, por effeito da natureza ou casualmente, accrescer á mesma cousa ou ao mesmo predio.

(Vid. artigo 2298.º, e nota ao artigo 2197.º) É *natural* a accessão, quando uma alluvião deposita no meu predio terrenos arrastados pela corrente, cujo dono se ignora, ou que de tal modo se confundiram, que não podem separar-se. A accessão natural resulta unicamente dos esforços da natureza sem o intermedio da acção do homem. A accessão natural é sempre immobiliaria.

É *industrial* a accessão, quando resultado dos esforços do homem actuando sobre elementos da natureza. Póde ser *mobiliaria*, como se engasto uma pedra preciosa pertencente a outrem no meu annel; ou *immobiliaria*, como se planto arvores alheias no meu terreno.

A divisão da accessão em natural e industrial, e a subdivisão d'esta especie em mobiliaria e immobiliaria, é de grande importancia, porque as regras respectivas variam segundo estas differentes especies.

No projecto primitivo o artigo 2473.º, correspondente ao artigo 2298.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «A accessão industrial tem logar, quando, pelo facto do homem, se confundem objectos pertencentes a diversos donos, ou se une a materia alheia uma certa somma de trabalho, ou a propriedade da fórma. § unico. Esta accessão póde ser, pois, mobiliaria ou immobiliaria, segundo a natureza dos objectos.»

Assim se conservou nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e só no ultimo, que foi apresentado, como proposta de lei, pelo governo ás côrtes, é que se lhe deu a redacção que hoje tem no codigo.

Art. 2291.º Pertence aos donos dos predios confinantes com os rios, ribeiros ou quaesquer correntes de agua, tudo o que por acção das aguas se lhes unir, ou n'elles for depositado.

(Vid. nota ao artigo 470.º)

Art. 2292.º Mas, se a corrente arrancar quaesquer plantas, levar qualquer objecto ou porção conhecida de terreno, e arrojar essas cousas sobre os predios alheios, conservará o dono d'ellas o seu direito, e poderá exigir que lhe sejam entregues, com tanto que o faça dentro em tres mezes, se antes não for intimado para fazer a remoção no praso, que judicialmente lhe for assignado.

Sempre que o accrescido não se incorpore no predio de maneira que não possa separar-se, e sempre que se conheça o dono, póde este reclamal-o. Para a reclamação concedem-se-lhe apenas tres mezes no intuito de evitar processos difficeis de decidir, em consequencia da confusão ou incorporação do accrescido no predio.

O direito francez, codigo civil, artigo 559.º, admitte a reclamação ainda depois do praso assignado, que é de um anno, quando o dono do predio, a que se ajunctou a cousa, não tenha ainda tomado posse d'ella; excepção que o nosso codigo não admitte em virtude do mesmo principio que determinou a fixação d'um praso breve para a reclamação da cousa accrescida.

Art. 2293.º Se a corrente mudar de direcção, os donos dos predios invadidos adquirirão direito ao terreno, que occupava o alveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente.

Art. 2294.º As ilhas e mouchões, que se formarem nos mares adjacentes ao territorio portuguez, ou nos rios navegaveis ou fluctuaveis, pertencerão ao estado, e só poderão ser adquiridos pelos particulares, por legitima concessão, ou por prescripção.

§ unico. Porém, se, por occasião da formação dos mouchões e aterros nos rios, algum dos predios marginaes, ou mais de um, padecerem diminuição, os mouchões ou aterros pertencerão aos proprietarios dos terrenos, onde a diminuição houver occorrido, e em proporção d'ella.

Art. 2295.º Os mouchões e aterros, que se formarem nos rios não navegaveis nem fluctuaveis, pertencerão aos proprietarios marginaes, de cujo lado se formarem, tirando uma linha divisoria pelo meio do alveo do rio.

§ unico. A estes mouchões e aterros é applicavel o que fica disposto no § unico do artigo antecedente.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

Art. 2296.º Se a corrente se dividir em dois ramos ou braços, sem que o leito antigo seja abandonado, o dono ou donos dos predios invadidos conservarão os direitos que tinham no terreno que lhes pertencia, e que foi invadido pela corrente.

Pela redacção do artigo, muito mais generica que a do artigo 562.º do codigo civil francez, e que a do artigo 415.º do projecto de codigo civil hespanhol, sua fonte, o dono do predio circumdado pela corrente não só continua com direito sobre essa especie de ilha, formada pela sua propriedade, que não póde pertencer aos proprietarios do alveo, nos termos dos artigos antecedentes, porque já tinha dono, mas tambem sobre o terreno coberto das aguas, no caso d'ellas voltarem á antiga, ou tomarem outra direcção, que o terreno fique enxuto. É razoavel esta disposição. O proprietario do terreno coberto pelas aguas não deve perdel-o pelo não uso, consequencia de força maior. No projecto primitivo o artigo (2472.º) correspondente, terminava pelas palavras — sem direito a nenhuma outra indemnisação —, que ainda apparecem no primeiro projecto da commissão revisora. Tambem no projecto primitivo não havia artigo correspondente ao artigo 2297.º do codigo, que foi introduzido pela commissão revisora.

Art. 2297.º As disposições dos artigos antecedentes são egualmente applicaveis aos lagos e lagoas, nos factos analogos, que ahi possam occorrer.

(Vid. nota ao artigo 380.º)

SECÇÃO III

DA ACCESSÃO INDUSTRIAL OU POR FACTO DO HOMEM

Art. 2298.º Dá-se accessão industrial quando, por facto do homem, se confundem objectos pertencentes a diversos donos, ou quando um individuo applica o proprio trabalho a materia que pertence a outrem, confundindo o resultado d'esse trabalho, propriedade sua, com a propriedade alheia.

§ unico. Esta accessão póde ser mobiliaria ou immobiliaria, conforme a natureza dos objectos.

(Vid. nota ao artigo 2289.º)

SUB-SECÇÃO I

DA ACCESSÃO MOBILIARIA

Art. 2299.º Se alguem, em boa fé, unir ou confundir objecto seu com objecto alheio, de modo que a separação d'elles não seja possivel, ou, sendo-o, resulte d'ella prejuizo para alguma das partes, fará sua a cousa adjuncta o dono d'aquella que for de maior valor, com tanto que indemnise o dono da outra, ou lhe entregue cousa equivalente.

§ 1.º O auctor da confusão será comtudo obrigado a ficar com a cousa adjuncta, ainda que esta seja de maior valor, se o dono d'ella preferir a sobredicta indemnisação.

§ 2.º Se ambas as cousas forem de egual valor, e os donos não se accordarem sobre qual haja de ficar com ellas, abrir-se-ha entre elles licitação, adjudicando-se o objecto licitado áquelle que maior valor offerecer por elle. Verificada a somma, que n'este valor deverá pertencer ao outro, será o adjudicatario obrigado a pagar-lh'o.

§ 3.º Se os interessados não quizerem licitar, será a cousa vendida, e cada um d'elles haverá no producto da venda a parte que dever tocar-lhe.

Art. 2300.º Se a confusão tiver sido feita de má fé, e a cousa podér ser separada, sem padecer detrimento, será restituida a seu dono com perdas e damnos.

§ unico. Se, porém, a cousa não podér ser separada sem padecer detrimento, será obrigado o auctor da confusão a restituir o valor com perdas e damnos, quando o dono da cousa confundida não quizer ficar com ambas as cousas adjunctas, pagando ao auctor da confusão o valor da que lhe pertencia.

Art. 2301.º Se a adjudicação ou confusão se operar casualmente, e as cousas assim adjunctas ou confundidas se não podérem separar sem detrimento de alguma d'ellas, ficarão pertencendo ao dono da mais valiosa, que pagará o justo valor da outra, e, se o não quizer fazer, pertencerá o mesmo direito ao dono da menos valiosa.

§ 1.º Se nenhum d'elles quizer ficar com a cousa, será esta vendida, e cada um haverá a parte do preço que lhe pertencer.

§ 2.º Se ambas as cousas forem de egual valor, observar-se-ha o que fica disposto nos §§ 2.º e 3.º do artigo 2299.º

Art. 2302.º Se alguem, em boa fé, der nova fórma, por seu trabalho e industria, a qualquer objecto movel pertencente a outrem, fará seu o objecto transformado, se a cousa não podér ser restituida á sua primeira fórma, ou não o podér ser sem perda do valor creado pela especificação.

§ 1.º Neste ultimo caso, porém, terá o dono da materia o direito de ficar com o objecto, se a valia do valor não exceder a da materia.

§ 2.º Em ambos os casos acima dictos será obrigado o que ficar com a cousa a indemnisar o outro do valor que direitamente lhe pertencer.

Art. 2303.º Se a especificação tiver sido feita de má fé, será a cousa especificada restituida a seu dono no estado em que se achar, com perdas e damnos, sem que o dicto dono seja obrigado a indemnisar o especificador, se o valor da especificação não tiver augmentado em mais de um terço o valor da cousa especificada; pois, neste caso, deverá o dono da cousa repôr o que exceder o dicto terço.

Sobre esta materia quasi todas as legislações e interpretes, especialmente a legislação romana e os seus commentadores, têm um systema tão casuista, que, longe de esclarecer, confunde sensivelmente a jurisprudencia.

O codigo, na determinação das regras sobre a accessão mobiliaria, distingue entre a accessão, que se verifica por confusão ou adjudicação, artigos 2299.º a 2301.º, e a accessão, que se verifica por especificação, artigos 2302.º e 2303.º; e para adjudicar a propriedade do objecto confundido subordina as provisões dos artigos sobre accessão por confusão ás duas regras seguintes: 1.ª á boa ou má fé com que se fez a confusão; 2.ª no caso de haver boa fé á circumstancia do valor relativo dos objectos confundidos.

Estas regras são indispensaveis para o caso de serem inseparaveis as cousas unidas, porque, se a cousa póde ser separada, fica cada um com o que era seu, salva a obrigação do auctor da confusão, quando ella é feita de má fé, de indemnisar o outro de perdas e damnos, artigo 2300.º

Quando as cousas confundidas, ou por *adjuncção* ou por *especificação*, o forem de má fé, a propriedade da cousa é sempre do que estava de boa fé, artigos 2300.º e 2303.º, com a differença de que no caso de confusão ha de o dono de boa fé pagar ao de má fé o valor da sua cousa, artigo 2300.º, e no caso de especificação só lh'o paga, se o valor do trabalho tiver augmentado em mais de um terço o valor da cousa especificada, e só no valor que exceder o dicto terço, artigo 2303.º

Ainda ha outra differença na accessão por confusão ou por especificação, e é que n'aquella póde o dono do objecto confundido renunciar ao direito de ficar com as duas, e obrigar o auctor da confusão a pagar-lhe o valor da sua com perdas e damnos, artigo 2300.º, e n'esta o de boa fé é obrigado a ficar com a cousa, e apenas com direito a perdas e damnos, se a cousa não podér ser reposta no antigo estado, artigo 2303.º, nem podér lançar a propriedade da cousa a cargo do especificador de má fé.

No caso de ser de boa fé a especificação ou adjuncção, ou de ser esta casual, pertence a cousa ao dono da de maior valor, artigos 2299.º, 2301.º e 2302.º, pagando ao outro a importancia do seu direito.

Apenas na adjuncção ha a especialidade, artigo 2299.º, § 1.º, de que o dono da cousa de maior valor póde renunciar a ella, obrigando o auctor da confusão a pagar-lhe a respectiva indemnisação.

Outra especialidade é que na adjuncção casual, ou as cousas sejam ou não de egual valor, podem ser logo vendidas, artigo 2301.º, e na confusão de boa fé só tem logar a licitação e a venda quando as cousas forem de egual valor, artigo 2299.º

O projecto primitivo nos artigos 2475.º e 2478.º, correspondentes aos artigos 2300.º e 2303.º do codigo, accrescentava o preceito de que as disposições dos respectivos artigos eram sem prejuizo das penas criminaes, a que houvesse logar, preceito eliminado pela commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, mas que deve julgar-se subsistente em virtude dos principios geraes de direito.

A doutrina dos §§ 2.º e 3.º do artigo 2299.º, bem como a do § 2.º do artigo 2301.º, foi introduzida pela commissão revisora.

No § 1.º do artigo 2302.º, onde se lê—*valor*—deve ler-se—*lavor*—, como se lia no ultimo projecto da commissão revisora, e que é o vocabulo correspondente ás palavras—*mão d'obra*—, que vinham nos dois anteriores projectos da mesma commissão, e no projecto primitivo do sr. Seabra.

SUB-SECÇÃO II

DA ACCESSÃO IMMOBILIARIA

Art. 2304.º Quem em terreno seu construir alguma obra com materiaes pertencentes a outrem, adquirirá os dictos materiaes pagando o valor d'elles, além das perdas e damnos.

Art. 2305.º Quem em terreno seu fizer sementeira ou plantações com sementes ou plantas alheias, adquirirá as dictas sementes ou plantas, ficando sujeito ás obrigações impostas no artigo precedente: se, porém, o dono das plantas preferir a entrega d'ellas, ser-lhe-hão restituidas as dictas plantas;

mas, n'este caso, não terá direito a mais nenhuma indemnisação, salvas as acções criminaes que possam competir-lhe.

Art. 2306.º Se o dono de quaesquer materiaes, sementes ou plantas, tiver feito em terreno alheio obras, sementeiras, ou plantações, possuindo, aliás, esse terreno em proprio nome, com boa fé e justo titulo, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º Se o valor, que taes obras, sementeiras, ou plantações, tiverem dado á totalidade do predio onde foram feitas, for maior do que o valor que este tinha d'antes, o verdadeiro dono só haverá o valor que o predio tinha antes das dictas obras, sementeiras, ou plantações, ou o que teria ao tempo da evicção, conforme preferir.

§ 2.º Se o valor dado for egual, haverá licitação entre o antigo dono e o auctor das obras, sementeiras ou plantações, pela fórma estabelecida no artigo 2301.º

§ 3.º Se o valor dado for menor, as obras, sementeiras ou plantações pertencerão ao dono do terreno, com a obrigação de indemnisar o auctor d'ellas do valor que tiverem ao tempo da evicção.

Art. 2307.º Se forem feitas de má fé algumas obras, sementeiras ou plantações em terreno alheio, poderá o dono d'este exigir que essas plantações, sementeiras e obras sejam desfeitas, e o terreno restituido ao seu primitivo estado á custa do auctor d'ellas. Porém, se o dono do terreno preferir ficar com as obras, sementeiras, ou plantações, poderá fazel-o, pagando ao auctor d'ellas o valor que tiverem n'esse tempo, ou o dos materiaes e trabalho empregado n'ellas, como mais quizer.

N'esta materia a regra fundamental e base de todas as disposições é que o accessorio segue o principal.

O codigo, na prescripção das regras sobre a accessão immobiliaria, distingue, segundo é proprio ou alheio, o terreno em que o individuo construiu, semeou ou plantou.

O dono dos materiaes com que um terceiro construiu edificio em solo alheio, ou os materiaes fossem empregados em boa ou em má fé, em caso nenhum têm direito á sua restituição.

Outra era a doutrina do projecto primitivo, que não só terminava o artigo 2479.º, correspondente ao artigo 2304.º do codigo, com as palavras—se houver procedido de boa fé—; mas que em seguida continha um artigo, redigido nos seguintes termos: «Mas, se houver procedido de má fé, pagará o seu valor e um terço mais, além das perdas e damnos, e das penas criminaes em que haja incorrido.»

A commissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão, supprimiu estas disposições.

A determinação do artigo 2304.º parece fundada na falta de interesse, que teria o proprietario dos materiaes, em fazer demolir o edificio, causando inutilmente um prejuizo consideravel ao proprietario do solo, quando podia indemnisar-se pela faculdade de exigir perdas e damnos.

Talvez em compensação o codigo obrigue o proprietario do solo a pagar, além do valor dos materiaes, as perdas e damnos sem distincção de boa ou de má fé no emprego d'elles.

No caso de sementeiras e plantações tambem o proprietario, ou o facto tivesse logar em boa ou em má fé, as ha de pagar com perdas e damnos, salvo com relação ás plantas, se o dono preferir a entrega d'ellas, que se suppõe sufficiente indemnisação, além do direito ás acções criminaes, artigo 2305.º

N'algumas legislações só é concedido ao proprietario das plantas o direito de as pedir, em quanto ellas não lançarem raizes no solo, porque depois d'isso julgam-se accessorio do predio. O nosso codigo porém não reconhece similhante distincção. Dá sempre, e em qualquer estado, ao dono das plantas o direito de as reclamar, houvesse ou não boa fé da parte do dono do solo quanto á plantação.

No caso, porém, de as obras, sementeiras ou plantações terem sido feitas em terreno alheio, procede-se em conformidade do disposto no artigo 2306.º e seus §§. Observa-se a regra de que o accessorio segue o principal.

No caso de má fé póde o dono do terreno exigir que as obras, sementeiras ou plantações sejam desfeitas, e a propriedade restituida ao seu estado anterior, porque as construcções e plantações podem inhibir o proprietario de gosar da cousa, como elle entendia: poderia elle querer um jardim onde o terceiro fez as construcções, ou uma casa onde o terceiro plantou, etc.

Se, porém, preferir ficar com as obras ou plantações, é porque tacitamente as auctorisa, e ellas lhe são uteis; e deve então pagar o seu custo ou valor, em virtude da regra de que a ninguem deve ser permittido locupletar-se com a jactura alheia.

O certo é que os artigos 499.º e 2307.º encerram principios oppostos. Aquelle dá direito ao possuidor de boa ou de má fé de levantar as bemfeitorias, ou de haver o pagamento d'ellas; este deixa o auctor das bemfeitorias entregue ao capricho do dono do terreno, que póde obrigal-o a desfazer tudo á sua custa, restituindo as cousas ao seu primitivo estado.

No projecto primitivo os artigos 2485.º e 2486.º, correspondentes aos artigos 2306.º e 2307.º do codigo, eram redigidos nos seguintes termos: «Artigo 2485.º Se forem feitas de má fé algumas obras, construcções, sementeiras, ou plantações em terreno alheio, poderá o dono exigir a demolição das dictas obras, e que as cousas sejam restituidas ao seu primitivo estado, á custa do auctor das dictas obras, sementeiras, ou plantações. Artigo 2486.º Havendo má fé, tanto da parte do que haja feito as obras, sementeiras, ou plantações em terreno alheio, como da parte do dono do mesmo terreno, regular-se-hão os direitos e obrigações de ambos elles, como se ambos houvessem procedido de boa fé.»

O sr. dr. Paes combateu o preceito, que permittia ao dono do terreno alheio, onde se faziam obras e construcções de má fé, a faculdade de exigir a demolição, ponderando que não convinha a demolição de obras acabadas, visto ser de interesse publico a edificação; e propunha que se determinasse que, sendo feito de boa fé em terra alheia o edificio, se désse ao dono da terra, pagando este a bemfeitoria; e que, sendo feito de má fé, o dono do terreno podia ficar com o edificio, pagando o augmento de valor que elle désse á terra, ou

consentir que o edificante o tirasse á sua custa, pagando as perdas e damnos que elle causasse.

Respondia, porém, o sr. Seabra que pela disposição do artigo 592.º do projecto (508.º do codigo) o possuidor de má fé perdia as bemfeitorias uteis e voluptuarias que houvesse feito na cousa, e que n'este artigo se accrescentava que o dono da cousa poderia exigir a demolição das obras, e que as cousas fossem reduzidas ao seu estado primitivo á custa das obras; que esta disposição era de toda a justiça, porque a obra podia ser util, mas tambem podia ser inutil e até prejudicial: que, sendo util, o dono da cousa não requeria a demolição, e que no segundo caso seria grande injustiça obrigal-o a fazer a despesa da demolição.

O projecto primitivo terminava esta sub-secção com o artigo seguinte: «Entender-se-ha haver boa fé nos casos de accessão, sempre que os factos de confusão, especificação, construcções, sementeiras, ou plantações forem practicados á vista, ou com sciencia e paciencia dos interessados.»

A commissão revisora porém eliminou este artigo, deixando ao arbitrio do julgador o apreciar a boa ou má fé segundo as circumstancias occorrentes.

Art. 2308.º O dono do predio, onde existirem arvores alheias, poderá adquiril-as, pagando o seu valor, excepto se, por effeito de contracto, se tiver obrigado a conserval-as no dominio alheio por certo numero de annos, que nunca poderão exceder a trinta.

(Vid. nota ao artigo 1650.º)

CAPITULO III

DOS DIREITOS DE ACCESSÃO OU TRANSITO

Art. 2309.º Os proprietarios de terrenos encravados, isto é, que não tenham communicação alguma com as vias publicas, podem exigir caminho ou passagem pelos predios visinhos, indemnisando o prejuizo que com esta passagem venham a causar.

Art. 2310.º A passagem será concedida pelo lado por onde haja de ser menos prejudicial aos donos dos predios sujeitos.

(Vid. artigos 2342.º e 2343.º) A servidão de transito funda-se no interesse geral, que não permitte propriedades fóra do dominio individual, e condemnadas á esterilidade por falta de accesso. É conforme ao principio que obriga os particulares a cederem as suas propriedades, ou o direito sobre ellas, por motivo de utilidade publica; mas para que o motivo exista é preciso que haja necessidade absoluta, de modo que o predio não tenha outra sahida.

A legislação anterior sobre o assumpto era o alvará de 9 de julho de 1773 no § 12.º, deixado em vigor pelo decreto de 17 de julho de 1778, que dizia assim: «Item: Mando que todos os caminhos e atravessadouros particulares, feitos pelas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a fontes ou pontes, com manifesta utilidade publica, ou a fazendas, que não possam ter outra alguma serventia, sejam vadados e abolidos por officio dos juizes; posto que de taes servidões se alleguem as posses immemoriaes, que são repugnantes á liberdade natural, quando não consta que para ellas precederam titulos legitimos, que, conforme o direito, excluam a acção negatoria.»

Parece pois que o codigo só permitte a servidão de transito em favor de predios particulares, que não tenham communicação alguma com a via publica, e não em favor das fontes e das pontes, como aliás permittia o supra-citado alvará. O direito de transito para uso das aguas fica regulado no artigo 440.º, mas o direito de transito para as pontes parece ter sido completamente abolido.

A lei de 9 de julho de 1773 teve por fim restituir á agricultura os terrenos que se achavam pejados e impedidos com caminhos e atravessadouros, que os faziam infructiferos. Por esta lei extinguiam-se os caminhos ou *atravessadouros*, que os particulares faziam por propriedades tambem particulares, ainda que taes caminhos existissem desde tempos immemoriaes.

Mas não tinha logar a acção de abolição de atravessadouro, quando o caminho se dirigia a fonte ou ponte com manifesta utilidade publica, ou a fazendas, que não podiam ter outra serventia, ou quando o caminho provinha de titulo legitimo, que, conforme o direito, excluisse a acção negatoria. N'estes casos a utilidade publica, a absoluta necessidade de passagem, e o direito adquirido por convenção titulada, prevaleciam sobre a consideração geral do beneficio da agricultura, e faziam decidir a favor da conservação dos atravessadouros.

As disposições do codigo sobre esta materia, que se acham consignadas nos artigos 440.º, 2309.º e 2313.º, apenas se referem á constituição e cessação da servidão de passagem para predios encravados, ou para uso de aguas correntes, sem se expressarem directamente ácerca dos atravessadouros.

Pela antiga lei não podia extinguir-se o atravessadouro por fazendas particulares, que se dirigisse a ponte ou fonte, se d'ahi resultava utilidade publica, embora os respectivos moradores podessem dirigir-se a esses logares por outros caminhos; e subsistia qualquer atravessadouro, de que resultasse utilidade publica, ou fosse titulado, ou não.

Pelo codigo são extinctas estas servidões, por mais legitimo que seja o titulo, logo que o dono do predio encravado tenha communicação egualmente commoda através de terreno seu, ou que pela construcção de alguma fonte publica os visinhos d'uma corrente possam haver sem grande difficuldade a agua de que carecem; e não é reconhecida a servidão de passagem sem ser constituida por titulo.

Segundo a lei antiga o fundamento da acção de abolição de atravessadouro era o mesmo de todas as acções negatorias—*a liberdade natural dos predios*—; segundo o codigo é a *desnecessidade da servidão*, a qual cessa logo que não é necessaria, por mais legitima que fosse a sua constituição.

O sr. dr. Paes, nas suas observações ao artigo 2491.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2311.º do codigo, sustentava a conveniencia de se manter a doutrina do referido alvará de 9 de julho de 1773, determinando-se que não poderia n'este ponto haver prescripção, declarando que esta medida, por ser de grande conve-

niencia para a propriedade e para a agricultura, devia ficar consignada no codigo.

Respondia, porém, o sr. Seabra que as servidões devidas aos predios entre si podiam ser mudadas, segundo o disposto no artigo 2453.º do projecto (2278.º do codigo); e que as servidões constituidas por utilidade commum, como as de fontes e pontes, ficariam para os regulamentos e leis especiaes, segundo o disposto no artigo 2506.º (collocado sob o capitulo V, que se inscreve—das restricções por motivo de utilidade publica—que era o segundo capitulo do titulo, que se inscreve—do direito de transformação—que foi todo eliminado), e que portanto ficava em vigor a lei actual sobre atravessadouros.

Hoje só subsistem os atravessadouros constituidos nos termos do § unico do artigo 2273.º

O acquirente não alcança direito de propriedade sobre o terreno da passagem, artigo 2342.º, mas uma servidão, que cessa logo que cesse o motivo que a determinou, artigo 2343.º

Desde que cessa a necessidade da servidão, esta acabou, como se o acquirente do direito de passagem obteve um predio, pelo qual tem passagem egualmente commoda para o caminho publico sem necessidade de atravessar o predio alheio, visto que só a necessidade faz modificar o sagrado direito de propriedade, que deve voltar a toda a sua plenitude, logo que essa necessidade acabe.

Deve, porém, notar-se que a extincção da servidão não está subordinada inteiramente ás regras da sua constituição.

A servidão só póde constituir-se quando os predios não tiverem *communicação alguma* com os caminhos publicos. Se tiverem algum meio de communicação, ainda d'um trajecto longo e incommodo, não podem ser obrigados os donos dos predios visinhos a prestar-lhes a passagem.

Porém, uma vez constituida a servidão, não se extingue pelo simples facto de o acquirente ter servidão por algum predio que obtenha de novo, mas sim e unicamente quando a servidão por esse predio não for mais incommoda do que a que elle tinha pelo predio visinho; ou quando não houver necessidade da servidão, como se o predio dominante desappareceu, etc. E a servidão póde estabelecer-se, conforme as necessidades do predio encravado, ou só para o transito de pé, ou tambem para o transito de animaes, de carros, etc.

Mas o dono do predio serviente tem direito a uma indemnisação, que deve ser *prévia*, nos termos do artigo 145.º, § 21, da carta constitucional; e a verificação de utilidade publica, no caso de desaccordo entre os interessados, é da competencia das justiças ordinarias, como questão de direitos privados.

O valor da indemnisação deve ser calculado pelos prejuizos causados ao predio onerado, e não pela utilidade que da servidão tira o predio dominante, porque só assim ficará devidamente compensado o dono do predio serviente.

Cessando a servidão, restitue o dono do predio serviente o *capital* da indemnisação recebida sem interesses, que o dono do predio dominante teve no uso da servidão.

Se se tracta d'uma servidão, não para um predio encravado, mas para uma fonte, egualmente póde estabelecer-se; mas n'esse caso a requerimento da camara municipal, com prévia verificação por parte do governo, sendo só da competencia do poder judicial o arbitramento das indemnisações, e seguindo-se em tudo as leis que regulam a expropriação por utilidade publica, propriamente dicta.

A passagem deve ser concedida pelo lado, por onde for menos prejudicial ao dono do predio serviente, artigo 2340.º; porque, sendo a servidão uma restricção do direito de propriedade, deve limitar-se quanto possivel.

Assim, se a passagem por um ponto mais curto, atravessar um pateo, um jardim, ou um pomar, póde ser obrigado o requerente a fazer passagem por outro ponto, ainda que mais comprido ou incommodo, porque a servidão é-lhe concedida, não para satisfazer ás suas commodidades, mas sim para satisfazer ás suas necessidades, e com o menor prejuizo e incommodo do dono do predio serviente.

No entretanto esta regra não deve observar-se tão absolutamente que se marque um ponto de passagem, que obrigue o requerente a frequentes trabalhos e despesas consideraveis.

Deve conciliar-se quanto possivel o interesse do requerente com o do dono do predio serviente, havendo porém mais attenção com o d'este.

O codigo, só com relação á obrigação de prestar passagem, declara expressamente que cessará, assim que cesse a sua necessidade, bem como, até certo ponto, na hypothese do artigo 440.º; e em vista do artigo 2279.º parece não ser a cessação da necessidade meio *geral* de acabarem as servidões.

Porém, se este preceito não está expresso no codigo, é dictado pelos principios geraes, que regem a materia, e não só em virtude d'estes principios, mas por analogia do disposto no artigo 2343.º o julgamos applicavel a toda a especie de servidões.

Para a cessação da servidão, constituida pelo uso das aguas, não exige o codigo tanto rigor como para a extincção da servidão de passagem.

Para se extinguir a servidão de passagem é absolutamente indispensavel que o dono da servidão alcance passagem egualmente commoda por terreno seu, de modo que a distancia, a natureza do caminho, etc., seja a mesma, artigo 2343.º

Para se extinguir a servidão, constituida pelo uso das aguas, basta que o dono d'ella, pela construcção de alguma fonte publica, possa haver *sem grande difficuldade e incommodo* a agua de que carecer, artigo 440.º

Portanto, logo que o proprietario da servidão possa haver agua sem grande difficuldade e incommodo, ainda que lhe custe mais trabalho do que aquella por onde tinha a servidão, a servidão cessou.

Tambem nos parece que, se o proprietario da servidão podér alcançar a agua, sem ser pela construcção d'uma fonte publica, que é a hypothese restricta do artigo, mas por outro qualquer modo, como pela construcção d'uma fonte particular no seu predio, a servidão deve egualmente cessar.

Em harmonia com estes principios é tambem menos rigoroso o codigo na concessão da servidão para o aproveitamento das aguas para uso domestico, do que na concessão da servidão de transito para cultura de terrenos, como bem se mostra das disposições comparadas dos artigos 440.º e 2309.º

O codigo não permitte hoje a adjudicação de predios encravados ou contiguos, e a adjudicação dos primeiros podia dizer-se quasi em desuso, visto que o decreto de 17 de julho de 1778 o restringiu ás fazendas que estivessem já encravadas ao tempo da promulgação da lei de 9 de julho de 1773.

No decurso de perto de cem annos taes alterações se têm operado nas extremas dos predios, por virtude de partilhas, e d'outros modos

de transmissão, que raríssimo será o predio que conserve o encravamento de tão longa data, e ainda mais difficil, se não impossivel, na falta de titulo, o provar o facto do encravamento n'aquella epocha.

O codigo estabeleceu n'este ponto doutrina muito diversa: Não denomina *encravados* os predios, rodeados d'outros em toda a sua circumferencia, como decidia a provisão do Desembargo do Paço de 12 de dezembro de 1777.

Pelo codigo tem logar a servidão de accesso ou o predio esteja encravado no meio de predios de diversos donos, ou no predio d'um só, e ou esteja cercado em toda a circumferencia, ou não.

A caracteristica dos predios encravados é não terem communicação alguma com as vias publicas, para o que basta que estejam cercados de predios visinhos por um lado só, por onde corre a via publica.

Portanto, a legislação que garantia a adjudicação de predios urbanos e contiguos acabou. Pelo contrario hoje garante a lei a servidão pelos predios dos visinhos para estabelecer communicação com as vias publicas.

Pelos principios consignados e reconhecidos no codigo ficam evidentemente abolidos os atravessadouros, que não se dirigem a pontes, fontes, ou predios, que não possam ter outra serventia, como está mandado no alvará de 9 de julho de 1773.

Nas suas observações sobre o projecto de codigo civil lembrava o distincto lente de direito, o sr. dr. Paes da Silva, que esta doutrina fosse consignada em seguida ao artigo 2491.º, correspondente ao artigo 2311.º do codigo; ao que o sr. Seabra respondeu: «As servidões constituidas por utilidade commum, como as de fontes e pontes, ficam para os regulamentos e leis especiaes, e portanto fica sem vigor a lei actual sobre atravessadouros.»

O artigo 2506.º foi eliminado, como o capitulo, a que pertencia; e a lei sobre atravessadouros não está em vigor, porque foi revogada toda a legislação anterior, tanto geral, como especial, que recahisse nas materias comprehendidas no presente codigo.

Mantém-se, porém, o principio da abolição dos atravessadouros por força do disposto no codigo, que não permitte servidões de transito senão nas condições prescriptas n'este capitulo, as quaes excluem toda a idéa de atravessadouro.

Sobre o processo a seguir para obter a servidão de transito continha o artigo 2490.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2310.º do codigo, um § unico redigido nos seguintes termos: «Todas as questões, que se suscitarem a este respeito, serão resolvidas por arbitros, se não poderem compor-se amigavelmente.»

Este preceito foi ainda conservado nos dois primeiros projectos da commissão revisora, mas a final eliminado no projecto definitivo, que foi apresentado, como proposta de lei, ás côrtes.

Ha de seguir-se por isso a este respeito o processo da lei velha, que é tambem a acção summaria.

Para a extincção da serventia nos casos dos artigos 440.º e 2313.º ha de egualmente seguir-se o processo da lei antiga, que é o *officio do juiz*, como declara a lei de 9 de julho de 1773, no citado § 12.

Começa-se, independentemente de conciliação, Nov. Ref. Jud. artigo 210.º, n.º 25, por um requerimento, em que se pede a citação dos interessados para se louvarem em louvados, a fim de se proceder a vistoria sobre os factos constantes do mesmo requerimento.

No acto mesmo da vistoria se admitte aos réos a defesa que apresentarem, e, propostos aos louvados os quesitos sobre os factos, que possam ser sujeitos a *inspecção ocular*, e escriptos os depoimentos das testemunhas a respeito d'estes ou de quaesquer outros, segue-se logo a sentença.

Ainda que no artigo 2313.º não se faz menção das camaras municipaes, é permittido, attenta a generalidade da sua disposição, intentar tambem contra as camaras municipaes a acção de abolição de atravessadouro publico, e é competente para conhecer d'ella o poder judicial, visto o preceito do artigo 294.º da Nov. Ref. Jud., que comprehende a disposição do § 2.º do alvará de 14 de outubro de 1773. Em conformidade d'esta doutrina julgou a Relação do Porto em accordão de 30 de outubro de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 43.

Art. 2311.º Se o predio encravado tiver sido transmittido por algum dos donos dos predios confinantes, por onde possa abrir-se a passagem, sobre o predio ou predios de quem fez a transmissão recahirá de preferencia a obrigação da servidão.

§ unico. Se a encravação do predio provier de partilhas, por não se haver satisfeito á disposição do artigo 2143.º, a servidão recahirá no predio ou predios, de que o encravado era parte.

(Vid. nota ao artigo 2143.º)

Art. 2312.º Ao acquirente do direito de passagem não pertence a propriedade do terreno, mas tão sómente uma servidão, que será regulada nos termos dos artigos 2267.º a 2285.º

(Vide nota ao artigo 2267.º)

Art. 2313.º A obrigação de prestar passagem póde cessar, a requerimento do proprietario do predio serviente, cessando a necessidade da servidão, ou, se o dono do predio dominante, por qualquer modo, tiver possibilidade de communicação egualmente commoda com a via publica por terreno seu, com tanto que o desonerado restitua a indemnisação recebida.

(Vid. notas aos artigos 440.º e 2309.º)

Art. 2314.º Se for indispensavel, para reparar algum edificio, levantar andaimes, collocar alguns objectos sobre predio alheio, ou fazer passar por elle os materiaes para a obra, será o dono do dicto predio obrigado a consentil-o, com tanto que seja indemnisado de qualquer prejuizo, que d'ahi lhe provenha.

No artigo 2309.º occupou-se o codigo de uma servidão com caracter permanente, a qual regulou n'aquelle artigo e nos quatro seguintes; e agora tracta no artigo 2314.º de uma servidão com caracter temporario.

Os mesmos principios que determinam a servidão de transito para os predios encravados, a determinam para a hypothese d'este artigo.

O interesse publico não permitte que o edificio com necessidade de reparos deixe de os ter por falta de servidão no predio visinho, desde que o dono d'este seja indemnisado de todo o prejuizo causado pela servidão.

E se esta servidão for necessaria, não para reparar algum edificio, mas para uma construcção inteiramente nova?

Ainda que o codigo não menciona este caso de servidão, e posto que em materia de restricção do direito de propriedade a interpretação não possa ser extensiva, cremos que em virtude dos principios geraes, que regem o assumpto, tambem a provisão do artigo deve ser applicada ao facto de construcções novas.

Verdade seja que auctorisadas opiniões sustentam que, não devendo o sacrificio do direito de propriedade estender-se além dos termos prescriptos na lei, não póde applicar-se a construcções novas o principio estabelecido para os reparos das velhas construcções.

Sendo, porém, determinada a servidão n'este artigo estabelecida pelo interesse de desinvolver a edificação, custa a admittir que o dono de um terreno, onde esteve situado um predio que veio todo ao chão em consequencia de um tremor de terra, possa aproveitar-se da servidão para o reedificar, e que não possa valer-se da mesma servidão se quizer edificar de novo em terreno, que nunca teve construcções.

Em todo o caso a redacção viciosa do artigo dá logar a esta e a outras duvidas.

A má redacção do artigo, se elle fosse entendido em termos absolutos, daria até logar á completa inutilisação do preceito n'elle contido, visto exigir, como condição para a constituição da servidão, que ella seja *indispensavel*, para reparar algum edificio, quando hoje, aproveitando-se as grandes machinas, e todos os outros meios que a sciencia e a arte têm descoberto, poderia dispensar-se sempre esta servidão.

A provisão do artigo porém deve entender-se no sentido de que a servidão não deixa de ser indispensavel pelo facto de poder ser substituida pelo emprego de meios mechanicos extraordinarios.

TITULO VI

DO DIREITO DE TRANSFORMAÇÃO

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2315.º O direito de transformação abrange a faculdade de modificar ou alterar, por qualquer maneira, em todo ou em parte, e, até, de destruir a substancia de cousa propria.

§ unico. Este direito pertence ao dono da cousa, quer esta seja mobiliaria, quer immobiliaria.

Art. 2316.º O direito de transformação só póde ser limitado por vontade do dono da cousa, ou por disposição da lei.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

CAPITULO II

DAS RESTRICÇÕES IMPOSTAS Á PROPRIEDADE EM DEFESA DA PROPRIEDADE ALHEIA

SECÇÃO I

DA PLANTAÇÃO DAS ARVORES E ARBUSTOS

Art. 2317.º Será licita a plantação de arvores ou arbustos a qualquer distancia da linha divisoria, que separar do predio visinho aquelle em que a plantação for feita; mas o dono do predio visinho poderá arrancar e cortar as raizes, que se introduzirem no seu terreno, e os ramos que sobre elle propenderem, com tanto que não ultrapasse, arrancando e cortando essas raizes ou ramos, a linha perpendicular divisoria, e se o dono da arvore, sendo rogado, o não tiver feito dentro de tres dias.

(Vid. artigo 2353.º) O projecto primitivo, no capitulo correspondente ao capitulo anterior, continha um artigo (2497.º) correspondente ao artigo 2316.º do codigo, que foi ainda conservado com a mesma

redacção nos dois primeiros projectos da commissão revisora, em que declarava que os direitos consignados no referido capitulo só podiam ser limitados por vontade do proprietario, ou por disposição de lei, por motivos de utilidade publica, ou de reciproco interesse dos particulares.

Este artigo era, para assim dizer, a epigraphe de dois capitulos que se seguiam, um dos quaes, que era o capitulo 2.º, comprehendia os artigos 2498.º a 2506.º, e se inscrevia—*das restricções por motivo de utilidade publica*—; e o outro, correspondente ao capitulo 3.º, que estamos analysando, se inscrevia—*das restricções por utilidade reciproca dos proprietarios dos predios visinhos*—, sendo tambem conservada a mesma inscripção nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

A commissão, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão decidiu que aquelle capitulo 2.º, que comprehendia os artigos 2498.º a 2506.º, fosse supprimido, e que se declarasse em um artigo que as restricções por utilidade publica seriam reguladas pela legislação administrativa, como tudo se mostra da nota á epigraphe d'aquelle capitulo no projecto de 1863.

Effectivamente esse artigo appareceu no projecto de 1864 com o numero 2349.º, constituindo o capitulo 2.º, e determinava que o direito de propriedade podia ser limitado por motivos de utilidade publica, mediante a previa indemnisação do proprietario, quando este houvesse de ser expropriado, e que os casos em que estas restricções deviam ter logar e o modo de effectuar as expropriações seriam regulados por legislação especial.

Mas no projecto definitivo da commissão revisora deixou o referido artigo de constituir o capitulo 2.º d'este titulo 6.º, e passou a constituir o § unico do artigo 2362.º, correspondente ao § unico do artigo 2360.º do codigo.

Sobre o objecto do artigo 2317.º não havia lei patria expressa; tinhamos apenas a lei *fin. Dig. fin. reg.*, que marcava nove pés de intersticio para as oliveiras, e cinco pés para as outras arvores; que uns dos nossos praxistas suppunham em uso entre nós, e outros não.

Parece que apezar de haver arvores maiores do que as oliveiras e as figueiras, e que projectam maior sombra, como são os carvalhos, os pinheiros e outras arvores de tronco mais grosso ou de mais alto porte, reputavam-se aquellas as mais nocivas, visto que estendem as raizes a grande distancia, e absorvendo os succos da terra a esterilisam.

É certo, porém, que a legislação romana estava em uso entre nós para obviar ao prejuizo causado pelas arvores do visinho em certos casos especiaes, em que esse prejuizo se tornasse mais gravoso. Assim todos concordavam em que: 1.º o dono do predio o podia desaffrontar, cortando pela linha da estrema os ramos da arvore alheia, que propendessem sobre o mesmo predio, conforme a lei 1.ª *pr. Dig. de servit. urban.*, para o que se tirava tambem argumento da Ord. liv. 1.º; 2.º o dono da casa, sobre cujo telhado houvesse tombado a arvore alheia, podia obrigar o dono d'esta a cortal-a, conforme a lei 1.ª *Dig. de arbor. caed.*; 3.º do mesmo modo se mandava cortar pelo pé a arvore, que tirava o vento á eira, na forma da lei 14.ª, § 1.º, *Dig. de servit. et aeq.*, o que estendiam tambem ao caso de tirar o sol á eira.

Era pois corrente na practica a jurisprudencia restrictiva da liberdade de plantar arvores junto ás estremas.

O codigo civil francez, artigo 671.º, tambem não permitte a plantação de arvores de alto tronco junto ás estremas, sem que se deixe o intersticio marcado pelos regulamentos ou pelas usanças da localidade; e na falta de taes regulamentos e usanças marca dois metros de intersticio para as arvores de grosso tronco e alto porte, e meio metro para as outras arvores e sebes vivas.

Em conformidade com esta jurisprudencia determinava o projecto primitivo nos primeiros artigos d'este capitulo, 2507.º a 2509.º e 2511.º, que foram eliminados, que as arvores de alto porte só podiam ser plantadas a distancia de dois metros da estrema, excepto havendo muro ou parede de permeio, que a arvore não podesse exceder em altura, e que ainda assim, se a arvore plantada viesse a assombrar e prejudicar o predio visinho, em razão da situação respectiva dos predios, seria o dono da arvore obrigado a rebaixal-a, ou a responder por perdas e damnos; que os arbustos de pequeno porte só podiam ser plantados a um metro de distancia do predio visinho; e que aquellas distancias se contariam, nos casos de muro, marco, valla, ou outro signal commum, desde o meio do dicto muro, marco, valla, ou signal.

Segundo Rogron, em a nota ao referido artigo 671.º do codigo civil francez, arvores de alto tronco são as que se elevam a uma altura consideravel, como carvalhos, cereijeiras, oliveiras, etc.

A commissão revisora, porém, acabou com a doutrina, sanccionada no direito romano, e n'algumas legislações estrangeiras, e ainda conservada no projecto primitivo, que prohibia a plantação de arvores na estrema da propriedade, sem deixar um certo intersticio, cuja medida variava segundo as arvores eram de grande ou de pequeno porte, e em cuja classificação havia tambem difficuldades.

Com o preceito, consignado no artigo, respeita-se o principio de que cada um é senhor do seu predio até á estrema, e não só da superficie, mas do ar perpendicular, e das profundidades da terra; e concilia-se o direito do proprietario com o interesse do visinho, que póde cortar os ramos que propendem sobre o seu predio, ou as raizes que n'elle vão introduzir-se, com offensa do seu direito, que abrange tambem as profundidades, e o ar perpendicular á terra.

Assim o artigo estabelece a proposição de que será licita a plantação de arvores ou de arbustos a qualquer distancia da linha divisoria; e, como correctivo ao exercicio d'este direito, assegura ao dono do predio visinho um direito não menos importante, qual o de arrancar e de cortar as raizes que se introduzirem no seu terreno, e os ramos que sobre elle propenderem; e finalmente estabelece as condições que regulam o exercicio do direito de cortar os ramos e as raizes, que estiverem nos casos marcados no mesmo artigo.

Nenhum inconveniente pois resulta de se não marcar intersticio para as arvores plantadas na estrema do predio, porque o direito concedido ao dono da propriedade visinha de cortar as raizes que n'ella se introduzem obriga á plantação a certa distancia para evitar que as arvores sequem com o córte das raizes, feito pelo dono do predio visinho.

O certo é que a commissão revisora com as faculdades que concedeu ao dono do predio visinho, cerceou mais o direito do dono das arvores, permittindo-lhe a plantação até á estrema da linha, do que se o obrigasse a deixar um intersticio com as condições determinadas no projecto primitivo.

Tambem as sebes mortas ou estacadas podem collocar-se na estrema dos predios, com tanto que não pendam para alem da linha divisoria, como dispõe o artigo 2353.º do codigo, reproduzindo fiel-

mente o artigo 2559.º do projecto primitivo, cuja redacção coincidia perfeitamente com o principio que obrigava á plantação das arvores e dos arbustos a certa distancia do predio visinho, mas que hoje é preciso ligar com o artigo 2317.º para não dar logar ao argumento *a contrario sensu*, de que as sebes vivas não podem ser plantadas na estrema do predio, doutrina que não é exacta depois das modificações feitas pela commissão revisora á doutrina do projecto primitivo.

A primeira vista parece desnecessaria a disposição do artigo 2317.º, especialmente sob o capitulo que se inscreve—*das restricções impostas á propriedade em defesa da propriedade alheia*—; por quanto, comprehendendo-se inquestionavelmente no direito de propriedade a liberdade de cada um plantar no seu terreno as arvores e os arbustos que quizer, artigos 2169.º e 2170.º, o que cumpria estabelecer e consignar n'esta materia era, não o direito de plantar arvores ou arbustos, mas sim as restricções ao exercicio d'esse direito.

Verdadeiramente aqui não ha servidão, mas a fixação e o reconhecimento do verdadeiro direito de propriedade. Parece todavia que o legislador teve em vista definir de modo preciso e claro uma doutrina extremamente duvidosa no direito velho.

As palavras—*será licito*—indicam perfeitamente que o codigo quiz revogar a lei velha, ou pelo menos estabelecer um preceito, se não inteiramente novo, pelo menos perfeitamente claro.

Estas mesmas palavras, porém, fazem nascer a duvida se o legislador quiz garantir a conservação de arvores plantadas, antes da promulgação do codigo, a qualquer distancia da linha divisoria, mesmo dentro do intersticio marcado pela lei velha, ou se o seu preceito abrange tanto o passado como o futuro.

O projecto primitivo, no artigo 2510.º, que foi tambem eliminado, determinava que as suas disposições, já acima transcriptas, não eram applicaveis ás arvores e arbustos, que, ao tempo da promulgação do codigo, tivessem já adquirido a sua grandeza natural, ou já existissem no mesmo logar ao tempo da separação dos predios por alienação ou partilha.

A commissão revisora, eliminando inteiramente o artigo sem exprimir o seu pensamento de substituição, deixou no escuro este importantissimo ponto.

Cremos, porém, que, embora pela redacção o artigo pareça abranger só o futuro, fica garantida a conservação de arvores e arbustos plantados antes da promulgação do codigo a qualquer distancia da linha divisoria, e que inutilmente se intentaria hoje uma acção para obrigar alguem a cortar ou arrancar arbustos com o fundamento de terem sido plantados junctó á estrema antes do codigo civil.

Não havendo lei patria que marcasse positivamente a distancia da linha divisoria em que deviam ser plantadas as arvores e os arbustos, e regendo n'esta parte sómente as leis romanas, que pela lei de 18 de agosto de 1769 e pelos estatutos da Universidade de Coimbra, eram apenas subsidiarias nos casos omissos, e quando, conformes á boa razão, é natural que a jurisprudencia tomasse o rumo que o codigo lhe marca, e rejeitasse a doutrina da legislação romana que o mesmo codigo veio desauctorisar.

Demais, seria irrisorio que fosse obrigado a arrancar ou a cortar uma arvore aquelle que pela nova lei tinha o direito de plantar logo outra no mesmo sitio.

No entre tanto as causas pendentes ao tempo da promulgação do codigo para cortar ou para arrancar arvores plantadas juncto ás estremas, devem ser decididas pela legislação anterior, porque a instauração da acção creou direitos que a lei posterior não podia ferir sem offender o principio da não-retroactividade.

Por maioria de razão as sentenças alcançadas contra o dono da arvore, e que estivessem por executar antes da promulgação do codigo, podem ser hoje executadas, e não podem ser rescindidas com fundamento na lei posterior, porque o poder legislativo não póde annullar os effeitos das sentenças transitadas em julgado sem o declarar expressamente.

Mas tambem, sem embargo d'essas sentenças, o proprietario condemnado a arrancar ou a cortar a arvore póde logo plantar outra no mesmo sitio porque a lei lh'o permitte, e a sentença, que versava sobre outras arvores, lh'o não prohibe.

A disposição do artigo é egualmente applicavel ás arvores e aos arbustos, plantados antes do codigo civil, cujas raizes se introduzam, ou cujos ramos propendam sobre o predio alheio. O dono do predio prejudicado por essas raizes e por esses ramos póde usar da faculdade que lhe concede o artigo 2317.º para evitar a lesão.

As palavras—*a qualquer distancia da linha divisoria*—, que não são synonymas de—*nenhuma distancia*—, e que exprimem a idéa de alguma distancia, embora esta possa ser minima, parecem tambem dar a entender que sempre é necessario deixar algum intersticio, pequeno ou grande, entre o pé ou tronco da arvore ou arbusto e a linha divisoria, e que não é licito plantar arvores ou arbustos contiguos á linha divisoria, isto é, encostados á linha da estrema.

Effectivamente plantada a arvore encostada á estrema sem intersticio algum, logo que o tronco engrosse com a sua medrança natural, dentro em breve ultrapassará a linha da estrema pelo lado do predio vizinho.

Sem embargo, porém, da má redacção grammatical, devidamente reflectida a doutrina do artigo, conclue-se que elle permitte a plantação *até á linha divisoria*, e é essa a significação natural das palavras—*a qualquer distancia da linha divisoria.*

Demais, o artigo 2318.º previne o caso de a arvore ou o arbusto ser *confinante* ou *contiguo* ao predio vizinho.

Finalmente o proprio artigo 2317.º, permittindo ao dono do predio vizinho cortar e arrancar os ramos e as raizes, que penderem ou se introduzirem no seu predio, com tanto que não *ultrapasse* a linha divisoria, obrigando-o assim a consentir a arvore, depois de pegada e crescida em todas as suas partes, implicitamente obriga a consentir que ella seja plantada juncto á estrema.

O codigo, regulando apenas os casos de as raizes se introduzirem no terreno vizinho, e de os ramos propenderem sobre elle, não acautelou a hypothese de o tronco da arvore ultrapassar a linha divisoria, ou porque, plantada a arvore juncto á estrema, pelo decurso do tempo e medrança natural, passou a linha divisoria, ou porque a arvore, em vez de crescer direita, encostou em certa altura, e ficou occupando o ar perpendicular ao predio vizinho.

Entendemos, não só por analogia do disposto no artigo 2317.º, mas pelo principio geral de que o dono do terreno tem direito não só á superficie, mas á profundidade e ao ar perpendicular, que elle tem a faculdade de cortar a arvore em todas as partes que se introduzirem no seu terreno, ou propenderem sobre elle.

Nem se diga que, quando a arvore pelo engrossar do tronco chegou a ultrapassar a linha divisoria, póde o dono do predio vizinho cortal-a por direito de propriedade, nos termos do artigo 2320.º, por

ella se ter tornado commum dos dois donos, visto que em regra a arvore é d'aquelle em cujo terreno tem o seu tronco, e porque a presumpção estabelecida no artigo 2319.º não poderia subsistir diante de prova em contrario.

Ainda não se introduzindo as raizes, nem propendendo os ramos sobre o terreno vizinho, póde ser este assombrado pelas arvores alheias, quando são de alto porte, como pinheiros, castanheiros, etc.

Por isso o projecto primitivo, alem de obrigar o dono da arvore a deixar um intersticio na plantação, estabelecia, como já acima vimos, o seguinte preceito no artigo 2508.º: «Mas, se assim mesmo a arvore plantada vier a assombrar e prejudicar o predio vizinho, em razão da situação respectiva dos predios, será o dono da arvore obrigado a rebaixal-a, ou a responder por perdas e damnos.»

A commissão revisora com razão eliminou tambem este artigo.

Em virtude da regra—*qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*—não evita o codigo os prejuizos que causam as arvores ao predio vizinho, em quanto os ramos e as raizes d'ellas estão no mesmo predio onde se acha o tronco. Assim o individuo que tinha um moinho de vento na estrema do seu predio póde vel-o inutilisado, sem recurso, pela plantação de arvores na estrema do predio vizinho que embarguem as correntes do ar.

Por isso tambem o dono das arvores não responde pelos prejuizos que ellas possam causar aos vizinhos, ou com a sombra que projectam, tirando o sol ás eiras, ou com as folhas que vão cahir sobre o telhado do vizinho, ou por outro qualquer modo; porque, segundo o artigo 13.º, quem em conformidade com a lei exerce o proprio direito não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio.

Póde pois qualquer plantar arvores ou arbustos até á linha divisoria, ainda que seja por emulação, porque a lei não faz excepção alguma a este respeito.

Podem as arvores introduzir as raizes pela parede ou por baixo d'ella, ou traval-a mesmo em todas as direcções, o que mui facilmente acontece com os ramos das figueiras. Podem tambem os ramos, especialmente quando agitados pelo vento, tocar nas janellas e nos telhados.

Devem ser indemnisados em todo o caso os prejudicados.

Tão absoluta e generica é a disposição do codigo, permittindo ao dono do predio vizinho cortar os ramos e arrancar as raizes que propenderem ou se introduzirem no seu terreno, que é para nós indubitavel que elle póde usar d'este direito exactamente na occasião em que o córte póde trazer comsigo a morte da arvore, e até quando os ramos estão carregados de fructo, ainda não creado, que o córte póde causar gravissimos prejuizos ao dono da arvore.

O artigo refere-se unicamente á *plantação* de arvores ou de arbustos; mas a sua doutrina deve ser, por analogia, egualmente applicavel á *sementeira*, e a qualquer outro meio de reproducção de arvores ou de arbustos, por ser caso analogo ao previsto no artigo 2317.º, e dever por consequencia ser decidido pela mesma disposição, em conformidade do artigo 16.º

Os pinheiros, que plantados na estrema são de grande prejuizo para o predio vizinho, ordinariamente criam-se em virtude de sementeira ou de plantação

Tambem já se discutiu na imprensa juridica se o dono do predio, para cujo solo se estenderam as raizes, ou propenderam os ramos da arvore, ou o tronco, que deixou passar trinta annos, sem usar do seu direito, póde ainda posteriormente usar d'elle, ou se lhe obstará o lapso do tempo.

Quanto ás raizes, como se tal servidão existisse, pertenceria á classe das não apparentes, artigo 2270.º, é evidente que não póde adquirir-se por prescripção. Com relação ao tronco e ramos tambem o decurso dos trinta annos não induz prescripção. N'este caso não está o dono das arvores na posse da servidão. Ha tolerancia da parte do dono do predio vizinho; mas os actos de mera tolerancia não constituem posse, artigo 474.º, § 1.º

O dono do predio vizinho com o seu silencio não legitimou a posse do outro, e não auctorisou por isso a prescripção.

A faculdade garantida no artigo 2317.º concede-se indistinctamente ao dono da propriedade vizinha, ou o predio seja rustico ou urbano.

Porém já na imprensa juridica se sustentou que esta faculdade pertencia unicamente ao dono de predios rusticos, com fundamento nas palavras do artigo: «poderá arrancar e cortar as raizes que se introduzirem no seu *terreno*, e os ramos que *sobre elle* propenderem», visto que o pronome *elle* se refere a *terreno*.

No entretanto esta ambiguidade de redacção não legitima similhante interpretação. O artigo refere-se a *predio*, que na sua generalidade abrange tanto os predios rusticos como os urbanos; e maior razão ha para se applicar antes a estes do que áquelles, porque os damnos são maiores quando respeitam a casas. As palavras—*seu terreno*—não excluem as casas, porque as raizes podem tambem introduzir-se no terreno onde as casas estão edificadas.

O dono do predio vizinho é apenas obrigado a ter com o proprietario da arvore a contemplação de o *rogar*, para elle cortar os ramos e as raizes pelo modo que julgar mais util, e a fim de o outro lhe não inutilisar a madeira, visto que só póde cortar os ramos até á linha perpendicular divisoria.

A *rogativa* não carece de ser judicial, nem ao poder judicial o dono do predio vizinho tem necessidade de recorrer, para verificar o facto de os ramos propenderem sobre o seu terreno ou de se introduzirem n'elle as raizes, e de se ter negado o dono da arvore a fazer o córte, ou de ter deixado passar tres dias sem o fazer.

Quando, porém, não for *judicial* a rogativa, deve ser-lhe feita pelo proprio dono do predio, ou seu procurador, perante duas testemunhas como é de razão, e como em caso analogo determina o artigo 711.º, § 2.º

Como se tracta de um acto de mera administração, não é preciso citar a mulher do dono da arvore, quando este é casado. Se o dominio da arvore estiver dividido entre usufructuario e proprietario, basta fazer por aquella razão o aviso só ao usufructuario.

Se o possuidor da arvore estiver ausente póde ser rogado editalmente. Se o dono da arvore para arrancar as raizes do predio vizinho causou a este algum prejuizo, não é responsavel pelo damno, se não se excedeu nas excavações.

Se for o dono do terreno prejudicado com as raizes ou com os ramos quem os arranque ou os corte, nem por isso fica com direito a estes objectos, assim como não fica obrigado a leval-os a casa do dono da arvore, nem a depositál-os.

Quantas vezes se repetir a introducção das raizes ou dos ramos no predio vizinho, tantas vezes é preciso fazer a rogativa ao dono da arvore para os cortar.

As palavras—*sendo rogado*—dão logar á duvida, se ao dono do

predio é meramente facultativo o avisar o dono da arvore para fazer o córte. Cremos, porem, que este aviso é obrigatorio; e que, se o dono do predio o não fizer, fica sujeito á acção de perdas e damnos.

O codigo permitte este desforço ao dono do predio vizinho; mas responsabilisa-o por perdas e damnos, alem das acções criminaes a que o facto der logar, se elle deixar de rogar o dono do terreno para fazer o córte, ou ultrapassar n'esse córte a linha divisoria.

Art. 2318.º O proprietario da arvore ou do arbusto confinante, ou contiguo a predio de outrem, tem o direito de exigir que o dono do dicto predio lhe permitta fazer a apanha dos fructos, que se não podérem recolher do seu lado; mas é responsavel por qualquer prejuizo, que com isso venha a causar.

Ainda que as arvores estejam sitas a distancia que nem os ramos propendam sobre o predio vizinho, nem as raizes n'elle se introduzam, póde lá cahir o fructo, especialmente se as arvores forem sacudidas, como acontece com as oliveiras e com os castanheiros. N'esse caso o dono das arvores vai apanhar os fructos em terreno alheio, ou por direito de servidão constituida sobre o predio vizinho para este effeito, ou pelo direito de propriedade que tem sobre o que é seu, podendo ir buscal-o a qualquer parte, como nos casos dos artigos 389.º e 2292.º O artigo 2318.º foi textualmente aproveitado do projecto primitivo.

Art. 2319.º Havendo contestação sobre a propriedade das arvores, ou arbustos collocados na estrema divisoria, presumir-se-hão communs, em quanto não se provar o contrario.

Art. 2320.º Se algum dos proprietarios da arvore ou do arbusto commum o quizer arrancar, não poderá o outro oppôr-se, mas terá o direito de haver metade do valor da arvore ou do arbusto, ou metade da lenha ou madeira, que ella ou elle produzir, conforme lhe convier.

§ 1.º Se, porém, a arvore, ou o arbusto, servir de marco divisorio, não poderá ser arrancado senão de commum accordo.

§ 2.º A arvore ou o arbusto arrancado não poderá ser substituido por outro, senão com mutuo consentimento.

§ 3.º Os fructos da arvore ou do arbusto commum, e as despesas da sua cultura, serão repartidos na conformidade do que fica disposto no artigo 2175.º e seguintes.

Antes do artigo correspondente ao artigo 2319.º continha o projecto primitivo outro artigo, em que determinava que todas as questões que se suscitassem sobre as plantações e prejuizos mencionados n'esta secção seriam resolvidas arbitralmente, sem appellação nem aggravo, perante o respectivo juiz eleito.

A commissão revisora conservou o artigo nos dois primeiros projectos, collocando-o no final da secção, e eliminando-lhe as palavras «sem appellação, nem aggravo, perante o respectivo juiz eleito.»

A final nos trabalhos da ultima revisão eliminou-o de todo, de certo, por ter melhor cabimento no codigo de processo.

O codigo estabelece no artigo 2319.º uma regra, que está escripta em todos os codigos, que é sustentada por todos os doutores, e que é conforme aos principios da natureza.

Em caso de duvida a propriedade das arvores determina-se pela situação do tronco. Se o tronco está todo no terreno de um proprietario, pertence-lhe a arvore.

Se, porem, o tronco está situado na linha divisoria, ainda que não occupe o terreno dos dois predios, presume-se commum, e a divisão dos fructos e da lenha ou da madeira não é determinada pelo lado para o qual pendem, mas é feita ao meio.

Vid: nota ao artigo 2178.º

SECÇÃO II

DAS EXCAVAÇÕES

Art. 2321.º O proprietario póde abrir no seu predio minas, ou poços, e fazer as excavações que bem lhe parecerem, salvas as seguintes disposições.

Art. 2322.º Nenhum proprietario póde estender as suas minas e excavações além da linha perpendicular divisoria, sem consentimento do seu vizinho.

Art. 2323.º No seu proprio predio ninguem poderá abrir poços, fossos, vallas, ou canos de despejo juncto de muro, quer commum, quer alheio, sem guardar a distancia, ou fazer as obras necessarias para que d'esse facto não resulte prejuizo ao dicto muro.

§ 1.º Observar-se-hão, n'esta parte, os regulamentos municipaes, ou administrativos.

§ 2.º Logo, porém, que o vizinho venha a padecer damno com as obras mencionadas, será indemnisado pelo auctor d'ellas, salvo se tiver havido accordo expresso em contrario.

SECÇÃO III

DAS CONSTRUCÇÕES E EDIFICAÇÕES

Art. 2324.º É licito a qualquer proprietario fazer em chão seu quaesquer construcções, ou levantar quaesquer edificios, conformando-se com os regulamentos municipaes, ou administrativos, e salvas as seguintes disposições.

(Vid. nota ao artigo 450.º, e artigo 2338.º) Segundo julgou a Relação de Lisboa em accordão de 5 de agosto de 1871, publicado na

Revista de legislação e de jurisprudencia, de Coimbra, n.º 186.º, é inepto o libello em que se articularem em globo os prejuizos soffridos com as obras, a que se referem estes artigos, sem se designar a importancia dos prejuizos que soffreu cada um dos objectos damnificados com as obras feitas. Não é porém muito juridica a jurisprudencia estabelecida n'este accordão.

Rectificando o que escrevemos em a nota ao artigo 450.º, accrescentaremos que a disposição do artigo 2323.º nos parece applicavel tanto ás obras feitas juncto de edificio, como ás obras feitas juncto de muro, e por maioria de razão. Talvez que o codigo comprehenda na palavra—*muro*—mesmo a parede do edificio.

Para abrir minas nos terrenos publicos é precisa *licença* da auctoridade administrativa ou municipal. As estradas são do *dominio publico*, artigo 380.º, n.º 1.º do codigo, artigo 1.º da lei de 31 de dezembro de 1864, e artigo 14.º da lei de 6 de junho do mesmo anno.

Se a construcção feita juncto ao muro do vizinho for nociva á saude publica, como um cano de despejo, uma cloaca, etc., é então applicavel o disposto no artigo 2338.º

N'esse caso o dono da obra é obrigado a guardar as distancias, e a tomar as prevenções estabelecidas nos regulamentos administrativos locaes. Na falta d'esses regulamentos, por arbitrio de peritos se marcará a distancia a que deve fazer-se a construcção, e as cautelas que será necessario tomar para não incommodar o vizinho.

Se o dono deixar fazer a obra sem as condições que tem direito a exigir nos termos do artigo 2339.º, póde exigil-as, por analogia, ainda depois de feita a obra, sem embargo de a provisão do artigo só fazer referencia directa ás construcções que se quizerem fazer.

Mesmo as construcções feitas antes do codigo civil contra as prescripções do artigo 2338.º podem ser hoje impugnadas pelos que com ellas se julgarem prejudicados.

Art. 2325.º O proprietario, que levantar muro, parede ou outra edificação, juncto á estrema do seu terreno, não poderá n'elle abrir janellas, nem fazer eirado, ou varanda, que deite directamente sobre o predio vizinho, sem deixar intervallo de um metro e cinco decimetros entre os dois predios.

§ 1.º A disposição d'este artigo não abrange as frestas, seteiras, ou oculos para luz.

§ 2.º As aberturas para luz, mencionadas no § antecedente, não prescrevem contra o vizinho, e poderá este, a todo o tempo que queira, levantar a sua casa, ou contra-muro, ainda que véde a luz das dictas aberturas.

Art. 2326.º As disposições do artigo precedente não são applicaveis a predios entre si separados por qualquer estrada, caminho, rua, travessa, becco, ou outra passagem publica.

A restricção imposta ao proprietario de não abrir janellas sobre o predio vizinho, sem deixar certo interstício, tem por fim evitar que se arremessem objectos sobre os predios vizinhos, e mesmo que estes sejam devassados com as vistas das janellas.

Em accordão de 21 de janeiro de 1870, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 4417, julgou a Relação de Lisboa que em vista da Ord. liv. 1.º, tit. 68, § 24, não era permittido abrir janellas sobre os quintalões dos vizinhos, mas unicamente seteiras de pouca altura, e nove palmos acima do sobrado, com o destino de communicar luz á casa sem devassar os predios alheios.

Ainda que a distancia do interstício é pequena, muitos proprietarios, para não verem desaproveitado o terreno do interstício, hão de renunciar á idéa de abrir janellas só para poderem aproximar o edificio ou muro da linha divisoria.

Não determina o codigo, como a legislação franceza, a forma e as condições d'estas seteiras, que não deixou de certo para o codigo de processo, nem para os respectivos regulamentos, porque esse objecto é da competencia da legislação civil.

O projecto primitivo não só obrigava, no caso do artigo 2322.º, correspondente ao artigo 2323.º do codigo, a deixar o intervallo de dezenove decimetros entre os dois predios, mas tinha redigido o § 1.º nos seguintes termos: «A disposição d'este artigo não comprehende as frestas, seteiras, ou oculos para luz, com tanto que estes sejam gradados de ferro, e guarnecidos com rede de arame, cujos interstícios não excedam a um decimetro quadrado, e collocados o mais alto que seja possivel acima do solo ou solho.»

Esta providencia, ou outra no sentido de evitar questões, era muito conveniente. A commissão revisora, porém, em vez de determinar as condições d'estes oculos, preferiu deixar isso ao arbitrio do julgador; o qual deverá ter em vista, segundo o já disposto na legislação antiga, que esses oculos sejam abertos a tal altura do pavimento dos respectivos andares, que sirvam effectivamente só para luz, e não para vista, e com as outras condições n'este sentido.

Como se mostra da acta da sessão da commissão revisora de 8 de abril de 1863, queria o sr. José Julio que ao proprietario se désse ampla liberdade de edificar, isto é, que elle, levantando muro, parede, ou qualquer edificio, podesse abrir janellas, frestas, oculos, seteiras, e fazer eirados, ou varandas, com tanto que não ultrapassasse a linha divisoria entre o seu predio e o do vizinho, as quaes obras não prescreviam contra este, que a todo o tempo poderia edificar no seu predio como melhor lhe conviesse.

Não se adoptou porem nem o alvitre do projecto primitivo, nem o indicado pelo sr. José Julio, mas o interstício de $1\,^{5}/_{10}$ metros, em conformidade do artigo 587.º do codigo civil italiano.

Se porem o proprietario fizer qualquer das dictas obras sem deixar o interstício legal, o meio para o lesado desaffrontar o seu direito é o de embargo, e nunciação de obra nova, antes d'ella concluida, tanto por direito antigo como por direito moderno, Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 4.º, Nov. Ref. Jud. artigo 290.º, e codigo civil, artigo 2355.º

Depois de feita a obra ha os meios possessorios, sendo empregados dentro de um anno, Ord. liv. 1.º, tit. 68, § 23.º, e codigo civil, artigos 489.º e 490.º Esta servidão, como continua apparente, póde ser adquirida por prescripção. Adquirido esse direito pela prescripção, se o dono do predio serviente quizer edificar nos termos d'este artigo ha de guardar as condições n'elle marcadas, visto que em virtude da lei de 1 de julho de 1867, artigo 5.º, está revogado o preceito da Ord. liv. 1.º, tit. 68, § 33.

Os *dois predios* a que se refere o artigo são o predio do vizinho e a edificação onde se projecta a janella, e não *o terreno* onde está a edificação, porque entre esse e o do vizinho não ha nem póde haver solução de continuidade.

Só é obrigatorio o intersticio no caso da janella deitar *directamente* para o predio vizinho, isto é, de ser aberta em edificação parallela á linha que separa os dois predios, e isto sem distincção, ou os predios sejam situados em povoação ou no campo. Se porem a janella não deita senão *obliquamente* sobre o predio vizinho, sendo aberta em edificação que, longe de ser parallela, forme angulo com a linha divisoria, não ha necessidade do intersticio, porque não ha tanto risco de devassamento para o predio vizinho.

Tambem não é obrigado a deixar este intersticio o dono da edificação, quando os predios estão separados por alguma passagem publica, porque n'este caso existe já o devassamento que se pretendia evitar, cessando assim a necessidade da restricção.

Em accordão de 17 de julho de 1875, publicado na *Gazeta da Associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 8, julgou a Relação de Lisboa que é licito ao possuidor do predio separado de uma egreja por uma travessa abrir janellas sobre esta.

O projecto primitivo fechava a secção com o seguinte artigo: «O proprietario não poderá egualmente privar, com as obras que fizer, a eira do vizinho, do sol ou vento norte, se a dicta eira assim tiver existido por mais de vinte annos, ou proceder de concessão do vizinho.»

A commissão revisora, porém, eliminou este artigo, e logo nos trabalhos da primeira revisão, porque quiz diminuir quanto possivel as restricções ao exercicio do direito de propriedade; mas não prejudicou de certo com a eliminação quaesquer restricções legalmente estabelecidas em contracto, ou julgadas em sentença.

Tambem o dono da construcção é obrigado a deixar qualquer seteira ou oculo para dar luz ao predio do vizinho.

Art. 2327.º O proprietario deve edificar de modo que a beira do seu telhado não gotteje sobre o predio vizinho, deixando, pelo menos, um intervallo de cinco decimetros entre os dictos predio e beira, se de outro modo o não podér evitar.

(Vid. nota ao artigo 446.º)

SECÇÃO IV

DOS MUROS E PAREDES-MEIAS

Art. 2328.º Todo o proprietario, confinante com parede ou muro alheio, póde adquirir n'elle communhão, no todo ou em parte, pagando metade do seu valor e metade do valor do solo sobre que estiver construido o dicto muro ou parede.

§ unico. Mas, se n'este muro ou parede existirem varandas, janellas, ou outras aberturas, a que o proprietario tenha direito, só poderá verificar-se a dicta communhão, se o mesmo proprietario consentir.

(Vid. artigo 2333.º) Esta servidão tem sobre tudo por fim evitar

construcções inuteis, perdas de terrenos, e irregularidades nas edificações, irregularidades inevitaveis, se o proprietario, que quizesse edificar, não tivesse o direito de aproveitar-se do muro ou parede vizinha, e tivesse de fazer outra parede parallela sem necessidade.

Por isso o projecto primitivo, artigo 2526.º, correspondente ao artigo 2328.º do codigo, só admittia esta servidão quando fosse necessaria para a edificação de casas. A commissão revisora, porém, que ainda conservou aquella restricção nos seus projectos de 1863 e de 1864, acabou a final com ella, dando ao proprietario confinante o direito de communidade no muro divisorio, ou tivesse ou não em vista edificar sobre elle.

Portanto o constructor de muro ou parede na estrema do seu predio, que quizer precaver-se contra a communhão adquirida por parte do proprietario confinante, deve deixar alguma porção de terreno fóra do muro.

Tambem não póde verificar-se esta servidão ou expropriação contra vontade do proprietario do muro, se este alli tem aberta janella ou varanda. No projecto primitivo ainda n'este caso se admittia o direito de servidão, direito conservado até ao ultimo projecto da commissão que o governo apresentou ás côrtes, sem outra differença alem do preço da indemnisação, que pelo projecto primitivo devia ser o valor do prejuizo e mais um terço, e que pela doutrina da commissão revisora devia ser apenas o valor do prejuizo.

A commissão de legislação da camara dos deputados modificou a doutrina do § unico no sentido de facultar ao dono do muro o meio de evitar a communidade, fazendo-lhe janella ou qualquer abertura.

Se porém a casa confrontar com duas casas vizinhas, para uma das quaes tenha janellas e para a outra não tenha abertura alguma, não tem o dono d'aquella, mas tem o dono d'esta o direito de exigir communhão na parte que com elle confrontar.

O dono do predio confinante paga metade do *valor* do muro, e não metade do *custo*, porque esta expropriação é verdadeira compra de um valor.

Todas as questões levantadas a este respeito serão resolvidas pelo poder judicial em acção summaria ou ordinaria, Nov. Ref. Jud. artigos 248.º e 253.º

Se porem se tractar da communhão do consorte no *alçamento* da parede, pagará este ametade da *despesa* que o alçamento houver custado, artigo 2333.º, e não metade do *valor*, para evitar que o consorte se recuse a contribuir para o alçamento da parede, na esperança de obter depois communhão por um preço inferior á despesa. E a doutrina do artigo 2333.º deve ser applicavel tanto ao caso de simples alçamento da parede, como ao caso da reconstrucção d'esta para ser alçada depois, e egualmente ao caso de se ter aprofundado mais.

Tambem o projecto primitivo, no artigo 2534.º, correspondente ao artigo 2333.º do codigo, em vez das palavras — e no caso de augmento de espessura, metade do valor do espaço accrescentado — tinha — a metade do valor do espaço accrescentado —, que a commissão revisora nos dois primeiros projectos substituira pelas seguintes — e, no caso de alargamento, metade do valor do espaço accrescentado. —

Esta redacção parece-nos das tres a melhor. Cremos todavia que o codigo, aliás com differente redacção, contém o mesmo pensamento.

Art. 2329.º O proprietario, a quem pertencer algum muro ou parede em commum, não poderá abrir n'elle frestas nem janellas, ou fazer outra abertura ou alteração sem consentimento do seu consorte.

Art. 2330.º Qualquer dos consortes póde, todavia, edificar sobre o muro commum, e introduzir n'elle as traves e barrotes que quizer, com tanto que não ultrapasse o meio da parede.

Art. 2331.º O consorte póde tambem altear a parede commum, com tanto que o faça á sua custa e não edifique ou introduza traves ou barrotes senão até o meio da parede, ainda que tenha, quando alteou, mandado fazer a outra metade.

Art. 2332.º Se o muro ou parede commum não estiver em estado de aguentar o alçamento, deverá o que pretender levantal-o reconstruil-o por inteiro á sua custa, e se quizer augmentar-lhe a espessura, será o espaço para isso necessario tomado do seu lado.

O consorte não póde edificar, nem introduzir barrotes na parede commum, sem licença do outro consorte, senão até ao meio, artigo 2330.º, porque a outra metade pertence ao outro proprietario confinante. Por isso não póde abrir janellas nem fazer quaesquer outras aberturas na parede commum um dos consortes sem consentimento do outro, artigo 2329.º; porque sendo cada um senhor da parede só até ao meio, não póde fazer obras só por si n'ella toda.

Mesmo no alteamento da parede, feito só por um dos consortes, não póde este aproveitar-se do alteamento senão até ao meio, para respeitar o direito que tem o consorte do predio confinante de adquirir communidade na parede, artigo 2333.º

Se o muro é fraco, ou não tem a solidez necessaria para aguentar o alteamento, e for reformado sobre bases mais largas ou mais seguras, o consorte que fez o alteamento nenhuma indemnisação deve ao outro, nem este áquelle, se não quizer ter communhão na parte augmentada; mas, se a quizer ter, ha de pagar não só ametade do custo do alteamento e do valor do espaço accrescido, no caso de augmento de espessura, como diz o artigo 2333.º do codigo, mas tambem ametade do custo da parte *reconstruida*, apezar do silencio do codigo sobre este ponto.

Se porventura o consorte altear o muro sem reconstruir a parte existente, deve pagar ao outro, que não quer adquirir communhão sobre a parte alteada, os prejuizos que lhe occasionar o alteamento, apezar do silencio do codigo a este respeito.

A parede, que existia, se carecia de reconstrucção de quinze em quinze annos, por exemplo, depois de sobrecarregada com o alçamento deverá precisar de reconstrucção de dez em dez annos; e por isso o consorte, que a alteou, deverá pagar ao comproprietario o valor dos prejuizos, que judicialmente lhe forem arbitrados, causados á parede em consequencia do alçamento.

Já na practica se têm levantado duvidas sobre a intelligencia das disposições combinadas dos artigos 2329.º e 2331.º, porque um dispõe que o proprietario não póde fazer no muro ou na parede *abertura* ou *alteração* sem consentimento do consorte, e o outro determina que o proprietario póde *altear* a parede commum sem consentimento do consorte, e o *alçamento* da parede é uma verdadeira *alteração*.

Combinam-se, porém, estas disposições, attendendo a que o artigo 2329.º consigna uma regra geral, e a que os artigos 2330.º e 2331.º estabelecem duas excepções, como bem se mostra do emprego da palavra—*todavia*—no artigo 2330.º, e da palavra—*tambem*—do artigo 2331.º Portanto não póde o proprietario fazer no muro ou parede commum alteração alguma sem consentimento do seu consorte, artigo 2329.º, salvo as prescriptas nos artigos 2330.º e 2331.º

Tambem já na imprensa juridica se discutiu se qualquer dos consortes póde fazer cano na parede commum, por fórma que não prejudique os outros consortes. Nós somos pela affirmativa. Na auctorisação geral de *construir* comprehende-se sem duvida o direito de fazer cano para receber as aguas, como expressamente permittia a Ord. liv. 1.º, tit. 68, §§ 38 e 39. No caso, porém, de a construcção causar damno póde o prejudicado usar do meio de embargo regulado no artigo 290.º e seus §§ da Nov. Ref. Jud.

Art. 2333.º O consorte, que não tiver contribuido para o alçamento, póde adquirir communhão na parte augmentada, pagando metade do que houver custado, e, no caso de augmento de espessura, metade do valor do espaço accrescentado.

(Vid. nota ao artigo 2328.º)

Art. 2334.º A reparação e reconstrucção do muro commum será feita por conta dos consortes, em proporção da sua respectiva parte.

§ 1.º Se o muro for simplesmente de vedação, a despesa será dividida pelos consortes por partes eguaes.

§ 2.º Se, além da vedação, algum dos consortes tirar do muro outro proveito, que não seja commum ao outro ou aos outros consortes, a despesa será rateada entre elles em proporção do proveito que cada um tirar.

§ 3.º Se a ruina do muro provier exclusivamente de facto de que um dos consortes tire proveito, só esse consorte será obrigado a reconstruil-o ou reparal-o.

Art. 2335.º Se os diversos andares de um edificio pertencerem a diversos proprietarios, e o modo de reparação e concerto se não achar regulado nos seus respectivos titulos, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º As paredes communs e os tectos serão reparados por todos, em proporção do valor que pertence a cada um.

§ 2.º O proprietario de cada andar pagará a despesa do concerto do seu pavimento e forro.

§ 3.º O proprietario do primeiro andar pagará a despesa do concerto da escada, de que se serve, o proprietario do segundo a da parte da escada de que egualmente se serve, a partir do patamar do primeiro andar, e assim por diante.

(Vid. nota ao artigo 2178.º)

Art. 2336.º Quando entrar em duvida se o muro ou parede divisoria entre dois edificios é ou não commum, presumir-se-ha commum em toda a sua altura, sendo eguaes os dictos edificios, e até a altura do inferior, se não forem eguaes, salva qualquer prova em contrario.

Art. 2337.º Os muros entre predios rusticos, ou entre páteos e quintaes de predios urbanos, presumem-se egualmente communs, não havendo prova ou signal em contrario.

§ 1.º São signaes que excluem a presumpção de communhão:

1.º A existencia de espigão em ladeira só para um lado;

2.º O sustentar o muro em toda a sua largura qualquer edificio ou construcção, que esteja só de um dos lados;

3.º Haver na parede, só de um lado, cachorros de pedra salientes encravados em toda a largura da parede;

4.º Não se achar o predio contiguo egualmente murado pelos outros lados.

§ 2.º No caso do n.º 1.º presumir-se-ha que o muro pertence áquelle para cujo lado se inclina a ladeira, e nos outros casos áquelle de cujo lado se acharem as construcções ou os signaes mencionados.

(Vid. artigos 2348.º, 2349.º e 2351.º) O codigo especifica n'estes artigos alguns factos, que constituem presumpção ou de ser commum o muro, o vallado, a sebe viva e a regueira entre predios de diversos, ou de ser de um só dos donos dos predios confinantes; presumpções estas, que evitam um sem numero de processos, mas que em todo o caso cedem diante de prova em contrario.

Em caso de duvida presumem-se communs os muros divisorios entre dois edificios, nos termos do artigo 2336.º, entre predios rusticos, ou entre pateos e quintaes de predios urbanos, artigo 2337.º, e o vallado, ou regueira ou sebe viva entre predios de diversos donos que estiverem nas condições prescriptas nos artigos 2347.º, 2348.º, 2349.º e 2351.º

O muro entre dois edificios, um dos quaes é mais alto, pertence por inteiro ao dono d'este desde a altura do edificio inferior, artigo 2336.º, porque se presume que o dono do edificio mais baixo não podia ter interesse em elevar o muro acima da altura do seu predio.

Faz presumir a propriedade do muro entre predios rusticos só a favor do dono de um dos predios, artigo 2337.º: 1.º a existencia de summidade ou cimeira em plano inclinado sómente de um lado, como se exprimia o projecto primitivo, a fim de receber as aguas da chuva só d'aquelle lado, porque não se presume que esse proprietario se prestasse a recebel-as só, se o muro fosse commum; 2.º no caso de o muro sustentar em toda a sua largura construcção que esteja só de um lado, ou ajudar a fechar só um dos predios, porque não se presume que o outro proprietario contribuisse para a construcção de um muro, de que não tirava interesse; 3.º haver na parede só de um lado cachorros ou pedras de apoio salientes, encravados em toda a largura da parede, não só porque estes pontos de apoio indicam que só o proprietario d'aquelle lado quer continuar sobre elles a construcção, mas porque, se o muro fosse commum, esses cachorros não poderiam ir além do meio da parede, artigo 2330.º

No projecto primitivo era o § unico do artigo 2537.º, correspondente ao § 2.º do artigo 2337.º do codigo, redigido nos seguintes termos: «N'estes casos presumir-se-ha que o muro pertence áquelle, de cujo lado se acharem construcções, ou signaes mencionados»; e assim se conservou nos dois primeiros projectos da commissão revisora. Porém a final no projecto definitivo deu-se-lhe a redacção que tem hoje no codigo.

Presume-se só do proprietario, de cujo lado se acha lançada a terra da excavação ou da limpeza durante um anno, artigo 2349.º, a valla ou regueira sem mota externa, porque o facto de se lançar a terra durante um anno só d'aquelle lado faz presumir que ella pertence ao proprietario d'esse predio.

O projecto primitivo no artigo 2554.º, correspondente ao artigo 2349.º do codigo, em vez das palavras—*durante mais de um anno*—dizia—*de longo tempo*—; redacção esta que foi conservada ainda nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Mas a final a commissão redigiu o projecto em termos precisos e definidos, evitando as ambiguidades a que dava logar a phrase—*de longo tempo*—.

São, porém, communs os vallados ou regueiras entre predios de diversos donos, que não tiverem as condições marcadas no artigo 2347.º, salvo havendo prova ou signal em contrario, artigo 2348.º

A sebe viva, que separa dois predios, presume-se commum, se ambos precisarem d'ella egualmente, ou só d'aquelle que mais precisar d'ella, se um tirar maior proveito do que o outro, salvo costume da terra em contrario, artigo 2351.º O codigo não providenceia para o caso de sebe morta, mas deverá reger-se pelo disposto n'este artigo relativamente á sebe viva, por analogia, e em harmonia com os principios geraes de direito que regem o assumpto.

O projecto primitivo fechava esta secção com o seguinte artigo: «Se o edificio, ou parede, ameaçar ruina, poderá o proprietario ser obrigado, a requerimento de qualquer interessado, ou por auctoridade publica, a demolil-o, ou a fazer os reparos necessarios, a fim de que não haja prejuizo de terceiro.»

Este artigo foi ainda conservado nos dois primeiros projectos da commissão revisora, e a final eliminado em sessão de 24 de abril de 1865, por conter materia de policia.

SECÇÃO V

DA CONSTRUCÇÃO DE DEPOSITOS DE MATERIAS NOCIVAS, E DE OUTRAS CONSTRUCÇÕES SIMILHANTES

Art. 2338.º Todo aquelle, que quizer abrir cloaca, fossos ou canos de despejo juncto de qualquer muro, quer este seja commum, quer inteiramente alheio, ou construir, encostado ao dicto muro, chaminé, lar, fogão ou forno, ou depositos de sal, ou de quaesquer substancias corrosivas, ou que produzam infiltrações nocivas, será obrigado a guardar as distancias, e a fazer as prevenções determinadas nos regulamentos administrativos locaes; mas, se taes regulamentos não houver, poderão os interessados requerer que se tomem todas as cautelas que, por declaração de peritos, forem julgadas necessarias.

(Vid. notas aos artigos 450.º e 2321.º)

TITULO VII

DO DIREITO DE EXCLUSÃO E DE DEFESA

Art. 2339.º O proprietario tem direito de gosar da sua cousa com exclusão de qualquer outra pessoa, e de empregar para esse fim todos os meios que as leis não vedam; este direito abrange os de demarcação, de tapagem e de defesa.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

CAPITULO I

DO DIREITO DE DEMARCAÇÃO

Art. 2340.º O proprietario, e bem assim qualquer usufructuario ou possuidor em proprio nome, tem o direito de obrigar os donos dos predios confinantes a concorrerem para a demarcação das respectivas estremas entre o seu predio e os d'elles.

Art. 2341.º A demarcação será feita na conformidade dos

titulos de cada um, e, na falta de titulos sufficientes para isso, pelo que resultar da posse em que estiverem os confinantes.

Art. 2342.º Se os titulos não determinarem os limites ou a área pertencente a cada proprietario, e a questão não podér resolver-se pela posse ou por outro meio de prova ante o juizo contencioso, será a demarcação feita distribuindo-se o terreno, objecto da contenda, por partes eguaes.

Art. 2343.º Se os titulos dos confinantes reunidos indicarem um espaço maior ou menor do que aquelle que a totalidade do terreno abrange, o accrescimo ou a falta distribuir-se-ha proporcionalmente á parte de cada um.

Art. 2344.º Se os marcos tiverem sido collocados por um titulo commum não contestado, e houver erro n'essa collocação, será o erro reformado, sem que possa oppôr-se prescripção.

O codigo estabelece o principio geral de que todo o possuidor em nome proprio póde obrigar os donos dos predios confinantes a demarcar as estremas, a fim de que cada um d'elles possua e disfructe unicamente o que é seu.

Os arrendatarios, e quaesquer outros que possuam em nome alheio, não podem requerer por si a demarcação: hão de valer-se do nome e legitimidade dos possuidores em nome proprio.

O projecto primitivo prescrevia n'este capitulo, artigos 2342.º a 2349.º, algumas providencias, tendentes a regular o exercicio do direito de demarcação, que mais particularmente pertenciam á lei do processo.

Determinava que a demarcação podia ser feita amigavelmente, ou perante o juiz eleito da freguezia, com citação de todos os interessados, por arbitros nomeados a aprazimento das partes; que em caso de demarcação amigavel, seria o convencionado reduzido a escriptura publica, sob pena de nullidade; que occorrendo contestações sobre a propriedade dos terrenos contiguos, ou sobre a direcção da linha divisoria, ou validade do titulo em que se fundava, deveria o juiz eleito declarar-se incompetente, e remetter os interessados ao juizo contencioso; que, se os demarcantes não achassem entre si o terreno que os seus titulos lhe conferiam, e confinassem com outros predios não demarcados, com os quaes podesse ter havido confusão, seria verificada a demarcação de todos até ao ponto, em que a dicta confusão não podesse ter logar; e que as custas da demarcação seriam por conta de todos os interessados.

Estas providencias, porém, foram eliminadas pela commissão revisora, umas logo nos trabalhos da primeira revisão, e outras na revisão definitiva.

As acções de demarcação hão de ser processadas perante os juizes de direito sómente. Já os antigos juizes ordinarios eram *incompetentes* para preparar as causas de demarcação, que os juizes de direito não só julgavam, *mas preparavam exclusivamente,* na conformidade dos artigos 181 n.º 3.º e 339.º da Nov. Ref. Jud.

Quando são conhecidos os limites de duas propriedades contiguas, póde qualquer dos donos de uma d'estas requerer a cravação de

marcos na linha divisoria; e para isso deve o interessado pedir que o proprietario do predio contiguo seja citado para vir a juizo na segunda audiencia posterior á citação louvar-se em louvados, que procedam á cravação de marcos, sob pena de serem nomeados á sua revelia.

A acção para este effeito é summaria, como se mostra do citado artigo 339.º da Nov. Ref. Jud., que é redigido nos seguintes termos: «Nos tombos e demarcações seguirão os juizes de direito a fórma do processo, que antigamente se usava, quando para ellas se concedia provisão pelo extincto tribunal do Desembargo do Paço. § unico. Havendo contestação entre as partes, se remetterão aos meios ordinarios.»

Para haver, porém, contestação é indispensavel que o réo ou impugne a legitimidade do auctor, negando-lhe a qualidade de proprietario do predio confinante, ou que as partes não estejam de accordo sobre os limites respectivos das propriedades, pretendendo uma ir além do ponto, que a outra reputa a linha divisoria.

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 14 de março de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 15, declarando-se na tenção vencedora que pela contestação não se entende qualquer allegação de direito, mas só a questão de facto, que, a não se provar logo por documentos authenticos, se torna sempre de alta indagação, e só póde ser decidida em regra geral por meio de acção ordinaria, sendo mister que as partes discordassem em quanto ao dominio dos confinantes nos predios contiguos, ou em quanto aos limites dos mesmos predios, isto é, em quanto á linha divisoria, sobre a qual os marcos deviam ser cravados; mas que, estando as partes concordes na questão de facto, não havia razão para obrigar á acção ordinaria n'um caso, em que a lei e a praxe constante do fôro admittiam a acção summaria.

Não basta pois qualquer contestação graciosa para serem remettidas as partes para as vias ordinarias.

Em accordão de 29 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 178 d'aquelle anno, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que na acção de demarcação não é legal remetter para as vias ordinarias os proprietarios dos predios confinantes, que contestaram, e dar por boa a demarcação dos predios dos proprietarios, que não contestaram, visto ser indivisivel o objecto do pleito.

Diz o accordão:

«Considerando, porém, que o direito de demarcação, a antiga acção *finium regundorum*, é por sua natureza indivisivel por ser commum a todos os proprietarios confinantes, cujos extremos se acham confundidos, como é de ver do artigo 2340.º e seguintes do codigo civil;

«Considerando que os meios de exercer em juizo este direito estão estabelecidos no artigo 339.º e § unico da Nov. Ref. Jud., que por ora é a lei vigente, onde expressamente se determina que, havendo contestação, se remetterão as partes para os meios ordinarios, sem exceptuar nenhum dos interessados a quem este direito é commum;

«Considerando que o citado codigo claramente reconhece isto mesmo, porque manda nos artigos 2342.º e 2343.º que, não se podendo resolver contenciosamente as duvidas sobre a demarcação, accresça a todos os confinantes proporcionalmente o terreno que de mais se achar, e que da mesma fórma soffram todos a falta que houver;

«Considerando que a remessa das partes para os meios ordinarios desde que houve a contestação, fl. 34, importa necessariamente a inhibição dos juizes separarem d'ella as excepções, que são parte integrante e accessoria da mesma contestação e devem seguir o principal», etc.

A allegação de que os limites das propriedades são bem conhecidos não é motivo para se elidir a acção summaria, antes mais uma razão para se cravarem os marcos, a fim de que os limites, que são conhecidos, não venham a confundir-se; como na referida tenção se declara.

N'esta acção summaria de demarcação de predios deve respeitar-se a posse dos donos dos predios confinantes, e não póde n'ella disputar-se a questão de propriedade, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 4 de outubro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 5.

Em accordão de 13 de junho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 184, julgou a Relação do Porto que os louvados designados a aprazimento das partes para investigarem os marcos divisorios de duas propriedades não podem ser substituidos por outros pelo juiz, sem embargo de elles terem sido chamados posteriormente a depôr em policia correccional contra alguma das partes a requerimento da outra, porque nem o direito antigo, nem o moderno admittiam esta circumstancia como razão sufficiente para a recusa; e que, mesmo quando esta circumstancia podesse ser admittida como superveniente, considerando-se os louvados, como juizes de facto, ainda assim não podia admittir-se a suspeição por falta de juramento, como exige o artigo 321.º da Nov. Ref. Jud., e principalmente porque em processo de execução não podem ser oppostas suspeições, como se vê da Ord. liv. 3.º, tit. 21, § 28.

Na falta de titulos ou de posse para regular a demarcação dos predios, distribue-se o terreno egualmente, ou proporcionalmente se os titulos indicarem terreno maior ou menor do que o existente, artigos 2342.º e 2343.º

Se houver erro na collocação dos marcos, reforma-se sem que n'este caso possa valer-se da prescripção o que está de posse de terreno, que não é seu, em consequencia da má collocação dos marcos, artigo 2344.º

Art. 2345.º O direito de exigir demarcação é imprescriptivel, salvo o direito de prescripção, pelo que respeita á propriedade.

(Vid. nota ao artigo 111,º)

CAPITULO II

DO DIREITO DE TAPAGEM

Art. 2346.º Todo o proprietario póde murar, vallar, rodear de sebes a sua propriedade, ou tapal-a de qualquer modo, conformando-se com as disposições d'esta secção.

Art. 2347.º O proprietario, que pretender abrir valla ao redor da sua propriedade, será obrigado a deixar mota externa, de largura egual á profundidade da valla; e se quizer fazer vallado deverá deixar externamente regueira ou alcorca, salvo, em ambos os casos, uso e costume da terra em contrario.

(Vid. nota ao artigo 366.º) A doutrina adoptada no artigo 2346.º é uma consequencia do direito de propriedade, que escusava de ser consignada no codigo, desde que acabaram de todo entre nós os vestigios do dominio feudal. Deve notar-se que este direito se entende sem prejuizo das servidões constituidas.

O codigo faz differença entre a abertura de *valla*, e a abertura de *vallado*. No primeiro caso manda deixar mota externa de largura egual á profundidade da valla; e no segundo manda deixar exteriormente regueira ou *alcorca*.

A redacção do projecto primitivo no artigo 2552.º, correspondente ao artigo 2347.º do codigo, e que ainda foi conservada nos dois primeiros projectos da commissão revisora, era a seguinte: «O proprietario, que pretender vallar a sua propriedade, é obrigado a deixar mota externa, tão larga, como for a profundidade da valla, se outro não for o costume da terra.»

O projecto primitivo pois no artigo 2552.º, correspondente a este, nem admittia a distincção entre valla e vallado, que ha de ser difficil de executar na práctica, nem trazia para o campo da jurisprudencia palavras, que não só não têm cabimento nos diccionarios de jurisprudencia, mas nem nos usos da lingua portugueza, como é a palavra—*alcorca*—, empregada n'este artigo, e no artigo 462.º

Vejamos primeiro a significação do palavra—*alcorca*.—

No Diccionario de Moraes, no Elucidario de Viterbo, e nos Vestigios da ling. arab. de Fr. João de Sousa, não vem a palavra—*alcorca*—; o que todos, porém, trazem é a palavra—*alcorcova*—, que Viterbo define e explica da maneira seguinte: «Alcorcava: Assim chamavam no seculo XIII ao fosso dos vallados, com que na Extremadura e Alemtejo tapavam os olivaes, vinhas, campos e outras quaesquer fazendas. Do antiquissimo verbo—*carcabear*—, abrir fossos, fazer excavações ou vallas, se disse—*alcorcova*.»—

Será *alcorca* o mesmo que *alcórcova*, ou *alcorcoova*? Cremos que sim, e que foi accrescentada para substituir a palavra—*regueira*—, em relação aquellas terras do reino, onde se usassem antes as taes chamadas *alcorcas* do que as regueiras, isto é, no Alemtejo e Extremadura.

Até pela redacção do artigo se vê que *regueira* e *alcorca* significam no fundo a mesma cousa.

Accresce ainda que nas memorias œconomicas da Academia Real das Sciencias, impressas em 1815, tomo 5.º, se emprega o termo, como usado entre os valladores, e consta-nos que é vulgar o seu uso na provincia do Alemtejo.

A pag. 85, 86 e 89 d'aquelle tomo se diz: «É geralmente conhecido o modo da nossa construcção dos vallados; o *vallador* faz ao longo da linha, por onde se quer o vallado, *uma especie de fosso* a que chamam *alcorca;* a terra é tirada d'este fosso, por meio de um balde ou de uma pá.»

É uma expressão *figurada*, resultante da applicação da terra, que se tira de um *fosso*, para a superficie proxima, sem espalhar ou transpor a mesma terra, formando assim *corcovas*, vallados ou monticulos.

Portanto as regueiras ou alcorcovas são especie de fossos para resguardo de vallados terreos, que é preciso conservar desentupidos da excavação primitiva, que se faz para a construcção dos mesmos vallados.

Parece-nos que esta regueira, que aliás póde ser muito profunda, não deve ficar na estrema do predio vizinho sem mota externa de largura egual á sua profundidade.

Supponhamos, porém, que o proprietario do predio confinante abre valla, ou vallado, contra as prescripções do artigo 2347.º, isto é, que abre vallado na estrema da sua propriedade, sem deixar regueira nem alcorca, prejudicando a alcorca do vallado vizinho, que fica mais sujeita a entulhar-se e a estreitar-se, ou que abre exactamente na estrema dos dois predios valla profunda, tornando impossivel a cultura de uma orla de terreno no predio vizinho, que facilmente desabará, que meios tem o proprietario lesado para tornar effectiva a reparação do damno?

Não é indispensavel recorrer em todos os casos á acção ordinaria. Se o vallado não estiver ainda concluido, póde vir o interessado com a acção de nunciação de obra nova; e, se o estiver, e não for decorrido um anno, póde intentar a acção possessoria.

A obrigação de cumprir os preceitos do artigo 2347.º é uma limitação do direito de propriedade, como a regulada no artigo 2325.º Não ha outra differença entre os dois artigos, senão que aquelle se refere a predios rusticos, e este a predios urbanos.

Ora, se para obrigar o proprietario a cumprir o disposto no artigo 2325.º se póde usar da acção possessoria, da mesma acção poderá usar-se para o obrigar a cumprir o disposto no artigo 2347.º

A acção deverá ser dirigida no sentido de que a obra seja desfeita, por não se terem n'ella preenchido as condições prescriptas no artigo 2347.º e indemnisado o lesado de perdas e damnos.

O lesado não póde ser obrigado a contentar-se unicamente com a indemnisação do prejuizo, quando elle pretende a demolição da obra; porque o artigo não determina que a valla aberta contra as disposições do artigo 2347.º possa subsistir, logo que haja indemnisação do damno causado, como determina na especie do artigo 2323.º, § 2.º, e n'outros casos.

Demais, admittindo-se que o lesado devia ser obrigado a acceitar unicamente a indemnisação do prejuizo causado, teriamos a expropriação forçada do terreno, que fosse desabando para a valla, sem proveito algum publico, e só para conveniencia do dono do predio, a quem conviesse vallal-o sem perder terreno com a mota, e á custa do terreno do predio alheio.

Toda esta doutrina deve entender-se sem prejuizo dos usos e costumes da terra, nos termos do artigo 2347.º

Art. 2348.º Os vallados e regueiras entre predios de diversos donos, a que faltarem as condições impostas no artigo antecedente, presumem-se communs, não havendo prova ou signal em contrario.

Art. 2349.º É signal de que a valla ou regueira sem mota externa não é commum, o achar-se a terra da excavação ou

limpeza lançada, só de um lado, durante mais de um anno: n'este caso presume-se que a valla é do proprietario de cujo lado a terra estiver.

(Vid. nota ao artigo 2336.º)

Art. 2350.º A conservação e limpeza da valla ou regueira commum regula-se pelas disposições do artigo 2178.º

(Vid. nota ao artigo 2178.º)

Art. 2351.º Se dois predios forem separados por sebe viva, deverá presumir-se que esta é d'aquelle que mais precisar d'ella, e se ambos estiverem no mesmo caso, reputar-se-ha commum, se não houver costume da terra pelo qual se determine de outro modo a propriedade de taes sebes.

(Vid. nota ao artigo 2336.º)

Art. 2352.º A sebe commum será conservada e replantada á custa dos consortes, conforme o que fica disposto no artigo 2178.º

(Vid. nota ao artigo 2178.º)

Art. 2353.º As sebes mortas ou estacadas podem ser collocadas na estrema dos predios, com tanto que não pendam para além da linha divisoria perpendicular.

(Vid. nota ao artigo 2347.º)

CAPITULO III

DO DIREITO DE DEFESA

Art. 2354.º Todo o proprietario tem o direito de defender a sua propriedade, repellindo a força pela força, ou recorrendo ás auctoridades competentes.

(Vid. nota aos artigos 12.º e 486.º) Já em as notas aos artigos 12.º e 486.º tractámos largamente do direito de desforço por auctoridade propria, a que se refere este artigo.

Em accordão de 19 de março de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 234, estabeleceu a Relação do Porto doutrina contraria á que foi consignada em accordão de 21 de abril de 1871, indicado a pag. 32, tom. 2.º da nossa obra;

porque decidiu, que não é permittido ao esbulhado ou perturbado na sua posse, que não se desforçou em acto continuo, o recorrer á justiça para que esta o invista em tal posse sem citação do turbador ou esbulhador, visto que os meios legaes em tal caso são as acções de manutenção ou de restituição, ás quaes se refere o artigo 486.º na ultima parte, nas palavras—*ou recorrer á justiça.*—

Em accordão de 16 de agosto de 1870, publicado no citado jornal, n.º 144, tinha o mesmo tribunal sanccionado a jurisprudencia de que o recurso á justiça sem citação da parte não é admissivel se não for apresentado em acto consecutivo ao esbulho.

A Ord. liv. 4.º, tit. 58, depois de ter estabelecido graves penas contra a pessoa que forçasse ou esbulhasse outrem da posse, permittia ao lesado o direito de recobrar a posse por força, fazendo-o *logo*.

A citada Ord., com quanto tentasse definir claramente a significação d'este adverbio, alargando-a ou restringindo-a segundo a condição do esbulhador, concluia, no § 2.º, por deixar ao arbitrio do juiz a fixação de um praso, que só as circumstancias poderiam determinar.

Pelo codigo, artigo 486.º, póde o possuidor manter-se pela força, com tanto porém que o faça em acto consecutivo á turbação ou esbulho; e o artigo 487.º permitte ao esbulhado violentamente o direito de restituição dentro de um anno, sem audiencia do esbulhador. Não póde, porém, applicar-se ao esbulho não violento este praso de um anno para o esbulhado ser restituido sem audiencia do esbulhador.

Mas o *acto consecutivo*, de que falla o artigo 486.º, refere-se ao esbulho, ou ao conhecimento do esbulho?

Pretendem alguns applicar ao desforço por auctoridade propria o que o § unico do artigo 504.º applica á acção de restituição, que conta o anno para esta se intentar, não desde o facto do esbulho, mas desde que chegou ao interessado a noticia d'elle, quando foi practicado clandestinamente.

Não póde, porém, ampliar-se a significação das palavras—*acto consecutivo*—em beneficio de um meio violento e anormal, como é o desforço por auctoridade propria; e mesmo porque parece ter sido pensamento do legislador o restringir este remedio juridico até quasi o inutilisar.

Não é criminoso o desforçamento por auctoridade propria, ainda que seja feito, não em acto consecutivo, mas posteriormente á turbação ou esbulho, se o objecto é do que se desforça, com quanto importe responsabilidade por perdas e damnos, porque para se verificar a especie do artigo 475.º do codigo penal é indispensavel que o objecto, sobre que recáe o prejuizo, pertença a outrem ou ao estado.

A Relação do Porto decidiu em accordão de 20 de dezembro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 8, que intentada a acção de força nova contra o individuo que demoliu uma parede, e mostrando-se que a materia é meramente civil, não ha logar ao procedimento criminal contra elle.

Os embargos de terceiro são remedio meramente possessorio; e por isso qualquer titulo apparentemente revestido das solemnidades legaes ha de produzir os seus effeitos, em quanto não for invalidado pelos meios competentes; assim como nos embargos nada aproveita allegar direitos de terceiro.

Effectivamente os embargos de terceiro devem ser julgados procedentes e provados, logo que se mostre a posse *effectiva* na propriedade, ainda que essa posse se funde em documento nullo, se a nullidade só póde ser julgada em acção ordinaria, e não por via de

excepção em acção summaria, e muito menos em embargos de terceiro. N'este sentido julgou o Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 24 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 68, de 26 de março do mesmo anno.

Em accordão de 5 de novembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 285, decidiu a Relação do Porto que os embargos de terceiro devem ser julgados procedentes e provados, logo que o embargante prove effectiva posse nos bens penhorados em conformidade do artigo 635.º da Nov. Ref. Jud., e posse manutenivel conforme o artigo 489.º do codigo; e que no incidente de embargos de terceiro não póde tractar-se questão para a qual seja competente só a acção ordinaria.

Em accordão de 14 de janeiro de 1874, publicado na mesma folha, n.º 369, julgou aquelle tribunal, com fundamento na lei, e em varias decisões do Supremo Tribunal de Justiça, que nos embargos de terceiro não póde discutir-se senão a questão de posse.

Em accordão de 10 de maio de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 29, julgou a Relação de Lisboa que nos embargos de terceiro deve o embargante provar authenticamente a justiça e a effectividade da sua posse.

Em accordão de 15 de março de 1870, publicado no mesmo jornal e anno, n.º 23, julgou a Relação de Lisboa que os embargos de terceiro podem ser oppostos tambem nas execuções fiscaes, desde que o embargante não foi ouvido, nem convencido na causa principal, e desde que se acha na posse effectiva da cousa penhorada, bastando-lhe provar a posse, sem necessidade de exhibir os titulos em que funda o seu direito, vistos os artigos 635.º, e 661.º e seguintes da Nov. Ref. Jud.

Segundo se mostra da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 282, parece ter julgado a Relação de Lisboa em 16 de dezembro de 1871 que a posse pela clausula *constituti* não é sufficiente para fundamentar os embargos de terceiro, visto exigir a Nov. Ref. Jud. no artigo 653.º, *posse effectiva*, e que apenas, por excepção, a lei admitte para fundamento de embargos a posse, embora ficta, que passa aos herdeiros á morte do auctor da herança.

Em accordão de 23 de julho de 1874, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, pag. 694, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, que não obsta á procedencia dos embargos de terceiro o ter-se feito o registo da *transmissão* para o embargante em data posterior á da penhora, porque estes embargos são remedio meramente possessorio, codigo civil, artigos 951.º e 952.º

Em accordão de 30 do mesmo mez e anno, segundo se declara a pag. 695 do referido jornal e anno, julgou tambem aquelle tribunal, que, contestados pelo exequente os embargos de terceiro com fundamento n'uma decisão anterior, não se dá vista nem se assigna termo ao embargante para contrariar esta chamada excepção *rei judicatae*, não obstante o disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 20, § 15, que não se acha hoje em vigor.

Em accordão de 13 de junho de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 21, julgou a Relação do Porto, que os embargos de terceiro fazem suspender o processo de execução nos termos do artigo 636.º e seguintes da Nov. Ref. Jud., e que do despacho que nega a suspensão da execução cabe o recurso de appellação nos termos do artigo 681.º da mesma Reforma.

Em accordão de 18 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 285, julgou a Relação de Lisboa, que desattendidos os embargos de terceiro, por não terem sido provados no triduo, não são permittidos segundos embargos sobre o mesmo assumpto, vista a Ord. liv. 3.º, tit. 88 pr., e a Nov. Ref. Jud., artigo 678.º, § 3.º

As questões de força e de esbulho de posse, embora tenham por objecto cousas ecclesiasticas, são da competencia dos tribunaes civis, como julgou o juiz de direito da primeira vara de Lisboa na sua douta sentença de 31 de agosto de 1872, publicada no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 6.

Art. 2355.º Se a violação provier de qualquer obra nova, a que alguem dê começo, poderá o offendido prevenir-se e assegurar o seu direito embargando a obra.

(Vid. notas aos artigos 485.º, 504.º e 953.º) Os artigos nunciatorios não têm logar, se a obra não for inteiramente nova, mas sim reedificação da antiga, e se o reedificante não abusou do seu direito de reedificação, e não estava prescripto o direito de reedificar, ainda que causasse prejuizo a outrem, visto o salutar principio de que o que usa do seu direito não lesa outrem, posto que lhe cause prejuizo.

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 21 de junho de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 32, fundando-se na Ord. liv. 1.º, tit. 68, § 29.

Na acção de embargo de obra nova, como a denomina a lei de 16 de junho de 1855, artigo 1.º, n.º 3.º, quando a exceptua de conciliação, não se distribue o requerimento para a acção, que é apenas um preparatorio d'ella, mas sim os artigos de nunciação, que é onde verdadeiramente começa a acção, com quanto alguns entendam que a distribuição deve ser feita depois, não nos artigos nunciativos, mas no requerimento para o embargo, que deve ficar por appenso, visto que a novissima reforma judicial, no artigo 494.º, § 3.º, depois de declarar que os requerimentos para novas citações, posses e embargos não exigem distribuição prévia, accrescenta no fim que serão distribuidos quando venham a entrar em discussão contenciosa.

Em accordão de 31 de janeiro de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 49, de 2 de março de 1871, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que para a procedencia da acção de *dolo e injuria*, tendente a obter indemnisação dos prejuizos resultantes de injusta nunciação, é indispensavel allegar e provar que houve malicia ou dolo em requerer o embargo, fundamento da obrigação de indemnisar.

Em accordão de 23 de fevereiro de 1875 julgou o mesmo tribunal, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 392, que em caso de malicia ou dolo póde o juiz que decretou o embargo mandar relaxal-o.

É tambem improcedente a acção de nunciação de obra nova, se não se fundar em posse certa e indubitavel, como julgou a Relação do Porto em accordão de 24 de abril de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 320.

Têm alguns dicto, contra a doutrina por nós sustentada a pag. 38 do 2.º volume, que para a procedencia da acção de nunciação de obra nova não é indispensavel provar a *effectividade* do prejuizo, sendo sufficiente mostrar o receio de damno.

Sustentam que esta era a doutrina do direito velho, como se mostra da Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 4.º, que dizia assim: «Quando alguem edificar novamente alguma obra, que a outro é *prejudicial*»; e egual-

mente a doutrina do direito novo, como se mostra das palavras do artigo—*prevenir-se para assegurar o seu direito, embargando a obra*—; que do contrario muitas vezes não haveria reparação possivel, esperando-se pelo prejuizo effectivo; e que a caução *damni infecti* hoje só tem logar nos casos especificados no artigo 2338.º

Além de reputarmos improcedentes estas razões, a jurisprudencia dos tribunaes é a favor da doutrina por nós estabelecida no logar citado, como se mostra do accordão da Relação do Porto de 29 de março de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 117, e d'outras decisões citadas na mesma folha juridica, n.º 45, pag. 707.

N'este sentido julgou tambem aquelle tribunal em accordão de 6 de março de 1874, publicado na mesma folha juridica, n.º 392.

Em accordão de 30 de maio de 1873, publicado na mesma folha, n.º 294, julgou o mesmo tribunal contra a doutrina por nós sustentada a pag. 409 do 2.º volume, que a acção de nunciação de obra nova não é sujeita a registo.

Sendo julgada improcedente a acção de nunciação de obra nova com direito salvo ao interessado para intentar a acção de perdas e damnos, ha de ser esta proposta no domicilio do réo conforme o artigo 178.º da Nov. Ref. Jud., e não no foro *rei sitae*, aliás competente para aquella acção, artigo 181.º da mesma Reforma.

Sobre a doutrina, que sustentámos a pag. 39 do 2.º volume, de que hoje não tem logar a acção popular para os particulares tomarem sobre si a defesa das cousas publicas, vêm publicados na citada folha e numero, dois accordãos da Relação do Porto de 12 de novembro de 1872 e de 30 de maio de 1873, um contrario, e outro favoravel, vencidos ambos pela maioria de um voto.

Como dissemos em a nota ao artigo 485.º a nunciação de obra nova só é procedente, em quanto esta não se acha concluida. Depois de concluida, cabe a acção possessoria, sendo intentada dentro de um anno, aliás ha de seguir-se a acção ordinaria.

Em accordão de 11 de agosto de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 235, de 19 de outubro do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que quando a violação do direito provém de obra nova, a que alguem dê começo, o meio competente é o embargo de obra nova, e não a acção *de damno infecto*.

Em accordão de 21 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 329, julgou a Relação do Porto que os artigos de attentado só são admissiveis no caso de o nunciado proseguir na obra, depois de embargada, antes da sentença que julga o embargo, sendo por isso necessario que a lide esteja pendente, e não quando a causa está acabada por meio de transacção, ainda que houvesse innovação nas clausulas da transacção, sendo outro o meio de que se devia usar para a fazer cumprir.

TITULO VIII

DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO, E DA INDEMNISAÇÃO DOS DIREITOS VIOLADOS

Art. 2356.º Todo aquelle, cuja propriedade, ou cujos direitos forem violados ou usurpados, será restituido e indemnisado, nos termos declarados no presente codigo, e no codigo do processo.

(Vid. nota ao artigo 12.º)

TITULO IX

DO DIREITO DE ALIENAÇÃO

Art. 2357.º O proprietario póde alienar a sua propriedade por qualquer dos modos por que esta póde ser adquirida.

Art. 2358.º A alienação não se presume, salvo nos casos em que a lei estabelece expressamente esta presumpção.

Art. 2359.º O direito de alienação é inherente á propriedade, e ninguem póde ser obrigado a alhear ou a não alhear, senão nos casos e pela fórma declarados na lei.

(Vid. nota ao artigo 366.º)

Art. 2360.º O proprietario póde ser privado da sua propriedade, em cumprimento de obrigações contrahidas para com outrem, ou ser expropriado d'ella por motivos de utilidade publica.

§ unico. Os casos, em que é permittida a expropriação por motivos de utilidade publica, e o modo de a reduzir a effeito, são regulados por legislação especial.

(Vid. nota ao artigo 587.º) No projecto primitivo o artigo 2368.º, correspondente ao § unico do artigo 2360.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «A expropriação por effeito de obrigações particulares é regulada no titulo 1.º, capitulo 11.º, secção 6.ª, parte 2.ª, livro 1.º, e parte 4.ª, titulo 15.º; a expropriação por motivo de utilidade publica será regulada segundo o disposto no seguinte capitulo.»

Nos artigos 2569.º a 2633.º tractava aquelle projecto da expropriação predial por utilidade publica, e nos artigos 2972.º a 3025.º da expropriação em cumprimento de obrigações particulares.

Logo nos trabalhos da primeira revisão foram eliminados todos estes artigos; mas foi conservado o preceito consignado no artigo 2568.º, eliminado na 2.ª edição do projecto da commissão revisora, e a final readmittido no ultimo projecto com a redacção que tem no codigo.

A execução dos bens em cumprimento de obrigações particulares é regulada na nossa lei de processo, como ja ponderámos em a nota ao artigo 587.º

O artigo 2360.º estabelece o principio geral de que aquelle, que contrahe uma obrigação para com outrem, *ipso facto, obriga* ao cumprimento da obrigação a *sua propriedade;* principio este já reconhecido na nossa lei de processo, Nov. Ref. Jud., que no artigo 590.º determina que «todos os *bens do condemnado* podem ser penhorados.»

Já entre nós se discutiu, assim como em França, se os bens do dominio particular do estado podiam ser expropriados por utilidade publica na conformidade das leis de expropriação.

A nossa legislação sobre expropriações é inteiramente omissa sobre este ponto. O legislador teve em vista só a propriedade dos particulares, e a das pessoas moraes com excepção do estado, não pensando nas obras publicas districtaes e municipaes, e menos ainda na applicação, que das leis de expropriação podiam fazer leis posteriores, como a lei de minas, etc.

Como as obras, que requerem expropriação, são publicas e decretadas por lei, não se pensou em que o estado se expropriasse a si mesmo, e pagasse expropriações para obras feitas á sua custa, ou por elle subsidiadas.

Sustentam alguns que os bens do estado não estão sujeitos ás leis de expropriação, porque a sua alienação depende de lei especial, visto que o artigo 1554.º prohibe que os bens nacionaes sejam vendidos em casos que a lei não declare, e por fórma que a lei não estabeleça, e porque julgando util ás finanças e ao bem commum o dominio privado do estado, entendem que em todos os casos de collisão entre estes dois interesses, da mesma ordem e egualmente considerados, só uma lei póde decidir.

No entre tanto a opinião contraria é que nós reputamos verdadeira. O estado, individualidade juridica, é egual a todas as outras individualidades juridicas, cujos direitos e obrigações a lei reconhece e especifica. Nos termos dos artigos 32.º, 37.º, 38.º, 382.º, 516.º, e outros do codigo civil, a propriedade do estado é regida pelos mesmos preceitos que a propriedade do individuo.

Não ha disposição legal que isente o estado de ser expropriado da sua propriedade particular; e o direito do estado não póde ser mais inviolavel do que o dos particulares.

O artigo 1554.º do codigo não regula as expropriações, mas o contracto de compra e venda, que é essencialmente differente. O artigo 1554.º protege, como os bens do estado, os dos menores e dos interdictos, dotaes e penhorados, que todos são incontestavelmente expropriaveis.

Julgamos pois sujeitos ás leis de expropriação os bens do dominio particular do estado, como a propriedade do cidadão.

PARTE IV

DA OFFENSA DOS DIREITOS, E DA SUA REPARAÇÃO

LIVRO I

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

TITULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2361.º Todo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado por todos os prejuizos que lhe causa.

(Vid. notas aos artigos 1.º e 368.º) O principio estabelecido no artigo 2361.º estava já reconhecido no nosso codigo penal, que no artigo 104.º determinava que aquelle, que por sua falta, ou negligencia causasse a outrem algum damno, era responsavel pela sua reparação.

Ora esta responsabilidade póde nascer de factos *criminosos,* ou ser *meramente civil;* e até n'alguns casos póde affectar o estado, como se, em consequencia de sentença criminal, o condemnado soffreu prejuizo, e se mostra depois, pelos meios legaes competentes, que fôra injusta aquella condemnação.

Sem dar ao offendido todas as faculdades de haver a reparação do damno causado não poderia subsistir a sociedade civil.

O fim do preceito legal, consignado n'este artigo, é assegurar a fruição dos direitos do homem, e tornar efficaz a obrigação de reparar os damnos causados a outrem, restabelecendo o lesado no estado anterior á lesão.

Portanto, logo que por qualquer fórma se verifique a violação de algum dos direitos do homem, originarios, ou adquiridos, nasce im-

mediatamente para o auctor da violação a obrigação de reparar os damnos que causou ao lesado, ou o facto, objecto da violação, constitua crime, ou dê apenas logar á responsabilidade civil.

A lei quiz firmar bem o principio da indemnisação civil, prevenindo mesmo algumas hypotheses, em que a responsabilidade não poderia tornar-se effectiva sobre o auctor da lesão, como se mostra dos artigos 2377.º a 2381.º

O artigo 2505.º é ainda complemento do preceito geral, estabelecido no artigo 2361.º Quiz o legislador accentuar ahi bem positivamente a distincção entre o mal moral causado á sociedade pelo facto criminoso, ao qual é inherente a responsabilidade penal, e o mal material proveniente da offensa e damno causado aos direitos individuaes, ao qual é inherente a responsabilidade civil; e por isso estabeleceu que, ainda quando se não verificasse a primeira, nunca deixasse de subsistir a segunda, isto é, que, quando mesmo o réo fosse absolvido da pena, não podesse essa absolvição elidir a acção de perdas e damnos em favor do lesado.

Art. 2362.º Os direitos podem ser offendidos por factos, ou por omissão de factos.

(Vid. nota ao artigo 2.º)

Art. 2363.º Estes factos, ou omissões de factos, podem produzir responsabilidade criminal, ou simplesmente responsabilidade civil, ou uma e outra responsabilidade simultaneamente.

Art. 2364.º A responsabilidade criminal consiste na obrigação, em que se constitue o auctor do facto ou da omissão, de submetter-se a certas penas decretadas na lei, as quaes são a reparação do damno causado á sociedade na ordem moral. A responsabilidade civil consiste na obrigação, em que se constitue o auctor do facto ou da omissão, de restituir o lesado ao estado anterior á lesão, e de satisfazer as perdas e damnos que lhe haja causado.

Art. 2365.º A responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil; mas a civil nem sempre é acompanhada da criminal. Os casos em que esta ultima é acompanhada da responsabilidade civil estão especificados na lei.

Art. 2366.º O direito de exigir reparação, bem como a obrigação de a prestar, transmitte-se com a herança, excepto nos casos em que a lei expressamente determina o contrario.

Os factos e as omissões de factos podem produzir ou só responsabilidade civil, ou responsabilidade criminal, ou uma e outra simultaneamente, artigo 2363.º, advertindo que a responsabilidade criminal traz sempre annexa a responsabilidade civil, e a civil nem sempre é acompanhada da criminal.

Se o *facto* da lesão consistir apenas em entrar no predio alheio, e derivar para outro as aguas que áquelle pertencem, a responsabilidade é só civil. Se consistir em entrar no predio vizinho, e matar as aves domesticas, que ali andam, pertencentes ao dono da propriedade, fica o lesante sujeito, não só ás penas de prisão ou desterro e multa, nos termos do artigo 483.º do codigo penal, mas á obrigação de indemnisar o dono das aves do prejuizo que lhe causou.

A violação dos direitos por *omissões* tambem póde produzir responsabilidade civil, ou simplesmente criminal. O pactuante, que não cumpriu na fórma, tempo, e logar convencionados, o estipulado no contracto, v. g. não pagando o emprestimo no tempo ajustado, é só responsavel pelos juros desde a móra, artigo 1533.º Aquelle que por negligencia deixa soltar animaes bravios confiados á sua guarda, que vão ferir ou matar alguem, além das penas a que fica sujeito nos termos dos artigos 368.º e 369.º do codigo penal, é obrigado a indemnisar o damno causado pelo acto dos animaes.

O cidadão recenseado para jurado, que deixou de comparecer na respectiva audiencia (omissão), o individuo que fez um ferimento n'outro (facto), constituiu-se réo para com a sociedade.

Por isso, como do proprio artigo 2364.º se mostra, dá-se a responsabilidade criminal, quando da offensa resulta damno para a *sociedade* na ordem moral, e dá-se a responsabilidade civil quando da offensa resulta damno apenas para os particulares, como taes.

No artigo 105.º diz o codigo penal: «Aquelle que for offendido por algum crime tem direito á restituição das cousas de que por esse crime foi privado, ou á reparação pelo seu valor legalmente verificado, se a restituição não for possivel, e além d'isto tem direito á indemnisação de qualquer outro damno e perda que soffreu. § unico. N'esta reparação comprehemdem-se os lucros cessantes.»

A responsabilidade criminal ou civil só se resgata por meio de reparação, que restitua o lesado ao estado anterior á lesão, artigo 2364.º

O delinquente violou as leis que regem a ordem moral; e, com quanto essa violação vá ferir individuos ou particulares, é a sociedade a primeira aggravada na pessoa de um de seus membros.

O individuo, que mutilou um braço a outro, violou os direitos d'este, e collocou-se na obrigação de o indemnisar. Mas primeiro que o particular é lesada a sociedade, que deve protecção e segurança a cada um dos seus membros; e que foi offendida no attentado contra essa protecção. Por isso o offendido poderá perdoar ao lesante, a sociedade não, salvo a intervenção do poder moderador.

Por esta razão o legislador só deixa entregue e dependente da accusação das pessoas particularmente offendidas os crimes leves, que não influem directamente na ordem social, como são as injurias verbaes ou escriptas, que se não dirigem a empregados publicos no exercicio de suas funcções, e as offensas corporaes, de que não resulta vestigio permanente ou impossibilidade de trabalhar, nos termos dos artigos 359.º e 416.º do codigo penal.

A obrigação de prestar a reparação de perdas e damnos transmitte-se em regra aos herdeiros, como já dispunha o codigo penal, artigo 108.º; preceito reproduzido no artigo 2366.º do codigo civil.

As penas, porém, nunca passam da pessoa do delinquente, carta constitucional, artigo 145.º, § 19, e codigo penal, artigo 102.º, assim como a respeito d'ellas não é admissivel transacção nem compensação, citado codigo, artigo 103.º

Por direi[to] anterior ainda a pena de multa passava aos herdeiros,

se tinha sido contestada a lide em vida do auctor da herança, como se deprehende do assento de 20 de julho de 1780. Porém, em virtude do disposto no artigo 101.º, § 2.º do codigo penal, a obrigação de pagar a mulcta só se transmitte aos herdeiros do condemnado, se em vida d'este tiver passado em julgado a sentença de condemnação.

Na responsabilidade criminal raras vezes é possivel reparação completa. Os crimes de homicidio, mutilação ou privação de algum membro não admittem reparação inteira.

Na responsabilidade civil, pelo contrario, a reparação *completa* é quasi sempre possivel, tendo o lesante bens para indemnisar o lesado.

O pactuante, que pela sua parte faltou ás estipulações do contracto, v. gr., não construindo a casa no tempo a que se obrigou, indemnisa o lesado, acabando a casa e pagando-lhe todos os prejuizos que elle soffreu, por se não concluir a edificação no praso ajustado.

Só não é possivel a reparação civil completa nos objectos *de estimação*, como se me deterioraram um retrato, ou um annel, que não podia ser substituido, ainda por outro egual, em attenção ás recordações que aquelles objectos representavam, etc.

O codigo penal, no artigo 392.º, manda applicar ao que estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de doze annos e menor de dezesete, a pena de degredo temporario; e o artigo 400.º impõe-lhe a obrigação de dotar a offendida se com ella não casar, como determina tambem o artigo 2391.º do codigo civil. Ha aqui duas responsabilidades, uma criminal e outra civil, resultantes de um facto unico — o estupro.

O Supremo Tribunal de Justiça tambem decidiu em accordão de 18 de março de 1870, publicado no *Diario do governo*, de 5 de abril do mesmo anno, que a responsabilidade criminal nem sempre acompanha a responsabilidade civil, visto que ás vezes ha só a indemnisar o prejuizo causado, e que para a responsabilidade criminal é indispensavel tambem que haja corpo de delicto legal e sufficiente para a acção crime.

Ha porém contradicção manifesta entre os dois periodos do artigo 2365.º, declarando-se no primeiro que a responsabilidade criminal é *sempre* acompanhada da responsabilidade civil, e dizendo-se no segundo que os *casos* em que a responsabilidade criminal é acompanhada de responsabilidade civil estão especificados na lei.

Desde que não ha caso em que a responsabilidade criminal não seja acompanhada da responsabilidade civil, como ha de a lei especificar os casos em que a responsabilidade civil ha de acompanhar a responsabilidade criminal?

Por isso as palavras finaes do artigo 2365.º do codigo, dando a entender que só em certos *casos*, que a lei especifica, é que a responsabilidade criminal é acompanhada da responsabilidade civil, vêm destruir na segunda parte do artigo o assegurado na primeira parte, de que a responsabilidade criminal *é sempre* acompanhada da responsabilidade civil.

Procuram alguns explicar esta incoherencia, dizendo que o artigo 2365.º na segunda parte se refere a factos, que, embora *apparentemente* criminosos, vêm todavia revestidos de taes circumstancias, que fazem desapparecer aquella qualificação criminosa, e portanto a responsabilidade civil, que a acompanha, como são os comprehendidos na especie do artigo 13.º do codigo, onde se estabelece o principio de que — quem em conformidade com a lei exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar d'esse mesmo exercicio, — e nos artigos 14.º n.º 3.º, e 378.º do codigo penal, em virtude dos quaes — o que feriu, ou espancou, *obrigado pela necessidade actual da legitima defesa de si*, ou *d'outra pessoa, e sem exceder os limites d'essa defesa*, não responde por perdas e damnos. —

Esta explicação, porém, não é satisfactoria, porque n'estes casos, se não ha responsabilidade civil, é porque não teve logar a responsabilidade criminal.

A responsabilidade civil é de todo independente da responsabilidade criminal, porque até a absolvição dos réos nos tribunaes criminaes ou correccionaes não elide a acção de perdas e damnos, artigo 2505.º

Explicam outros a contradicção dizendo que a segunda parte do artigo 2365.º significa que a lei especifica e gradua, segundo os differentes casos de responsabilidade criminal, a responsabilidade civil correspectiva, como se mostra dos artigos 2384.º a 2392.º

Porém esta explicação nem a letra nem o espirito do artigo a comportam.

A contradicção provém de a commissão revisora ter alterado erradamente o artigo 2638.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 2365.º do codigo, que era formulado nos seguintes termos: «A responsabilidade criminal induz necessariamente responsabilidade civil; mas a responsabilidade civil nem sempre induz responsabilidade criminal: estes casos serão marcados na lei.»

O projecto primitivo, pois, determinava que seriam marcados na lei os casos em que a responsabilidade civil induzia responsabilidade criminal, e com esta redacção foi conservado o artigo nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Porém no ultimo alterou-lhe a redacção, estabelecendo o absurdo e a contradicção de que os casos em que a responsabilidade criminal induz responsabilidade civil estão marcados na lei. Felizmente que esta disposição, como abrange apenas um preceito puramente theorico, é inoffensiva.

Tambem o projecto primitivo continha em seguida áquelle artigo um outro, redigido n'estes termos: «Por perdas e damnos entendem-se os prejuizos, que soffrer o lesado pela privação da cousa, ou da prestação devida, bem como a perda dos interesses, que deveriam seguir-se directamente da posse da cousa, ou do cumprimento da obrigação.»

Este artigo ainda apparece nos dois primeiros projectos da commissão revisora, mas no definitivo foi com razão eliminado, visto ser dispensavel em vista dos principios geraes de direito, e em face do disposto nos artigos 705.º a 707.º do codigo.

TITULO II

DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONNEXA COM A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

CAPITULO I

DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Art. 2367.º Aquelle que for aggredido por outro com violencias, que possam lesar os seus direitos primitivos, ou esbulhal-o do gozo de seus direitos adquiridos, ou perturbal-o por qualquer fórma n'esse gozo, é auctorisado a repellir a força com a força, com tanto que não ultrapasse os limites da justa defesa.

(Vid. nota ao artigo 12.º)

Art. 2368.º Cabe áquelles, que presenceárem taes aggressões, auxiliar o aggredido, não excedendo os limites da justa defesa d'este, e se, não correndo risco, deixarem de obstar ao maleficio, serão subsidiariamente responsaveis por perdas e damnos.

Art. 2369.º Aos tribunaes compete avaliar e declarar se o aggredido ou seus defensores excederam ou não os limites da justa defesa.

(Vid. artigo 2371.º) O codigo penal diz no artigo 111.º: «Aquelle que podia e devia impedir o damno causado por outrem é por elle responsavel.»

A redacção do artigo do codigo penal deixava entrever que a obrigação de auxiliar o aggredido só cabia a quem *podia e devia* ao mesmo tempo impedir o damno, parecendo assim que só obrigava os funccionarios publicos, a quem a lei commette funcções de policia.

O codigo, porém, commette essa obrigação a todos os que *presencearem* as aggressões, salvo o disposto no artigo 2371.º com relação aos empregados, que têm a seu cargo velar pela segurança publica; porque esses, ainda que não presenceassem as aggressões, sendo avisados de que os attentados se projectavam ou estavam já em execução, se não tomaram todas as providencias para *prevenir* ou *reprimir* esses attentados, são solidariamente responsaveis pelos damnos provenientes do delicto.

Mas nem o codigo civil nem o codigo penal acompanham outras legislações na penalidade que estas comminam contra os que não evitam os delictos, podendo, ou sejam particulares ou funccionarios publicos, que pelas nossas leis não se reputam auctores nem cumplices nos attentados que presenceam, e que não evitam, podendo, a não se dar algum dos factos, determinados nos artigos 25.º e 26.º do codigo penal.

Ainda a commissão revisora estabeleceu sobre este ponto doutrina mais rigorosa, do que a consignada no projecto primitivo, onde o artigo 2642.º, correspondente ao artigo 2368.º do codigo, era redigido nos termos seguintes: «Aquelles, que presencearem similhantes actos de aggressão, são auctorisados a auxiliar o aggredido, debaixo da mesma condição (*de não ultrapassarem os limites da justa defesa*). § unico. E, se poderem evitar o maleficio, e o não fizerem, serão solidariamente responsaveis, com os aggressores, por perdas e damnos.»

Nos dois primeiros projectos da commissão revisora conservou-se o artigo sem outra modificação, que o accrescentamento das palavras —*sem prejuizo proprio*— em seguida ás palavras— *e se poderem*— que se liam no § unico.

A final no projecto definitivo, em virtude de resolução tomada em sessão da commissão revisora de 26 de abril de 1865, deu-se-lhe a redacção, que tem hoje no codigo.

Compete aos tribunaes apreciar se os que presenceáram o attentado *não corriam risco*, obstando ao maleficio, para o que devem ter em vista a gravidade da aggressão, a edade, o sexo, e a indole do que a presenceou, e todas as mais circumstancias, que sirvam para verificar o facto; assim como compete aos tribunaes avaliar, se elles excederam ou não os limites da justa defesa, artigo 2369.º

No projecto primitivo em seguida ao artigo, correspondente ao artigo 2371.º do codigo, vinha outro, formulado nos termos seguintes: «Se a offensa dos direitos for consummada, terá o offendido direito a exigir do delinquente reparação de todas as perdas e damnos, que haja soffrido.»

A commissão revisora eliminou-o, logo nos trabalhos da primeira revisão, de certo por inutil.

Art. 2370. As disposições dos artigos 2367.º e 2368.º só têm applicação quando não seja possivel ao aggredido ou aos seus defensores recorrer á força publica, a fim de evitar o damno presente ou prevenir o damno imminente.

(Vid. nota ao artigo 12.º)

Art. 2371.º Os encarregados de vigiar pela segurança publica, que, sendo prevenidos, deixarem perpetrar os sobredictos attentados, ficarão responsaveis por perdas e damnos solidariamente com os perpetradores do delicto, tendo depois regresso contra elles.

(Vid. nota ao artigo 2368.º)

Art. 2372.º Se a offensa dos direitos for commettida por mais de um individuo, serão todos solidariamente responsa-

veis, salvo o direito do que pagar pelos outros a haver d'elles as quotas respectivas.

§ 1.º Estas quotas serão proporcionadas á responsabilidade criminal de cada um dos delinquentes, se essa responsabilidade for differentemente graduada.

§ 2.º Esta proporção será regulada pelos tribunaes, no mesmo acto em que a responsabilidade criminal for graduada, se o lesado tiver requerido a devida indemnisação.

Art. 2373.º A indemnisação civil, connexa com a responsabilidade criminal, póde ser determinada a aprazimento das partes; mas não poderá ser exigida judicialmente, sem que o facto criminoso tenha sido verificado pelos meios competentes, nos casos em que a acção publica deve intervir.

Art. 2374.º Se o lesado não tiver sido parte no processo criminal, não ficará inhibido de requerer a reparação civil; mas n'este caso só poderá usar dos meios civis ordinarios.

(Vid. artigos 2504.º e 2505.º) O artigo 2372.º contém a disposição do artigo 106.º do nosso codigo penal, com a differença unica de que manda graduar as quotas na proporção da responsabilidade de cada co-réo, devendo regular-se essa proporção na mesma occasião em que se graduar a responsabilidade criminal, se por ventura a acção civil de indemnisação for accumulada com a acção criminal.

Com relação, porém, ás multas judiciaes, quando são muitos os condemnados, não ha responsabilidade solidaria, porque a multa é pessoal, individual e directa; cada um dos condemnados responde só pela sua obrigação, e não um por todos, como julgou a Relação do Porto em accordão de 29 de novembro de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 3.

Segundo a novissima reforma judicial, artigos 858.º, 859.º, 1165.º e 1166.º, a acção de perdas e damnos, proveniente de qualquer delicto, compete ao offendido ou seus herdeiros, ainda que tenham renunciado ao direito de accusar; e póde ser accumulada com a accusação criminal, ou proposta separadamente, não podendo n'este caso ser decidida em quanto não o for a accusação.

O codigo determina egualmente, § 2.º do artigo 2372.º, que a indemnisação só póde ser concedida, quando o lesado a tiver requerido.

Graves difficuldades se têm suscitado na imprensa juridica e no fôro sobre a intelligencia dos artigos 2373.º e 2374.º, sobre tudo combinados com o artigo 2505.º

Para harmonisar estes differentes artigos deve notar-se que as partes podem determinar a seu aprazimento a respectiva indemnisação, ou a acção seja publica ou particular; mas que não podem exigir em juizo o cumprimento d'esse accordo nos processos publicos, sem se ter verificado pelos meios competentes a existencia do facto criminoso, porque á sociedade não convem que se exija indemnisação por crime publico, sem que a existencia d'este se ache legalmente verificada.

Alguns não acceitam este modo de interpretar o preceito do artigo 2373.º, com o fundamento de que, não sendo admissivel a acção de indemnisação por perdas e damnos nos crimes publicos, quando a accusação fosse julgada improcedente, nunca teria applicação o artigo 2505.º, que determina que a absolvição nos tribunaes criminaes não elide a acção de perdas e damnos. Estes, porém, confundem a procedencia da accusação com a procedencia do corpo de delicto.

Não se deduza das palavras do artigo 2373.º que é precisa a condemnação do réo para se intentar a acção de perdas e damnos; porque a absolvição do réo nos tribunaes criminaes não elide esta acção, artigo 2505.º, que é distincta e separada da acção criminal, com quanto possa accumular-se com ella.

O que é indispensavel é que se verifiquem todos os elementos constitutivos do facto criminoso. Não é precisa a *prova* do criminoso; o que é indispensavel é a verificação da *existencia* do delicto.

Basta o corpo de delicto regularmente constituido para ser judicialmente exigivel a indemnisação civil nos termos do artigo 2373.º

E assim como a absolvição do réo não elide a acção de perdas e damnos, tambem a condemnação não constitue executorio para a exigencia de perdas e damnos; mas apenas a presumpção de que o condemnado é o auctor do damno, e obrigado por isso a reparal-o, artigo 2504.º, podendo elle mostrar na acção civil que não foi o auctor do damno, apezar de estar condemnado, como tal, na acção criminal.

Os dois processos, civil e criminal, quando não se accumula com a acção penal a de perdas e damnos, são inteiramente independentes. Póde julgar-se n'um o contrario do que se julgar no outro.

O que é commum e indispensavel para a procedencia de qualquer dos dois processos é a formação de corpo de delicto regular, e este mesmo só nos casos, em que o ministerio publico deve intervir; porque só então á sociedade interessa que não se persiga por perdas e damnos, sem a existencia de todos os elementos constitutivos do crime.

A prova do facto criminoso importa a obrigação de indemnisar, porque a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil. Deve porém propôr-se ao jury, no caso de haverem co-réos, um quesito para graduarem a responsabilidade civil de cada um conforme a sua responsabilidade criminal.

O artigo 882.º da Nov. Ref. Jud. permittia intentar a acção civil independentemente da criminal, mas n'este caso só podia esta ultima ser posteriormente recebida, quando a parte houvesse protestado por ella, ao propôr a civil.

Porém, tanto o artigo 882.º como o artigo 859.º da Nov. Ref. Jud. estão derogados pelo artigo 2373.º do codigo civil, em quanto determina que a indemnisação de perdas e damnos não póde ser exigida judicialmente sem que o facto criminoso tenha sido verificado pelos meios competentes, nos casos em que a acção publica deve intervir. Nos crimes publicos, pois, a constituição do corpo de delicto precede qualquer procedimento civil; e apenas nos particulares se podem observar as referidas disposições da Nov. Ref. Jud., em harmonia com as quaes se deve entender o artigo 403.º do codigo penal.

Combatem alguns a doutrina contida no artigo 2504.º do codigo, sustentando que o caso julgado no criminal deve ser considerado caso julgado no civil. Reputam deploravel que se julgue no civil a innocencia do homem, que no criminal foi condemnado, por exemplo, ao cadafalso.

Constitue, porém, presumpção legal no civil o caso julgado executorio em materia criminal.

Com relação aos crimes particulares é indifferente á sociedade que se ajustem e exijam indemnisações, ainda que a existencia d'elles não esteja legalmente verificada, porque se tracta unicamente da conveniencia dos interessados.

Nos crimes particulares a absolvição do réo no juizo criminal, ainda por falta de corpo de delicto, não prejudica a acção civil. Mas nos crimes publicos não succede o mesmo. Se o réo é accusado de homicidio voluntario, que dá logar á pena estabelecida no artigo 349.º do codigo penal, com as alterações prescriptas na legislação posterior, e á indemnisação de perdas e damnos, nos termos do artigo 2384.º do codigo civil, a acção de reparação civil não é admittida, se não se verifica em corpo de delicto regular e competente a existencia do facto criminoso.

Tambem se tem dicto, com fundamento no artigo 2374.º do codigo, que, tendo figurado o auctor na accusação criminal, e não tendo então requerido indemnisação de perdas e damnos, não póde mais requerel-a.

O que, porém, deve inferir-se da redacção do artigo 2374.º é que, não tendo sido o queixoso parte no processo, não póde ir pedir na audiencia de julgamento, nem no libello accusatorio, a indemnisação das perdas e damnos, mas não que fique absolutamente inhibido de intentar a acção civil pelo facto de ter promovido a accusação criminal, e de n'este processo não ter requerido a indemnisação de perdas e damnos.

Esta indemnisação tanto a póde requerer o que interveio, como o que não interveio no processo criminal, com a differença de que o que interveio póde pedir a importancia das perdas e damnos no libello crime, e requerer que sobre esse facto se proponha quesito ao jury, e que o que não interveio só póde usar dos meios ordinarios.

A explicação, que alguns dão, de que, não tendo o queixoso sido parte no processo, só póde usar da acção ordinaria, mas não determinar a indemnisação por accordo, e julgal-a judicialmente em conformidade do artigo 2373.º, parece-nos de todo improcedente.

Se o lesado, que interveio no processo crime, e ahi não requereu indemnisação de perdas e damnos, tem direito de a haver depois pelos meios ordinarios, não póde haver principio juridico que se opponha á determinação das perdas e damnos n'este caso, em conformidade do disposto no artigo 2273.º

Em accordão de 21 de abril de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 129, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, sem embargo do disposto nos artigos 106.º, e 120.º § 1.º do codigo penal, que resalvou a acção de damnos e perdas nos casos de amnistia, se esta é ampla, e abrange todos os crimes connexos com o principal amnistiado, não póde o estado demandar os auctores de extorsões que lhe foram feitas por occasião do crime amnistiado, porque a discussão da acção civel faria reviver a memoria de acontecimentos, a que a lei impozera perpétuo silencio; que a acção civel, resalvada no citado artigo 120.º § 1.º, só póde referir-se a direitos de terceiro, offendidos por factos independentes do crime politico amnistiado; e que em virtude do legislado no artigo 2373.º do codigo civil não se admitte acção civel de reparação de damno procedente de facto criminoso sem que este seja verificado pelos meios competentes.

Art. 2375.º Os bens do delinquente respondem pelo cumprimento da obrigação de reparar o damno.

(Vid. nota ao artigo 949.º)

Art. 2376.º Se o delinquente for casado, nenhuns bens do outro conjuge, quer sejam de meação, quer não, ficam obrigados á reparação proveniente do facto do conjuge delinquente.

(Vid. nota ao artigo 1115.º) É a reproducção do disposto no artigo 109.º do codigo penal.

Art. 2377.º Se aquelle, que causar os prejuizos, for relevado da responsabilidade criminal por seu estado de completa embriaguez ou demencia, não ficará por isso desobrigado da reparação civil, excepto estando debaixo da tutela e vigilancia legal de outrem. N'este caso a obrigação recahirá sobre o tutor ou curador, salvo se se provar que não houve da sua parte culpa ou negligencia.

§ unico. Se a irresponsabilidade do tutor ou curador se provar, subsistirá a obrigação do aggressor.

Art. 2378.º Em todos os casos, em que deva haver reparação pelos bens de algum desassisado, serão sempre resalvados os necessarios alimentos, conforme o estado e condição d'elle.

Art. 2379.º A menoridade não releva da responsabilidade civil; mas, se aquelle que practicar o damno não estiver, por sua edade, sujeito a responsabilidade criminal, responderão civilmente por elle seus paes, ou responderá aquelle a cuja guarda e direcção estiver entregue o culpado, excepto se provarem que não houve da parte d'elles culpa ou negligencia.

§ unico. É applicavel aos menores o que fica disposto no artigo 2377.º e seu §.

Parece-nos contraria a todos os principios philosophicos e juridicos a provisão que responsabilisa pela reparação civil os bens dos completamente embriagados, dos desassisados e dos menores, que obram sem o necessario discernimento, no caso de irresponsabilidade d'aquelles, debaixo de cuja vigilancia, e a cujo cargo se acham.

É principio geral de direito que não ha responsabilidade pelo damno, senão quando elle é filho de culpa ou de negligencia.

Será filho de culpa o damno causado por um menor de 7 annos, ou por um demente, quando o pae ou tutor não pôde evital-o? E que *culpa* teve no facto o auctor do damno? Póde dizer-se que este damno proveio do acaso, e que assim corre por conta de quem o soffreu, pela regra — *casus nemo praestat.*

O nosso codigo penal, no capitulo da responsabilidade civil, não sustenta similhante rigor, nem impõe a obrigação de serem satisfeitos pelos bens dos menores e interdictos os damnos, por estes causados, cuja responsabilidade não possa pesar sobre o respectivo pae ou tutor.

Em virtude da redacção do codigo parece que o disposto no artigo 2378.º não é applicavel aos menores, como aos desassisados, sendo aliás a razão a mesma. O menor, que obra sem o necessario discernimento, está nas mesmas circumstancias do desassisado.

No entretanto o codigo, no § unico do artigo 2379.º, só torna applicavel ao caso de menoridade o disposto no artigo 2377.º e seu §, e não o disposto no artigo 2378.º

O projecto primitivo no artigo 2654.º, correspondente ao artigo 2379.º do codigo, applicava aos menores o disposto nos artigos 2651.º, § unico, e 2652.º, correspondentes aos artigos 2376.º e 2377.º Ora, não tendo § unico o artigo 2651.º, nem sendo applicavel á especie do artigo 2654.º, é evidente que havia erro typographico, e que o projecto primitivo queria de certo referir-se aos artigos 2652.º e 2653.º, correspondentes aos artigos 2377.º e 2378.º do codigo.

Com a mesma redacção, e com o mesmo erro typographico passaram aquelles artigos para o primeiro projecto da commissão revisora.

Porém, no segundo projecto já se faz a remissão unicamente ao artigo correspondente ao artigo 2377.º do codigo.

Portanto os menores, os completamente ebrios, e todos os que não estiverem no legitimo uso das suas faculdades, mas que não forem rigorosamente dementes, não gosam, quanto aos damnos que causarem, do beneficio que o artigo 2378.º concede aos desassisados.

No artigo 2377.º se equiparam as posições dos completamente ebrios e dos dementes para o effeito da irresponsabilidade criminal e civil, e logo no artigo 2378.º se concede um beneficio aos desassisados, que não se amplia aos ebrios.

O nosso codigo penal nos artigos 113.º e 114.º é redigido assim: «Artigo 113.º Os paes, e, depois da morte d'estes as mães, são responsaveis pelo damno causado por seus filhos menores, que com elles habitam, ainda mesmo que sejam impuberes, se obrarem com discernimento, salva a prova de que lhes foi impossivel impedir esse damno. Artigo 114.º Salva egualmente a prova de impossibilidade, os mestres de educação, ou de qualquer arte ou mester, respondem pelo damno causado pelos seus discipulos e aprendizes durante o tempo em que estes estão debaixo da sua inspecção e direcção.»

Art. 2380.º Pelos prejuizos causados por criados de servir, ou por quaesquer pessoas encarregadas de certos serviços ou commissões, no desempenho dos dictos serviços ou commissões, responderão os dictos criados ou pessoas solidariamente com seus amos ou committentes, salvo o regresso d'estes contra aquelles, quando houverem excedido as ordens e instrucções recebidas.

Art. 2381.º Se os prejuizos forem practicados em estalagem, ou em qualquer outra casa onde se albergue por dinheiro, responderão solidariamente os donos do estabelecimento, se os dictos prejuizos forem feitos por pessoa, que

hajam recolhido e agasalhado sem cumprirem os regulamentos policiaes.

(Vid. nota ao artigo 1421.º) No codigo penal os artigos correspondentes, 115.º e 116.º, são redigidos nos seguintes termos: «Artigo 115.º Os chefes de familia, os amos e os committentes respondem pelo damno causado pelos seus familiares, criados e propostos nas funcções em que por elles estão empregados, salvo o caso fortuito, que a nenhum dos referidos possa ser imputado, ou a força maior. Artigo 116.º Da mesma fórma os estalajadeiros, ou quaesquer pessoas que em sua casa recolhem e agasalham outras por dinheiro, são responsaveis pelo damno causado por qualquer que tiverem recolhido e agasalhado por mais de vinte e quatro horas, se não houverem satisfeito aos regulamentos policiaes.»

CAPITULO II

DA GRADUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PROVENIENTE DE FACTOS CRIMINOSOS

Art. 2382.º Os prejuizos, que resultam de offensa recebida, podem ser relativos aos direitos primitivos ou aos direitos adquiridos.

Art. 2383.º Os prejuizos, que derivam da offensa de direitos primitivos, podem dizer respeito á responsabilidade physica ou á personalidade moral; os prejuizos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiaes externos.

(Vid. nota aos artigos 368.º e 2367.º)

Art. 2384.º A indemnisação por perdas e damnos, nos casos de homicidio commettido voluntariamente, consistirá:

1.º Na satisfação de todas as despesas feitas para salvar o offendido e com o seu funeral;

2.º Na prestação de alimentos á viuva do fallecido, em quanto viva for e precisar d'elles, ou não passar a segundas nupcias, excepto se tiver sido cumplice no homicidio;

3.º Na prestação de alimentos aos descendentes ou ascendentes, a quem os devia o offendido, excepto se tiverem sido cumplices no homicidio.

§ unico. Fóra dos casos anteriormente mencionados, nenhum parente ou herdeiro poderá requerer indemnisação por homicidio.

Art. 2385.º Se o homicidio tiver sido commettido involun-

tariamente, mas com circumstancias que, ainda assim, o tornem punivel, em conformidade da lei penal, só poderá haver indemnisação por alimentos em favor dos filhos menores, ou dos ascendentes invalidos do fallecido, que d'elles precisarem.

O mal do homicidio não tem reparação possivel. O bem da vida é de preço inextimavel; não ha valor no mundo com que se compare.

Portanto a indemnisação, reconhecida pelo codigo, não é verdadeiramente a reparação do mal causado, mas uma certa compensação á familia do fallecido, que carecia de alimentos, além das despesas feitas para o salvar, e com o funeral, como consequencia do homicidio.

Como era natural no homicidio involuntario, mas punivel nos termos do artigo 368.º do codigo penal, a obrigação pela reparação civil é muito menor, do que no homicido voluntario com premeditação, ou sem ella.

No homicidio involuntario ha apenas obrigação de prestar alimentos ás pessoas conjunctas do fallecido, que d'elles precisam, e por si os não podem haver, mas não vai esta obrigação além dos filhos menores, e dos ascendentes invalidos.

O projecto primitivo nem aos ascendentes invalidos, mas unicamente aos filhos menores, concedia alimentos no caso de homicidio involuntario. Mas a commissão revisora, logo nos trabalhos da primeira revisão, emendou esta doutrina nos termos que hoje se encontram no codigo.

No homicidio voluntario, porém, a obrigação de alimentos não abrange só os filhos, mas vai a todos os descendentes, bem como aos ascendentes invalidos ou não, e á viuva que d'elles precisar, em quanto não passar a segundas nupcias.

No homicidio involuntario tambem não ha obrigação de pagar as despesas feitas para salvar o offendido, e com o seu funeral.

As despesas mencionadas em o n.º 1.º do artigo 2384.º póde exigil-as do delinquente qualquer herdeiro, ainda que seja o Estado, cuja successão se regula exactamente pelas mesmas condições que a dos outros herdeiros, salva a obrigação de habilitar-se, que lhe é imposta pelo artigo 2008.º

Alimentos, porém, não os podem exigir senão as pessoas taxativamente designadas nos artigos 2384.º e 2385.º

Art. 2386.º Nos casos de ferimentos voluntariamente feitos, será obrigado o delinquente a indemnisar o ferido dos gastos que tiver feito no curativo, e dos lucros que tiver perdido por causa do ferimento; mas, se dos dictos ferimentos resultar aleijão ou deformidade, será o ferido indemnisado dos prejuizos, que de tal aleijão ou deformidade resultarem.

Art. 2387.º Nos casos de ferimentos involuntariamente feitos, mas puniveis, só haverá indemnisação pelos gastos do curativo e pelos interesses que o ferido perdesse por essa causa; e se o ferido padecer aleijão, ou qualquer outro

damno irreparavel, terá direito a metade da indemnisação determinada no artigo antecedente, se d'ella precisar.

Nos ferimentos, ou voluntarios, ou involuntarios, mas puniveis nos termos do artigo 369.º do codigo penal, não ha obrigação de alimentos á familia do offendido, ainda que elle fique absolutamente impossibilitado de trabalhar.

Mas em compensação é indemnisado o ferido dos gastos com o curativo, e dos interesses que deixou de recolher em consequencia do ferimento, ou este fosse voluntario, ou involuntario; e, além d'isso, são-lhe pagos os prejuizos resultantes do aleijão nos ferimentos voluntarios, e ametade d'essa indemnisação nos ferimentos involuntarios se d'ella precisar.

Mas como hão de calcular-se esses prejuizos, havendo duas incognitas, a renda annual e o tempo de vida do offendido?

A renda annual facilmente se calcula pelo termo medio do producto do seu trabalho nos ultimos annos; mas para calcular o tempo de vida não offerece o codigo base alguma.

Parece-nos, pois, que os termos da sentença condemnatoria deverão reduzir-se a marcar uma quota annual, que o offensor ou seus herdeiros deverão pagar ao offendido.

E poderá o offendido registar a obrigação do offensor, reconhecida na sentença, nos bens d'este?

Não, porque não ha hypothecas judiciaes pelo codigo. Póde, porém, exigir caução nos termos geraes de direito.

Ainda que os ferimentos, involuntariamente feitos, não sejam puniveis, a responsabilidade civil não póde deixar de abranger os lucros cessantes e damnos emergentes do lesado, vistos os artigos 2377.º a 2379.º

No artigo 2387.º ha um erro typographico: onde se lê—*referido*—deve lêr-se—*ferido*—. Tanto no projecto primitivo como nos da commissão revisora se lia—*ferido*—onde no codigo está—*referido*.

Art. 2388.º A indemnisação, mofivada por factos offensivos da liberdade pessoal, consistirá na reparação das perdas e dos damnos padecidos por essa causa.

Art. 2389.º A indemnisação por injuria, ou por qualquer outra offensa contra o bom nome e reputação, consistirá na reparação das perdas, que por essa causa o offendido realmente houver padecido, e na condemnação judicial do offensor.

Se a offensa foi de *liberdade pessoal*, como o carcere privado, a indemnisação civil consiste na reparação dos damnos soffridos por essa causa.

Se a offensa consistiu em injuria, a reparação civil consiste nas perdas, que por esse motivo soffreu o offendido, as quaes n'este caso hão de ser de custosissima liquidação; e tambem na condemnação judicial do offensor.

Para o homem de bem póde dizer-se que a unica reparação valiosa contra a injuria e contra a calumnia é a condemnação judicial do offensor.

Art. 2390.º Nos casos, em que a offensa resulte de imputação ou accusação de crime judicialmente feita, provando-se que houve dolo na dicta imputação ou accusação, consistirá a indemnisação na reparação de perdas e damnos; mas, se não houver dolo, a indemnisação consistirá tão sómente no pagamento das despesas do processo.

§ unico. O modo como estas disposições podem ser reduzidas a effeito, será regulado no codigo do processo.

A doutrina d'este artigo dá logar á duvida se ficam desde já alteradas as disposições do artigo 1164.º da reforma judicial.

A reforma judicial, como lei de processo, determina os casos e os elementos da reparação civil, ou antes entrega a sua determinação e fixação ao arbitrio do jury, tanto para o caso de se julgar provado, como de não se julgar provado, o crime.

Pela reforma era ao jury que cumpria decidir se havia dólo na accusação, e se, mesmo não o havendo, havia ainda logar a perdas e damnos, sem que a lei assentasse bases ou premissas, a que elle devesse subordinar o seu *veredictum*.

Ficava ao alvedrio do jury o decidir, se em favor do accusado havia logar a perdas e damnos, e se havia logar a elles em favor da parte accusadora.

Nem para fixar a importancia da indemnisação se dava norma alguma, senão a de que era indeclinavel a indemnisação se a accusação houvesse sido dolosa.

No caso de o jury dar por provado que houvera dólo na accusação, devia ser condemnado o accusador n'uma multa de 50$000 a 300$000 réis, metade para o accusado, e metade para a fazenda publica, e bem assim na reparação civil para o accusado; mas, ainda que o jury julgasse que não havia dólo, podia decidir que havia logar a perdas e damnos contra a parte accusadora.

Tinha portanto força o *veredictum* do jury, que declarasse haver logar a perdas e damnos, ainda que não houvesse dólo na accusação.

Veio o codigo penal, e determinou no artigo 104.º que sem *culpa* ou *negligencia* da parte do auctor do damno não podia elle ser obrigado a reparação.

No entender de alguns este artigo modifica o determinado na reforma, devendo o juiz formular o quesito:—se, não havendo dólo, houve todavia culpa ou negligencia, que determinasse a responsabilidade por perdas e damnos—; e sustentam que depois da publicação do codigo penal é nulla a decisão do jury, que julgar haver logar a perdas e damnos, não havendo dólo, se não exprimir claramente o seu pensar de que ha logar a perdas e damnos por culpa ou negligencia.

Cremos, porém, que o preceituado no artigo 104.º do codigo penal não é applicavel á questão, nem modificou o disposto nos artigos 1164.º e seguintes da Nov. Ref. Jud.

O codigo civil é que veio introduzir verdadeiras alterações nos preceitos da reforma, não impondo ao accusador doloso, além da reparação de perdas e damnos, a multa de 50$000 a 300$000 réis, metade para a fazenda e a outra metade para o accusado, como fazia a reforma, e não sujeitando o accusador sem dólo a pagar, como fazia a mesma reforma, mais perdas e damnos do que as despesas do processo.

Ficaria suspensa pelo artigo 2390.º do codigo civil esta doutrina da reforma na parte em que lhe é contraria, visto que a disposição do codigo não é dependente de ser regulada na nova lei de processo?

Estes artigos pouco têm com o processo; marcam apenas e definem os casos de responsabilidade civil, que póde tornar-se effectiva segundo os principios do codigo, mas em harmonia com o processo estabelecido na reforma judicial.

Podem cumprir-se perfeitamente os preceitos d'estes artigos sem incompatibilidade alguma com a actual lei de processo, porque não são absolutamente dependentes, para a sua execução, de repartições publicas ou d'outras instituições não creadas.

Os artigos 1165.º e 1166.º da Nov. Ref. Jud. firmaram o principio de que o accusador podia ter direito a indemnisação de perdas e damnos pelo facto criminoso, ainda que o accusado fosse absolvido; mas não davam norma alguma para fixar a quantia da indemnisação.

Deram esta norma os artigos 2384.º e seguintes do codigo para os casos de homicidio, ferimentos voluntarios, offensa da liberdade, injuria, violação de honra e virgindade, e privação de interesses materiaes.

Portanto, bem póde continuar o jury a julgar se o accusado é obrigado, não obstante a absolvição, á responsabilidade civil; e bem póde tambem continuar a fixar a importancia da indemnisação, mas regulando-se n'este ponto pelo disposto no codigo civil.

Por isso póde o jury continuar a decidir se houve ou não dólo na accusação; mas no primeiro caso consistirá a indemnisação só na reparação de perdas e damnos, e no segundo só no pagamento das despesas do processo.

Confessamos no entretanto que é muito duvidosa esta opinião, visto o § unico do artigo 2390.º, que parece deixar dependente do novo codigo de processo a execução d'estas disposições.

O projecto primitivo no artigo 2665.º, correspondente ao artigo 2390.º do codigo civil, ainda consignava dois §§ antes do § unico, que ali era § 3.º, para execução d'estas disposições, que eram formulados nos seguintes termos: «§ 1.º Ao jury compete, nos casos em que este intervenha no processo, determinar esta responsabilidade, sendo requerida, e fixar o quantitativo da indemnisação, sempre que isso seja possivel. § 2.º Se o jury não podér fixar o quantitativo, será este determinado por liquidação.»

Em seguida a este artigo continha mais dois, redigidos nos termos seguintes: «Artigo 2666.º Se a imputação, ou accusação judicial não provada, for feita pelo ministerio publico em cumprimento de suas obrigações, sómente poderá este ser responsavel por perdas e damnos, em caso de dólo manifesto. § unico. N'este caso se procederá, porém, segundo o disposto excepcionalmente no codigo do processo. Artigo 2667.º Se o accusado não for pronunciado, ou for despronunciado por via de recurso, em que o jury não intervenha, as perdas e damnos só podem ser demandadas ordinariamente.»

A commissão revisora, porém, logo nos trabalhos da primeira revisão eliminou estas disposições, de certo por pertencerem ao codigo de processo.

Art. 2391.º A indemnisação por violação de honra e virgindade consistirá no dote que o aggressor deverá dar á

offendida, conforme a condição e estado da mesma, se com ella não casar.

Pelo codigo penal, artigo 400.º, nos casos de estupro ou violação era obrigado o criminoso a dotar a mulher, ou casasse ou não casasse com ella, cessando sómente a pena no caso de se verificar o casamento.

Parece-nos, porém, mais juridica a doutrina do codigo civil, visto que o casamento, assim como faz cessar a pena nos termos do § unico do citado artigo 400.º do codigo penal, deve extinguir completamente quaesquer responsabilidades resultantes do facto criminoso.

Em accordão de 7 de junho de 1870, publicado no *Diario do governo*, n.º 145.º, de 4 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que póde requerer-se arresto nos bens do individuo que foi condemnado a dotar uma estuprada, e que pretende distrahil-os para se subtrahir ao pagamento do dote, visto que a sentença condemnatoria importa a *certeza de divida*, ainda que não fique por esse facto liquida ou liquidada.

Assim para o arresto basta a *certeza* de que se deve, ainda que não esteja fixado o *quantum* se deve.

Como, porém, o lesante só é obrigado a reparar o damno nos termos do artigo, se não casar com a offendida, ficará dispensado de a indemnisar se o casamento se não effectuar por elle não querer, ou por não poder? A redacção do artigo póde dar logar á duvida.

Nós, porém, entendemos que desde que não se effectue o casamento do aggressor com a offendida, qualquer que seja o motivo que impeça a realisação do matrimonio, é o lesante obrigado a reparar o damno.

O artigo não distingue; e, onde a lei não distingue, não póde o interprete fazer distincções.

Por outro lado seria iniquo que a offendida ficasse privada de reparação pelo facto de não querer associar-se ao homem que procurára infamal-a.

No entretanto muitos julgam duro que o estuprador fique sujeito á pena e á reparação civil, quando estuprador e estuprada consentem no casamento, e se oppõem a elle, por exemplo, os superiores da estuprada, que é menor.

Art. 2392.º A indemnisação por offensa de direitos adquiridos consistirá, se houver usurpação ou esbulho, na restituição do direito usurpado, com perdas e damnos, e, se houver simplesmente maleficio ou deterioração, na reparação de perdas e damnos.

§ 1.º Se a restituição da cousa não for possivel, reporá o aggressor o valor d'ella.

§ 2.º Se este valor não podér ser liquidado, supprir-se-ha a liquidação com a declaração jurada do lesado.

N'este artigo tracta-se da indemnisação por offensa *criminosa* de direitos adquiridos, como se exprimia no artigo (2669.º) correspondente o projecto primitivo, e como se mostra da epigraphe d'este capitulo, que se inscreve—*da graduação da responsabilidade proveniente de factos criminosos.*

Para a indemnisação dos damnos causados nos direitos adquiridos distingue o codigo com razão entre a *privação* do objecto, e a simples *deterioração* feita n'elle.

No primeiro caso a reparação só é completa restituido o objecto, ou o seu valor, e as perdas e damnos resultantes da privação d'elle. No segundo caso, como o objecto não foi subtrahido, não ha que restituil-o ou o seu valor, bastando pagar as perdas e damnos provenientes da deterioração causada.

Furtam-me um relogio, a indemnisação consiste na restituição do relogio ou do seu valor, com a importancia dos prejuizos que soffri em consequencia de estar d'elle privado.

Em vez de me furtarem o relogio, quebram-lhe, por exemplo, a móla ou a corda, hão de apenas reparar-me o damno causado por este facto.

Se a restituição não for possivel, nem houver elementos para fazer a liquidação do seu valor, o lesante, em pena do seu crime, será obrigado a indemnisar segundo o juramento do lesado.

As perdas e damnos, ou sejam provenientes de usurpação do objecto, ou de deterioração n'elle causada, é que em caso nenhum são liquidadas pelo juramento do lesado, porque o codigo o não determina expressamente.

TITULO III

DA RESPONSABILIDADE MERAMENTE CIVIL

CAPITULO I

DA RESPONSABILIDADE PROVENIENTE DA NÃO EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÕES

Art. 2393.º A responsabilidade, proveniente da não execução dos contractos, regular-se-ha pelas disposições dos arsigos 702.º e seguintes; a responsabilidade, que derivar de quaesquer outras obrigações, reger-se-ha pelos mesmos principios em tudo aquillo a que estes forem applicaveis.

(Vid. nota ao artigo 702.º)

CAPITULO II

DA RESPONSABILIDADE PELOS PREJUIZOS CAUSADOS POR ANIMAES, E POR OUTRAS COUSAS DO DOMINIO PARTICULAR

Art. 2394.º Aquelle, cujos animaes, ou outras cousas suas, prejudicarem a outrem, será responsavel pela satisfação do prejuizo, excepto provando-se que não houve da sua parte culpa ou negligencia.

Art. 2395.º Se algum edificio, que ameace ruina, cahir e prejudicar alguem, responderá pelo damno o dono do dicto edificio, provando-se que houve negligencia da sua parte em reparal-o, ou em tomar as precauções necessarias contra o desabamento d'elle.

(Vid. nota ao artigo 1.º) No artigo 117.º diz o codigo penal: «Em todos os outros casos, em que a responsabilidade pelos factos de outro procedem de convenção tacita ou expressa, e bem assim quando o damno, sem intenção criminosa de pessoa alguma, é causado pelas cousas que qualquer tem debaixo da sua guarda, ou por animaes, se observarão as regras de direito civil.»

Está pois n'este ponto de perfeita harmonia a legislação civil e criminal.

O pensamento do artigo 1.º do codigo está perfeitamente explicado no projecto de lei de Hespanha, onde os artigos correspondentes, 16.º e 17.º, são redigidos assim: «Artigo 16.º *Solo el hombre es susceptible de derechos y obligationes: en esto consiste su capacidad juridica ó su personalidade.* Artigo 17.º *No obstante lo declarado en el articulo anterior, la ley reconoce como personas juridicas, y por consiguinte com capacidod civil, al Estad, á las provincias, al municipio y demás corporaciones, establecimientos y associaciones reconocidos por el poder público y autorisados convenientemente.*»

CAPITULO III

DA RESPONSABILIDADE POR PERDAS E DAMNOS FEITOS PARA EVITAR OUTROS DAMNOS

Art. 2396.º Se, para evitar algum prejuizo imminente, que por outro modo se não possa impedir, se fizer algum damno em propriedade alheia, será esse damno indemnisado por aquelle a favor de quem for feito.

§ unico. Se o damno for feito em proveito de mais de um individuo, a indemnisação será paga por todos elles, na proporção do beneficio que cada um tiver recebido.

Art. 2397.º Quando o beneficio se estender a uma povoação inteira, ou quando o damno for ordenado pela auctoridade publica no exercicio de suas attribuições, a indemnisação será paga pelas pessoas em favor das quaes o damno for feito, sendo distribuida e paga na conformidade dos regulamentos administrativos.

Se para obstar ao desenvolvimento de um incendio, por exemplo, que ameaçasse devorar uma casa ou uma povoação, fosse derribado algum predio para evitar a communicação do fogo, ou por algum particular, ou por ordem da auctoridade publica, pagariam esse damno os beneficiados, em proporção do beneficio recebido com o sacrificio da propriedade alheia.

O valor do damno não é avaliado pelo beneficio recebido, mas pelo prejuizo effectivo. Póde ser pequeno o damno e grande o beneficio recebido, e *vice-versa* grande o damno e pequeno o beneficio recebido.

Mas o lesado só fica verdadeiramente restituido ao estado anterior á lesão, quando for devidamente indemnisado do damno que soffreu, sendo indifferente á sua posição juridica a importancia do beneficio recebido.

Sendo, porém, beneficiada mais de uma pessoa, ha de ser repartido por todos os beneficiados o valor do damno em proporção do beneficio que cada um recebeu.

Para a hypothese, prevista no artigo 2396.º, de ser causado o damno por algum particular em beneficio de propriedade tambem particular, prescrevia o projecto primitivo, no artigo 2675.º, que a quota, por que devia responder o interessado ou interessados, seria determinada arbitralmente.

A commissão revisora ainda conservou este preceito nos dois primeiros projectos; mas eliminou-o na ultima edição, deixando assim o arbitramento do damno, sujeito ás disposições do direito commum.

Conservou, porém, no artigo 2397.º, o preceito do projecto primitivo, artigo 2676.º, que mandava fazer a indemnisação em conformidade dos regulamentos administrativos nos dois unicos casos — de se estender o beneficio a uma povoação inteira, ou de ser ordenado o damno pela auctoridade publica no exercicio das suas funcções.

Mas ainda n'estes dois casos, se não houver regulamento administrativo que estatua o modo de determinar a indemnisação, ha de reger o direito commum.

O projecto primitivo fechava este capitulo com mais dois artigos, redigidos nos seguintes termos: «Artigo 2677.º Aquelle, que practicar algum damno, compellido por ameaças de males, a que não podesse resistir, sómente será responsavel pela reparação na falta dos auctores do maleficio. Artigo 2678.º Aquelle, que for constrangido a practicar algum damno por força physica irresistivel, não é obrigado á sua reparação: esta responsabilidade recahirá sobre os auctores da violencia.»

A commissão revisora, porém, eliminou aquelles artigos, logo nos trabalhos da primeira revisão, de certo por conterem principios juridicos tão universalmente reconhecidos, que escusado era consignal-os em preceitos legaes.

TITULO IV

DA RESPONSABILIDADE POR PERDAS E DAMNOS, PROVENIENTES DA INOBSERVANCIA DE REGULAMENTOS, OU POR DESLEIXO OU IMPRUDENCIA

Art. 2398.º Os emprehendedores, ou executores de edificações, quer proprietarios, quer empreiteiros da obra, os donos de estabelecimentos industriaes, commerciaes ou agricolas, e as companhias ou individuos constructores de estradas e de caminhos de ferro, ou de outras obras publicas, bem como os emprezarios de viação por vapor, ou por qualquer outro systema de transporte, serão responsaveis, não só pelos damnos ou prejuizos causados á propriedade alheia, mas tambem pelos accidentes, que, por culpa sua ou de agentes seus, occorrerem á pessoa de alguem, quer esses damnos procedam de factos, quer de omissão de factos, se os primeiros forem contrarios aos regulamentos geraes, ou aos particulares de similhantes obras, industrias, trabalhos, ou emprezas, e os segundos exigidos pelos dictos regulamentos.

§ 1.º Esta mesma responsabilidade recairá sobre aquelles, que, na feitura das obras, ou no exercicio das emprezas, profissões, ou misteres indicados n'este artigo, causarem ás propriedades alheias, ou ás pessoas, quaesquer damnos ou prejuizos, quando se verificar que voluntariamente deixaram de observar ou de fazer observar as regras communs e seguidas na praxe, para obviar a taes inconvenientes.

§ 2.º Se, para a existencia do damno, ou prejuizo, concorreu tambem culpa, ou negligencia da pessoa prejudicada, ou de outrem, a indemnisação será, no primeiro caso, diminuida, e no segundo rateiada, em proporção d'essa culpa, ou negligencia, como fica disposto no artigo 2372.º, §§ 1.º e 2.º

Este artigo não vinha no projecto primitivo, nem apparece nos dois primeiros projectos da commissão revisora.

Até certo ponto era escusado, porque encerra um preceito, consequencia do principio—que cada um responde pelo damno que causa—, e porque a sua doutrina vem prevenida nos regulamentos administrativos, nos regulamentos dos caminhos de ferro, nos relativos a estabelecimentos industriaes, e especialmente na legislação commercial.

Todavia a commissão revisora, de certo, em attenção á importancia, e mesmo á novidade dos assumptos, a que respeita o artigo, quiz consignar precisa e positivamente em disposição especial o que já se deduzia das provisões do codigo em geral.

Vid. regulamento de 31 de dezembro de 1864.

TITULO V

DA RESPONSABILIDADE POR PERDAS E DAMNOS CAUSADOS POR EMPREGADOS PUBLICOS NO EXERCICIO DAS SUAS FUNCÇÕES

Art. 2399.º Os empregados publicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsaveis pelas perdas e damnos, que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas pela lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei.

Art. 2400.º Se os dictos empregados, excedendo as suas attribuições legaes, practicarem actos, de que resultem para outrem perdas e damnos, serão responsaveis do mesmo modo que os simples cidadãos.

Os funccionarios publicos, no que practicarem contra ou fóra das provisões legaes, são considerados como simples particulares, e n'esta qualidade responsaveis.

Os empregados publicos, desde que ultrapassam a orbita das suas attribuições, não são considerados como funccionarios publicos, mas como desobedientes á lei, e na posição de simples cidadãos.

Por isso a Relação de Lisboa julgou em accordão de 4 de fevereiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 20, que a indemnisação dos damnos causados pelos vereadores, que no desempenho das suas obrigações excedem as provisões legaes, deve ser pedida aos mesmos vereadores pessoalmente, e não ao concelho, se este nenhum proveito tirou d'esses factos.

Estes artigos alteram fundamentalmente a provisão do codigo administrativo, artigo 357.º, onde se estabelecia a doutrina de que os funccionarios administrativos não podiam ser demandados, nem civil nem criminalmente, por factos relativos ao exercicio das suas funcções sem prévia auctorisação do governo.

Este preceito era excepção á regra geral, prescripta no artigo 199.º da Nov. Ref. Jud., de que toda a pessoa de qualquer estado, sexo, ou condição, que fosse, poderia ser citada por ordem do juiz sem prévia licença de alguma outra auctoridade.

É de notar que no decreto de 18 de julho de 1835, artigo 38.º, e no codigo administrativo de 1836, artigo 16.º, se empregavam as palavras—*magistrados administrativos*—, e que a lei de 29 de outubro de 1840, que auctorisou a codificação, contida no decreto de 18 de março de 1842, não applicou essa doutrina aos *funccionarios administrativos*.

Mas a demasiada amplitude d'estas expressões fez com que o privilegio contido no artigo 357.º do codigo administrativo fosse applicado ao reitor de um lyceu; e nas instrucções de 5 de abril de 1865, artigo 7.º, se applica o mesmo principio aos empregados das alfandegas.

Se o regedor de parochia estava ou não ao abrigo do privilegio, reconhecido no artigo 357.º do codigo administrativo, foi durante muito tempo objecto de duvida, sendo a este respeito contradictorias algumas portarias do governo, porque segundo o artigo 341.º do citado codigo administrativo o regedor de parochia não é magistrado administrativo, e só exerce as funcções de administração publica, que lhe forem delegadas por *commissão expressa* do administrador do concelho com prévia auctorisação do governador civil.

No entretanto tinha-se introduzido na práctica ultimamente o systema de applicar ao regedor de parochia, por quaesquer actos praticados no exercicio de suas funcções, a immunidade reconhecida no artigo 357.º do codigo administrativo; immunidade esta, que se ampliou até aos cabos de policia.

O codigo penal modificou já um pouco esta doutrina, dispondo no artigo 301.º, n.º 3, que só era sujeito a pena o juiz, que sem auctorisação do governo ordenasse o comparecimento em juizo, ou o interrogatorio, ou a prisão de algum empregado administrativo por crime commettido no exercicio das suas funcções, *depois* que o mesmo empregado, ou a auctoridade superior administrativa, tivesse reclamado perante elle contra o procedimento judicial não auctorisado.

Parece até deduzir-se d'aqui que, correndo o processo sem aquella reclamação, não havia nullidade, e mesmo que o empregado, e a auctoridade superior administrativa podia prescindir d'aquella garantia.

O codigo civil, porém, no artigo 2400.º, dispensa a auctorisação do governo para serem demandados *civilmente* os empregados que causarem perdas e damnos por terem excedido as suas attribuições legaes, e de qualquer ordem ou graduação que sejam, acabando assim com a differença que para este fim se fazia entre os funccionarios administrativos, e os que o não são.

Desde que os empregados publicos podem ser demandados, *do mesmo modo que os simples cidadãos*, pelas perdas e damnos que causarem por factos praticados com excesso das suas attribuições legaes, é evidente que a garantia consignada no artigo 357.º do codigo administrativo acabou quanto aos processos civis por perdas e damnos, e só subsiste com respeito aos processos crimes.

No projecto primitivo ainda essa garantia parecia reconhecida, porque n'elle vinha um artigo em seguida ao artigo 2680.º, correspondente ao 2400.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: «Sempre que a lei estabeleça expressamente uma fórma especial de processo para a effectividade da reparação, observar-se-ha o disposto na lei geral.»

Este preceito foi ainda conservado nos dois primeiros projectos da commissão revisora, sendo a final eliminado no projecto definitivo, que foi apresentado, como proposta de lei, pelo governo ás côrtes.

Tambem o artigo 2680.º do projecto primitivo correspondente ao artigo 2400.º do codigo tinha a seguinte redacção: «Se as perdas e damnos forem causados pelos dictos empregados, por quaesquer actos, que não estejam nas suas attribuições legaes, serão responsaveis do mesmo modo que os simples cidadãos.»

N'estes mesmos termos foi conservado nos dois primeiros projectos

da commissão revisora, dando-se-lhe no ultimo a redacção que tem no codigo, para ficar bem claro e inequivoco que os empregados publicos, de toda a ordem, eram responsaveis pelos damnos, provenientes de actos practicados dentro das suas funcções legaes, logo que no exercicio d'essas funcções houvesse excesso.

É aos tribunaes, porém, que compete apreciar se os funccionarios publicos demandados se houveram, ou não, *com excesso* no exercicio das suas funcções legaes.

Portanto não é hoje precisa auctorisação prévia do governo para demandar civilmente os funccionarios publicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, pelos damnos que causarem no exercicio das suas funcções, com quanto seja necessaria para serem demandados criminalmente os que gosam d'essa garantia.

Pelos damnos por elles causados fóra do exercicio das suas funcções, em que obram como meros particulares, é evidente que podem ser demandados, tanto civil, como criminalmente, sem licença do governo.

O costume dos tribunaes é sollicitarem do governo auctorisação para o andamento dos processos crimes instaurados contra os funccionarios publicos, que gosam d'essa garantia, logo que esses crimes tenham a mais leve sombra de referencia ao exercicio das suas funcções.

Sem embargo do disposto no codigo civil continuam os respectivos empregados a gosar da respectiva garantia quanto aos actos praticados antes da promulgação do codigo, porque a lei não tem effeito retroactivo.

Os herdeiros d'esses funccionarios não soffrem a responsabilidade criminal, porque esta não se transmitte, artigo 119.º do codigo penal. A responsabilidade, porém, de satisfazer as perdas e damnos transmitte-se com a herança, artigo 2366.º

Os herdeiros podem tambem invocar a garantia, de que gosava o auctor da herança, porque receberam d'elle os direitos e as obrigações nos mesmos termos, em que elle os possuia, salvo no que fosse puramente pessoal, artigo 2014.º

A garantia reconhecida no artigo 357.º do codigo administrativo é concedida não á pessoa, mas ao acto. Foi estabelecida, não no interesse pessoal dos empregados, mas no interesse da causa publica, para pôr ao abrigo de investigações e apreciações imprudentes e apaixonadas os actos da administração.

Art. 2401.º Os juizes serão irresponsaveis nos seus julgamentos, excepto nos casos em que, por via de recursos competentes, as suas sentenças forem annulladas ou reformadas por sua illegalidade, e se deixar expressamente aos lesados direito salvo para haverem perdas e damnos, ou se os mesmos juizes forem mulctados ou condemnados nas custas, em conformidade do codigo de processo.

Art. 2402.º O que fica disposto no artigo precedente não obsta ás acções, que podem ser intentadas contra os juizes, pelos crimes, abusos e erros de officio, que commettam no exercicio de suas funcções.

Era já do nosso direito velho a mulcta aos juizes, e a sua con-

demnação nas custas, quando o mereciam pela illegalidade dos seus julgamentos; assim como se acha estabelecido na reforma judicial, artigos 771.º e seguintes, e 1236.º e seguintes, o processo para perseguir os erros de officio e crimes commettidos pelos juizes e agentes do ministerio publico no exercicio das suas funcções, e nos artigos 787.º e seguintes, e 1241.º e seguintes, o processo para se lhes pedirem perdas e damnos.

No artigo 2401.º tracta-se da responsabilidade dos juizes por perdas e damnos em consequencia da illegalidade das suas decisões; responsabilidade que não obsta ao processo pelos crimes, abusos, e erros de officio, artigo 2402.º, podendo accumular-se na mesma acção uma e outra cousa, Nov. Ref. Jud., artigos 780.º e 1239.º

O processo por crimes, abusos, e erros de officio não está sujeito a restricção alguma, nem carece de licença de nenhuma auctoridade.

Na acção de perdas e damnos não succede o mesmo.

Pela citada reforma, artigo 1244.º, tambem se estabelecia a provisão de que nenhum juiz podia ser demandado por perdas e damnos sem permissão do tribunal que houvesse de julgar a acção, salvo se esse tribunal, por sentença passada em julgado, tivesse deixado á parte direito salvo para ella.

Pela mesma reforma, artigo 1241.º, nenhum juiz, ou agente do ministerio publico, podia ser condemnado em perdas e damnos, se não nos casos seguintes: 1.º nos crimes de peculato, peita, concussão ou suborno; 2.º nos casos de dolo; 3.º quando a lei o fizesse expressamente responsavel por perdas e damnos por alguma commissão ou omissão; 4.º quando houvesse denegação de justiça.

Este artigo modificou-o profundamente o codigo civil, garantindo a acção de responsabilidade por perdas e damnos, não só nos casos n'elle taxativamente marcados, mas em quaesquer outros, em que os juizes pela illegalidade dos seus julgamentos causassem algum prejuizo ás partes.

Adoptou assim sem grandes modificações o disposto no artigo 1244.º da mesma reforma, em quanto deixa a propositura da acção dependente de uma de duas circumstancias—ou da annullação ou reforma das sentenças, deixando-se expressamente direito salvo ao lesado para haver perdas e damnos—ou de os juizes serem mulctados ou condemnados nas custas.

Sem embargo das expressões finaes do artigo 2401.º—*em conformidade do codigo de processo*—julgamos que hoje mesmo, independentemente da publicação do novo codigo de processo, póde intentar-se a acção de perdas e damnos contra os juizes, sempre que elles sejam mulctados ou condemnados nas custas.

O codigo deixou o direito de demandar os juizes por perdas e damnos sujeito ás restricções prescriptas no artigo 2401.º, para favorecer a independencia do poder judicial, evitando que por todos os despachos podessem ser incommodados pelas partes, por melhor que fosse a intenção com que os tivessem proferido.

Em accordão de 29 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 159, de 21 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a Relação, usando da competencia que lhe dá a Nov. Ref. Jud., artigo 44.º n.º 2.º, e artigo 730.º, declarado no § unico da lei de 16 de junho de 1855, só podia condemnar os juizes inferiores nos termos do n.º 3.º do artigo 44.º da mesma Ref. Jud., isto é, quando se désse algum dos casos expressos nas leis, e pela fórma n'estas estabelecida, que taes casos foram taxados na Ord. liv. 1.º, tit. 6, § 20, e tit. 65, § 68, e liv. 3.º, tit. 20, § 10, tit. 21, § 4, tit. 47, § 2, tit. 63, §§ 2, 4 e 5, e tit. 70, § 7, com a limitação e declaração da Ord. liv. 1.º, tit. 65, § 9, que no accordão recorrido não se havia feito applicação da providencia contida no artigo 844.º da Nov. Ref. Jud., ampliada para diversas hypotheses na lei de 18 de julho de 1855, artigos 19.º a 21.º, nem era ahi applicavel o artigo 510.º da citada Ref., nem houvera nem podia haver processo disciplinar, e que o arbitrio de condemnar os juizes nas custas fóra dos casos expressos nas leis, podia coarctar-lhes o direito de apreciarem livremente as phrases e merecimento dos autos, conforme julgassem de direito.

Parece, porém, em vista dos citados artigos 510.º e 844.º da reforma que deve ser sempre condemnado nas custas *quem tiver dado causa a ellas*.

Art. 2403.º Mas, se alguma sentença criminal for executada, e vier a provar-se depois, pelos meios legaes competentes, que fôra injusta a condemnação, terá o condemnado, ou os seus herdeiros, o direito de haver reparação de perdas e damnos, que será feita pela fazenda nacional, precedendo sentença controvertida com o ministerio publico em processo ordinario.

Para a revisão de sentenças condemnatorias em materia criminal ha as providencias especiaes marcadas nos artigos 1263.º e seguintes da reforma judicial.

Pelo direito novo, no caso de ser executada sentença criminal, ou fosse proferida a requerimento do offendido ou do ministerio publico, porque o codigo não faz distincção, se depois se prova pelos meios competentes que foi injusta a condemnação, responde a fazenda nacional por perdas e damnos para com o condemnado ou seus herdeiros.

Apezar da redacção do artigo cremos que elle abrange a hypothese não só de estar inteiramente executada a sentença, mas de ter começado a executar-se.

LIVRO II

DA PROVA DOS DIREITOS E DA RESTITUIÇÃO D'ELLES

TITULO I

DAS PROVAS

CAPITULO I

DAS PROVAS EM GERAL

Art. 2404.º Prova é a demonstração da verdade dos factos allegados em juizo.

Art. 2405.º A obrigação de provar incumbe áquelle que allega o facto; excepto se tiver em seu favor alguma presumpção de direito.

(Vid. nota ao artigo 477.º) No projecto primitivo os artigos correspondentes, 2761.º e 2762.º, eram redigidos nos seguintes termos; «Artigo 2761.º Prova é a demonstração da verdade do assérto, ou do fundamento da acção, ou da defesa. Artigo 2762.º O que affirmar, ou seja auctor, ou seja réo, deve provar o seu assérto, ou sejam positivos, ou sejam negativos os factos em que se fundam; excepto se tiverem em seu favor a presumpção de direito.»

A commissão revisora, porém, alterou a doutrina do projecto primitivo, não só porque a prova é restricta á materia do facto, mas porque quem affirma factos *negativos* sem caracter algum de positividade não carece de proval-os, porque tem por si a presumpção de direito: os factos não se presumem.

Os factos carecem de ser provados, o direito não. O direito, ou é *positivo*, e tem sido publicado na folha official nos termos das leis, ou é *natural*, e está escripto na consciencia do homem; e por isso em caso nenhum carece de ser provado: basta ser invocado.

Por esta razão o projecto primitivo no citado artigo 2762.º, correspondente ao artigo 2405.º do codigo, continha um § unico, que era redigido nos seguintes termos: «Se as partes se fundarem na disposição da lei, a prova consistirá na simples citação da lei invocada, excepto nos casos em que possa ter logar a applicação da lei extrangeira não codificada, ou algum estatuto, ou postura municipal ou local, pois n'esse caso deverá, o que invocar similhantes disposições, provar a sua existencia.»

Este § está reproduzido no artigo 2406.º do codigo.

Dizem alguns que o artigo 2404.º parece estar em contradicção com o artigo 2408.º, porque, se não ha prova *sobre direito*, é falsa a definição do artigo 2408.º, e se a palavra—*direito*—empregada no artigo 2408.º se refere ao facto, ha redundancia em usar d'ella, porque no mesmo artigo se falla do facto.

Accrescentam tambem que o artigo 2408.º, admittindo só o reconhecimento *expresso*, está em contradicção com o § unico do artigo 2411.º, que dá effeitos á confissão tacita.

Não vale, porém, a pena involvermo'-nos n'essas discussões escholasticas. A definição de *prova*, dada no artigo 2404.º, está em harmonia com a que se encontra no artigo 939.º do codigo commercial; e o principio reconhecido no artigo 2408.º não prejudica o disposto no § unico do artigo 2411.º

O codigo não allude expressamente á divisão da prova em prova plena e meia prova, reconhecida no fôro antigo, e na Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr.

Todavia acceita até certo ponto essa idéa, porque nos artigos 2412.º, 2425.º e 2426.º emprega a linguagem—*prova plena*—, no artigo 2433.º falla de—*principio de prova*—, e no caso do artigo 2419.º deixa a apreciação da prova, resultante de exame ou vistoria, á prudencia do julgador.

Art. 2406.º Nos casos em que for invocado algum estatuto, ou postura municipal d'este paiz, ou alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle que tiver allegado tal estatuto, postura ou lei.

(Vid. nota ao artigo 9.º) A fonte d'este preceito é a Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 9, que diz assim: «E articulando-se do direito de outro reino, ou cidade, onde a demanda se não tracta, deporá e responderá a parte a tal artigo. Póde-se pôr exemplo. Em Florença ha Statuto, que o menor de dezoito annos não possa fazer testamento; se a parte fizer artigo do dicto Statuto, por entender ajudar-se d'elle em seu feito, responderá e deporá a parte contraria a elle. Porque por ser direito de logar certo, póde-se provar; e tudo o que se póde provar, se póde por direito articular, e por conseguinte a parte deporá a elle, porque o depoimento foi introduzido para que pela confissão feita por elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova.»

Portanto lei, só a extrangeira, por ser extrangeira, precisa de ser certificada, como qualquer facto. N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 10 de maio de 1867, sendo negada a revista por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de março de 1869, como tudo póde vêr-se a pag. 233, tom. 1.º da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*.

Em seguida ao artigo correspondente a este continha o projecto primitivo quatro artigos, em que estabelecia: que se o auctor provasse a sua acção, seria o réo condemnado á restituição ou indemnisação do direito offendido, e nas custas, com perdas e damnos, nos casos em que estes devessem ter logar; que se o auctor não provasse a acção proposta, seria condemnado nas custas do processo, e nas perdas e damnos, se fossem requeridos pelo réo, e o auctor houvesse procedido com dolo ou má fé; que sómente seriam tomados em consideração, no julgamento, os factos que fossem regularmente allega-

dos e provados na mesma causa; e que nenhum facto poderia considerar-se regularmente provado, não o sendo por algum dos meios de prova, admittidos pela lei, e com audiencia dos interessados, nos casos em que esta devesse ter logar.

A commissão revisora, porém, eliminou estes artigos, ou por pertencerem ao codigo do processo, ou porque alguns continham disposições de direito tão evidentes e universalmente reconhecidas, que escusado seria consignal-as, mesmo em lei de processo.

Art. 2407.º Os unicos meios de prova, admittidos por este codigo, são:

1.º A confissão das partes;
2.º Os exames e vistorias;
3.º Os documentos;
4.º O caso julgado;
5.º O depoimento de testemunhas;
6.º O juramento;
7.º As presumpções,

(Vid. nota ao artigo 686.º)

CAPITULO II

DA CONFISSÃO DAS PARTES

Art. 2408.º A confissão é o reconhecimento expresso, que a parte faz do direito da parte contraria, ou da verdade do facto por esta allegado.

Art. 2409.º A confissão póde ser judicial ou extrajudicial.

(Vid. artigos 2412.º e 2523.º) Confissão, segundo a define Pereira e Sousa, é a affirmação que se faz d'aquillo em que a parte contraria se funda.

Esta definição, como a do codigo, abrange o direito, o facto, e o não-facto.

A confissão divide-se em *judicial* e *extrajudicial*, não só em quanto á fórma por que se faz, artigos 2410.º e 2415.º, mas tambem quanto aos seus effeitos.

A confissão divide-se além d'isso em *expressa* e *tacita*, com quanto o codigo só reconheça a confissão *expressa*.

Diz-se *expressa* a confissão que se faz claramente por palavras, ou por escripto, e com animo deliberado, e *tacita*, que tem tambem o nome de *ficta*, a que a lei deduz de algum facto.

Aquelle que transige sobre o delicto reputa-se confessal-o; o que faz um pagamento vem a confessar que devia o que pagou, e, querendo repetil-o, incumbe-lhe a prova do erro; o contumax em depôr reputa-se confesso, etc. Mas contra a confissão ficta admitte-se prova em contrario em muitos casos.

Outros dividem a confissão em expressa, tacita e ficta. Dizem que a *expressa* é a que está definida no artigo 2408.º, que a *tacita* é a que se deduz de algum facto, como do facto de pagamento se deduz confissão de divida; e que a *ficta* tem logar quando a parte se recusa a depôr aos artigos, sendo para isso intimada judicialmente com a comminação de confessa, e sendo esta comminação julgada por sentença.

Não vale, porém, a pena discutir definições nem divisões; ao que é preciso attender é aos effeitos juridicos da confissão nos differentes casos marcados no codigo.

A divisão, que alguns fazem, de confissão em *simples* e *qualificada*, não tem hoje effeitos alguns juridicos.

Tracta o codigo primeiro do genero de provas, denominado *confissão*, porque a existencia d'esta prova exime em regra a parte da obrigação de produzir outra; e até se denomina por isso a rainha das provas.

A confissão é prova plena e superior ás outras provas. Pedro pede judicialmente a divida de 1:000$000 réis a Paulo; se Paulo confessa o pedido, é logo condemnado de preceito sem que Pedro seja obrigado a dar outra prova.

N'este caso não se precisa de sentença condemnatoria, basta um simples preceito, de que se extrahe mandado *de solvendo*, Ord. liv. 3.º, tit. 66, § 9. A confissão reputa-se sentença, porque o que confessa de certo modo se condemna a si mesmo.

A confissão não faz prova a favor de quem confessa, mas prejudica o confitente e os seus herdeiros.

Assim a confissão, que faz o marido, de haver recebido o dote da mulher, só a elle prejudica, e não aos crédores; a confissão de um socio, ou de um co-herdeiro, não prejudica o outro, etc.

A confissão extrajudicial nem sempre constitue prova plena, e n'alguns casos nem principio de prova, artigo 2416.º; quando a confissão judicial produz em regra essa prova.

A confissão judicial só não constitue prova plena nos casos em que a lei a declara insufficiente, como nas habilitações passivas em processo de execução, § unico do artigo 631.º da reforma judicial.

Tambem a confissão, artigo 2412.º, como o juramento, artigo 2523.º, é insufficiente a respeito de convenções que devam constar de documento authentico. Assim o comprador de bens immobiliarios no valor excedente a 50$000 réis não póde ser admittido a deferir juramento ao vendedor sobre a existencia do contracto, porque esse juramento nada lhe aproveitaria, visto que a compra não póde subsistir senão em presença de escriptura publica, artigo 1590.º, § 2.º; mas já lh'o podia deferir, se o valor dos bens não excedesse 50$000 réis.

Condemnam alguns a disposição do artigo 2523.º que, em contrario do prescripto na Ord. liv. 4.º, tit. 19, § 2.º, não admitte que nas convenções, que só devem ser provadas por escriptura publica, se possa recorrer ao juramento decisorio, porque julgam barbara a lei que não permitte a uma das partes deixar a decisão do seu direito á honra e á religião da outra.

É, porém, certo que o legislador, exigindo no interesse publico certas formalidades para prova da existencia de um contracto, não devia deixar ao arbitrio das partes o substituir essas formalidades por outro meio de prova.

Tambem é inadmissivel a confissão, e portanto o juramento (que é apenas uma confissão mais qualificada), se recáe sobre facto, cuja

investigação a lei prohibe, como se se tracta da investigação da paternidade illegitima fóra das condições prescriptas no artigo 130.º

Tambem não se admitte confissão, nem juramento, que recáia sobre direitos, a respeito dos quaes não é licita a transacção, visto que não póde terminar o pleito por mero consentimento das partes. Assim o conjuge, que requer a separação judicial de pessoas e bens, não póde requerer o juramento do conjuge demandado para a decisão do feito.

Sobre factos *criminosos* ainda é admissivel a confissão do réo, com quanto ella não suppra a falta do corpo de delicto, Nov. Ref. Jud., artigo 901.º

Mas o juramento sobre factos incriminados por lei é inadmissivel, artigo 2523.º, não só porque a acção publica nos crimes, em que tem logar, não póde ser elidida pelo simples consentimento das partes, mas porque ninguem deve ser obrigado a depôr com juramento sobre factos de que lhe resulta criminalidade.

O legislador não quiz collocar o litigante na dura alternativa de commetter um perjurio, ou de se accusar como auctor de um crime. Esta mesma doutrina é applicavel ao depoimento de parte que, segundo a Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 11, deve ser precedido de juramento.

Será admissivel o depoimento de parte e o juramento sobre factos que involvam torpeza para o depoente?

O codigo civil, prohibindo o juramento sobre factos reputados criminosos pela lei, comprehenderá n'esta disposição irritante tambem os torpes, por contrarios á moral e aos bons costumes?

A citada Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 11, só não obrigava a parte a depôr aos artigos que versassem sobre factos criminosos, ou que fossem taes que a parte incorresse em pena pecuniaria se os confessasse, mas não se referia a factos torpes, como quando se allegava coito illicito, doação feita á concubina, etc.

O codigo, no artigo 2523.º, tambem só prohibe o juramento sobre factos criminosos, sem se referir a factos torpes.

A razão, porém, parece ser a mesma. Será duro expôr a pessoa, que presta juramento decisorio, ou a revelar um facto, que por si involve torpesa, ou a commetter o delicto de perjurio.

Tambem a acção de juramento d'alma é inadmissivel sobre questões, em que não póde haver transacção, ou pela incapacidade das pessoas, como por haver um menor, ou pela natureza do objecto, como por estarem as cousas fóra do commercio, etc.

A confissão a respeito de terceiro não é verdadeiramente confissão, mas um testemunho, que deve regular-se pela doutrina das provas.

Art. 2410.º Confissão judicial é a que se faz, em juizo competente, por termo nos autos, nos articulados, ou em depoimento pela propria parte, ou por seu procurador com poderes especiaes.

Art. 2411.º A confissão judicial póde ser espontanea, ou ser feita em depoimento requerido pela outra parte; mas este só póde ser exigido;

1.º de pessoas habeis para estar em juizo;

2.º Sobre factos pessoaes certos e determinados, relativos ao objecto em questão, ou de que o depoente possa ter conhecimento.

§ unico. A parte requerida para depôr, sob pena de ser havida por confessa, será tida como tal, se a isso se recusar sem justa causa.

(Vid. artigos 2414.º, 2415.º, 2520.º e 2526.º) A confissão judicial é a feita em juizo contencioso, e n'um processo pendente. Se for feita em juizo conciliatorio, é extrajudicial authentica, por ter sido feita em auto publico.

A confissão judicial deve ser feita em juizo, e perante juiz competente. Não se diz judicial a confissão feita perante juiz incompetente, ou sómente perante o escrivão, sem a presença ou mandado do juiz, ou a feita ao juiz, como pessoa particular.

A confissão extrajudicial é a que se faz fóra de juizo, ou sem a assistencia do juiz, ou perante juiz incompetente.

A confissão só é *judicial*, sendo feita por algum dos modos taxativamente prescriptos no artigo 2410.º Se for feita n'um requerimento, por exemplo, como é feita *por modo diverso*, artigo 2414.º, carece de ser reduzida a termo para ser judicial.

A confissão feita em juizo deve ser reduzida a termo nos autos, e assignada pela parte que confessa, Ord. liv. 1.º, tit. 24, §§ 19 e 20. Não precisa porém de ser reduzida a termo para constituir prova plena a confissão feita em artigos, nem a que é feita por depoimento.

O depoimento de parte póde até ser requerido *ad perpetuam rei memoriam*.

Não póde, porém, ser obrigada a parte a depôr duas vezes na mesma causa, cit. Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 12, excepto se depois de abertas e publicadas as inquirições foi novamente informada do facto deduzido nos artigos, assento de 22 de maio de 1783, ou se os artigos forem outros, e relativos a factos diversos.

O codigo estabelece o *modo* como deve ser feita a confissão judicial, que é por termo nos autos, ou nos articulados, e em depoimento; e designa a *pessoa*, que póde fazel-a, que é a propria parte em depoimento, ou o seu procurador com poderes especiaes.

Realmente, olhando á redacção grammatical do artigo, parece que a propria parte não póde fazer a confissão, mesmo por termo nos autos, ou nos articulados, senão *depondo;* quando a confissão *por depoimento* não é a confissão por termo nos autos, nem a confissão nos articulados.

No projecto primitivo os artigos 2770.º e 2771.º, que se acham refundidos no artigo 2410.º, estabeleciam doutrina clara, e com boa redacção, porque se exprimiam da maneira seguinte:

«Artigo 2770.º Confissão judicial diz-se a que é feita em juizo competente pela mesma parte, ou seu procurador com poderes especiaes; confissão extrajudicial é a que é feita fóra do juizo.

«Artigo 2771.º A confissão, para ser havida como judicial, deve ser feita por termo nos autos, nos articulados, ou em depoimento.»

Vê-se pois que o projecto primitivo, em harmonia com a legislação anterior, e com os bons principios reguladores do processo, admittia tres modos de fazer a confissão judicial: 1.º por termo nos autos; 2.º por termo nos articulados; 3.º em depoimento.

Os mesmos tres meios admittiu a commissão revisora.

No projecto de 1864 o artigo 2452.º, correspondente aos artigos 2770.º e 2771.º do projecto primitivo, foi redigido nos seguintes termos: «Confissão judicial é a feita em juizo competente por termo nos

autos, nos articulados ou em depoimento, pela propria parte ou seu procurador com poderes especiaes.»

O projecto de codigo, apresentado ás côrtes em 1866, que era o ultimo projecto da commissão revisora, publicado em 1865, estava redigido assim: «Confissão judicial é a que se faz em juizo competente por termo nos autos, nos articulados ou em depoimento, pela propria parte ou por seu procurador com poderes especiaes.»

Ambos aquelles projectos tinham em seguida á palavra—*depoimento*—a virgula, que hoje se lê em seguida á palavra—*parte*—. Parecia pela redacção d'elles que a confissão podia ser feita de tres modos, ou por termo nos autos, ou nos articulados, ou em depoimento, e que em qualquer d'estes casos podia ser feita pela parte ou por seu procurador.

Foi transposta a virgula, ou por erro typographico, ou por deliberação da commissão de legislação da camara dos deputados.

Mas não póde attribuir-se á simples transposição de uma virgula a eliminação de um d'esses modos de confessar judicialmente; e tanto mais que repugna á logica juridica o admittir-se que a confissão feita pela propria parte por termo nos autos, ou nos articulados ha de ser feita por meio de depoimento: quando ou ha de ser feita em *depoimento*, ou por termo nos autos, ou nos articulados. Uma das fórmas exclue a outra.

É pois nossa convicção, que o codigo reconhece tres modos de fazer a confissão judicial, ou por termo nos autos, ou nos articulados, ou por depoimento; e é tambem corrente que a propria parte a póde fazer pessoalmente por qualquer dos tres modos.

Mas poderá a parte constituir procurador para o seu depoimento, quando para isso for requerida, assim como póde constituil-o para fazer a confissão nos autos, ou nos articulados?

Tem sido muito questionado se em vista do artigo 2410.º póde fazer-se o depoimento de parte por procurador, ou se continua em vigor o disposto na Ord. liv. 3.º, titt. 7 e 59, que não permittia á parte fazer-se representar por procurador para o seu depoimento.

Sustentam varios Jctos que tanto o depoimento de parte, como o juramento, fóra dos casos prescriptos no artigo 2522.º, podem ser dados por procurador.

Dizem que a intelligencia genuina e regular do artigo 2410.º, que não varia ainda que se colloque a virgula em seguida á palavra—*depoimento*—, é que a confissão judicial, que póde ser feita por tres modos, o póde ser tanto pela propria parte, como por seu procurador, que a confissão por procuração se refere a todos os tres modos de a fazer, e indubitavelmente ao ultimo—*o depoimento*—, que é a especie mais proxima.

Accrescentam que o codigo, ao passo que estabelece que o juramento, como *meio de prova*, não póde ser prestado por procurador, só o considera meio de prova quando é deferido por uma das partes á outra para *decisão* do pleito, ou quando é deferido pelo juiz a alguma das partes para *complemento de prova*, e que em nenhuma d'estas hypotheses se comprehende o depoimento de parte.

Finalmente dizem que o artigo 2410.º, admittindo o depoimento por procurador, ou ha de referir-se ao caso de ter este que depôr a artigos, ou não comprehende hypothese alguma.

Respondem alguns a estes argumentos, realmente ponderosos, dando grande importancia á deslocação da virgula, que nos projectos de codigo se achava collocada em seguida á palavra—*depoimento*—, e dizendo que na redacção do codigo as palavras—*ou por seu procurador com poderes especiaes*—são disjunctivas das que se lêem anteriormente—*ou em depoimento pela propria parte*—.

A suppressão da virgula, que se lia em seguida á palavra—*depoimento*—no proprio parecer e projecto da commissão de legislação da camara dos deputados, como se vê do *Diario de Lisboa*, n.º 186, de 24 de agosto de 1867, prova que o ultimo periodo—*pela propria parte ou por seu procurador com poderes especiaes*—é subordinado não á palavra—*depoimento*—, mas ás palavras—*confissão judicial*—, ficando assim entendido que o intermedio do procurador era admissivel para a confissão judicial, salvo o depoimento a artigos.

O certo é que o meio de procuração é incompativel com o depoimento, que é acto por sua natureza pessoal, artigo 1332.º; e nem o codigo, nem os projectos anteriores negaram expressamente ao procurador o fazer a confissão em depoimento, porque respeitaram a legislação anterior sobre um acto de processo, que era verdadeiramente estranho ao codigo civil.

A parte não póde dar procuração para outrem depôr por ella, como não póde dal-a a testemunha; e a natureza dos actos é identica.

O conhecimento dos factos é particular da pessoa, que foi chamada a depôr. Ainda que esta informe minuciosamente o seu procurador, não é possivel prevenir todas as instancias que a parte contraria poderá fazer-lhe na occasião do depoimento. Não é possivel pois constituir procurador para responder em nome d'outro, que ainda não sabe ao certo o que ha de ser-lhe perguntado.

Demais, em quanto não tivermos novo codigo de processo, deve seguir-se a legislação antiga, que não admittia o depoimento de parte por intermedio de procurador.

O artigo 2410.º determina que a confissão judicial póde ser feita por termo nos autos, ou nos articulados, ou em depoimento, pela parte, ou por seu procurador, mas não especifica os casos, nem o modo de ser feita pelo procurador, devendo portanto continuar a reger n'esta parte o direito antigo.

Não só o silencio do codigo sobre este ponto, e a natureza do acto fazem presumir que o depoimento é pessoal, mas outros artigos ha que confirmam esta opinião.

O codigo estabelecendo em o n.º 2.º do artigo 2411.º que a confissão judicial só póde recahir sobre factos *pessoaes* certos e determinados, e que a parte requerida para depôr sob pena de confessa será tida como tal, recusando-se a isso sem justa causa, bem mostra que o depoimento de parte é acto pessoal.

Demais, determinando o artigo 2520.º que o juramento, como meio de prova, não póde ser prestado por procurador, nem recahir sobre factos, que não toquem pessoalmente á parte, a quem é deferido, e não podendo o depoimento de parte ser prestado senão debaixo de juramento, é claro que não póde ser commettido a procurador.

Finalmente o Supremo Tribunal de Justiça decidiu em accordão de 2 de agosto de 1870, publicado no *Diario do governo*, n.º 183, de 18 do mesmo mez e anno, que não póde admittir-se o depoimento de parte por intermedio de procurador, ainda com o consentimento da outra parte.

Diz o accordão: «Mas, considerando que o despacho que admittiu a depoimento por procuração especial, não póde sustentar-se por não ser auctorisado pela disposição do artigo 2410.º do codigo civil, que, tractando da confissão judicial como meio de prova que póde ser feita por qualquer dos tres modos declarados n'elle, não tem nada que ver

com o depoimento da parte exigido pela outra sobre os factos articulados, que é por sua natureza pessoal; sendo certo, que se não fosse, como é, bem clara aquella disposição do citado artigo 2410.°, receberia illustração do artigo 2520.°, que não admitte o juramento como meio de prova prestado por procurador; não se podendo dizer fundadamente, que este artigo do codigo contem uma limitação que confirma a regra em contrario estabelecida n'aquelle que na verdade não é vista estar lá:» etc.

Desde este accordão é corrente no fôro, especialmente na comarca de Lisboa, o não se admittir depoimento de parte por intermedio de procurador.

Portanto, se um procurador se apresenta com poderes especiaes para *confissão:* ou a confissão é pura e simples, e nada mais ha que fazer, senão reduzil-a a termo nos autos, e homologal-a por sentença, que deve ser intimada á parte; ou os poderes são restrictos e clausulados, e se a parte contraria rejeita a confissão n'esses termos, continua a causa o seu andamento ordinario. Mas em caso nenhum se toma o depoimento ao procurador.

Temos pois que tres são os meios de fazer a confissão *judicial*, termo nos autos, ou nos articulados, e depoimento de parte, e que este ultimo meio é *pessoal*, não podendo ser exercido por procurador.

O depoimento de parte só póde ser exigido de pessoas *habeis* para estarem em juizo. Assim, não póde exigir-se este depoimento do tutor sem auctoridade do juizo, de furioso fóra do intervallo lucido, de mulher casada sem auctoridade do marido, etc.

Em accordão de 29 de janeiro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.° anno, n.° 19, julgou a Relação de Lisboa que não podia servir de base a um processo de execução, nem devia julgar-se comprehendido no artigo 219.° da Nov. Ref. Jud., um auto de conciliação, em que o tutor confessou dividas dos menores sem prévia auctorisação do juiz, nos termos do § 2.° do artigo 27.° da lei de 16 de junho de 1855.

O codigo, no § unico do artigo 2411.°, reconhece a confissão tacita ou ficta, a qual porém só produz os seus effeitos, fazendo-se expressa menção no requerimento, em que se pede o depoimento, de que se exige a comminação da pena de confessa, no caso de revelia sem justa causa, e essa comminação sendo julgada por sentença.

É preciso que a pena de confesso não só se commine na citação, mas se requeira no pedido para depôr.

Em accordão de 7 de agosto de 1869, publicado no jornal—*O Direito*, 1.° anno, n.° 43, julgou a Relação de Lisboa, que, tendo sido citado o réo com a pena de confesso no caso de revelia, e prestado o juramento de calumnia, e não tendo comparecido o citado, nem provado motivo algum da sua recusa, devia ser havido por confesso nos termos da Ord. liv. 3.°, tit 53, § 15.

A parte é obrigada a depôr, sendo para isso citada por despacho do juiz, com tanto que a parte que requereu o depoimento jure de calumnia.

Sem o juramento previo de calumnia, e sem estar contestada a lide, não tem logar o depoimento de parte, nem a pena de confesso, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 18 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.° 343.

A confissão feita nos articulados pela parte faz prova plena contra esta, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça, á face da Ord. liv. 3.°, tit. 50, § 1.°, em accordão de 16 de maio de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.° 138, de 22 de junho do mesmo anno.

Até as declarações feitas pelo advogado da parte fazem prova plena contra esta, nem precisam de subscripção da parte, porque se reputa escripto com informação d'esta o que o advogado articula, Ord. liv. 1.°, tit. 48, § 15, salvo se ella devidamente reclamar, como tambem julgou o mesmo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 11 de julho de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.° 185, de 19 de agosto do mesmo anno.

Mas o codigo, exigindo procuração especial para a confissão por termo nos autos ou em articulados, introduz uma modificação importante no direito anterior, que permittia a confissão feita por advogado em articulados, ainda que para isso não tivesse poderes especiaes, uma vez que não fosse reclamada pela parte estando o negocio *re integra*, como dispõe o artigo 465.° da Nov. Ref. Judicial.

O depoimento das partes aos articulados, visto não ser resultado de juramento decisorio ou suppletorio, nos termos do artigo 2522.°, não fica nos autos, como meio de prova para a decisão do pleito. É entregue á parte que o requereu em conformidade do artigo 466.° da Nov. Ref. Jud., que lhe reconhece o direito de valer-se, ou não, d'elle, como documento.

Entendem alguns que sendo hoje considerado o juramento na categoria das provas, artigo 2407.°, ha de ficar nos autos o depoimento de parte, julgando assim sem effeito o artigo 466.° da Nov. Ref. Jud., que o manda entregar á parte, permittindo a esta o valer-se ou não, a seu arbitrio, do depoimento do seu adversario, como documento.

Dizem outros que as disposições reguladoras do juramento judicial, decisorio e suppletorio, não são applicaveis ao depoimento da parte, embora este deva ser prestado precedendo juramento; e que até no citado artigo 2407.° se faz distincção entre o juramento e a confissão das partes.

O certo é que na jurisprudencia e no fôro continua a julgar-se para todos os effeitos em vigor o referido artigo 466.° da Nov. Ref. Jud. A parte póde confessar logo na primeira audiencia para que é citada, como do artigo 490.° da Nov. Ref. Jud. se infere, e por isso não póde dizer-se extemporanea a confissão n'esta occasião para os effeitos do artigo 2412.°

O termo de confissão, que não é assignado pela parte, ou por alguem a seu rogo, mas só pelo escrivão e por duas testemunhas, não é valido. Ainda que a Ref. Jud. omittiu a disposição do artigo 281.° do decreto de 16 de maio de 1832, segundo o qual os termos *prejudiciaes* ás partes só tinham validade, sendo por ellas assignados e por duas testemunhas, não revogou o disposto na Ord. liv. 1.°, tit. 78, § 4.°, quanto a escripturas, que estão nas mesmas circumstancias.

Em accordão de 21 de junho de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.° anno, n.° 30, julgou a Relação do Porto que o depoimento da parte, sendo requerido em tempo, é admissivel em todas as causas, mesmo nos embargos do executado, apezar do artigo 617.° da Nov. Ref. Jud., porque estes depoimentos se consideram documentos, nos termos do artigo 466.° da mesma reforma, assim como que o presidente da camara municipal é a pessoa competente para depôr no processo contra ella, visto o artigo 131.°, n.° 10 do codigo administrativo.

Entendem alguns que a acção de juramento d'alma, estatuida n'uma epocha em que a religião era chamada a intervir em todos os

assumptos, é hoje inadmissivel, e até iniqua, porque dá em resultado a condemnação do réo, que respeita o juramento, e a absolvição do que o despresa; e dizem que pelo menos devia ser restricta a muito poucos casos.

O réo, que confessa, ou é havido por confesso, não é condemnado em multa.

O juiz que se der por suspeito deve fazer a declaração por juramento, sob pena de nullidade, conforme dispõe a Ord. liv. 3.º, tit. 21, § 18, e julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 23 de abril de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 113 do mesmo anno, e em muitos outros casos.

Por ser pessoal o acto do juramento não póde ser referido, quando o seu objecto não é pessoal das duas partes, mas meramente pessoal d'aquella, a quem foi deferido, artigo 2526.º

Assim, como herdeiro de meu tio, demando a Pedro por 1:000$000 réis, que este lhe pediu emprestados, e defiro-lhe juramento sobre este facto. Elle não póde referir-m'o; porque é possivel que eu tenha conhecimento do facto, mas que não possa affirmal-o sob juramento, por não me ser pessoal. Mas é com certeza *pessoal* de Pedro.

Em accordão de 3 de fevereiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 374, julgou a Relação do Porto que o depoimento da parte dado n'outra causa, com quanto possa ter a força de confissão extrajudicial, nos termos do artigo 2415.º, não é a confissão judicial de que tractam os artigos 2410.º e 2411.º, porque a Ord. liv. 1.º, tit. 53, § 2.º, exige que o depoimento seja dado a artigos pertencentes ao facto de que se tracta, e porque o artigo 2411.º, n.º 2.º, do codigo exige que o depoimento judicial seja dado sobre factos pessoaes certos, determinados e relativos ao objecto da questão.

Em accordão de 23 de fevereiro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 91, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a confissão em articulados faz prova plena contra os confitentes, como é corrente em direito, e consignado nos artigos 2410.º e 2412.º do codigo civil.

Art. 2412.º A confissão judicial constitue prova plena contra o confitente, excepto:

1.º Se a confissão for declarada insufficiente por lei, ou se recahir sobre facto, cujo reconhecimento ou investigação a lei prohibir;

5.º Se produzir a perda dos direitos, que o confitente não possa renunciar, ou sobre os quaes não possa transigir.

(Vid. nota ao artigo 2408.º)

Art. 2413.º A confissão judicial só póde ser revogada por erro de facto.

(Vid. nota ao artigo 657.º) O erro de facto não prejudica o confitente, porque nada ha tão contrario ao consentimento; e por isso o que reconhece como verdade um facto contrario a ella, póde reparar o seu erro, justificando a verdade, que ignorava. Não succede o mesmo com o erro de direito, que não escusa, com tanto que se deva

naturalmente aquillo que com erro de direito se confessou dever. Por exemplo. Supponhamos que alguem legou uma quantia ao medico que lhe assistiu na ultima enfermidade.

Se o herdeiro confessa dever ao legatario a quantia legada no testamento, e depois se vale do novo testamento, em que o legado foi revogado, allegando a ignorancia d'elle, fica destruida a confissão, porque houve erro de facto.

Se o legado não foi revogado, e o herdeiro allega apenas que confessou com erro, ignorando ser prohibido por direito legar a favor dos medicos, que tractaram na ultima doença o testador, a confissão vale, porque houve sómente erro de direito, que não póde ser attendido.

A simples declaração posterior do confitente de que confessára o que não queria não é sufficiente para invalidar o termo de confissão. O erro ha de provar-se pelos meios ordinarios de prova, se a parte contraria o não confessa.

Em accordão de 15 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 367, julgou a Relação de Lisboa que a confissão de divida feita em escriptura publica não póde ser reclamada nos termos do preceituado na Ord. liv. 4.º, tit. 51, que não passou para o codigo.

Art. 2414.º Confissão extrajudicial é a que se faz por modo diverso do que fica estabelecido no artigo 2410.º

Art. 2415.º A confissão extrajudicial póde ser authentica ou ser particular. A authentica é a que se faz em escriptura ou auto publico; particular é a que se faz verbalmente, ou por escripto particular.

(Vid. nota ao artigo 2410.º)

Art. 2416.º A confissão extrajudicial, meramente verbal, é inadmissivel nos casos em que não póde admittir-se prova testemunhal: nos casos em que esta póde ser admittida, fica ao prudente arbitrio do julgador avaliar os seus effeitos, conforme as circumstancias e demais provas dos autos. A confissão por escripto particular será apreciada conforme as disposições dos artigos 2431.º a 2440.º

A confissão judicial é sempre escripta, e faz prova plena; e a extrajudicial authentica tambem.

A confissão por escripto particular ha de ser apreciada nos termos dos artigos 2431.º a 2440.º

Se é verbal, é inadmissivel nos casos em que não tem logar a prova testemunhal, porque a confissão puramente verbal não póde ser provada senão por testemunhas.

Assim a simples confissão da parte n'uma acção de venda de bens de raiz no valor excedente a 50$000 réis não faz procedente a acção, se nos autos não houver a escriptura publica de compra nos termos do artigo 1590.º, § 2.º do codigo.

Se porém for admittida a confissão como meio de prova ha de o juiz apreciál-a conforme as outras provas e mais circumstancias.

Art. 2417.º A confissão é indivisivel: não poderá, por isso, a parte, que d'ella se quizer aproveitar, acceitar o que lhe for favoravel, e rejeitar o que lhe possa ser prejudicial, salvo abrangendo a dicta confissão factos cuja falsidade se ache aliás demonstrada.

Sou demandado por 1:000$000 réis. Confesso que os devo, mas que já paguei ametade. O auctor não póde dividir a minha confissão, aproveitando-se da primeira parte e rejeitando a segunda. Presume-se que as differentes partes da confissão constituem um todo unico e completo, de modo que cada uma das suas partes foi inspirada, e está ligada ao pensamento total.

Em accordão de 6 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 165, julgou a Relação de Lisboa que, em vista da Ord. liv. 1.º, tit. 52 e artigo 2417.º do codigo civil, não é licito separar da confissão a qualidade com que é feita.

Segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, a pag. 358, em accordão de 20 de fevereiro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a indivisibilidade da confissão sómente se entende, quanto ao objecto controvertido, não havendo por isso offensa de lei na decisão que condemna de preceito o réo a prestar contas, tendo elle confessado essa obrigação, não obstante ser feita a confissão condicionalmente, se a condição se refere a assumpto não disputado no processo e independente d'aquella obrigação.

Se, porém, a confissão abrange factos, cuja falsidade está demonstrada, póde a parte aproveitar-se da parte da confissão que lhe convem, sem que a prejudique a negação dos factos, cuja falsidade está demonstrada nos autos.

No exemplo dado, se o réo confessa a divida, e declara que pagou ametade em junho, quando se mostra que em julho deu elle ainda caução ao pagamento total, póde o auctor aproveitar-se da primeira parte e rejeitar a segunda, que abrange um facto, cuja falsidade está demonstrada.

CAPITULO III

DAS VISTORIAS E EXAMES

Art. 2418.º A prova por vistoria ou exame é applicavel á averiguação de factos, que tenham deixado vestigios, ou possam ser sujeitos a inspecção ou exame ocular.

Art. 2419.º A prova que resultar da vistoria ou do exame, será avaliada pelo julgador, conforme as circumstancias e demais provas da causa.

Na ordem das provas occupa a vistoria o segundo logar, e por isso tracta o codigo d'este assumpto em seguida á materia da confissão.

Mas desde que o artigo 407.º classificou na categoria das provas o

caso julgado, que aliás pertence á classe das excepções peremptorias, devia collocal-o em segundo logar.

O codigo de processo, no artigo 3.º, comprehende o *caso julgado* na categoria das excepções, permittindo deduzil-o em qualquer estado do processo, em primeira ou segunda instancia, quando o interessado não tiver figurado por si no outro processo, porque fóra d'este caso especial ha de ser deduzido na contestação.

A vistoria, porém, com quanto seja um dos meios de prova mais importantes, não liga o juiz de modo que elle não possa preferir outras provas dos autos. Póde dar preferencia aos depoimentos das testemunhas, que conhecem os factos, sobre o arbitramento dos louvados, que não poucas vezes são apaixonados e parciaes nas suas decisões.

Antes da promulgação do codigo civil não era corrente no foro esta opinião. Os juizes respeitavam de tal modo a prova da vistoria, que na practica geralmente concediam segunda vistoria quando se argula a primeira de lesiva, com fundamento na Ord. liv. 3.º, tit. 78, a fim de não julgarem contra ella.

Hoje, porém, bem podem os juizes abandonar a antiga práctica, deixando de mandar proceder a nova vistoria com o fundamento de acharem lesiva a anterior, visto que não são obrigados a conformarem-se com ella, e hão de aprecial-a conforme as provas dos autos.

Depois da promulgação do codigo só serão obrigados a mandar repetil-a por não se terem n'ella guardado as formalidades legaes, nos termos do artigo 599.º da reforma.

Parecia ser este tambem o pensamento do projecto primitivo, que no capitulo correspondente continha um artigo (2780), que foi depois eliminado pela commissão revisora, que era formulado nos seguintes termos: «A vistoria póde repetir-se, se a primeira não tiver sido feita regularmente.»

Assim entendiamos nós tambem o direito velho. Todavia a práctica era outra.

É tambem nossa opinião que os juizes, quando tomarem as declarações aos louvados, deverão exigir e fazer lançar no auto de vistoria as bases em que elles se apoiaram para o arbitramento.

Não será nullidade a falta d'esta circumstancia, porque a lei a não commina, mas é de boa razão que os juizes appliquem a quaesquer vistorias quanto possivel o disposto no artigo 2094.º para melhor se esclarecerem os factos, e tanto mais que a vistoria os não obriga, porque elles devem aprecial-a conforme as circumstancias e mais provas da causa, em harmonia com o disposto no artigo 2419.º

De treze artigos, que tinha o projecto primitivo no capitulo correspondente a este, aproveitou a commissão revisora o primeiro e o ultimo (2778.º e 2790.º), correspondentes aos artigos 2418.º e 2419.º do codigo, e eliminou todos os outros por conterem materia de processo.

Nos artigos eliminados determinava-se, como seria ordenada, feita e repetida a vistoria; regulava-se a nomeação, o numero, recusa, suspeição, e inhibição dos louvados; comminava-se pena ao louvado que faltasse no logar e hora aprazados; e prescrevia-se que a vistoria fosse feita na presença e sob a direcção do julgador, com citação e audiencia das partes.

Em accordão de 1 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 125 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, vistos os artigos 673.º e 674.º da Nov. Ref. Jud., do despacho do juiz que determina officiosamente ou a requerimento de parte

uma vistoria, como meio ordenatorio do processo, só cabe recurso de aggravo no auto do processo, e não aggravo de petição ou de instrumento, que a jurisprudencia contraria coarcta o direito aos juizes da appellação de ordenarem depois de amplamente examinados os autos qualquer acto ou diligencia conforme o artigo 722.º da citada reforma, e que a Ord. liv. 3.º, tit. 17, §§ 3.º e 5.º, e tit. 78, § 2.º, auctorisam as segundas vistorias.

E em accordão de 21 de junho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 179, de 11 de agosto do mesmo anno, julgou aquelle tribunal que do accordão da Relação, que nega segunda vistoria, cabe recurso de revista, porque a decisão da segunda instancia, pelo facto de negar um meio de prova, que póde trazer damno irreparavel, assume a natureza de interlocutorio com força de definitivo.

Effectivamente na praxe do foro é admittida segunda vistoria, e a lei de 8 de julho de 1859, artigo 5.º, falla de *segunda* vistoria nos termos da lei geral do processo; assim como a lei de 16 de junho de 1855, artigo 27.º, § 4.º, falla da *segunda* avaliação por impugnação da primeira.

Tambem o Supremo Tribunal de Justiça decidiu em accordão de 13 de maio de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 141 do mesmo anno, que nos processos de expropriação por utilidade publica ha logar á segunda vistoria.

Em accordão de 28 de abril de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 393, julgou a Relação do Porto que devia ser feita com os mesmos louvados a segunda vistoria a que se procedia para, em complemento, supprir a deficiencia da primeira.

CAPITULO IV

DA PROVA DOCUMENTAL

Art. 2420.º Prova documental é a que resulta de documento escripto.

Art. 2421.º Os documentos, para o effeito da prova, podem ser authenticos ou particulares.

SECÇÃO I

DOS DOCUMENTOS AUTHENTICOS

Art. 2422.º É documento authentico o que foi exarado por official publico, ou com intervenção d'este, exigida por lei.

(Vid. artigo 2431.º) Na ordem das provas segue-se em terceiro logar a prova *documental*, ou *literal* como lhe chamava o projecto primitivo, ou *titulada* como n'algumas partes lhe chama o codigo, ou *instrumental* como outros a denominam.

A palavra—*instrumento*—, que no sentido mais amplo comprehende tudo o que póde instruir o juiz na decisão das causas, é propriamente empregada, como synonymo de documento, para designar a prova literal ou escripta, em opposição á prova testemunhal, do que é frisante exemplo a provisão do artigo 2429.º: e n'este sentido se usa frequentemente nas Ordd. liv. 1.º, titt. 78 e 79, e liv. 3.º, tit. 59.

Parece á primeira vista que o codigo acceita a palavra—*instrumento*—unicamente na accepção de documento authentico, não só porque o artigo 2429.º, em que se permitte a reforma judicial dos *instrumentos* extraviados ou perdidos, está na secção em que se trata dos documentos authenticos; mas porque o artigo 2523.º, em que se prohibe o juramento decisorio sobre convenções que só devem provar-se por *instrumento publico*, unicamente póde ser applicado áquellas convenções, para cuja prova se exige o documento exarado por official publico, ou com a sua intervenção.

No entre tanto o codigo adopta o mesmo pensamento da Ord., com quanto não applique expressamente a palavra—*instrumento*—aos documentos particulares.

Do artigo 2423.º, § 3.º, onde se definem os documentos authenticos extra-officiaes, nas palavras—*os instrumentos... exarados por officiaes publicos, ou com a sua intervenção*,—se conclue que ha *instrumentos* que não são exarados por officiaes publicos, nem com a sua intervenção, e que, portanto, ha instrumentos particulares.

Tambem a palavra—*escriptura*—se toma como synonymo de documento, e serve para exprimir tanto o documento publico como o particular, do que se encontram exemplos na Ord. liv. 3.º, tit. 25, § 10, tit. 59, § 4, etc.

Egualmente é empregada a palavra—*escriptura*—no codigo commercial, artigos 454.º, 591.º, 943.º, e outros, para significar o documento particular.

No codigo civil em parte nenhuma se encontra a palavra—*escriptura*—para designar o escripto particular.

Em todos os artigos, em que se usa, toma-se como documento lavrado nas notas do tabellião.

N'este sentido se encontra tambem na Ord. liv. 1.º, tit. 78, na lei de 16 de julho de 1855, artigo 36.º, na tabella dos salarios e emolumentos judiciaes de 30 de junho de 1864, artigo 86.º, e em muitas outras provisões legislativas.

Em geral as expressões—*escriptura publica*—designam apenas o documento lavrado por tabellião no seu livro de notas com os requisitos indicados no artigo 2495.º

As palavras—*auto publico*—, empregadas nos artigos 123.º, 439.º, e em tantos outros, significam o mesmo que documento publico, e equivalem a est'outras—*acto authentico*—usadas no artigo 193.º e n'outros,—*auto authentico*—usados nos artigos 858.º e n'outros, e—*acto solemne*—empregadas no artigo 2469.º

Todos estes papeis são exarados por official publico ou com a sua intervenção.

A palavra—*obrigação*—, empregada nos artigos 1684.º e 2438.º, têm a significação *de escripto*, como nos artigos 438.º a 440.º, e 1086.º a 1087.º do codigo commercial.

A primeira divisão dos documentos, e que se funda na sua causa efficiente, é em publicos e particulares.

Nos primeiros intervem sempre a auctoridade publica, representada pelos escrivães e tabelliães *publicos*, artigo 2422.º, e Ord. liv. 1.º, titt. 78 e 80.

Os escrivães ecclesiasticos não podem fazer instrumentos senão a respeito de cousas ecclesiasticas, Ord. liv. 2.º, tit. 20.

É caracteristico do instrumento particular o não intervir n'elle official publico, e não ter portanto fé publica.

Para ser publico o documento é preciso que seja exarado por official publico ou com a sua intervenção, e feito dentro do territorio da sua jurisdicção.

A divisão de documentos em authenticos e particulares admitte subdistincções, que é preciso examinar em face dos principios relativos ás condições dos documentos, e á sua força probatoria.

O codigo reconhece, além dos documentos authenticos e particulares, os documentos *authenticados*, os documentos reconhecidos como *authenticos*, e os escriptos particulares *legalisados*.

Estas cinco denominações representarão cinco categorias de documentos, distinctos na sua fórma, e diversos na sua importancia probatoria, ou serão mero luxo de terminologia juridica, significando algumas o mesmo pensamento?

Nos artigos 46.º, 858.º, 990.º, 992.º, 1149.º, n.º 3.º, 1196.º, 1469.º, 1619.º e n'outros, falla-se de documentos *authenticos* ou *authenticados*, mas em parte nenhuma se definem e se discriminam; e no entretanto é importante decidir se em todos os logares, onde o codigo exige documento authentico, como na hypothese do artigo 1741.º, póde supprir o documento authenticado.

É certo que o codigo, pela epigraphe das duas primeiras secções d'este capitulo, classifica os documentos em duas grandes categorias —*authenticos* e *particulares*—, parecendo que os authenticados cáem debaixo da epigraphe dos authenticos.

Mas tambem é certo que ao passo que n'uns artigos se contenta com o documento authentico ou authenticado, n'outros exige determinadamente o documento authentico sem menção nem referencia ao documento authenticado.

Documentos *authenticos* são as escripturas publicas, porque foram exaradas *por official publico*, e os testamentos cerrados, porque foram feitos *com intervenção* do official publico, *exigida* por lei, pois que o acto juridico era nullo se não fôra acompanhado do auto de approvação, lavrado por official publico.

Portanto o documento não póde ser authentico sem que na *sua constituição* tenha intervindo official publico. *Authenticado* ou *reconhecido como authentico* é de certo o documento que na *sua origem* foi particular, e a que posteriormente accresceu alguma solemnidade, que o tornou authenticado, ou reconhecido como authentico.

E nós havemos como synonymos, em face dos principios juridicos e dos artigos do codigo, a terminologia—*documento authenticado*—e—*documento reconhecido como authentico*.—

Nos artigos 1434.º e 1834.º, que não vinham no projecto primitivo, e que só appareceram no projecto da commissão revisora, publicado em 1864, falla-se de documentos *reconhecidos como authenticos;* e no artigo 2508.º de *escriptos particulares legalisados*, mas nos termos e com referencia expressa aos artigos 2432.º e 2433.º

A authenticidade está na chancella da auctoridade publica, que imprime nos documentos um testemunho tão irrefutavel, que nem póde admittir-se prova de testemunhas contra ou além do seu conteúdo. O pensamento do legislador n'esta parte foi não collocar os depoimentos dos particulares acima do testemunho da auctoridade, que a lei considera representante de uma importante funcção social.

Ora se é a intervenção do official publico que dá ao documento o caracter de authenticidade, segue-se logicamente que o documento não póde reputar-se authenticado, nem ser reconhecido como authentico, sem que n'elle intervenha o official publico.

No entretanto o artigo 2422.º parece não abranger na sua provisão os documentos authenticados, que no codigo apparecem em contraposição a authenticos, e que não fazem fé nos casos em que a lei exige expressamente documentos authenticos.

A *intervenção* do official publico, a que se refere o artigo 2422.º, entende-se a *immediata* no documento, e não a intervenção *posterior*, que apenas o authentica.

Mas em que termos ha de verificar-se esta intervenção? Para *completar* o documento não, porque se o official publico interviesse no seu complemento, seria elle authentico e não authenticado. A sua intervenção é só para lhe dar *authenticidade;* e portanto o meio de lh'a dar, e de o authenticar, é o *reconhecimento* nos termos do § unico do artigo 2436.º

Como na intervenção do official publico reside a authenticidade, desde que elle reconheceu o escripto particular, passou este de particular a authenticado.

Portanto o *reconhecimento*, que dá aos documentos particulares o caracter de authenticidade, não é o reconhecimento feito em juizo, mas o reconhecimento feito por tabellião na presença das partes e de duas testemunhas.

Mais se confirma esta opinião, attendendo a que nos artigos do codigo, em que se emprega esta terminologia, tracta-se de actos ou contractos anteriores ao reconhecimento judicial, que só tem logar depois de intentada qualquer acção.

Encontra ainda apoio esta opinião no artigo 1322.º, pelo qual documentos meramente particulares na *sua constituição*, por serem feitos sem a intervenção de official publico, *são havidos por publicos* desde que o tabellião os authentica por meio do reconhecimento, nos termos expressos no mesmo artigo.

Parece até que não ha differença entre documentos *authenticos* e documentos *publicos*, comparando o artigo 1322.º com os artigos relativos á prova documental.

E se o reconhecimento por tabellião, nos termos d'este artigo, *authentica* os documentos, pela mesma ou por maioria de razão deve authentical-os o reconhecimento judicial a que se refere o artigo 2435.º

E quaes são as circumstancias em que o titulo se deve haver *judicialmente como reconhecido*? Não as define o codigo.

Não estão de certo n'este caso os que têm unicamente reconhecimento authentico nos termos do n.º 1.º do citado artigo 2436.º

Com certeza deve ser tido *judicialmente como reconhecido* o titulo, que é opposto em juizo em conformidade do artigo 2435.º, e que o signatario citado para com juramento o reconhecer, sob pena de confesso no caso de revelia, a isso se recusa sem justa causa, artigo 2411.º, § unico.

Ha outra fórma de reconhecimento, feita nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, de que havemos de fallar no logar competente, que, com quanto dê muita força aos documentos, vista a disposição do artigo 2508.º, não lhes confere o caracter de authenticos, nem lhes dá absolutamente as mesmas garantias, como facilmente se vê da confrontação entre si dos dois artigos 2507.º e 2508.º; e nas palavras

—*documentos authenticos*—empregadas no artigo 2507.º, julgamos nós comprehendidos os documentos *authenticados* e *reconhecidos como authenticos*.

É duvidoso se dá aos escriptos particulares o caracter de *judicialmente habidos como reconhecidos* o reconhecimento em juizo por peritos, artigo 2418.º, visto que os documentos authenticos fazem prova plena, e os exames ou vistorias são avaliados pelo julgador segundo as circumstancias e demais provas dos autos.

Parece, todavia, que não podem deixar de considerar-se authenticados os que, não sendo authenticos, têm a mesma força probatoria pelo artigo 2432.º, e os que têm reconhecimento authentico na fórma do artigo 2486.º, § unico.

Outros, porém, julgam que o documento *authenticado* é o escripto e assignado pela pessoa, em cujo nome é feito, que é por esta, ou seus representantes reconhecido, ou havido *judicialmente*, como reconhecido nos termos do artigo 2432.º, e o escripto tão sómente *assignado* pela pessoa, em cujo nome é feito, e por ella reconhecido, ou por seus herdeiros e representantes, em conformidade do disposto no artigo 2433.º

Dizem que só os documentos n'estas condições podem dizer-se authenticados, porque só estes têm o mesmo valor dos authenticos; e que em tal caso se não comprehende o documento com reconhecimento authentico, estabelecido no artigo 2436.º, n.º 1.º, que não serve senão para fixar a data do titulo, e para nada mais.

É razoavel dar a mesma authenticidade aos documentos particulares, reconhecidos por tabellião na presença das partes e de duas testemunhas, que aos exarados por este ou com sua intervenção, porque o reconhecimento n'aquellas condições, e com aquellas formalidades, equivale e dá as mesmas garantias de authenticidade, que tem o documento *primitivamente* exarado por official publico ou com a sua intervenção.

Escriptos *legalisados* podem reputar-se tambem synonymos de authenticados.

Apparecem exemplos de legalisação de documentos no regulamento consular de 26 de novembro de 1851, artigo 169.º, e no regulamento de registro predial de 28 de abril de 1870, artigo 92.º, e sobre tudo na carta de lei de 24 de maio de 1837, pela qual a secretaria d'estado dos negocios da marinha e ultramar é a unica estação competente para *reconhecer* e *legalisar* quaesquer assignaturas em papeis de publico ou particular interesse, que forem do reino para as provincias ultramarinas, a fim de ali produzirem o seu devido effeito, bem como as assignaturas n'aquelles papeis que das referidas provincias vierem a este reino para o mesmo fim; e a carta de lei de 15 de novembro de 1844 menciona no artigo 1.º o emolumento que deve levar-se por cada *reconhecimento* e *legalisação* feito n'estas condições.

Não é porém a esta legalisação que se refere o artigo 2508.º, mas sim aos escriptos authenticados com a intervenção de official publico.

Tem-se dicto que depois da promulgação do codigo podem os tabelliães fazer escrever por outrem os contractos no livro das notas, bastando a sua subscripção e assignatura para authenticar o acto, devendo assim suppôr-se revogadas as Ordd. liv. 1.º, tit. 78, § 4.º, e liv. 4.º, tit. 80, que ordenam que os tabelliães escrevam nos livros das notas os contractos e testamentos.

Quanto aos testamentos não póde ser dispensada a escripta por tabellião, mesmo em face do codigo, que a exige expressamente nos testamentos *publicos*, artigos 1912.º e 1914.º, no testamento militar a respeito das pessoas que tomam o logar de tabellião, artigo 1945.º, no testamento maritimo, artigos 1949.º a 1951.º, no testamento feito em paiz extrangeiro, artigo 1962.º; e não póde tambem ser dispensada nos testamentos cerrados quanto aos autos de approvação, artigos 1922.º, 1924.º e 1964.º

Porém, quanto aos contractos produzem-se os argumentos seguintes:

1.º Que os artigos 2422.º e 2423.º § 3.º, qualificam de *authenticos* os documentos exarados com a intervenção de official publico nos casos em que por lei é exigida, e destinados á verificação de contractos, ou á conservação, ou á transmissão de direitos; e que a sua intervenção se revela na subscripção e assignatura do documento.

2.º Que o artigo 2495.º, n.º 9.º, só enumera entre os vicios que podem elidir a força probatoria dos documentos extra-officiaes a falta de assignatura e signal do official publico, bastando por isso a assignatura e o signal para authenticar o acto.

3.º Que permittindo a lei de 11 de dezembro de 1861, artigo 5.º, aos tabelliães ter ajudantes para os substituirem temporariamente em todas as funcções do seu ministerio, por maioria de razão lhes deveria ser permittido o empregar esses ajudantes *simplasmente* na escripta sob a sua direcção e responsabilidade.

4.º E que os artigos que mandam escrever pelo proprio punho do tabellião as disposições relativas a ultimas vontades não prejudicam a procedencia d'estes argumentos, por isso que nos termos do § unico do artigo 2495.º estão resalvadas as providencias para casos especiaes, que só a elles devem ser restrictas nos termos do artigo 11.º

No entretanto apezar da força que reconhecemos n'estes argumentos, somos de opinião que o codigo civil não alterou o estabelecido nas leis do tabellionado, e que só dá força á intervenção do official publico nas condições marcadas na legislação respectiva.

E na camara dos srs. deputados está pendente um projecto para auctorisar os tabelliães a fazerem escrever por outrem no livro das notas authenticando elles com o acto a sua assignatura, excepto nos testamentos, e n'outros casos especiaes, em que hão de escrever pelo seu proprio punho.

Art. 2423.º Os documentos authenticos ou são officiaes, ou são extra-officiaes.

§ 1.º São documentos authenticos officiaes os que foram exarados ou expedidos pelas repartições do estado, camaras municipaes, ou auctoridades ecclesiasticas prepostas á administração das dioceses, e, bem assim, os actos judiciaes e os documentos lançados nos registos de todas as repartições publicas, quer extinctas, quer existentes.

§ 2.º Serão considerados como registos publicos, para a qualificação da authenticidade dos documentos, os tombos das corporações ecclesiasticas extinctas, conservados em qualquer estação publica, quando houverem sido compilados em virtude de provisões regias e na fórma por ellas determinada.

§ 3.º São documentos authenticos extra-officiaes os instrumentos, actos ou escripturas, exarados por officiaes publicos ou com sua intervenção, nos casos em que por lei é exigida, e destinados á verificação dos contractos ou á conservação ou á transmissão de direitos.

Art. 2424.º Os documentos avulsos, guardados no archivo geral do reino, denominado—Torre do Tombo—, ou em outras repartições do estado, só podem ter a qualificação de authenticos estando nas circumstancias dos mencionados no § 1.º do artigo antecedente.

(Vid. artigo 2497.º) O projecto primitivo, em vez da divisão de documentos em officiaes e extra-officiaes, usava de outra denominação, mas com a mesma significação, distinguindo-os, segundo diziam respeito a actos de interesse publico e geral, ou a actos de simples interesse particular.

N'aquelle projecto o artigo 2794.º, correspondente ao artigo 2423.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Os documentos authenticos podem dizer respeito a actos de interesse publico em geral, ou a actos de simples interesse particular: pertencem á primeira classe os registros publicos, e quaesquer actos judiciaes ou administrativos; pertencem á segunda classe as escripturas publicas ou instrumentos destinados á verificação de quaesquer contractos, ou transmissões de direitos particulares entre vivos»

Assim é documento authentico official o accordão de uma Relação, ou um decreto sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo; é documento authentico extra-official o contracto, ou testamento, exarado no livro de notas de tabellião.

A divisão dos documentos authenticos em *officiaes* e *extra-officiaes* é muito importante, como se mostra dos artigos 2425.º e 2426.º, porque, se aquelles constituem geralmente prova plena, estes não fazem prova com offensa de direitos de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto.

Pelo codigo, pois, têm mais força do que as escripturas publicas os actos judiciaes que pelo direito anterior eram equiparados a ellas, Ord. liv. 1.º, tit. 24, § 21, e tit. 79, § 14.

São considerados como registos publicos os *Tombos* das corporações ecclesiasticas, que são uma especie de inventarios com o arrolamento das propriedades, e designação dos possuidores na epocha em que se fazem, e com a descripção dos direitos e encargos inherentes aos predios.

Estes tombos porém só são equiparados aos registos publicos, verificando-se simultaneamente os requisitos seguintes:

1.º Que as corporações estejam extinctas; 2.º que elles estejam conservados em qualquer *estação publica;* 3.º que tenham sido *compilados* em virtude de provisões regias; 4.º que a compilação tenha sido feita *na fórma* determinada pelas mesmas provisões.

Verdadeiramente só têm fé publica os livros ecclesiasticos que dizem respeito aos baptismos, casamentos e obitos, salvo quando lei especial lhes dá authenticidade, como succede a respeito dos livros censuaes da Basilica de Sancta Maria pelo decreto de 21 de fevereiro e provisão de 18 de maio de 1780.

Os Tombos com estes requisitos dão todas as garantias de verdade e authenticidade, de modo que os traslados d'ahi extrahidos têm a mesma força que se fôram extrahidos dos cartórios das camaras municipaes, ou de qualquer repartição do estado.

O primeiro e principal archivo nacional, onde se guardam e conservam, como monumentos historicos e de jurisprudencia, diversos registos, livros, originaes, etc., é a Torre do Tombo, cujas certidões têm fé publica; e no caso de contestação da sua authenticidade, se os documentos d'onde forem extrahidas tiverem data anterior ao seculo XVI, deve fazer-se o exame n'aquella repartição, artigo 2497.º

Os documentos originaes, no caso de exame, não devem sahir das repartições publicas, onde se acham, ou tenham data anterior ou posterior ao seculo XVI, ou estejam no archivo da Torre do Tombo, ou em qualquer outra estação publica; porque em regra os documentos não sahem das repartições publicas onde se acham; e com relação ás conservatorias são expressos n'este sentido os regulamentos de 14 de maio de 1868, e de 28 de abril de 1870.

Se a acção corre em juizo diverso d'aquelle onde é sita a repartição publica, em que se acha o documento que deve ser examinado, o juiz do processo ha de deprecar ao juiz da situação da repartição publica para este proceder ao exame, e é o juiz deprecado quem por officio ha de dirigir-se ao chefe da respectiva repartição publica para este pôr á sua disposição em dia e hora certa o documento que ha de ser examinado.

O codigo, porém, parece ter estabelecido uma excepção a esta regra com respeito aos documentos existentes na Torre do Tombo, conforme se mostra do artigo 2497.º e seu § unico. Em vista d'este preceito o exame do documento não é feito na presença do juiz, nem por este ordenado, é um exame diplomatico ordenado pelo guarda-mór do archivo; e o juiz, onde corre o feito, se é extranho á comarca de Lisboa, não depreca ao juiz d'esta cidade, mas requisita directamente do guarda-mór do archivo o exame diplomatico do documento.

Por direito antigo, para se extrahirem certidões da Torre do Tombo, devia preceder provisão do Desembargo do Paço, dirigida ao guarda-mór do archivo, Ord. liv. 3.º, tit. 61, e regimento do Dezembargo do Paço, § 47.

É porém de notar que o preceito do artigo 2497.º rege apenas para os documentos anteriores ao seculo XVI, cuja authenticidade é contestada, e que requerem um exame diplomatico.

Mas supponhamos que o documento é posterior áquella data, e que se requer, não um exame diplomatico, mas um exame judicial, por exemplo, para comparar o traslado com o original, nos termos do artigo 2500.º do codigo civil, não poderá o juiz de Lisboa, ou como juiz do feito, ou como juiz deprecado, assistir e presidir ao exame?

Entendemos que sim; e que o guarda-mór, depois de requerido pelo juiz para permittir o exame, o deve consentir dentro do archivo.

Art. 2425.º Os documentos authenticos officiaes constituem geralmente prova plena.

Art. 2426.º Os documentos authenticos extra-officiaes fazem prova plena, quanto á existencia do acto a que se referem, excepto n'aquillo em que possam involver offensa de direitos de terceiro que não fosse parte no mesmo acto.

(Vid. artigos 2507.º e 2508.º) Os documentos authenticos extra-officiaes fazem prova plena quanto á *existencia do acto*.

O instrumento publico só faz prova contra os que n'elle intervieram, e contra os seus herdeiros e successores.

Instrumento publico celebrado entre dois não prova contra terceiro, nem a favor de terceiro, porque a cousa que é tractada entre uns, não aproveita, nem prejudica a outros. Por exemplo, se no contracto da venda se denuncia que a casa do vendedor tem direito de servidão sobre a casa visinha, esta enunciação não faz prova contra o dono da casa visinha, que não foi parte no contracto.

Prova, porém, ainda contra terceiro o acto e a existencia da convenção, isto é, que effectivamente houve a venda do predio no tempo que consta da escriptura, em virtude da fé publica que tem o official que interveio no documento.

O acto não prova senão a convenção em si, isto é, as cousas que o official publico era competente para attestar, como a presença das partes, a declaração da sua vontade, etc.; mas não constitue prova plena quanto ás declarações que o official publico não era absolutamente competente para constatar, como que as partes estavam em seu juizo, etc.

Se o tabellião e testemunhas são cridos sem recurso na attestação dos factos que cahem debaixo dos sentidos, não tem a mesma força o seu depoimento sobre factos do espirito, como é a livre vontade, ou o estado das faculdades intellectuaes.

O tabellião e as testemunhas podem attestar que na sua presença se exprimiu a parte com inteira liberdade, mas não podem attestar com a mesma segurança se ella veio fazer aquellas declarações ou disposições movida por ameaças ou receios de mal futuro.

A liberdade da vontade é um estado da alma, que nem sempre se revela aos sentidos externos: póde achar-se a parte debaixo de uma formidavel coacção sem o tabellião e as testemunhas darem por isso.

O tabellião pois e as testemunhas podem attestar as declarações e disposições feitas pela parte, mas não o estado de liberdade do seu espirito no momento de fazer essas disposições, porque é um facto psychologico, que escapa facilmente á observação dos sentidos.

O mesmo dizemos a respeito do arranjo das faculdades intellectuaes. O tabellião e as testemunhas podem declarar que no *seu entender* a parte estava em seu perfeito juizo; mas a sua attestação não tem tal caracter de authenticidade, que exclua qualquer prova em contrario, independentemente de ser arguido de falso o documento.

E contra ou além do conteúdo dos documentos nem é admissivel a prova testemunhal se elles não forem arguidos de falsidade, artigo 2507.º

Se o acto declara, por exemplo, que o emprestimo vence juros, ou que o dinheiro emprestado foi na presença do tabellião contado e entregue ao devedor, não se admitte prova testemunhal contra esta declaração.

Já o nosso codigo commercial dispunha no artigo 594.º que nas companhias, nas sociedades com firma, nas de capitaes e industria, e nas parcerias mercantis, não é admissivel prova de testemunhas contra, ou além do conteúdo nos instrumentos do contracto, nem contra o que se allegasse haver-se dicto antes da escriptura, ao tempo d'ella ou depois, qualquer que fosse a quantia de que se tractasse.

Este artigo era a transcripção fiel do artigo 1341.º do codigo civil francez.

Não se admitte tambem o depoimento de testemunhas para provar cousas que o acto não declara, isto é, *além* do conteúdo do acto, como se se quer provar que a divida vence juros sem o acto mencionar esta condição, ou que se estipulou termo ou logar para o pagamento, ou qualquer outra clausula ou condição, que não seja expressa no contracto.

A razão é porque se presume que as partes em actos tão solemnes inseriram no contracto *todas* as clausulas que queriam, e *só* as que queriam, e porque não deve ficar a validade de acto tão solemne dependente da contingencia da prova testemunhal.

Póde, porém, atacar-se por simulado o acto, cuja existencia o tabellião attesta no documento. Assim não póde contestar-se, sem arguir de falso o documento, o facto da numeração e entrega do dinheiro, tendo o tabellião portado por fé que elle foi contado e entregue. Mas póde allegar-se a simulação, isto é, que a contagem e a entrega do dinheiro foi ficticia, sem arguir o documento de falso, e sem se atacar a fé devida ao acto, porque não se nega que o tabellião visse contar o dinheiro.

O documento, sem ser arguido de falso, póde ainda ser atacado por motivo de erro, dólo ou violencia, segundo os principios geraes de direito. É verdade que da confrontação dos artigos 2507.º e 2508.º parece resultar que a prova testemunhal só é admissivel contra os documentos authenticos, sendo arguidos de falsidade, e não, sendo arguidos de erro, dólo ou violencia, aliás usaria o legislador no final do artigo 2507.º, dos mesmos termos com que fecha o artigo 2508.º

No entretanto é de tal maneira absurda a conclusão, que não podemos acceital-a sem contrariar todas as doutrinas do codigo sobre erro, dólo e violencia, e tanto mais que ella só se deduz por argumento *a contrario sensu*, sempre inacceitavel quando se oppõe aos principios.

Com relação aos testamentos mandam os artigos 1913.º e 1922.º, que o tabellião e testemunhas se certifiquem de que o testador estava no seu perfeito juizo e livre de coacção; e a mesma obrigação procede com relação aos contractos, apezar do silencio do codigo a este respeito.

As disposições consignadas n'este capitulo sobre a legalidade e authenticidade dos documentos não destróem nem prejudicam o disposto n'outro capitulo sobre a capacidade e consentimento dos contrahentes.

Os contractos podem rescindir-se por incapacidade dos pactuantes, artigo 687.º; e são nullos os actos juridicos em que interveio erro, dólo, ou coacção, artigos 656.º a 663.º

Conseguintemente os documentos authenticos, como os legalisados, além de poderem ser arguidos de falsidade, podem ser atacados por motivo de erro, dólo, ou violencia.

A força probatoria dos documentos não póde confundir-se com as condições de capacidade para contractar requeridas nos pactuantes, e portanto as disposições sobre um dos assumptos são independentes das que regem o outro.

Assim, nós julgamos applicavel aos documentos authenticos, e portanto aos authenticados e havidos como authenticos, o disposto no artigo 2508.º para os escriptos particulares legalisados.

Em accordão de 14 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 216, julgou a Relação de Lisboa a nullidade de um testamento por ter sido extorquido ao

testador, admittindo para isto a prova testemunhal, e prova testemunhal estranha ás testemunhas instrumentarias.

Tambem se mostra da redacção dos artigos que a prova testemunhal é inadmissivel, ainda havendo começo de prova por escripto, porque a lei a rejeita absolutamente, ou venha só, ou como auxiliar de outra especie de prova.

Mas a prova testemunhal só é inadmissivel para combater a parte propriamente *dispositiva:* a parte enunciativa do documento póde combater-se com qualquer genero de prova.

Póde, porém, combater-se o documento no seu conteúdo, e além do seu conteúdo com outros documentos, porque o codigo só exclue a contestação contra ou além do conteúdo no documento por meio da prova testemunhal.

Nos escriptos legalisados, a que se refere o artigo 2508.º, não se comprehendem os mencionados na segunda parte do artigo 2433.º, que apenas fazem principio de prova.

Com relação aos documentos particulares, não comprehendidos no artigo 2508.º, é amplissimo o direito de produzir testemunhas contra ou além do conteúdo n'elles.

Art. 2427.º A prova, que resulta dos documentos authenticos, não abrange as declarações enunciativas, que se não refiram directamente ao objecto do acto.

As declarações enunciativas são as disposições tão independentes do assumpto principal, que as partes tiveram em vista, que poderiam omittir-se sem offender ou alterar a substancia do acto.

Umas têm relação directa com o acto, e fazem por isso fé como o proprio acto, v. gr., se reconheço dever a Pedro 1:000$000 de réis de rendas atrazadas, com a *declaração* ou *enunciativa* de ter pago antecipadamente dois annos d'essas rendas.

Outras, por serem extranhas ao acto, ou por não terem com elle relação directa, não obrigam as partes, como se na venda do meu predio declaro que fui herdeiro de tal pessoa, o acto não faz fé para ficar reconhecida por esta declaração a minha qualidade de herdeiro.

Art. 2428.º A falta de documentos authenticos não póde ser supprida por outra especie de prova, salvo nos casos em que a lei assim o determinar expressamente.

(Vid. nota ao artigo 686.º) É digna de ler-se sobre esta materia a nota 472 de Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o processo civil.*

Art. 2429.º Os instrumentos, que se extraviarem ou perderem, poderão ser reformados judicialmente.

Como o instrumento não constitue a essencia do acto, e apenas se faz para prova, permitte o codigo reformal-o no caso de perda ou de extravio.

No projecto primitivo o artigo 2799.º, correspondente a este, terminava pelas seguintes palavras—por testemunhas, com citação dos interessados—. A commissão revisora eliminou-as, de certo, por julgar o seu objecto privativo do codigo de processo.

Effectivamente o caso de perda ou de extravio do documento acha-se providenciado na Ord. liv. 3.º, tit. 60, § 6.º, onde se estabelece para a reforma das escripturas publicas, cuja nota se perdeu, que o auctor possa provar por testemunhas o conteúdo e a perda da nota, com audiencia da parte interessada; e determina a Ord. que a prova do conteúdo e da perda da nota fará fé, como se fôra offerecido o instrumento, se for bem provado o seu teor.

Accrescenta a mesma Ord. que ainda não sendo cumpridamente provado o teor do documento, essa prova aproveitará ao requerente, mostrando que ao tempo, em que devia ser offerecido o instrumento, foi perdido por causa e culpa da outra parte.

No caso de se ter perdido o instrumento, que o tabellião entregou á parte, mas não a nota, não podia este entregar-lhe outro traslado sem licença do Desembargo do Paço, cit. Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 19, e liv. 3.º, tit. 60, § 6.º, e Regimento do Desembargo do Paço, § 47.

Hoje o despacho do juiz respectivo substitue a provisão do Desembargo do Paço.

O que a Ord. dispõe com relação á reforma de escripturas publicas, deve proceder, por analogia, para com todos os documentos, lançados na nota, incluindo os testamentos publicos; e tambem com relação aos testamentos cerrados, que forem perdidos ou subtrahidos depois de abertos, de modo que o seu conteúdo seja já conhecido, e possa ser provado por testemunhas.

Da collocação do artigo 2429.º sob a epigraphe—*dos documentos authenticos*—parece excluida a possibilidade de reformar judicialmente os instrumentos particulares, o que póde importar graves prejuizos, desde que o escripto particular é exigido, como essencial para prova de alguns actos juridicos, v. gr. nas especies dos artigos 1434.º, 1534.º, 1643.º, etc.

A commissão revisora, que introduziu de novo estes artigos, devia ter reformado a redacção do artigo 2429.º em termos de os comprehender. Esqueceu-se talvez de harmonisar o artigo com as disposições introduzidas de novo; mas nem por isso hão de deixar de reformar-se esses documentos particulares, que se extraviarem ou perderem.

A collocação do artigo 2429.º debaixo da epigraphe—*documentos authenticos*—não restringe a generalidade do preceito contido no mesmo artigo, que permitte a reforma, sem limitação alguma, dos instrumentos que se extraviarem ou perderem.

A reforma de autos está regulada na Nov. Ref. Jud., artigos 285.º e 755.º.

Art. 2430.º Os documentos authenticos, passados em paiz extrangeiro na conformidade da lei d'esse paiz, farão prova n'este reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos n'elle.

(Vid. nota ao artigo 24.º)

SECÇÃO II

DOS DOCUMENTOS PARTICULARES

Art. 2431.° São documentos particulares os escriptos, ou assignados por qualquer pessoa, sem intervenção de official publico.

Art. 2432.° Os documentos particulares, escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, que forem reconhecidos pelas partes, ou havidos judicialmente como reconhecidos, terão, entre os signatarios e seus herdeiros e representantes, a mesma força probatoria, que os documentos authenticos, excepto nos casos em que a lei ordenar outra cousa.

Art. 2433.° Os documentos particulares, tão sómente assignados ou firmados pela mesma pessoa em cujo nome são feitos, farão prova unicamente contra o signatario, sendo por elle reconhecidos, ou por seus herdeiros e representantes; mas, achando-se tambem assignados por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, farão principio de prova, que poderá ser completada pelo depoimento d'ellas em juizo.

Art. 2434.° Aos documentos particulares, assignados a rogo ou de cruz, é applicavel o que fica disposto no artigo antecedente.

(Vid. artigo 2568.°) Documento particular, escripto particular, e escriptura privada, são expressões frequentemente empregadas nas leis para significar o escripto de qualquer nome e especie, feito por pessoa particular sem intervenção do official publico, em contraposição aos documentos publicos, nos quaes intervem o official, que tem fé publica.

Os documentos authenticos têm por si a presumpção legal, fazem fé em juizo, e constituem prova plena do acto para que foram feitos, e que têm por fim certificar.

Os documentos particulares pelo contrario não têm a seu favor a presumpção legal, nem constituem, por si sós, prova sufficiente para fazer fé em juizo.

Assim o que se funda em documento authentico não é obrigado a provar a sua verdade; é ao que argue o documento de falso que incumbe provar a sua asserção.

Pelo contrario o que invoca um documento particular é obrigado a provar a verdade do acto, se o réo nega o escripto.

No primeiro caso o official publico attesta a verdade do acto, que por isso merece fé em quanto não se mostrar que é falso. No segundo caso, não sendo o juiz obrigado a dar mais credito á parte que apresenta o acto, como da outra parte, do que a esta que o nega, entra

naturalmente a regra—*Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.*

Era esta já a doutrina do nosso velho direito.

A regra de que os escriptos particulares não têm a presumpção legal, nem fazem fé em juizo, sem serem reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos, ou comprovados por outros titulos, soffre algumas excepções expressas em varios artigos do codigo.

Tres hypotheses se acham comprehendidas nas disposições d'estes artigos, formulando tres especies quanto aos escriptos particulares:

1.ª Escripto e assignado pela pessoa, em cujo nome é feito, e reconhecido pelas partes, ou havido judicialmente como reconhecido.

2.ª Escripto sómente assignado ou pelo proprio punho ou a rogo, e reconhecido pelo signatario, ou por seus herdeiros e representantes.

3.ª Escripto assignado pela parte, e por mais duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no seu contexto, mas não reconhecido pelo signatario.

A primeira hypothese abrange os documentos, de que tracta o artigo 2432.°, que são escriptos e assignados pela mesma pessoa, em cujo nome são feitos, isto é, que não são escriptos por uma pessoa e assignados por outra, nem escriptos e assignados por pessoa differente d'aquella, em cujo nome são feitos.

N'esta especie têm os escriptos a mesma força probatoria que os documentos authenticos extra-officiaes, porque como estes, artigo 2426.°, têm força entre os signatarios e seus representantes.

As palavras do artigo 2426.°—*excepto n'aquillo em que possam envolver offensas de direitos de terceiro*—significam que os documentos authenticos extra-officiaes não provam contra terceiro.

Com razão os actos juridicos não podem prejudicar terceiros, que n'elles não foram parte—*Res inter alios acta aliis non nocet.*

A Novissima Reforma Judicial tambem diz no artigo 462.° que o escripto particular, reconhecido pela parte contra quem é offerecido, ou legalmente havido como reconhecido, tem a mesma fé que a escriptura publica; egual doutrina se achava estabelecida na Ord. liv. 3.°, tit. 25, § 9; e era esta a jurisprudencia do nosso foro antigo.

Assim o codigo, admittindo a doutrina de que os escriptos feitos e assignados pela parte, sendo por ella reconhecidos, têm a força de documentos authenticos, consagra um principio sanccionado pela lei e pela praxe.

Estes documentos têm a mesma força probatoria que os authenticos, mas não são escriptos authenticos, nem authenticados, nem reconhecidos como authenticos, mas escriptos particulares *legalisados*, segundo a linguagem do artigo 2508.°

Convem notar que o reconhecimento do escripto é differente do reconhecimento da obrigação n'elle conteúda.

Uma cousa é reconhecer o escripto, outra é reconhecer a obrigação; e tambem é differente reconhecer a obrigação preterita ou a obrigação presente e actual.

A parte que reconhece o escripto não fica inhibida de provar que a obrigação, n'elle exarada, já não existe, ou nunca existiu.

Póde ella provar, por exemplo, que já pagou; que a divida está prescripta; que foi perdoada; que o contracto foi nullo por incapacidade do outorgante; e até que o escripto foi obtido por dólo ou violencia.

Mas se a parte reconhece que o escripto é seu, ainda que negue a

obrigação, dizendo, por exemplo, que já pagou, sempre o escripto fica reconhecido.

N'este sentido se entende tambem o codigo commercial, artigos 1086.º e 1087.º

A disposição do artigo 2417.º, que prohibe a uma das partes o dividir a confissão da outra, para evitar o favoravel e rejeitar o desfavoravel, não é applicavel a esta especie. No caso de reconhecimento do escripto não é a outra parte que divide a confissão; é a lei que dá força probatoria ao escripto reconhecido, sem se importar com a confissão ou negação da obrigação n'elle exarada.

A ultima parte do artigo 2416.º auctorisa esta interpretação.

Tambem pela Ord. liv. 4.º, tit. 52, era indivisivel a confissão nos termos alli especificados; e comtudo o reconhecimento do escripto subsistia, ainda que a parte negasse a obrigação presente ou actual, Ord. liv. 3.º, tit. 25, § 9.

A razão é porque não se tracta n'este caso do juramento decisorio, em que tudo se deixa ao arbitrio do que jura, mas do simples reconhecimento da letra, em que se deixa ao declarante só o arbitrio de a reconhecer, e nada mais; aliás poderia elle illudir o reconhecimento com declarações extranhas, relativas á obrigação, e de pouco serviria a provisão do artigo 2435.º

Mas que reconhecimento é este feito pela parte? é judicial ou extrajudicial? A redacção do artigo parece referir-se á hypothese de se intentar em juizo alguma acção, fundada em documentos particulares; e as palavras—*força probatoria*—inculcam que o artigo se refere a processo judicial.

Assim era doutrina da Ord. liv. 3.º, tit. 25, § 9, fonte remota d'estes artigos; e mais se confirma similhante interpretação, attendendo ao disposto no artigo 2435.º

Intentada pois uma acção com fundamento em titulo escripto e assignado pela parte, deve requerer-se que o réo seja intimado para o reconhecer sob pena de confesso no caso de revelia. Se vem a juizo, e o não reconhece, procede-se então a reconhecimento judicial.

E que reconhecimento *judicial* é este? Será o reconhecimento authentico, de que falla o § unico do artigo 2436.º? Não, porque este reconhecimento importa a approvação voluntaria do signatario.

Segundo a nossa antiga jurisprudencia, Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 13, e tit. 25, § 9 *in fine*, era havido judicialmente, como reconhecido, o escripto particular, quando a parte, sendo citada para declarar se este effectivamente lhe pertencia, sob pena de ser havido como reconhecido á sua revelia, não apparecia em juizo a fazer a declaração, nem mandava escusa legal, havendo em tal caso o juiz, como reconhecido, o escripto por effeito da contumacia da parte.

Sustentam alguns que n'este caso não é o documento havido judicialmente por reconhecido, porque verdadeiramente foi reconhecido pela parte, como reconhecimento ficto.

Dizem outros que esta é a hypothese, e a unica, em que o documento póde dizer-se judicialmente reconhecido.

O certo é porém que ou se considere, n'este caso, o documento como reconhecido pela parte, ou havido judicialmente como reconhecido, elle tem a mesma força probatoria que os documentos authenticos, o que bem se mostra do artigo 2435.º combinado com o § unico do artigo 2411.º, e se observa todos os dias no juizo commercial por virtude do disposto no artigo 1086.º do codigo de commercio.

Se antes da apresentação em juizo do documento simplesmente *assignado*, o interessado fizer reconhecer a assignatura por tabellião, nos termos do § unico do artigo 2436.º, o documento é authenticado sem necessidade de novo reconhecimento que a parte já fez em presença do tabellião.

Mas deverá reputar-se comprehendido na especie dos documentos judicialmente havidos como reconhecidos o reconhecimento feito por peritos, nomeados para verificarem a letra e a assignatura do documento, por meio de comparação de letras, ou com o auxilio tambem de prova testemunhal, em conformidade do disposto no artigo 467.º da Nov. Ref. Jud., e do ensinado por Pereira e Sousa, nota 470?

Sustentam alguns que o escripto só póde dizer-se *judicialmente havido como reconhecido* para o effeito de ter a mesma força que o escripto reconhecido pela parte, na especie do § unico do artigo 2411.º, porque o exame judicial não lhe dá essa força, visto que nos termos do artigo 2419.º ha de ser apreciado conjunctamente com as demais provas dos autos.

Entendem que é grave erro sustentar que fica judicialmente havido como reconhecido o escripto, quando pela declaração dos peritos em exame judicial por comparação de letras, ou pelo depoimento de testemunhas, se mostra a sua veracidade: 1.º porque o documento n'estas circumstancias só podia fazer meia prova, vista a provisão da Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr.; 2.º porque o codigo civil, artigos 2419.º e 2514.º, deixa ao prudente arbitrio do julgador avaliar a prova, resultante assim do exame como do depoimento das testemunhas, conforme as circumstancias e mais provas da causa.

Não ha porém outro meio de haver como judicialmente reconhecido um escripto senão por exame de peritos, auxiliado, quando muito, por prova testemunhal.

O simples reconhecimento por tabellião, longe de dar ao documento o caracter de judicialmente havido como reconhecido, apenas podia fazer prova semi-plena por direito antigo, e hoje principio de prova.

Na segunda hypothese os escriptos particulares, simplesmente assignados ou firmados por aquella pessoa, em cujo nome são feitos, não fazem prova contra ella e seus herdeiros e representantes, não sendo reconhecidos por ella, ou por estes.

Não sendo difficil imitar e falsificar uma simples assignatura ou firma, e sendo até facil obter uma assignatura ou firma em branco, ou com algum espaço por cima em branco, em que se possa escrever uma obrigação falsa, tractou o codigo de acautelar as fraudes possiveis a tal respeito, declarando que aquelles escriptos não fazem prova sem serem reconhecidos por quem os assignou ou firmou, ou por seus herdeiros e representantes.

Por isso diz o codigo que os documentos simplesmente assignados farão prova *unicamente* contra o signatario, sendo por elle reconhecido ou por seus herdeiros.

Nem se diga que as palavras empregadas no artigo 2433.º—farão prova unicamente contra o signatario, sendo por elle reconhecidos, ou por seus herdeiros e representantes—significam que estes documentos em caso nenhum fazem prova senão contra o signatario, porque aquellas expressões equivalem a est'outras—farão prova unicamente contra o signatario, ou seus herdeiros e representantes, sendo por elle ou por estes reconhecidos.—

D'outro modo não teria explicação possivel que os *herdeiros* fos-

sem chamados a reconhecer um escripto, que poderia provar *unicamente* contra um morto (o signatario) e não contra elles.

Talvez as palavras—*unicamente contra o signatario*—signifiquem tambem que taes escriptos não provam contra terceiro, visto que elles não revestem o caracter de authenticos, como os comprehendidos na hypothese do artigo 2432.º

Mas se forem reconhecidos pela parte terão força probatoria, como documentos authenticos, porque os documentos simplesmente assignados, depois de reconhecidos, ficam equiparados aos que eram, além de assignados, escriptos pela parte, como se mostra do artigo 2508.º, e já se achava estabelecido na cit. Ord. liv. 3.º, tit. 25, § 9.

Se o reconhecimento for feito pelos herdeiros, faz prova o documento contra elles.

O codigo nas expressões—*herdeiros e representantes*—comprehende todos os successores do auctor do escripto, ou o fossem por titulo universal ou por titulo singular, ou por acto entre vivos, ou *mortis causa*, ainda que o codigo, quando emprega em geral as palavras—*herdeiros e representantes*—parece referir-se especialmente aos herdeiros e legatarios.

N'este logar, porém, designam aquellas expressões *a parte contra quem é offerecido* o escripto, nos termos do artigo 462.º da Nov. Ref. Jud.

A razão por que só os escriptos, de que tracta o artigo 2432.º, e não os de que tractam os artigos subsequentes, têm a mesma força probatoria que os documentos authenticos, sendo reconhecidos pelas partes, ou havidos judicialmente como reconhecidos, é porque, sendo os primeiros escriptos e assignados pela mesma pessoa, e em seu proprio nome, não póde esta por isso deixar de saber o que assigna; em quanto que a respeito dos segundos (escriptos por uma pessoa e assignados por outra, ou escriptos e assignados em nome alheio, ou só firmados ou assignados de cruz, ou até sem assignatura) póde a pessoa, em cujo nome são feitos, deixar de saber o que assigna, se assignar sem ler, ou se assignar em branco; e muito mais se assigna de cruz, ou se nem assigna o que outrem escreve a rogo em seu nome.

Por isso têm os primeiros a mesma força probatoria que os documentos authenticos; e os segundos fazem prova, sim, mas não a mesma que aquelles.

Mas ainda n'esta hypothese póde ter logar o reconhecimento judicial, posto que lhes não dê a força probatoria de documentos authenticos, porque fica ao arbitrio do juiz apreciar esta prova em harmonia com as outras, artigo 2419.º

Na terceira hypothese se o signatario ou herdeiros não reconhecerem a assignatura, mas se no documento houver, além da assignatura da parte, a de duas testemunhas, de que se fizesse menção no contexto, o documento fará começo de prova, que *póde* ser completada pelo depoimento das testemunhas, ou por qualquer outro meio de prova.

A menção das testemunhas no contexto, e a sua assignatura no fim dão ao escripto certa plausibilidade, em razão de não parecer abuso de assignatura em branco, nem escripto interposto á assignatura e ao contexto de outro documento, nem ser verosimil que ellas se associassem para uma falsidade.

Esta prova *poderá* ser completada pelo depoimento d'ellas em

juizo, diz o codigo, assim como póde ser completada por outras testemunhas, e por outros meios de prova.

O *principio de prova*, de que falla o artigo 2433.º, não é a prova semi-plena ou a meia prova, de que tractavam as Ordenações. O codigo não dividiu a prova ao meio, porque não ha medida para mostrar onde é o meio da prova. Abandonou por isso aquelle modo de dizer, adoptando a linguagem—*principio de prova*—, principio que póde ser maior ou menor, e carecer assim para se completar de mais ou menos elementos, ficando tudo dependente do justo arbitrio do juiz.

No artigo 116.º exige tambem o codigo *começo de prova por escripto*, para, na falta dos meios ordinarios, se poder provar a filiação legitima.

E o codigo commercial, artigo 247.º, exige começo de prova por escripto para serem admittidos os depoimentos das testemunhas na prova dos contractos verbalmente celebrados entre commerciantes.

Em accordão de 18 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 221, julgou a Relação de Lisboa que o escripto reconhecido por tabellião, e corroborado com o depoimento de duas testemunhas não instrumentarias, que só se referem ao reconhecimento da letra em si, não passa de escripto particular justificado por letra, que pela disposição da Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr., fazia unicamente meia prova, e que o reconhecimento por tabellião e por duas testemunhas em nada alterava a natureza e força probatoria do escripto, por não haver expresso reconhecimento da parte, nem esta ter sido revel, porque nenhuma citação para isso se lhe fizera.

Vê-se, pois, que os documentos particulares em regra não provam por si; e que recebem a sua força probatoria, ou do reconhecimento das partes, ou do depoimento das testemunhas mencionadas no seu contexto. A unica excepção é para o titulo *escripto* e *assignado* pela propria pessoa, em cujo nome está feito; porque n'este caso, ainda que a parte o não reconheça, dá-lhe o reconhecimento judicial o caracter de authentico.

A razão por que os documentos particulares, depois de reconhecidos, têm a mesma força que os documentos authenticos, é porque a authenticidade não serve senão para provar que a parte consentiu no acto feito perante o official publico. Se ella reconhece o acto, ou se o juizo o declara emanado d'ella, adquire-se tanta certeza de que o acto é d'ella, como se o official publico o houvesse attestado.

Ha, porém, casos especiaes, em que o codigo exige para prova documentos particulares, revestidos de formalidades diversas segundo a especie dos actos, que são destinados a constatar; e convem averiguar se esses documentos, além das formalidades especiaes, a que estão sujeitos segundo os differentes casos, carecem do reconhecimento das partes nos termos d'estes artigos, para terem força probatoria.

Por exemplo. Na hypotheca de valor não excedente a 50$000 réis, artigo 912.º, o documento particular deve ser *escripto* e *assignado* pela pessoa que a constituir, e, se essa não souber ou não poder escrever, por outrem a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas; sendo em todo o caso reconhecidas as assignaturas por tabellião.

Nos casos de deposito excedente a 50$000 réis, mas não a 100$000 réis, artigo 1434.º, e de mutuo excedente a 200$000 réis, mas não a

400$000 réis, artigo 1534.º, basta que o escripto seja *assignado* pela parte, não se exigindo que seja por ella escripto, nem a intervenção de testemunhas, nem o reconhecimento de tabellião, e o mesmo na doação, artigo 1459.º, venda, artigo 1590.º, e troca, artigo 1594.º, de bens immobiliarios de valor não excedente a 50$000 réis, com a unica differença de que nos casos de deposito e de mutuo não se admitte assignatura de rogo nem de cruz, e nos casos de doação, venda e troca de bens, admitte-se a assignatura a rogo no unico caso de a parte *não saber* escrever (porque a hypothese de ella não *poder escrever* não se previne, com quanto por analogia deva julgar-se comprehendida na outra de *não saber*), com a intervenção de mais duas testemunhas que assignem o seu nome por inteiro, sem exigir o reconhecimento por tabellião.

Para que possam pedir-se os fóros de mais de cinco annos exige o codigo, artigo 1684.º, obrigação de divida assignada pelo foreiro com duas testemunhas, ou toda escripta por elle, ou reconhecida em anto publico.

Ora n'estes casos, em que o codigo se contenta para a validade de certos actos juridicos com a simples *assignatura* da parte, e sem exigir a intervenção de testemunhas, nem o reconhecimento de tabellião, bastarão essas formalidades para a força probatoria do acto, ou serão além d'isso necessarias as formalidades geraes exigidas no artigo 2433.º? O comprador que se apresentar munido do titulo de venda, *assignado* pelo vendedor, terá um titulo com força probatoria, se este o não reconhecer? Decidimo'-nos pela negativa.

O codigo exigiu para cada caso determinado documentos particulares com formalidades especiaes, quando podia estabelecer as mesmas solemnidades para todos os casos, ou antes não estabelecer formalidade alguma para os documentos particulares, segundo as differentes hypotheses especiaes, depois de ter provideciado geralmente nos artigos 2432.º a 2434.º No entretanto, como a execução d'essas formalidades especiaes não é incompativel com a observancia das formalidades geraes prescriptas n'estes artigos, entendemos que devem ser todas cumpridas cumulativamente.

Nos casos em que o codigo se contenta com a *assignatura* da parte, póde ser *escripto* pelo proprio credor o documento, porque o codigo não o prohibe, e por analogia do disposto n'outras leis, como no codigo commercial, artigo 945.º

Portanto, sempre que o codigo exige titulo particular, sem nenhuma outra indicação, basta, para que elle tenha força probatoria, que reuna os requisitos exigidos nos artigos 2432.º e 2433.º

Se se tracta, por exemplo, de um titulo particular de doação de bens immobiliarios de valor não excedente a 50$000 réis, é necessario, para sua inteira validade e força probatoria, que reuna, além dos requisitos marcados nos artigos 2432.º e 2433.º, os exigidos no artigo 1459.º

Nem póde admittir-se que para a força probatoria dos escriptos bastem as formalidades prescriptas nos artigos especiaes, em que d'elles se falla, sem virem acompanhados das solemnidades prescriptas nos artigos 2432.º e 2433.º, aliás no mutuo, por exemplo, excedente a 200$000 réis, mas não a 400$000 réis, viriam a exigir-se menos formalidades do que no mutuo inferior áquella quantia, porque no primeiro caso bastaria o escripto *assignado* pelo mutuario, artigo 1534.º, quando no segundo caso não teria o escripto força probatoria senão nas condições exigidas nos artigos 2432.º e 2433.º

Demais, dar-se-ia o absurdo de o escripto simplesmente *assignado* ser equiparado ao escripto reconhecido como authentico, artigos 1434.º e 1534.º

É verdade que estes artigos parece equipararem, na hypothese em questão, o escripto assignado pelo devedor ao escripto reconhecido como authentico.

Cremos porém que o codigo, equiparando n'estes casos o escripto *assignado* pelo mutuario ao reconhecido como authentico, se refere ao escripto *assignado* e reconhecido pela parte, porque o reconhecimento da parte feito em juizo equivale ao reconhecimento extrajudicial perante o tabellião.

Será por isso boa cautela que no deposito e no mutuo o depositante ou o mutuante se não contente com a simples assignatura do depositario ou mutuario, a não ser logo reconhecida na presença d'este e de duas testemunhas, nos termos do § unico do artigo 2436.º, porque aliás póde a parte recusar-se depois ao reconhecimento pessoal em juizo; e nos escriptos simplesmente *assignados* pela parte, no caso de recusa d'esta em reconhecel-os, corre risco o reconhecimento judicial.

Nas hypotheses dos artigos 1434.º e 1534.º, assim como vale o documento *assignado* pelo mutuario ou depositario, vale do mesmo modo, por analogia ou por maioria de razão, se, além de assignado, for escripto por elle.

A pessima redacção dos dois artigos, que de mais são uma novidade introduzida pela commissão revisora no seu projecto de 1864, obriga a todas estas explicações.

Deve egualmente observar-se que nas hypotheses dos artigos 1434.º e 1534.º não se admitte a assignatura a rogo, não só porque a assignatura ha de ser feita pelo *proprio* depositario ou mutuario, mas porque, se fôra esse o pensamento do legislador, tel-o-ia revelado expressamente, como na doação, na venda, e na troca de bens immobiliarios de valor não excedente a 50$000 réis, artigos 1459.º, 1590.º e 1594.º Não se admitte nem a assignatura a rogo, nem a assignatura de cruz.

Porém, em todos os casos em que o codigo exige a *assignatura* simplesmente da parte para a validade do acto juridico, o reconhecimento judicial, no caso d'ella se recusar a reconhecel-o, dá-lhe a força probatoria de documento authentico.

Tem sido muito discutido na imprensa juridica se a assignatura de cruz é admissivel nas escripturas publicas e nos documentos authenticos em geral.

A Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 4, dizia: «E escreverão em um livro, que cada um para isso terá, todas as notas dos contractos que fizerem. E, como forem escriptas, logo as leiam perante as partes e testemunhas, as quaes, ao menos, serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assignarão ellas, e as testemunhas. E, se cada uma das partes não souber assignar, assignará por ella uma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção como assigna pela parte, ou partes, por quanto ellas não sabem assignar.»

A Ord., pois, fallando das assignaturas a rogo, não fallava das assignaturas de cruz, que aliás já então existiam revalidadas por uma antiquissima practica forense.

O codigo não define as solemnidades da escriptura em especial, mas regula no artigo 2495.º as condições dos documentos authenticos extra-officiaes, e portanto as das escripturas publicas.

Nos documentos particulares, artigo 2434.º, e nos testamentos com

respeito ás testemunhas, artigos 1915.º e 1922.º, admitte o codigo expressamente as assignaturas de cruz. Mas serão egualmente admissiveis em qualquer outro genero de documentos?

Os que seguem a affirmativa fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que o artigo 2434.º expressamente admitte a assignatura de cruz, e que por isso na expressão—*assignatura*—se comprehende a de cruz, como qualquer outra.

2.º Que admittindo-se a assignatura de cruz nos testamentos, onde o rigor das formulas e das solemnidades externas chega a ser exagerado, por maioria de razão deve ser admittida nas escripturas publicas.

3.º Que as expressões do artigo 1915.º—*assignem com o seu nome por extenso*—, do artigo 912.º—*que escrevam os seus nomes*—, e do artigo 1489.º—*escrevam o seu nome por inteiro*—, mostram que podem as testemunhas deixar de assignar os seus nomes, isto é, que podem assignar de cruz.

4.º Que a palavra—*assignatura*—empregada no artigo 2495.º, n.ºs 4.º, e 5.º, é tomada no sentido generico, não devendo admittir-se outras excepções a esta regra geral além das prescriptas expressamente n'alguns artigos, onde se exige a assignatura do nome, ou do nome por inteiro, ou do nome por extenso.

Nós, porém, seguimos outra opinião. Para nós não é verdadeira assignatura a assignatura de cruz, e por isso quando o codigo emprega aquella palavra, de todo desacompanhada, refere-se á assignatura com o nome.

A permissão das assignaturas de cruz nos documentos particulares e nos testamentos deve reputar-se verdadeira excepção, que não póde ampliar-se além dos casos expressamente previstos nas leis.

Do facto de se admittir a assignatura de cruz nos documentos particulares não póde argumentar-se para a assignatura de cruz nos instrumentos publicos, que têm outras solemnidades e muitos mais requisitos.

Nos testamentos admittem-se assignaturas de cruz, mas com a expressa condição de que tres testemunhas assignem com o seu nome por extenso, não podendo assignar de cruz senão duas, ou tres quando o numero das instrumentarias for de seis.

Explica-se esta excepção, talvez, pela difficuldade de encontrar em todas as localidades cinco ou seis testemunhas que saibam escrever. E se o legislador presume com relação aos testamentos que se encontram sempre tres testemunhas que saibam escrever, por maioria de razão ha de presumir que haja sempre duas, que saibam escrever, para intervirem na celebração das escripturas publicas.

O terceiro argumento acima exposto é, como logo á primeira vista se conhece, de todo contraproducente.

A palavra—*assignatura*—empregada em os n.ºs 4.º e 5.º do artigo 2495.º, tanto não comprehende a assignatura de cruz, que, se assim fosse, não teria o artigo 2434.º necessidade de legislar para os documentos *assignados de cruz*, desde que no artigo antecedente, 2433.º, tinha já legislado para os documentos *assignados pela parte*.

A distincção que faz o codigo, entre documento assignado pela parte e documento assignado de cruz, prova que esta assignatura não póde julgar-se comprehendida n'aquella.

Finalmente admittida a assignatura de cruz nos documentos authenticos o tabellião seria *tudo* na legalisação do instrumento.

Argumentam alguns, em favor da nossa opinião, que nas assignaturas de cruz seria difficilimo, se não impossivel, cumprir a provisão

do artigo 2496.º, n.º 4.º, por ser impossivel decidir se a cruz estava falsificada, por não se poder distinguir se ella era d'este ou d'aquelle individuo.

Este argumento, porém, não é procedente, porque o artigo 2496.º, attenta a sua generalidade e a da epigraphe da secção, abrange tambem os documentos particulares, onde a assignatura de cruz é admittida.

Nas obrigações commerciaes não é admissivel a assignatura de cruz. O artigo 945.º do codigo de commercio, expondo os requisitos da fórma externa dos escriptos commerciaes particulares, e o artigo 245.º, declarando os modos como os commerciantes podem contractar e obrigar-se, admittem como meio legal de obrigação e de prova o escripto particular exarado *por qualquer* pessoa, e até mesmo pelo credor, mas com a condição impreterivel de ser *assignado* ou *firmado* pelos *contrahentes*, ou pelo *devedor*, ou por seu procurador bastante, ou ainda por *testemunhas a seu rogo e em seu nome*.

Ora, assignar ou firmar um acto não é pôr n'elle o signal de cruz.

Assim não é necessario deduzir artigos de falsidade contra escriptos particulares, porque elles não têm a seu favor a presumpção legal.

Basta que a parte, contra quem são oppostos, os não reconheça, ou declare que os não reconhece, para que fique á outra a obrigação de mostrar que elles são verdadeiros.

Com tudo bom é que a parte, que os não reconhece, expressamente o declare, a fim de que do seu silencio se não deduza tal ou qual indicio de approvação.

Nos casos, porém, em que elles têm a presumpção a seu favor, como na especie do artigo 2508.º, é preciso deduzir artigos de falsidade; e mesmo nos casos de elles não terem essa presumpção, convirá arguir a falsidade para destruir o principio de prova, ou indicio desfavoravel, que elles possam ministrar.

A falsificação do escripto particular, e o uso d'elle com conhecimento de que é falso, são crimes gravemente punidos nos artigos 219.º a 222.º do codigo penal.

Não ha hoje, porém, como d'antes, a pena do perdimento da causa.

Pela Ord. liv. 3.º, tit. 60, § 5, não podia a parte querelar do falsario sem se sujeitar á pena de talião no caso de não provar a falsidade.

Mas hoje para a querela maliciosa parece não haver outra pena senão a prescripta no artigo 244.º do codigo penal, além das perdas e damnos nos termos do artigo 2390.º do codigo, e do artigo 1164.º da Nov. Ref. Jud.

Segundo a antiga jurisprudencia quem se compromettia a assignar um escripto, podia ser obrigado a isso por sentença do juiz, ficando a servir de titulo a sentença no caso de recusa do condemnado em cumprir o julgado.

Hoje similhante procedimento não terá logar n'este nem n'outros casos analogos, mas unicamente o de perdas e damnos, ou o de ser auctorisada a parte a fazer prestar por outrem, sendo possivel, á custa do devedor, o facto a que este era obrigado, nos termos dos artigos 712.º, 713.º e 2393.º

Todavia respeitaveis auctoridades julgam ainda subsistente a velha jurisprudencia, que permittia a condemnação do que promettera fazer escripto, a fazel-o effectivamente, ficando a servir de titulo, no caso de recusa, a sentença judicial.

Art. 2435.º Aquelle a quem for opposto em juizo qualquer escripto ostensivamente feito ou assignado por elle, será obrigado, exigindo-o o apresentante, a declarar se o escripto ou a assignatura effectivamente lhe pertence.

O reconhecimento dos escriptos particulares póde ser feito de varios modos: por termo nos autos; por declaração nos articulados; por depoimento da parte requerido pela outra; e tambem por confissão extrajudicial, feita em escriptura ou auto publico, verificando-se a identidade do escripto reconhecido.

Sustentam alguns que os escriptos particulares, apresentados em juizo por uma das partes, ficam approvados pela outra, se esta os não contesta, e que tambem se reputam approvados pela parte, a quem prejudicam, se esta, apresentando-os em juizo, os não resalva com protesto ou declaração.

O codigo, porém, não considera reconhecimento estas confissões tacitas ou fictas, que não passam de meras presumpções ou indicios, cuja avaliação deve ficar ao prudente arbitrio do julgador, artigo 2419.º

O reconhecimento, para produzir todos os effeitos legaes, ha de ser feito nos precisos termos do artigo 2435.º

Pela Ord. liv. 3.º, tit. 53, a declaração do reconhecimento ou negação do escripto era pessoal, e exigida sob juramento.

O artigo 2435.º não exige juramento nem comparecimento pessoal, mas uma simples declaração, que nos termos dos artigos 1332.º e 2410.º póde ser feita pela parte ou por seu procurador.

Esta declaração é inteiramente distincta do juramento como meio de prova, que é pessoal, artigo 2520.º

A citação, porém, para a declaração é que deve ser pessoal e não por editos, para que haja certeza de que o citado tacitamente consente em que o escripto seja havido como reconhecido, pelo facto do seu não comparecimento a fazer a declaração.

Esta pois não póde ser exigida de um ausente citado por editos, pela mesma razão por que não póde intentar-se contra elle a acção d'alma, Nov. Ref. Jud., artigo 284.º, § 3.

O processo a seguir para o reconhecimento do escripto deve ser pouco mais ou menos o estabelecido nos artigos 1086.º e 1087.º do codigo commercial, onde tambem se permitte confessar a firma, e negar a obrigação.

Na antiga praxe sobre as acções de assignação de dez dias, era citado o réo para na primeira audiencia reconhecer a sua obrigação com comminação de que, não vindo, se julgava reconhecido o escripto.

A citação deve ser requerida e feita com a comminação de que o escripto será havido como reconhecido, se o citado não comparecer ou se recusar a responder sem justa causa, artigo 2411.º, § unico; ficando ao arbitrio do juiz avaliar se a causa é ou não justa.

Para que a pessoa, a quem é opposto em juizo o escripto, seja obrigada a declarar se o escripto lhe pertence, é preciso que o mesmo seja ostensivamente feito ou assignado por ella.

Um papel que diga, por exemplo: Eu F confesso dever a C, etc., entende-se ostensivamente feito por aquelle F; o assento de um rol ou livro de razão entende-se ostensivamente feito por quem era seu dono e possuidor; uma nota á margem da escriptura de obrigação, tendente a desobrigar o devedor, entende-se ostensivamente feita pelo credor; e entende-se assignado por certa e determinada pessoa um escripto, ainda que não tenha outra assignatura mais do que a firma ou uma cruz, quando no contexto se diz quem é o seu auctor.

Os juizes, para não se intrometterem antecipadamente na questão —se o escripto é ou não feito ou assignado por aquelle a quem se attribue— mandam ordinariamente intimar o supplicado para ver se elle reconhece o escripto ou assignatura.

A pessoa, a quem se attribue a assignatura ou o escripto, não póde, no caso de se lhe exigir declaração, limitar-se a declarar que não *conhece* a letra do escripto ou da assignatura; ha de declarar formalmente se o escripto ou assignatura é ou não é seu.

Já os herdeiros e representantes do auctor do escripto podem limitar-se a declarar que não conhecem a letra nem a assignatura, segundo expressamente lhes permitte o codigo civil francez, artigo 1323.º, e o codigo civil italiano, artigo 1321, doutrina applicavel entre nós, apezar do silencio do codigo, pela boa razão em que se funda, artigo 16.º

Os herdeiros e representantes podem não ter conhecimento completo do signal e escripto do auctor, e por isso não devem ser obrigados a reconhecer ou negar formalmente o escripto ou assignatura.

Da redacção do artigo 2435.º mostra-se que só o *signatario* é obrigado a declarar positivamente se o escripto ou a assignatura lhe pertence. Mas se os representantes do signatario fossem obrigados a fazer egual declaração, consistiria o reconhecimento na declaração feita pelas partes de que o escripto é d'aquelle por quem está feito e assignado.

Por esta razão, talvez, eliminou a commissão revisora o artigo 2806.º do projecto primitivo, que se seguia ao artigo correspondente ao artigo 2435.º do codigo, e que era redigido nos seguinter termos: «Os herdeiros, ou representantes do auctor ou signatario do escripto, são egualmente obrigados a declarar se reconhecem, ou não, a letra ou assignatura do dicto escripto.»

A razão é porque aquella declaração é uma confissão que, segundo o artigo 2411.º, n.º 2.º, só póde ser exigida sobre factos pessoaes, de que o depoente possa ter conhecimento.

Em todo o caso ou o intimado para fazer a declaração seja o proprio signatario ou o seu representante, se a parte comparece e declara que o escripto pertence áquelle por quem está assignado, toma-se por termo a declaração, e o escripto fica reconhecido por ella.

Já no fôro se discutiu se o herdeiro do signatario podia ser obrigado a vir a juizo reconhecer a letra e a assignatura do signatario de um escripto. O juiz de primeira instancia indeferiu. Interposto aggravo de instrumento para a Relação, este tribunal não tomou conhecimento do recurso com o fundamento de que na especie só cabia aggravo no auto do processo, apezar de na práctica se admittirem aggravos de instrumento ou de petição de todos os despachos que recáem sobre materia de provas.

No entretanto o Supremo Tribunal de Justiça negou a revista por quatro votos contra um em accordão de 17 de dezembro de 1875, proferido no processo de revista n.º 15:468.

Quando a parte nega, ou os herdeiros e representantes declaram não conhecer a letra ou a assignatura do escripto, tem logar o reconhecimento judicial segundo a expressa determinação dos citados codigos, francez, artigo 1324.º, e italiano, artigo 1322.º

Deve adoptar-se entre nós tambem este principio, como comprehendido no espirito dos artigos 2433.º e 2435.º; porque o artigo

2433.º não obsta ao reconhecimento judicial, quando é o herdeiro ou representante, e não o proprio signatario, o intimado para declarar se o escripto pertence ou não á pessoa por quem é ostensivamente escripto.

Por isso a commissão revisora eliminou, de certo por inutil ou por pertencer ao processo, o artigo 2807.º do projecto primitivo, que era redigido nos seguintes termos: «Se o auctor do escripto, ou o signatario ostensivo, negar que o escripto ou assignatura lhe pertence, poderá a parte interessada requerer que se proceda a exame, por comparação de letras, e inquerito de testemunhas; e o julgador decidirá o que parecer de justiça.»

Muitas opiniões ha no sentido de que nos escriptos simplesmente assignados pela parte, se ella não reconhece a assignatura, fica sem valor juridico o escripto visto o artigo 2433.º, que só lhe dá importancia, se elle é reconhecido pelo signatario ou reus representantes, e porque a apreciação da verdade da letra é mais facil quando o documento é todo escripto e assignado, do que quando é simplesmente assignado.

Em nosso entender, porém, o exame judicial tem logar, mesmo quando o documento é simplesmente assignado pela parte, com quanto o reconhecimento judicial n'este caso não lhe dê a força probatoria de documento authentico, e apenas o habilite para ser offerecido como meio de prova, que carece de ser corroborado com outros elementos.

Do facto de se dar maior importancia ao exame por *comparação de letra*, quando o documento é todo escripto e assignado, do que quando é só assignado pela parte, não póde deduzir-se que n'este ultimo caso não deva dar-se-lhe consideração alguma.

O reconhecimento por comparação de letras, de que fallava a Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr., que era muito usado no fôro, e a que parece alludir a Nov. Ref. Jud., artigo 462.º, não é mencionado no codigo.

O codigo, porém, tambem o não exclue, porque no artigo 2418.º admitte a prova por *exame* para averiguação de factos, que deixem vestigios, ou possam ser sujeitos a inspecção ocular; e n'esse caso está o reconhecimento por comparação de letras por meio de peritos, porque a assignatura deixa incontestavelmente vestigios sujeitos á inspecção ou exame ocular.

Mas, como a prova resultante do exame deve ser avaliada *conforme as circumstancias e mais provas da causa*, artigo 2419.º, mal póde a data e a assignatura, verificada por este meio, considerar-se como judicialmente reconhecida para o effeito de constituir prova plena.

Portanto, deve ter-se por judicialmente reconhecido o documento, não só quando a parte confessa a assignatura, ou ha o reconhecimento nos termos do § unico d'este artigo, mas tambem quando a parte não comparece a responder, e pela verificação de letras no caso do artigo 2432.º

Desde que a parte nega o escripto ou a assignatura deve o juiz ordenar o reconhecimento judicial antes da sentença definitiva, e não tomar sobre si sómente a responsabilidade de julgar a authenticidade ou não do escripto, como decidiu em França o Supremo Tribunal em decisão transcripta por Rogron em as notas ao artigo 1324.º do codigo civil Napoleão.

Art. 2436.º Os documentos particulares considerar-se-hão,

com relação a terceiros, como datados do dia em que algum dos seguintes factos tiver acontecido:

1.º O reconhecimento authentico do escripto;

2.º A morte de algum dos signatarios;

3.º A apresentação do documento em juizo ou em alguma repartição publica.

§ unico. Reconhecimento publico é o que foi feito por tabellião, na presença das partes e duas testemunhas.

A data dos documentos particulares não póde produzir effeito judicial em relação a terceiro, senão desde o dia em que se haja tornado authentica ou certa; e a certeza da data só resulta de algum dos factos mencionados no artigo.

Os escriptos particulares facilmente podem ser antedatados em prejuizo de outrem, visto que n'elles não intervem official publico para fazer inspirar confiança a terceiros.

Para as partes a data é certa, independentemente de se verificarem estes factos, que lhe dão authenticidade com relação a terceiros.

As partes hão de acceitar a data que constar do escripto, porque ellas não podem contrariar o proprio facto.

Mas era preciso salvaguardar os direitos de terceiro, que ellas poderiam por conluio prejudicar, antedatando o documento.

Vendo hoje um objecto a Paulo, e ámanhã vendo-o a Pedro com data do anno passado. O segundo comprador fica com o objecto, nos termos dos artigos 1278.º a 1580.º, salvo o direito de evicção do primeiro contra mim, porque nenhum dos escriptos particulares está revestido das formalidades indispensaveis para lhe authenticarem a data, sendo por isso necessario seguir a ordem das datas. Mas apresentados diversos titulos particulares com differentes datas, e com reconhecimentos em differentes epochas, regula-se a antiguidade, não pela data do titulo, mas pela data do reconhecimento.

Para evitar reconhecimentos tambem antedatados, apezar da fé do official publico, dispunha o projecto primitivo no final do artigo 2809.º, correspondente a este, o seguinte: «Este reconhecimento deverá ser averbado pelo tabellião no livro competente, com a declaração do nome das partes, objecto do escripto, e data do reconhecimento.»

A commissão revisora porém supprimiu esta disposição, de certo por inutil, visto que é obrigação do tabellião ter um livro em que lance nota de todos os actos juridicos, em que intervem, como reconhecimentos, autos de approvação de testamento, etc.

O reconhecimento pois é o primeiro modo de authenticar a data do documento, porque a intervenção do official publico com o averbamento no livro competente exclue toda a idéa de fraude, salvo prova em contrario.

Para ser authentico o reconhecimento ha de ser feito nos precisos termos do § unico. E a *presença* das partes em conformidade do § não é a presença passiva e sem conhecimento do que se passa, mas a presença que significa approvação e consentimento.

As testemunhas e as partes devem assignar o reconhecimento.

Não é necessario que o reconhecimento, a que se refere o § unico do artigo, seja feito na occasião da celebração do acto, e na presença das testemunhas que n'elle porventura intervieram.

O que é indispensavel é que seja feito na presença das partes e de duas testemunhas.

Não é reconhecimento authentico, para certificar contra terceiros a data do documento, o simples reconhecimento por tabellião.

É assim de primeira intuição que o escripto não fica authenticado pelo simples reconhecimento de tabellião, feito na ausencia das partes na fórma ordinaria.

Tal reconhecimento, fóra dos casos excepcionaes previstos na primeira parte do artigo 1322.º e no artigo 912.º, o mais que póde fazer é principio de prova.

Os Jctos nunca lhe attribuiram mais força do que a de fazer meia prova, porque ao exame judicial por comparação de letras, que é mais do que o simples reconhecimento de tabellião, não attribuia a Ord. liv. 3.º, tit. 52, senão valor de prova semiplena.

Em accordão de 16 de julho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 1.º, julgou a Relação do Porto que foi sempre jurisprudencia assentada pelos nossos praxistas, e reconhecida na lei de 20 de junho de 1774, § 33, que o reconhecimento de um escripto por tabellião, sem a declaração de ter sido feito na presença das partes e de duas testemunhas nunca foi sufficiente para lhe dar força probatoria em juizo.

A morte de algum dos signatarios fixa egualmente a data do documento, porque reconhecida como verdadeira a assignatura, é certo que não podia ser feita posteriormente á morte do signatario. Porém, por mais antiga que fosse a data do documento, não é authentico com relação a terceiros senão desde o dia da morte do signatario.

E não é preciso que tenha fallecido alguma das partes, basta o fallecimento de uma testemunha, ou de qualquer pessoa que de qualquer modo assignasse o documento. Nem havia razão para restringir a providencia do artigo só ao fallecimento de alguma das partes, nem o codigo a restringe, porque usa da expressão generica—*signatarios*.—

Tambem fixa a data do documento a apresentação d'elle em juizo ou em qualquer repartição publica, tomando algum empregado nota da apresentação, ou no proprio documento, ou em separado; porque a intervenção do funccionario publico imprime-lhe o caracter de authenticidade.

Assim a nota de apresentação lançada pelo conservador n'um documento offerecido a registo, ainda que o registo não venha a effectuar-se, e o documento se retire, authenticou-lhe a data desde o momento da apresentação.

A unica differença pois que descobrimos, com relação a terceiros, entre os documentos authenticos e os particulares depois de authenticados consiste em que n'aquelles a authenticidade conta-se desde o acto, porque a intervenção do official publico dá ao acto uma data certa; e n'estes só desde que se verifique alguma das circumstancias especificadas no artigo.

A data dos documentos particulares só se conta, desde logo, entre as proprias partes e seus *representantes*, devendo entender-se aqui, como nos artigos 2432.º e 2433.º, por representantes, apezar da redacção d'aquelles artigos, apenas o successor a titulo universal; aliás o segundo comprador, no exemplo acima posto, ainda que o seu acto não estivesse authenticado, devia prevalecer sobre o primeiro, com quanto authenticado, o que inutilisava de todo a disposição do artigo 2436.º

Art. 2437.º O escripto particular não prova contra a pessoa que o escreveu e assignou, quando esta tenha estado sempre de posse do mesmo escripto.

N'esta especie presume-se que o direito nunca se transferiu, que ficou apenas em projecto, porque aliás ter-se-ia entregue o titulo ao sugeito do direito, como prova do mesmo direito.

Assim, apparece no espolio de Paulo um titulo de confissão de divida a Pedro, mas prova-se que esse titulo nunca sahiu do seu poder, presume-se que o emprestimo nunca se effectuou, aliás o titulo seria entregue ao credor.

Por outro lado a posse do escripto faz presumir que, se a obrigação teve effeito, foi paga a divida, e retirado o escripto das mãos do credor.

No entretanto em face da philosophia juridica é pouco acceitavel a regra estabelecida no artigo, porque a força probatoria do documento não está na posse d'elle por esta ou por aquella pessoa, mas sim em ter sido escripto e assignado pelo responsavel.

A regra geral estabelecida n'este artigo soffre as excepções constantes das provisões contidas nos tres artigos subsequentes.

Se o escripto foi tirado por fraude ou violencia do poder de quem sempre o havia possuido é manifesto que não adquire por isso força probatoria que não tinha. Até o possuidor antigo pódia exigir além da restituição a imposição das penas criminaes applicaveis.

Art. 2438.º A nota, escripta pelo credor, em seguimento á margem, ou nas costas de qualquer escriptura ou obrigação, ainda que não seja datada, nem firmada, faz prova em favor do devedor.

(Vid. nota ao artigo 686.º) A razão do preceito do artigo é que não póde presumir-se que um credor escreva notas de descarga no proprio titulo da obrigação, sem que esteja pago d'aquillo, que descarrega.

O meio indicado no artigo desobriga em todos os casos o devedor por mais solemne que tenha sido o acto pelo qual contrahiu a responsabilidade, vistas as palavras—*qualquer escriptura ou obrigação*.

Como dissémos em a nota ao artigo 686.º, os preceitos dos artigos 1434.º, 1534.º e 1643.º cedem diante da provisão do artigo 2438.º

Quaesquer que fossem as razões, porque o legislador reconheceu esta excepção ao principio geral estabelecido em varios artigos do codigo,—de que o distracte das obrigações deve ser feito com as mesmas solemnidades que a sua estipulação,—é certo que procedeu n'este caso, como em materia de testamentos, onde, exigindo as mais rigorosas solemnidades para a validade d'estes actos juridicos, no artigo 1942.º permittiu as emendas feitas por letra do testador, com resalva e assignatura, independentemente de qualquer outra formalidade.

Art. 2439.º Os assentos, registos, e quaesquer outros escriptos domesticos, não fazem prova em favor de seu au-

ctor; mas farão prova contra elle, se enunciarem claramente a recepção de qualquer pagamento.

Art. 2440.º No caso do artigo antecedente, as pessoas que de taes assentos, registos ou registos quizerem ajudar-se, devem acceital-os egualmente na parte que lhes for prejudicial.

É outra classe de escriptos particulares que fazem prova reunindo as circumstancias e condições exigidas nos artigos 2432.º e 2433.º

Estes escriptos domesticos ordinariamente não são assignados, mas não obstante fazem prova independentemente da assignatura.

Qualquer assento domestico, ainda não datado nem assignado pelo auctor, faz prova contra elle se enuncia claramente o pagamento de qualquer quantia; servindo assim o apontamento de quitação.

Presume-se que taes assentos não se teriam feito, se o pagamento não se tivesse realisado, e que para lembrança de que o pagamento se realisou é que o assento se fez.

Ainda que o artigo 2439.º diga apenas que estes escriptos farão prova contra o auctor, é evidente que a fazem tambem contra seus herdeiros e representantes, e ordinariamente contra estes, porque é quasi sempre depois da morte do auctor que apparece em publico, e em juizo, este genero de documentos.

É preciso, porém, que taes notas sejam do proprio punho do credor, parecendo-nos menos razoavel a opinião dos que sustentam que basta que esses assentos tivessem sido feitos por sua ordem, e escriptos por terceiro.

É tambem condição indispensavel acceitar na parte prejudicial esses papeis para os aproveitar na parte util, porque se julgam estreitamente ligadas e subordinadas umas ás outras as differentes partes do documento.

Infere-se da redacção do artigo 2439.º que os livros e papeis n'elle mencionados apenas produzem effeitos juridicos quando se tracta de desonerar o devedor, mas que não constituem prova provada para outro fim, como para determinar a edade dos filhos, ou as despesas de familia, em harmonia com o declarado nos mesmos documentos.

Estes escriptos produzem os mesmos effeitos, ou constem de livros, ou de folhas volantes. Tambem servem de prova as cartas missivas, que podem ajunctar-se a qualquer processo sem licença do auctor, artigo 575.º

A natureza probatoria d'estes escriptos é a mesma, ainda que elles pertençam a commerciantes. Só os livros commerciaes, *devidamente arrumados*, é que fazem prova a favor do seu auctor, que todavia póde ser destruida por prova em contrario, quando a questão é entre commerciantes; e fazem prova a favor do seu auctor, até contra pessoas não commerciantes, sobre dividas de fornecimentos, provando-se que o credor os costumava dar a credito ao devedor, e jurando elle a verdade do petitorio; codigo commercial, artigos 224.º, 950.º e 952.º

Esta auctoridade dos livros commerciaes achava-se reconhecida, havia muito tempo, na práctica de julgar, como bem se mostra do alvará de 17 de junho de 1809, § 1.º, e portaria de 1 de maio de 1811, artigo 1.º; e funda-se na boa fé e celeridade que presidem ao commercio, no interesse do proprio commerciante, e no justo interesse de terceiros.

A disposição do codigo civil não prejudica as provisões da lei commercial sobre livros de commercio devidamente arrumados.

No projecto primitivo, antes do artigo correspondente ao artigo 2437.º, lia-se, sob o n.º 2810.º, o seguinte: «Os assentos e livros dos commerciantes não fazem prova contra pessoas não commerciantes, salvo o disposto no artigo 1446.º (1387.º do codigo); mas farão prova contra os dictos commerciantes, se aquelle que d'esses livros, ou assentos, quizer prevalecer-se, os acceitar egualmente na parte, que lhe possa ser prejudicial.»

SECÇÃO III

DA PROVA DE NASCIMENTOS, CASAMENTOS E OBITOS

Art. 2441.º Os factos de nascimento, casamento e obito provam-se pelo registo publico instituido para esse fim.

Art. 2442.º Não havendo registo, ou não se achando registados os actos mencionados, ou não o estando na devida fórma, poderá admittir-se qualquer outra especie de prova, salvo o que fica disposto nos artigos 114.º a 118.º

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 2443.º Os nascimentos, casamentos e obitos, occorridos anteriormente á promulgação d'este codigo, e ao estabelecimento do registo por elle ordenado, poderão provar-se pelos mesmos documentos, que até então eram admittidos para prova de taes factos.

O registo civil foi estabelecido por decreto de 16 de maio de 1832, e conservado por decreto de 18 de julho de 1835, e pelo codigo administrativo de 1836. No actual codigo administrativo, artigo 255.º, diz-se: «O administrador do concelho é tambem official do registo civil. Um regulamento especial regulará as attribuições, que n'esta qualidade lhe hão de competir.»

Porém, como nunca se publicou similhante regulamento, continuou o registo civil a cargo dos parochos; e ainda foi regulado ultimamente pelos decretos de 19 de agosto de 1859 e de 2 de abril de 1862. Hoje, porém, só está em vigor o segundo decreto, onde se acham refundidas as disposições do primeiro.

Nos assentos do registo ecclesiastico, pois, não hão de ser observadas as formalidades do codigo civil, mas sim as do decreto de 2 de abril de 1862, segundo se infere do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, e foi declarado em portarias de 20 de janeiro e de 26 de outubro de 1868.

Deu occasião a estas determinações a duvida se os parochos podiam celebrar o matrimonio de menores, prestando-se o consentimento dos respectivos superiores legitimos pelos modos indicados no artigo 14.º do decreto de 2 de abril de 1862, ou se era indispensavel

que esse consentimento fôsse provado por alvará expedido pela competente auctoridade judicial, como parece exigir o codigo.

E o governo declarou que o consentimento devia ser prestado nos termos do artigo 14.º do decreto de 2 de abril de 1862; e que, quando o superior de algum nubente de menor edade assistisse ao casamento, e como tal fosse reconhecido pelo parocho ou ecclesiastico, que legalmente o substituisse, e désse o seu consentimento, poderia prestal-o de viva voz, embora não soubesse escrever para assignar o assento, uma vez que n'este se declarasse que elle estava presente, que deu o seu consentimento, que era reconhecido pelo parocho ou pelo seu substituto legal, como superior legitimo do nubente menor, e que não assignava por não saber escrever.

A portaria ordenando que, em quanto não for instituido o registo civil, todas as disposições do codigo a elle relativas só obrigarão quando forem creadas as instituições de que dependerem, e que, não estando revogado o decreto de 2 de abril de 1862, os parochos se devem guiar por elle na feitura dos assentos parochiaes, com quanto só diga respeito aos assentos de casamento, é evidentemente applicavel aos de nascimento e de obito, porque onde ha a mesma razão, deve haver a mesma disposição.

Por isso o codigo com razão determina que a prova dos actos do estado civil e regulada pela legislação existente, em quanto se não ordenar o estabelecimento do registo civil, disposição confirmada no artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867.

Em conformidade d'esta doutrina julgou a Relação de Lisboa em accordão de 6 de dezembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 232, que os obitos occorridos antes da promulgação do codigo civil, e da installação do registo por elle creado, podem ser provados por justificações ecclesiasticas, ainda que o assento seja depois exarado n'outra parte, porque a força do documento provém da justificação processada no juizo ecclesiastico, e não do logar onde depois se exarou o assento, que foi onde a competente auctoridade ecclesiastica o mandou escrever.

Do artigo, nas palavras—*poderão provar-se pelos mesmos documentos*—, mostra-se que mesmo hoje não devem provar-se os factos de nascimento, casamento e obito, pelo depoimento de testemunhas, mas sim com documentos; e por isso nós julgamos que a parte, obrigada a provar em processo judicial algum d'aquelles factos, deverá apresentar certidão dos respectivos assentos.

Todavia a Relação do Porto em accordão de 18 de novembro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 183, julgou que os artigos 2441.º e 2443.º do codigo não reprovavam a prova testemunhal, a qual era sufficiente para provar os factos a que os mesmos artigos se referem; e a legislação vigente não exige effectivamente como substancial a certidão dos assentos de baptismo, de casamento e de obito para prova d'estes factos em juizo.

O certo é que o registo dos nascimentos, casamentos e obitos é por ora inteira e exclusivamente subordinado ao decreto de 2 de abril de 1862, que no artigo 1.º é redigido assim: «O registo parochial, conforme as condições e prescripções regulamentares contidas no presente decreto, continuará a ser feito pelo respectivo parocho, ou pelo ecclesiastico que para este fim legitimamente o substituir.»

A elaboração de um regulamento de registo civil para execução das disposições do codigo está entregue a uma commissão, que tem concluidos ou quasi concluidos os seus trabalhos. O governo, porém,

ou porque receie encontrar os sentimentos religiosos do paiz, secularisando o registo, ou porque trepide diante do augmento de despesa com a installação do mesmo registo, não se tem dado pressa em publicar o respectivo regulamento.

Art. 2444.º Nas certidões, que forem passadas dos livros do registo civil, deverão incluir-se sempre os averbamentos ou notas marginaes.

Não seria completa a certidão, não incluindo os averbamentos marginaes, que o official do registo civil deve fazer nos assentos respectivos, nos casos e condições marcados nos artigos 2450.º, 2469.º, 2480.º e 2491.º

SUB-SECÇÃO I

DO REGISTO CIVIL

DIVISÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2445.º O registo civil abrange:
1.º O registo dos nascimentos;
2.º O registo dos casamentos;
3.º O registo dos obitos;
4.º O registo do reconhecimento e legitimação dos filhos.

(Vid. artigos 2451.º e 2481.º) A posição que o individuo occupa na sociedade, e que constitue e modifica a sua capacidade juridica, chama-se *estado*. A vida juridica do homem é marcada por tres grandes epochas—o nascimento—o casamento—e a morte. O registo civil é destinado á authenticidade d'estes tres grandes factos.

Por isso o decreto de 2 de abril de 1862, no artigo 4.º, contém uma disposição inteiramente identica á do artigo 2445.º do codigo civil.

Nos termos do artigo 3.º do mesmo decreto os livros do registo parochial são numerados e rubricados pelo provisor ou vigario geral, ou por pessoa por elles auctorisada, e tem os devidos termos de abertura e de encerramento.

Tambem o regulamento que se publicar para a execução do registo civil deve determinar que os livros respectivos sejam numerados e rubricados, e tenham termos de abertura e de encerramento.

Para o reconhecimento dos filhos ou por subsequente matrimonio, ou pela perfilhação, ha um livro especial, artigo 2489.º, salvo quando o reconhecimento for feito no assento do baptismo d'elles, porque então ha de constar do livro mencionado em o n.º 1.º do artigo 2445.º

Os registos são numerados; e o masso dos documentos apresentados tem numero correspondente, artigo 2451.º

São dignas de attenção as providencias contidas nos artigos 75.º a 78.º da lei hespanhola de 17 de junho de 1870, e dos artigos 62.º e 63.º do respectivo regulamento de 13 de dezembro do mesmo anno, sobre a declaração do facultativo ácerca da morte do individuo, e sobre as participações do obito que devem ser dadas ao respectivo official do registo civil.

Art. 2446.º Em cada uma d'estas especies de registo, os assentos serão acompanhados por um numero de ordem. Esta numeração de ordem recomeçará todos os annos.

Art. 2447.º O assento, antes de ser assignado, será sempre lido na presença das partes que tiverem de o assignar, do que se fará expressa menção no dicto assento.

O decreto de 2 de abril de 1862 consigna no artigo 5.º disposição identica á que se lê no artigo 2446.º do codigo, determinando que em todas as especies de registo parochial serão lançados os assentos segundo o seu respectivo numero de ordem, que se renovará cada anno.

Se o official do registo fizesse menção de ter lido o assento antes de assignado, sem effectivamente o haver lido, commettia uma verdadeira falsidade, e expunha-se ás respectivas penas criminaes, quando pena nenhuma teria pela omissão, se não fôra obrigado a fazer menção de ter preenchido aquella formalidade.

É notavel que o codigo não exija, como solemnidade indispensavel de todos os documentos publicos, artigo 2495.º, o ser o documento lido antes de assignado, exigindo-a nos testamentos, artigos 1914.º e 1922.º, e nos assentos do registo civil.

Julgamos dignas de serem adoptadas no registo civil as seguintes provisões contidas nos artigos 6.º, 7.º, 9.º e 10.º do citado decreto de 2 de abril de 1862, e vêm a ser—que os assentos serão lançados por extenso, sem que possa usar-se de abreviaturas ou algarismos, mesmo nas datas, e seguindo-se uns aos outros só com o intervallo de uma linha que será coberta com um traço; que os riscos, emendas, entrelinhas, ou qualquer outra cousa que possa fazer duvida, devem ser resalvados a final pela mesma letra e antes das assignaturas, considerando-se como não existentes, e sem valor, as emendas e alterações feitas de outra maneira; que no caso em que alguma das partes, que necessariamente haja de figurar no assento, não possa ou não queira comparecer pessoalmente, se fará representar por pessoa munida de procuração legal, e com poderes especiaes para o acto para que é outorgada, sendo sómente exceptuados d'esta regra os padrinhos nos baptismos, bastando n'este caso que as pessoas que os deverem representar, apresentem procuração assignada pelo outorgante, sendo a assignatura reconhecida por tabellião ou pelo parocho; e que todas as procurações e documentos, que forem apresentados para se lavrarem os assentos nos registos, serão rubricados em todas folhas pelo apresentante e pelo parocho, e este os emmassará sob um numero de ordem seguido e renovado em cada anno, e os conservará em seu poder, e debaixo de sua responsabilidade, até que d'elles faça a competente remessa, sendo apenas dispensados da rubrica do apresentante os que, tendo uma só folha, forem por elle assignados.

Art. 2448.º Em todos os assentos do registo civil deve mencionar-se:

1.º O logar onde são feitos, e a hora, dia, e mez, e anno em que são escriptos;

2.º Os nomes, appellidos, estado, profissão, naturalidade, e residencia das partes e das testemunhas, que n'elles intervêm;

3.º Quaesquer outras declarações, exigidas por lei, com relação a cada uma das especies dos dictos assentos.

1.º e 2.º (Vid. artigo 2495.º)
3.º (Vid. artigos 2464 n.ºs 4.º e 5.º, 2478.º n.ºs 3.º e 4.º e § 3.º, e 2483.º n.ºs 3.º e 4.º)

Art. 2449.º Nenhum assento deve conter mais ou menos declarações do que as determinadas na lei. Essas declarações serão feitas em conformidade das informações das pessoas interessadas no registo, dos documentos por ellas apresentados, ou das proprias observações do official do registo, todas as vezes que a lei não determinar o contrario.

Se o assento contiver declarações, além das exigidas por lei, como se além do nome das testemunhas contiver a designação da sua filiação, nem por isso ficará nullo, mas apenas sem effeito as declarações a mais, segundo parece em vista do artigo 10.º

Se, porém, o assento contiver menos declarações do que as determinadas na lei, ficará inteiramente sem effeito em vista do artigo 10.º?

Cremos que não, visto que o artigo 2442.º permitte qualquer especie de prova, não estando o registo *na devida fórma*.

Ficará sem effeito, como documento authentico; mas poderá valer, como escripto particular, achando-se nos termos prescriptos na lei, e servirá ao menos de principio de prova.

O decreto de 2 de abril de 1862, no artigo 11.º, correspondente ao artigo 2449.º do codigo, diz assim: «Nenhum assento deve conter mais declarações do que as determinadas por este decreto. Estas declarações serão feitas segundo as informações das proprias partes ou de seus parentes, ou segundo o que constar de documentos irrecusaveis, todas as vezes que n'este decreto não for determinada outra cousa.»

Tambem no artigo 12.º prescreve o mesmo decreto, que ao lado da columna dos assentos deve ficar outra mais estreita, onde, junto de cada assento, se lançarão: 1.º o seu numero de ordem; 2.º o nome da pessoa ou pessoas a quem diz respeito; 3.º o numero de ordem das procurações e mais documentos de que n'elles se fizer menção; 4.º qualquer nota de reconhecimento, legitimação ou rectificação.

Art. 2450.º Nenhuma declaração, emenda, rectificação, additamento ou alteração, seja de que natureza for, poderá ser feita nos assentos do registo civil, senão em virtude de sentença passada em julgado, proferida pelos tribunaes judiciaes, salvo no caso de que tracta o artigo 1088.º

§ unico. Á margem dos respectivos assentos serão lançadas as forças d'essas sentenças, em um summario, que deve conter o resumo do julgado, a data da sentença, e a indicação do juizo onde esta foi proferida, e do cartorio onde correu o processo.

(Vid. nota ao artigo 1088.º) Nos artigos correspondentes, 16.º a 19.º, dispõe o decreto de 2 de abril de 1862 que, conhecendo-se, depois de concluido e assignado um assento, e em acto seguido, a necessidade de proceder á sua rectificação, esta se fará por uma declaração escripta em seguida ao assento na mesma columna, pela mesma pessoa que o tiver feito, e assignada por todos os individuos que o tiverem assignado; e que, excepto este caso, nenhuma rectificação poderá ser feita sem ordem do respectivo prelado, baseada em sentença civil ou ecclesiastica, segundo for de direito, proferida em juizo contencioso, a qual virá acompanhada de uma copia da mesma sentença; que quando o assento, que deve ser rectificado, for do mesmo anno, em que a rectificação é feita, abrirá o parocho novo assento em seguida ao ultimo que houver no livro respectivo, e á margem do assento primitivo lançará uma nota em que declare que aquelle assento se acha rectificado por outro, que designará pelo seu numero de ordem; que quando o assento, que tem de ser rectificado, for de anno anterior, cujo livro já esteja encerrado, e o duplicado depositado na camara ecclesiastica, a rectificação será feita nos livros do anno corrente, e a nota lançada ao lado do assento primitivo declarará não só o numero de ordem do novo assento, mas tambem o anno em que é feito, remettendo o parocho copia authentica d'esta nota á camara ecclesiastica, para lá ser lançada no livro correspondente, declarando na copia o anno a que pertence o livro em que lançou a nota, o numero de ordem do assento, juncto do qual á lançou, o conteúdo da nota, e o numero de ordem dos documentos, em virtude dos quaes foi feita a rectificação; que quando se apresentar ao parocho, acompanhada de despacho da respectivo prelado, escriptura publica, ou certidão authentica de verba testamentaria de testamento original já registado, em que se faça o reconhecimento de algum filho illegitimo, ou carta de perfilhação, o parocho lançará no livro competente, debaixo de um numero de ordem, um assento que indique a summa do documento que lhe foi apresentado, e o archivará, fazendo no respectivo assento de baptismo a nota correspondente, e observando *mutatis mutandis* tudo o que fica prescripto para as rectificações; e que o mesmo se observará quando tiver logar a legitimação *per subsequens matrimonium*, lançando-se a nota respectiva juncto ao assento de baptismo do filho legitimado.

Art. 2451.º Todos os documentos apresentados serão rubricados pelo official do registo, e emmassados com um numero de ordem, correspondente ao do registo respectivo.

(Vid. nota ao artigo 2446.º)

Art. 2452.º O registo será feito em duplicado.

Art. 2453.º Logo que algum livro de registo tenha sido encerrado, o seu duplicado será remettido á camara municipal do respectivo concelho, onde será archivado.

Tambem o registo parochial vigente é feito em duplicado, e assignado pelas partes que, segundo as disposições do decreto de 2 de abril de 1862 tiverem de o assignar, havendo para cada especie de registo dois livros, em cada um dos quaes se reproduzirão os assentos lançados no outro, conforme prescreve o citado decreto no artigo 2.º

Não póde deixar de ser egualmente applicavel ao registo civil a provisão consignada no artigo 8.º do mesmo decreto, onde se determina que os assentos, antes de serem assignados, serão sempre lidos, e conferidos os dois authographos na presença das partes que tiverem de os assignar, e das testemunhas, e que d'estes actos se fará expressa menção nos mesmos assentos.

Fica o original na repartição competente do registo civil, e envia-se o duplicado á respectiva camara municipal, porque se evita assim melhor a perda total de documentos tão preciosos, por incendio ou por outro qualquer accidente.

Tambem no registo parochial, conforme prescreve o citado decreto de 2 de abril de 1862 nos artigos 20.º a 22.º, dentro de oito dias depois de verificado pelos vigarios das varas o estado do registo e a regularidade com que é feito, conferindo todos os livros de registo do anno anterior, notando as faltas ou irregularidades que encontrarem, e lançando n'elles o seu despacho de approvação ou reprovação, serão, á custa da juncta de parochia respectiva, enviados ao secretario da camara ecclesiastica da diocese, um dos exemplares de todos os livros de registo do anno antecedente, e o masso de documentos pertencentes ao mesmo registo; os livros e documentos, assim remettidos, serão archivados na camara ecclesiastica da respectiva diocese, sendo archivados e guardados os duplicados pelo respectivo parocho, sob sua responsabilidade; e nas camaras ecclesiasticas nenhuma certidão dos registos parochiaes, n'ellas archivados, poderá ser passada sem preceder despacho dos prelados respectivos, para a concessão da qual é necessario que o requerente juncte ao seu requerimento uma certidão, passada na competente parochia, do duplicado do assento de que pede a nova certidão na camara ecclesiastica, ou documento comprobativo da perda, extravio, falta ou mutilação do competente livro de registo parochial.

Art. 2454.º Todos os actos do estado civil, que forem feitos fóra do domicilio das partes interessadas, poderão, a requerimento d'estas, ser transcriptos no registo civil dos seus domicilios, á vista de certidões authenticas, passadas por quem para isso for competente.

(Vid. artigos 2462.º, 2470.º, 2474.º a 2476.º, 2482.º e 2484.º) O casamento, por exemplo, feito em Almada, sendo os contrahentes domiciliados em Lisboa, póde ser lançado no registo do domicilio d'estes, em vista de certidão passada pelo official do registo civil do logar onde se effectuou o casamento.

Em varios artigos estabelece o codigo a regra de que os actos do registo civil devem ser practicados no domicilio das partes.

Assim é competente para tomar a declaração do nascimento o official do registo civil do logar onde a criança houver nascido, ou onde for exposta ou achada, ou onde forem domiciliados seus paes, quando forem conhecidos, artigo 2462.º

Se nos lazaretos occorrer algum nascimento os chefes d'estes estabelecimentos abrem dentro de vinte e quatro horas o respectivo assento em conformidade das prescripções do codigo; mas do livro do registo, onde se fazem estes assentos, se tirará copia authentica, que no praso de vinte e quatro horas será officialmente remettida ao official do registo civil do logar onde estiver situado o lazareto para a fazer registar immediatamente, artigo 2470.º

Se o nascimento occorre durante alguma viagem por terra, o registo será lavrado pelo official do primeiro logar, onde a mãe do recem-nascido se demorar por espaço de vinte e quatro horas, artigo 2474.º

Os assentos do casamento são lançados no registo do logar, onde foi celebrado o matrimonio, artigo 2475.º

Quando o casamento for celebrado perante o parocho, será por elle transmittida de officio, no praso de quarenta e oito horas, a acta do contracto ao official do registo civil, e por este registada, archivando-se o original.

O parocho da freguezia de um dos contrahentes fica obrigado a remetter esta acta ainda quando, por determinação da auctoridade ecclesiastica, o matrimonio for celebrado por um sacerdote não parocho, artigo 2476.º

Quando alguma pessoa fallecer, o seu mais proximo parente, e, na falta ou ausencia de parentes, os seus familiares, ou, em ultimo caso, e na falta d'estes, os seus visinhos, farão declaração do obito ao official do registo civil do logar, onde o obito houver acontecido, ou estiver o cadaver, artigo 2482.

Quando nos hospitaes civis ou militares, nas cadeias, nos hospicios de expostos, ou nos lazaretos fallecer alguma pessoa, os chefes d'esses estabelecimentos farão abrir assento de obito com todas as declarações exigidas no codigo, que for possivel obter, em livros que alli deve haver para esse effeito, e no praso de vinte e quatro horas depois de lavrado o assento remetterão copia authentica do mesmo ao official do registo civil do logar, onde estiver situado o hospital, cadeia, hospicio, ou lazareto, para que seja lançado no registo respectivo, sendo archivados estes documentos com o competente numero de ordem, artigo 2484.º

Art. 2455.º Os assentos do registo civil poderão ser lavrados na residencia das partes interessadas, quando estas assim o requererem aos officiaes de registo.

(Vid. nota ao artigo 1081.º)

Art. 2456.º Os actos do estado civil dos estrangeiros, residentes em Portugal, poderão ser lançados no registo civil, se elles o requererem, seguindo-se as disposições d'este codigo, na parte em que lhes forem applicaveis.

(Vid. notas aos artigos 1065.º, 1085.º e 1202.º)

Art. 2457.º A parte organica das repartições do registo civil, as obrigações dos funccionarios encarregados do registo, e a fórma d'este, serão determinadas em regulamentos especiaes.

(Vid. nota ao artigo 987.º)

Art. 2458.º As penas, que deverão ser impostas á transgressão, por parte dos funccionarios publicos ou de quaesquer outros cidadãos, das regras estabelecidas para o registo civil, serão as decretadas na respectiva legislação penal.

(Vid. nota ao artigo 984.º) Se algum assento se extraviar, deve ser reformado com as solemnidades legaes, inquirindo-se testemunhas, e julgando-se por sentença em vista das provas, como para os casos da rectificação exigem o artigo 18.º do decreto de 19 de agosto de 1859 e o artigo 17.º do decreto de 2 de abril de 1862. Este julgamento pertence á auctoridade superior ecclesiastica, se não ha alguem directamente interessado, aliás á auctoridade civil, que deve mandar citar o interessado, tornando o processo contencioso.

Em accordão de 7 de abril de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 157, de 18 de julho do mesmo anno, disse o Supremo Tribunal de Justiça: «... porque, tractando-se de rectificar um assento de obito, negocio que nada tem de espiritual, a jurisdicção ecclesiastica, restricta ás causas puramente espirituaes pelo artigo 192.º da Nov. Ref. Jud., não o abrangia; e muito mais depois do artigo 1087.º do codigo civil, que mesmo nas causas puramente espirituaes, como é a da annullação do matrimonio — sacramento, — faz da competencia do juizo civil os actos e diligencias necessarias para o juiz ecclesiastico proferir a sua sentença. O regulamento de 2 de abril de 1862, se permittiu as rectificações no registo parochial por ordem do respectivo prelado diocesano, não podia dar-lhe, nem effectivamente lhe deu, jurisdicção temporal, antes exigiu que tal ordem fosse baseada em sentença civel ou ecclesiastica, conforme fosse de direito, isto é, ecclesiastica para a annullação de um sacramento, civil para outra qualquer rectificação, estando assim em harmonia com as disposições da novissima reforma e do codigo civil supra citado;» etc.

DIVISÃO II

DO REGISTO DOS NASCIMENTOS

Art. 2459.º Quando occorrer algum nascimento em territorio portuguez, o recem-nascido será apresentado, no praso para isso assignado no regulamento civil, ao official d'este, para se fazer o respectivo assento.

§ unico. No caso de doença do recem-nascido, ou em qualquer outra circumstancia grave, de que para elle resulte perigo em ser levado á presença do official do registo civil,

deverá este transportar-se ao logar onde o recem-nascido estiver, e lavrar ahi o assento do nascimento.

O assento do nascimento faz-se tambem na respectiva repartição do registo civil, onde a competente declaração deve ser apresentada no praso de tres dias, segundo o disposto no artigo 55.º do codigo civil francez.

O codigo francez marcou este praso convenientemente. Por um lado não devia a mãe ficar privada dos soccorros necessarios nos primeiros momentos que seguem o parto, como ficaria obrigando-se as pessoas, a que se refere o artigo 2460.º, a irem prestar as declarações especificadas no mesmo artigo em praso mais curto, e por outro lado não devia ser mais longa a demora para não comprometter o estado do filho, e os direitos que podem advir-lhe.

É boa providencia obrigar a *apresentar* ao official do registo civil o recem-nascido para prevenir abusos, como o de inscrever, como recem-nascido, o que tem já um ou dois annos, ou como de um sexo o que é de outro, etc.

Art. 2460.º São obrigados a fazer as declarações do nascimento: em primeiro logar, o pae; na sua falta ou impedimento, a mãe; e na falta ou impedimento de ambos, o parente mais proximo do recem-nascido, sendo maior, e residindo onde o nascimento occorreu; na sua falta ou impedimento, o facultativo, ou a parteira, que tiver assistido ao parto; em ultimo logar, o dono ou a dona da casa onde occorreu o nascimento, quando este tenha sobrevindo fóra do domicilio da mãe.

§ unico. Se o nascimento acontecer em algum estabelecimento ou edificio publico, ou pertencente a alguma corporação, a pessoa a cujo cargo estiver a direcção d'esse estabelecimento é tambem, subsidiariamente e em ultimo logar, sujeita á obrigação imposta n'este artigo.

Art. 2461.º A declaração da existencia dos expostos e dos recem-nascidos abandonados será feita, quanto aos primeiros, pelo administrador do estabelecimento, onde a exposição se tiver feito; e, quanto aos segundos, pelas pessoas que os acharem, as quaes serão obrigadas a apresental-os ao official do registo civil com os vestidos e com quaes outros signaes, com que forem encontrados.

O codigo impõe a obrigação *successiva* de fazer as declarações ás pessoas mencionadas no artigo 2460.º, evitando assim as questões a que dá logar a redacção do artigo 56.º do codigo civil francez, sua fonte, que deixa logar á duvida, em relação a algumas das pessoas obrigadas a estas declarações, se a obrigação pesa sobre ellas simultanea ou successivamente.

Tambem o codigo não estabelece penalidade para aquelles que faltarem ao cumprimento d'estas obrigações, a qual deverá estabelecer-se no regulamento que organisar o registo civil, graduando as

penas segundo os delictos, para não ficarmos dependentes só das disposições do codigo penal, que incriminam a falta de cumprimento de obrigações impostas por lei.

Art. 2462.º É competente para tomar a declaração do nascimento, o official do registo civil do logar onde a criança houver nascido, ou onde for exposta ou achada, ou seus paes forem domiciliados, quando estes forem conhecidos.

(Vid. nota ao artigo 2454.º)

Art. 2463.º O registo do nascimento deve ser assignado, além do official publico, pelo declarante e por duas testemunhas. Quando o declarante não souber assignar, assignará a seu rogo mais uma testemunha.

(Vid. artigos 2477.º e 2483 § 1.º) Para a authenticidade do acto de registo, ou de nascimento, ou de casamento, artigo 2477.º, devem intervir, além do official publico, duas testemunhas, e as partes.

O assento de obito será assignado pelo declarante, ou, na falta ou impedimento d'elle, por duas testemunhas, artigo 2483.º, § 1.º

Se o declarante ou algum dos contrahentes não souber escrever, não se lhe admitte assignatura de cruz, mas accrescerá uma terceira testemunha, que assigne a rogo.

Se nenhum dos contrahentes souber escrever, não basta uma testemunha para os representar a ambos: são necessarias duas testemunhas para cada uma representar um d'elles, § unico do artigo 2477.º

As palavras — não souber *assignar* —, empregadas n'este artigo, correspondem ás palavras — não souber *escrever* —, exaradas no § unico do artigo 2477.º; pois que basta comparar o artigo 2477.º nas palavras — será *assignado* — com o § unico do mesmo artigo, onde se diz — *não souberem escrever* — para se conhecer que n'esta materia *assignar* é o mesmo que *escrever*.

No entretanto o legislador deveria usar do mesmo termo em ambos os artigos, ou só da palavra — *assignar* — ou só da palavra — *escrever* —, para evitar as duvidas a que dá logar esta diversidade de linguagem sem razão que a justifique.

Art. 2464.º Nos assentos de nascimento, além das declarações mencionadas no artigo 2448.º, deverão especificar-se:

1.º A hora, dia, mez, anno, e logar do nascimento;

2.º O sexo do recem-nascido;

3.º O nome que lhe foi ou ha de ser posto;

4.º Os nomes, appellidos, profissão, naturalidade e domicilio dos paes, mães e avós, quando os nomes dos dictos paes, mães e avós houverem de ser declarados, e os das testemunhas;

5.º Se o recem-nascido é filho legitimo, ou illegitimo.

§ 1.º No caso de nascimento de gemeos, lavrar-se-hão assentos separados para cada um d'elles, seguindo-se a or-

dem da numeração, conforme a prioridade do nascimento dos mesmos gemeos.

§ 2.° Se o recem-nascido tiver, ou tiver tido, um ou mais irmãos do mesmo nome, declarar-se-ha a sua ordem na filiação.

1.°, etc. (Vid. artigo 2493.°, n.° 3.°) O codigo exige que se declare no registo civil a *hora* do nascimento, a do casamento, artigo 2478.°, n.° 1.°, e a do obito, artigo 2483.°, n.° 1.°, condição esta que não se exige nos instrumentos publicos em geral, artigo 2495.°, n.° 3.°

O decreto de 2 de abril de 1862 exige a indicação da hora só nos assentos de baptismo e de obito, e, ainda assim, sendo possivel, artigos 13.° n.° 6.°, 14.° n.° 1.°, e 15.° n.° 1.°

O citado decreto manda tambem declarar no assento de baptismo, artigo 13.° n.° 5.°, o logar do nascimento, no assento de obito, artigo 15.° n.°s 2.° e 3.°, o logar do fallecimento, e a parochia, concelho, e diocese, e no assento de casamento, artigo 14.° n.° 2.°, a parochia, concelho e diocese, com designação da egreja, capella ou logar da celebração do casamento e menção do diploma que concedeu licença, quando não for celebrado na egreja parochial.

No assento do baptismo deve declarar-se egualmente a parochia, concelho e diocese, com designação da egreja, capella ou logar onde se ministrou o casamento, e menção do diploma que concedeu licença, quando for ministrado fóra da egreja parochial, citado decreto, artigo 13.°, n.° 2.°

2.°, etc. Se o official do registo civil tiver duvida a respeito do sexo do recem-nascido, ou mesmo a respeito da especie a que pertence, se á animal, se á hominal, deve todavia lavrar o assento, mas com a exposição de todas as duvidas que offerece o estado do recem-nascido, para serem resolvidas pelos peritos competentes.

Tambem o decreto de 2 de abril de 1862 exige que se declare no assento do baptismo o sexo do individuo baptisado, e o nome que lhe foi posto, artigo 13.°, n.° 4.°, no assento de obito o nome, sexo, edade, profissão, estado, naturalidade, morada e freguezia do fallecido, e, sendo casado ou viuvo, o nome do conjuge com quem era ou tinha sido casado, artigo 15.°, n.° 4.°, e no assento do casamento o nome, appellidos, edade, profissão, naturalidade, morada e freguezia dos nubentes, e a freguezia onde foram baptisados, artigo 14.°, n.° 4.°

3.°, etc. (Vid. artigo 2483.°, n.° 2.°) É indispensavel especificar esta circumstancia para determinar a identidade do recem-nascido.

No assento de obito deve mencionar-se o nome, sexo, appellido, edade, profissão e domicilio do fallecido, artigo 2483.°, n.° 2.°

4.° e 5.°, etc. (Vid. artigos 2467.°, e 2478.° n.°s 3.° e 4.°) Tambem pelo decreto de 2 de abril de 1862 deve declarar-se no assento do baptismo, artigo 13.°, n.°s 9.° e 10.°, o nome e appellidos dos avós paternos e maternos do individuo baptisado, o nome, appellido e profissão do padrinho, e o nome e appellido da madrinha, assim como deve declarar-se se algum dos padrinhos não assignou por não saber escrever, citado artigo 13.°, n.° 11.°

Nos termos do mesmo decreto, citado artigo 13.°, § 3.°, se o individuo baptisado for exposto, declarar-se-ha o anno, mez, dia e hora em que foi encontrado, a pessoa que o encontrou, o logar onde foi exposto, bem como quaesquer signaes que tiver ou com que for encontrado, e que possam, em qualquer tempo, fazel-o reconhecer.

Os nomes dos paes, mães e avós, só não podem ser declarados, quando os filhos são illegitimos, e o pae ou mãe não vão pessoalmente, ou por seu bastante procurador, fazer e assignar a declaração de paternidade, artigo 2467.°

Tambem o decreto de 2 de abril de 1862 exige nos assentos de casamento, artigo 14.°, n.° 6.°, o nome, appellidos e naturalidade dos paes dos nubentes, nos assentos de obito, artigo 15.°, n.° 6.°, além d'aquellas circumstancias, a designação da profissão; e nos assentos de baptismo, artigo 13.°, n.° 8.°, além de todas estas condições, a indicação da freguezia onde se receberam, e a sua freguezia e morada.

A declaração de *avoenga* é consequencia da declaração da paternidade. Sempre que o nome do pae é declarado, deve declarar-se tambem o nome do avô.

Pelo decreto de 2 de abril de 1862, artigo 13.°, § 2.°, tambem, no caso de ser filho illegitimo o individuo baptisado, não deve declarar-se o nome do pae, salvo se este expressamente consentir, devendo n'esse caso assignar o assento, ou junctar titulo authentico de consentimento.

Assim, posto que o artigo 2467.° não esteja ainda em vigor, visto o artigo 4.° da lei de 1 de julho de 1867, e portaria de 26 de outubro de 1868, já se observa a sua doutrina por força do disposto no decreto de 2 de abril de 1862, salvo com relação á mãe do filho illegitimo, porque o nome d'ella póde declarar-se no assento do baptismo por simples informações.

Mesmo n'este caso o assento constitue perfilhação, artigo 123.°, salvo á mãe o direito de a impugnar, apezar de que o registo, a que se refere o artigo 123.°, é o estabelecido nos artigos 2440.° e seguintes, e não o adoptado no decreto de 2 de abril de 1862.

A velha legislação ecclesiastica não é uniforme n'este assumpto. Das constituições dos bispados mandam umas escrever no assento de baptismo dos filhos illegitimos o nome do pae, não havendo n'isso escandalo publico, e prohibem outras essa declaração, assim como algumas não permittem declarar o nome da mãe.

O codigo administrativo de 31 de dezembro de 1836, artigo 134.°, § 5.°, estabelecia disposição analoga á que está consignada no artigo 2467.° do codigo, não admittindo no registo civil a declaração de *paternidade* ou *de maternidade* dos filhos illegitimos, se o pae ou mãe não fizesse e assignasse essa declaração por si ou por seu bastante procurador.

Só depois dos decretos de 19 de agosto de 1859 e de 2 de abril de 1862, artigo 13.°, § 2.°, é que póde dizer-se absolutamente prohibido declarar no assento do baptismo de um illegitimo o nome do pae, salvo se este expressamente consentir, devendo n'esse caso assignar o assento ou ajunctar titulo authentico de consentimento.

A doutrina mais corrente no fôro era que as declarações da paternidade illegitima só podiam escrever-se no assento do baptismo sendo expressamente auctorisadas pelo pae, e que para se escrever o nome da mãe bastavam as declarações das pessoas que levavam o recem-nascido a baptisar, que d'esta fórma os assentos não provavam a paternidade illegitima, senão quando d'elles constasse que o pae tinha positivamente reconhecido o baptisado como seu filho, e pelo contrario provavam a maternidade, apezar de a elles não ter assistido a mãe, nem d'elles constar que tivesse dado auctorisação, salvo impugnando ella as declarações feitas pelas pessoas que lhe attribuiram a maternidade.

Deve tambem declarar-se o *estado* dos paes, avós e testemunhas, vista a disposição do artigo 2448.º, n.º 2.º

Tanto no assento do baptismo como no de casamento, artigo 2478.º, n.ºs 3.º e 4.º, e § 3.º, e no de obito, artigo 2483.º, n.º 3.º, é preciso especificar todas as circumstancias do baptisado, dos nubentes, e do fallecido, e dos paes e avós, para se estabelecer claramente a arvore de geração, e se conhecerem as relações de familia por via do direito successorio.

O decreto de 2 de abril de 1862 exige egualmente que nos assentos de baptismo, artigo 13.º, n.º 3.º, como nos de casamento, artigo 14.º, n.º 3.º, se declare quem foi o ministro do sacramento ou o ecclesiastico que assistiu ao casamento.

Tambem pelo decreto de 2 de abril de 1862, artigo 13.º n.º 7.º, artigo 14.º n.º 5.º, e artigo 15.º n.º 5.º, deve declarar-se nos assentos de baptismo, casamento e obito, se o baptisado, casado, ou fallecido, era filho legitimo, illegitimo, ou exposto.

§§ 1.º e 2.º, etc. Alguem sustenta que o codigo, mandando regular a ordem da numeração pela *prioridade* do nascimento, não decidiu a questão da prioridade para os effeitos civis, mas unicamente para os effeitos do registo, a fim de se saber qual dos dois assentos ha de ter preferencia na numeração, visto que manda fazer dois registos separados.

Não póde, porém, admittir-se similhante distincção, que o codigo não auctorisa. Nós entendemos em face do codigo que a *primogenitura* depende da prioridade do nascimento.

Mas supponhamos que os assistentes não poderam verificar qual dos gemeos nasceu primeiro? N'este caso, por analogia do disposto no artigo 1738.º, e segundo os principios geraes de direito, artigo 16.º, deve suppôr-se que nasceram ambos ao mesmo tempo, e dividir-se por egual o que devia pertencer ao primeiro nascido.

Hoje não tem tanta importancia esta questão desde que acabou a instituição dos morgados e dos prasos de vidas; no entretanto póde apparecer ainda em varias hypotheses, como no caso de ter de passar um direito ao nascituro ou embryão, que a lei protege desde a sua procreação, artigos 6.º, 1479.º, 1776.º e 1777.º; no de usufructo successivo a favor dos filhos de certa e determinada pessoa para se resolver qual dos gemeos é o primeiro usufructuario, para se saber qual dos dois ha de ser cabeça de casal, artigo 2068.º, n.º 3.º; etc.

O § 2.º do artigo é a reproducção fiel do disposto no § 1.º do artigo 13.º do decreto de 2 de abril de 1862.

Art. 2465.º Nos assentos de nascimento dos expostos far-se-ha menção:

1.º Do dia, hora e logar, em que for encontrado o exposto;

2.º Da sua edade apparente;

3.º De qualquer signal, ou defeito de conformação, que o distingua;

4.º De qualquer declaração que o acompanhe;

5.º Dos vestidos ou roupas em que estiver ou tiver estado involto;

6.º Finalmente, de qualquer outro indicio, que se encontre.

Art. 2466.º Se for apresentado o cadaver de algum recemnascido, que se diga haver fallecido depois de nascer, o official do registo civil fará lavrar o assento do nascimento, com todas as declarações prescriptas n'este codigo; declarando, porém, n'elle que a criança lhe fôra apresentada sem vida.

§ unico. Em acto continuo abrir-se-ha no livro competente assento de obito.

(Vid. artigo 2485.º) Nos assentos de baptismo de expostos e nos assentos de obitos em geral, quando a identidade não possa ser reconhecida, devem mencionar-se todas as circumstancias prescriptas nos artigos 2465.º e 2485.º, tendentes a poder verificar-se mais tarde a identidade.

Com relação ao disposto no artigo 2485.º convem muito ter em vista os preceitos consignados nos artigos 82.º a 86.º da lei hespanhola de 17 de junho de 1870.

Art. 2467.º Não será admittida no registo civil declaração de paternidade, maternidade, ou avoenga dos filhos illegitimos, salvo quando o pae ou a mãe, pessoalmente ou por seu bastante procurador, fizerem essa declaração, e assignarem.

(Vid. notas aos artigos 119.º s 2464.º)

Art. 2468.º Sendo o filho nascido na constancia do matrimonio, não póde ser admittida no registo civil declaração em contrario, ainda que a mãe diga que o filho não é de seu marido, ou este affirme que o filho não é seu; salvo havendo separação, que date pelo menos de trezentos dias antes do nascimento.

(Vid. nota ao artigo 101.º)

Art. 2469.º A legitimação dos filhos por subsequente matrimonio dos paes, e o reconhecimento dos illegitimos, feito por escriptura publica, testamento, ou qualquer outro acto solemne, serão notados á margem dos respectivos assentos de nascimento, precedendo, porém, despacho do juiz que assim o determine.

§ 1.º Da mesma fórma serão averbadas todas as sentenças proferidas em acções de filiação, guardadas as prescripções do § unico do artigo 2450.º

§ 2.º A obrigação de requerer o averbamento incumbe:

1.º No caso de legitimação por subsequente matrimonio, ao marido;

2.º No caso de reconhecimento por escriptura publica, ou por qualquer outro modo solemne, ao legitimador;

3.º No caso de reconhecimento por testamento, ao filho reconhecido, se for maior, ou, sendo menor, ao seu tutor;

4.º Nas acções de filiação, ao auctor ou ao seu tutor.

(Vid. nota aos artigo 119.º) A perfilhação feita antes da promulgação do codigo com as solemnidades no mesmo prescriptas, mas sem as formalidades ordenadas no decreto de 29 de setembro de 1852 será valida? Valerá a perfilhação feita n'aquella epocha em auto publico, mas sem alvará regio de auctorisação?

As formalidades dos actos juridicos são regidas pelas leis vigentes ao tempo da sua constituição. No entretanto o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu que era valida uma doação feita antes do codigo sem a formalidade da insinuação, que era indispensavel pelo direito velho, mas que não podia ser motivo de impugnação judicial em presença do direito novo, como póde ver-se em a nota ao artigo 8.º

DIVISÃO III

DO REGISTO DOS NASCIMENTOS EM CASOS ESPECIAES

Art. 2470.º Se nos lazaretos occorrer algum nascimento, os inspectores, ou directores d'esses estabelecimentos, abrirão, dentro de vinte e quatro horas, o respectivo assento de nascimento, guardando, em tudo aquillo a que forem applicaveis, as prescripções d'este codigo.

§ unico. O assento será lavrado em um livro de registo, tirando-se uma copia authentica, que, no praso de vinte e quatro horas, será officialmente remettida ao official do registo civil do logar onde o lazareto estiver situado, para a fazer registar immediatamente.

(Vid. nota ao artigo 2454.º)

Art. 2471.º Se em viagem de mar nascer alguma criança, o escrivão, nos navios de guerra, e o capitão ou mestre, nos mercantes, lavrarão, dentro de vinte e quatro horas depois do parto, na presença do pae, se estiver a bordo, assento de nascimento em duplicado, com todas as formalidades e declarações exigidas n'este codigo, accrescentando a da altura em que o nascimento tiver occorrido, e qualquer outra circumstancia, que succeda dar-se.

Art. 2472.º Quando o navio entrar em porto estrangeiro, onde resida agente diplomatico ou consular portuguez, o commandante do navio lhe entregará um dos autographos, e outro ao competente official do registo civil do primeiro porto nacional onde entrar.

§ unico. Se o navio entrar primeiro em porto nacional, ou se no porto estrangeiro, onde houver tocado, não existir agente diplomatico ou consular portuguez, os dois autographos serão entregues ao official do registo civil, nos termos d'este artigo.

Art. 2473.º O official do registo civil, a quem for entregue ou remettido algum autographo ou exemplar de assento de nascimento, transcrevel-o-ha immediatamente no competente livro, archivando-o com o respectivo numero de ordem.

(Vid. nota ao artigo 1952.º, e artigo 2486.º)

Art. 2474.º Se o nascimento occorrer durante alguma viagem por terra, o registo será lavrado pelo official do primeiro logar onde a mãe do recem-nascido se demorar por espaço de vinte e quatro horas.

DIVISÃO IV

DO REGISTO DOS CASAMENTOS

Art. 2475.º Os assentos de casamento devem ser lançados no registo do logar onde foi celebrado o matrimonio.

Art. 2476.º Quando o casamento for celebrado perante o parocho, será por elle transmittida ex-officio, no praso de quarenta e oito horas, a acta do contracto ao official do registo civil, e por este registada, archivando-se o original.

§ unico. Quando por determinação da auctoridade ecclesiastica, o matrimonio religioso for celebrado por um sacerdote não parocho, a acta do contracto será exarada e remettida, nos termos d'este artigo, pelo parocho de um dos contrahentes.

(Vid. nota ao artigo 2454.º, e artigo 2487.º) Convem ter em vista o disposto nos artigos 87.º a 95.º da lei hespanhola de 17 de junho de 1870.

Art. 2477.º Quando o casamento for celebrado perante o official do registo civil, este lavrará o assento do contracto, que será assignado pelos contrahentes e pelas testemunhas, além do official publico.

§ unico. Quando algum dos contrahentes, ou ambos, não souberem escrever, accrescerá, por parte de cada um, mais uma testemunha, que assignará a seu rogo.

(Vid. nota ao artigo 2463.º)

Art. 2478.º O assento de casamento, além das declarações mencionadas no artigo 2448.º, deve especificar as seguintes circumstancias:

1.ª A hora, dia, mez, anno, e logar do casamento;

2.ª Se foi celebrado em edificio publico ou particular, designando-se este;

3.ª Se os contrahentes são filhos legitimos, illegitimos, ou expostos, e o seu estado civil anterior;

4.ª Os nomes, appellidos, e naturalidades dos paes e mães, avôs e avós dos contrahentes, sendo conhecidos.

§ 1.º Havendo dispensa de publicação, ou de edade, far-se-ha menção da apresentação dos diplomas de taes concessões.

§ 2.º O mesmo se fará quanto ao diploma de consentimento, se algum dos contrahentes for menor.

§ 3.º Se algum dos contrahentes for viuvo, declarar-se-hão o nome do conjuge fallecido e o logar onde falleceu.

(1.ª e 2.ª Vid. artigo 2495.º, n.º 3.º)

(3.ª e 4.ª, etc. Vid. artigo 2464.º)

(§ 1.º, etc. Vid. notas aos artigos 1073.º e 1076.º) O decreto de 2 de abril de 1862, em os n.ºs 7.º e 8.º do artigo 14.º, correspondentes aos §§ 1.º e 2.º d'este artigo 2478.º, está redigido assim: «Havendo dispensa de proclamas ou de qualquer impedimento, o diploma d'estas concessões; e sendo algum dos nubentes menor, o consentimento do superior legitimo, ou diploma do seu supprimento legal.»

Assim a publicação ordenada nos artigos 1076.º e 1077.º póde ser dispensada, devendo fazer-se menção d'esta dispensa em vista do competente diploma no assento do casamento.

Do diploma de dispensa de edade deve fazer-se egualmente menção no assento do casamento.

(§ 2.º, etc.) Da redacção do artigo parece inferir-se que o superior legitimo do nubente, quando este é menor, não póde vir dar o seu consentimento no assento de casamento, e que é preciso alvará do poder judicial.

No entretanto este alvará do poder judicial só será necessario quando a auctorisação for dada pelo conselho de familia, artigo 1061.º, § 2.º, ou pelo conselho de visinhos, artigo 276.º, ou pelo juiz de direito, artigo 282.

Quando a licença para casamento pertencer aos paes ou avô, citado artigo 1061.º e § 1.º, bastará a presença d'elles no assento do casamento ou procuração bastante.

O decreto de 2 de abril de 1862, no artigo 14.º, § 2.º, diz assim: «No caso de menoridade de algum dos nubentes, o superior legitimo que der o seu consentimento assignará o assento, ou juntará documento authentico d'esse consentimento. No caso de supprimento legal juntar-se-ha sempre o alvará que o concedeu.»

O regulamento que organisar o registo civil resolverá estas duvidas, que o codigo de processo resolveu no sentido da opinião que deixamos exposta.

O decreto de 2 de abril de 1862, no § 1.º do artigo 14, consigna doutrina egual á que se encontra no § 3.º do artigo 2478.º; e em os n.ºs 9 e 10 do mesmo artigo dispõe que no assento do casamento deve declarar-se o nome, appellidos, profissão, morada e freguezia das testemunhas, e se alguma das pessoas, que figuraram no assento, não assignou por não saber escrever.

(§ 4.º, etc. Vid. nota ao artigo 2464.º, n.ºs 4.º e 5.º) A lei hespanhola de 17 de junho de 1870 enuncia no artigo 67.º ainda outras circumstancias que nos parecem dignas de especial consideração, como são: a declaração do registo onde está inscripto o nascimento dos contrahentes, o estado e profissão dos paes e avós, a procuração que auctorisou o casamento quando algum ou ambos os conjuges não comparecem pessoalmente, o nome, domicilio, edade e profissão do procurador, os nomes dos filhos illegitimos que os contrahentes declarem legitimar pelo casamento, e a declaração dos contrahentes de que querem unir-se em casamento, bem como a do official de matrimonio de que elles ficam unidos em laço perpetuo e indissoluvel.

Convinha tambem regular os matrimonios, feitos *in articulo mortis*, tanto dos paisanos como dos militares, como faz a citada lei hespanhola nos artigos 68.º e 71.º a 72.º

Art. 2479.º Todo o portuguez que contrahir matrimonio em paiz estrangeiro, deverá, no praso de tres mezes, contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar no registo do logar, onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authentico, pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado.

(Vid. notas aos artigos 1065.º e 1202.º)

Art. 2480.º Se o casamento for annullado, será a respectiva sentença averbada ao lado do assento, declarando-se a sua data, o juizo onde foi proferida, e o cartorio por onde correu o processo.

(Vid. nota ao artigo 1088.º)

DIVISÃO V

DO REGISTO DOS OBITOS

Art. 2481.° Nenhum cadaver poderá ser sepultado, sem que primeiro se tenha lavrado assento de obito no livro do registo.

(Vid. nota ao artigo 2445.°)

Art. 2482.° Logo que alguma pessoa fallecer, o seu mais proximo parente, ou, na ausencia de parentes, os seus familiares, ou, em ultimo caso e na falta d'estes, os seus visinhos, farão declaração do obito ao official do registo civil do logar onde o obito houver acontecido ou estiver o cadaver.

§ unico. O modo como estas declarações devem ser authenticadas será declarado no respectivo regulamento.

(Vid. nota ao artigo 2454.°)

Art. 2483.° O assento, além de todas as declarações mencionadas no artigo 2448.°, que for possivel obter, mencionará:

1.° O dia, hora e logar do fallecimento;

2.° O nome, sexo, appellido, edade, profissão e domicilio do fallecido;

3.° Os nomes, domicilio, naturalidade e profissão dos paes e avós do fallecido, se d'isso houver noticia;

4.° O nome do outro conjuge, se o fallecido tiver sido casado ou viuvo;

5.° A molestia ou causa da morte, sendo conhecida.

§ 1.° O assento será assignado pelas pessoas que tiverem feito a declaração do obito, ou, na falta ou impedimento d'estas, por duas testemunhas escolhidas com preferencia d'entre os parentes ou visinhos do fallecido.

§ 2.° Se o fallecido tiver feito testamento, far-se-ha menção d'esta circumstancia no assento do obito, bem como da pessoa em cujo poder ficou o testamento.

(1.°, etc. Vid. artigo 2495.°)
(2.°, etc. Vid. nota ao artigo 2464.°)
(3.° e 4.°, etc. Vid. nota ao artigo 2448.°)
O decreto de 2 de abril de 1862, no artigo 15.°, n.os 7.° a 10.° e § 2.°, manda declarar no assento de obito se o fallecido deixou testamento, se deixou filhos, se recebeu os sacramentos, o logar da sepultura, e, se for depositado em jazigo fóra do cemiterio publico, o local do jazigo e as licenças das auctoridades ecclesiastica e civil.
(§ 1.°, etc. Vid. nota ao artigo 2463.°)
(§ 2.°, etc. Vid. nota ao artigo 1937.°)

Art. 2484.° Quando nos hospitaes civis ou militares, nas cadeias, nos hospicios de expostos, ou nos lazaretos, fallecer alguma pessoa, os directores ou administradores d'esses estabelecimentos farão abrir assento de obito, com todas as declarações exigidas n'este codigo, que for possivel obter, em livros que ahi deve haver para esse effeito, e, no praso de vinte e quatro horas depois de lavrado o assento, remetterão copia authentica do dicto assento ao official do registo civil do logar onde estiver situado o hospital, cadeia, hospicio ou lazareto, para que seja lançado no respectivo registo.

§ unico. Estes documentos serão archivados com o competente numero de ordem.

(Vid. nota ao artigo 2454.°)

Art. 2485.° Se apparecer o cadaver de alguem, cuja identidade não seja possivel reconhecer, o assento de obito deverá declarar:

1.° O logar onde foi achado o cadaver;

2.° O estado d'elle;

3.° O seu sexo, e a edade que representa;

4.° O vestuario que tinha, e quaesquer outras circumstancias ou indicios que se encontrarem.

§ unico. Dado que depois se reconheça a identidade do morto, completar-se-ha o assento, escrevendo-se á margem d'elle os esclarecimentos de novo obtidos.

(Vid. nota ao artigo 2465.°) A este artigo corresponde no decreto de 2 de abril de 1862 o artigo 15.°, § 1.°

Art. 2486.° Occorrendo em viagem do mar algum fallecimento, proceder-se-ha, nos termos dos artigos 2471.°, 2472.° e 2473.°, em tudo aquillo a que forem applicaveis.

(Vid. nota ao artigo 2471.°)

Art. 2487.° Occorrendo o fallecimento durante alguma viagem por terra, o assento de obito será lavrado ou pelo official do logar onde o fallecimento occorrer, ou pelo do

logar onde o cadaver for sepultado, quando este logar seja diverso d'aquelle.

(Vid. nota ao artigo 2474.º)

DIVISÃO VI

DO REGISTO DOS RECONHECIMENTOS E DAS LEGITIMAÇÕES

Art. 2488.º Haverá um livro especial para assentos de reconhecimento e legitimação.

Art. 2489.º N'este livro se lançarão os assentos de todos os reconhecimentos e legitimações de filhos, quer estes factos provenham de matrimonio subsequente, quer da perfilhação feita por escriptura, testamento ou auto publico, que não seja o assento de nascimento dos filhos perfilhados.

Art. 2490.º Estes assentos devem conter, além do que fica disposto no artigo 2448.º:

1.º Os nomes, appellidos, estado civil, naturalidade e domicilio dos legitimadores ou perfilhadores;

2.º Os nomes, appellidos, estado civil, naturalidade e domicilio, sendo conhecido, do legitimado ou perfilhado;

3.º Declaração do documento pelo qual a legitimação ou a perfilhação é feita.

§ 1.º No caso de legitimação por subsequente matrimonio, indicar-se-hão o livro onde está lançado o assento de casamento e o numero de ordem d'este. Se o dicto assento estiver em diversa repartição do registo civil, ou em outro anterior á creação d'este, será a dicta repartição ou o dicto registo designado, e far-se-hão aquellas indicações á vista da respectiva certidão, que ficará archivada.

§ 2.º Se o reconhecimento ou perfilhação for feito por testamento, declarar-se-ha o logar onde está registado; se for por escriptura, o cartorio do tabellião onde foi feita; se for por algum outro auto publico, o tribunal ou repartição publica onde foi exarado.

Art. 2491.º O averbamento d'estes assentos será feito pela fórma declarada no artigo 2469.º

(Vid. nota ao artigo 119.º)

SECÇÃO IV

DAS TESTEMUNHAS INSTRUMENTARIAS

Art. 2492.º Não podem ser testemunhas em actos entre vivos aquellas pessoas que o não podem ser em actos de ultima vontade, em conformidade do artigo 1966.º

(Vid. nota ao artigo 1966.º)

SECÇÃO V

DOS VICIOS QUE PODEM ELIDIR A FORÇA PROBATORIA DOS DOCUMENTOS

Art. 2493.º A força probatoria dos documentos authenticos póde ser elidida por falta de algum dos requisitos que a lei exige na sua feitura, ou por sua falsidade.

Art. 2494.º A nullidade dos documentos officiaes resulta da sua falta de conformidade com as disposições das leis e dos regulamentos que determinam o modo como elles devem ser exarados e expedidos.

O codigo distingue os documentos, quanto aos vicios, que podem elidir a sua força probatoria, em documentos authenticos officiaes e documentos authenticos extra-officiaes. Até o projecto primitivo no artigo 2865.º, correspondente ao artigo 2494.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «Os requisitos, cuja falta induz nullidade dos documentos de primeira classe, são declarados nas leis respectivas aos mesmos documentos.»

Os documentos authenticos em geral não podem ser atacados senão por motivo de nullidade ou de falsidade.

A nullidade dos documentos authenticos officiaes resulta de não terem sido expedidos e exarados em conformidade das leis e regulamentos respectivos, artigo 2494.º

A *nullidade* dos documentos extra-officiaes provém de não se ter satisfeito algum dos requisitos marcados no artigo 2495.º, como indispensaveis para a sua validade. A *falsidade* para uns e outros resulta de se ter verificado algum dos casos previstos no artigo 2496.º

Quanto á falsidade, todos os documentos authenticos estão sujeitos ás mesmas condições: ou sejam officiaes ou não, só podem ser arguidos de falsidade nos casos previstos no artigo 2496.º

O codigo marcou taxativamente os requisitos da nullidade e da falsidade para coarctar o arbitrio dos tribunaes na decisão d'um assumpto tão grave, e que decide de importantissimos direitos, como é a validade ou nullidade dos documentos authenticos.

Art. 2495.º Tornam nullos os documentos extra-officiaes:

1.º A incompetencia do official publico, pelo que toca ao objecto e ao logar;

2.º A sua qualidade de interessado no acto, quer o interesse seja seu, quer seja de seus ascendentes, descendentes, irmãos ou conjuge, seu ou de algum d'elles;

3.º A falta de data de dia, mez, anno e logar;

4.º A falta de assignatura das partes, ou de outras pessoas a seu rogo, quando aquellas não sabem ou não podem assignar;

5.º A falta de assignatura de duas testemunhas idoneas, pelo menos, quando a lei não exigir maior numero;

6.º A falta de reconhecimento da identidade dos outorgantes;

7.º A falta de menção das procurações, se o acto for celebrado por procurador;

8.º A falta de resalva das emendas, entrelinhas ou rasuras, que occorrerem;

9.º A falta de assignatura e signal do official publico.

§ unico. As disposições d'este artigo não prejudicam nenhuma providencia, que a tal respeito esteja estabelecida por lei em casos especiaes.

(1.º, etc.) Os tabelliães são obrigados, em conformidade das prescripções do artigo 86.º, n.º 2.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes de 30 de junho de 1864, a ter, além do livro de notas, mais tres livros numerados e rubricados pelo juiz competente, e destinados — um para os termos de abertura de signaes, outro para o registo de reconhecimentos de signaes nas certidões de missas, e o terceiro para se registarem por extenso as procurações, substabelecimentos e revogações d'estes actos, quando os interessados queiram o registo, e os instrumentos de contractos e actos lavrados fóra das notas.

Pela Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 2.º, eram os tabelliães obrigados a guardar os livros de notas durante a sua vida, devendo os herdeiros do tabellião fallecido entregal-os por inventario ao successor do officio, o qual tinha obrigação de os conservar até quarenta annos, contados desde que as escripturas foram feitas.

Hoje são os tabelliães e successores no officio obrigados a guardar sem limitação de tempo todos os livros e documentos do cartorio sob sua responsabilidade, citada tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, artigo 86.º, n.º 5.º

Estes livros e documentos consideram-se propriedade do estado, e não propriedade particular. Constituem um archivo publico sob a guarda e responsabilidade do tabellião.

Os tabelliães de notas funccionam no districto do seu officio, não só nas suas casas e cartorios, como nos logares onde forem chamados para exercer actos do seu ministerio, cit. Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 5.º, e tit. 80, §§ 3.º e 6.º

É nulla a escriptura que um tabellião de Lisboa for fazer, por exemplo, a Almada, porque fóra do districto de seu officio não é considerado como official publico.

N'este sentido julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 9 de março de 1875, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 393.

Não podem tambem lavrar instrumentos de actos que não pertençam ao seu officio. Assim, por exemplo, o escrivão da tomada de contas dos legados pios não cumpridos na comarca de Lisboa, que serve de tabellião nos negocios em que o hospital de S. José for parte principal, promittente ou acceitante, segundo o decreto de 5 de novembro de 1851, artigo 5.º, não póde lavrar escripturas em que o hospital não seja parte principal; e, se as fizer, serão nullas, cit. Ord. liv. 1.º, tit. 80, § 6.º

Por isso é egualmente nulla a escriptura publica lavrada por um escrivão de juiz de paz, visto que a sua competencia, como tabellião, se restringe aos autos de approvação de testamento.

Supponhamos, porém, que o official publico estava impedido de exercer as suas funcções, como por motivo de suspensão, etc., mas que no publico era reconhecido como no exercicio legal do seu officio, será ou não valido o instrumento publico exarado n'estas condições?

No projecto primitivo, artigo 2866.º, correspondente ao artigo 2495.º do codigo, o primeiro requisito, cuja falta induzia a nullidade do documento, era — *a falta de legitimidade do official publico.* —

A este preceito absoluto propoz o sr. Paes da Silva, nas suas observações, a seguinte modificação — *salvo se o official for publicamente reconhecido como tal* —, com o fundamento de que muitas vezes se dava o facto de ser lavrado o documento por official incompetente, mas havido publicamente como legitimo, e que a práctica de julgar era dar validade ao documento, salvando o direito das partes em razão da sua boa fé.

Na resposta áquellas observações disse o sr. Seabra: «É este em verdade um dos casos em que o erro commum não deve prejudicar, e convimos em que se accrescente ao artigo o seguinte § 1.º *A falta de legitimidade do official publico não importará nullidade, exercendo este o seu officio publicamente sem opposição da auctoridade superior competente.*»

No primeiro projecto da commissão revisora, que foi o de 1864, não se tractou d'esta materia nem appareceu a redacção do projecto primitivo, nem a que acceitou o sr. Seabra sobre indicação do sr. Paes, como não appareceu em nenhum dos outros.

Qual seria, pois, o pensamento da commissão revisora, supprimindo aquelle requisito da validade dos documentos? Foi de certo deixar a solução d'esta questão dependente das regras geraes de direito, em virtude das quaes o erro de facto não prejudica ninguem; e por isso entendemos que não é nullo o documento feito por pessoa illegitima, mas havida por legitima no publico e pelas partes.

(2.º, etc. Vid. nota ao artigo 1772.)

(3.º, etc.) Os documentos authenticos dão origem a muitos e importantes direitos, e a *prioridade* dos direitos é importante condição da sua preferencia. É pois indispensavel declarar a data do documento, não só para este effeito, mas para evitar antedatas e falsificações; e a designação do logar é precisa tambem para se julgar da competencia do tabellião para lavrar o acto juridico, nos termos do

n.º 1.º do artigo. Era já a disposição da Ord. no liv. 1.º, tit. 24, §§ 16.º e 36.º, tit. 79, § 5.º, e em varios outros logares.

Por isso exige o codigo a indicação da data e do logar nos testamentos publicos, artigo 1914.º, nos autos de approvação dos testamentos cerrados, artigo 1922.º, nos assentos do registo civil, artigo 2448.º, n.º 1.º, tanto de nascimento, artigo 2464.º, n.º 1.º, como de casamento, artigo 2478.º, n.º 1.º, como de obito, artigo 2483.º, n.º 1.º, como de reconhecimento e legitimação, artigo 2490.º

É porém de notar que nos assentos do registo civil exige-se, além da indicação do dia, mez e anno, o da *hora*.

Em nenhum outro documento authentico se exige a condição da hora; mas ha esta especialidade nos assentos do registo civil pela natureza das relações juridicas a que dão logar.

A exigencia da indicação da data, do dia e do logar, em todos aquelles artigos era escusada, vista a disposição do n.º 3.º do artigo 2495.º

(4.º e 5.º, etc.) Nenhum documento authentico póde subsistir sem a intervenção das partes, do official publico e das testemunhas; e o meio de authenticar a sua presença no acto é a assignatura.

Em quanto as partes não assignam não se reputa ultimado o contracto, cit. Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 4.º, e até á assignatura ha logar ao arrependimento, Ord. liv. 4.º, tit. 19, § 1.º

As testemunhas serão pelo menos duas, como já dispunha a citada Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 4.º

As partes não podem assignar de cruz, segundo se mostra do n.º 4.º do artigo, visto que, quando ellas não *sabem* ou não podem assignar, ha de assignar alguem a *seu rogo;* e o mesmo é nos testamentos, artigos 1916.º, 1922.º e outros.

Mas sobre o ponto da assignatura a rogo graves difficuldades se levantam. Poderá assignar uma só pessoa a rogo de todos os outorgantes? Será indispensavel que cada outorgante seja representado por pessoa differente? Ou exigirá a lei apenas que cada grupo de estipulantes co-interessados seja representado por uma pessoa?

A lei é inteiramente omissa sobre este assumpto, aliás muito frequente na práctica.

Parece, porém, que a mesma pessoa póde assignar a rogo de dois ou mais outorgantes que não saibam escrever, e que tenham o mesmo interesse no contracto; mas que não póde assignar ao mesmo tempo a rogo de uns e de outros outorgantes com interesses diversos ou oppostos, porque iria offender a regra — que ninguem póde contractar comsigo mesmo.

Assim, na escriptura de doação não póde a mesma pessoa assignar a rogo dos doadores e dos donatarios. Mas tambem não se exige que cada doador e cada donatario seja representado por uma pessoa differente

Não é necessario que assigne a rogo de cada parte mais que uma testemunha. Póde uma só pessoa assignar a rogo de todas as partes cointeressadas que não sabem escrever.

Parece ser tambem esta a doutrina da Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 4.º, que diz assim: «E se cada uma das partes não souber assignar, assignará por ella uma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção como assigna pela parte ou partes, por quanto ellas não sabem assignar.»

(5.º, etc.) Para a validade de qualquer instrumento publico são absolutamente indispensaveis, pelo menos, duas testemunhas. Casos ha, porém, em que a lei exige maior numero, como na especie do artigo 1931.º Nas escripturas ante-nupciaes de pessoas nobres é estylo assignarem muitas testemunhas, ás vezes todos os convidados; mas não ha necessidade legal de intervirem mais de duas.

As pessoas que assignam a rogo não se comprehendem no numero das testemunhas instrumentarias.

Está em uso, antes, e depois da promulgação da lei nova, o permittir-se ás testemunhas a assignatura de cruz. Parece-nos pouco conforme ás disposições do codigo similhante práctica. A assignatura, a que se refere o n.º 5.º do artigo, não póde ser differente da assignatura a que se refere o n.º 4.º, e as partes, ou as pessoas que a rogo d'ellas assignam, não podem assignar de cruz.

Todavia as testemunhas podem continuar a assignar de cruz. A lei não o prohibe expressamente; e nos testamentos, que são os actos juridicos cercados de mais solemnidades pelo direito civil, é a assignatura de cruz expressamente admittida, artigo 1915.º, com quanto o codigo ahi mesmo exija que tres pelo menos assignem com o seu nome por extenso. E muitas difficuldades haveria n'alguns logares para obter testemunhas se fosse necessario que todas ellas soubessem escrever para assignarem com o seu nome por inteiro.

Mas realmente as assignaturas de cruz deviam ser banidas, porque, negando o signatario o seu signal, é quasi impossivel verifical-o.

Não declara o codigo se o tabellião deve mencionar o estado, domicilio e profissão das partes e das testemunhas. Deve, porém, especificar as circumstancias necessarias para não restar duvida alguma a respeito da sua identidade. E assim era pelas Ordd. salvos os casos especiaes da Ord. liv. 1.º, tit. 29, § 3.º, tit. 88, § 34.º, e outros.

(6.º, etc. Vid. nota ao artigo 1913.º) As testemunhas do reconhecimento da identidade dos outorgantes podem ser, e são as mesmas, que servem de testemunhas no contracto. O que é absolutamente indispensavel é que o tabellião declare que reconheceu a identidade dos outorgantes. Mas será necessario que se faça menção de que as testemunhas a reconheceram tambem?

A lei não é clara a este respeito. E por isso, no silencio ou obscuridade do codigo, não deverá annullar-se o instrumento por não se declarar que as testemunhas reconheceram a identidade dos outorgantes, portando o official publico por fé, que a reconheceu elle mesmo, Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 3.º

(7.º, etc. Vid. artigo 2499.º) No auto lavrado no livro de notas só podem ser copiados os conhecimentos da contribuição de registro, e de qualquer imposto estabelecido para esses actos, bem como dos documentos que por lei forem mandados inserir de teor.

Todos os outros documentos, como procurações, alvarás de licença, auctorisações, certidões, etc., são apenas copiados nos traslados e certidões dos respectivos actos juridicos, mas hão de ser devidamente guardados pelo tabellião em conformidade do disposto na tabella dos salarios e emolumentos judiciaes, artigo 86.º, n.ºs 3.º a 5.º

Adoptou-se esta providencia para não tornar mais extensa a escripta nas notas. Por isso as procurações são transcriptas nos traslados, mas não no original, artigo 2499.

Já na práctica se discutiu se eram nullas ou validas as certidões dos autos de conciliação, em que não se transcrevessem as procurações. Pela validade d'ellas, porém, decidiu, e com razão, o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 29 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 164, de 27 de julho do mesmo anno, que diz assim: «Conciliação que não depende de trazer transcriptas as

procurações por ser acto judicial e official, conforme o artigo 2423.º, § 1.º do codigo, com o que nada tem o artigo 2495.º, n.º 7.º, applicavel sómente aos documentos extra-officiaes.», etc.

Antes da promulgação do codigo era praxe antiga não se trasladarem em seguida ás copias dos autos de conciliação, não-conciliação, ou revelia, as procurações de que se fizesse expressa menção n'aquelles autos.

Depois do codigo continuou a mesma práctica; mas annullou um juiz um processo por essa falta, fundando a sua sentença nas disposições do artigo 2499.º do codigo, e do n.º 1.º do artigo 2495.º, considerando a conciliação acto extra-official.

Em vista, porém, do artigo 2423.º é evidente que estes documentos são officiaes, pela intervenção d'uma auctoridade, como é o juiz de paz, na sua feitura, e até pelos effeitos que tem em certos casos de sentença com execução apparelhada.

Demais, se a falta de chamamento ao juizo de paz não annulla sempre o processo, muito menos devia ser annullado pela falta de transcripção da procuração, devendo antes o juiz proceder nos termos do artigo 2.º, § 1.º da lei de 16 de junho de 1855.

(8.º, etc.) A entrelinha e a rasura tiram a fé ao instrumento, deixando-o sem força probatoria, Ord. liv. 3.º, tit. 60, § 3.º, excepto sendo resalvadas pelo tabellião, Ord. liv. 1.º, tit. 19, § 5.º, e tit. 78, § 4.º

No fim do documento, e não á margem, é que devem resalvar-se as emendas, entrelinhas ou rasuras que occorrerem, antes da assignatura das partes e das testemunhas.

Alguns dos nossos praxistas tambem consideravam como vicio externo e visivel nos instrumentos publicos a diversidade de tinta. Este facto porém só por si, nem por lei, nem pelos principios juridicos, póde ser sufficiente para invalidar o documento.

O tabellião deve pôr a sua assignatura e *signal*, Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 5.º, tit. 80, § 7.º, tit. 97, § 5.º, e regimento do Desembargo do Paço, §§ 64.º e 71.º

Porém, o tabellião é obrigado a pôr o signal publico não só nas escripturas e instrumentos feitos no livro de notas, mas tambem nos traslados, e nos instrumentos avulsos, como são approvações de testamentos, publicas fórmas, protestos, procurações, substabelecimentos e reconhecimentos.

Já na imprensa juridica se tem discutido se para a validade do documento se exigem cumulativamente a assignatura e o signal do official publico, e se a falta do signal, havendo a assignatura, invalida ou não o documento.

Nos testamentos basta a assignatura independentemente do signal, como julgou a Relação do Porto em accordão de 18 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 318.

É porém certo que nos instrumentos publicos em geral, attenta a redacção d'este numero, não póde prescindir-se do signal do official publico, ainda que não é provavel que os tribunaes interpretem a lei com tanto rigor, que annullem o documento, revestido da assignatura do official publico, só porque lhe falta o signal.

(§ unico.) O codigo declara tambem motivo de nullidade, além da falta dos requisitos mencionados n'este artigo, os determinados para documentos especiaes, como a indicação da hora nos assentos do registo civil, etc.

O codigo não exige, como requisito essencial dos instrumentos publicos, cuja falta induza nullidade, o não se mencionar a leitura do documento ás partes e ás testemunhas, salvo o disposto em casos especiaes, como nos testamentos publicos, artigo 1914.º, nos autos de approvação do testamento cerrado, artigo 1922.º, § 1.º, e nos assentos do registo civil, artigo 2447.º

Na enumeração das circumstancias, que invalidam os documentos extra-officiaes, não menciona a falta de leitura, talvez porque em boa razão a assignatura em qualquer acto presuppõe a leitura d'elle. A Ord. liv. 1.º, tit. 78, §§ 4.º e 5.º exige, como condição indispensavel, a leitura. Mas a falta de menção da leitura pelo direito actual não é nullidade.

Estes documentos hão de ser escriptos pelo proprio punho do tabellião, cit. Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 4.º Os instrumentos tirados das notas, como as certidões, publicas fórmas e traslados, podem ser escriptos por outra pessoa; mas hão de ser subscriptos e assignados pelo tabellião.

As datas e sommas devem ser escriptas por extenso e não por algarismos, assim como são prohibidas os abreviaturas.

Em nosso entender não foi revogada pelo codigo a antiga jurisprudencia, que admittia, como escripto particular tendo sido assignado pelas partes, o documento authentico nullo por incompetencia ou incapacidade do official publico que o exarou, ou por falta de alguma solemnidade externa.

O tabellião de notas, que funcciona em julgado supprimido em conformidade do artigo 131.º, § unico, da Nov. Ref. Jud., não tem competencia para exercer actos do seu officio fóra dos limites do julgado; mas a existencia d'esse tabellião privativo não obsta a que os tabelliães da comarca, a que o julgado foi annexado, exerçam ahi tambem as suas attribuições.

Art. 2496.º A falsidade do documento póde consistir:

1.º Na supposição d'elle;

2.º Na de alguma das pessoas que n'elle são mencionadas como partes ou como testemunhas;

3.º Em se mencionar n'elle, como practicado no acto da sua celebração, algum facto que realmente não se deu.

4.º Na viciação da data, contexto ou assignaturas do documento.

No projecto primitivo o artigo 2867.º, correspondente ao artigo 2496.º do codigo, era redigido nos seguintes termos: «A falsidade do documento póde consistir: 1.º na supposição do facto do acto original; 2.º na alteração das circumstancias do facto; 3.º na adulteração do contexto do documento ou das suas assignaturas.»

E o artigo 2868.º do mesmo projecto era redigido assim: «Se os vicios do documento forem visiveis, manifestos, e provados pelo mesmo documento, ou por outro, que não possa ser contestado, será desattendido pelo julgador sem maior investigação: em qualquer outro caso conservará o documento a sua força probatoria em quanto não for demonstrada a sua illegalidade. § 1.º O modo por que se deverá proceder em taes casos será regulado no codigo de processo. § 2.º A retractação das testemunhas instrumentarias não póde infirmar o acto se não forem em maioria e corroboradas por outras provas adminiculares.»

A commissão revisora eliminou este artigo, de certo por conter materia de processo, e introduziu de novo o artigo 2497.º, que contém preceitos de direito civil.

O legislador teve a cautela de marcar taxativamente os casos de falsidade para estabelecer bases seguras, pelas quaes se guiassem os tribunaes nas suas decisões.

Alguns, porém, sustentam que os casos de falsidade, enumerados no artigo, são exemplificativos e não taxativos, e fundam-se para isso: 1.º na propria redacção do artigo, que diz—a falsidade *póde* consistir—, e não—a falsidade consiste—; 2.º em que não vindo mencionados no artigo os casos de falsidade, previstos e regulados no codigo penal, não podem deixar de ampliar-se as hypotheses de falsidade em harmonia com a legislação criminal, porque seria absurdo que um acto, reputado crime em face da legislação penal, produzisse effeitos juridicos perante a lei civil.

Reconhecemos que a redacção do artigo póde originar graves duvidas sobre este ponto, assim como, sem grande violencia á grammatica e á logica, não póde sustentar-se que todos os casos de falsidade, especificados no codigo penal, estejam comprehendidos no artigo 2496.º do codigo civil.

No entretanto da comparação d'este artigo com o artigo 2493.º infere-se que o legislador tractou de *determinar* bem as hypotheses em que podia consistir a falsidade dos documentos; e, se n'esta materia fosse licito argumentar por analogia, raros seriam os casos em que não podesse arguir-se de falso um documento, o que produziria a maxima incerteza em contractos e actos juridicos celebrados por documentos authenticos.

O primeiro caso de falsidade é a *supposição* do documento, isto é, a apresentação d'um escripto, como existente na nota do official publico, ou como tendo sido feito com a intervenção d'este, ou como celebrado entre particulares sómente, sem que nenhuma d'estas circumstancias se tenha verificado.

A declaração de que interveio no documento certa e determinada pessoa, quando ella não interveio, é tambem motivo de falsidade, porque falta a intervenção do sujeito, que é a primeira base da obrigação.

Se se mencionou no documento, como practicado no acto da sua celebração algum facto, que realmente não se deu, como se se declara na escriptura de emprestimo que na presença do tabellião e das testemunhas foi contada e entregue ao devedor a somma emprestada, e se prova que similhante facto não teve logar, ha falsidade tambem.

O n.º 3.º d'este artigo é a destruição do disposto no artigo 2507.º, porque assim póde sempre ser admissivel o depoimento de testemunhas *contra* o conteúdo nos documentos authenticos.

Raro será o caso em que contra o documento authentico não possa produzir-se o depoimento de testemunhas, allegando-se como não practicados os factos que o documento menciona como practicados.

Não é admittido *além* do conteúdo nos documentos, porque a falsidade só póde arguir-se por se mencionar como *practicado* um facto que se não deu, e não por uma *omissão* no documento; mas ainda assim em direito as *omissões*, quando revestidas das circumstancias de pessoas, tempo, logar, etc., tomam tambem o caracter de *factos*.

Esta doutrina parece ser excepção ao disposto no artigo 2507.º

Póde egualmente arguir-se de falso o documento, quando se prova que o facto não *podia* ter logar. Assim, se n'um testamento se declara que o testador *leu*, quando elle nunca soube ler, póde arguir-se de falso o documento, allegando-se que o facto não *teve* logar, porque não *podia* ter logar.

Na imprensa juridica temos já visto tambem opiniões de que as declarações falsas devem considerar-se comprehendidas no n.º 3.º do artigo: é que assim, declarando-se no testamento, por exemplo, que o testador estava no seu perfeito juizo, sem o estar, póde depois arguir-se de nullo por motivo de falsidade o testamento com o fundamento de se mencionar, como practicado no acto, um facto que realmente não se practicou.

Com esta latitudinaria interpretação, porém, estaria comprehendida no n.º 3.º do artigo não só a circumstancia de se ter *practicado*, mas a de estar escripto ou dicto *falsamente* alguma cousa.

Parece-nos pois inacceitavel esta interpretação. A circumstancia de se ter declarado no testamento que o testador estava em seu perfeito juizo, não inhibe os interessados de reclamarem contra a disposição testamentaria com aquelle fundamento, mas hão de reclamar unicamente pelas razões dadas em a nota ao artigo 2426.º sem necessidade de allegarem a falsidade.

É tambem elemento de falsidade a adulteração do contexto, data, ou assignatura do documento, tendo-se escripto no original o contrario do que alli se achava primitivamente.

Art. 2497.º Os documentos anteriores ao seculo XVI, cuja authenticidade for contestada em juizo, não poderão ser recebidos como meio de prova sem prévio exame diplomatico, feito na Torre do Tombo, do qual resulte o reconhecimento da dicta authenticidade.

§ unico. Este exame será ordenado pelo guarda-mór do archivo, em virtude de requisição do juizo onde o documento tiver sido apresentado.

(Vid. nota ao artigo 2423.º) Em accordão de 24 de novembro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 43, julgou a Relação do Porto que depois das decisões dos tribunaes, com transito em julgado, que reconheceram o D. Prior da collegiada de Cedofeita como donatario perpetuo da corôa, em virtude da respectiva doação regia, não podia já duvidar-se da authenticidade da mesma doação, nem impugnar-se em juizo, não tendo por isso applicação o artigo 2497.º do codigo civil.

SECÇÃO VI

DOS TRASLADOS E CERTIDÕES

Art. 2498.º Os traslados e certidões extrahidos, na devida fórma, dos documentos authenticos originaes, quer sejam officiaes, quer extra-officiaes, terão a força probatoria dos proprios originaes.

(Vid. os artigos 2500.º e 2501.º) Em quanto á fórma dividem-se os documentos extrahidos dos livros, ou instrumentos originaes, em traslados e publicas fórmas, artigo 2501.º

Os traslados são tirados directamente dos documentos originaes, e têm a mesma força que estes. As publicas fórmas, longe de serem tiradas dos livros originaes, são tiradas dos traslados, são traslado de traslado, ou copia de copia.

Os traslados extrahidos dos originaes têm a mesma força que o original, e até se consideram documentos originaes, com tanto que sejam extrahidos *na devida fórma*. O primeiro traslado é logo dado á parte pelo tabellião que exarou o seu conteúdo no livro das notas, mas segundo não póde ser passado sem despacho do respectivo juiz, e ha de ser extrahido com citação da parte, ou conferido e concertado por outro tabellião, segundo a praxe geralmente seguida.

Para a extracção do instrumento não são necessarias duas testemunhas, mas sim a presença e subscripção de dois tabelliães ou escrivães por fórma que um escreva, e o outro veja se é conforme com o original, o que se diz *concertal-o*, Ord. liv. 1.º, tit. 24, §§ 19.º e 30.º, e tit. 79, § 6.º

E se esquecer a solemnidade de os fazer concertar por outro tabellião não terão os documentos força probatoria?

Não lhes nega o codigo força probatoria, mas não terão a força probatoria dos originaes; e assim, por analogia do disposto no § unico do artigo 2501.º poderá a parte contraria obrigar o apresentante a exhibir os originaes se não tiver sido citada para o traslado.

Logo que haja suspeita de falsidade podem as partes requerer que os traslados sejam conferidos com os originaes, artigo 2500.º, na sua presença.

Em accordão de 17 de junho de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 174, decidiu a Relação do Porto que as publicas fórmas só fazem prova, sendo extrahidas com citação da parte contra a qual foram apresentadas, ou offerecendo-se o apresentante a exhibir os documentos de que foram extrahidas, logo que isso seja requerido.

Cremos que o codigo não quereria ser mais rigoroso com relação ao segundo traslado, tirado do original, do que com relação ás publicas fórmas.

Ainda assim, em accordão de 7 de junho de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 33, julgou a Relação de Lisboa que as publicas fórmas tiradas sem citação dos interessados não são documentos probatorios; quando as publicas fórmas são documentos probatorios, mesmo extrahidas sem citação da parte, salvo se, requerendo o interessado a exhibição dos originaes, d'onde ellas foram extrahidas, a parte contraria os não apresenta.

Em vista dos preceitos combinados do codigo parece que a confrontação dos traslados e certidões com os originaes não póde requerer-se sem no requerimento se allegar suspeita de falsidade, artigo 2500.º, mas que a confrontação das publicas fórmas com os documentos d'onde foram extrahidas bem póde requerer-se sem se allegar suspeita de falsidade; apesar de que do accordão da Relação de Lisboa de 27 de janeiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, póde inferir-se que mesmo a confrontação das *publicas fórmas*, a que se refere o § unico do artigo 2501.º, não póde requerer-se sem se allegar suspeita de falsidade.

A apresentação dos originaes, juntos por certidão, com o protesto de se exhibirem, logo que a parte o requeira, não deve suspender, quando não foram apresentados no praso assignado, a marcha do processo, e a apresentação dos articulados posteriores.

N'este sentido julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 4 de maio de 1875, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 694.

Já no foro foi muito discutido se a confrontação dos traslados com os originaes só podia fazer-se no juizo do feito, ou se, existindo os originaes n'outro juizo, devia fazer-se n'este por meio de deprecada ao juiz respectivo.

Sustentavam alguns que só no juizo do feito podia fazer-se a confrontação, e fundavam-se nas razões seguintes: 1.ª no artigo 2500.º, que manda concertar o traslado com o original na *presença* das partes; 2.ª no § unico do artigo 2501.º, do qual se infere que os documentos, d'onde foram extrahidas as publicas fórmas, devem ser exhibidos no juizo onde ellas forem apresentadas; 3.ª nos artigos 178.º, 407.º e 468.º da Nov. Ref. Jud., visto que o exame dos documentos, ou se considere, como incidente do processo, ou como meio probatorio, pertence ao juiz da causa, e não a outro; 3.ª na Ord. liv. 3.º, tit. 20, § 2.º, e tit. 55, § 8.º, visto que ninguem é obrigado a propôr acções, e porque quem as propõe deve vir preparado, porque não se lhe dá espera para deliberar.

N'este sentido julgou a Relação do Porto, por cinco votos conformes, em accordão de 3 de dezembro de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 115.

O Supremo Tribunal de Justiça, porém, em accordão de 25 de junho de 1870, publicado no *Diario do governo*, n.º 160, de 21 de julho do mesmo anno, revogou aquella decisão, estabelecendo a jurisprudencia contraria, que nos parece a razoavel e juridica.

Diz o accordão:

«E considerando que a jurisdicção dos tribunaes judiciaes de primeira e segunda instancia é restricta aos seus respectivos districtos, como se vê dos artigos 42.º, n.º 1.º e 82.º da Novissima Reforma Judiciaria;

«Considerando que, se elles podem ordenar actos judiciaes nos processos pendentes, que recáem sobre cousas que estão em districto alheio, nenhuma lei lhes confere jurisdicção para os irem directamente executar, ou para obrigarem os litigantes a apresental-as nos seus districtos, d'onde vem a necessidade de deprecarem a execução de taes actos, para a qual só são competentes os juizos das respectivas localidades;

«Considerando que o cartorio da serenissima casa de Bragança foi collocado em Lisboa pelos decretos de 25 de maio e de 9 de junho de 1838, e que por isso mesmo as diligencias judiciaes, que têm de se executar em objectos n'elle archivados, como é a de que se tracta, são da exclusiva competencia do juizo da comarca de Lisboa, do qual os outros juizes apenas têm competencia para as deprecar;

«Considerando que, se o codigo civil nos artigos 2500.º e 2501.º, § unico, firmando o direito de se pedirem estes exames, não disse o modo práctico de se levarem a effeito, foi por ser isso pertencente á lei reguladora das jurisdicções e do processo; lei por ora vigente na Ord. liv. 3.º, tit. 60, § 5.º, com que está accorde o artigo 226.º do codigo do commercio, etc.»

O codigo não resolveu, como resolvia o projecto primitivo, a hypothese de não existirem já os originaes para com elles se confrontarem os traslados, devendo por isso observar-se a este respeito a legislação vigente ao tempo da sua promulgação.

O projecto primitivo em vez do artigo 2501.º, que se lê no codigo, continha os tres seguintes artigos, que foram eliminados pela commissão revisora: «Artigo 2871.º Não existindo os documentos originaes por algum accidente, ou por sua antiguidade, sómente farão fé, em quanto aos documentos authenticos de primeira classe, os traslados e certidões, passados pelos officiaes publicos competentes, na conformidade do seu regimento; e, em quanto aos documentos authenticos de segunda classe, sómente farão fé os traslados extrahidos pelo official que os auctorisou, ou que tiverem sido extrahidos por consentimento das partes, ou por ordem da auctoridade competente, com citação das dictas partes. Artigo 2872.º Os traslados, que tiverem comtudo mais de trinta annos de existencia, e houverem sido extrahidos pelo official que haja succedido ao que lavrar o acto original, ou seja d'elle depositario, terão fé em juizo, em quanto não forem convencidos de falsidade. Artigo 2873.º Quaesquer outros traslados, ou copias, além dos mencionados nos dois artigos precedentes, só poderão servir de esclarecimento, ou começo de prova, segundo as circumstancias.»

Art. 2499.º Quando nos documentos originaes se fizer menção de procurações, nos termos do artigo 2495.º, n.º 7.º, as copias d'ellas seguir-se-hão immediatamente aos traslados, sem o que estes não terão fé.

(Vid. nota ao artigo 2495.º, § 7.º)

Art. 2500.º Em caso de suspeita de falsidade poderão os interessados requerer que os traslados ou certidões sejam confrontados e concertados com os originaes, na sua presença.

Art. 2501.º Os traslados e certidões dos documentos originaes authenticados só terão fé:

1.º Quando aquelles documentos forem officiaes, sendo os traslados ou certidões passados por um official publico, competente, na conformidade das leis e regulamentos respectivos;

2.º Quando aquelles documentos forem extra-officiaes, sendo os dictos traslados ou certidões passados pelo official publico, por quem, ou mediante cuja intervenção, os originaes tiverem sido exarados, ou por aquelle que lhe houver succedido, e pela fórma estabelecida na epocha em que tiverem sido passados.

§ unico. As publicas fórmas só farão prova sendo extrahidas com citação da parte contra a qual forem apresentadas, ou offerecendo-se o apresentante a exhibir os documentos de que foram extrahidas, logo que isso seja requerido, nos termos do artigo 2500.º

(Vid. nota ao artigo 2498.º)

CAPITULO V

DO CASO JULGADO

Art. 2502.º Caso julgado é o facto ou o direito, tornado certo por sentença de que já não ha recurso.

Art. 2503.º O caso julgado só póde ser invocado como prova, verificando-se as seguintes condições:

1.ª A identidade do objecto sobre que versa o julgamento;

2.ª A identidade do direito ou causa de pedir;

3.ª A identidade dos litigantes e da sua qualidade juridica.

§ unico. Porém, o caso julgado sobre questões de capacidade, filiação ou casamento, tendo sido legitimo o contradictor, fará prova contra qualquer outra pessoa.

(Vid. nota ao artigo 2030.º)

Art. 2504.º O caso julgado executorio em materia criminal constitue presumpção legal no civil, em quanto esta não for elidida por prova em contrario.

Art. 2505.º A absolvição do réo nos tribunaes criminaes ou correccionaes não elide a acção de perdas e damnos; salvo o que fica disposto nos artigos 2368.º e seguintes.

(Vid. nota ao artigo 2373.º)

CAPITULO VI

DA PROVA TESTEMUNHAL

Art. 2506.º A prova por testemunhas admittir-se-ha em todos os casos em que não seja expressamente defesa.

(Vid. nota ao artigo 686.º)

Art. 2507.º É inadmissivel a prova de testemunhas em contrario ou além do conteúdo de documentos authenticos, excepto sendo arguidos de falsidade.

Art. 2508.º É inadmissivel a prova de testemunhas em

contrario ou além do conteúdo de escriptos particulares legalisados nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, excepto se esses escriptos forem arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia.

(Vid. nota ao artigo 2426.º)

Art. 2509.º Podem ser testemunhas todas as pessoas de um e de outro sexo, que não forem inhabeis por incapacidade natural ou disposição da lei.

(Vid. nota ao artigo 643.º)

Art. 2510.º São inhabeis para serem testemunhas por incapacidade natural:

1.º Os desassisados;

2.º Os cegos e surdos, nas cousas cujo conhecimento depender d'estes sentidos;

3.º Os menores de quatorze annos.

(1.º, etc. Vid. nota ao artigo 334.º)
(2.º, etc. Vid. nota ao artigo 337.º)
(3.º, etc. Vid. nota ao artigo 305.º)

Art. 2511.º São inhabeis, por disposição da lei, para serem testemunhas:

1.º Os que têm interesse directo na causa;

2.º Os ascendentes, nas causas dos descendentes, e vice-versa;

3.º O sogro, ou a sogra, nas causas do genro, ou da nora, e vice-versa;

4.º O marido, nas causas da mulher, e vice-versa;

5.º Os que, por seu estado ou profissão, são obrigados a segredo por negocios relativos ao mesmo estado ou profissão;

6.º Os especialmente inhibidos de testemunhar em certos factos.

§ unico. A disposição dos n.os 2.º, 3.º e 4.º não é applicavel ás questões em que se tracte de verificar o nascimento ou o obito dos filhos.

(Vid. artigo 2514.º) A prohibição de ser testemunha ou provem de incapacidade natural, e é *absoluta*, isto é, procede com todas as pessoas, da qual se tractou no artigo antecedente; ou provem de disposição da lei, e é *relativa*, isto é, só procede em certas causas, ou com respeito a certas pessoas.

A incapacidade dos cegos e dos mudos, com quanto não seja *absoluta* na accepção grammatical da palavra, comprehende-se todavia na categoria das exclusões absolutas, porque provém de incapacidade natural, e não é determinada pelos principios que regem as exclusões decretadas n'este artigo.

Antes do artigo correspondente a este tinha o projecto primitivo o seguinte, que foi eliminado pela commissão revisora: «Os menores de quatorze annos, sem distincção de sexo, podem comtudo ser ouvidos por informação, sem prestação de juramento; e o julgador dará ao seu dicto, segundo as circumstancias e mais provas, o credito que merecer. § unico. A disposição d'este artigo é applicavel aos desassisados, que tiverem intervallos lucidos.»

Portanto em materia civel, nem para dar simples informações, sem juramento, á justiça, podem ser inquiridos os menores de quatorze annos, como se infere do facto da suppressão do referido artigo.

O codigo estreitou é verdade muito o quadro das incompatibilidades estabelecidas na lei anterior para ser testemunha; mas remediou completamente no artigo 2514.º os males que d'ahi poderiam provir.

Assim os irmãos podem ser testemunhas sem a restricção estabelecida na Ord. liv. 3.º, tit. 56, § 2.º; mas na apreciação das provas terá o juiz em attenção o *parentesco* da testemunha com a parte.

O inimigo capital póde ser inquirido como testemunha, sem embargo do disposto no § 7.º da cit. Ord. liv. 3.º, tit. 56, porque o juiz na apreciação das provas ha de ter em conta as *relações* de amisade ou inimisade da testemunha com a parte.

Os presos podem ser inquiridos sem as restricções impostas no § 9.º do cit. tit. 56, liv. 3.º da Ord.; mas o juiz terá em vista o seu *estado, vida* e *costumes*, isto é, se elle está preso, v. gr., por crime de roubo, homicidio, falsidade, ou mesmo por juramento falso.

O juiz não deverá dar ao depoimento de presos por estes factos a mesma consideração que ao depoimento de presos por leves offensas corporaes, por offensa de direitos politicos, etc.

Os criados, caixeiros, aprendizes, e quaesquer pessoas dependentes, ou ao serviço das partes, podem ser testemunhas; mas o juiz terá em conta na apreciação das provas estas *relações* da testemunha com a parte.

Em accordão de 26 de fevereiro de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 21, julgou a Relação de Lisboa que os caixeiros podem ser testemunhas do que se passa nos armasens, loja, ou escriptorio do commerciante, porque não têm interesse directo na causa, e são ordinariamente as unicas testemunhas das transacções alli feitas, visto o codigo commercial, artigo 996.º

Se a testemunha for algum extrangeiro, que não saiba a lingua do paiz, dar-se-lhe-ha interprete, que será tambem ajuramentado; mas melhor seria responder ella por escripto, se soubesse escrever, para evitar a fraude do mesmo interprete.

As testemunhas instrumentarias, a que se referem os artigos 1966.º e 2492.º, devem ter não só os requisitos alli marcados, mas os determinados n'este artigo.

A lei é mais escrupulosa na escolha das testemunhas instrumentarias, visto a força e o valor do instrumento, do que na escolha das testemunhas que depõem em juizo, onde o depoimento não produz decisivos effeitos juridicos, e é apenas elemento de prova, cuja apreciação fica dependente do arbitrio do julgador.

Por isso todas as testemunhas instrumentarias são admittidas nos

processos judiciaes. Mas nem todas as testemunhas habeis para depôr em processo, como são, por exemplo, as mulheres e os extrangeiros, são admittidas como testemunhas instrumentarias.

A doutrina do codigo civil, porém, é unicamente applicavel aos actos juridicos e ao processo civel, e não prejudica o disposto na reforma judicial e mais legislação relativa ao processo crime.

O numero de testemunhas que póde dar-se a cada facto acha-se estabelecido na reforma judicial, artigos 237.º, 248.º, § 10.º, e 534.º, § 5.º; e para as contradictas rege o disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 58, e na mesma reforma, artigo 269.º, § 3.º

Além das pessoas inhibidas de ser testemunhas pelas disposições geraes do codigo civil, outras são egualmente inhibidas de depôr em virtude de disposições especiaes. Assim, pelo artigo 949.º, § 1.º da Nov. Ref. Jud., o escrivão do processo não póde ser testemunha no summario da queréla, etc.

(1.º, etc.) São suspeitos de parcialidade: 1.º os que têm interesse immediato na causa, ainda que n'ella não sejam partes, como o socio na causa do socio, o fiador na causa do devedor por elle afiançado, o cessionario na causa do cedente, o vendedor na causa do comprador por quem foi chamado á autoria, o que tem causa similhante em juizo, etc.

Os membros das corporações podem ser testemunhas nas causas em que não têm interesse pessoal e immediato, em que se tracte dos interesses da corporação, abstractamente considerada, pela regra — *quae sunt universitatis, non sunt singulorum pro parte.*

Em accordão de 13 de maio de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 19, julgou a Relação do Porto que o artigo 2511.º só exclue de testemunhas as que tiverem interesse directo na causa, e não as que forem suspeitas de parcialidade, as quaes podem ser contradictadas, e que dos despachos sobre provas, visto que não é ordem de processo, não cabe aggravo no auto do processo, mas sim de instrumento ou de petição.

(2.º a 4.º e § unico, etc.) Não podem ser testemunhas nas causas uns dos outros os ascendentes e descendentes por consanguinidade ou affinidade, e os conjuges. Nos descendentes devem comprehender-se não só os legitimos, mas tambem os perfilhados; e a palavra *conjuges* abrange a todos, qualquer que seja a sua situação, ainda que se achem judicialmente separados de pessoa e bens.

Podem porém ser testemunhas os paes na questão do nascimento ou obito dos filhos.

Dizia a Ord. liv. 3.º, tit. 56, § 1.º: «Podem porém o pae ou mãe ser perguntados no feito do filho, ou filha, quando for a questão sobre a sua edade, *porque têm mais razão de o saber, que outra nenhuma pessoa; porém não lhe darão fé cumprida, mas serão cridas, como pessoas suspeitas.*»

Esta doutrina da Ord. está reproduzida no codigo, nos artigos 2511.º e 2514.º, com a differença de a nova lei ampliar, e com razão, o depoimento com relação ao *facto* do obito dos filhos.

Tambem da redacção do codigo, bem como da lei anterior, se deprehende que esta faculdade não é restricta aos paes, e abrange outros quaesquer ascendentes, que podem ser admittidos como testemunhas nas causas de descendentes, que não sejam filhos, em questão de nascimento ou de obito.

(5.º, etc. Vid. nota ao artigo 1361.º)

(6.º, etc. Vid. nota ao artigo 355.º)

Pelo artigo 57.º do codigo penal a perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, priva o condemnado de ser testemunha *em qualquer acto solemne e authentico.*

E a estes de certo que se refere o n.º 6.º do artigo, declarando inhabeis para testemunhas os especialmente inhibidos de testemunhar *em certos actos.*

Mas por maioria de razão os condemnados, que são absolutamente prohibidos de serem testemunhas, e que só podem dar simples informações á justiça, como são os condemnados a qualquer pena perpetua, nos termos do artigo 53.º do citado codigo penal, são tambem inhabeis para serem testemunhas em processo civel.

Todos estes motivos de recusa hão de ser allegados pela parte, seguindo-se a tal respeito o processo marcado na lei para as contradictas.

Se porventura a parte não allegou a inhabilidade da testemunha para depôr, póde depois contradictal-a com o fundamento de ter interesse na causa por se verificar alguma das circumstancias mencionadas no artigo.

Art. 2512.º O depoimento de uma unica testemunha, destituido de qualquer outra prova, não fará fé em juizo, excepto nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario.

Art. 2513.º Se os depoimentos singulares, ou sobre diversos factos, tenderem a provar o mesmo asserto, fica ao prudente arbitrio do julgador avaliar a prova, que póde resultar do complexo d'esses depoimentos.

No projecto primitivo vinham cinco artigos (2886.º a 2890.º) antes do artigo correspondente ao 2512.º do codigo, nos quaes se estabelecia a obrigação de virem depôr a juizo todas as pessoas no caso de serem testemunhas quando para isso fossem intimadas, e se determinavam varias providencias com respeito á suspeição e inquirição das mesmas testemunhas. A commissão revisora, porém, eliminou estes artigos, de certo por pertencerem á lei do processo.

O depoimento de uma só testemunha sem suspeita faz apenas meia prova, Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr., salvo nos casos especiaes prescriptos na mesma Ord. liv. 1.º, tit. 21, § 6.º, tit. 24, § 17.º, tit. 66, § 27.º, liv. 3.º, tit. 55, § 10.º e n'outros logares.

O legislador não devia deixar em regra dependente do testemunho de uma só pessoa, qualquer que fosse o gráu da sua probidade, a decisão dos direitos individuaes.

Por isso quando a prova depende de um complexo de factos não vale o depoimento de uma testemunha sobre cada facto, porque se dá o depoimento singular.

Pedindo-se muitas dividas, cada uma d'ellas deve ser provada ao menos por duas testemunhas, não bastando que haja, por exemplo, duas testemunhas, das quaes uma deponha sobre esta divida, e a outra sobre aquella.

Do mesmo modo se o devedor allegar diversos pagamentos, é preciso que cada um d'elles seja provado por duas testemunhas.

Quando, porém, duas ou mais testemunhas depõem a respeito da mesma divida ou do mesmo pagamento, posto que de actos singulares, mas adminiculativos e tendentes ao mesmo fim, não deixam de fazer prova, como se uma presenceasse o emprestimo e outra ou-

visse a confissão de divida, porque esta suppõe aquelle, e já coincidem ambas para a prova do mutuo.

Fica no entretanto ao prudente arbitrio do julgador avaliar a prova resultante d'esse complexo de depoimentos sobre factos singulares.

Art. 2514.º A força probatoria dos depoimentos será avaliada, tanto pelo conhecimento que as testemunhas mostrarem ter dos factos, como pela fé que merecerem por seu estado, vida e costumes, ou pelo interesse que possam ter ou não ter no pleito, ou finalmente, pelo seu parentesco ou relações com as partes.

(Vid. nota ao artigo 2511.º)

Art. 2515.º Sendo a prova testemunhal, de uma e outra parte, de egual força, prevalecerá a produzida pelo réo.

Quando na collisão de testemunhas não póde decidir-se, ou pelas qualidades d'ellas, ou pela importancia dos seus dictos, ou por qualquer outra circumstancia, de modo que a prova do auctor é perfeitamente egual á do réo, é este absolvido, porque a sua posição é sempre mais favoravel, e entra tambem a regra—*auctore non probante reus absolvitur*.

O projecto primitivo fechava este capitulo com o artigo seguinte: «Tudo o que diz respeito ao modo e formalidades, com que as testemunhas devem ser inquiridas, e o procedimento, que deve ter logar nos casos de contumacia ou de perjurio, será regulado no codigo do processo.»

A commissão revisora, porém, eliminou-o, de certo por conter materia extranha ao direito civil.

CAPITULO VII

DAS PRESUMPÇÕES

Art. 2516.º Presumpções são as consequencias ou illações, que a lei ou o julgador deduz de um facto conhecido, para firmar um facto desconhecido.

A presumpção é tambem um genero de prova; mas distingue-se da prova propriamente dicta, em que esta faz fé directamente e por si mesma, e a presumpção só a faz por uma consequencia tirada de outra cousa diversa.

Por exemplo a fé, que faz a escriptura de quitação de uma divida, é prova litteral do pagamento d'ella; a fé, que fazem os depoimentos das testemunhas que presenceáram receber o credor do devedor a quantia em divida, é prova vocal do pagamento, porque a escriptura do pagamento e os depoimentos das testemunhas fazem fé por si mesmos e directamente.

A fé porém que fazem as quitações das rendas dos ultimos tres annos de estarem pagas as rendas dos annos antecedentes é presumpção, porque estas quitações não fazem fé do pagamento por si mesmas e directamente, mas por uma consequencia que a lei deduz do pagamento das rendas dos ultimos tres annos, para assentar que as rendas precedentes foram pagas, consequencia fundada em que de ordinario se pagam as rendas anteriores primeiro que as ultimas.

A presumpção de direito faz prova legal, e só por provas póde elidir-se, leis de 11 de maio de 1770, § 5.º, e de 4 de agosto de 1773. De presumpções legaes temos exemplos nos artigos 1481.º e 2038.º

A presumpção é sempre a illação de um facto conhecido para um desconhecido. Existe um muro na extrema de dois predios, tendo espigão ou ladeira só para um lado, é o facto *conhecido*: tira-se d'ahi a consequencia de que o muro pertence só áquelle, de cujo lado está o espigão, é o facto *desconhecido*.

O julgador não deve admittir presumpções que não sejam *ponderosas*, isto é, que não seja de tal modo conhecido o facto, que d'elle sáia necessariamente a conclusão; *precisas*, isto é, que a presumpção não seja vaga e susceptivel de se applicar a muitas circumstancias; e *concordantes*, isto é, que não destruam umas as outras.

Art. 2517.º Quem tiver a seu favor a presumpção legal escusa provar o facto que n'ella se funda.

Art. 2518.º As presumpções estabelecidas pela lei podem todavia ser elididas pela prova em contrario, excepto nos casos em que a lei absólutamente o prohibir.

(Vid. nota ao artigo 478.º)

Art. 2519.º As presumpções, que não forem estabelecidas por lei, dependem do prudente arbitrio do julgador; mas só podem admittir-se nos casos em que a prova testemunhal é de receber.

CAPITULO VIII

DO JURAMENTO

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 2520.º O juramento, como meio de prova, não póde ser prestado por procurador, nem recahir sobre factos que não toquem pessoalmente á parte a quem é deferido.

(Vid. nota ao artigo 2411.º)

Art. 2521.º O juramento póde ser decisorio ou suppletorio.

Art. 2522.º Juramento decisorio é o que uma das partes defere ou refere á outra, para decisão do pleito; juramento suppletorio é o que é deferido pelo juiz a alguma das partes, para complemento da prova.

O juramento é a declaração, que faz a parte, tomando a divindade por testemunha da verdade do facto que attesta.

O juramento *decisorio* é assim chamado, porque a parte que o defere consente em que o juramento decida a contestação, e sujeita-se a ter por verdadeiro o facto attestado sob juramento pela parte contraria, de modo que a parte póde recusar-se a prestal-o quando a outra lh'o fizer deferir sobre um facto que não seja decisivo.

O juramento decisorio tambem se diz *voluntario*, porque depende de requerimento da parte, e porque a outra parte se póde recusar a prestal-o, referindo-o. O suppletorio diz-se *necessario*, porque a parte não póde recusal-o nem deferil-o á outra parte.

Aqui não se tracta do *juramento de calumnia*, que é regulado na Ord. liv. 3.º, tit. 43, pelo qual se promette litigar de boa fé, e abster-se de toda a tergiversação e fraude, e que não pertence aos modos da prova, mas sim ás formulas, e portanto á lei do processo.

Já na práctica se discutiu se era essencial para a validade do juramento, prestado pelo réo em acção d'alma, que o juiz lh'o deferisse, ou se bastava que o réo espontaneamente o prestasse, collocando a mão direita sobre os sanctos evangelhos.

Deduz-se, porém, da Ord. liv. 3.º, tit. 52, § 3.º, e da Nov. Ref. Jud. artigo 284.º, §§ 5.º e 8.º, que é indispensavel que o juiz defira o juramento á parte.

No projecto primitivo o artigo 2902.º, correspondente ao artigo 2522.º do codigo, era redigido assim. «O juramento decisorio é o que uma das partes refere á outra para decisão do pleito; juramento suppletorio é o que é deferido officiosamente pelo juiz a alguma das partes.»

Já se vê que a redacção foi consideravelmente melhorada.

SECÇÃO II

DO JURAMENTO DECISORIO

Art. 2523.º O juramento decisorio póde tomar-se em toda e qualquer pendencia civil, mas não sobre factos reputados criminosos pela lei, nem sobre convenções que só devam ser provadas por instrumento publico, nem, finalmente, sobre questões ácerca das quaes as partes não podem transigir.

(Vid. nota ao artigo 2408.º)

Art. 2524.º O juramento decisorio póde ser deferido em

todo o estado da causa, ainda que não haja começo algum de prova.

Em toda a questão civil é permittido terminar o pleito pelo juramento da parte, porque nada mais natural do que permittir á parte o terminar a contenda pela asseveração de um facto em que a outra concorde.

Assim, o credor de uma quantia de 100$000 réis, que não tem titulo nem prova testemunhal para comprovar o seu credito, tem ainda como recurso a faculdade de deferir juramento ao devedor.

Póde deferir-se o juramento *em todo o estado da causa*, porque para a terminar pelo accordo da parte todo o tempo é tempo. Nem é preciso que haja começo de prova da acção ou da excepção, sobre a qual elle é provocado, porque, referindo-se o requerente ao testemunho da parte contraria, não ha a receiar que esta confesse uma obrigação que não existe.

As acções de juramento d'alma são exemptas de conciliação, Nov. Ref. Jud. artigo 210.º, § unico, n.º 8.º, e lei de 16 de junho de 1855, artigo 1.º; porque, como a questão ha de ser decidida pelo juramento deferido ou referido ás partes, escusado é recorrer ao preliminar da conciliação.

Tambem não tem logar n'estas causas a intervenção do jury, cit. Nov. Ref. Jud. artigo 157.º, § 1.º, n.º 1.º, visto que não ha que apreciar aqui por provas moraes a existencia do facto, fundamento da obrigação, cuja prova depende só do juramento das partes.

Por direito anterior duvidou-se se n'esta acção era admissivel a citação por editos. Porém a Nov. Ref. Jud. no artigo 284.º, § 3.º expressamente a proscreveu.

Em accordão de 13 de junho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 27, julgou a Relação do Porto que na acção de juramento d'alma póde o auctor desistir antes do juramento do réo, com o protesto de intentar outra, sem necessidade de ser ouvido o réo ácerca das condições da desistencia, visto não haver n'estas acções contestação da lide, e não ter portanto logar o disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 34, e porque a Nov. Ref. Jud., estabelecendo no artigo 248.º os termos a seguir nas acções de juramento d'alma, não derogou a Ord. liv. 3.º, tit. 1.º, § 7.º

Art. 2525.º Aquelle que recusar prestar o juramento deferido, ou referil-o á parte contraria, ficará inhibido de dar qualquer outra prova.

Referir o juramento é pedir que o preste a parte que o deferiu. Ora o que não quer prestar juramento deve necessariamente referil-o ao seu adversario, aliás a recusa deve ser considerada como prova sufficiente de que a reclamação é mal fundada.

O adversario, a quem o juramento foi referido, que se recusa a prestal-o, deve egualmente ficar inhibido de dar outra prova, como dispõem os codigos francez e italiano, e deve considerar-se implicito no espirito do artigo, porque a parte que se recusa a prestar juramento sobre o facto allegado quando a outra parte se reportou ao seu juramento, reconhece por isso mesmo a falsidade da sua posição.

O réo, em vez de jurar, póde referir o juramento ao auctor, que, sendo o originario credor, não póde recusar o juramento, sob pena

de absolvição da acção, porque se presume ter conhecimento do facto ou factos, sobre que versa a acção.

Se, porém, o auctor for herdeiro, legatario, ou cessionario, admitte-se-lhe a recusa do juramento, porque póde não ter conhecimento pessoal do facto ou factos sobre que versa a acção; e o réo não será absolvido do pedido, mas só da instancia, porque n'este caso convem deixar campo livre ao auctor para obter por outros meios a prova da divida ou obrigação, Nov. Ref. Jud. artigo 284.º, §§ 10.º e 11.º

O réo póde, antes de se lhe deferir o juramento, impugnar o valor dado á causa pelo auctor; e, impugnando-o, se procederá immediatamente á sua liquidação pela fórma estabelecida na Nov. Ref. Jud. artigo 248.º, §§ 4.º e 5.º, e artigo 284.º, § 7.º

Pertence ao juiz ordinario ou ao juiz de direito, segundo as regras geraes de competencia, o deferir juramento na acção d'alma.

Antes de se lhes deferir juramento não são as partes obrigadas a responder; mas pela confissão ou negação do pedido sob juramento se decidirá a causa, cit. Nov. Ref. Jud. artigo 284.º, § 9.º

Art. 2526.º O juramento não póde ser referido quando o facto a que respeita é puramente pessoal áquelle a quem foi deferido.

(Vid. nota ao artigo 2411.º)

Art. 2527.º Depois de prestado o juramento deferido ou referido, não poderá a outra parte ser admittida á prova da falsidade d'elle.

§ unico. Mas, se a falsidade do juramento for verificada por acção criminal, terá o lesado direito a perdas e damnos.

Do deferimento ou referimento do juramento resulta uma convenção, pela qual as partes se obrigam a estar pelo que se affirma debaixo de juramento, de modo que a sentença confirmatoria do mesmo juramento não póde retractar-se nem por documentos achados de novo. O juramento tem a força de transacção ou de caso julgado.

Por isso não póde a parte intentar contra o que jurou falso a acção criminal por perjurio. Soffra ella as consequencias de ter provocado um juramento falso.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 23 de novembro de 1844, publicado na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 496.

Por esta razão não póde o auctor requerer na petição d'acção com a comminação de que, havendo pertinaz negativa da parte do réo, poderá intentar depois contra elle a acção de perjurio.

A doutrina do codigo n'esta parte vae de accordo com o disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 52, § 3.º, e no artigo 243.º, § unico do codigo penal, que dá competencia só ao ministerio publico para intentar procedimento criminal contra quem jura falso na acção de juramento d'alma.

O codigo penal no citado artigo 243.º é redigido assim: «Quando for deferido o juramento suppletorio, aquelle que jurar falso será punido com a perda dos direitos politicos. § unico. Quando for deferido ou referido o juramento d'alma, será condemnado na mesma pena o

que jurar falso, mas a querela e accusação poderá ser tão sómente intentada pelo ministerio publico.»

A Ord. liv. 3.º, tit. 52, depois de declarar no § 3.º que prestado o juramento decisorio, deferido ou referido, se tem por tão indubitavel o facto jurado, que o adversario não é admittido a provar o contrario, nem a querelar de falso juramento; accrescenta no § 4.º: «... e se depois se mostrar alguma escriptura publica sem vicio e sem suspeita, pela qual conhecidamente se mostre o juramento ser falso, os juizes ou desembargadores, que de tal feito conhecerem, façam-n'o saber a nós, para, sabida a verdade, ordenarmos o que sobre isso se haja de fazer por bem e justiça das partes.»

Se, porém, a justiça podér verificar por acção criminal a falsidade do juramento, bem póde o interessado demandar o falsario por perdas e damnos.

Não póde a parte fazer rescindir a sentença civel proferida na acção de juramento d'alma, ainda que no juizo criminal se julgue a falsidade do juramento; mas tem direito a exigir perdas e damnos.

Este direito é um meio indirecto de rescindir a sentença, porque tanto vale exigir as perdas e damnos d'ella resultantes, como rescindil-a. O legislador porém, ao passo que quiz manter inalteravel a sentença fundada na convenção das partes formada pelo juramento, não permittiu por outro lado que por meio de perjurio, legalmente verificado, se locupletasse um á custa de outro.

Portanto a sentença proferida n'esta acção não póde ser rescindida, nem pela descoberta de novos documentos, como era já por direito anterior, Ord. liv. 3.º, tit. 52, § 3.º, sem embargo do disposto na lei de 19 de dezembro de 1843, artigo 17.º, que permitte em geral a rescisão das sentenças quando sobrevier um ou mais documentos novos, que destruam a prova que serviu para o anterior julgamento, sem serem coadjuvados por prova testemunhal, e que a parte não podesse ter ao tempo da publicação da sentença.

Esta disposição, que demais parece applicavel só ás sentenças proferidas em virtude de exame de provas e de discussão entre os litigantes, não é applicavel ás acções de juramento d'alma em virtude do preceito contido no artigo 2527.º

Art. 2528.º A parte, que deferir ou referir o juramento, não póde retractar-se depois de se mostrar prompta a prestal-o a outra parte.

Desde que se verificou o concurso das duas vontades, formou-se uma obrigação que não póde desfazer-se a arbitrio só de uma das partes. Porém, até que a parte faça a declaração de que está prompta a prestal-o, ainda mesmo depois de ordenada a intimação para a referida declaração, póde a outra parte retractar-se.

No projecto primitivo o artigo (2908.º) correspondente era redigido nos seguintes termos: «A parte, que deferir, ou referir o juramento, não póde retractar-se, depois que a parte se promptifique a prestal-o; mas póde dispensar a mesma parte de o prestar, se esta n'isto convier.»

A redacção adoptada no codigo é preferivel.

Art. 2529.º O juramento prestado só faz prova pró ou

contra as proprias partes que o deferiram ou prestaram, ou seus herdeiros e representantes.

O juramento, participando n'este caso da natureza de uma convenção, não obriga senão as proprias partes ou seus herdeiros — *Jusjurandum alteri neque nocere neque prodesse debet.* —

Art. 2530.º O juramento deferido por um dos credores solidarios ao devedor não livra este, senão pelo que toca á parte do dicto credor.

(Vid. notas ao artigo 750.º)

Art. 2531.º Exceptuam-se da disposição do artigo 2529.º:

1.º O juramento deferido ao devedor principal, o qual livra egualmente os seus fiadores;

2.º O juramento deferido a um dos devedores solidarios, o qual aproveita aos seus condevedores;

3.º O juramento deferido ao fiador, o qual aproveita ao devedor principal.

Art. 2532.º Nos casos mencionados nos n.ºs 2.º e 3.º do artigo antecedente, o juramento do condevedor solidario ou do fiador não aproveitará aos outros condevedores ou ao devedor principal, senão sendo deferido sobre a divida, e não sobre o facto da solidariedade ou da fiança.

O *juramento deferido ao devedor principal livra os fiadores*, cuja obrigação tem a natureza de *accessoria*, e que se extingue, conseguintemente, extincta a obrigação principal.

O *juramento deferido a um dos devedores solidarios aproveita aos condevedores*, porque o credor se reportou sobre a *existencia* da divida solidaria, que é a mesma para todos, ao juramento de um só; e por isso deve o credor sujeitar-se, se este jurar que ella não existe.

Se aquelle, a quem o juramento é deferido, jura apenas que não é condevedor, liberta-se a respeito do credor, mas não se liberta a respeito dos condevedores, aos quaes o juramento deferido por outrem não podia prejudicar.

Do mesmo modo se o juramento é deferido não sobre a *existencia* da divida, mas sobre a *existencia* da solidariedade, o unico effeito do juramento é quebrar a solidariedade, mas só com relação ao credor, porque com relação aos condevedores fica o jurante nas mesmas relações juridicas. O credor é que não póde pedir-lhe senão a sua quota parte.

O juramento deferido ao fiador aproveita ao devedor principal, porque o credor se sujeitou para a existencia da divida ao juramento do fiador; mas já lhe não aproveita se o juramento foi deferido apenas sobre o facto da fiança. N'este caso seria apenas exonerada a caução, porque o credor se reportou ao juramento do fiador só para a existencia da fiança, e não para a existencia da divida.

SECÇÃO III

DO JURAMENTO SUPPLETORIO

Art. 2533.º O juramento suppletorio, tanto sobre a acção como sobre a defesa, quer seja deferido officiosamente pelo juiz, quer o seja a requerimento da parte, só se admitte concorrendo os seguintes requisitos:

1.º Achando-se provada a acção ou a defesa, e havendo tão sómente duvida sobre o quantitativo;

2.º Se este qnantitativo se não podér provar de outro modo;

3.º Se a pessoa, a quem se defere o juramento, não for indigna de credito;

4.º Se o valor do quantitativo não exceder a cincoenta mil réis; excepto se a obrigação resultar de delicto, culpa ou dolo.

§ unico. Mas, n'este ultimo caso, poderá o julgador reduzir a quantia jurada, se parecer excessiva, ouvidas as partes.

O juramento suppletorio tambem não póde recahir senão sobre factos pessoaes, porque a disposição do artigo 2520.º é commum tanto ao juramento decisorio como ao suppletorio.

O juramento suppletorio requerido por uma das partes não é para ser prestado pela outra, mas sim pela propria que o requer, Ord. liv. 3.º, tit. 52 pr.

Por direito anterior, cit. Ord. liv. 3.º, tit. 52, codigo commercial, artigo 982.º, e Nov. Ref. Jud. artigo 477.º, o juramento suppletorio era deferido tanto para prova da acção ou da defesa como para prova do quantitativo; e muitos sustentam que o juramento suppletorio póde admittir-se mesmo em pedidos excedentes a 50$000 réis, se a divida é anterior á promulgação do codigo.

Parece que se o pedido é excedente a 50$000 réis, e o réo o confessa a ponto de contestar quantia não excedente áquelle valor, se póde deferir pelo resto o juramento suppletorio ao auctor.

O codigo porém não admitte o juramento suppletorio para *prova da acção ou da defesa*, mas só e unicamente sobre o quantitativo do pedido.

Se a acção ou a defesa não está devidamente provada, não póde o interessado requerer para completar a prova por meio do seu juramento.

Em accordão de 1 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 313, julgou a Relação de Lisboa que o juramento suppletorio só póde ser deferido até ao quantitativo fixado no artigo 2533.º, e nunca quando a deficiencia da prova é relativa tambem á substancia do pedido.

Sobre o valor da cousa, porém, póde o juiz deferir juramento, guiando-se pelas circumstancias e natureza do negocio e pelo gráu de confiança que lhe merece aquelle a quem o defere, e sem ficar

obrigado a estar pelo juramento que póde reduzir ouvidas as partes, porque o juramento suppletorio não é consequencia de uma convenção entre ambas as partes, e por isso inatacavel como o decisorio; póde até ser arguido de falsidade, porque o disposto no artigo 2527.º é unicamente applicavel ao juramento decisorio.

Quando porém o valor da cousa exceder 50$000 réis não póde deferir-se o juramento suppletorio, ha de liquidar-se por outro modo, como julgou a Relação do Porto em accordão de 23 de dezembro de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 40, que era redigido nos seguintes termos:

«Porém a (*sentença de primeira instancia*) revogam na parte em que ordenou que o quantitativo do aluguel fosse fixado por meio do juramento suppletorio, que se deferisse ao auctor; por isso que não sendo admissivel este juramento em vista da quantia pedida no libello e da disposição do n.º 4.º do artigo 2533.º do codigo civil, de necessidade é a sua revogação n'esta parte; e assim julgam que o referido aluguel se liquide por arbitramento de louvados á escolha e aprazimento das partes, regulando-se pelo estado em que estava a casa ao tempo do contracto.»

As palavras —*n'este ultimo caso*,— empregadas no § unico com relação ao n.º 4.º, referem-se á regra estabelecida n'aquelle numero, e não á excepção que exclue a hypothese de juramento suppletorio.

Art. 2534.º O juramento, officiosamente deferido pelo julgador a uma das partes, não póde ser por ella referido á outra.

Se o juiz, para completar a sua convicção, escolheu a parte mais digna de fé, em que tinha mais confiança, não deve ser permittido á outra parte alterar esta escolha; o que mais se confirma pela significação da palavra —*referir*—, porque se não póde *referir* senão áquelle que *deferiu*.

TITULO II

DAS ACÇÕES

Art. 2535.º Ninguem é auctorisado a fazer-se restituir ao exercicio dos seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei.

Art. 2536.º A lei estatue, por quaes meios os lesados ou ameaçados nos seus direitos podem ser restituidos, indemnisados ou assegurados na fruição d'elles.

Art. 2537.º Estes meios são os juizos e as acções.

(Vid. nota ao artigo 12.º) O codigo de processo determina os meios pelos quaes nos juizos competentes se regulam os direitos civis, e assegura o seu exercicio. A fórma é o processo. O processo é contencioso, quando mantem os direitos que são contestados; gracioso, quando regula os actos juridicos sem contestação de parte. Os meios no processo contencioso são ás acções e as excepções; no processo gracioso, os estabelecidos no respectivo codigo, cit. codigo de processo, artigo 1.º.

Art. 2538.º A organisação e a jurisdicção dos juizos são reguladas por leis especiaes. As regras relativas ás acções pertencem ao codigo de processo.

No projecto primitivo achavam-se estabelecidas muitas regras relativas ás acções e ao processo.

A acção é o meio de pedir em juizo o que é devido; e portanto posterior, e consequencia do direito. A parte theorica, o chamado direito de acção, podia constituir effectivamente o epilogo do codigo civil.

No entretanto a commissão revisora, em sessão de 30 de abril de 1863, resolveu que as acções deviam formar a parte geral do codigo de processo.

No processo ha duas partes muito distinctas. A primeira é a organisação dos tribunaes e a sua jurisdicção, prendendo algumas das suas bases em materia constitucional. A segunda é relativa ás acções, ás suas differentes especies, e ás formalidades do processo a observar em cada uma.

O codigo civil determinou que a organisação e a jurisdicção dos juizos não pertencessem ao codigo de processo, que talvez podesse ser decretado pelo governo em conformidade do artigo 8.º da lei de 1 de julho de 1867, e em vista do artigo 75.º da carta constitucional.

Não quiz porém entregar ao poder executivo, sem o exame das côrtes, a organisação e a delimitação das attribuições dos tribunaes, que encerram materia muito importante, e até constitucional debaixo de alguns pontos de vista.

FIM DAS ANNOTAÇÕES.

ADDIÇÕES

Artigo 1.º

Quando a sogra do fallecido Vieira de Castro reclamou judicialmente o cadaver da filha que estava depositado no jazigo do marido, (questão decidida pelo illustrado juiz da primeira vara de Lisboa, em favor da requerente, por sentença de 31 de agosto de 1874, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 6), discutiu-se muito se o cadaver devia ser considerado na categoria das pessoas ou na das cousas.

No entretanto, ainda que esta e outras questões identicas devam ser resolvidas, segundo as circumstancias, mais pelos principios de direito natural do que pela lei positiva, que as não preveniu expressamente, e que o cadaver não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fóra do commercio, artigo 370.º, é indubitavel que está comprehendido na categoria das cousas, por ser cousa tudo o que carece de personalidade, artigo 369.º, e que deve conseguintemente pertencer em regra aos respectivos herdeiros da pessoa fallecida.

Artigo 3.º

Tem continuado a ser objecto de duvida a intelligencia e combinação do artigo 3.º do codigo com o artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força e vigor ao mesmo codigo.

Dizem alguns que as palavras—*lei especial*—, empregadas no final do artigo 3.º, não significam qualquer ramo de direito, differente do civil, como direito commercial, administrativo, etc., mas sim *todas as leis sobre direitos e obrigações civis não regulados no codigo civil*, quer essas leis se encontrem no direito commercial, quer no direito administrativo, quer em qualquer outro ramo de jurisprudencia.

Por esta fórma entendem que o artigo 3.º do codigo resalvou sob o nome de lei especial as leis anteriores sobre direitos e obrigações civis não regulados no codigo, e que o artigo 5.º da lei de 1 de julho

de 1867 resalvou essas mesmas leis, revogando unicamente as relativas a direitos e obrigações regulados no codigo, e que assim, ou o objecto estivesse comprehendido na lei civil ou em lei de outra natureza, desde que o codigo o regulou por outro modo e sob o mesmo aspecto e comprehensão, essa lei está revogada.

Em nosso entender por estes artigos foi apenas revogada expressamente a legislação anterior que recahisse nas materias *civis* no mesmo codigo comprehendidas, como se mostra ainda do artigo 8.º do decreto de 18 de novembro de 1869, que mandou executar o codigo nas possessões ultramarinas; e as outras leis, que recáem em materias não civis, só foram revogadas nos casos expressa e positivamente regulados no mesmo codigo.

Artigo 8.º

Quando definimos, em a nota a este artigo, direitos *adquiridos* —aquelles de que o sujeito do direito tem já a posse e realisação effectiva—, e dissemos—que estes direitos se traduzem pela acção já exercida—não quizemos dizer que o direito não é *adquirido* em quanto não se faz *uso* d'elle. O *facto* que importa definitivamente a acquisição converte a expectativa em direito adquirido, independentemente de qualquer exercicio práctico d'esse direito. Assim, á morte do auctor da herança, independentemente de qualquer facto dos seus representantes, transmittem-se a estes todos os direitos hereditarios; e esses representantes sem terem acceitado ou repudiado a herança transmittem já o direito mesmo de a acceitar ou repudiar, artigo 2022.º

No direito antigo encontravam-se muitas leis com effeito retroactivo, como a de 3 de novembro de 1757 e outras, que expressamente concediam esse effeito ás suas disposições; retroactividade que se julgava permittida quando a lei expressamente assim o determinasse, como se declara nos assentos de 23 de novembro de 1769, de 5 de dezembro de 1770, e de 9 de abril de 1772: e nós ainda hoje reputamos legal esta jurisprudencia.

A lei de 3 de abril de 1873, transcripta a pag. 73 do 4.º volume da nossa obra, póde dizer-se verdadeiramente interpretativa, porque as suas disposições applicam-se a todos os factos anteriores, a respeito dos quaes não estivesse ainda proposta acção em juizo.

O codigo estabeleceu o principio geral da não retroactividade das leis, que veio confirmar com as excepções sobre este ponto taxativamente marcadas.

Em varias disposições prescreve o codigo, ora o respeito pelos direitos adquiridos, ora a applicação da lei a factos passados com offensa do principio da não retroactividade.

Assim, nos artigos 438.º e 444.º consigna-se o principio de que as regras geraes a respeito de aguas não prejudicam os direitos adquiridos pela legislação anterior; no artigo 564.º determina-se que ás prescripções que começaram a correr antes da promulgação do codigo se applicará, posto que com modificações, a antiga legislação; nos artigos 1000.º, 1019.º e 1023.º applicam-se ás antigas hypothecas e onus reaes os novos principios ácerca do registo; no artigo 1588.º fixa-se o praso para o retracto das antigas vendas a retro, quando este não tivesse sido estipulado; nos artigos 1649.º, 1652.º e 1708.º legisla-se para os censos *de preterito*, assim como nos artigos 1689.º e 1700.º para os emprasamentos anteriores; no artigo 1762.º declaram-se validos, quanto a solemnidades externas, os testamentos cerrados com data authentica anterior á promulgação do codigo, com o que concorda o artigo 1753.º, § unico, quanto aos de mão commum; no artigo 1874.º reduzem-se os fideicommissos *de preterito* só ao primeiro gráu; no artigo 2195.º legisla-se quanto aos *quinhões* constituidos de preterito, assim como no artigo 2264.º quanto ao compascuo, e nos artigos 2278.º e 2311.º quanto a servidões; e nos artigos 2443.º e 2497.º estatue-se retroactivamente quanto a provas e quanto aos documentos anteriores ao seculo XVI.

Todas estas disposições especiaes provam que o legislador não tinha grande confiança no principio theorico estabelecido no artigo 8.º, aliás não careceria de salvar expressamente em casos especiaes os direitos adquiridos, mandando applicar n'alguns casos a legislação anterior.

O Supremo Tribunal de Justiça proferiu em 1873 uma decisão que, se vingasse no fôro, faria uma especie de revolução na nossa jurisprudencia sobre a doutrina da retroactividade.

Em accordão de 21 de fevereiro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 94, do mesmo anno, dizia o Supremo Tribunal de Justiça:

«... Considerando que a citação de fl..., primeiro acto preparatorio para se propôr esta acção rescisoria da escriptura fl..., só teve logar em 21 de outubro de 1868, depois de se achar em vigor o codigo civil;

«Considerando que a Ord. liv. 4.º, tit. 62, a lei de 25 de janeiro de 1775, e toda a mais legislação que exigia e regulava a formalidade externa da insinuação nas doações, n'aquillo em que ellas na sua data excedessem a taxa legal, estava já revogada pelo artigo 3.º da lei de 1 de julho de 1867, porque sobre esta materia expressamente legislou o codigo civil no artigo 1472.º;

«Considerando que o mesmo codigo, reproduzindo no artigo 8.º o velho principio de direito publico e particular—*lex non respicit retro*—, nada legislou ácerca da applicação d'elle aos casos occorrentes, ficando assim em vigor as leis que tinhamos sobre esta materia, que, pela sua importancia, frequencia no foro e variado discorrer dos interpretes, bem merecia ser regulada pelo legislador, se não queria conformar-se com a disposição das leis preexistentes;

«Considerando que o decreto de 17 de julho de 1778, respeitando os direitos adquiridos e os factos consummados antes da lei nova por sentença ou transacções legitimamente celebradas, expressamente determinou, quanto ás acções, mesmo já pendentes em juizo, que só continuassem a ser julgadas pela lei velha, se n'ellas já houvesse sentença da primeira instancia, devendo aliás ser julgadas pela lei sobrevinda;

«Considerando que regras similhantes e ainda mais explicitas estabeleceu o decreto de 23 de dezembro de 1833 sobre a applicação do codigo commercial, ou as acções se achassem já pendentes ao tempo da publicação d'elle, ou viessem propôr-se depois;

«Considerando que por isso mesmo que foi omisso o codigo sobre esta materia, ficaram em vigor as leis citadas, que a resolviam, e que sempre teriam de ser applicadas com frequencia nos termos do artigo 16.º do mesmo codigo, tendente a coarctar o arbitrio dos juizes, quando se tracta de resolver questões judiciaes;

«Considerando que as acções, simples faculdades ou meios de adquirir direitos, ou consummar factos, não podem ser já direitos adquiridos, ou factos consummados, em vez de simples esperanças, a quem a lei nova deva respeitar, especialmente quando se tracta de pedir a

pena de nullidade e de rescindir por falta de insinuação um acto de 1845; porque n'este caso é indispensavel a prévia sentença declaratoria, como decidiu o assento de 20 de julho de 1780, em quanto a não ha e passada em julgado: torna-se evidente a errada applicação que no accordão recorrido se fez ao caso d'estes autos da Ord. liv. 4.º, tit. 62, e mais leis concernentes á solemnidade externa da insinuação nas doações, expressamente revogadas desde a applicação do codigo civil, unicamente applicavel a esta acção rescisoria começada depois que regia o mesmo codigo conformemente ao artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, etc.»

N'este accordão assentaram-se os seguintes principios: 1.º que não tendo o artigo 8.º do codigo legislado sobre a maneira de applicar o principio da não retroactividade aos casos occorrentes, era necessario applicar a anterior legislação a este respeito; 2.º que essa legislação era o decreto de 17 de julho de 1778, que só respeita os factos consummados por sentença ou transacção, mandando applicar a nova lei ás causas pendentes, em que ainda não ha sentença de primeira instancia, com o que se conformou o decreto de 23 de dezembro de 1833 quanto á execução do codigo commercial; 3.º que as acções são simples faculdades, ou meios de adquirir direitos, ou consummar factos, e por isso apenas *esperanças*, e não direitos adquiridos ou factos consummados, que a lei nova deva respeitar; 4.º que este principio é especialmente applicavel ás acções em que se pede a pena de nullidade, porque n'essas é necessaria *prévia* sentença declaratoria, segundo o assento de 20 de julho de 1780.

Não podemos porém conformar-nos com similhante doutrina apesar da auctoridade da decisão. A *fórma* dos actos juridicos não póde deixar de ser regulada pelas leis existentes ao tempo em que foram celebrados.

Na especie não se tractava d'um processo novo que viesse substituir o antigo, mas de decidir se era nullo um acto practicado sem as formalidades requeridas pela lei vigente ao tempo em que foi constituido.

No accordão confundiu-se o direito proveniente do acto juridico com o processo legal para se tornar effectivo o cumprimento do mesmo acto, e applicou-se ao direito o que era applicavel só ao processo.

Acceite esta jurisprudencia poderiamos ir resuscitar todos os actos practicados antes da promulgação do codigo, a que faltassem as formalidades requeridas pela lei vigente ao tempo da sua constituição se pela nova lei fossem dispensadas essas formalidades; e por coherencia deviam julgar-se nullos todos os actos juridicos feitos antes da promulgação do mesmo codigo que não estivessem conformes com a lei nova, ainda que reunissem todos os requisitos exigidos pela lei vigente ao tempo em que foram celebrados.

O decreto que regulou a execução do codigo commercial é de 17, e não de 23 de dezembro de 1833.

O decreto de 23 de dezembro d'esse anno é relativo á execução do artigo 290.º do decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, que reformou completamente o nosso antigo processo civil e criminal.

Ambos estes decretos, porém, contêm providencias meramente de processo, e indispensaveis para regular a transição do direito que então se operou.

Mas nos artigos 3.º e 4.º do citado decreto de 17 de dezembro de 1833 expressamente se determinou, com respeito a materia commercial, que fossem mantidas as *convenções* e *transacções* conformes á passada legislação, e mesmo as prescripções já consummadas segundo ella, o que prova que nos pontos que não eram propriamente de processo, se respeitou o principio da não retroactividade das leis.

E o decreto de 17 de julho de 1778 providenciou em circumstancias excepcionaes, e para casos especiaes, de modo que não póde servir de regra geral, principalmente na quadra politica, que ora atravessamos.

Têm alguns sustentado que deve em todo o caso ser observada a disposição do decreto de 17 de julho de 1778, que mandava regular pela lei antiga as questões quando havia já sentença proferida na primeira instancia. Todavia esse mesmo decreto estabelecia muito positivamente que as suas differentes povidencias eram *interinas*, e que só durariam até á publicação do codigo civil.

Nós persistimos na opinião de que as questões judiciaes devem ser todas julgadas pelo direito vigente ao tempo da instauração da acção ou da contestação da lide, sempre que do contrario resulte offensa de direitos adquiridos; e em accordão de 21 de junho de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 134, julgou a Relação do Porto que o artigo 489.º do codigo não era applicavel a uma acção que estava já contestada quando se promulgou o mesmo codigo.

Exceptuamos a lei do processo, que é applicavel a todas as causas pendentes no estado em que estiverem, segundo o preceituado no artigo 2.º das disposições transitorias do codigo de processo.

A Relação de Lisboa em accordão de 6 de agosto de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 39, julgou que, importando o pedido um direito pessoal, é este sempre garantido pela lei nova, e que por isso, tendo sido proferida a sentença de primeira instancia quando já governava o codigo civil, não podia deixar de applicar-se na especie do processo a disposição do artigo 78.º do mesmo codigo, o qual exige, para que se possa entregar definitivamente a legitima, que o ausente já conte 95 annos, ou que sejam decorridos vinte depois de deferida a curadoria provisoria.

A legislação antiga não requeria effectivamente condições tão rigorosas para fazer entrega dos bens do ausente aos presumidos successores.

Este accordão consigna, na materia dos direitos relativos ao estado e capacidade das pessoas, a jurisprudencia reconhecida no accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1873, acima mencionado, que decidiu que o direito applicavel é o vigente ao tempo da sentença de primeira instancia.

Artigo 9.º

Pela nossa Ord. liv. 3.º, tit. 64 pr., que tivera por fonte a lei 2.ª cod. *quae sit longa cons.*, o direito consuetudinario comprehendia os estylos da côrte e os costumes do reino, aquelles relativos ao modo de ordenar o processo e á práctica do direito, e estes relativos ao modo de julgar, Corrêa Telles, commentario á lei de 18 de agosto de 1769, § 197, com quanto algumas vezes estylos e costumes se tomassem por uma e a mesma cousa, Ord, liv. 1.º, tit. 1.º, § 37.

Dos estylos mandou-se tomar assento na mesa grande da Casa da Supplicação perante o respectivo regedor, ficando os dictos assentos sendo interpretação authentica das leis, e tendo a mesma força que ellas, Ord. liv. 1.º, tit. 5.º, § 5.º, carta regia de 7 de junho de 1605, § 8.º, e lei de 18 de agosto de 1769, §§ 4.º a 6.º e 8.º, sendo estylos da

côrte só os que se achassem estabelecidos e approvados pelos dictos assentos, § 14.º, que se acham colleccionados em virtude da resolução de 2 de setembro de 1786.

Quanto aos costumes não estabelecia a Ord. regras certas, não marcando sequer o tempo de duração para elles começarem a ter força de lei, e contentando-se com os termos vagos—*costume... longamente usado*—, dando assim logar á duvida, se o costume se introduzia pelo espaço de quarenta, de trinta, ou mesmo de dez annos.

Veio depois a lei de 18 de agosto de 1769, e exigiu que o costume, para ter força de lei, reunisse os tres requisitos—conforme á boa razão, não exceder cem annos, e não ser contrario á lei escripta.—Ainda assim não cessaram todas as duvidas.

Em primeiro logar era difficillima, se não impossivel, a prova da existencia do costume durante cem annos, attenta a curta duração da vida humana, e a falta de compilação dos dictos costumes.

Por outro lado, sem embargo de se reprovarem abertamente os costumes contrarios ás leis, ainda depois foi seguida e até sanccionada doutrina opposta.

Ora o codigo civil com os preceitos consignados n'este artigo e no artigo 16.º aboliu em regra os estylos e os costumes como principios de direito.

Apenas os adoptou para casos especiaes, como nas hypotheses dos artigos 438.º 1373.º, 1406.º, 1624.º, 2273.º, 2347.º e 2351.º, que encerram disposições sujeitas á excepção—se na terra houver costume em contrario.—

O costume, porém, n'estes casos deve ser uniforme para não haver duvida sobre a sua existencia, argumento do artigo 1628.º, e deve ser provado por aquelle que o allega, ou seja auctor ou réo, argumento da cit. Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 8.º, e do artigo 2406.º do codigo civil; aliás será a especie regida pela regra, e não pela excepção.

Não é preciso que os *costumes*, a que se refere o codigo, tenham os requisitos marcados na lei de 18 de agosto de 1769. Entendem alguns, por argumento do disposto no § 1.º do artigo 380.º, que é indispensavel que o costume seja effectivo no acto da promulgação do codigo.

A existencia porém do uso e costume fica dependente da apreciação do julgador, porque em face do artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867 deve reputar-se revogada a Ord. liv. 3.º, tit. 64, e a lei de 18 de agosto de 1769, § 14, onde estavam determinadas as condições do uso e costume para ser obrigatorio.

Artigo 10.º

O regulamento de registo predial de 28 de abril de 1870 afastou-se n'esta parte do systema do codigo, adoptando a verdadeira doutrina, como se mostra do artigo 453.º, que diz assim: «As irregularidades de qualquer acto de registo, não lhe faltando as condições indispensaveis para se conhecer a substancia do direito inscripto ou a sua extinção, não importam nullidade. § unico. Exceptua-se o disposto no artigo 996.º do codigo civil.»

Com respeito ás nullidades do processo vigoram ainda a Nov. Ref. Jud., artigo 841.º e § unico, e artigo 1.º, e § 1.º da lei de 19 de dezembro de 1843, modificadas pela lei de 18 de julho de 1855 no que respeita a processos crimes.

Artigo 12.º

(Vid. nota aos artigos 484.º e 2354.º) Em accordão de 30 de agosto de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 246, de 30 de outubro do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que os embargos de terceiro são remedio meramente possessorio; e que devem ser julgados procedentes e provados, logo que se prove posse effectiva na cousa penhorada, e que o embargante não foi ouvido nem convencido na causa principal.

O desforço particular fóra do praso legal dá direito á acção de restituição com perdas e damnos; mas não é punivel nos termos do artigo 445.º do codigo penal, se a cousa é do desforçador, porque não se arrogou o dominio e posse de cousa que não lhe pertencesse.

Nos termos do artigo 496.º do codigo de processo o possuidor esbulhado violentamente requer ao juiz a restituição á posse, articulando o fundamento do pedido, e offerecendo logo as provas da violencia. O juiz, conhecendo que houve violencia, ordenará a restituição sem citação nem audiencia do esbulhador; e effectuada a restituição será o esbulhador citado para contestar.

Assim resolveu o codigo de processo a duvida que em vista dos artigos 486.º e 487.º do codigo civil se levantava—se o possuidor esbulhado violentamente podia requerer a restituição sem audiencia do esbulhador.—

Artigo 16.º

O codigo manda regular algumas hypotheses pelo *uso e costume*, como já vimos em a nota ao artigo 9.º; mas o *uso e costume* póde julgar-se comprehendido nas palavras—*texto da lei*.—

No que deve haver mais especial cuidado é na solução das questões pelos *casos analogos*. Não só em legislações differentes os casos analogos são regulados de modo diverso, mas até no proprio direito civil se encontram resoluções oppostas em especies que parecem analogas e até identicas.

Assim, as condições impossiveis annullam os contractos, artigo 683.º, e não viciam os testamentos, artigo 1743.º, § unico.

Do mesmo modo estão julgando os tribunaes que os prasos de vidas que tomaram a natureza de phateosins ao tempo da promulgação do codigo se communicam entre os conjuges, vistos os artigos 1109.º e 1697.º do codigo, ao passo que decidem, com fundamento nas leis de 30 de julho de 1860 e de 19 de maio de 1863, que os bens desvinculados por falta de registo não se communicam em caso algum entre o administrador do vinculo e o seu consorte.

É portanto indispensavel para a resolução de qualquer hypothese por um caso analogo, que haja similhança entre as duas especies, e que em ambas se dê a mesma razão de decidir. É preciso, como diz Corrêa Telles, que a razão seja a *mesmissima;* e a lei de 18 de agosto de 1769 no § 11 admittia as restricções e ampliações que *por identidade de razão*, e por força de comprehensão, se achassem dentro do espirito das disposições das leis patrias.

Artigo 18.º

Em portaria de 30 de novembro de 1869, publicada no jornal—*O*

Direito, 2.º anno, n.º 28, declarou-se que o subdito portuguez, que se naturalisou extrangeiro, depois de apurado para o recrutamento, não póde ser compellido a assentar praça, vista a sua qualidade de extrangeiro, mas que é obrigado a satisfazer o preço de uma substituição, como pagamento da divida que contrahiu ao tempo do recrutamento.

Artigo 19.º

Em portaria do Ministerio da Marinha de 28 de janeiro de 1871 ordenou-se aos governadores das provincias ultramarinas que não remettessem requerimento para a naturalisação no reino, que não viesse acompanhado de documentos authenticos, em que se mostrasse: 1.º que o requerente tinha, pelo menos, um anno de residencia em territorio portuguez; 2.º que era de maior edade, tanto pela legislação portugueza, como pela da nação a que pertencia; 3.º que tinha bens de raiz, industria ou profissão, que lhe dessem meios de subsistencia, devendo os governadores, sempre que podessem, supprir com a sua informação o que faltasse quando com os documentos não estivessem satisfeitas as condições exigidas.

Hoje para todos os effeitos deve ser considerada a maioridade aos 21 annos de edade. Por isso se tem sustentado na imprensa juridica que ao maior de 21 annos não deve actualmente exigir-se licença do pae ou do tutor para se lhe conceder passaporte, devendo julgar-se modificado pelos preceitos do codigo o artigo 10.º, n.º 1.º do regulamento de policia de 7 de abril de 1863, que exigia para se concederem passaportes aos menores de 25 annos licença dos paes ou dos tutores. .

Tambem em materia crime a maioridade deve contar-se aos 21 annos, com quanto para a imposição da pena seja indifferente a edade de 21 ou de 25, visto que só é circumstancia attenuante a menoridade até aos 20 annos completos, codigo penal, artigo 20.º, n.º 1.º

No entretanto em accordão de 9 de março de 1875 julgou o Supremo tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 402, que a fixação da maioridade aos 21 annos, decretada pelo codigo civil, não alterou a disposição do artigo 393.º do codigo penal.

Nas questões de processo em que a Nov. Ref. Jud. artigos 976.º, § unico, 1034.º, 1107.º, § 1.º, e outros, falla de *menoridade* em geral sem indicar a epocha precisa da maioridade, deve contar-se esta aos 21 annos.

Artigo 22.º

Em portaria de 21 de outubro de 1869, publicada no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 19, declarou o governo que o termo assinado perante alguma camara municipal, em que o interessado declare que vem estabelecer o seu domicilio no reino, e que deseja recobrar a qualidade de portuguez, é sufficiente para recobrar esta qualidade o que se naturalisou em paiz extrangeiro; mas que se a qualidade de portuguez se perdeu pela acceitação, sem licença do governo, de funcções publicas, graça, pensão, ou condecoração de governo extrangeiro, só póde recuperar-se por graça especial do governo, segundo é expresso no artigo 22.º, n.º 2.º do codigo civil.

Artigo 24.º

No regulamento da contribuição de registo de 30 de julho de 1870, artigo 118.º, estabeleceu-se o preceito de que as questões sobre o estado civil e capacidade das pessoas são da exclusiva competencia do poder judicial, e de que as suas decisões não podem ser rejeitadas pelas auctoridades administrativas.

A Associação dos Advogados de Lisboa, em sessão de 16 de fevereiro de 1875, respondeu que em materia de successões regia o estatuto pessoal, ou se tractasse de bens mobiliarios ou de bens immobiliarios, julgando assim, como nós, proscripto o velho principio — *tot haereditates quot territoria*.

É digno de ler-se o que sobre este assumpto se escreveu na *Gazeta da respectiva Associação*, 2.º anno, pag. 145, 225, 241, 257, 289, 305, 540 e 653, e 3.º anno, pag. 13.

Por sentença do juiz de direito da primeira vara de Lisboa, proferida em 21 de julho de 1874, e publicada na referida *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 221, se decidiu que um subdito inglez podia ser declarado interdicto pelos tribunaes portuguezes, mas tendo em vista a lei ingleza.

Tambem por sentença do juiz de direito da terceira vara de Lisboa, proferida em 20 de março de 1875, e publicada no mesmo jornal e anno, a pag. 425, se decidiu que os tribunaes portuguezes eram competentes para conhecer do pedido feito pela mãe portugueza, a fim de lhe ser entregue seu filho perfilhado, embora este fosse extrangeiro.

Nas intimações e citações dos embaixadores, enviados ou encarregados de negocios, e de quaesquer representantes de potencias extrangeiras, ha de observar-se o estipulado nos tractados e convenções, e na falta de tractados o principio da reciprocidade, codigo de processo, artigo 186.º

O codigo de processo determina no artigo 215.º que os documentos escriptos em lingua extrangeira só poderão ser attendidos quando vierem acompanhados de traducção authenticada pelo consul da nação respectiva; que, se forem expedidos por auctoridades extrangeiras, só terão validade quando estiverem visados pelo funccionario diplomatico ou consular portuguez na respectiva nação, e reconhecida a assignatura d'este no ministerio dos negocios extrangeiros; e que, se no reino não houver consul da respectiva nação, será o documento traduzido por peritos.

Artigo 25.º

O livro 1.º do projecto de codigo civil, apresentado ás côrtes constituintes de Hespanha em abril de 1869, no artigo 29.º, correspondente ao artigo 25.º do nosso codigo, não exige a condição de ter domicilio no reino o nacional demandado.

Differentes hypotheses deixou o codigo de regular nos artigos 25.º a 31.º, e talvez por terem ficado os artigos com uma redacção demasiadamente casuista. Taes são: 1.ª Onde ha de ser demandado o portuguez que, depois de haver contrahido obrigações no reino, foi fixar o seu domicilio no extrangeiro? 2.ª Os extrangeiros podem ser demandados perante as justiças portuguezas pelas obrigações contrahidas com portuguezes no reino, sendo cá encontrados, ou mesmo não o sendo?

O codigo de processo determina no artigo 21.º que o portuguez ou extrangeiro, que tiver domicilio fóra do reino, póde ser demandado perante as justiças portuguezas do logar onde for encontrado, fundando-se a causa em obrigação por elle contrahida no reino, ou com portuguez em paiz extrangeiro.

Em accordão de 14 de julho de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 171, de 2 de agosto do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, que na arrecadação e liquidação das heranças dos subditos francezes, feitas pelo respectivo consul, não podem intervir as auctoridades locaes, senão quando os subditos do paiz, ou de uma terceira potencia, tenham que fazer valer direitos á herança.

Diz o accordão:

«Attendendo a que na convenção consular entre Portugal e França de 11 de julho de 1866, approvada pela lei de 14 de maio de 1867, se estipulou no artigo 8.º, n.º 6.º, que aos respectivos consules competiria administrar e liquidar a herança testamentaria ou *ab intestato*, sem que n'estas operações tenha de intervir a auctoridade local, a não ser que os subditos do paiz ou de uma terceira potencia tenham que fazer valer direitos á herança; porque n'este caso, se se suscitassem difficuldades, provenientes principalmente de algumas reclamações que dessem logar a contestação, não tendo os dictos consules direito algum de resolver e terminar essas difficuldades, deverão os tribunaes do paiz tomar conhecimento d'ellas, segundo for da sua competencia, providenciar a tal respeito ou julgal-as;

«Attendendo que á vista dos termos d'esta estipulação o auctor, que não é subdito portuguez, senão francez, não era pessoa legitima para chamar e accionar perante os tribunaes judiciaes de Portugal ao consul de França no Porto para conhecer e decidir a questão agitada da divida, de que se tracta, e condemnal-o no pagamento d'ella pelas forças da herança do fallecido tio do mesmo auctor Benjamin, egualmente francez; cuja herança foi liquidada e administrada pelo referido consul, em razão de ter aquelle morrido em Portugal: por quanto na hypothese dos autos eram os tribunaes portuguezes incompetentes para isso, attenta a convenção consular no artigo 8.º, n.º 6.º, etc.»

Debatendo-se no juizo de Lisboa uma questão de separação judicial de pessoas e bens entre dois conjuges, ambos francezes, o illustrado juiz de direito da primeira vara indeferiu a citação, para este effeito requerida, em sentença de 9 de julho de 1873, publicada no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 1.º, firmando os principos seguintes: 1.º que os direitos que provém da soberania de uma nação não podem exercer-se sobre subditos extrangeiros, salva apenas a excepção relativa ás leis criminaes e de policia, e aos actos civis que hão de produzir os seus effeitos no reino em conformidade do artigo 26.º do codigo civil; 2.º que a excepção contida n'este artigo 26.º diz respeito só ás demandas provenientes de contractos, como se mostra dos artigos 28.º e 29.º, e do commentario de Goyena aos artigos 27.º e 32.º do projecto de codigo civil hespanhol, que parece serem a fonte dos artigos 26.º e 30.º do nosso codigo; 3.º que sendo o casamento um contracto especialissimo, que tem de produzir os seus effeitos não só no reino, mas em qualquer outra parte, não podem as justiças portuguezas ter competencia para d'elle conhecerem definitivamente, e apenas para as medidas conservatorias, que forem urgentes e necessarias para garantir a pessoa do conjuge em perigo; 4.º que fundando-se os principios de direito internacional na reciprocidade, em falta de tractados, não tomam os tribunaes francezes conhecimento das demandas sobre separação do conjuge, subdito de outra nação; 5.º que, ainda quando os tribunaes portuguezes fossem competentes para julgar a acção, e devesse seguir-se o processo portuguez, havia de ser julgada a causa pelo direito francez em harmonia com o disposto no artigo 27.º do nosso codigo, cuja doutrina já era reconhecida na portaria de 20 de janeiro de 1859; 6.º e que as leis extrangeiras não podiam ser applicadas em tribunaes portuguezes sem serem allegadas e provadas, visto revestirem n'este caso a natureza de facto.

Em accordão de 12 de abril de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 103, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça incompetentes os tribunaes portuguezes para exigir o cumprimento de obrigações contrahidas em paiz extrangeiro, não se tendo allegado e provado que algum dos contrahentes era cidadão portuguez.

Diz o accordão:

«Considerando que tractando-se pela acção proposta de exigir-se o cumprimento de um contracto de mutuo, celebrado no Imperio do Brazil, entre contrahentes alli residentes, sem declaração da nacionalidade d'elles, era indispensavel que no libello se allegasse, para se dar occasião á sua prova, o facto de ser cidadão portuguez o A. que figura de credor mutuante, para poderem os tribunaes, no caso de se provar o facto allegado, reconhecer a sua competencia para o julgamento da questão agitada; porque, sendo extrangeiros ambos os contrahentes, não lhes seria licito conhecer d'ella e julgal-a por falta de jurisdicção, que, provindo da lei, nenhuma existe anterior ao codigo civil que auctorise os tribunaes judiciaes portuguezes para tal conhecimento e julgamento. Nem o proprio codigo, que contem legislação sobre a materia sujeita, tão pouco lhes concede jurisdicção para isso; visto como só lh'a dá para decidir as questões que assentarem em obrigações contrahidas por extrangeiros com portuguezes em paiz extrangeiro; ou sómente por extrangeiros entre si no reino, se n'elle forem encontrados, como se observa das disposições dos artigos 28.º e 29.º do mesmo codigo civil,» etc.

Artigo 31.º

Em accordão de 10 de maio de 1867, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 228, firmou a Relação do Porto sobre este importantissimo assumpto os seguintes principios: «1.º que na falta de tractado entre dois paizes não podem as justiças de um intrometter-se na execução de sentença que ha de correr sobre bens sitos no territorio de outro, e contra pessoas n'elle moradoras; 2.º que em vista da lei e das portarias de 18 de outubro de 1850 e de 20 de junho de 1855, não têm as Relações jurisdicção para rever e approvar rogatorias executorias extrangeiras; 3.º que nos termos dos artigos 44.º, n.º 5.º e 567.º da Nov. Ref. Jud. é genericamente auctorisada a execução das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros, com a unica condição de obterem primeiro a confirmação das Relações civis dos respectivos districtos, e depois de n'elles revistas com audiencia das partes e do ministerio publico, sem exigir reciprocidade das nações de que emanam as sentenças, e sem determinar a fórma da apresentação d'ellas; 4.º que são differentes as leis que nas diversas nações regem este assumpto, sendo n'umas sempre inexequiveis as sentenças judiciaes emanadas de tribunaes extrangeiros, e admittidas apenas como documento probatorio, sendo n'outras permittida a execução mediante o principio de re-

ciprocidade, e debaixo de outras condições mais ou menos extensas como a de revisão quanto á fórma e quanto ao merecimento extrin seco segundo a legislação do paiz em que foram proferidas, outra vezes segundo a da nação em que hão de ser executadas, e exigindo se em algumas, como talvez devesse ser em todas, a prova de que executado não tem no paiz, em que foram proferidas as sentenças bens sufficientes para satisfação do julgado; 5.º que são tambem va rias as opiniões quanto ao methodo da revisão, querendo uns qu ella vá até se conhecer do merecimento intrinseco da sentença ex trangeira, e limitando outros a revisão a verificar se a sentença fo proferida por juiz ou tribunal competente, se o condemnado foi re gularmente ouvido, se a sentença fez legalmente transito em julgado e se contem cousa offensiva da soberania, ou contraria aos interesse da nação em que ha de ser executada; 6.º que a palavra—*rever*— de que usa a Nov. Ref. Jud. no artigo 567.º, significa tornar a ver para examinar, corrigir, alterar, ou confirmar aquillo que se revê, que nos termos das nossas leis, e modernamente do artigo 20.º n.º 1.º da cit. Ref. Jud. e do artigo 3.º da lei de 19 de dezembro de 1843, a palavra—*revista*—significa novo julgamento da causa pelos juizes ou tribunaes revisores, que podem revogar ou confirmar como entenderem, no todo ou em parte, as sentenças submettidas á sua jurisdicção e exame; 7.º que assim as nossas leis conferem ás relações civis jurisdicção amplissima para conhecerem do merecimento intrinseco e extrinseco das sentenças proferidas em paiz extrangeiro, e para as julgarem depois exequiveis, ou lhes denegarem a confirmação; 8.º que nas sentenças proferidas por juiz especial extrangeiro é preciso allegar que elle era competente segundo a lei d'esse paiz, certificar a lei, como qualquer facto, visto o preceito da Ord. liv. 3.º, tit. 53, § 9.º, e mostrar que a sentença transitou em julgado, e que não é offensiva dos interesses da nação, onde se pretende executar.»

Interpondo-se revista contra esta decisão foi negada por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de março de 1869, como tudo póde ver-se a pag. 233 e segg., tom. 1.º da *Revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*.

Em accordão de 3 de julho de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 424, julgou a Relação do Porto que na execução de sentença proferida em tribunal extrangeiro é ao executado que incumbe provar que o titulo da sentença não está em conformidade com a legislação do paiz onde foi proferida, porque a presumpção é a favor da sua legalidade.

Em accordão de 17 de dezembro de 1870, publicado no jornal —*O Direito*, 3.º anno, n.º 5, julgou a Relação de Lisboa que a carta puramente rogatoria, executoria, extrahida de uma sentença proferida no imperio do Brasil, não póde ser exequivel em Portugal, sem ter sido revista e confirmada nos termos do artigo 567.º da Nov. Ref. Jud., visto que a convenção de 18 de março de 1841 não auctorisou o cumprimento de rogatorias d'esta natureza, e que a portaria de 18 de outubro de 1850 prohibe que se cumpram rogatorias executorias do Brasil, ordenando tambem que para alli não sejam expedidas, á excepção d'aquellas que têm por unico fim simples citações ou inquirições.

Em accordão de 2 de abril do mesmo anno, publicado no mesmo jornal, 2.º anno, n.º 16, julgou tambem este Tribunal que não só pela determinação do artigo 567.º da Nov. Ref. Jud., mas especialmente pelas disposições contidas na convenção entre Portugal e o Brasil de 18 de março de 1841, mandada cumprir pela portaria de 2 de agosto do mesmo anno, e bem assim pelas disposições da portaria de 18 de outubro de 1850, as cartas rogatorias executorias, contenham ou não insertas as sentenças, não podem ter cumprimento em Portugal, sem que precedam as solemnidades prescriptas na lei.

Em accordão de 6 de junho de 1875, publicado no mesmo jornal, 8.º anno, n.º 5, julgou egualmente a Relação do Porto que os tribunaes portuguezes não têm jurisdicção para rever e approvar as rogatorias executorias extrangeiras, ainda que n'ellas venham insertas as sentenças, vistas as portarias de 18 de outubro de 1850 e de 20 de junho de 1855.

Portanto o pedido de confirmação não ha de limitar-se á revisão e approvação das rogatorias executorias, porque para isto carecem as relações de jurisdicção: ha de comprehender a revisão e confirmação das sentenças n'ellas insertas, ou de que taes rogatorias procedem.

Effectivamente sendo a penhora, por exemplo, um acto de execução, e a execução effeito de uma sentença condemnatoria, é evidente que penhorar bens em Portugal em virtude de sentença proferida em paiz extrangeiro, seria já executar essa sentença, que não póde dar-se á execução sem ser revista e confirmada nos termos do artigo 567.º da Nov. Ref. Jud.

Depois da revisão não é já a sentença proferida pelo tribunal extrangeiro que se executa, mas sim a proferida pelo tribunal portuguez.

Se as sentenças dos tribunaes extrangeiros, ou as suas executorias, podessem livremente ser executadas fóra do paiz onde são proferidas, viriam os magistrados extrangeiros a exercer jurisdicção nos outros paizes com quebra da soberania d'estes, visto que pelos principios de direito o juiz deprecado não exerce jurisdicção propria, mas a que lhe é delegada pelo juiz deprecante.

Em accordão de 25 de maio de 1875, proferido no processo de revista n.º 15:029, como tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pagg. 579 e 667, julgou com razão o Supremo Tribunal de Justiça por cinco votos conformes, que o individuo a favor de quem se proferiu sentença em paiz extrangeiro póde renunciar ao direito de fazer rever e confirmar essa sentença em Portugal, nos termos dos artigos 44.º, n.º 5.º e 567.º da Nov. Ref. Jud., e propôr de novo a acção perante os tribunaes portuguezes, ajunctando ahi como documento aquella sentença, sem por isso se poder deduzir contra aquella acção a excepção de caso julgado; e revogou assim as sentenças de primeira e de segunda instancia, onde se tinha estabelecido a doutrina contraria.

N'este accordão parece firmar-se a jurisprudencia de que o artigo 31.º do codigo é applicavel só ás sentenças proferidas em paiz extrangeiro entre portuguezes e extrangeiros, e não ás proferidas entre extrangeiros e extrangeiros, e entre portuguezes e portuguezes, vistos os dois considerandos seguintes, que dizem assim:

«Considerando porém que o artigo 31.º do codigo civil, estabelecendo a regra fundamental de que as sentenças proferidas nos tribunaes extrangeiros entre extrangeiros e portuguezes são exequiveis entre nós, nos termos prescriptos no codigo do processo, não tem applicação á especie do feito em que se não tracta da execução de sentença alguma proferida por um tribunal extrangeiro;

«Considerando que egualmente a não tem o artigo 567.º da Nov.

Ref. Jud., porque estabelecendo a mesma doutrina do artigo 31.º do codigo civil por um modo ainda mais amplo, e sem limitação alguma, qualquer que seja a nacionalidade das partes, tem só por fim regular a execução d'essas sentenças, ordenando positivamente que não sejam exequiveis sem serem revistas e confirmadas por alguma das relações, com audiencia dos interessados e assistencia do ministerio publico, excepto se outra cousa estiver estipulada em tractados, ou as partes no juizo competente, por termo por ellas assignado e julgado por sentença, consentirem expressamente na sua execução, caso que não é o dos autos;» etc.

No entretanto não era esta a jurisprudencia mais seguida no fôro.

Em accordão de 5 de março de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 29, julgou a Relação do Porto que, ainda quando a Portaria de 18 de outubro de 1850 podesse alterar a disposição do artigo 567.º da Nov. Ref. Jud., teria a mesma portaria de considerar-se revogada pelo preceito do artigo 31.º do codigo civil, e pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, e que não obstante fallar o artigo 31.º apenas das sentenças proferidas nos tribunaes extrangeiros sobre direitos civis entre subditos extrangeiros e portuguezes, por maioria de razão devia applicar-se ás sentenças proferidas pelos mesmos tribunaes sobre aquelles direitos entre subditos portuguezes sómente.

Em accordão de 1 de outubro de 1872 confirmou a Relação de Goa uma sentença proferida por tribunal extrangeiro, entre dois extrangeiros, e sobre factos passados no extrangeiro, com o fundamento de que o artigo 31.º do codigo não revogou o artigo 567.º da Nov. Ref. Jud., visto reportar-se aos *termos prescriptos no codigo de processo;* e, interposta revista contra este accordão, foi negada por cinco votos conformes por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de agosto de 1874, como tudo póde ver-se no processo de revista n.º 14463, e na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 59 e 83.

O codigo de processo regula nos artigos 22.º, § 4.º, n.º 2.º, 818.º, e 1100.º a 1104.º, a revisão e execução das sentenças proferidas por tribunaes extrangeiros; e remove a duvida, a que dava logar a equivoca redacção do artigo 31.º do codigo civil, permittindo a execução d'aquellas sentenças, ou fossem proferidas entre portuguezes e extrangeiros, ou fossem ambos extrangeiros ou ambos portuguezes os litigantes.

Assim determina de modo amplo e generico, como fazia a Nov. Ref. Jud. no citado artigo 567.º, que podem ser revistas e confirmadas nos tribunaes portuguezes as sentenças obtidas em paiz extrangeiro, qualquer que seja a nacionalidade dos litigantes.

A revisão ha de ser feita na Relação, e a execução corre no juizo do domicilio do executado, ou da situação dos bens.

No artigo 91.º regula o mesmo codigo a execução das rogatorias emanadas de auctoridades extrangeiras, determinando que ellas só serão recebidas por via diplomatica, e que não se lhes dará cumprimento sem prévia audiencia do ministerio publico.

Em portaria de 7 de setembro de 1871, publicada no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 29, declarou-se que as rogatorias dirigidas ás auctoridades portuguezas pelos consules de Hespanha para a extradição, prisão ou retenção de criminosos, bem como as rogatorias dirigidas pelas nossas auctoridades ás de Hespanha para o mesmo fim não deviam ser cumpridas, vistos os preceitos dos artigos 1.º e 4.º da convenção de 25 de junho de 1867; que a extradição só podia ser requisitada de governo a governo, pela via diplomatica, e com a condição de se apresentar copia da sentença condemnatoria, ou de mandado motivado de prisão expedido pelo tribunal competente; e que mesmo nos termos do artigo 12.º da convenção, que permitte nos casos urgentes, como preliminar de extradição, a captura de qualquer criminoso, cuja fuga se receia, é necessario que a prisão seja requerida de governo a governo, e que a sollicitação se funde em sentença condemnatoria, mandado de prisão expedido contra o réo, ou documento de egual força.

ARTIGO 32.º

Por decreto dictatorial de 15 de junho de 1870 era permittida a associação para fins eleitoraes, litterarios, artisticos, de recreio, e para fundação de montes de piedade ou monte-pios, independentemente de licença da auctoridade publica, com as condições unicas de se participar immediatamente á respectiva auctoridade policial o fim da sociedade e a sua organisação interna, e de poder aquella assistir ás reuniões da associação. Este decreto porém não obteve a sancção do poder legislativo, como se mostra da lei de 27 de dezembro do mesmo anno.

Já na práctica se levantou a opinião de que o artigo 34.º tinha revogado a disposição do artigo 14.º, § unico da lei de 22 de junho de 1866, que declarava os magistrados do ministerio publico competentes para proporem em juizo as acções necessarias para a annullação dos contractos celebrados antes d'aquella lei, sem as formalidades legaes, pelas corporações, a que se refere a outra lei de 4 de abril de 1861.

Similhante opinião porém nunca vingou no foro, e ainda em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de julho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 243, d'aquelle anno, foi devidamente condemnada.

Em accordão de 10 de julho de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 197 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o ministerio publico era incompetente para por si só pedir em juizo a nullidade dos aforamentos feitos pelas juntas de parochia, vista a lei de 4 de abril de 1861, artigo 5.º, e a de 22 de julho de 1866, artigo 14.º, § unico.

Effectivamente a citada lei de 22 de junho de 1866, artigo 14.º, § unico, só dá competencia aos agentes do ministerio publico para, como partes principaes, proporem em juizo as acções necessarias para annullar os contractos celebrados, sem as formalidades legaes, pelas corporações de que tracta a lei de 4 de abril de 1861; e as corporações, a que essa lei se refere, artigo 5.º, são unicamente os conventos de religiosas, as mitras, os cabidos, as collegiadas, os seminarios e as suas fabricas.

Em accordão de 27 de maio de 1871, publicado na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4574, julgou a Relação de Lisboa que nas acções relativas a bens de parochia, cuja propriedade pertence ao estado, não póde deixar de ser citado, como parte principal, o ministerio publico.

Mas em accordão de 29 de maio de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 8, julgou o mesmo tribunal que as juntas de parochia gosam de individualidade juridica segundo os artigos 34.º e 37.º do codigo para poderem estar em juizo, e que o ministerio publico figura unicamente como parte ac-

cessoria, e não como parte principal, de modo que a falta de intervenção d'este não é nullidade insanavel, achando-se regular o processo, e que a auctorisação para estarem em juizo lhes ha de ser dada nos termos dos artigos 317.º, n.º 5.º, e 318.º do codigo administrativo.

Pelo codigo não são pessoas moraes todas as associações ou corporações temporarias ou perpetuas, mas só as que reunirem conjunctamente os dois requisitos: 1.º algum fim de utilidade publica; 2.º individualidade juridica.

Deixou porém ás leis especiaes, que fixam a constituição e os direitos d'essas corporações, em cujo complexo consiste a individualidade juridica, o designar quaes as corporações que representam pessoas moraes.

As assembléas legislativas, por exemplo, as commissões de recenseamento, os conselhos municipaes, os tribunaes collectivos, etc., não são pessoas moraes, porque não gosam de individualidade juridica.

Em vista do artigo 32.º era dispensável em parte o artigo 37.º As camaras municipaes e as juntas de parochia, por exemplo, que nos termos do artigo 32.º, e das leis administrativas, que regem a sua organisação, estão comprehendidas na categoria das pessoas moraes, não careciam de nova declaração no artigo 37.º, para se saber que em quanto ao exercicio dos direitos civis respectivos eram consideradas como pessoas moraes.

A disposição do artigo 37.º apenas teria fundamento com respeito aos estabelecimentos ou fundações de beneficencia, piedade e instrucção, que não têm administrações collectivas, e que seria necessario equiparar aos corpos collectivos para gosarem da mesma individualidade juridica.

As juntas geraes de districto deverão ser consideradas como pessoas moraes, com individualidade juridica, para demandarem e serem demandadas em juizo nas questões de interesse do districto?

O codigo civil, mencionando aliás no numero das pessoas moraes as camaras municipaes e as juntas de parochia, não falla nas juntas geraes de districto.

Pelo codigo administrativo, artigo 216.º, n.º 6.º, pertence ás juntas geraes de districto *contrahir emprestimos e contractar obras*.

Todavia pelo artigo 217.º é ao governador civil que incumbe a *execução* de todas as deliberações d'aquellas corporações, e portanto parece que é o governador civil quem deve figurar por parte do districto nas questões que vierem a juizo.

Nos intervallos das sessões é com certeza o governador civil quem representa a juncta geral do districto, codigo de processo, artigo 12.º, § 1.º Mas por virtude do disposto no mesmo artigo 12.º parece que deverá represental-a o respectivo presidente durante as sessões.

No entretanto, não estando positivamente reconhecido o districto como individualidade juridica, julgamos que deve intervir sempre n'aquellas questões o delegado do procurador regio, como representante do estado.

Artigo 35.º

Como já ponderámos em a nota ao artigo 1781.º, foi modificado o artigo 35.º pela lei de 12 de outubro de 1871, que no artigo 1.º é redigida assim: «É suscitada a observancia do artigo 10.º, § 2.º, n.º 1.º da lei de 22 de junho de 1866.»

E o citado § 2.º, n.º 1.º, artigo 10.º, d'esta lei diz o seguinte: «Podem porém estes estabelecimentos (as pessoas moraes comprehendidas nas leis de 4 de abril de 1861 e de 22 de junho de 1866) adquirir por titulo oneroso, precedendo as solemnidades estabelecidas pela legislação em vigor, bens de raiz dos especificados no n.º 3.º do artigo 8.º d'esta lei, unicamente para os fins ahi designados, e ficando sujeitos á disposição do § unico do mesmo artigo.»

Portanto, as pessoas moraes, que pelo artigo 35.º do codigo não podiam adquirir por titulo oneroso bens immoveis, por mais indispensaveis que lhes fossem para o desempenho dos seus deveres, ficaram habilitadas, em virtude da citada lei de 12 de outubro de 1871, a adquirir por titulo oneroso os edificios, jardins, passeios e quaesquer terrenos, que o governo, depois de havidas as necessarias informações das competentes auctoridades, julgasse indispensaveis a estes estabelecimentos, com prévia audiencia dos seus administradores, para o desempenho das suas funcções, e goso e serviço do publico, em conformidade do disposto no artigo 8.º, n.º 3.º da lei de 22 de junho de 1866.

A favor das corporações comprehendidas no artigo não póde hoje tambem haver adjudicação voluntaria ou judicial de bens e direitos immobiliarios, porque o artigo só resalva as *disposições de leis especiaes*, quanto á inversão do producto dos bens adquiridos por titulo gratuito.

Está pois revogado o preceito contido no § 1.º do artigo 10.º da lei de 22 de junho de 1866, que exceptuava da disposição prohibitiva do artigo os *bens por virtude de adjudicações judiciaes;* e tanto que a lei de 12 de outubro de 1871 só suscitou a observancia do n.º 1.º, § 2.º, artigo 10.º d'aquella lei, deixando assim sem vigor o § 1.º e o n.º 2.º do § 2.º, porque permitte ás corporações, a que a mesma lei se refere, adquirir bens immobiliarios por titulo oneroso, só quando forem indispensaveis para o regular desempenho das suas funcções.

Mesmo antes da promulgação da lei de 12 de outubro de 1871 julgavam alguns em vigor o artigo 10.º, § 1.º da lei de 22 de junho de 1866, fundando-se em que a prohibição do artigo 35.º se referia unicamente ás acquisições *voluntarias* por titulo oneroso, e não á acquisição por meio de adjudicação judicial, que é regulada pela lei geral, e não pelo codigo, acquisição em que não póde haver receio de abuso, visto que n'ella intervem o governo; porque, se n'alguns casos não fosse licito ás pessoas moraes comprar bens immobiliarios, seria sem explicação e sem applicação, o artigo 1561.º do codigo; e porque não póde admittir-se que estas pessoas fiquem inteiramente privadas dos seus creditos, se nas execuções por ellas promovidas não houver arrematante.

Tal opinião porém é abertamente condemnada pela lei.

A Relação do Porto decidiu em accordão de 8 de novembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 290, que ás pessoas moraes comprehendidas no artigo 35.º não podiam fazer-se adjudicações de bens immobiliarios; porque o codigo civil havia revogado a disposição excepcional consignada no artigo 10.º, § 1.º, da lei de 22 de junho de 1866.

Na acta da sessão da commissão revisora de 6 de dezembro de 1862 lê-se o seguinte: «O sr. José Julio renovou pelo modo seguinte a proposta de substituição ao artigo 1911.º (1781.º do codigo), que apresentára quando pela primeira vez se tractou d'este codigo: Artigo 1911.º As pessoas moraes podem ser instituidas herdeiras ou legatarias, salvas as restricções consignadas em seus estatutos. § 1.º Po-

rém as associações ou corporações perpetuas que tiverem por fim objectos meramente religiosos sómente podem adquirir por herança ou legado até á terça parte dos bens do testador, ou até á terça da terça, se este deixar herdeiros necessarios. § 2.º Entende-se que têm por fim objectos meramente religiosos aquellas associações ou corporações que em cumprimento de seus estatutos consumirem em suffragios ecclesiasticos ou objectos de culto mais de ametade dos seus rendimentos livres de quaesquer outros encargos.»

Dizia o sr. dr. Paes que com respeito ao artigo 1911.º (1781.º do codigo), que permittia ás egrejas, cabidos, confrarias, e quaesquer estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrucção publica, adquirir bens só a titulo de legado particular, com obrigação de os alienar dentro de anno e dia, combinado com o artigo 39.º (35.º do codigo), que prohibe ás corporações perpetuas a conservação d'elles, além de anno e dia, sem licença do poder legislativo, e com o artigo 1625.º (1561.º do codigo), que, para o effeito da prohibição da compra, emprega as palavras—*corporação de mão morta*—, tinha a observar que em primeiro logar era indispensavel precisar bem a idéa de corporações de mão morta, sustentando uns que comprehendem todas as corporações ecclesiasticas e seculares, e allegando outros que só comprehendem as ecclesiasticas; que por isso era necessario declarar se as camaras municipaes, juntas de parochia, universidades, escholas polytechnicas e lyceus eram comprehendidos n'essa denominação, pois que a phrase—*corporações perpetuas*—do artigo 39.º é generalissima, comprehendendo todos os estabelecimentos publicos, quando as palavras do artigo 1911.º parecem não as comprehender a todas, visto fallarem só de egrejas, cabidos, confrarias, e quaesquer estabelecimentos de caridade, beneficencia e instrucção publica, parecendo estar fóra as camaras municipaes e juntas de parochia, e parecendo-lhe que a idéa de corporações de mão morta, para o effeito de os estabelecimentos não conservarem além de anno e dia os bens que adquirissem por doação ou legado, não devia estender-se além das egrejas, cabidos, confrarias, e estabelecimentos de caridade e beneficencia.

Respondia o sr. Seabra que entendia por corporações de mão morta todas as corporações perpetuas, que a disposição do artigo 1911.º abrangia não só os estabelecimentos e corporações ecclesiasticos mas tambem os leigos, e que não tivera intenção de distinguir entre estes estabelecimentos na especie do artigo 1911.º, como bem se mostra dos artigos 39.º e 40.º; mas que não havia n'este artigo a necessaria clareza, que por isso devia accrescentar-se ás palavras—ou *instrucção publica*—as seguintes—ou *quaesquer outras corporações*—; e que n'esta conformidade seria tambem necessario supprimir no artigo 1625.º as palavras—*de mão morta*—, deixando á palavra—*corporação*—toda a sua generalidade, e dispensando-se a definição de *corpos de mão morta*, que era diversamente apreciada pelos jurisconsultos tanto nacionaes como extrangeiros.

Accrescentava, finalmente, o sr. Seabra que não via razão para que o preceito do artigo 1911.º, quanto á alienação no anno e dia, não devesse abranger todos os estabelecimentos, além dos ecclesiasticos, de caridade, beneficencia ou instrucção; porque, accrescendo motivos ponderosos para a conservação dos bens por mais tempo em poder d'esses estabelecimentos, havia o recurso ao poder legislativo.

As camaras municipaes para adquirirem validamente por titulo oneroso bens immobiliarios carecem de auctorisação do governo, vista a lei de 12 de outubro de 1871, que suscitou a observancia do

artigo 10.º, § 2.º, n.º 1.º da lei de 22 de junho de 1866; que em o n.º 3.º do artigo 8.º, a que faz referencia o artigo 10.º, declara que os terrenos, edificios, jardins e passeios que as corporações podem adquirir são os *que o governo julgar indispensaveis* para o serviço dos respectivos estabelecimentos, e gozo do publico.

Antes da lei de 12 de outubro de 1871 a faculdade de auctorisar os municipios para aquellas acquisições pertencia exclusivamente aos conselhos de districto, codigo administrativo, artigos 123.º, n.º 6.º, e 124.º, § unico.

Em portaria de 24 de abril de 1873, publicada no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 5, declarou o governo que nos termos da lei de 22 de junho de 1866, artigos 8.º, n.º 3.º, e 10.º, § 2.º, restabelecida pela carta de lei de 12 de outubro de 1871, não podem as camaras municipaes adquirir bens immobiliarios por titulo oneroso, senão quando esses bens forem indispensaveis para o exercicio das funcções municipaes e actos de serviço a cargo da camara, e depois de reconhecida pelo governo a necessidade da acquisição.

Em portaria de 19 de dezembro do mesmo anno, publicada no mesmo jornal e anno, n.º 34, declarou-se em conformidade da portaria de 21 de junho de 1870, que as misericordias não careciam de licença para a acceitação de legados, e que a alienação dos bens legados devia ser feita em conformidade das leis da desamortisação, não podendo conceder-se-lhes licença para essa alheação.

Em portaria de 8 de outubro de 1874, publicada no mesmo jornal 7.º anno, n.º 19.º, declarou-se que a portaria de 21 de junho de 1870 se refere á acquisição de bens por meio de herança ou de legado, e a portaria de 16 de janeiro de 1871 á acquisição de bens por qualquer outro titulo, e que assim não carecem as juntas de parochia de licença para acceitar heranças ou legados, mas que precisam d'ella para adquirirem bens immobiliarios por doação, troca, compra ou qualquer outro titulo.

Tambem em portaria da mesma data, e publicada na mesma folha, se declarou que a troca de uma propriedade da parochia, effectuada em 1859 sem licença do governo, não podia ser hoje validada, porque o governo não tem actualmente faculdade para a auctorisar.

Em portaria de 4 de março de 1875, publicada no mesmo jornal, 7.º anno, n.º 34, declarou tambem o governo que as confrarias e irmandades não podem acceitar doações sem licença regia, licença só dispensada nas heranças e legados, e que o encargo de uma missa annual, imposto no terreno doado, não póde ser admittido, por ser tal condição contraria ao direito do reino.

Tambem segundo o direito anterior era nullo o legado deixado para recompensar quem todos os dias ouvisse missa por alma do testador, e imposto em bens de raiz perpetuamente, por haver aqui instituição d'alma por herdeiro, vista a lei de 9 de setembro de 1769 que não admittia a declaração feita no artigo 1836.º do codigo, que rege só para as successões abertas depois da promulgação do mesmo codigo; e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 2 de novembro de 1872, publicado na mesma folha, n.º 334.

As corporações ecclesiasticas não tinham o dominio dos bens por ellas possuidos, nem mesmo antes das leis de desamortisação, porque esses bens eram destinados a occorrer aos fins dos respectivos institutos; sendo por isso nullos os aforamentos de taes bens sem as solemnidades legaes.

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordãos de 4 de abril de 1873 e de 16 de janeiro de 1874, publicados na *Revista de*

legislação e de jurisprudencia, de Coimbra, n.º 321, e no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 10.

Por direito anterior, quando as corporações de mão morta consolidavam os dois dominios (como eram obrigadas pela lei de 4 de julho de 1866 e alvará de 12 de maio de 1769, sob pena de commisso em favor da fazenda, a aforar de novo pelos mesmos foros e com a mesma natureza), escusado era aforar em praça; e n'este sentido decidiu a Relação de Lisboa em accordão de 7 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 272.

Artigo 37.º

O ministerio publico representa o estado. Nas questões do districto ou do municipio intervem unicamente como parte accessoria.

O estado é representado pelos agentes do ministerio publico no logar onde tiver occorrido o facto em que a causa se fundar, e é isento de multa, como as camaras municipaes, juntas de parochia e estabelecimentos de beneficencia, codigo de processo, artigos 11.º, 20.º e 125.º

O codigo de processo, artigo 828.º, n.º 1.º, não admitte penhora nos bens das pessoas moraes comprehendidas no artigo 37.º do codigo civil, salvo tractando-se de divida com privilegio ou hypotheca.

Mas em geral estas pessoas, quanto aos direitos civis, são equiparadas aos particulares.

Assim a prescripção, qualquer que seja o sujeito do direito ou da obrigação, é regulada pela lei commum.

Por direito antigo só pelo decurso de quarenta annos se completava a prescripção contra a fazenda, como se mostra do regimento das Ordd. de 17 de outubro de 1516, cap. 220, do regimento dos contos de 3 de setembro de 1627, cap. 92, do assento de 27 de janeiro de 1748, e da lei de 22 de dezembro de 1761.

Contra a egreja era este tambem o praso da prescripção.

Ainda em accordão de 7 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou a Relação de Lisboa que a prescripção contra as corporações religiosas pelo direito anterior ao codigo civil era de quarenta annos, havendo boa fé e justo titulo.

Hoje a egreja, o estado, e todas as corporações de existencia necessaria, ou não necessaria, estão sujeitas á mesma prescripção que os particulares.

Tambem nos parece mais racional e juridica a doutrina das portarias, que determinaram que as pessoas moraes não carecem de licença de auctoridade alguma para a acceitação de heranças e de legados.

Artigo 41.º

O codigo de processo tambem estabelece, artigo 17.º, a regra geral de que o réo deve ser demandado no juizo do seu domicilio.

Segundo se lê no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 1, julgou a Relação do Porto, em accordão de 27 de outubro de 1871, que para a mudança de domicilio não é essencial a declaração expressa exigida pelo artigo 44.º do codigo civil, podendo aquella induzir-se de factos demonstrativos.

As disposições do codigo sobre o domicilio do cidadão portuguez

são egualmente applicaveis aos estrangeiros, que residirem ou viajarem em Portugal, nos termos do artigo 26.º

Segundo a Ord. liv. 2.º, tit. 56, §§ 1.º e 2.º, estabelecido o domicilio só podia reputar-se mudado pela residencia n'outro logar por espaço de quatro annos, praso este incompativel com as disposições do codigo, que faz depender a mudança de domicilio da significação da vontade de mudar para outra parte a residencia; e a nossa interpretação parece ter sido acceite pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 12 de fevereiro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 93, do mesmo anno.

Da redacção do § unico do artigo deprehende-se que as acções contra bancos, sociedades ou companhias, nunca podem ser propostas no juizo das succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes, ainda que as obrigações tenham sido contrahidas com estes; doutrina egualmente applicavel ás succursaes, agencias ou filiaes de associações com a séde no extrangeiro.

O codigo de processo porém estabeleceu a boa doutrina. Nos artigos 12.º e 19.º determina que os corpos collectivos são representados pelos seus chefes, syndicos ou fiscaes, e que as sociedades devem ser demandadas na séde da administração, ou no domicilio das agencias, conforme as obrigações tiverem sido contrahidas n'uma ou n'outra parte, comprehendendo-se n'esta disposição as agencias de sociedades com séde no extrangeiro pelos actos practicados em Portugal.

Artigo 43.º

Em accordão de 18 de dezembro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 230, que não era procedente a excepção declinatoria *fori*, quando o exceptuante apenas mudou o seu domicilio politico, mas continuou a viver e a ter casa na comarca onde é proposta a acção, não se mostrando que fosse satisfeita a determinação do artigo 44.º e § do codigo civil.

Tambem em accordão de 23 de fevereiro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 15, julgou a Relação do Porto n'uns autos de conflicto que a declaração da mudança de domicilio, nos termos do artigo 44.º, deve ser feita tanto perante a camara d'onde se muda, como perante a camara para onde se muda, e que a declaração não produz effeito algum sem o transferente haver estabelecido definitivamente a sua morada no concelho por elle indicado.

Se porém se tractava n'aquelles autos, não da mudança de domicilio, que é a hypothese do artigo 44.º do codigo civil, mas sim da escolha de domicilio entre diversas residencias, como affirmava um dos juizes de direito na resposta ao aggravo, que é a hypothese do artigo 43.º, bastava a declaração perante a municipalidade do concelho onde o declarante queria ser domiciliado.

Em accordão de 26 de março de 1874, publicado no mesmo jornal, 6.º anno, n.º 29, a que o Supremo Tribunal negou a revista por cinco votos conformes em accordão de 6 de abril de 1875, como se mostra do processo de revista, n.º 15038, julgou a Relação de Lisboa que para se constituir domicilio, tendo o cidadão diversas residencia onde viva alternadamente, basta que se faça a declaração perante a municipalidade, que se escolhe para domicilio, não sendo necessaria n'este caso a dupla declaração, que alias é indispensavel

na especie do artigo 44.º para o caso de querer mudar de domicilio aquelle que uma vez o haja constituido.

E se o cidadão com diversas residencias estiver fóra de todas, quando tiver logar o facto ou acção juridica, que dá logar á demanda, ou houver de effectuar-se a citação, onde ha de ser demandado? No sitio onde for achado, ou n'alguma d'aquellas residencias?

O codigo no artigo 43.º, como a Nov. Ref. Jud. no artigo 180.º, sua fonte, providenceiam para a hypothese de estar o réo n'alguma das suas residencias, mas esquecem completamente o caso d'elle não estar n'essa occasião em nenhuma d'ellas.

Parece que n'este caso póde ser demandado em qualquer d'ellas.

Artigo 46.º

A renuncia do fôro obriga não só o pactuante, mas o seu successor, como é de direito, e decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 21 de novembro de 1873, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, a pag. 142.

O codigo de processo preceitua no artigo 22.º, § 5.º, em harmonia com o que dispozera em os n.os 1.º e 2.º do mesmo artigo, que as disposições do artigo 46.º do codigo civil são egualmente applicaveis, quer se estipule juizo ou domicilio particular para a causa, quer domicilio particular para cumprimento de qualquer acto ou obrigação.

Em accordão de 3 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 371, parece ter decidido a Relação de Lisboa que a renuncia de fôro para ser demandada a parte em qualquer logar não é valida senão para o effeito de ser demandado o réo no juizo do seu domicilio, ou no juizo onde for achado.

Artigo 47.º

Em accordão de 3 de fevereiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 374, julgou a Relação do Porto que a mulher separada de facto, e não judicialmente do marido, tem o domicilio d'elle, devendo portanto comparecer no juizo conciliatorio do domicilio do marido.

Artigo 51.º

Em accordão de 12 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 140, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o empregado publico, apezar de ter por lei domicilio no concelho onde exerce as suas funcções, póde transferir para outro concelho o seu domicilio politico, e que n'esse deve ser recenseado, attenta a expressa disposição do artigo 27.º, n.º 14, § 2.º, do decreto eleitoral de 30 de setembro de 1852, que abrange na sua generalidade e ampla disposição todo o cidadão, ainda que empregado publico.

Artigo 55.º

Têm alguns sustentado que sendo necessario provêr á administração dos bens do ausente deve nomear-se-lhe curador, ainda que d'elle haja noticias, não só por analogia do que acontece quando d'elle não ha noticias, visto que é o mesmo em ambos os casos o interesse social de não deixar os bens ao abandono, mas porque, nos termos do artigo 78.º, § unico, se admitte a curadoria provisoria com relação aos bens d'aquelle de que ha noticias.

É certo porém que o codigo, artigos 55.º e 63.º, § 1.º, não reconhece curadoria provisoria senão com relação aos bens d'aquelle de que não ha noticias; e o argumento deduzido da hypothese especial do artigo 78.º, § unico, não colhe, porque uma cousa é sustentar as medidas conservatorias que a ausencia declarada tinha julgado necessarias, outra cousa é intervir na administração dos bens alheios, quando ha certeza da existencia do proprietario.

Já a Ord. liv. 1.º tit. 90 pr., e liv. 2.º, tit. 53, § 1.º, exigia para se deferir a curadoria *ordinaria*, correspondente á curadoria *provisoria* do codigo, que se provasse que *se não sabia onde são os ausentes, nem se são vivos ou mortos*.

Tendo o ausente já 95 annos não se defere a curadoria provisoria, se os representantes legitimos vêm pedir a posse definitiva, visto que aquella edade se reputa o termo da vida humana, artigos 78.º, § 5.º, 79.º e 83.º

Tambem se não defere a curadoria provisoria, se o ausente deixou procurador.

Já os nossos antigos praxistas ensinavam que não podia reputar-se ausente o que deixava procurador; mas é necessario que o procurador seja idoneo e bastante, aliás, como diz a Ord. citada, liv. 1.º, tit. 90 pr., *os bens do ausente estão desamparados por não haver quem d'elles tenha carrego*.

Se o procurador está encarregado de administrar só parte dos bens, nomea-se curador para os bens restantes.

Se elle fallece ou se impossibilita, do mesmo modo deve deferir-se a curadoria provisoria. Se, porém, apparecer opposição entre os interesses do procurador e do mandante, deve apenas nomear-se curador especial para esse caso, artigos 60.º e 153.º

A má gerencia do mandatario, em quanto não entra na esphera do direito criminal, parece que não justifica a curadoria provisoria, visto que o ausente ou seus herdeiros podem exigir-lhe responsabilidade por perdas e damnos.

Tambem não tem logar a curadoria provisoria havendo alguem que legalmente represente o ausente. Assim o menor ou interdicto é representado pelos paes ou tutores, artigos 137.º, 138.º, 155.º, 185.º e 321.º, ou por administrador especial, artigo 197.º; o prodigo pelo curador, artigo 351.º; o conjuge pelo seu consorte, artigo 1117.º, § unico; o socio na administração dos bens sociaes pelo outro socio, artigo 1270.º; o comproprietario por outro comproprietario ou pelo posseiro, artigos 2179.º e 2191.º; e durante o usufructo não é preciso nomear curador provisorio ao proprietario, artigo 2202.º

Verificada porém a impossibilidade d'estes administradores legaes, defere-se tambem a curadoria provisoria.

A palavra—*ausencia*—é empregada nos artigos 390.º e 747.º do codigo, e no artigo 209.º do decreto de 28 de abril de 1870, em sentido differente do que tem no artigo 55.º do codigo.

Em quanto não forem supprimidos de facto em toda a parte os antigos juizes ordinarios, são estes competentes para preparar o processo da curadoria provisoria que devem remetter, depois de pre-

parado, ao juiz de direito da comarca, nos termos da Nov. Ref. Jud. artigo 313.º

O codigo no § 1.º do artigo afastou-se do systema seguido na citada Ref. artigos 181.º e 313.º, que davam competencia para as questões da curadoria provisoria aos juizes dos logares *onde fossem situados os bens do ausente, ou a maior parte d'elles.*

O codigo porém confere estas attribuições ao juiz do domicilio do ausente.

Se o ausente não tiver residencia permanente nem domicilio conhecido, deve observar-se quanto á competencia do fôro o disposto n'aquelles dois artigos da Ref.

Já alguns têm sustentado que para as providencias conservatorias, a que se refere o § 2.º do artigo, é competente não só a auctoridade judicial, mas tambem a auctoridade administrativa.

Porém a lei antiga, Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 24.º, e liv. 4.º, tit. 102, § 8.º, dava para este effeito competencia só ao *juiz;* e o codigo, artigo 2010.º, tambem só dá competencia á *auctoridade judicial* para as providencias conservatorias sobre os bens da herança.

Para estas providencias conservatorias é competente qualquer auctoridade judicial, sem exceptuar o juiz eleito em quanto viver, attento o citado artigo 2010.º do codigo; e hoje são evidentemente competentes os novos juizes ordinarios, creados pela lei de 16 de abril de 1874, visto o artigo 9.º

Em virtude d'esta lei e artigo, em harmonia com a praxe do fôro e com o direito velho, podem as auctoridades judiciaes tomar providencias conservatorias a respeito dos bens do *não presente,* ainda que não seja *ausente* nos termos do artigo 55.º

Estes processos são isentos de conciliação, Nov. Ref. Jud. artigo 210.º, § unico, n.ºs 22 e 30, e lei de 16 de junho de 1855, artigo 1.º N'elles não intervem jury, citada Ref. artigo 313.º, § 3.º

Devem ser processadas estas causas nos termos do citado artigo 313.º da mesma Ref., combinado com as disposições do codigo.

Nos artigos 697.º a 701.º estabelece o codigo de processo os termos a seguir para se deferir a curadoria provisoria, e se tomarem as providencias conservatorias a respeito dos bens do ausente. N'estes processos intervirá sempre o curador geral dos orphãos, artigo 14.º do mesmo codigo.

Artigo 56.º

Este artigo designa as pessoas competentes para requerer a curadoria, assim como o antecedente determina os requisitos essenciaes para o deferimento d'ella.

A preferencia que a lei dá aos herdeiros presumidos para curadores provisorios, funda-se na persuasão de que estes hão de administrar com mais zelo os bens que presumem herdar, e em que se evitam assim complicações em futuras successões.

O codigo revogou a doutrina do velho direito, Ord. liv. 1.º, tit. 90 pr., que permittia a qualquer pessoa do povo requerer a curadoria. Hoje, além do ministerio publico, só os interessados na conservação dos bens do ausente podem requerel-a.

Portanto o requerente, quando não for o ministerio publico, deve allegar e provar o seu interesse na conservação dos bens para ser julgada procedente e provada a acção.

Já alguns têm sustentado que depois da promulgação do codigo não tem logar a intervenção officiosa do juiz para deferir a curadoria provisoria, e fundam-se nos seguintes argumentos: 1.º em que não ha necessidade de ser deferida *ex officio,* porque lá estão para a requerer os particulares, ou o publico pelo seu orgão—o ministerio publico; 2.º em que tendo o juiz a pronunciar-se definitivamente sobre o deferimento da curadoria, não deve em caso algum deixar essa posição superior para tomar o logar dos interessados; 3.º em que pelo artigo 62.º não póde o juiz nomear curador ao ausente sem audiencia do ministerio publico; 4.º em que, sendo o ministerio publico o fiscal dos interesses dos ausentes, dar ao juiz a faculdade de nomear officiosamente o curador provisorio é dar occasião a conflictos entre o juiz e o ministerio publico.

Todas estas razões porém são improcedentes, e até incompativeis com as attribuições officiosas que as nossas leis dão aos juizes em assumptos analogos.

Nos artigos 191.º, 2010.º e outros, reconhece o codigo a intervenção officiosa do juiz, e nem o silencio da lei nova podia revogar a praxe e os preceitos da lei velha.

Artigo 58.º

Proferida a sentença, que defere a curadoria provisoria, ainda que d'ella se interponha o recurso de appellação (porque n'esta especie é tomado só no effeito devolutivo), tracta-se immediatamente de inventario judicial, procedendo-se, quanto á nomeação do inventariante e mais formalidades do processo, nos termos dos artigos 2064.º e seguintes em tudo quanto for compativel.

O inventario não póde dispensar-se, ou os bens sejam determinados ou indeterminados, mesmo porque é preciso avalial-os para arbitrar a caução do curador provisorio.

Tambem pelo codigo civil, artigos 224.º, n.º 9, 921.º, e outros, o conselho de familia podia escusar absolutamente da hypotheca o tutor, curador ou administrador.

Na imprensa juridica já se tem discutido se o curados provisorio póde ou não recusar-se a acceitar este encargo. Parece-nos, porém, que a curadoria provisoria não póde deixar de ser considerada, como *munus publicum,* instituição de interesse social, e portanto como encargo publico, a que ha de sujeitar-se, quer queira quer não, salvo legitimo impedimento ou escusa, o que for nomeado.

Artigo 59.º

Seria conveniente applicar ao curador provisorio o que se acha disposto no artigo 224.º, n.º 20, com respeito ao tutor, deixando ao juiz a faculdade de designar o praso em que o curador provisorio ha de prestar contas, com tanto que não excedesse a quatro annos, visto que em inventarios de insignificante valor podem gastar-se quasi os rendimentos com os actos da prestação de contas em cada anno, além do incommodo causado aos curadores com a tomada das contas annuaes, sem o interesse do casal reclamar este sacrificio.

O administrador do prodigo tambem recebe os bens por inventario, que deve ser processado por dependencia da causa de interdicção.

Os curadores dão contas ao juiz da curadoria, artigo 55.º, § 1.º,

com assistencia do ministerio publico, visto o artigo 62.º; mas este não percebe emolumentos alguns pela assistencia á tomada das contas, porque a lei lh'-os não dá.

Em accordão de 3 de março de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 385, julgou a Relação do Porto que a mulher administradora dos bens do prodigo é obrigada á prestação de contas, visto o artigo 351.º n.º 2.º do codigo civil, e que do despacho proferido sobre este ponto pelo juiz de primeira instancia não cabe recurso de appellação, por não estar comprehendido no artigo 681.º da Nov. Ref. Jud.

Effectivamente o artigo 325.º do codigo civil, especial para a interdicção por demencia, não póde ampliar-se, por não haver identidade de razão, á interdicção por prodigalidade.

O codigo de processo regula nos artigos 670.º a 672.º os termos a seguir para alienar, hypothecar, ou por qualquer modo obrigar os bens dos menores, interdictos por demencia, prodigos, e ausentes.

Artigo 61.º

A Relação do Porto julgou em accordão de 3 de dezembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 11, que o testamenteiro, que acceitou um legado deixado pelo testador, não póde exigir outro pagamento pelo trabalho da testamentaria; declarando-se na tenção vencedora que esta era já a doutrina do direito velho, Ord. liv. 1.º, tit, 88, § 53, com respeito aos tutores e curadores dativos, que a práctica, por analogia, applicou aos testamenteiros, práctica esta que foi sanccionada pelo decreto de 23 de janeiro de 1798.

Artigo 62.º

Em accordão de 15 de outubro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 283, julgou a Relação do Porto que em vista do artigo 192.º do codigo civil o simples facto dos juizes e agentes do ministerio publico não terem feito ou promovido os inventarios de menores, a que eram obrigados, apenas dava logar a responsabilidade civil, e não a responsabilidade criminal.

Artigo 64.º

A curadoria definitiva deve ser deferida, ainda que antes não tivesse tido logar a provisoria, se a ausencia sem noticias excede já quatro annos; e n'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 24 de outubro de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 4.

Por direito anterior, segundo ensinavam os nossos praxistas, fundando-se na Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 38, e no regimento do Desembargo do Paço, § 50.º, eram chamados á curadoria dos bens do ausente os mais proximos parentes, calculando-se a proximidade do parentesco, não com respeito ao tempo em que se realisou a ausencia, mas com respeito ao tempo em que se completaram os dez annos, contados desde que não havia noticias do ausente, porque só desde então se presumia morto para o effeito de o parente receber os bens, e ser havido por successor.

Dizem alguns que depois da promulgação do codigo já não póde ser deferida a curadoria senão aos mais proximos parentes ao tempo das ultimas noticias, ainda que fossem já decorridos os dez annos, e que outros fossem os parentes no fim d'este periodo, visto que quem não requereu ficou na mera expectativa, não adquiriu o direito, para depois o poder allegar em manifesta opposição com a lei nova.

É porém inadmissivel similhante doutrina. A sentença que defere a curadoria dos bens do ausente fixa o direito dos herdeiros; mas não o cria.

A successão provém da lei vigente ao tempo da sua abertura, a qual no caso de ausencia, antes da publicação do codigo, se verificava aos dez annos, contados desde as ultimas noticias; é portanto, ainda que a sentença seja proferida depois do codigo, ha de ser regulado o direito dos herdeiros pelo direito anterior, visto que a lei civil não tem effeito retroactivo, artigo 8.º

Ainda que os bens tenham administrador especial, como na hypothese do artigo 197.º, § unico, podem os herdeiros presumidos requerer a curadoria definitiva decorridos quatro annos, porque a *excepção* dos dez annos limita-se ao caso de ter deixado o ausente procuração bastante.

O poder do administrador terminou em consequencia de se presumir legalmente morto o administrado.

A curadoria definitiva, como a provisoria, pede-se no juizo do ultimo domicilio do ausente, e é dependencia da curadoria provisoria, quando esta tiver sido deferida, codigo de processo, artigos 27.º e 410.º O mesmo codigo estabelece nos artigos 408.º a 420.º o processo para ser deferida, e para se considerar terminada, a curadoria definitiva.

Artigo 65.º

Já na imprensa juridica se sustentou que a notificação edital do ausente, ordenada pela lei para o deferimento da curadoria definitiva, póde ser feita antes ou depois de requerida a justificação da ausencia. O que porém nos parece regular é que na propria petição para o deferimento da curadoria definitiva se requeira a citação do ausente.

E parece ser n'este sentido a disposição do codigo de processo, artigo 408.º, § 2.º

Se a notificação não for publicada nos tres logares especificados no artigo, nullo é o processo, e não póde deferir-se por elle a curadoria.

Deferindo-se porém ainda assim a curadoria, e passando em julgado a sentença que a deferir, póde esta ser rescindida com aquelle fundamento, vistos os casos de rescisão de sentença especificados no artigo 5.º da lei de 19 de maio de 1832, e no artigo 17.º da lei 1.ª de 19 de dezembro de 1843.

No processo da curadoria provisoria não ha a citação do ausente, visto que se tracta de prover com urgencia ás necessidades da administração dos bens, sem se conferirem direitos a pessoa alguma com prejuizo d'elle.

No processo da curadoria definitiva porém não succede o mesmo. Reparte-se, para assim dizer, o que é do ausente entre elle e os seus presumidos herdeiros.

Artigo 67.º

Se ha usufructo legado entra logo na posse dos bens o proprietario. Mas como o deferimento da curadoria definitiva significa a morte *presumida* do ausente, e não a *verdadeira*, entra o proprietario na posse do legado, prestando a caução sufficiente, artigo 69.º, para responder no caso do regresso do ausente, ou da noticia da sua existencia, fazendo apenas sua a quota parte dos rendimentos ou do usufructo, e seguindo-se a tal respeito o que no artigo 73.º e seguintes se determina a respeito dos curadores definitivos.

Artigo 71.º

A redacção do § 1.º do artigo 72.º não obsta a que outras pessoas, que tenham qualquer interesse na conservação dos bens do ausente, *a simili* do disposto no artigo 56.º, e que os proprios directamente interessados requeiram as diligencias no mesmo § prescriptas, nem a que o ministerio publico, no interesse do ausente, ou de outras pessoas a elle equiparadas, tome a iniciativa de requerer essas providencias, se os curadores definitivos, que podem ser ou não os herdeiros dos bens a que o mesmo artigo se refere, se descuidarem.

O pensamento do § foi unicamente especificar os direitos e deveres dos curadores definitivos e do ministerio publico com respeito aos bens sobrevindos ao ausente, e não excluir ou negar os direitos de outrem, nem os do ministerio publico no caso de haver interessados incapazes de regerem a sua pessoa e de administrarem os seus bens.

Em todo o caso, ainda que os successores d'estes bens sejam tambem os curadores definitivos, hão de ser inventariados os bens em separado d'aquelles que pertenciam ao ausente á data das ultimas noticias, bem como á parte ha de ser calculada e prestada a respectiva caução, visto que uns e outros estão sujeitos a regras differentes, segundo se mostra dos artigos seguintes.

Dizem alguns que n'este caso tambem os dez annos de duração da caução devem contar-se, não desde que os interessados *tomaram entrega* dos bens por sentença, mas sim desde o dia do evento que deu logar á superveniencia dos bens, porque o praso da caução para os curadores definitivos se conta desde o desapparecimento do ausente, e não desde a entrega dos bens, visto o artigo 78.º, n.º 4.º, combinado com o artigo 80.º

A esta opinião, porém, oppõe-se abertamente a letra do codigo no final do § 1.º do artigo 72.º; e não póde argumentar-se da lei que rege a curadoria definitiva, para a successão dos bens supervenientes ao ausente, visto que uma e outra estão sujeitas a regras muito differentes.

Assim a caução da curadoria definitiva dura vinte annos, artigo 78.º, n.º 4.º, não se verificando nenhuma das hypotheses especificadas nos outros numeros do mesmo artigo; e na successão dos bens supervenientes dura dez annos. A lei não cercou de tantas garantias os bens, que sobrevém ao ausente, quando já está decidida a sua morte *presumida*.

Se, porém, antes dos dez annos terminar a caução pela curadoria definitiva, deve egualmente terminar a caução pela successão superveniente, pois que com respeito a esta não é o codigo tão rigoroso.

Tambem o codigo sujeita a prescripção dos bens do ausente ao

tempo das ultimas noticias ás regras especiaes, determinadas nos artigos 79.º a 81.º; e a dos bens supervenientes é subordinada ás regras geraes da prescripção, artigo 72.º, § 2.º, que estão marcadas nos artigos 526.º a 531.º

Os curadores definitivos não fazem seus os fructos senão nos termos do artigo 73.º; e os successores dos bens supervenientes têm direito a todos os rendimentos percebidos com a unica condição de não haver má fé da parte d'elles, isto é, com a condição de elles ignorarem a existencia do ausente, ou de herdeiros com melhor direito, artigo 72.º, § 2.º

Estes fazem seus todos os fructos *percebidos*, ainda existentes, e não consumidos, em harmonia com o principio estabelecido no artigo 495.º, que dá ao possuidor de boa fé os fructos naturaes e industriaes que a cousa produziu, e que foram colhidos até ao dia em que cessou a boa fé, e os fructos civis correspondentes á duração da mesma posse de boa fé. Mas os que deixaram de perceber não os fazem seus.

Julgamos synonyma, n'este caso, a palavra—*fructos*—, que se lê no § 2.º do artigo 72.º, e—*rendimentos*—, que vem no artigo 73.º

Se os bens sobrevindos ao ausente consistem em usufructo, os que os recebem fazem seus os rendimentos, sem terem que restituir depois cousa alguma, sem embargo da opinião erronea d'aquelles que julgam que o usufructo n'este caso deve ser considerado como capital.

Os direitos, que eventualmente sobrevêm ao ausente, e que não dependem da condição da sua existencia, são os provenientes de contractos dependentes de alguma condição de facto ou de tempo, visto que, nos termos do artigo 678.º, verificada a condição se considera perfeito o contracto desde a sua celebração.

Ora os direitos adquiridos por contractos, feitos n'aquellas condições, ainda que estas se verifiquem depois das ultimas noticias, pertencem aos curadores definitivos, estando assim comprehendidos na especie do artigo 71.º, e não na do artigo 72.º

Se se deferir alguma herança ao ausente depois das ultimas noticias, ainda que a esse tempo não esteja deferida a curadoria definitiva, com tanto que se verifique que os bens são supervenientes, não ha que pagar contribuição de registo senão pela transmissão aos verdadeiros successores, e não pela transmissão para o ausente, a qual *não se verificou*.

Contra esta doutrina, porém, decidiu o decreto sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 44, de 1874; decisão que não se explica senão pelo systema, regularmente seguido nas nossas repartições publicas, de julgar contra o contribuinte sempre que para isso appareça o mais ligeiro pretexto.

O referido decreto declarou que: «o artigo 72.º do codigo civil presume o fallecimento do ausente para fixar os direitos dos herdeiros com relação a elle ausente, e não com relação á pessoa de quem se tem a haver a herança; succedendo assim que esta se defere aos herdeiros do ausente, como se este fôra fallecido, e não aos herdeiros do auctor da herança.»

E assim decidiu que a recorrida tinha sido chamada á successão como representante do ausente, devendo assim pagar o imposto da contribuição de registo a titulo gratuito pela transmissão da successão do ausente para ella.

A recorrida pelo contrario allegava que, tendo a irmã commum,

d'ella e do ausente, fallecido posteriormente á ausencia e ás ultimas noticias d'este, devia a herança da irmã passar directamente para ella sem se repartir pelo ausente, que se presumia morto, e porque nos termos do artigo 72.º os direitos que eventualmente sobrevieram ao ausente deviam passar para ella como se o mesmo ausente fosse fallecido.

Artigo 78.º

Uma outra phase do processo de ausencia é o termo da curadoria definitiva. A curadoria provisoria é pelo codigo, artigo 55.º e seguintes, como era pela Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 38, verdadeira e mera administração. O fundamento successorio não a despoja da sua indole e caracter de administração tutelar.

Decorridos porém quatro annos desde o desapparecimento do ausente, ou desde as ultimas noticias, artigo 64.º, ha a *presumpção* de morte, mas simples presumpção que só se converte em *certeza* em harmonia com os artigos 79.º e seguintes pelo termo da curadoria definitiva em conformidade do artigo 78.º

Todos os codigos são uniformes em marcar differentes periodos de ausencia para estabelecer diversos effeitos juridicos, com quanto na fixação d'esses periodos haja grande variedade.

O praso de vinte annos, a que se refere o artigo 78.º, n.º 4.º, conta-se, não desde o deferimento da curadoria definitiva, como n'outras legislações, mas desde as ultimas noticias, como se mostra da comparação do artigo com os artigos 80.º, 83.º e 87.º

No termo da curadoria não é preciso novo prócesso ou justificação para se deferirem aos interessados os direitos reconhecidos no artigo 79.º

No proprio processo da curadoria se requer a extincção da caução prestada pelos curadores definitivos.

O modo de terminar a caução prestada pelos curadores definitivos, ou por quaesquer outros interessados, está regulado no codigo de processo, artigos 417.º e 418.º

Decorrido o tempo em que termina a curadoria definitiva, ainda que ella não tenha sido deferida, não póde requerer-se. N'este caso têm os interessados a acção de petição de herança e de entrega dos bens, como n'uma successão aberta. Se a ausencia é de mais de vinte annos, já não ha logar á acção de curadoria, mas á de petição de herança, porque não se requer a curadoria de homem morto; e assim julgou o juiz de direito de Oliveira d'Azemeis em sentença de 12 de março de 1874, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 313.

Mas na acção para pedir a successão segue-se o processo marcado para o deferimento da curadoria definitiva, codigo de processo, artigo 416.º

Artigo 97.º

Alguns ainda argumentam com o preceito generico do artigo 1554.º, n.º 1.º, para provarem que os menores emancipados não estão habilitados para por si só venderem os seus bens. Porém os menores a que aquella provisão se refere são de certo os não emancipados; e a ambiguidade da redacção proveio de não se ter harmonisado a doutrina do referido artigo com as alterações n'outros feitas ao systema do projecto primitivo.

Tambem hoje seguimos a opinião de que os menores emancipados podem livremente casar, como os maiores, sem embargo da equivoca redacção do artigo 1058.º, n.º 1.º

Artigo 100.º

(Vid. nota ao artigo 2089.º) Em accordão de 25 de agosto de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 37, julgou a Relação do Porto que, havendo conjuge sobrevivo, não é necessaria a convocação do conselho de familia, ainda mesmo que haja herdeiros ausentes. Houve, porém, um voto no sentido de se constituir o conselho de familia mesmo durante o patrio poder na viuvez, para a nomeação de louvados e approvação de dividas passivas, conforme os artigos 224.º n.º 10.º, 2091.º e 2118.º; e dois votos no sentido de se formar conselho de familia em vida do pae ou mãe, havendo coherdeiros ausentes.

Em accordão de 26 de agosto de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 345, julgou a Relação do Porto que o conselho de familia não tem logar vivo o pae ou mãe, que possa exercer o poder paternal.

Em accordão de 31 de maio do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 379, julgou a Relação de Lisboa que era indispensavel a intervenção do conselho de familia para a approvação das dividas passivas dos menores.

Por direito anterior era uniforme a práctica de constituir conselhos de familia mesmo durante a vida do pae ou mãe viuvo.

A nós, porém, sempre nos pareceu que, mesmo por direito velho, por morte da mãe, sobrevivendo o pae, e não passando a segundas nupcias, nem havia tutela, nem conselho de familia.

O artigo 423.º da Nov. Ref. Jud. declarava o pae legitimo administrador de seus filhos menores, ao passo que determinava que a mãe só podia ser tutora, sendo confirmada pelo conselho de familia.

As palavras do artigo 425.º—que o pae ou a mãe, que quizesse passar a segundas nupcias, faria *nomear* ou *convocar* o conselho de familia—indicavam que o pae faria *nomear* o conselho de familia, porque não o havia durante a sua viuvez, e que a mãe o faria *convocar;* visto que esse conselho já existia durante a vida d'ella, que não gosava do patrio poder.

E o artigo 445.º dispensava o pae de dar contas, salvo havendo passado a segundas nupcias, e tendo então sido nomeado tutor pelo conselho de familia.

Verdade seja que nos artigos 402.º e 403.º dava-se ao pae o nome de *tutor;* mas esta designação referia-se de certo ao caso de ser elle effectivamente tutor por ter passado a segundas nupcias.

Pelo codigo de processo ha conselho de familia, mesmo existindo o patrio poder, para a approvação das dividas passivas.

Artigo 101.º

Em accordão de 30 de abril de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 24, julgou a Relação do Porto que se o pae nega não só a paternidade, mas a maternidade, articulando a impossibilidade physica da concepção na mãe, escusado é allegar a impossibilidade physica da cohabitação.

A mulher que casa segunda vez antes de serem decorridos trezentos dias desde a morte do anterior marido, sem satisfazer ao preceito do artigo 1233.º, perde o que lhe houvesse advindo ou de advir d'este por lei ou convenção, mas não o que elle lhe houvesse deixado em testamento, porque a provisão do artigo 1234.º, como penal, não soffre interpretação extensiva.

No artigo 663.º estabelece o codigo de processo os meios a seguir para verificar se a mulher viuva, que quer passar a segundas nupcias, está ou não gravida.

Artigo 114.º

Em accordão de 3 de fevereiro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 159, julgou a Relação do Porto que para a procedencia da acção de filiação, fundada na posse de estado, era indispensavel provar os requisitos especificados no artigo 115.º, mostrando-se que o individuo tinha sido reputado e tractado por filho, tanto pelo pretenso pae, como pela familia d'este, e pelo publico.

Se porém o perfilhando era filho de individuo que não tinha familia, ou que a não tinha conhecida, v. gr., de um exposto, não é obrigado, para provar a posse d'estado, a provar que era tractado como filho pela familia, porque não é obrigado ao impossivel.

Mas deve, em vez d'isso, allegar e provar que não tinha familia, ou que a não tinha conhecida.

Na imprensa juridica tem-se sustentado que a posse de estado não se verifica sem que o pae dê ao filho o *nome* de filho; porque assim julgou a Relação do Porto em accordão de 13 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 210; porque o sr. Seabra, na Apostilla n.º 3 á censura do sr. Moraes Carvalho, com referencia ao artigo 114.º do projecto, correspondente ao artigo 115.º do codigo, dizia: «Démos ás palavras—*posse de estado*—a accepção juridica—*nomen, tractatus, fama*—; porque este foi o pensamento da commissão revisora, como se vê das suas actas; e porque este é o parecer dos commentadores do codigo civil francez em as notas ao artigo 321.º»

É certo porém que a commissão revisora, eliminando o *nomen* que vinha no projecto primitivo, significou abertamente que dispensava este requisito.

Artigo 119.º

Ainda hoje sustentam alguns que pelo codigo civil, como pela Ord. do Reino, não é admissivel a legitimação por subsequente matrimonio de todos os filhos illegitimos.

Dizem que a Ord. liv. 2.º, tit. 35, § 12.º, nas palavras—*com tanto que este filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*—, bem claramente denunciava que havia filhos, que o matrimonio não legitimava.

Quanto ao direito novo argumentam que em face do codigo não produz o matrimonio só por si o effeito da legitimação, o qual depende ainda do reconhecimento feito pelos paes, ou de sentença obtida em acção de filiação, e que este reconhecimento ou esta acção não podem ter logar com relação aos adulterinos, artigos 122.º e 132.º

Similhante opinião porém não é exacta, nem no direito velho, nem

no direito novo. É certo que a redacção da cit. Ord. liv. 2.º, tit. 35, parecia não admittir a legitimação de todos os filhos por subsequente matrimonio; e que havia duvida se a Ord. se referia ao direito romano, que só admittia a legitimação por subsequente matrimonio dos filhos naturaes, ou ao direito canonico, que admittia a legitimação de todos os filhos, mesmo dos adulterinos, salvo quando ambos ou algum dos paes havia contribuido para a morte do conjuge do adultero no intuito de novo casamento.

Todavia no fôro era corrente a opinião de que a Ord. se referia ao direito canonico, e mesmo a restricção imposta n'esta legislação não era reconhecida na práctica, onde a legitimação se reputava consequencia do matrimonio:—*Tanta enim est vis matrimonii, ut qui antea geniti sunt, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*—

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 13 de janeiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 13.

O codigo acceitou esta mesma doutrina. A commissão revisora, alterando o systema do projecto primitivo, que era fundado no direito romano, resolveu, como se vê a pag. 376 das respectivas actas: 1.º que os filhos ficassem legitimados pelo facto do casamento; 2.º que esta legitimação abrangesse todos os filhos sem excepção.

O reconhecimento nada importa para os effeitos da legitimação; é apenas meio de verificar a *identidade* do filho legitimado.

Entre a legitimação e a perfilhação a differença é profunda e cabal.

Das regras relativas á perfilhação são applicaveis á legitimação só as prescriptas nos artigos 130.º e 133.º

Por isso a acção de legitimação, como a de perfilhação, só póde ser intentada em vida dos pretensos paes, salvos os casos exceptuados no artigo 133.º; e é preciso que ambos sejam vivos, porque a acção não é procedente, não sendo intentada contra ambos.

Se porém a acção for intentada depois da morte dos paes, os effeitos da sentença retrotrahem-se ao tempo do casamento, de modo que os legitimados podem reduzir por inofficiosidade as doações que os paes fizeram depois do matrimonio, assim como o segundo casamento não póde offender a legitima dos filhos, que mais tarde foram legitimados.

Ao passo que o codigo determina positivamente que os effeitos da *legitimação* principiam desde a data do matrimonio, é inteiramente omisso quanto á epocha em que começam os effeitos da *perfilhação*.

Deve porém entender-se que os effeitos da perfilhação principiam desde que esta teve logar. Até que se verifique o acto legal da perfilhação, ainda que pae e filho se tractem no publico como taes, nenhumas relações juridicas de paternidade e de filiação a lei reconhece entre elles.

Póde pois o pae vender ao filho antes de perfilhado sem consentimento dos outros filhos, sem embargo do disposto no artigo 1565.º, com quanto o reconhecimento posterior possa ser indicio de simulação de contracto.

Em conferencia de 7 de abril de 1875, como póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 395 e 417, declarou esta respeitavel corporação que os effeitos da perfilhação se contam desde o acto do reconhecimento.

Dizem porém alguns que se o pretenso filho alcançar sentença que lhe julgue procedente e provada a acção de investigação de paternidade illegitima, se retrotrahem os seus direitos até á epocha da

morte do pae, e que poderá annullar todas as alienações feitas por quem esteve figurando de herdeiro até á data da sua perfilhação; e que da opinião contraria resultava o absurdo de ficar o pretenso filho privado da herança do pae, logo que pozesse em juizo a acção de investigação de paternidade, se o que estava investido dos direitos de herdeiro quizesse alienar tudo.

Qualquer justificação para rectificação de assentos de baptismo ou de casamento, que possa influir em direitos de terceiro, deve ser processada perante as justiças ordinarias, e não perante o juizo ecclesiastico.

N'este sentido julgou o Supremo Tribunal de Justiça, como póde ver-se em a nota ao artigo 2458.º

Sustenta o distincto Jcto, o sr. Moraes Carvalho, a razoavel opinião de que o filho legitimado por testamento pelos paes, se á morte do primeiro o segundo não se apressa a fazer o reconhecimento publico, deve entrar na successão do pae predefuncto, não como legitimado, mas como perfilhado, independentemente de promover a acção de legitimação.

Em accordão de 7 de março de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 24, julgou a Relação de Lisboa que a assignatura do assento de baptismo pelo pae illegitimo, mesmo antes da publicação do codigo civil, importa a perfilhação nos termos do artigo 123.º do codigo, que não distingue epochas para dar a este reconhecimento os effeitos de perfilhação.

Os filhos não podem ser perfilhados depois de fallecidos, porque a perfilhação tem por fim principal o interesse do filho; e, com quanto produza direitos em favor do pae, esses effeitos são secundarios e accidentaes, e só podem realisar-se quando seja possivel a causa d'onde derivam.

Por outro lado, não tendo os paes direito algum com respeito aos bens dos filhos que em vida não reconheceram, á morte d'estes deferia-se a successão a quem de direito pertencesse, não podendo esse successor ser depois esbulhado de direitos já *adquiridos*.

Que a perfilhação depois da morte do filho não dá direitos alguns ao pae perfilhante bem se mostra do artigo 1994.º, que concede a herança dos filhos aos paes illegitimos que os *houverem reconhecido*, isto é, que antes da sua morte os tiverem perfilhado.

O direito de contestar a perfilhação prescreve em conformidade das regras geraes, artigos 526.º e seguintes do codigo civil, porque a lei não estabelece praso especial para esse fim, salvo se os interessados são citados para deduzirem o seu direito, porque então hão de offerecer a contestação nos prasos que as leis marcam para os respectivos processos.

A impugnação por terceiro da perfilhação póde ser feita tanto em vida como depois da morte do pae perfilhante, porque a lei não distingue.

Assim como a perfilhação feita durante a menoridade póde ser impugnada pelo perfilhado depois de maior ou emancipado nos termos do artigo 127.º do codigo, se o reconhecimento tiver sido feito por sentença judicial a requerimento do tutor, ou do outro progenitor, poderá tambem o filho, cujos interesses ou dignidade foram offendidos com esta perfilhação, reclamar contra ella depois de maior ou emancipado?

O Codigo não o permitte. Talvez o legislador entendesse que não podia dar-se na perfilhação obrigada e judicial a especulação com

que o pae póde fazer o reconhecimento espontaneo e voluntario, e que por isso não concedesse os mesmos meios de reclamação contra aquelle, que contra este.

Em accordão de 6 de fevereiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 383, julgou a Relação do Porto que as acções de investigação de paternidade são hoje reguladas pelas disposições do codigo, ainda que o pretenso filho tivesse morrido antes da promulgação do mesmo codigo, e que a certidão do assento de baptismo não é só por si sufficiente para provar a paternidade, quando o assento foi feito por virtude de uma procuração que se não ajuncta.

Em accordão de 26 de junho de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 635, que o *reconhecimento* só póde ser ser feito pelos paes, e não pelo avô.

Alguns escriptores entendem que o praso, concedido no artigo 127.º aos perfilhados na menoridade, para reclamarem contra o reconhecimento, deve contar-se desde a emancipação ou maioridade, se elles tinham tido antes conhecimento da perfilhação, aliás desde a noticia do facto.

Ao codigo porém, vista a redacção do artigo, não póde dar-se similhante intelligencia.

A perfilhação do menor dá ao perfilhante o patrio poder, artigo 166.º, e produz todos os outros effeitos legaes, em quanto não for annullada por sentença pela reclamação do filho, depois de maior ou emancipado, ou por impugnação de qualquer terceiro interessado.

Artigo 122.º

É valida a perfilhação feita em documento authentico anterior ao codigo, ainda que não se tivesse passado alvará de perfilhação, visto que não marcando a lei praso para a sollicitação do referido alvará, a promulgação da lei nova o tornou desnecessario; e ainda porque, segundo alguns, a concessão do alvará era uma inutilidade, porque não modificava, nem podia modificar a lei das successões, e apenas augmentava a solemnidade da confissão da paternidade que não carecia d'este additamento para ser completa, visto ter sido feita em documento authentico.

Outros, porém, julgam que por direito anterior não produzia effeitos juridicos a perfilhação que carecia de regia confirmação sem esta ter logar, vista a a Ord. liv. 1.º, tit. 3, § 1.º, a que se referem a lei de 29 de outubro de 1840 e a portaria de 10 de dezembro do mesmo anno.

O alvará, confirmando o reconhecimento, não dava aos perfilhados direitos que pelas leis e costumes lhes não pertencessem, nem obstava a que a filiação fosse contestada pelos interessados nos termos ordinarios, portaria de 1 de junho de 1838.

Por direito anterior tambem a perfilhação dos filhos espurios os não habilitava a succeder *ab intestato* com prejuizo dos herdeiros legitimos.

Pelo rigor de direito estabelecido na Ord. liv. 4.º, tit. 36, § 4.º *in fine*, tit. 92 pr., e tit. 93, os filhos adulterinos não podiam succeder, nem ao pae nem á mãe.

Porém grande parte dos nossos Jctos sustentava que elles eram successiveis áquelle dos paes, por cujo lado o coito não fosse damnado

nem punivel, talvez por entenderem que, se com relação a este o coito era tambem damnado, não era todavia punivel, cit. Ord. liv. 4.º, tit. 93.

Não havendo para prohibir a perfilhação dos filhos sacrilegos as mesmas razões philosophicas que ha para prohibir a dos adulterinos e incestuosos, e tendo sido aquelles perfilhados *per rescriptum principis*, em tempo de muito maior religiosidade, não são admissiveis os argumentos de inducção, deduzidos dos artigos 125.º e 1058.º, para condemnar uma perfilhação que está directamente auctorisada no artigo 122.º

Os artigos 123.º e seguintes não contêm excepções ao principio consignado no artigo 122.º, mas sim preceitos reguladores da execução d'aquelle principio.

Por despacho de 8 de agosto de 1874, segundo se lê no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 32, decidiu o Ministerio da Fazenda que o filho de presbytero perfilhado está sujeito á contribuição de registo pela herança do pae, em quanto não obtiver no poder judicial sentença que resolva em face dos artigos 122.º a 125.º se os filhos sacrilegos podem ser perfilhados, e para que fins.

Este despacho porém é sem fundamento, porque o poder administrativo é competente para definir os effeitos da perfilhação dos filhos sacrilegos quanto á obrigação do pagamento d'aquelle imposto, como os definiu em decreto de 29 de dezembro de 1870 sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, decidindo que segundo o codigo os filhos de clerigo não são espurios, e que por isso não são hoje, como não eram pela legislação anterior á lei de 31 de agosto de 1869, sujeitos á contribuição de registo pela herança dos paes.

Diz o decreto:

«Considerando que em verdade uma lei posterior, a de 31 de agosto de 1869, sujeitou á indicada contribuição os filhos espurios, mas attendendo a que o recorrente não póde ser considerado filho espurio, por quanto o artigo 134.º do codigo civil só tem como espurios aquelles que não podem ser perfilhados, e o recorrente não está comprehendido em nenhuma das excepções do artigo 122.º do mesmo codigo;

«Considerando que, ainda quando a terminante disposição do codigo não aproveitasse, como não aproveita ao recorrente, havia elle sido perfilhado e legitimado pela perfilhação regia de 24 de fevereiro de 1855, o que pela legislação antiga o habilitava para succeder, etc.»

Tambem o decreto, sobre consulta do mesmo tribunal, de 30 de julho de 1874, decidiu: 1.º que a lei de 30 de junho de 1860 dispensa do imposto de registro as transmissões a titulo gratuito a favor dos *descendentes*, sem fazer excepção alguma com respeito aos espurios não perfilhados; 2.º que provado judicialmente o facto da filiação ha de a auctoridade fiscal acceital-o como verdadeiro; 3.º que a perfilhação feita antes do codigo civil sem a regia confirmação ficou sendo um acto bastante depois da promulgação do mesmo codigo; 4.º que se o perfilhante, no reconhecimento isolado, revelar no documento da perfilhação o nome da pessoa de quem houve o filho reconhecido, é só esta que póde reclamar contra similhante revelação, que foi prohibida em beneficio d'ella, e só d'ella.

A Relação de Lisboa em accordão de 23 de maio de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 32, parece ter decidido tambem, que só os filhos adulterinos e incestuosos são excluidos da perfilhação.

O Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 20 de agosto de 1875, proferido no processo de revista, n.º 15152, negou por cinco votos conformes a revista interposta contra o accordão da Relação do Porto de 15 de maio de 1874, que julgára habilitado para succeder á avó paterna o filho perfilhado por um padre.

Por unanimidade opinou a Associação dos Advogados de Lisboa em conferencia de 9 de junho de 1875, como póde ver-se na respectiva *Gazeta*, 2.º anno, pag. 499, 545 e 561, que os filhos sacrilegos podem ser perfilhados.

Esta auctorisada opinião é um verdadeiro triumpho para as boas doutrinas.

Realmente não póde servir de obstaculo a tão liberal principio o disposto no artigo 125.º, que não teve por fim restringir o preceito do artigo 122.º, mas sim permittir a qualquer pessoa em estado livre a perfilhação de um filho que houvesse de pessoa casada.

O projecto de codigo civil hespanhol no artigo 123.º, fonte do artigo 125.º do nosso codigo, contenta-se para a perfilhação com que o perfilhante seja habil para contrahir matrimonio em *qualquer* dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho.

Exige o nosso codigo a habilidade legal durante *todos* esses cento e vinte dias? Cremos que não. A doutrina do nosso codigo a este respeito é a doutrina do projecto de codigo civil hespanhol, sua fonte.

A condição requerida no artigo 125.º para o reconhecimento isolado é egualmente indispensavel para a perfilhação em commum, como bem se mostra da palavra—*basta*—, porque começa o artigo.

Na imprensa juridica já se disse que o fim do artigo 125.º foi unicamente limitar as duas excepções estabelecidas no artigo 122.º, permittindo a perfilhação dos filhos adulterinos por aquelle dos paes que fosse solteiro ao tempo da concepção, e a dos incestuosos por aquelle dos paes que primeiro os reconhecesse; que a perfilhação n'estes casos é irrescindivel, e tanto mais irrescindivel, visto que o artigo 132.º não admitte acção de investigação de paternidade ou de maternidade para mostrar que os filhos são adulterinos ou incestuosos, porque não a admitte nos casos em que a perfilhação é defesa; que o filho adulterino ou incestuoso, que está nas circumstancias de ser perfilhado nos termos referidos, tem direito a intentar contra o pae a acção de investigação de paternidade, sem que este possa oppôr-lhe a sua qualidade de adulterino ou incestuoso em conformidade do artigo 132.º; e finalmente que, se lhe for permittido oppôr-se, só o póde fazer nas condições do artigo 130.º

O artigo 125.º, porém, não veio modificar nem alterar os preceitos genericos e absolutos do artigo 122.º, mas simplesmente declarar que no perfilhamento em separado se exige apenas a *capacidade absoluta* para contrahir matrimonio, quando na perfilhação conjuncta se exige a *capacidade absoluta* e a *relativa*.

Como diz o artigo 123.º do projecto de codigo civil hespanhol presume o legislador para este caso que o filho é natural e capaz de ser reconhecido, e que o pae perfilhante era habil para contrahir matrimonio ao tempo da concepção.

N'outros termos os filhos perfilhados em conformidade do artigo 125.º não carecem de provar que não são espurios; têm a seu favor a presumpção legal de que eram susceptiveis de serem reconhecidos.

Esta presumpção porém póde ser destruida com a prova de que o perfilhado é realmente incestuoso ou adulterino, visto que até a presumpção de legitimidade do filho nascido de justas nupcias póde ser elidida, artigo 103.º; e póde ser destruida ainda que a defesa

conduza á investigação da paternidade ou maternidade incestuosa ou adulterina.

A investigação *directa* da paternidade ou maternidade adulterina ou incestuosa é prohibida, artigo 132.º; mas a investigação *indirecta*, que resulta do exercio do direito de defesa, ou da contestação do estado de um individuo, é permittida, arg. do artigo 103.º

Tambem o pae habil para casar ao tempo da concepção do filho, que contra elle intenta a acção de investigação de paternidade illegitima, póde defender-se com o fundamento de que esse filho é adulterino ou incestuoso; direito este que se deduz por analogia dos artigos 128.º e 130.º, porque a lei, que permitte a *acção*, admitte necessariamente a *contestação*.

Por isso na acção de investigação de maternidade póde a pretensa mãe allegar que o filho é espurio ou adulterino, embora se não verifique nenhuma das circumstancias preseriptas no artigo 130.º

A Relação do Porto julgou em accordão de 25 de junho de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 30, que não é admissivel perfilhação que não se funde n'algum dos documentos especificados no artigo, e que tambem já por direito anterior, decreto de 29 de setembro de 1852, era indispensavel ajunctar testamento, escriptura, ou outro documento authentico, em que o perfilhante manifestasse vontade de que fosse confirmada a perfilhação pela auctoridade competente.

Em sentença de 21 de setembro de 1875, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou o juiz de direito do Picó que a simples declaração do parocho, no assento de baptismo de filho illegitimo, da maternidade do baptisado, sem dar a razão da sua sciencia, e desacompanhada do consentimento da mãe, não é prova sufficiente de perfilhação.

Em accordão de 6 de fevereiro de 1874, publicado na mesma folha n.º 378, julgou a Relação do Porto que a carta constitucional não derogou a Ord. liv. 4.º, tit. 92, § 1.º, que inhibia os filhos de homens nobres de succederem a seus paes, e que esta legislação é ainda hoje applicavel ás successões abertas antes da promulgação do codigo.

Effectivamente era jurisprudencia uniforme dos tribunaes que mesmo depois da carta constitucional continuaram os filhos naturaes de homens nobres inhibidos de succederem a seus paes, ou porque se entendesse que a lei geral não derogava a particular, ou porque se julgasse que a carta constitucional no artigo 145.º §§ 12 e 15 comprehendia só os privilegios que dizem respeito á causa publica, e não os que regulam os direitos entre particulares.

Abraçamos tambem a opinião sustentada pelo distincto Jcto., o sr. Moraes Carvalho, a pag. 22 da sua interessante obra, intitulada *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo codigo civil portuguez na legislação anterior*, em quanto sustenta que, revelado na perfilhação, feita separadamente, o nome da pessoa de quem o perfilhante houve o filho reconhecido, fica nulla a revelação, que é circumstancia accessoria, mas não o reconhecimento, que é o principal.

Effectivamente parece entrar aqui a regra — *utile per inutile non vitiatur*. —

Já houve quem sustentasse que o artigo 124.º não permitte a perfilhação de um filho feita separadamente por um dos progenitores, quando o outro o tenha já reconhecido, para evitar que o reconhecimento posterior torne publica uma ligação que poderia até envergonhar o primeiro perfilhante.

Esta interpretação porém é de todo insustentavel. Nem a disposição do artigo a admitte; nem os melindres dos paes, que praticaram um facto illicito, póde prevalecer sobre os direitos dos filhos innocentes, a quem póde interessar o reconhecimento pelo outro progenitor.

A disposição do artigo 124.º é só applicavel ás perfilhações posteriores á promulgação do codigo, e não ás anteriores.

Se os espurios usarem do appellido dos paes, apesar de ser concedido expressamente só aos perfilhados tal direito, artigo 129.º, não ha meio de punir esta infracção das leis civis, porque a especie não está, e com razão, comprehendida nos artigos 233.º a 237.º do codigo penal.

Ainda se insiste em que em vista das palavras empregadas no § 2.º do artigo — *até o segundo gráu inclusive* —, ha primeiro gráu na linha transversal, e que os parentes em primeiro e segundo gráu são excluidos da perfilhação.

Estas palavras porém como mostrámos em a nota ao artigo, não podem ter similhante significação, e exprimem apenas um erro de redacção, como vamos mostrar.

O projecto primitivo dizia no § 2.º, n.º 2.º do artigo 117.º, correspondente ao § 2.º, n.º 2.º do artigo 122.º do codigo, o seguinte: «Os filhos de parentes por consanguinidade até ao terceiro gráu inclusive da linha collateral»; e aqui faziam sentido as palavras *até* e *inclusive*, visto que se tractava de terceiro e não de segundo gráu.

Depois no seio da commissão revisora, segundo se vê das actas a pag. 320: «o sr. Soure propoz por escripto a seguinte redacção ao n.º 2.º do § 2.º, os filhos de... até ao segundo gráu..., etc.; e foi approvada.»

A final na redacção attendeu-se apenas á mudança da palavra — *terceiro* — para — *segundo* —, sem se reparar em que junctamente com esta alteração era preciso eliminar as palavras *até* e *inclusivamente* para evitar duvidas e confusões.

O regulamento de 18 de setembro de 1873 já não especifica verba de sello para os alvarás de *adopção*, instituição que muito antes do codigo civil tinha morrido para os nossos costumes.

Já na imprensa juridica e no fôro se discutiu se a perfilhação feita em testamento póde ser annullada em testamento posterior, que revogue completamente o anterior, e expressamente annulle a perfilhação feita. Parece porém que sendo feita em testamento publico importa uma verdadeira confissão, nos termos do artigo 2415.º, dando logo ao perfilhado os direitos especificados no artigo 129.º, que já não póde ser revogada, ainda que a disposição de bens o possa ser em conformidade do disposto nos artigos 1739.º e 1754.º

Artigo 130.º

Por direito anterior e praxe do fôro era essencial allegar que o pretenso pae era peão e não nobre, visto que toda a qualidade exigida pela lei, e que é fundamental da intenção do agente, e da sua acção, deve allegar-se e provar-se, sob pena de ineptidão.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 18 de março de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 168, assim como no accordão de 27 de maio do mesmo anno, publicado no mesmo jornal, n.º 171.

Entendiam alguns que a falta de allegação do plebeismo do pae não obstava á procedencia da acção, visto que a nobreza era um privilegio que não se presumia, e que devia ser allegado por quem n'isso tivesse interesse, Ord. liv. 1.º, tit. 66, §§ 43 e 46.

Na práctica, porém, prevalecia a doutrina de que a allegação do plebeismo do pae era uma premissa essencial á deducção do libello, e assim se acha julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordãos de 8 de agosto de 1855 e de 7 de julho de 1868, publicados, aquelle no *Diario do governo*, n.º 188 de 1865 e no *Jornal de jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 26, e este no *Diario de Lisboa*, n.º 230 de 1868.

Tambem no referido accordão de 18 de março de 1871 se julgou, como no de 16 de maio do mesmo anno, publicado em o n.º 162 da mesma folha, que era inepta a acção de investigação de paternidade illegitima em que não se allegasse que entre os pretensos paes não havia ao tempo da concepção dos filhos impedimento para casar.

Em accordão de 14 de dezembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 3.º, julgou a Relação do Porto que nas acções de investigação de paternidade illegitima era indispensavel allegar e provar, visto o artigo 132.º com referencia ao artigo 122.º, que entre o pretenso pae e a mãe não havia impedimento para casarem.

Em accordão de 4 de julho de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 36, julgou a Relação do Porto que por direito e praxe antiga devia allegar-se na acção de filiação a epocha em que entre os paes houve relações de cohabitação, a data do nascimento do filho, o destino que teve, e a identidade da pessoa que intentava a acção.

Em accordão de 16 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 277, julgou a Relação do Porto que as acções de investigação de paternidade illegitima, propostas em juizo depois da promulgação do codigo, deviam ser por elle reguladas, embora o nascimento fosse anterior; e que a posse de estado devia ser provada por actos inequivocos, reiterados e notorios, quanto a ser o auctor tractado e reputado por filho, tanto pelo pretenso pae como pela familia d'este e pelo publico.

Em accordão de 18 de dezembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 9, julgou a Relação de Lisboa que as questões de investigação de paternidade illegitima são regidas pelas disposições do codigo, embora o nascimento fosse anterior á promulgação do mesmo codigo.

As acções de investigação de paternidade illegitima, que se achavam instauradas ao tempo da promulgação do codigo, são reguladas pelo direito anterior, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 18 de março de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 168, e a Relação do Porto em accordãos de 21 de junho de 1870 e de 23 de maio de 1871, publicados no mesmo jornal, n.ºs 134 e 176.

Em accordão de 18 de dezembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 341, julgou a Relação de Lisboa que as acções de filiação, embora o nascimento dos pretensos filhos fosse anterior á promulgação do codigo, estavam sujeitas á lei nova, visto respeitarem á *capacidade e estado das pessoas*.

Hoje é corrente que as disposições do codigo no tocante ás acções de investigação de paternidade illegitima e consequente petição de herança, são applicaveis tambem aos filhos illegitimos nascidos antes da promulgação do codigo, não só quanto ao direito de serem reconhecidos e herdarem dos paes, mas tambem quanto aos termos a seguir em taes processos.

Muitas das circumstancias exigidas na lei velha devem exigir-se mesmo nas acções intentadas depois da promulgação da lei nova; porque hoje requer-se, para ser julgada procedente e provada a acção de investigação de paternidade illegitima, não só a allegação das circumstancias comprobativas da filiação nos termos da lei anterior, mas além d'isso a prova prévia de algum dos tres requisitos mencionados nos tres numeros do artigo.

Em sentença de 19 de março de 1874, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 332, julgou o juiz de direito de Valle de Passos que nas acções de paternidade, se o pae é ausente, é preciso allegar todas as circumstancias legaes tendentes a mostrar que o ausente é ainda *vivo*, sob pena de ineptidão do libello; visto que depois da morte d'elle não póde ser intentada a respectiva acção, salvos os casos especificados no artigo 133.º, n.ºs 1.º e 2.º

Sustentam alguns que os preceitos consignados no artigo são applicaveis mesmo ás acções pendentes ao tempo da promulgação do codigo, fundando-se em que o artigo diz—*é prohibida* a acção de investigação da paternidade illegitima,—e não—*será prohibida*—; quando, se elle se referisse só ao futuro, diria, como diz o artigo 1582—o contracto de compra e venda *não poderá* ser rescindido com o pretexto de lesão—, ou teria exceptuado expressamente as acções pendentes, como no artigo 112.º

Similhante opinião, porém, contraria abertamente o principio que faz nascer da contestação da lide direitos que a lei não póde offender sem retroagir expressamente.

Em accordão de 22 de agosto de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 237, de 19 de novembro do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, ainda que por um voto de maioria, que o ministerio publico deve intervir nas acções de filiação e de petição de herança, visto tractar-se de questão relativa ao estado de pessoa, na qual deve sempre intervir o ministerio publico pelo preceito do n.º 13.º do artigo 53.º da reforma judicial.

Em accordão de 10 de novembro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 199, que o fôro competente para as acções de filiação em que se pede conjunctamente a entrega da herança do pretenso pae, é aquelle onde corre o inventario do pae fallecido, isto é, o do ultimo domicilio d'este, embora haja mais de um réo e moradores em differentes comarcas.

Em accordão de 3 de julho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 293, julgou a Relação de Lisboa que nada provava na acção de filiação illegitima o assento de declaração de paternidade que não estava assignado pelo pae, quando não se mostrava que elle tivesse auctorisado a declaração, nem que a ella tivesse assistido.

O filho adulterino, ainda que perfilhado anteriormente á promulgação do codigo, não deixa por isso de ser estranho á familia, nos termos do artigo 135.º

Para se intentar a acção de investigação de paternidade illegitima com o fundamento na declaração escripta do pae, nos termos do artigo 130.º, n.º 1.º, e do artigo 133.º, n.º 2.º, não é indispensavel o reconhecimento authentico em conformidade do artigo 2436.º, nem que

o documento seja reconhecido pela parte ou seus representantes nos termos dos artigos 2431.º e seguintes.

A disposição *especial*, contida no artigo 130.º, n.º 1.º, e no artigo 133.º, n.º 2.º, não está sujeita ás provisões geraes que regem a validade dos documentos particulares.

Sustentam alguns que o filho, intentando a acção de investigação de paternidade illegitima, póde desde logo pedir alimentos, se d'elles carecer, tanto para custear as despesas da demanda, como para se sustentar durante a mesma demanda; e fundam-se em que esta era a práctica anterior á Nov. Ref. Jud., e depois n'esta reconhecida, artigo 281.º, e em que o codigo não revogou taes doutrinas, mais proprias do codigo de processo.

É porém certo que os alimentos não podem pedir-se senão nos casos expressamente taxados nas leis; e que, com quanto a *fórma* de pedir alimentos pertença ao codigo de processo, *o direito* de os pedir cáe na esphera da legislação civil, e que o codigo em parte nenhuma reconhece os alimentos provisionaes, como se mostra em a nota ao artigo 184.º

O codigo de processo restaurou com razão os alimentos provisorios que podem pedir-se antes de proposta a acção, ou estando ella pendente, e regula o processo para esta acção no artigo 393.º

Os alimentos provisorios só podem pedir-se na acção de alimentos definitivos, ou na acção de separação judicial de pessoas e bens, cit. Cod. artigos 393.º e 394.º.

O pedido de alimentos provisorios, quando está pendente nos tribunaes superiores a acção de alimentos definitivos ou a de separação, ha de ser deduzido no juizo onde em primeira instancia foi proposta a acção, cit. Cod. artigo 393.º

Artigo 133.º

Entendem alguns que a acção de *criações* ainda hoje é permittida em conformidade do alvará de 18 de outubro de 1806, § 1.º, visto que determinando o artigo 284.º do codigo que só estão debaixo da tutela e administração das respectivas camaras municipaes, ou das pessoas que se houverem encarregado, voluntaria ou gratuitamente, da sua creação, em quanto não chegam á edade de 7 annos, os menores abandonados, *cujos paes não forem conhecidos*, parece que, se os paes são conhecidos, tanto as municipalidades como essas pessoas têm direito de exigir d'elles os meios de creação.

Interpretando, porém, o sentido d'aquellas palavras pelo conjuncto das disposições do codigo sobre o assumpto, devem reputar-se *conhecidos* só os paes que estão declarados taes por perfilhação voluntaria ou reconhecimento judicial.

A acção vulgarmente chamada *de creações*, para pedir aos pretensos paes as despesas feitas com seus filhos, a que se refere a Ord. liv. 4.º, tit. 99, é inadmissivel depois da promulgação do codigo, ainda mesmo que o réo tenha sido chamado ao juizo conciliatorio antes d'essa promulgação, visto que o chamamento á conciliação não importa contestação da lide, artigo 552.º, n.º 3.º

O codigo não reconhece a acção de *criações*, como não reconhece a acção de investigação de filiação illegitima, porque n'este assumpto curou unicamente dos interesses dos filhos e não dos interesses dos paes.

A sentença alcançada contra o pae natural para obter d'elle as despesas da creação, nos termos da Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 10, e liv. 4.º, tit. 99, não habilita o filho para a petição de herança sem nova sentença que o julgue filho successivel, porque o objecto das acções é differente.

Por isso em accordão de 11 de agosto de 1876, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 29, julgou com razão a Relação do Porto que a sentença proferida sobre acção de alimentos, ainda que para este effeito se julgue a paternidade, não dispensa nova acção para haver a herança.

A acção de investigação de paternidade ou de maternidade illegitima não é imprescriptivel, salvo no caso do n.º 2.º do artigo 133.º do codigo, que póde o filho intental-a a todo o tempo que obtiver o documento.

Já antes da promulgação do codigo vigorava no foro a doutrina de que as acções sobre o estado das pessoas, apesar de prejudiciaes, estavam sujeitas á prescripção geral dos 30 annos, estabelecida na Ord. liv. 4.º, tit. 79, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 18 de agosto de 1850.

Como o codigo, restringindo a acção de investigação de paternidade illegitima, teve em vista, não tirar aos filhos o direito de provarem a sua filiação, mas evitar perigos e abusos, permittiu-lhes o uso da acção, quando porventura descobrissem o documento a que se refere o n.º 2.º do artigo, porque, apparecendo o documento, é impossivel ter por fraudulenta uma acção que se funda na confissão d'aquelle a quem se attribue a paternidade; e como o filho não podia usar do documento senão depois de o descobrir, não devia ser punido por uma falta em que não era culpado.

Em accordão de 13 de dezembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 292, julgou a Relação do Porto improcedente uma acção de investigação de paternidade illegitima, intentada contra os herdeiros do pretenso pae, em que se junctou uma carta d'este, mas não se provou nem allegou que tivesse sido obtida depois do fallecimento d'elle.

Esta acção póde ser intentada depois da morte dos paes, com tanto que os filhos não sejam maiores nem emancipados.

Se o filho foi perfilhado, e apenas se questiona a sua identidade, póde esta ser discutida mesmo depois da morte dos paes, porque o artigo 133.º é applicavel só ás acções de investigação de paternidade ou de maternidade, e não ás questões de *identidade* de pessoa.

O menor exposto ou abandonado, logo que complete 18 annos de edade, póde por si só intentar a acção de paternidade ou de maternidade, porque fica emancipado de direito, artigo 291.º, não lhe sendo applicavel o artigo 281.º, que é especial para os filhos espurios, nem o artigo 276.º, que é restricto aos filhos perfilhados.

Por direito antigo tanto podiam usar de acção os paes para se fazerem reconhecer pelos filhos, como os filhos para se fazerem reconhecer pelos paes. Mas o codigo permittindo n'alguns casos a segunda acção rejeita absolutamente a primeira.

O codigo tanto na epigraphe da acção, como nos artigos respectivos, falla apenas da investigação da *paternidade* illegitima, e nunca da investigação da *filiação* illegitima.

N'este assumpto não admitte a lei o principio da reciprocidade, porque não podem ser equiparados em direito os fructos innocentes d'uma cohabitação illicita aos auctores d'essa cohabitação.

Durante a menoridade dos filhos não póde competir aos paes esta acção, porque têm o direito da perfilhação que produz todos os effei-

tos juridicos, em quanto não é contestada, artigos 127.º e 128.º Depois de maiores não podem os filhos ser perfilhados sem o seu consentimento, artigo 126.º; disposição esta que, por analogia, deve ser applicada ao menor emancipado.

Já na imprensa juridica se sustentou que a excepção estabelecida em o n.º 2.º era subordinada ao preceituado em o n.º 1.º, de modo que só aproveitava aos filhos que perdessem os paes durante a sua menoridade.

A grammatica porém e a jurisprudencia protestam contra similhante opinião.

O artigo estabelece uma regra geral, e nos dois numeros firma duas excepções, as quaes nada têm de commum entre si.

As acções previstas e permittidas pelos dois numeros do artigo são inteiramente distinctas e independentes.

A primeira respeita só aos menores, não precisa de prova especial, e prescreve dentro de quatro annos desde a emancipação ou maioridade. A segunda abrange tanto os menores como os maiores, necessita de documento escripto e assignado pelo pae, e nunca prescreve, podendo o filho intentar a acção sempre que obtiver o documento.

A primeira tem por fim salvar os direitos dos menores que não podiam obstar ao descuido dos paes em os perfilharem; a segunda garante ao filho a faculdade de provar a sua filiação a todo o tempo que descobrir escripto assignado e reconhecido pelos paes.

O codigo prohibiu estas acções depois da morte dos paes, porque é então que o abuso se torna mais perigoso; e salvou apenas os menores, a quem as leis devem protecção.

Se se tracta de filho illegitimo de pae extrangeiro, nascido em Portugal, dizem uns que deve ser regulada a acção pelo *estatuto pessoal* do pae, e outros que pelo *estatuto pessoal* do filho.

Quanto á prova da filiação e á ordem do processo julgamos que deve reger a lei do paiz onde corre a acção; porém os direitos e as obrigações provenientes do julgamento da paternidade hão de ser regulados pela lei do paiz do extrangeiro, visto o artigo 27.º do codigo.

Artigo 135.º

O direito romano prohibia a instituição dos filhos espurios, como se mostra de Auth. á L. 6, *cod. de inc. nupt.* (l. 5.º, t. 5) — *Ex complexu nefario aut incerto seu damnato liberi, nec naturales sunt, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alentur a patre.*—

O direito canonico modificou este rigor extremo do direito romano, permittindo e recommendando mesmo os alimentos no cap. 5. *Decr. de eo qui dux. in matr.*—*Solicitudinis tamen tuae inter est, ut uterque* (poteret mater) *liberis suis secundum quod eis suppetunt facultates necessarie subministret.*—

As nossas Ordd. diziam no liv. 4.º, tit. 93, que ao filho de coito damnado—a que o pae, ou mãe não póde succeder, por assim ser nascido de coito damnado ou punivel, succederiam os irmãos, e quaesquer parentes e dividos por parte de sua mãe conjunctos.—

Esta Ord., que aliás se referia á successão abintestado, tambem determinava que o pae ou mãe não podiam succeder ao filho, mas não dizia que este não podesse succeder áquelles.

Entretanto, como não havia lei que permittisse expressamente ao filho espurio o succeder a seus paes abintestado, ou por testamento, e como no silencio da lei patria vigorava o direito romano, como subsidiario, e a elle se referia a Ord. cit. liv. 4.º, tit. 93, e como havia a regra de que o direito de successão é reciproco, os nossos praxistas davam como assentada a incapacidade absoluta do filho espurio para succeder a seus paes ou abintestado, ou por testamento, julgando apenas validos os legados de alimentos.

Depois modificaram essa prohibição, julgando com fundamento na Ord. liv. 1.º, tit. 3, § 1.º, e liv. 2.º, tit. 35, § 12, que se o filho fosse legitimado por alvará regio ficaria habilitado a succeder aos paes, ou só por testamento, ou tambem abintestado, segundo as forças do alvará, que valia como dispensa da prohibição legal estatuida na Ord. liv. 4.º, tit. 36, § 4.º, e tit. 93.

Estes alvarás, que deviam ter cessado com a publicação da carta constitucional, que tirou ao rei o poder legislativo (e assim lo reconheceu a portaria de 1 de junho de 1838), continuaram a sollicitar-se, e a propria lei lhes taxou sello, que ainda vem designado no penultimo regulamento de 1 de dezembro de 1869.

Porém o eminente Jcto Paschoal José de Mello levantou a opinião de que os espurios podiam herdar testamentariamente de seus paes, independentemente de perfilhação, como qualquer extranho, e essa era já a jurisprudencia corrente antes da promulgação do codigo, como se mostra dos accordãos do Supremo Tribunal de Justiça em secções reunidas de 2 de abril de 1851 e de 11 de dezembro de 1864.

Pelo codigo são considerados extranhos á familia, e como estes podem ser instituidos herdeiros, visto os preceitos dos artigos 135.º e 1776.º a 1783.º, salvo talvez o filho adulterino, sendo vivo um dos conjuges adulteros, e tendo sido o adulterio judicialmente provado antes da morte do testador, nos termos do artigo 1771.º, visto que o filho poderá reputar-se n'este caso interposta pessoa conforme os artigos 1481.º e 1783.º

Mesmo os que eram espurios antes da promulgação do codigo deixaram de o ser para as heranças abertas depois d'essa promulgação, se não estavam comprehendidos nas restricções do mesmo codigo, visto que a capacidade para adquirir por testamento é regulada pelo tempo da morte do testador, nos termos do artigo 1778.º

A lei de 31 de agosto de 1869, artigo 2.º, equiparou os filhos espurios aos extranhos para o effeito do pagamento da contribuição de registro.

Tem-se porém dicto que é nullo o testamento do pae em favor do filho espurio, se o pae declara contemplal-o em razão de ser seu filho, visto que a invocação de uma causa, quer falsa, quer verdadeira, contraria á lei, produz a nullidade da disposição, artigo 1746.º

Esta doutrina porém não é verdadeira, porque em parte nenhuma se prohibe que os paes instituam herdeiros os filhos espurios. A declaração da causa não dá ao filho os direitos de perfilhado, mas não invalida a disposição em favor d'elle.

Artigo 137.º

N'outro accordão, com data de 7 de dezembro de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 9, julgou a Relação de Lisboa que a mãe viuva só era obrigada a prestar contas dos rendimentos dos bens dos filhos até que começou a vigorar o codigo civil, pertencendo-lhe d'ahi em diante o usufructo, como consequencia do patrio poder.

Em officio da Direcção Geral das Contribuições Directas de 26 de

março de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 18, se declara que, por despacho de 22 do mesmo mez e anno, se decidiu que a mãe usufructuaria dos bens dos filhos não está sujeita a decima de juros pelas tornas das partilhas em quanto o usufructo durar.

Pela nossa legislação antiga o patrio poder era dado só ao pae, Ord. liv. 4.º, tit. 81, § 3.º, e tit. 87, § 7.º, e debaixo d'este principio foram estabelecidas todas as disposições legislativas sobre o assumpto. Por isso a mãe não era usufructuaria dos bens do filho, Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 6.º; e não podia fazer testamento com substituição pupillar, Ord. liv. 4.º, tit. 87, § 7.º

Por direito anterior tinha a mãe a obrigação pessoal de *criar o filho de leite até 3 annos*, na phrase da Ord., pesando sobre o pae todos os outros encargos. Mas por outro lado não tinha a mãe direito ao usufructo dos bens dos filhos, e podia o pae excluil-a da tutela d'estes, e ella mesma só podia ser tutora sendo confirmada pelo conselho de familia, Ord. liv. 4.º, tit. 102, e Nov. Ref. artigos 423.º e 426.º

O codigo alterou fundamentalmente estas disposições. Muitos porém, que não podiam conformar-se com similhante, aliás justa, innovação, negavam o patrio poder ás viuvas que o eram antes da promulgação do codigo, e julgavam que a tutela testamentaria havia de continuar e subsistir com a lei nova, se anteriormente estivesse criada, em prejuizo do patrio poder das mães, fundando-se em que era um acto consummado que não podia ser atacado pela lei posterior.

Não attendiam porém a que as leis reguladoras do patrio poder e da tutela têm por fim interesses de ordem publica, que não constituem direitos adquiridos para pessoa alguma.

Hoje, que goza do patrio poder, é ouvida a mãe em tudo quanto diz respeito aos interesses dos filhos; na ausencia ou impedimento do pae faz as vezes d'este, artigo 139.º; póde fazer substituições pupillares, artigo 1859.º; e goza do direito de usufructo.

A Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 5.º, e liv. 4.º, tit. 102, §§ 3.º e 4.º, tambem preceituava que a mãe podia ser tutora dos filhos, e que podia nomear tutor e curador a seus filhos, não tendo passado a segundas nupcias, devendo essa tutela ou curatela ser confirmada pelo conselho de familia.

Hoje a mãe binuba póde tambem nomear tutor aos filhos nos termos do artigo 193.º, porque este artigo não lhe põe similhante restricção.

Artigo 141.º

Já na imprensa juridica se discutiu se os processos de abuso do patrio poder, como os de interdicção por demencia e por prodigalidade, só podiam correr perante o juiz de direito, ou tambem perante o juiz ordinario.

É porém certo que, não alterando o codigo n'esta parte a competencia fixada na lei geral, os processos por abuso do patrio poder podem ser tambem instaurados nos juizes ordinarios em quanto subsistirem.

Se for necessario proceder ao deposito de menor, qualquer juiz, em cuja jurisdicção elle se encontrar, póde decretal-o, visto ser uma medida conservatoria e provisoria.

Todavia o contrario julgou o Supremo Tribunal de Justiça, decidindo em accordão de 16 de agosto de 1873, conforme se declara a

pag. 12, 1.º anno da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, que não é competente para deferir ao deposito dos menores juizo differente do do domicilio do pae.

Tambem o mesmo Tribunal, segundo no referido logar se declara, julgou, em accordão de 26 do mesmo mez e anno, que não póde ser decretado, a requerimento da mãe, o deposito de menores em quanto não se verificar por sentença, com audiencia do pae, que este tenha abusado do seu poder, porque o contrario impediria o exercicio do poder paternal, que na constancia do matrimonio pertence especialmente ao pae, embora d'elle participe a mãe, sendo ouvida sobre os interesses dos filhos.

Nos artigos 436.º a 442.º estabelece o codigo de processo as provisões para a inhibição do exercicio do patrio poder. Na acção intervem um conselho de familia, organisado nos termos do artigo 207.º do codigo civil com algumas modificações.

Como preparatorio da acção, ou estando ella já pendente, póde ordenar-se o deposito do menor. Interdicto um dos paes do poder paternal, fica o outro tambem inhibido de reger a pessoa e bens do filho, nomeando-se a este um tutor, em quanto durar o matrimonio, salva a deliberação do conselho de familia no caso de separação dos paes.

Por direito antigo, Ord. liv. 5.º, tit. 36, § 1.º, podia o marido castigar a mulher, e n'esta disposição se fundava a práctica de serem muitas vezes recolhidas as mulheres em conventos.

Hoje seria insustentavel similhante pena. A reclusão, por mais suave, é sempre uma pena. A legislação hoje é inteiramente outra, como outro é o espirito do seculo.

Não se dá entre conjuges o crime de furto, nos termos do artigo 431.º do codigo penal; não incorre em pena o marido que abre cartas e papeis de sua mulher, cit. codigo, artigo 461.º, § 1.º; póde um conjuge acompanhar o outro quando mendigar, cit. codigo, artigo 261.º; e é muito reduzida a pena que cabe ao crime de suborno, quando este é practicado por um dos conjuges em beneficio do outro, cit. codigo, artigo 321.º

Hoje é principio fundamental a egualdade dos dois conjuges na sociedade matrimonial.

Artigo 143.º

Nos artigos 667.º e 668.º estabelece o codigo de processo os meios a seguir para os paes haverem a entrega dos filhos que os tiverem abandonado, e para fazerem recolher á casa da correcção o filho desobediente e incorregivel.

E nos artigos 665.º e 666.º regula o mesmo codigo o processo a seguir para ser entregue a mulher ao marido, quando ella o tiver deixado, e para ser obrigado o marido a receber a mulher em casa, quando elle a tiver abandonado.

Artigo 144.º

Dizia a Ord. liv. 4.º, tit. 98, que o pae não haveria o usufructo nos bens adventicios dos filhos—*quando alguma cousa for dada, ou deixada ao filho sob tal condição que não haja o pae o usufructo d'ella, nem outro algum proveito*—; e á face d'esta disposição questionava-se se a simples nomeação de administrador a filhos de paes ainda vi-

vos, visto que n'este caso não era possivel a existencia de tutela, podia valer o mesmo que a condição de serem excluidos os paes da administração e usufructo.

Em accordão de 24 de fevereiro de 1874, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 360, que não pertence aos paes o usufructo dos bens deixados aos filhos menores por um terceiro que lhes nomeia tutor, porque esta nomeação virtualmente significa intenção de os excluir da administração e usufructo d'esses bens, Ord. liv. 4.º, tit. 98.

Hoje que as relações entre paes e filhos são inteiramente outras das que reconhecia o direito romano, não ha principio que justifique a concessão do usufructo dos bens dos filhos menores aos paes. Todos os rendimentos dos bens dos filhos, que excedessem as despesas dos seus alimentos e educação, deviam ser capitalisados em beneficio d'elles, salva a obrigação de alimentarem os paes.

Artigo 149.º

Tambem já as portarias de 27 de abril e de 7 de novembro de 1840 haviam declarado, com fundamento na Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 6.º, e liv. 4.º, tit. 97, § 19.º, e tit. 98, § 7.º, que o pae binubo não podia ser privado por esse facto do usufructo dos bens dos filhos, porque não havia lei que lhe comminasse similhante pena.

(Vid. nota ao artigo 2221.º)

Em accordão de 12 de março de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 65, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o usufructo dos paes nos bens dos filhos terminava logo que estes attingiam a maioridade legal, e que a mãe viuva era obrigada a dar contas da sua gerencia anterior ao codigo civil.

Já na imprensa juridica se tem disputado se o conjuge sobrevivo, que não só não requereu o inventario dentro de dois mezes, mas tambem não fez ao curador geral dos orfãos a participação ordenada no artigo 189.º, fica sujeito ás duas penas ao mesmo tempo—perda do usufructo e pena comminada n'aquelle artigo.—

As disposições dos artigos 156.º e 189.º do codigo são a reproducção do velho direito consignado na Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 8.º, e na Nov. Ref. Jud. artigo 393.º, apenas com modificação na dureza das penas.

O artigo 189.º é só applicavel, como da respectiva epigraphe se mostra, aos casos de tutela, e não á hypothese de haver patrio poder, porque n'aquelles casos deve o curador promover o inventario dentro de um mez, artigo 190.º, quando os paes têm dois mezes para o requerer, talvez porque, sendo elles usufructuarios dos bens dos filhos, e administradores legaes das suas pessoas, não se torna tão urgente a intervenção do juizo orphanologico.

A pena da perda do usufructo porém ha de ser decretada em processo ordinario: não póde ser imposta no processo de inventario, que, por sua natureza summarissimo, não admitte defeza ao condemnado.

A pena de mulcta, comminada no artigo 189.º, tambem não póde ser imposta no inventario, como alguns pretendem, mas sim em processo civil ordinario em conformidade do disposto no artigo 188.º da Nov. Ref. Jud.

A pena da perda do usufructo comminada no artigo 162.º á mãe

que passa a segundas nupcias, tendo filhos de anterior matrimonio, não carece de ser imposta por sentença. Resulta da disposição da lei, verificado o facto do casamento; nem a binuba póde por qualquer defeza evitar a applicação da pena. Por isso o conselho de familia póde deliberar mantel-a ou não na administração dos bens dos filhos, independentemente de se ter verificado por sentença que ella está privada do usufructo.

Artigo 151.º

Nos artigos 512.º a 517.º regula o codigo de processo o modo como ha de ser prestada a caução a que são obrigados os paes, tutores, administradores ou curadores de menores, interdictos e ausentes.

Artigo 153.º

Em accordão de 1 de maio de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 23, julgou a Relação de Lisboa que, em vista do artigo 153.º do codigo, Ord. liv. 3.º, tit. 41, §§ 8.º e 9.º, e artigo 194.º da Nov. Ref. Jud., é nullo o processo em que não se nomeia aos menores tutor, alem do curador *ad litem*, se os interesses d'elles estão em opposição com os dos paes, embora o menor durante o processo complete a maioridade.

Em accordão de 27 de abril de 1876, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 20, julgou a Relação de Lisboa que demandado o pae conjunctamente com um filho menor, se a defesa do pae consiste em lançar a responsabilidade, quando a haja, a cargo do filho, deve nomear-se a este, alem do curador á lide, tutor especial que o defenda.

Em accordão de 17 de janeiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 372, julgou a Relação do Porto que não resulta nullidade de não ter sido nomeado curador aos menores, se a sentença não foi dada contra elles.

Artigo 157.º

O assento d'esta materia no velho direito era a Ord. liv. 3.º, tit. 18, § 7.º, e liv. 4.º, tit. 95, § inicial, e a Nov. Ref. Jud. artigo 293.º, n.º 5, que o codigo civil veio modificar.

Por direito velho a viuva que ficava gravida, constando o casal de bens, em que ella não podia ter a posse nos termos da cit. Ord. liv. 4.º, tit. 95, implorava o officio do juiz para entrar na posse d'aquelles bens, de que o posthumo era legitimo successor, verificado o facto da gravidez.

Todavia, em razão de não haver titulo que fundamentasse esta posse da viuva antes de nascido o filho, alteraram as leis modernas aquella jurisprudencia.

Effectivamente o direito da mãe n'estas circumstancias é puramente eventual. Depende do nascimento do filho com vida, porque se nasce morto passam os bens aos herdeiros do pae defuncto e não aos do filho; e nem a posse da viuva poderia estribar-se no patrio poder, que ella só adquire depois do nascimento do filho com vida.

Artigo 161.º

No artigo vem mencionado um dos casos em que a mãe póde ser inhibida pelo conselho de familia do exercicio do patrio poder; e todavia não vem prevenida esta especie nos artigos 168.º a 170.º, onde se tracta da suspensão e da perda do patrio poder, nem no artigo 224.º, onde se mencionam as attribuições do conselho de familia.

Por isso já na práctica se têm levantado duvidas sobre a coexistencia do preceito consignado no artigo 161.º com a doutrina do artigo 168.º, que não admitte a suspensão do patrio poder senão pela incapacidade dos paes, judicialmente reconhecida.

É porém necessario distinguir entre a suspensão do patrio poder, proveniente da *incapacidade* dos paes, e a suspensão do patrio poder, proveniente de *abuso*.

A *incapacidade* dos paes, a que se refere o artigo 168.º, é resultante da interdicção por demencia, surdez-mudez, etc., não abrange os casos de abuso, e é effectivamente verificada pelos tribunaes ordinarios em todas as circumstancias.

Em vista das disposições do codigo são tambem processados perante o juiz commum os abusos dos paes, tanto do pae como da mãe, durante a constancia do matrimonio, e os do pae mesmo depois de dissolvido o matrimonio, artigo 141.º Pertence pois ao conselho de familia conhecer dos abusos do patrio poder unicamente com respeito á mãe viuva, artigo 161.º

Talvez o legislador presumisse que com respeito á mãe podiam dar-se circumstancias que não devessem debater-se na publicidade dos tribunaes ordinarios, e que conviesse serem conhecidas apenas dos membros da familia.

Tambem já na práctica se pretendeu sustentar que a mãe podia ser inhibida do exercicio do patrio poder nos termos do artigo 161.º sem necessidade de ser ouvida, visto que o codigo não exige similhante audiencia.

Sendo porém regra geral de direito que ninguem deve ser condemnado sem ser ouvido, e exigindo o codigo, artigo 236.º, para a remoção ou exclusão dos tutores a audiencia d'estes, por maioria de razão deve ser ouvida a mãe para lhe ser tolhido o exercicio do patrio poder.

Já na vigencia do direito anterior julgára o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 21 de dezembro de 1855, publicado no *Diario do governo*, n.º 20 de 1856, que os paes não podiam ser suspensos do exercicio do patrio poder sem serem ouvidos.

A audiencia da mãe é exigida pelo codigo de processo, artigo 737.º

Artigo 162.º

Na práctica continuam as duvidas sobre se a mãe binuba, que é obrigada a dar contas da sua administração, visto ter perdido o usufructo dos bens dos filhos, ha de dar contas perante o conselho de familia ou perante o juiz.

Muitos entendem que do facto de o artigo 162.º dar ao conselho de familia a attribuição de manter a mãe binuba na administração dos bens dos filhos, e de lhes arbitrar as mesadas convenientes, se deduz que a mãe binuba ha de prestar contas ao conselho de familia; e

n'este sentido julgou o juiz de direito de Fronteira em sentença de 27 de novembro de 1872, publicada no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 15.

A Relação do Porto porém julgou em accordão de 17 de maio do mesmo anno, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 245, que é da exclusiva competencia do juiz, nos termos e nos prasos marcados no § unico do artigo 152.º do codigo, o tomar contas á mulher binuba.

O artigo 224.º, entre as attribuições do conselho de familia, não menciona a funcção de tomar contas aos administradores dos bens de menores.

Se porém o filho morre herda logo a mãe o usufructo. Não tem o usufructo dos bens do filho vivo, artigo 162.º; mas adquire-o logo que elle morre, e até a propriedade se elle não deixou irmãos germanos, artigo 1236.º O mesmo era por direito antigo, ainda que a mãe não participasse o facto do segundo casamento, Ord. liv. 4.º, tit. 91, § 2.º, e Nov. Ref. Jud. artigo 425.º

Sustentam alguns que o conselho de familia no arbitramento de mesadas aos menores não póde determinar que essas mesadas sejam o valor do rendimento das legitimas, mas que deve fixar precisamente o *quantum* das mesadas, porque aliás delegaria uma attribuição que só a elle pertence, e deixaria logar a questões que a lei quiz evitar, com a fixação precisa entre os administradores e a mãe sobre o computo das mesadas, que esta doutrina se deduz dos artigos 224.º, n.ºs 8 e 19, 348.º, e 1207.º, n.º 2 do codigo, e que este era o nosso direito velho, Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 15, e Nov. Ref. Jud. artigo 401.º

Não ha porém inconveniente em se destinar para as despesas do menor o rendimento das legitimas sem precisar a quantia, especialmente quando esses rendimentos são diminutos; e a práctica é n'este sentido.

Artigo 166.º

O pae perfilhante póde ser obrigado, como o tutor, a prestar caução pelos *rendimentos* dos bens do filho, visto não ser usufructuario, porque tambem o pae legitimo é obrigado por lei a prestar caução na hypothese especial prevista no § unico do artigo 148.º

Artigo 172.º

Em accordão de 21 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 171, julgou a Relação do Porto que, sendo commum a todos os filhos a obrigação de prestar alimentos aos paes, não podem estes intentar a respectiva acção sem audiencia de todos elles, para segundo as circumstancias peculiares de cada um se conhecer da parte que lhe toca na referida responsabilidade, que a nenhum é dado declinar sem comprovada impossibilidade.

Deduzem alguns das palavras do artigo 173.º—*aos ascendentes mais proximos de qualquer linha*—que o alimentado não é obrigado a demandar conjunctamente todos os parentes de ambas as linhas no mesmo gráu para a prestação de alimentos.

No entretanto deve allegar e provar que os não demandados não estão nas circumstancias de contribuir para os alimentos: e assim parece ter sido reconhecido na sentença proferida pelo juiz de di-

reito de Bayão em 22 de novembro de 1872, confirmada na Relação do Porto, como tudo póde vêr-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 274.

Resulta tambem do accordão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido nos autos de revista n.º 15:463, a jurisprudencia de que, pedindo-se augmento de alimentos aos irmãos que já estavam obrigados a pagal-os, não é preciso ao auctor articular que não tem descendentes que possam prestar-lh'os.

Artigo 179.º

Tambem a Associação dos Advogados de Lisboa, em conferencia de 17 de junho de 1874, opinou por unanimidade, segundo se mostra da respectiva *Gazeta*, 1.º anno, pag. 514 e 593, que as sentenças que arbitram alimentos subsistem em quanto não houver outras que as alterem, que o unico meio de fazer reduzir ou cessar os alimentos arbitrados é a acção ordinaria, fundada nos artigos 178.º e seguintes do codigo civil, mas que a sentença proferida sobre esta acção só poderá produzir effeitos, quando muito, desde a contestação da lide, não podendo conseguir-se durante o curso da causa, e antes de se obter sentença exequenda, a reducção provisoria.

O codigo de processo no artigo 962.º admitte a reducção dos alimentos por meio de embargos.

Os artigos 960.º a 963.º do codigo de processo contêm especialidades nas execuções por alimentos, tanto provisorios como definitivos.

São appellaveis no effeito devolutivo sómente as sentenças que arbitram alimentos provisorios; e são exequiveis em metade as sentenças que julgarem alimentos futuros, se não estiverem arbitrados alimentos provisorios, ou se estiverem em quantia menor, cessando estes em tal caso, codigo de processo, artigo 996.º, § 1.º, n.º 14, e § 2.º

Segundo se mostra da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 376, já decidiu um juiz de primeira instancia que a mulher, judicialmente separada do marido de pessoa e bens, e com direito reconhecido a alimentos, não podia renunciar aos vincendos, visto o preceito expresso do artigo 182.º

É certo que este artigo se refere unicamente aos alimentos devidos por direito de sangue. Mas por outro lado taes alimentos não têm fundamento no contracto, testamento, ou outro acto juridico d'esta natureza, mas sim na lei e na sentença judicial; podem dizer-se alimentos de familia, porque a mulher fica com o marido constituindo a mesma familia—*duo in carne una*—; e os alimentos devidos por direito de familia não podem ser objecto de compra nem de troca, artigos 1556.º e 1594.º

Em accordão de 7 de maio de 1875, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 693, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que uma vez confirmado o alimentando, por sentença passada em julgado, no direito de escolha dos bens, cujos rendimentos hão de ser consignados para pagamento dos alimentos prestandos, e sendo de raiz esses bens escolhidos, deve o alimentando entrar na posse e goso d'elles.

Parece-nos porém que o alimentando em tal caso só tinha o direito aos alimentos, garantido pela consignação dos bens, e não á posse dos mesmos bens.

Artigo 188.º

Em accordão de 26 de maio de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 399, julgou com toda a razão a Relação do Porto que o juiz ordinario é competente para proceder ao arrolamento provisorio dos bens mobiliarios de menores, orphãos de pae e de mãe, com assistencia do curador geral dos orphãos, vistos os artigos 188.º, 191.º, e 2010.º do codigo, e artigo 392.º da Nov. Ref. Jud.

O codigo de processo regula nos artigos 675.º a 679.º o modo da imposição de sellos para o caso de ter de proceder-se a inventario ou arrolamento de bens, e de haver justo receio de extravio.

Para o inventario é competente o juizo do logar da abertura da herança, cit. cod., artigo 22.º

O inventario por morte da conjuge sobrevivo é feito no juizo onde correu o inventario por obito do predefuncto; e se tiverem sido dois ou mais os conjuges do auctor da herança é o ultimo dos inventarios que regula a competencia: se porém for requerido o inventario no domicilio do auctor da herança, e os interessados não vierem com a excepção declinatoria no praso legal, fica firmada a competencia d'aquelle juizo para o inventario, cit. cod., artigos 23.º e 722.º

Para a imposição de sellos e para as providencias conservatorias dos bens da herança é tambem competente o juizo da situação dos bens, e qualquer d'estes actos póde ser practicado pelo juiz ordinario, cit. cod., artigos 22.º, § unico, e 34.º, n.ºs 4 e 5.

O juiz competente para o inventario é tambem o competente, ainda que não haja inventario, para nomear testamenteiro ou executor do testamento, para conhecer das suas contas, salvas as attribuições das auctoridades administrativas na hypothese do artigo 1905.º, § unico do codigo civil, e no que respeita ao cumprimento de legados pios, para auctorisar a venda dos bens por elle requerida, e para conhecer da sua escusa ou remoção, cit. cod., artigo 27.

Se o menor é interessado em mais de um inventario, tem competencia exclusiva para a administração de seus bens depois da partilha o juizo do inventario paterno ou materno, e na falta d'estes inventarios, ou quando os houver em diversos juizos, o do inventario mais antigo, regulando tambem esta competencia para a administração da pessoa, tanto antes como depois da partilha, ou o juizo do domicilio do menor na falta de inventario, cit. cod., artigos 28.º e 29.º

O arrolamento dos bens de que o testamenteiro houver de tomar conta, nos termos do artigo 1900.º, § unico, ha de ser requerido e feito em conformidade do disposto nos artigos 680.º a 683.º do codigo de processo.

Artigo 189.º

Nos termos do regulamento para a contribuição de registro de 30 de junho de 1870, artigos 17.º a 19.º, são obrigados a declarar ao escrivão de fazenda qualquer obito aquelles em cuja casa alguem fallecer, se sabem que o fallecido deixa herdeiros ou legatarios sujeitos á contribuição de registro; e tambem aquelle que ficar de posse de herança, cujos interessados sejam todos maiores, é obrigado a declarar ao mesmo escrivão se procede ou não a inventario e partilha judicial, e em que juizo.

Em accordão de 8 de abril de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 135, decidiu a Relação do Porto por tres votos contra dois que o representante de um ausente fallido em inventario judicial é o curador geral dos orphãos, vista a disposição expressa do artigo 389.º da Nov. Ref. Jud., opinando os vencidos que deviam ser admittidos a intervir os curadores fiscaes ou administradores da massa, nos termos das secções 3.ª e 5.ª do tit. 11, liv. 3.º, parte 1.ª do codigo commercial, estando munidos de auctorisação, nos termos do artigo 1182.º do mesmo codigo.

A razão porém estava do lado da minoria; porque, desde que o ausente era fallido, tractava-se menos dos interesses d'elle do que dos interesses da massa.

(Vid. notas aos artigos 315.º e 2064.º)

Artigo 193.º

Em accordão de 28 de janeiro de 1870, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 121, julgou a Relação do Porto que, sendo o interdicto equiparado ao menor, e estando a tutela deferida á mãe natural, que o reconhecera no assento do baptismo, a ella devia ser entregue tambem a administração dos bens, e não ao tutor testamentario nomeado pelo pae, não tendo applicação á especie nem o artigo 197, § unico, nem o artigo 277.º, porque a disposição d'este artigo rege só para o caso de não estar já perfilhado o filho illegitimo pelo outro progenitor, aliás verificar-se-hia a terminação do patrio poder fóra dos casos especificados no artigo 170.º

O administrador nomeado por estranho aos bens não carece de confirmação do conselho de familia, como a do tutor que, sendo dado *á pessoa*, não póde exercer as suas funcções sem a confirmação por uma entidade juridica que represente e substitua o patrio poder.

Por isso não é indispensavel para a nomeação de administrador feita por estranho que este deixe ao menor bens de valor excedente ao patrimonio d'aquelle.

Qualquer que seja o valor dos bens deixados ao menor por extranhos póde este nomear administrador especial, que ha de ser acceite, salvo o direito de remoção pelo seu máu procedimento na administração dos bens, ou por qualquer outra causa legitima.

Por ambigua ou mal redigida que esteja a disposição testamentaria, sempre que d'ella por qualquer modo se inferir que foi intenção do testador nomear administrador aos bens que deixou ao menor, deve ser respeitada esta sua ultima vontade.

Pelo direito anterior, Ord. liv. 4.º, tit. 102, e Nov. Ref. Jud. artigo 426.º, não era licito ao estranho nomear tutor, porque a tutela testamentaria era consequencia do patrio poder, jurisprudencia esta que foi herdada do direito romano.

Mas no direito romano apparecem já vestigios da tutela conferida por estranho, e a essa tutela alludem alguns dos nossos praxistas.

Esta nomeação porém tinha apenas o caracter de recommendação.

O codigo civil deu aos estranhos o direito de nomear tutor com as condições e restricções consignadas no artigo 197.º.

Os paes podem nomear tutor aos filhos por testamento ou por acto entre vivos, artigo 193.º O estranho só em testamento póde deferir a tutela, porque só por testamento se deixam as heranças e legados, artigos 197.º, 1735.º e 1736.º

Durante o patrio poder não póde deferir-se a tutela de estranho, artigo 185.º, e para a impedir basta a simples nomeação de tutor por qualquer dos paes.

A tutela conferida pelos paes não carece de ser confirmada pelo conselho de familia, salvo o caso de a mulher binuba nomear o segundo marido tutor dos filhos de anterior matrimonio, artigo 193.º § unico.

O *administrador* dos bens é que póde ser nomeado mesmo durante o patrio poder, como se mostra das palavras—*em todo o caso*—empregadas no § unico do artigo 197.º, e mais se confirma em presença do disposto no artigo 147.º, n.º 3.

O administrador póde ser nomeado tanto em testamento como em acto entre vivos, porque os paes podem ser excluidos da administração dos bens *doados ou deixados* aos filhos, cit. artigo 147.º, n.º 3.

O administrador não carece de confirmação do conselho de familia, nem está sujeito a caução, salvo determinação do nomeante em contrario.

A vontade do doador é lei n'este caso. Não succede o mesmo com o tutor, que, alem de administração dos bens, tem a seu cargo reger a *pessoa* do menor.

Póde porém o administrador, como o tutor, ser removido pela sua má gerencia.

O administrador é obrigado a dar contas, artigo 1339.º, que lhe deverão ser tomadas pelo representante do menor; e essa fiscalisação não prejudica o direito de livre administração. Póde porém o nomeante reservar o direito de tomar essas contas para o menor depois de maior ou de emancipado.

Se o estranho não póde nomear tutor aos menores a quem beneficia, se o pae ou mãe o nomearem, por maioria de razão não póde nomeal-o vivendo qualquer dos paes.

N'este caso fica sem effeito a nomeação do tutor, mas vale a instituição ou doação.

Artigo 207.º

A organisação do conselho de familia com os irmãos germanos e os maridos das irmãs germanas tem sido largamente discutida na imprensa juridica, como póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 118.

Na hypothese, prevista no § 1.º, de não haver parentes do lado da mãe e de ser necessario escolher tres amigos, fica o conselho de familia composto de seis membros, havendo assim logar ao empate.

Parece que n'este caso deve ser chamado mais um parente, como para especie analoga providenceia o § 2.º, e que este deve ser do lado paterno por analogia do disposto no artigo.

Artigo 212.º

O artigo 212.º, fallando do menor *tutelado*, parece excluir os filhos que têm vivo algum dos paes, porque esses estão sujeitos ao patrio poder, e não á tutela. No entretanto convirá ouvir tambem os menores sujeitos ao patrio poder em todos os casos, ou em todos os juizos onde se organisar conselho de familia em coexistencia com o patrio poder.

Os menores comprehendidos no preceito do artigo 212.º não devem deixar de ser ouvidos nos termos mais importantes do inventario, como licitações, sorteamento dos lotes, etc.

Artigo 213.º

Se houver empate no conselho de familia convoca-se para nova reunião, e achando-se impedidos alguns dos seus membros de modo que não possa esperar-se pela cessação do impedimento, poderá o juiz substituir as pessoas impedidas em conformidade do disposto no artigo 399.º da Nov. Ref. Jud.

Artigo 220.º

Em accordão de 9 de dezembro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 29, julgou a Relação do Porto que os recursos de appellação interpostos pelos curadores geraes dos orphãos no interesse dos seus curatellados, ainda que os tutores se recusem a fazer o preparo, devem ser expedidos ao tribunal superior, como está resolvido no artigo 12.º do regulamento de 12 de março de 1868 com relação ás decisões do conselho de tutela, sem embargo do disposto no artigo 111.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes.

Egual jurisprudencia adoptou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 16 de janeiro de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 27, de 5 de fevereiro do mesmo anno.

N'este sentido é a práctica do fôro.

Artigo 224.º

Ao n.º 9.—Têm alguns sustentado que em vista do artigo 921.º do codigo não póde o conselho escusar absolutamente da hypotheca o tutor, vistas as palavras d'aquelle artigo—*preenchendo-se depois essas formalidades*—, com o fundamento de que estas formalidades se referem ás formalidades do registo, para o caso de o tutor não ser absolutamente dispensado da hypotheca e apenas adiado o cumprimento d'este encargo, porque aliás haveria contradicção entre o preceito do artigo 921.º e o do artigo 224.º, n.º 9, devendo este, como mais claro, servir para interpretar e explicar aquelle.

O conselho de familia porém póde escusar o tutor *absolutamente* da hypotheca, como se exprimia o regulamento de 14 de maio de 1868 no artigo 154.º, ou escusal-o temporariamente só do registo e mais formalidades inherentes, ou admittir-lhe hypotheca de valor inferior ao prescripto no artigo 919.º, quando o nomeado não tiver bens sufficientes, como permitte o artigo 921.º

Esta era já a doutrina da lei de 1 de julho de 1863 nos artigos 115.º e 116.º. Que o conselho de familia póde escusar o tutor *absolutamente* da hypotheca se mostra ainda do artigo 301.º, onde na organisação do livro de registo das tutelas se manda incluir uma columna para n'elle se declarar—*se o tutor tem hypotheca ou prestou outra caução*—, e do artigo 908.º, onde se permitte dispensar as hypothecas de que tractam os artigos 1.º, 2.º e 3.º do artigo 906.º—*nos casos expressamente declarados na lei*—, que não são outros senão os especificados nos artigos 224.º, n.º 9, e 921.º

A dispensa absoluta de hypotheca póde ser determinada em vantagem do menor, cujo interesse, pelos seus poucos bens, reclame a dispensa d'uma exigencia que importaria despesas inuteis quando o tutor não carecesse de reforçar com bens immobiliarios as garantias offerecidas pela sua posição e moralidade.

A escusa temporaria é para assim dizer *obrigada* nas conservatorias do reino, onde o serviço do registo está tão atrazado que é preciso esperar mezes, e annos para se effectuar uma inscripção.

A obrigação de prestar hypotheca abrange não só os tutores *dativos*, nomeados pelo conselho de familia, artigo 203.º, mas tambem os *legitimos* por elle confirmados, artigos 201.º, § 2.º, e 224.º, n.º 2.º, e ainda os *testamentarios* nomeados pelos paes, artigo 193.º, § unico, sem embargo da confiança que possam merecer aos nomeantes, não podendo estes dispensal-os da hypotheca, vista a generalidade do disposto no artigo 918.º, e a necessidade de assegurar os interesses dos menores que os proprios paes são obrigados a garantir em certos casos, artigos 148.º, § unico, 151.º, e 162.º, § unico.

Quanto ao curador, a que se refere o artigo 921.º, ou seja curador dos ausentes, ou dos prodigos, ou dos interdictos por sentença penal, como não ha conselho de familia, salva a hypothese do artigo 320.º, n.º 4.º, é o juiz quem exerce as attribuições do conselho n'esta parte, assim como é o juiz quem as exerce com respeito ao administrador dos bens do menor, que se acharem a grande distancia, a que se refere o artigo 225.º

Já o nosso direito anterior, decreto de 26 de outubro de 1836, artigo 7.º, n.º 2.º, obrigava os administradores de bens de menores e de quaesquer outras pessoas a estes equiparadas, a garantir com hypotheca a sua responsabilidade.

A escusa de hypotheca, ou temporaria ou absoluta, não inhibe o conselho de familia ou o juiz de cassar essa dispensa, quando os interesses do administrado assim o reclamarem.

Ao n.º 14.—Já na imprensa juridica se tem discutido se a palavra—*maioridade*—empregada n'este numero se refere só á edade de 21 annos, ou se tambem abrange a emancipação. É porém certo que o codigo em varios artigos, por exemplo no artigo 1835.º, distingue perfeitamente entre *emancipação* e *maioridade*, e que na especie do n.º 14 não podia comprehender-se na maioridade a emancipação, que é um facto incerto.

Demais, tendo a commissão revisora substituido as palavras que vinham em o numero e artigo correspondente do projecto primitivo—*o tempo ordinario da tutela*—pelas que se léem hoje no codigo—*a epocha da maioridade*—, depois das reclamações do sr. Moraes Carvalho, que observava que a linguagem do projecto era equivoca, porque não designava explicitamente se se referia só á epocha da maioridade, ou se tambem á da emancipação, é evidente que não quiz referir-se com esta nova redacção senão á edade dos 21 annos.

Ao n.º 17.—Tem-se dicto que o tutor póde sem auctorisação do conselho de familia comprometter-se por parte do menor em arbitros que preparem e julguem uma causa commercial em um julgado em que não ha tribunal de commercio, apesar do artigo 224.º, n.º 17 do codigo e do artigo 150.º da Nov. Ref. Jud., visto que em tal caso é obrigatorio o arbitramento nos termos do artigo 1032.º do codigo de commercio.

Cremos porém que o tutor, ou como auctor ou como réo, não póde comprometter-se em arbitros sem auctorisação do conselho de familia, vista a regra geral estabelecida na legislação civil acima citada,

devendo ser supprida a auctorisação do conselho de familia, no caso de recusa, pelo despacho do juiz, por argumento do disposto no artigo 753.º do codigo de commercio.

O codigo de processo no artigo 2.º divide as acções, quanto ao seu objecto, em reaes ou pessoaes; e quanto ao fim que se propõem, em conservatorias ou persecutorias; e define acções *reaes* as que têm por objecto a restituição de cousas mobiliarias ou immobiliarias; *pessoaes* as que têm por objecto o cumprimento de obrigações; *conservatorias* as que têm por objecto manter a posse ou a fruição de direitos ameaçados; e *persecutorias* as que têm por objecto a restituição de cousas ou o cumprimento de obrigações; e declara que as acções persecutorias revestem, para todos os effeitos, a natureza de conservatorias, quando da demora da sua instauração podér resultar a extincção do direito.

A provisão de que as acções persecutorias revestem para todos os effeitos a natureza de conservatorias, quando da demora da sua instauração podér resultar a extincção do direito, é só applicavel ao caso de que o tutor tenha que intentar uma acção persecutoria, pedindo, por exemplo, o pagamento de uma divida proveniente de emprestimo ou de foros, e que não tenha tempo de requerer e obter a auctorisação do conselho de familia com o receio da prescripção.

N'este caso póde propôr a acção independentemente de auctorisação do conselho de familia, nos termos do artigo 243.º, n.º 9.º, porque a acção persecutoria reveste por este motivo e n'este caso a natureza de conservatoria.

Ao n.º 21. — O juiz deve fazer marcar o praso para o tutor prestar contas, porque sem o conselho de familia marcar os respectivos prasos não podem obrigal-o a prestal-as. O codigo no artigo 249.º e seguintes não marca praso algum para esse fim, como fazia a Nov. Ref. Jud.

Artigo 226.º

Já na imprensa juridica se tem discutido se nas deliberações do conselho de familia, de que ha recurso para o conselho de tutela, ha logar á prova testemunhal, como se o conselho de familia remove um tutor com fundamento em factos transeuntes, que o removido póde destruir completamente soccorrendo-se á prova testemunhal.

Perante o conselho de tutela não póde deduzir-se de certo este genero de prova, que é isso contra todos os principios de direito em materia de recursos. Mas poderá offerecer-se perante o conselho de familia?

Tanto o codigo como o regulamento são omissos sobre esta especie, mas em nosso entender os juizes devem admittir esta prova perante o conselho de familia, devendo ser elles e não o conselho os instructores do processo.

O Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 17 de fevereiro de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 56, de 10 de março do mesmo anno, revogou um accordão da Relação de Lisboa que se negára a receber o recurso de revista com o fundamento de ser definitiva a decisão do accordão na conformidade do § 3.º do artigo 226.º do codigo; mas revogou-o pela razão de que, depois de tomado e atempado o recurso, já não podia elle ser impedido na sua expedição e seguimento, por ser ao tribunal superior que competia conhecer, em tal caso da competencia ou incompetencia do mesmo recurso.

Tambem na práctica se tem discutido se da decisão do conselho de familia no caso do artigo 352.º havia recurso para o conselho de tutela. Decidiu o illustrado juiz da primeira vara de Lisboa que a disposição do artigo 226.º parecia applicavel só aos conselhos de familia nos inventarios, e não aos conselhos de familia especiaes, como são os das interdicções e das separações.

A Relação de Lisboa em accordão de 15 de novembro de 1870, como tudo póde ver-se no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 6, decidiu que a generalidade do artigo 226.º não se prestava áquella distincção, e que devia admittir-se o recurso para o conselho de tutela, não só no caso especificado no artigo 352.º, mas em todos os outros que não fossem expressamente exceptuados, como são os dos artigos 1062.º e 1208.º

A final o Supremo Tribunal de Justiça decidiu em accordão de 6 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 19, de 1874, que na especie do artigo 352 não havia recurso da decisão do conselho de familia para o conselho de tutela, porque o unico remedio que a lei concedia n'aquelle caso era o do § unico do mesmo artigo.

Esta jurisprudencia é a legal. Das decisões do conselho de familia, ou em inventarios ou não, é sempre admissivel o recurso para o conselho de tutela, quando elle funcciona como juiz, e não quando é entidade *adjuncta*, só para dar parecer, ainda que este parecer seja *decisivo*, como na especie do artigo 352.º

O codigo de processo nos artigos 792.º a 797.º providenceia sobre os recursos das decisões dos conselhos de familia para os conselhos de tutela.

Artigo 232.º

O decreto de 22 de outubro de 1874, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, publicado no *Diario do governo*, n.º 275, de 4 de dezembro do mesmo anno, declarou que os testamenteiros eram obrigados a pagar contribuição de registro pelos legados que recebessem, ainda em retribuição da testamentaria, não só porque assim o dispunha o regulamento de 30 de junho de 1870 no artigo 80.º, mas porque o encargo de testamenteiro era por sua natureza gratuito, visto o artigo 1892.º do codigo civil.

Artigo 234.º

Tambem não podem ser tutores os que estiverem condemnados por sentença em pena que os inhabilite para este cargo, nos termos do artigo 57.º do codigo penal.

Nos artigos 754.º a 756.º regula o codigo de processo os termos a seguir para a escusa, remoção, ou exclusão do tutor ou pro-tutor, do curador do prodigo, e dos vogaes do conselho de familia.

Artigo 244.º

(Vid. nota ao artigo 1562.º)

Artigo 250.º

Em accordão de 23 de agosto de 1871, publicado na *Revista de*

legislação e de jurisprudencia, de Coimbra, n.º 180, julgou a Relação de Lisboa que a approvação das contas da tutela é da competencia do conselho de familia e não do juiz.

Já na imprensa juridica se discutiu se mandando o juiz dar vista dos autos para o exame das contas aos vogaes do conselho de familia, ou a quem estiver encarregado de as examinar, o escrivão é obrigado a levar os autos a casa d'elles, ou elles a virem examinar o processo ao cartorio.

É omissa a lei a tal respeito, ficando por isso ao arbitrio prudente do juiz o regular este incidente do processo como lhe parecer.

Ja a Nov. Ref. Jud., que no artigo 447.º continha disposição identica á do artigo 250.º do codigo, nada providenciava [a similhante respeito.

Artigo 256.º

Tambem na imprensa juridica se tem discutido sobre o processo a seguir para obrigar os herdeiros do tutor á prestação de contas. O mais razoavel porém é requerer a citação d'elles pelo juizo e processo de inventario para aquelle fim. Se sob qualquer razão ou pretexto negam a obrigação de as prestar, é indispensavel recorrer ao meio comminatorio reconhecido no artigo 291.º da Nov. Ref. Jud., ou á acção de contas, onde póde deduzir-se a habilitação d'elles, juntando-se depois a respectiva carta de sentença ao inventario para se conseguir a prestação d'ellas.

Artigo 257.º

O preceito do artigo destôa do systema geral do codigo, que dá ao emancipado e sobre tudo ao maior o pleno direito de reger-se e administrar seus bens.

Esta innovação feita pelo codigo, porque não se achava no direito anterior similhante doutrina, foi de certo dictada no intuito de que o ex-pupillo, em razão do seu respeito e deferencia por aquelle que acabava de ser seu tutor, não poderia, sem auxilio de fiscalisação estranha, tomar-lhe severas contas.

Não póde, porém, dar resultado practico contra vontade do ex-pupillo o preceito do artigo. Nem o pro-tutor nem o curador podem interpôr qualquer recurso da tomada e approvação das contas. Nenhum d'elles, apesar do que em contrario se tem dicto, póde requerer a intimação do tutor para prestar as contas, porque a lei apenas lhes dá direito de assistirem ao exame d'essas mesmas contas.

O unico resultado practico proveniente d'este preceito é que o ex-pupillo póde em qualquer tempo reclamar a approvação das contas e a quitação geral, que haja passado ao tutor, se ao exame e á approvação d'ellas não assistirem o pro-tutor e o curador.

O codigo de processo, regulando nos artigos 761.º a 768.º os termos a seguir para a prestação das contas do tutor, curador ou administrador, deixa a mesma duvida, determinando apenas no artigo 769.º, com respeito á hypothese do artigo 257.º do codigo civil, que, havendo accordo entre o emancipado ou maior e o seu tutor ou administrador, será esse accordo reduzido a termo no inventario, e julgado por sentença, sem dependencia de qualquer outra formalidade.

Artigo 258.º

Em conferencia de 18 de maio de 1870, segundo se declara a pag. 150, tom. 1.º do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, respondeu, com razão, a Associação dos Advogados de Lisboa, que em vista do artigo 258.º, n.ºs 1.º, 2.º e 4.º, tractando-se de fiscalisar um acto do tutor, é para isso competente o sub-tutor, não podendo o conselho de familia nomear tutor *ad hoc*, e que não tem applicação a este facto o artigo 153.º, não só porque no caso do artigo 153.º não ha sub-tutor, mas porque o tutor *ad hoc*, no caso de conflicto de interesse entre pae e filho, é nomeado pelo juiz, e não pelo conselho de familia.

Em accordão de 30 de junho de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 161, de 21 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça nullo o acto de licitação em inventario, para que não foi citado o pro-tutor, sendo coherdeiro o tutor, e pela mesma razão a venda de um immovel do condominio dos menores.

Artigo 267.º

Tambem o codigo de processo, artigo 758.º, dispensa a praça na venda ou aforamento dos bens mobiliarios de menores.

Artigo 276.º

Se o auctor da herança deixar filhos legitimos e perfilhados ao mesmo tempo hão de organisar-se, para funccionarem conjunctamente, o conselho de familia nos termos do artigo 207.º, e conselho de vizinhos nos termos do artigo 276.º?

É omissa no codigo esta hypothese. Cremos porém que não póde haver senão *um* conselho para tractar dos interesses *communs* dos menores, como se deprehende do artigo 2091.º e d'outros correlativos, embora haja dois ou mais tutores, como succede nos inventarios em que concorrem netos, filhos de differentes filhos do inventariado, tendo cada grupo o pae ou mãe por administrador, e sendo todos regidos pelo mesmo conselho.

A haver um conselho só, deve ser organisado nos termos do artigo 207.º, e não em conformidade do artigo 276.º, não só por ser aquella a regra, mas porque, sendo o conselho de familia formado dos parentes e amigos do pae, satisfaz até certo ponto ás condições do artigo 276.º

Se porém, como ordinariamente acontece, os membros do conselho de familia formarem uma especie de conjuração contra o menor perfilhado, deverá compôr-se o conselho de familia por fórma que elle tenha alli quem advogue os seus interesses.

Artigo 284.º

Na imprensa juridica levantou-se polemica, como póde ver-se no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.ºs 16 e 36, sobre se depois da promulgação do codigo civil cessaram as attribuições que pela lei anterior

incumbiam ás junctas geraes ácerca de expostos, e passaram para as respectivas camaras municipaes.

Sobre esta materia alguma cousa se achava já providenciado nas velhas Ordd.

Pela Ord. liv. 1.º, tit. 73, § 4.º, eram os *quadrilheiros* encarregados de saber se se suspeitava de parto de alguma mulher que andasse gravida, a qual deviam mandar prender não dando ella conta do parto; e no tit. 88, § 11.º punha-se a cargo dos paes e dos parentes a alimentação dos filhos illegitimos, salvo se os parentes não quizessem, ou se esses filhos proviessem de coito com religiosos ou com mulheres *casadas*, porque então ficavam a cargo dos hospitaes ou albergarias que tivessem bens destinados para esse fim, e na falta d'estes ficavam a cargo dos concelhos.

Posteriormente as ordens da intendencia geral de policia de 10 de maio de 1783 e de 6 de dezembro de 1802 mandaram estabelecer em cada cidade ou villa um logar para recolher as crianças, sem se saber quem as levava, e para as alimentar.

O alvará de 18 de outubro de 1806 voltou ao systema da Ord., admittindo na roda unicamente os filhos de *parto secreto*, e obrigando a mulher solteira a dar conta do parto, e em regra a crear os filhos.

O decreto de 19 de setembro de 1836 entregava a administração particular de cada roda á camara respectiva debaixo da inspecção da junta geral do districto, e declarava districtaes estas despesas; e o codigo administrativo no artigo 216.º, n.ºs 7 e 8 confere á junta geral de districto a attribuição de votar as quotas com que os concelhos devem contribuir para a sustentação dos expostos, e designar os logares em que as rodas devem estabelecer-se, considerando estas despesas como obrigatorias para as camaras municipaes, artigo 133.º, n.º 7.

Esta doutrina parece ter sido effectivamente alterada pelo codigo civil. O artigo 284.º põe a cargo das *respectivas* camaras municipaes a administração dos expostos; e para este effeito equipara a administração das camaras á das pessoas que se houverem encarregado voluntaria ou gratuitamente da creação d'elles.

Por outro lado o artigo 294.º, em caso analogo, manda entregar os filhos menores de pessoas miseraveis á *respectiva* municipalidade para os fazer crear, alimentar, e educar á conta das rendas *do concelho*.

A legislação civil podia revogar n'esta parte o direito administrativo, como revogou n'alguns casos o direito commercial, artigos 1194.º a 1197.º

As camaras municipaes, pois, podem hoje reclamar para sustentarem unicamente os expostos do seu concelho. Porém difficilmente poderão tornar effectivos os seus direitos sem o governo organisar por meio de decreto este importante e complicado ramo do serviço publico.

Sobre a questão se ainda hoje tem logar a acção de creações, descobrindo-se o pae, como póde inferir-se das palavras do artigo—*cujos paes não forem conhecidos*—vid. nota ao artigo 133.º

Artigo 292.º

O disposto no artigo 292.º é uma excepção ás regras geraes da successão, taxadas no artigo 1969.º

Em accordão de 12 de março de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 24, julgou com razão a Relação do Porto que é inapplicavel a disposição do artigo 292.º do codigo em quanto não estiverem creados estabelecimentos de beneficencia pupillar, ou magistratura que os substitua, que tome conta e cure dos expostos desde os 7 até os 18 annos, visto o artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, que deu força de lei ao codigo.

Já na imprensa juridica se discutiu se o artigo 292.º importa uma restricção ao disposto nos artigos 1969.º n.º 4.º e 2003.º, de modo que o estabelecimento de beneficencia pupillar, depois de creado, exclua da successão do exposto ou abandonado o conjuge sobrevivo.

Em vista porém do preceito claro e expresso do artigo, se o exposto ou abandonado fallecer abintestado e sem descendentes, é o conselho de beneficencia pupillar, depois de creado, o seu herdeiro de preferencia ao conjuge sobrevivo.

Em portaria de 30 de agosto de 1875, publicada no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 28, determinou o ministerio do reino ao governador civil de Vianna do Castello que ordenasse á camara municipal de Valença que tomasse conta de duas crianças, nos termos do artigo 294.º do codigo civil, verificando elle primeiro se as crianças estavam nas condições prescriptas no mesmo artigo.

Artigo 300.º

O disposto nos artigos 300.º a 303.º parece referir-se unicamente aos menores que não estão sujeitos á administração dos paes, salvo talvez o caso de os paes perderem por qualquer dos modos reconhecidos no codigo civil o patrio poder, que tenham de dar contas da sua gerencia, ou que, mesmo conservando o patrio poder, se nomeie administrador aos bens dos menores.

Artigo 304.º

O decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de dezembro de 1870 declara que era competente o tutor para representar o menor que havia casado sem licença e que não havia attingido a maioridade, achando-se por isso ainda inhibido da administração dos bens nos termos do artigo 1060.º do codigo civil.

Entre os direitos dos menores emancipados e dos maiores, importantes eram as differenças pelo velho direito, Ord. liv. 1.º, tit. 3, § 7.º, e tit. 88, e liv. 3.º, titt. 9 e 42, e Nov. Ref. Jud. artigos 458.º a 460.º; e muito se disputava se a restricção estatuida no cit. artigo 458.º da Ref. abrangia todos os emancipados, ou só os emancipados por concessão dos paes ou do conselho de familia.

O codigo, equiparando em geral os menores emancipados aos maiores, faz todavia restricções quando a emancipação se effectuou por meio do casamento, porque o casamento só produz a emancipação verificando-se as condições prescriptas no artigo 306.º

Pelo direito anterior não só a emancipação habilitava apenas para actos de administração, mas era sujeita á revogação. O codigo porém destruiu-lhe estas duas condições.

Recommendamos a leitura da excellente obra sobre o codigo civil do sr. Moraes Carvalho a pag. 55, e o n.º 9, 6.º anno, do jornal—*O Direito*, onde se estabelecem doutrinas contrarias ás que expozemos

em a nota a este artigo, mas que não alteram as nossas convicções sobre o assumpto.

Quando as legitimas do emancipado não rendem 50$000 réis, não são sujeitos ao sello os alvarás de emancipação, podendo provar-se, na falta de inventario, esta circumstancia com certidão jurada do parocho, por argumento do disposto na verba 4.ª, tabella n.º 3 do regulamento de 18 de setembro de 1873.

O menor que pretende a sua emancipação póde requerel-a por meio do tutor, ou do sub-tutor no caso de recusa d'aquelle, ou requerel-a directamente no caso de recusa de ambos.

Sustentam alguns que o menor em caso nenhum póde requerer a emancipação. Fundam-se em que o menor não póde ser emancipado senão por *concessão* do pae, ou da mãe, ou do conselho de familia, em que para requerer a convocação do conselho de familia é competente o tutor, artigo 243.º, n.º 5.º, e não o menor, e em que o artigo 479.º do codigo civil francez, que parece ser a fonte do nosso artigo, não especifica o menor entre as pessoas que podem requerer a emancipação d'este.

Seguimos porém a opinião de que o menor não póde ser inhibido de exercer a iniciativa para a sua emancipação desde que a sua audiencia e consentimento são precisos para ella se verificar, artigo 307.º

Não póde obstar a esta doutrina o preceito do codigo civil francez, nem a lei dá ao tutor o direito de requerer a convocação do conselho de familia.

Pelo codigo de processo, artigos 770.º e 771.º, quando a emancipação houver de ser concedida pelo pae ou pela mãe, só por estes póde ser requerida; e quando houver de ser concedida pelo conselho de familia, só o menor póde requerel-a.

O juiz não deve mandar passar o alvará de emancipação sem ouvir o curador geral dos orphãos, visto o preceito expresso e generico do artigo 221.º

É digno de ler-se um artigo publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 39, sobre emolumentos e salarios de emancipações.

Artigo 308.º

A emancipação deve fazer-se sempre que seja possivel no juizo do inventario.

O juiz suspende a entrega dos bens ao maior, havendo processo para interdicção ou por demencia on por surdez-mudez, e não por prodigalidade, e conseguintemente nega a baixa no registo das tutelas, apesar de que a redacção do artigo 313.º parece não lhe dar faculdade para este facto.

Seria porém absurdo que o juiz negasse ao maior a entrega dos bens para elle os não dissipar, e ao mesmo tempo o habilitasse a tractar validamente com terceiros, mandando dar baixa no registo das tutelas.

Artigo 315.º

Na Associação dos advogados de Lisboa, como póde ver-se na respectiva *Gazeta*, 3.º anno, pag. 369 e 433, discutiu-se se o individuo assim como póde nomear tutor aos filhos, artigo 193.º, e procurador que o represente na sua ausencia, artigos 55.º e 63.º, n.º 2.º, póde

tambem nomear administrador, que reja a sua propria pessoa e bens no caso que venha a cahir em demencia, e evitar assim a tutela legitima ou dativa.

É aquella respeitavel corporação com razão decidiu unanimemente pela negativa em face da lei vigente.

Logo no começo da execução do codigo foi muito questionado se nas comarcas de Lisboa e Porto os magistrados competentes para intervirem nos processos de interdicção por demencia eram os curadores geraes dos orphãos ou os delegados do procurador regio.

A Relação de Lisboa em accordão de 6 de outubro de 1868, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 215, julgou que, sendo havido como orphanologico o processo de interdicção, assim antes como depois da publicação do codigo civil, mandando este intervir o conselho de familia no mesmo processo, e ainda antes do julgamento, a expressão generica—*ministerio publico*—empregada em differentes artigos do tit. 10.º, liv. unico da parte 1.ª do citado codigo, não póde razoavelmente deixar de referir-se, nas comarcas de Lisboa e Porto, aos curadores geraes dos orphãos, visto que são elles os que nos processos orphanologicos em primeira instancia exercem as funcções de ministerio publico, como se acha authenticamente declarado no decreto de 25 de novembro de 1841, promulgado em virtude da auctorisação concedida ao governo na lei de 28 de novembro de 1840.

Egual decisão proferiu o mesmo tribunal em accordão de 6 de agosto de 1873, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 401, e em accordãos de 8 de março e 27 de agosto de 1870, e de 14 de outubro de 1871, conforme se declara na mesma folha, 2.º anno, pag. 404.

Porém o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 7 de fevereiro de 1871, publicado no *Diario do governo* de 4 de março do mesmo anno, estabeleceu a jurisprudencia contraria.

Diz o accordão:

«Attendendo porém a que a interdicção em quanto não é decretada, não póde a pessoa, a quem a questão diz respeito, dever ser desde logo equiparada aos menores para como tal ficar sujeita ao juizo orphanologico, porque é exactamente esse estado de pessoa aquelle que se ventila, e a que a lei quer dar maxima garantia com maximas cautelas que estatuiu para similhantes causas;

«Attendendo a que o artigo 317.º, § 2.º do codigo civil é terminante em mandar em questões d'esta natureza que seja ouvido o ministerio publico, e não o curador geral dos orphãos, como para este e em outros diversos casos lhe prescreve nos artigos 158.º, 192.º, 220.º, 223.º, e alguns mais do citado codigo civil, o que bem indica querer o legislador dar só aquella attribuição ao representante da sociedade o ministerio publico, com a exclusão do curador geral;

«Attendendo a que, quando a lei é expressa, clara, e não comporta ambiguidade, cumpre, acatando-a, executal-a;

«Attendendo outrosim, a que, em identica hypothese á de que se tracta, assim já foi decidido por este Supremo Tribunal, etc.»

Em harmonia com esta doutrina julgou a Relação de Lisboa em accordão de 21 de novembro de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 404, sustentando que as palavras—*ministerio publico*—, empregadas no artigo 315.º, § unico, se referem em Lisboa e Porto ao delegado do procurador regio, e não ao curador geral dos orphãos, que é entidade muito differente,

e cujas attribuições são restrictas á defesa dos *orphãos, dementes, e ausentes em parte incerta.*

O codigo de processo, determinando no artigo 434.º que nas acções de interdicção seria representado o ministerio publico, nas comarcas de Lisboa e Porto, pelos curadores geraes dos orphãos, resolveu satisfactoriamente as grandes duvidas que se levantavam a este respeito.

O ministerio publico deve sempre intervir nas questões sobre o estado das pessoas, pelo preceito do artigo 53.º, n.º 13, da Nov. Ref. Jud., como julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 10 de março de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 29 do mesmo mez e anno, e em muitos outros.

Em accordão de 20 de abril de 1875, publicado na mesma folha, n.º 107 de 14 de maio do mesmo anno, julgou aquelle tribunal que a Relação deve conhecer da *appellação* interposta da sentença que recahiu sobre a habilitação deduzida pelo que requer a interdicção de um parente com o fim de se mostrar pessoa legitima para este requerimento, porque a habilitação n'este caso não póde considerar-se mero incidente de uma causa proposta e em andamento para se lhe applicarem os artigos 325.º e seguintes da Ref. Jud., e que com mais razão deve considerar-se definitiva essa sentença, se o conselho de familia foi constituido contra o determinado nos artigos 207.º e seguintes do codigo, e isso foi allegado nos autos.

Em accordão de 30 de janeiro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 14, annullou a Relação de Lisboa um processo de interdicção por demencia, porque a acção tinha sido intentada orphanologica e não civilmente, porque o conselho de familia não tinha sido organisado em harmonia com a lei, e porque no exame tinham intervindo mais de dois facultativos, por entre estes dois ter havido empate.

Sobre a distribuição dos processos de interdicção veja-se a *Revista critica de jurisprudencia geral e legislação*, tom. 1.º, pag. 378.

O ministerio publico não é competente para requerer a interdicção senão nos casos expressamente taxados no artigo.

Já houve quem sustentasse que a palavra—*falta*—, que se lê em o n.º 1.º do artigo 346.º, abrange tanto a hypothese de não haver parentes, como a de os haver, e de não quererem propôr a acção. Esta doutrina porém ataca a redacção e o pensamento do artigo 346.º; e por isso foi condemnada por accordão da Relação de Lisboa de 3 de dezembro de 1870, como póde ver-se em o n.º 11 do jornal—*O Direito*, 3.º anno, e da Relação do Porto de 6 de dezembro de 1872, publicado no mesmo jornal, 5.º anno, n.º 3.

Não é preciso que todos os herdeiros requeiram a interdicção, nem é necessaria a intervenção de todos para a organisação do conselho de familia.

O processo de interdicção póde ser requerido por qualquer dos parentes successiveis do demente, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 27 de agosto de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 2.

É porém necessario para a procedencia da acção de interdicção por demencia, que no processo se ache verificada a qualidade de parente successivel do arguido, com que o requerente vem a juizo, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 4 de fevereiro de 1876.

Por isso nos parece menos legal a decisão tomada pela Relação do Porto em accordão de 24 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 168, que declarou a interdicção por demencia a requerimento do ministerio publico, com o fundamento de que o conjuge e os parentes successiveis, longe de a requererem, maltractavam o demente.

Nos processos de interdicção, a requerimento do ministerio publico, pendentes ao tempo da promulgação do codigo, cessou immediatamente a competencia d'aquelle, se se não verificavam todas as circumstancias especificadas no artigo 346.º para ella se dar; e esta doutrina parece ter sido reconhecida pelo Supremo Tribunal de Justiça, como se declara a pag. 43, tom. 1.º do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, e se mostra da nota ao artigo 340.º

Em accordão de 24 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou a Relação do Porto que o juiz não póde de motu proprio, e por um simples exame, sem ouvir o ministerio publico e o conselho de familia, declarar demente uma pessoa e auctorisar a sua reclusão em Rilhafolles.

Em accordão de 6 de outubro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 234, julgou a Relação de Lisboa por tres votos contra dois, que o ministerio publico era competente para requerer a interdicção de um surdo-mudo, ainda que este tivesse parentes successiveis, sem embargo da referencia que faz-o artigo 339.º aos artigos 345.º e 346.º, vistas as palavras do artigo 337.º—*serão postos em tutela*—.

Em accordão de 21 de janeiro de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 17, decidiu a Relação de Lisboa que, sendo necessario intentar algum pleito contra desassisado, que ainda não esteja declarado tal por sentença, deverá o juiz nomear-lhe curador especial que o defenda no pleito, visto que não é licito requerer a interdicção por demencia senão ás pessoas designadas nos artigos 345.º e 346.º, e porque no artigo 60.º, em caso menos difficil, se contenta o codigo com a nomeação de curador especial feita pelo juiz da causa, contra réo ausente que não tenha ainda curador provisorio para o defender na mesma causa.

O modo de proceder na instauração das acções no caso de demencia notoria em quanto não ha sentença de interdicção, e tutor nomeado ao demente, não foi previsto na legislação vigente, mas está já regulado no artigo 12.º do codigo de processo.

Pelas disposições do codigo civil parece que, não sendo requerida pelo ministerio publico a interdicção, é só este o defensor do arguido. A práctica porém, e práctica razoavel nos auditorios de Lisboa, permitte ao interdicto constituir advogado e procurador que o defendam.

Artigo 317.º

O codigo de processo, artigo 30.º, tambem declara competente para as acções de interdicção o juizo do domicilio do arguido, ao qual dá jurisdicção exclusiva para prover ácerca da pessoa do interdicto, e sobre a administração de todos os seus bens, incluindo, depois de partilhados, os que lhe pertencerem por qualquer inventario.

Nos artigos 419.º a 422.º estabeleceu o mesmo codigo os termos a seguir na acção de interdicção por demencia, e modificou a doutrina do codigo civil, determinando que, ainda sendo contrario ao requerente o parecer do conselho de familia, só será indeferido o re-

querimento se o requerente exigir que se proceda ao interrogatorio e exame do arguido por dois facultativos, e se este exame confirmar o parecer do conselho.

Em accordão de 21 de maio de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 130 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, sem embargo do disposto no artigo 317.º, § 1.º, não é preciso especificar na petição d'acção de interdicção os factos indicativos da demencia, quando se ajuncta como parte integrante attestado de facultativo bem explicito sobre o desarranjo mental, que não é nullidade a falta de entrega da copia da mesma petição ao defensor do arguido, quando este a examinou nos proprios autos, e assistiu a todos os termos substanciaes do processo, como não é nullidade o não se ter especificado o parentesco dos vogaes do conselho de familia com o arguido, visto o artigo 207.º, § 3.º

Em accordão de 18 de fevereiro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 154, julgou a Relação de Lisboa que as causas de interdicção, pendentes nos juizes ordinarios ao tempo da promulgação do codigo, deviam ser logo remettidas ao respectivo juiz de direito para ahi continuarem seus termos.

Se o arguido de demencia se acha fóra do juizo onde corre o processo, o interrogatorio e o exame, a que se refere o § 4.º do artigo, ha de ser feito por deprecada.

Em accordão de 6 de março de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 24, julgou a Relação de Lisboa, em nosso entender, contra os principios e contra a lei do processo que, sendo obrigatorio o recurso de appellação no caso do § 7.º do artigo, como nas hypotheses dos artigos 1185.º e 1197.º da Nov. Ref. Jud., se devia tomar sempre conhecimento d'elle, sem investigar se tinha sido interposto em tempo ou fóra de tempo.

O argumento de analogia, invocado pela Relação, não procede, porque nos casos previstos nos artigos 1185.º, § unico, 1187.º, § unico, e 1197.º, 2.ª parte, determina a lei peremptoriamente, que a sentença condemnatoria não póde ser executada senão depois de confirmada pela Relação.

Tambem a Relação do Porto decidiu em accordão de 25 de junho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 246, que, requerido o termo de appellação nos termos do § 7.º do artigo, não é o juiz recorrido, mas o tribunal superior o competente para conhecer da legitimidade e legalidade do recurso.

Este mesmo tribunal julgou em accordão de 30 de janeiro d'aquelle anno, publicado no referido jornal, n.º 232, que nas causas de interdicção por demencia e prodigalidade deviam ser inquiridas sobre os factos constantes do interrogatorio as testemunhas de defesa.

As custas da interdicção são pagas pelo arguido, se for julgada procedente a acção, e pelo requerente no caso contrario, cit. codigo, artigo 107.º

Se porém foi requerida pelo ministerio publico ou por iniciativa sua, ou sobre participação d'alguma auctoridade, nem esta nem aquelle podem ser condemnados nas custas.

Os interdictos, bem como as pessoas que requerem em nome ou em proveito d'elles, são sempre exemptas de multa, cit. codigo, artigo 123.º

Pelo exame, a que se refere o § 4.º, devem contar-se emolumentos e salarios em conformidade do artigo 22.º, n.º 1.º, da tabella de 30 de junho de 1864.

Em accordão de 9 de janeiro de 1873, publicado no mesmo jornal, n.º 369, julgou a Relação do Porto que os agentes do ministerio publico nas causas de interdicção por demencia, não têm emolumentos pela assistencia aos conselhos de familia, nem pela assistencia ao exame e inquirição do demente; mas que os juizes têm emolumentos pela assistencia áquelles conselhos.

O demente que não estiver julgado interdicto é representado, como já dissemos, por um curador em conformidade do disposto no artigo 12.º do codigo de processo, cessando esta representação nos termos prescriptos nos differentes §§ do mesmo artigo.

A acção de interdicção do surdo-mudo é regulada no artigo 423.º do citado codigo, que lhe applica as disposições estabelecidas para a acção de interdicção por demencia.

Se a interdicção resultar de sentença penal condemnatoria, distribuida como processo de interdicção uma certidão da sentença passada em julgado, o juiz deferirá a curatela a quem competir, cit. codigo, artigo 426.º

O registo e a publicação da sentença de interdicção são regulados no artigo 427.º do mesmo codigo.

Da sentença que decreta a interdicção cabe appellação e embargos, e admitte-se na materia dos embargos e da contestação qualquer meio de prova, cit. codigo, artigos 428.º e 429.º

Artigo 324.º

O codigo de processo, artigo 430.º, manda inventariar os bens do interdicto só depois de haver sentença passada em julgado, ou que só admitta recurso de revista, e não permitte inventario dos bens do prodigo ou do surdo-mudo senão quando a interdicção é geral, devendo todavia tomar-se as providencias indispensaveis para a conservação dos bens.

Artigo 326.º

A generalidade dos preceitos contidos no § 1.º dos artigos 326.º e 327.º dá logar a sustentar-se que a mulher tutora do marido interdicto póde fazer até doação dos bens d'elle, sendo para isso auctorisada pelo juiz, com audiencia do ministerio publico, e do parente mais proximo do marido.

O juizo porém não deve auctorisar a alienação dos bens, senão quando d'ahi resultar evidente utilidade ao interdicto.

Artigo 336.º

Já no foro se levantou questão se da decisão do conselho de familia, artigo 352.º, podia interpôr-se recurso para o conselho de tutela. O juiz de primeira instancia indeferiu o termo de recurso e com razão, porque sobre a deliberação do conselho de familia havia de recahir um despacho, e d'esse despacho é que deveria interpôr-se o recurso, e tanto mais que sendo necessaria a *annuencia* do conselho de familia para o levantamento da interdicção, não ha outro recurso d'esta decisão do *conselho* senão para o mesmo conselho passados cinco annos. Succede com as deliberações do conselho de fa-

milia n'este caso o mesmo que na especie da licença para casamento, artigo 1062.º, e nas causas de divorcio, artigo 1208.º

A Relação de Lisboa, porém, em accordão de 15 de novembro de 1870, como tudo póde ver-se no jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 6, mandou tomar o termo de recurso, argumentando com a generalidade do preceito consignado no artigo 226.º, que não admitte outras excepções além das reconhecidas nos artigos 1062.º e 1208.º, e fundando-se em que, sendo admissivel o recurso da decisão do conselho de familia sobre a emancipação do menor, tambem o deve ser na questão do levantamento da interdicção, até porque o interdicto é equiparado ao menor quanto á administração de seus bens; porque no caso de duvida deve adoptar-se a interpretação mais favoravel ao recurso; e porque finalmente seria incongruente que, não confiando a lei do conselho de familia decisão alguma, e exigindo apenas o seu parecer para o julgamento das interdicções, como se mostra dos artigos 317.º, 339.º, e 343.º § unico, lhe confiasse a decisão de ser ou não levantada a interdicção por prodigalidade, e sem recurso, visto que nem pelo recurso de appellação poderia ser supprida a falta da sua annuencia, attenta a redacção do artigo 352.º

Porém o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 9 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 19 de 1874, decidiu que n'esta especie não havia recurso da decisão do conselho de familia para o conselho de tutela.

Diz o accordão:

«Considerando porém que toda a argumentação do accordão parte de falso presuppôsto, tomando como decisão absoluta do conselho de familia a mera opinião que deve emittir nos termos do artigo 352.º, opinião que de per si nada importaria em conflicto com a opinião do ministerio publico;

«Considerando que além dos dois elementos, *conselho de familia e ministerio publico*, é indispensavel que o juiz, a quem se recorre, ordene ou deixe de ordenar o levantamento da interdicção, formando o seu juizo em harmonia com as bases que para isso a lei estabelece;

«Considerando que sómente depois de proferido esse despacho existe verdadeiramente uma decisão formal susceptivel de recurso, se cumprisse não sobre o ponto de levantamento, ou não, da interdicção a que a lei apenas concede o remedio do § unico do citado artigo 352.º, mas por qualquer nullidade que tenha occorrido; etc.»

Parece-nos legal esta jurisprudencia. Não ha recurso da decisão do conselho de familia; e, com quanto haja recurso da decisão do juiz sobre o levantamento ou não levantamento da interdicção por qualquer motivo de nullidade, é certo que o não póde haver sobre o ponto principal, visto que sem a annuencia do conselho de familia e do ministerio publico não póde levantar-se a interdicção por prodigalidade.

É barbara similhante jurisprudencia, mas é a que está na lei. Talvez o legislador fosse movido n'esta parte pelo receio dos conluios, aliás muito frequentes, para levantar a interdicção do prodigo e especular depois com o seu espirito dissipador.

O codigo de processo estabelece nos artigos 431.º e 432.º os termos a seguir para se levantar a interdicção do demente, do surdo-mudo e do prodigo, e acabou com a iniquidade, reconhecida no codigo civil, que não permittia o levantamento da interdicção áquelles sem parecer favoravel do conselho de familia, e o levantamento da interdicção

a este sem a annuencia do ministerio publico e do conselho de familia.

O mesmo codigo introduziu, artigo 435.º, o preceito de que a sentença que levantar a interdicção não produz effeito algum, em quanto estiver pendente de recurso, mas que se passar em julgado, ter-se-ha por levantada a interdicção, para todos os effeitos, a contar da data da sentença.

Artigo 340.º

O conjuge separado de pessoa e bens por culpa sua não póde requerer a prodigalidade do outro, porque não póde succeder-lhe, artigo 2003.º

No entretanto já vimos julgar o contrario no juizo de Lisboa.

O illustrado auctor da *Gazeta dos tribunaes*, que foi membro da commissão revisora do codigo civil, conta em o n.º 4469 d'aquella folha que sobre a interdicção dos prodigos houve grande questão no seio da commissão, pretendendo alguns economistas, membros d'ella, que não se admittisse similhante interdicção, seguindo-se assim o exemplo de Inglaterra.

Sustentava-se que não era possivel definir bem a prodigalidade, nem assignar as raias ou os limites da justa mediania ou temperança nas despesas; e tanto que o infante D. Henrique, verdadeiro auctor da nossa grandeza, foi tido na voz publica como prodigo, ou esbanjador das grossas rendas do gran-mestrado de Christo, que todas consumiu em descobrimentos inuteis.

Accrescenta porém aquelle insigne Jcto que venceu a opinião contraria, principalmente por causa dos escandalos e exemplos que havia na capital, e associações estabelecidas para explorar esta classe de gente.

Em accordão de 18 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 341, julgou a Relação de Lisboa, por tres votos contra dois, interdicta por prodigalidade uma mulher que era de tal modo dada ao vicio da embriaguez, que alienava os seus bens sem precisão nem conhecimento de causa.

A acção de prodigalidade não póde ser intentada senão contra pessoas maiores, ou havidas como taes pela emancipação, devendo n'este sentido entender-se os artigos 313.º e 314.º de harmonia com o artigo 340.º: e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 12 de junho de 1872, publicado na mesma folha, n.º 418.

Artigo 343.º

N'estes processos em caso nenhum intervem pelo codigo civil o curador geral dos orphãos, mas sim o ministerio publico. Ou se tracte de interdicção, ou da administração dos bens depois da interdicção, é sempre o ministerio publico, e não o curador geral dos orphãos, que intervem por parte da sociedade, como bem se mostra dos artigos 55.º, 63.º, 317.º § 2.º, 341.º, 343.º, 346.º, e 349.º a 351.º

Se algumas vezes o codigo falla de curador, referindo-se ao prodigo, toma curador como synonymo de administrador.

O codigo de processo porém revogou, como vimos, esta doutrina, determinando no artigo 434.º que nas comarcas de Lisboa e do Porto

seria o ministerio publico representado, nas acções de interdicção, pelos curadores geraes dos orphãos.

Continuam as reclamações contra a doutrina do codigo que estabelece o processo da interdicção por prodigalidade sem citação do arguido, até da parte dos apaixonados do direito velho, quando este permittia o decretamento da prodigalidade até officiosamente pelo juiz.

Outros porém julgam que não póde dizer-se decidida sem audiencia da parte, uma vez que lhe é nomeado um defensor. Accrescentam ainda alguns que, se o prodigo fosse citado para a acção, bastar-lhe-ia um dia para dissipar tudo; e que as circumstancias do demente são differentes, porque não ha a recear d'elle o mesmo espirito dissipador.

O que era insustentavel era não se permittir ao prodigo o deduzir prova testemunhal nos embargos, nem assistir ao inquerito ou repergunta das testemunhas da acção.

Entendiam alguns que o prodigo podia produzir nos embargos toda a especie de prova, incluindo a testemunhal. É porém certo que o codigo civil não alterou a lei do processo, que não admitte embargos que não sejam fundados em direito ou em documentos.

O codigo de processo, regulando os termos da acção de prodigalidade e o deferimento da respectiva curatela nos artigos 424.º e 425.º, resolve a duvida, que pelo codigo existia, se nos embargos á sentença que decretava a interdicção por prodigalidade, era admissivel o depoimento de testemunhas, permittindo qualquer meio de prova, artigo 429.º, § 1.º

Nos processos de interdicção por prodigalidade não se passam certidões, antes de publicada a sentença, sem previo despacho do juiz, cit. cod. artigo 64.º

Em accordão de 16 de março de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou a Relação de Lisboa que os processos de interdicção por prodigalidade são distribuidos pelo juiz como orphanologicos, em conformidade do disposto no artigo 499.º da Nov. Ref. Jud., como era de praxe antes e depois da publicação da mesma Ref., e porque a lei de 21 de junho de 1866 e regulamento de 26 de julho do mesmo anno, com quanto restrictos a Lisboa e Porto, os enumeram entre os orphanologicos, sem que influa na distribuição o preceito do artigo 343.º do codigo, que manda processar *summariamente* esta acção.

Artigo 345.º

Em accordão de 9 de maio de 1871, publicado no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 29, julgou a Relação de Lisboa que em todas as acções intentadas contra o prodigo deve ser elle tambem citado, além do curador *ad bona*, vistas as disposições dos artigos 344.º e 345.º, que lhe conservam a livre disposição da sua pessoa, e todos os outros direitos civis, e entre estes o de fiscalisar o seu proprio curador, o de estar em juizo, e o de ser ouvido sobre tudo quanto possa interessar-lhe.

Com mais legalidade porém julgou o mesmo tribunal, por differentes juizes, em accordão de 27 de julho de 1872, publicado n'aquelle jornal, 4.º anno, n.º 39, que o interdicto por prodigalidade não carécia de ser citado para as acções contra elle intentadas, mas simples e

unicamente o curador *ad bona*, visto o artigo 201.º, § 2.º da Nov. Ref. Jud., que não está revogado, e os artigos 59.º e 351.º do codigo.

Pelo codigo de processo, artigo 9.º, o interdicto por prodigalidade é citado conjunctamente com o seu representante.

Artigo 346.º

Em accordão de 30 de janeiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 227, julgou a Relação do Porto que no processo de prodigalidade em que o juiz é tudo, e o conselho de familia apenas entidade auxiliar, só ao interdicto é permittido, em conformidade do artigo 350.º, e não aos membros do conselho de familia, levantar queixas contra o curador, e annullou a deliberação do conselho de familia que havia destituido o curador, sem o ouvir, por queixa d'um dos vogaes do mesmo conselho.

Revogada na Relação a sentença de primeira instancia, que decretou a interdicção por prodigalidade, não póde o requerente exigir do arguido nem do curador que lhe fôra nomeado contas da administração durante o periodo da interdicção. Assim julgou a Relação do Porto em accordão de 28 de julho de 1876, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 35.

Artigo 353.º

Em accordão de 18 de agosto de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 85, que á annullação de um contracto por falta de capacidade, fundada em demencia duradoura, ainda que não declarada por sentença, mas notoria e conhecida da outra parte, sómente obsta a prescripção de cinco annos, nos termos do artigo 688.º, e não a de dez dias marcada no artigo 353.º, que é applicavel unicamente ao caso de incapacidade accidental por privação passageira de intelligencia.

Artigo 355.º

As judiciosas observações feitas pelo distincto Jcto, sr. Moraes Carvalho, em a nota a este artigo, obrigam-nos a mais algum desinvolvimento sobre a materia.

Ainda hoje tem logar a morte civil, ou antes a incapacidade para a testamentifacção activa, porque de receber por doação ou por testamento nem o condemnado á morte era inhibido por direito anterior.

É certo que nos crimes communs não poderá ter logar, porque n'esses foi abolida a pena de morte pela lei de 1 de julho de 1867, e substituida pela prisão cellular perpetua, e na alternativa pela de trabalhos publicos perpetuos, cit. lei, artigos 1.º, 3.º e 64.º; e nos effeitos d'esta pena não menciona o artigo 53.º do codigo penal o da testamentifacção activa ou passiva.

A excepção consignada no artigo 52.º não póde ser applicada ás penas descriptas no artigo 53.º; e o § 1.º do artigo 53.º do mesmo codigo, determinando que o condemnado poderá receber dos seus bens ou rendimentos a porção que o governo julgar conveniente auctorisar, não se refere só a bens havidos antes da condemnação, isto

é, não distingue entre bens existentes ao tempo da condemnação, e bens posteriormente obtidos por doação, testamento ou successão legitima; e no § 2.º permitte ao condemnado exercer no logar do degredo os direitos civis.

Póde porém ser applicavel aos crimes militares (sem embargo de nos artigos 15.º e 16.º do codigo penal se declarar que elle não é applicavel áquelles crimes), quando a legislação militar der ás penas impostas nos respectivos tribunaes os effeitos determinados na lei commum.

A Ord. liv. 4.º, tit. 81, § 6.º, privava o condemnado á morte de todos os direitos civis, negando-lhe a testamentifacção activa, declarando de nenhum vigor o testamento já feito, e permittindo-lhe apenas dispôr da terça em beneficio de sua alma se não tinha sido condemnado por crime de heresia, traição ou sodomia. O codigo penal priva o condemnado á morte da testamentifacção activa totalmente, mas não da passiva, e determina no artigo 51.º e seguintes os effeitos da pena.

O projecto primitivo era ainda mais duro, porque vedava ao condemnado á morte não só o dispôr da terça de seus bens, mas inhibia-o absolutamente, e sem excepção, do exercicio de todos os seus direitos civis, como se mostra do artigo 361.º

Tambem o sr. Moraes Carvalho julga que em vista da redacção d'este artigo, e do disposto nos artigos 356.º, 1966.º n.º 7.º, e 2511.º n.º 6.º, é necessario que na sentença condemnatoria venha especificada a imposição da pena e o julgamento da interdicção.

Nós porém entendemos que a disposição d'estes artigos não prejudica a nossa doutrina, de que em vista do artigo 51.º do codigo penal escusado é declarar na sentença condemnatoria os effeitos da condemnação, e de que pelo contrario é mais razoavel que seja o juizo civil quem defina a situação civil do criminoso em vista da pena a que está condemnado, assim como é o juizo civil quem lhe nomeia o curador a que se refere o artigo 356.º

Artigo 370.º

O codigo de processo especifica no artigo 815.º os bens que absolutamente não podem ser penhorados, e no artigo 816.º os que só o podem ser por nomeação expressa do executado.

Artigo 374.º

Em accordão de 10 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 281, julgou a Relação de Lisboa que a cortiça que se separa dos sobreiros em periodos regulares, não póde ser comprehendida na classe de bens immobiliarios segundo o n.º 1.º do artigo 375.º, porque se separa da arvore sem offensa d'esta e com grande utilidade de seu dono, prevalecendo portanto o contracto da venda da cortiça á arrematação posterior da propriedade, ainda mesmo que não esteja registado, porque nem admissivel é a registo.

Os fructos pendentes são em verdade considerados bens immoveis por disposição da lei. Só passam á classe de moveis quando separados dos immoveis, de que eram accessorio.

A venda de qualquer córte de arvores porém assemelha-se á venda de fructos, e por isso considera-se como movel.

Todos os objectos e bens moveis, incorporados e permanentemente unidos aos predios rusticos e urbanos, como aqueductos, tanques, espelhos, ou estantes embutidas no madeiramento ou parede das casas, estão comprehendidos em o n.º 1.º do artigo 375.º; d'onde se conclue que os objectos destinados ao serviço dos predios, e que lhes não estão permanentemente unidos, como instrumentos de lavoura, animaes destinados á agricultura, etc., não são comprehendidos no referido numero e artigo.

As palavras — que não podem ser separados sem prejuizo do serviço util que devem prestar — referem-se, attenta a redacção, tanto aos predios rusticos como aos urbanos.

Os creditos hypothecarios não estão comprehendidos em o n.º 2.º do artigo 375.º Estes direitos *oneram* os immoveis, mas não são inherentes a elles.

Por direito anterior, e com fundamento no alvará de 13 de março de 1797, era corrente que as inscripções deviam ser consideradas bens immoveis para os effeitos legaes.

No entretanto não lhes era reconhecida esta natureza para todos os effeitos juridicos. A lei de 30 de junho de 1860, artigo 2.º, classificava-as como bens moveis para o effeito do pagamento da contribuição de registo; e em officio da Direcção Geral dos Proprios Nacionaes de 12 de setembro de 1871, publicado no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 41, se declara que as inscripções se consideram bens immoveis para os effeitos legaes quando se acharem nos casos do n.º 3.º do artigo 375.º do codigo civil.

Por sentença proferida no juizo de direito da sexta vara de Lisboa em 7 de janeiro de 1875, e publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 233, se decidiu que não póde constituir-se hypotheca em inscripções da Juncta do Credito Publico, vistas as disposições do artigo 890.º do codigo.

Em face do regulamento de 30 de junho de 1870, artigo 1.º e numeros, comparado com o artigo 375.º do codigo, já se sustentou na imprensa juridica que as inscripções ou fundos consolidados, estão sujeitos á contribuição de registo a titulo gratuito como propriedade movel ou immovel, conforme se acharem ou não immobilisados perpetua ou temporariamente.

Cremos porém que em vista do n.º 2.º d'aquelle artigo 1.º do regulamento de 30 de junho de 1870 os *titulos de divida publica* devem em todas as circumstancias ser considerados como propriedade movel para o effeito da contribuição de registo.

Em todo o caso a questão só merece a pena quando os fundos publicos não excederem o valor de 50$000 réis, unica hypothese em que a transmissão da propriedade movel é dispensada do imposto da contribuição de registo a titulo gratuito.

Artigo 378.º

Se o testador disser que deixa a sua vivenda com tudo quanto estiver de muros a dentro, comprehendem-se no legado todos os bens mobiliarios que se encontrarem de muros a dentro com a unica limitação estabelecida no artigo 1832.º

Artigo 380.º

Pelo alvará de 4 de maio de 1805 pertencem ao territorio portuguez as aguas do mar adjacentes ás costas até onde alcançar um tiro de canhão.

Em vista da disposição do n.º 3.º do artigo, que declara propriedade do estado ou das corporações publicas as correntes de agua doce navegaveis ou fluctuaveis, com os seus respectivos leitos, parece-nos reconhecida definitivamente a jurisprudencia que ultimamente ia vingando no fôro, de que não era já admissivel o direito de terem os particulares o exclusivo de barcos de passagem em rios publicos, ainda que houvesse sido estabelecido por titulo oneroso, ou reconhecido por sentença passada em julgado.

Já em vista da lei de 5 de abril de 1821, confirmada pelo alvará de 5 de junho de 1824, § 5.º, que havia extincto os direitos banaes, se julgava abolido o exclusivo dos barcos de passagem.

Mas veio depois o decreto de 13 de agosto de 1832 que revogou os direitos reaes especificados na Ord. liv. 2.º, tit. 26, entre os quaes se contavam os direitos de passagem; doutrina que parece confirmada pela lei de 22 de junho de 1846, artigos 3.º e 4.º, § unico.

O decreto com força de lei de 31 de dezembro de 1864, artigo 2.º, tambem declarava do dominio publico e imprescriptiveis os rios navegaveis e fluctuaveis.

Finalmente em accordão de 24 de maio de 1870, publicado no *Diario do governo*, n.º 127, de 8 de junho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o direito exclusivo de barcagem estava abolido pelo artigo 4.º, § unico, da lei de 22 de junho de 1846, e que não era manutenivel qualquer posse em contrario.

Hoje só ha barcos municipaes, ou do estado, que são regulados pelas cartas de lei de 29 de maio de 1843 e de 22 de julho de 1850.

Artigo 381.º

Já na imprensa juridica se discutiu se as correntes de agua, que não vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel, estão ou não comprehendidas em o n.º 2.º do artigo 381.º, e sujeitas ás disposições contidas no artigo 434.º e seguintes.

Não póde porém deixar de opinar-se pela affirmativa, ou por analogia, ou porque a especificação do n.º 1.º do artigo seja apenas exemplificativa.

O leito da corrente que passa entre predios de differentes donos só póde ser alterado por accordo entre todos, expresso em escriptura ou auto publico, e com a condição de não se alterar o ponto de sahida, ficando o novo alveo pertencendo aos proprietarios marginaes em conformidade do artigo 381.º, § 5.º, salvo convenção em contrario.

Estabelecer o principio de que os donos dos predios marginaes não podem alterar a sahida das aguas equivale a dizer que os donos dos predios inferiores têm direito ás aguas que aquelles não consumirem para fertilisarem os seus terrenos.

O artigo 2293.º regula a hypothese da mudança da corrente naturalmente e sem acção do homem.

O que o codigo dispõe nos artigos 434.º a 440.º com relação ás aguas empregadas na agricultura será tambem applicavel ás aguas destinadas para moinhos ou para outros engenhos?

No silencio da lei parece que a questão da preoccupação deve ser o principio regulador do direito ás aguas para estes engenhos, e que quem tiver a posse mais antiga tem melhor direito, sem embargo de o engenho estar collocado superior ou inferiormente, ainda que o codigo parece ter despresado o principio da prescripção com respeito ao futuro, e attendido unicamente á regra estabelecida nos artigos 434.º a 436.º

Nos artigos 434.º e seguintes referiu-se o legislador unicamente aos interesses da agricultura, mas na especie do artigo 456.º protege egualmente a industria.

Sustentam alguns que o dono de uns moinhos desde longa data movidos pelas aguas de uma corrente, não navegavel nem fluctuavel, não póde hoje impedir, fundado na *lei*, que o artigo 438.º aliás parece manter, que os donos dos predios superiores, adjacentes á corrente e ao açude, d'onde vem a agua para o moinho, se aproveitem d'ella para os seus predios.

O codigo porém mantem no artigo 438.º o direito sobre as aguas, estabelecido por lei, e o alvará de 27 de novembro de 1804, depois de estabelecer em o n.º 11.º a regra — que qualquer particular póde tirar de algum rio, ribeiro, paúl, ou nascente de agua, algum canal ou levada para regar as suas terras, ou para as esgotar sendo inundadas — faz a esta regra em o n.º 12.º a seguinte excepção — E exceptuo tambem o caso em que a levada prejudique a outra já construida, ou seja para rega de terras ou para alguns engenhos; porque então sómente será permittida a licença quando possa haver commoda divisão da agua, de fórma que não fique inutil, ou a cultura já feita, ou o engenho já construido.—

Em accordão de 6 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 376, julgou a Relação do Porto que não podia o dono do predio situado a um kilometro de distancia da corrente, e para onde nunca tinham corrido as aguas do ribeiro, desvial-as para alli com prejuizo do proprietario de um moinho marginal.

Ainda que do artigo 381.º parece inferir-se que as aguas não navegaveis nem fluctuaveis, como cousas communs, só podem ser apropriadas pelas pessoas residentes na respectiva circumscripção parochial, é todavia certo que pelo artigo 434.º e seguintes esse direito se estende a todos os possuidores de terrenos que ellas atravessem ou banhem, sejam ou não moradores na respectiva circumscripção.

Nos termos dos artigos 434.º a 436.º os donos dos predios banhados pelas correntes, ainda que não estejam na posse de regar, têm direito ao uso das aguas, como justa compensação dos prejuizos resultantes das inundações a que tambem estão sujeitos.

Parece tambem que os predios, não atravessados pelas correntes, que estivessem sem posse de aproveitar as aguas, ou com posse não manutenivel em direito, deviam aproveitar-se das aguas sobejas, como parecia dispor o alvará de 27 de novembro de 1804 no § 13.º, não causando com isso prejuizo á agricultura ou á industria dos donos dos predios banhados pela corrente.

Em accordão de 20 de abril de 1875 julgou a Relação do Porto, como se mostra do processo de revista n.º 15:569, que para tractar a questão de servidão por um caminho *vicinal* éra competente a camara municipal, e não o particular lesado com as obras feitas para impedirem o uso da servidão.

ARTIGO 384.º

Tem sido objecto de discussão na imprensa juridica se ao proprietario é permittido na hypothese do artigo 392.º e § unico empregar substancias venenosas para matar os animaes bravios e as aves domesticas que se tornem prejudiciaes ás suas sementeiras; e alguns seguem a affirmativa, fundando-se não só na generalidade do preceito do codigo, mas na significação da palavra—*destruir*—, empregada n'aquelle artigo.

Parece-nos porém mais legal a opinião contraria. O codigo penal incrimina, no artigo 481.º, n.º 2, o facto da destruição ou damnificação de quaesquer animaes pertencentes a outra pessoa ou ao estado, com o emprego de substancias venenosas ou corrosivas; e não podem julgar-se revogados os artigos do codigo penal sobre este assumpto, artigos 481.º a 484.º, senão na parte em que as disposições d'este forem absolutamente inconciliaveis com as do codigo civil.

Mais nos leva a esta conclusão a circumstancia de a commissão revisora substituir as palavras—*por qualquer modo*—que se seguiam ao verbo—*destruir*—por est'outras—*em qualquer tempo.*—

ARTIGO 404.º

Se o animal domestico sahiu de casa de seu dono, e entrou na casa d'outrem, não póde por esse simples facto dizer-se abandonado, sem o proprietario practicar algum facto indicativo de que o lançou á margem.

Reputa-se n'este caso extraviado ou perdido para o effeito de sujeitar o achador e a auctoridade competente ás provisões contidas nos artigos 406.º a 408.º e 410.º do codigo.

Vista a disposição generica do cit. artigo 406.º o achador póde encontrar o animal perdido ou extraviado em sua casa ou n'outra parte.

ARTIGO 419.º

Em portaria de 14 de setembro de 1875, publicada no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 31, declarou o governo que os objectos achados devem ser entregues ao achador sem deducção alguma, satisfeitas as prescripções do artigo 419.º do codigo, e que não pode dar-se a terça parte á juncta geral do districto, apesar d'ella ter a seu cargo o serviço dos expostos, porque não póde considerar-se como substituindo o conselho de beneficencia pupillar: 1.º porque os redactores do codigo, que bem conheciam a entidade—*junctas geraes do districto*—, se quizessem substituir por ellas aquelle conselho, tel-o-iam dicto expressamente; 2.º porque do artigo 285.º se mostra que a magistratura, que houver de substituir aquelle conselho, ha de ser a que for designada pela lei administrativa, o que ainda não está feito; 3.º porque do proprio artigo 419.º, § 4.º, se mostra que o conselho de beneficencia pupillar ha de ser organisado por comarcas, e as junctas geraes são corporações de districto.

ARTIGO 423.º

(Vid. nota ao artigo 2008.º)

ARTIGO 434.º

O codigo fixou os direitos ao uso das aguas segundo a differente natureza d'ellas, as quaes para os effeitos juridicos classificou em quatro categorias, que regulou n'estas primeiras quatro sub-secções.

O dono dos predios marginaes não póde vender as aguas das correntes que banham ou atravessam esses predios, como já vimos sustentar na imprensa juridica, e apenas usar d'ellas em *proveito dos mesmos predios*, como dispõe o artigo 434.º

As aguas das nascentes é que o proprietario póde alienar, se tercairo não tem n'ellas direito constituido nos termos do artigo 444.º

Se qualquer proprietario marginal fizer obras, d'onde resulte o refluxo das aguas, ou que alterem o ponto de sahida das remanescentes, podem os vizinhos prejudicados vir com embargos e com artigos de nunciação de obra nova em quanto essas obras não estiverem acabadas.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de fevereiro de 1873, publicado na citada folha, n.º 347.

Em accordão de 15 de junho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 15, julgou a Relação do Porto que o proprietario não póde, tanto por direito antigo como por direito moderno, alterar em prejuizo dos predios inferiores o ponto de sahida das aguas que atravessam o seu predio.

Ainda que seja arrendatario do predio o que altera o ponto de sahida das aguas, ou que por qualquer fórma causa prejuizo aos outros predios, é contra o dono que ha de ser intentada a respectiva acção de indemnisação.

ARTIGO 437.º

Este artigo começa por repetir o principio já consignado no artigo 434.º, de que o uso das aguas é restricto aos possuidores dos predios marginaes e em proveito dos mesmos predios, e a este principio, e ao consignado no artigo 444.º, se refere o artigo 456.º nas palavras—*aguas a que tenha direito.*—

As palavras—*em prejuizo do direito que sobre ellas tiverem os seus vizinhos*—devem entender-se em harmonia com o disposto no artigo 439.º por ser tão attendivel o direito dos vizinhos como o de qualquer outra pessoa que não seja vizinho.

Sustentam alguns e com razão que os predios junctos de novo que não estavam na posse das aguas, se forem marginaes, hão de ser regados com a agua da corrente, visto que têm direito a ella pelo disposto nos artigos 434.º e 437.º

O codigo de processo estabelece nos artigos 566.º e 567.º o modo de regular o uso da agua que não for sobeja nos termos do artigo 436.º do codigo civil.

ARTIGO 438.º

Ao contrario do que succede com as correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis, que os proprietarios marginaes não podem alterar o ponto de sahida ás aguas remanescentes, as fontes são accessorio do predio onde nascem.

A posse do dono do predio inferior de receber as aguas vindas de

nascente do predio superior, se as recebe naturalmente e sem obras de arte, não póde obrigar o dono d'este predio a não lh'as distrahir; e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 24 de agosto de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 324, e a do Porto em accordão de 17 de novembro de 1871, publicado no mesmo jornal, n.º 229.

Em accordão de 10 de junho de 1873, publicado na mesma folha, julgou a Relação do Porto que o facto de regar com agua do predio alheio não constitue posse manutenivel se não ha titulo proveniente do proprietario do predio serviente, ou prescripção nas condições reguladas no § unico do artigo 438.º

Em accordão de 4 de novembro de 1870, publicado na mesma folha, n.º 153, julgou o mesmo tribunal que para se dar posse manutenivel nos termos do artigo 438.º era indispensavel que o dono do predio tivesse conhecimento dos actos possessorios, e que não é manutenivel a servidão descontinua, se a posse não se funda em titulo emanado do proprietario do predio serviente, ou d'aquelle de quem este o houve.

Por isso a posse que tem o proprietario do predio inferior de regar com aguas de um rio a sua propriedade confinante, não obsta a que o proprietario do predio superior use das mesmas aguas com prejuizo d'elle.

Uma presa feita na ribeira entre os predios superiores para facilitar ao dono do predio inferior o uso das aguas, mas que não impede os donos d'aquelles de se aproveitarem das mesmas aguas, ainda que d'ellas não usem, não significa *abandono do primitivo direito*.

Este era o nosso direito antigo, reconhecido na resolução regia de 17 de agosto de 1775, que vae transcripta em a nota ao artigo 444.º, segundo a qual um açude ou canal com manufactura constante faz presumir titulo de compra das aguas, tendo de respeitar-se os direitos do dono do predio inferior.

É principio evidente no codigo, como era no direito anterior, que ainda que as aguas desde tempo immemorial tivessem corrido do predio superior para os inferiores, e que desde tempo immemorial os donos d'estes predios se tivessem aproveitado d'ellas, nem por isso podiam impedir aquelles de se aproveitarem das mesmas aguas, salvo o caso de aqueducto no predio superior, ou de existir algum outro titulo de servidão.

Na sentença proferida pelo juiz de direito de Castro Daire em 7 de janeiro de 1873, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 281, se reconheceu o principio por nós estabecido de que as aguas das nascentes, assim que se transformam em correntes, já não são propriedade de ninguem, pertencendo o uso d'ellas aos proprietarios marginaes d'essas correntes.

O direito de fruição do predio abrange não só o espaço aereo correspondente ao solo em toda a altura susceptivel de occupação, mas tambem o solo em toda a sua profundidade.

O preceito consignado no artigo 442.º, de que os donos dos predios banhados pelas aguas correntes devem abster-se de factos, que embaracem o livre curso das aguas, é applicavel só ás *correntes* de agua não navegaveis nem fluctuaveis, e não ás nascentes, como se mostra das rubricas das respectivas secções em que estão collocados os artigos.

As palavras—*uso e costume*—não significam de certo o mesmo que posse para a prescripção, aliás seriam redundantes.

A prescripção mesmo ha de ter muito pouco uso n'esta materia, vistas as restricções que lhe põe o artigo.

Quereria o legislador por estas palavras resalvar os usos contrarios ás suas disposições, como por exemplo na ilha da Madeira, onde as fontes pertencem, não aos donos dos predios, mas a quem está de posse das aguas, em virtude das provisões de 7 e de 8 de maio de 1493, confirmadas pelo artigo 3.º da lei de 12 de novembro de 1841?

As aguas na ilha da Madeira, qualquer que fosse a sua origem, isto é, ou nascessem em terreno publico, ou commum, ou particular, eram regidas por legislação especial, sendo as mais importantes providencias sobre o assumpto consignadas nas citadas provisões de 7 e de 8 de maio de 1493, na carta regia de 19 de março de 1562, no alvará de 18 de agosto de 1563, na provisão de 5 de março de 1770, na resolução de 17 de agosto de 1775, nas cartas regias de 17 de junho de 1800 e de 14 de maio de 1804, artigo 2.º, e no aviso de 22 de março de 1811.

Alguns d'estes diplomas não apparecem nas collecções de legislação, mas encontram-se registados no governo civil e nas camaras municipaes do districto; e em virtude d'elles a administração e distribuição das aguas foi sempre da exclusiva competencia da auctoridade administrativa.

A ingerencia da auctoridade administrativa na divisão d'aquellas aguas continuou mesmo depois da publicação do decreto de 13 de agosto de 1832 que extinguiu os direitos reaes; e posteriormente a lei de 12 de novembro de 1841 suscitou a inteira observancia da referida legislação, assim como a observancia da legislação sobre mattas e arvoredos que eram regidos pelo regulamento das madeiras e lenhas de 27 de agosto de 1562.

As paladras—*uso e costume*—referem-se de certo ao uso e costume *da terra*, como se mostra do projecto primitivo, que no artigo 462.º, correspondente ao artigo 438.º do codigo, está redigido assim: «O disposto nos artigos 459.º, 460.º e 461.º (435.º a 437.º do codigo) entender-se-ha sem prejuizo dos direitos de terceiro, adquiridos por effeito de antigo uso e costume da terra, por concessão expressa dos proprietarios marginaes, ou por prescripção de mais de vinte annos, etc.»

Em nosso entender toda a legislação *civil* comprehendida n'aquellas provisões ficou revogada com a promulgação do codigo, subsistindo apenas as providencias *administrativas* que o codigo não abrangeu nos seus preceitos, e os antigos usos e costumes da terra.

É digna de ler-se uma correspondencia sobre o assumpto publicada no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 30.

Entendem alguns que a palavra—*lei*—, empregada no artigo 438.º, não se refere á lei geral que existia sobre aguas, vistas as palavras do artigo—*sobre certas e determinadas aguas*—, mas sim á lei especial, que ao tempo da promulgação do codigo tivesse dado a certas e determinadas aguas um fim especial, como é a lei de 2 de julho de 1867, que approvou o contracto entre o governo e a companhia das aguas de Lisboa, cedendo a esta as aguas do Alviela.

Parece-nos porém que esta opinião não é verdadeira. O legislador quiz salvar todos os direitos sobre aguas adquiridos ao tempo da promulgação do codigo por algum dos modos especificados no artigo 438.º

Nem façam duvida as palavras—*sobre certas e determinadas aguas*—, porque os direitos individuaes sobre aguas nunca são nem podem ser considerados com respeito ás aguas em geral, mas sim

com respeito a aguas determinadas sobre as quaes recáia o direito de cada um.

O facto de se deixar passar longo tempo, ainda que immemorial, não induz prescripção. Para esta ter logar é preciso que se verifique algum dos requisitos marcados no artigo. As palavras—*opposição não seguida*—referem-se a processo começado e depois abandonado, ou a qualquer outro meio de opposição *começado* e depois abandonado.

A falta *absoluta* de opposição não deixa proceder a prescripção.

O que constitue *opposição seguida* é *seguir-se* a demanda até onde o podér ser, a ponto de constituir caso julgado.

Quando o individuo reclamar contra um tapume feito no rio pelo dono do predio inferior, de que resulte resfriamento do terreno superior, e não allegar turbação de posse, não é meio competente a acção summaria de força, porque é outra a acção para haver os prejuizos; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 23 de janeiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 13.

Artigo 441.º

Em accordão de 30 de julho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 277, julgou a Relação do Porto que, fazendo o consocio nas aguas de uma presa innovação na mesma presa sem consentimento dos outros consortes, podem estes desforçar-se em acto continuo.

Artigo 443.º

Este artigo reconhece expressamente ás camaras municipaes o direito de fazer posturas a respeito do uso das aguas, como já lhes facultava em termos genericos o codigo administrativo nos artigos 118.º, n.º 3.º, e 120.º, n.º 9.º

Das questões sobre a transgressão das posturas podem conhecer os actuaes juizes eleitos nos termos do artigo 145.º, n.ºs 2.º e 3.º da Nov. Ref. Jud., e mais tarde os juizes ordinarios creados pela lei de 16 de abril de 1874 quando substituirem definitivamente aquelles.

Dizem alguns que os actuaes juizes ordinarios não são competentes para julgarem as transgressões de posturas. Mas esta opinião é inadmissivel em presença do artigo 9.º, n.º 1.º da lei de 16 de abril de 1874.

Se porém se questionar o direito sobre as aguas, que é immobiliario, artigo 375.º do codigo, pertence o conhecimento da questão ás justiças ordinarias.

Artigo 450.º

Em accordão de 21 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 294 e 338, julgou a Relação do Porto que ninguem póde ser privado do direito de explorar aguas no seu predio, embora d'ahi resulte prejuizo a terceiro, se não se offendem direitos adquiridos em conformidade do artigo 438.º, porque quem exerce o proprio direito em conformidade com a lei, não responde pelos prejuizos que d'ahi possam resultar a outrem.

Em virtude d'estes mesmos principios é certo pelo codigo, e era

corrente pela jurisprudencia anterior, que qualquer póde abrir no seu predio poços, vallas ou minas, com o fim de cortar ou desviar as aguas que nasçam no predio vizinho, com tanto que na construcção das obras não entre pelo predio alheio.

Em accordão de 2 de julho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 20, julgou o mesmo tribunal que, concedida a caução de *opere demoliendo* para construcção do rebaixe e seguimento de uma mina embargada, com termo de responsabilidade de restituir a certas fontes o mesmo volume de aguas que ellas tinham, no caso de serem prejudicadas, era indispensavel a prévia medição das aguas e a delimitação do rebaixe.

Artigo 452.º

Já pelo codigo administrativo, artigo 118.º, competia ás camaras municipaes a concessão, negação e revogação, das licenças para a abertura de canos e aqueductos, e para o estabelecimento de quaesquer servidões nas ruas ou estradas publicas municipaes, disposições posteriormente confirmadas pela lei de 6 de junho de 1864, e decreto de 31 de dezembro do mesmo anno, artigos 24.º e 25.º

Sustentam alguns que estas licenças não têm validade sem serem confirmadas pelo conselho de districto em conformidade dos artigos 123.º, n.º 6.º, e 124.º, § unico do citado codigo administrativo, visto que n'estas concessões, em que se permittem servidões em terrenos publicos a favor de particulares, ha uma especie de alienação, e n'este sentido julgou o decreto sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de janeiro de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 50, de 3 de março do mesmo anno.

Dizem outros que tractando-se, não de *contracto* entre a camara e um particular para a exploração de aguas, mas sim de uma *concessão graciosa*, não carece o acto para a sua validade da approvação do conselho de districto, ficando porém aberto o recurso para este tribunal aos prejudicados em conformidade do artigo 122.º do mesmo codigo.

Parece porém mais razoavel e mais legal que as referidas licenças não se tornem exequiveis sem a confirmação pelo conselho de districto.

Mas julgamos que a estas *concessões* não é applicavel o principio reconhecido n'aquelle decreto de que são nullos os *contractos* feitos pelas camaras municipaes sem dependencia de concurso, conforme o disposto no § 39 do titulo 6.º, liv. 1.º das Ordd. do reino, e na portaria de 23 de maio de 1854.

Por isso a camara municipal, se o concessionario não se aproveita da licença para a exploração das aguas, póde no interesse do publico fazer a concessão a outro com prejuizo d'aquelle; e se o primeiro se julgar prejudicado com a segunda concessão, tem o recurso aberto para os tribunaes administrativos, não podendo soccorrer-se ao meio de embargo, ou a qualquer outro remedio judicial; e esta parece ter sido a doutrina do decreto sobre a consulta do conselho de estado de 11 de dezembro de 1869, publicado no *Diario do governo*, n.º 51, de 7 de março de 1870.

Nas mesmas circumstancias está a juncta de parochia, que julgamos comprehendida nas palavras—*auctoridade administrativa*—empregadas no artigo.

São dignos de ler-se sobre o assumpto uns artigos publicados no

jornal—*O Direito*, 3.º anno, n.º 14, pag. 216, e 8.º anno, n.º 16, pag. 246.

Artigo 456.º

O direito de conduzir aguas a través de predios alheios não é prejudicado pelo facto de o predio serviente dar já passagem a outras aguas; e, se este predio pertencer em usufructo a uma pessoa e em propriedade a outra, com ambas deve ser tractada a questão, visto que uma soffre prejuizo no usufructo e a outra na propriedade.

Do preceito consignado no artigo 456.º não ficam exemptos os caminhos, largos, e ruas publicas. Exceptuando as quintas muradas, quintaes, jardins, hortas ou pateos adjacentes a predios urbanos, todas as outras propriedades rusticas sem excepção alguma são sujeitas á servidão *aquaeductus*.

Em accordão de 16 de setembro de 1874, de que se dá noticia na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, decidiu o conselho de districto da Guarda que a servidão *aquaeductus*, constituida em beneficio da agricultura e da industria, podia ser imposta tanto sobre predio particular, como sobre caminhos, largos e ruas publicas, que não se comprehendem nas excepções taxativamente determinadas no artigo 456.º, e que as camaras municipaes não podiam negar licença para a conducção das aguas a través dos predios e bens municipaes com o fundamento de lhes advir d'ahi prejuizo, mas simples e unicamente pedir a indemnisação dos prejuizos reaes e verdadeiros em conformidade da disposição final do artigo.

Lemos numa folha juridica que já tinha sido objecto de duvida —se era o poder judicial ou o administrativo o competente para conhecer, na hypothese do artigo 456.º, das questões relativas ao *direito ás aguas*, que se pretende conduzir a través de predios alheios, e ao *proveito* que a agricultura ou a industria recebe com a conducção d'essas aguas.—

Parece que alguns opinam pela competencia do poder administrativo para decidir estas questões, fundando-se: 1.º em que o artigo 457.º só dá competencia ao poder judicial para conhecer das questões relativas á direcção, natureza, fórma do aqueducto, e ao valor da indemnisação, e não para conhecer do *direito ás aguas*, e do *proveito* que do encanamento d'ellas advem á agricultura ou á industria; 2.º em que tendo o encanamento das aguas a través dos predios alheios por fim o interesse geral da agricultura ou da industria, devia pertencer á esphera do poder administrativo, a quem incumbe conhecer das questões de interesse e utilidade geral; 3.º em que no § 2.º do artigo 440.º se commette ao poder administrativo a faculdade de conhecer das questões relativas ao direito que têm os vizinhos de quaesquer correntes de agua de aproveitarem a necessaria para os seus gastos domesticos, passando para tal fim pelos predios alheios, e só deixa para o poder judicial o conhecimento das questões relativas a prejuizos soffridos com aquellas passagens; 4.º em que os artigos 431.º, § 2.º, e 471.º dão competencia ao poder administrativo para resolver as questões que se levantarem entre os interesses da navegação ou da fluctuação e os interesses da agricultura ou da industria, e as relativas ao aproveitamento das substancias aquaticas.

É porém inteiramente destituida de fundamento similhante opinião. As questões sobre o encanamento das aguas a través de predios alheios em beneficio da agricultura ou da industria são relativas a direitos civis, artigo 3.º, e portanto da exclusiva competencia das justiças ordinarias. Tracta-se n'este assumpto uma questão de utilidade *particular*, e não uma questão de interesse geral, como nas hypotheses dos artigos 431.º, § 2.º, e 471.º

Nem se comprehende como o poder judicial havia de ter competencia para conhecer das questões relativas á direcção, natureza e fórma do aqueducto, nos termos do artigo 457.º, e se lhe havia de negar a jurisdicção para conhecer do *direito* á conducção das aguas, e do *proveito* que do encanamento d'estas havia de advir á agricultura ou á industria.

O proprietario que quer conduzir as suas aguas a través de predios alheios precisa de recorrer ao poder judicial, como ao poder judicial precisa de recorrer, artigo 446.º, o proprietario que quer encaminhar sobre os predios alheios, contra a vontade de seus donos, as vertentes de alguma nova nascente que por industria descobriu no seu predio.

E, se duvidas podesse haver a tal respeito, tirava-as a nossa legislação de processo, alvará de 27 de novembro de 1804, e Nov. Ref. Jud. artigo 848, n.ºs 2.º e 4.º, que dão ao poder judicial competencia para conhecer das causas de adjudicação de aqueducto.

Parece tambem que o direito de encanamento das aguas a través dos predios vizinhos se refere apenas ás aguas de nascente nos termos do artigo 444.º, e não ás aguas de correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, que só aproveitam aos predios marginaes, e que não podem destinar-se para outros predios, adquiridos de novo ou junctos áquelles em prejuizo do direito que sobre ellas tiverem os vizinhos, artigo 437.º

O codigo de processo regula nos artigos 544.º a 550.º o processo a seguir para se tornar effectiva alguma das expropriações admittidas nos artigos 456.º, 457.º, 460.º, 463.º, 2266.º e 2309.º do codigo civil.

Artigo 459.º

A acção para a mudança de servidão na especie do artigo é summaria, vistos os preceitos consignados nos artigos 457.º e 2278.º

Nos artigos 551.º a 554.º determina o codigo de processo os meios a seguir para se effectuar a cessação ou mudança de servidão nos casos previstos nos artigos 459.º, 2278.º e 2313.º do codigo civil.

Artigo 460.º

O alvará de 27 de novembro de 1804, § 13, só mandava pagar aos interessados, que fizeram construir o açude ou levada, a *quota parte da despesa*, mas não o valor da agua.

O codigo parece ter dado ao dono do canal certo direito sobre as aguas pelo facto de as ter canalisado. Havia de ser de difficil liquidação a indemnisação, desde que a agua é sobeja, e lhe não serve. Porém a indemnisação é regulada pelo prejuizo que soffre o dono do canal, e não pelo lucro que tira o adquirente, como dispõe o artigo 448.º, § unico, em caso analogo, e o codigo de processo no artigo 546.º

Para se verificar a hypothese do artigo 460.º é mister provar que ha sobejos, e marcar as aguas por fórma que, quando diminua o volume d'ellas, não fique o dono prejudicado pelas que lhe faltarem.

Em accordão de 24 de novembro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 431, julgou a Relação do Porto, que para haver direito aos sobejos das aguas de levada pertencente a outrem, é preciso provar que as aguas são sobejas, e que não se altera o ponto de sahida.

Obtido quinhão nas aguas os açudes e quaesquer outras dependencias tornam-se communs, devendo todos contribuir para as despesas de conservação, artigo 2178.º, e ficando a cargo do novo adquirente exclusivamente as que forem necessarias para o aproveitamento dos sobejos; e regula-se a administração do aqueducto segundo o artigo 2179.º, nos termos do artigo 2149.º e seguintes.

Artigo 463.º

Se na occasião da construcção da obra se verificar que nenhum prejuizo d'ella resulta ao predio vizinho, não fica o dono d'este por isso inhibido de reclamar a indemnisação do damno que mais tarde apparecer.

Artigo 465.º

Por decreto sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de julho de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 169, de 31 do mesmo mez e anno, se declarou que perdiam o direito á exploração das minas os individuos que não satisfizessem ás condições da concessão; que os artigos 465.º e 466.º do codigo não tinham revogado os decretos de 31 de dezembro de 1852 e de 9 de dezembro de 1853; e que pelo contrario a execução d'aquelles dois artigos, em vista do artigo 467.º e do artigo 4.º da lei de 1 de julho de 1867, ficava dependente de lei especial que regulasse a pesquiza e lavra das minas, devendo no entretanto considerar-se subsistente a legislação actual sobre o assumpto.

Artigo 481.º

Em accordão de 4 de agosto de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 186, decidiu a Relação do Porto que os embargos de terceiro relativos a moveis devem ser julgados procedentes e provados, logo que se mostre por documento authentico a transferencia do dominio do poder do executado para o do embargante antes da penhora, e que para se provar a posse não é precisa a detenção da cousa, bastando aquella transferencia no titulo de transmissão, independentemente de tradição.

Em accordão de 15 de outubro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 262, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o possuidor tem por si a presumpção juridica de possuir em proprio nome e de boa fé, codigo civil, artigos 474.º, 478.º, 481.º §§ 1.º e 2.º, e 2517.º, sendo aos oppoentes que cumpre destruir essa presumpção; que nas questões possessorias não póde envolver-se a questão de dominio; e que esta não fica prejudicada com a decisão d'aquellas.

Artigo 482.º

Em accordão de 11 de julho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 334, julgou a Relação do Porto que o possuidor por mais de anno não póde ser privado da sua posse em quanto não for convencido na questão de propriedade, artigo 489.º do codigo civil, e que o meio indirecto e summarissimo de um inventario judicial não póde supprir a falta d'esse convencimento.

Em accordão de 9 de dezembro de 1871, publicado na mesma folha, julgou a Relação de Lisboa que a disposição do artigo 953.º do codigo civil, estatuindo que a inscripção no registo de um titulo translativo de propriedade, sem condição suspensiva, envolve, independentemente de qualquer outra formalidade, a transmissão da posse para a pessoa a quem essa transmissão foi feita, só é applicavel ao caso de a posse estar já no auctor do titulo ou em seu successor no acto da inscripção, aliás haveria contradicção entre os artigos 953.º e 489.º, e que portanto o possuidor effectivo póde embargar a posse do que a requer em nome do registo, que não póde esbulhar da posse o verdadeiro possuidor que possue ha mais de anno, senão convencendo-o na questão de propriedade.

Em accordão de 4 de abril de 1876, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 32, julgou a Relação do Porto que a transmissão da posse, de que tracta o artigo 953.º, deve entender-se da posse que o transmittente tinha ao tempo em que transmittiu a propriedade, porque ninguem póde transmittir nem dar o que não tem, e que as palavras — *independentemente de alguma outra formalidade* — dão bem a conhecer que a mente do legislador não foi senão dispensar a apprehensão corporal e as formalidades que em regra geral a devem acompanhar.

Effectivamente desde que o legislador equiparou a posse publica á posse registada, artigo 523.º, não póde attribuir-se ao artigo 953.º outro pensamento, que não fosse o dispensar a tradição que era indispensavel para a transmissão da posse, nos termos da Ord. liv. 4.º, tit. 7 pr., e do alvará de 4 de setembro de 1809, substituindo aquella pela inscripção no registo.

Em accordão de 26 de fevereiro de 1876, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 25, julgou a Relação de Lisboa que não havia necessidade de apresentar no acto da posse judicial o titulo em que ella se fundava, e que a inscripção de um titulo no registo não prejudica a posse, em que estejam terceiros sem registo, visto o artigo 489.º do codigo.

Em accordãos de 10 de junho e de 11 de julho de 1871, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 182, julgou a Relação de Lisboa que nos embargos de terceiro, como remedio meramente possessorio, lei de 12 de dezembro de 1761, artigo 3.º, § 12, não póde tractar-se a questão de dominio, nem conhecer-se da validade e effeitos dos documentos pelos quaes a parte foi investida na posse, porque d'isso só póde tractar-se na questão de propriedade, artigo 489.º; que para a procedencia dos embargos de terceiro não é indispensavel a inscripção da propriedade no registo predial, visto que elles têm por fim, não a acquisição da posse, mas apenas a sua manutenção, sendo-lhes por isso inapplicavel a disposição do artigo 949.º do codigo civil; e que, se a posse tiver durado

mais de anno, será o possuidor summariamente mantido ou restituido em quanto não for convencido na questão de propriedade.

Em accordão de 18 de novembro de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 12, julgou tambem a Relação de Lisboa que não póde ser privado da posse o individuo que a conserva ha mais de anno e com registo, e que este possuidor póde recorrer ao meio estabelecido no artigo 485.º, se se vir ameaçado no seu direito possessorio.

Em accordão de 14 de outubro do mesmo anno, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 193, julgou a Relação de Lisboa improcedentes uns embargos de terceiro, que se fundavam em posse registada nos termos do artigo 953.º do codigo civil, mas sem se provar a *posse effectiva* em conformidade do disposto no artigo 635.º da Nov. Ref. Jud., que não foi revogado por aquelle artigo do codigo civil.

É porém certo que o registo substitue a tradição para os effeitos da posse.

Por isso em accordão de 12 de novembro de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 2, julgou a Relação do Porto que o possuidor, que tem registada a sua posse ha mais de anno em conformidade do artigo 953.º do codigo civil, sendo esbulhado d'ella, deve ser restituido por meio summario nos termos do artigo 489.º do codigo.

Em accordão de 19 de janeiro de 1875 (confirmado sobre embargos por accordão de 15 de junho do mesmo anno) julgou a Relação do Porto, por tres votos contra dois, como se mostra do processo de revista n.º 15:389, que o desforçamento por auctoridade judicial, sem audiencia do pretendido lesante, não era reconhecido no codigo, e que por isso o perturbador ou esbulhador não podia recorrer á justiça para manter ou rehaver a sua posse senão por meio das acções de manutenção e de restituição.

O Supremo Tribunal de Justiça negou a revista em accordão de 16 de maio de 1876.

Os juizes vencidos argumentaram que, permittindo a lei o desforçamento por auctoridade propria, que póde ser origem de terriveis acontecimentos, por maioria de razão devia reconhecer o desforçamento por auctoridade judicial sem audiencia do lesante.

Porém se ao lesado fosse permittido recorrer ao meio de justificação *secreta* para obter o desforçamento, nunca elle usaria das acções de manutenção ou de restituição com citação da parte.

A legitimidade do desforço judicial só poderá admittir-se no caso de esbulho violento, visto o artigo 487.º, que nega ao esbulhador o direito de ser ouvido em juizo em quanto não se effectuar a restituição; e o esbulho só é violento quando feito á viva força em lucta com o lesado.

O codigo de processo, artigo 494.º, permitte no esbulho violento a restituição da posse sem citação nem audiencia do esbulhador.

A lei não marca tempo para constituir o facto do *abandono*, que se funda, não em qualquer lapso de tempo, mas na manifestação da intenção de deixar a cousa, intenção que ha de ser apreciada pelos tribunaes segundo as circumstancias occorrentes.

Se o desforço for feito fóra de tempo não tem logar a acção de *attentado*, a que se refere a Nov. Ref. Jud. artigo 291.º, que respeita exclusivamente ao embargo de obra nova, que está anteriormente feito, ou particular (Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 4.º), ou judicialmente.

Ha porém o procedimento criminal contra os que empregarem meios de violencia ou ameaça para com as pessoas para occupar cousa immovel, arrogando-se o dominio ou a posse, ou o uso d'ella, sem que lhes pertençam, codigo penal, artigo 445.º, e contra o que causar damno no prédio alheio, cit. codigo, artigos 475.º e seguintes; e a auctoridade publica, que auxilia esse desforçamento, póde sujeitar-se ás penas prescriptas nos artigos 291.º e 299.º do referido codigo, e á pena do artigo 379.º, § 3.º, se empregou ameaças verbaes.

Em accordão de 13 de agosto de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 401, julgou a Relação de Lisboa que a posse judicial dada com opposição do possuidor, que se limitou a impugnação verbal no acto da mesma posse, sem deduzir os competentes embargos, é melhor que a d'este, artigo 488.º

O codigo de processo regula nos artigos 492.º a 496.º o processo a seguir nas acções de prevenção pelo receio de perturbação ou esbulho, e de manutenção, e de restituição de posse; e determina no artigo 497.º que em nenhuma d'estas acções é licito questionar sobre a propriedade.

Artigo 483.º

O legado confere direito transmissivel ao legatario desde que o testador se finou, não podendo aquelle ser dispensado do pagamento da contribuição senão deixando de acceitar o legado, como declarou o decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 2 de julho de 1874.

Pelos mesmos principios, de que á morte do auctor da herança passa aos seus representantes o dominio e a posse dos bens e o direito aos rendimentos, julgou o juiz de direito de Guimarães em sentença de 2 de março de 1874, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 339, que os rendimentos das tornas a dinheiro, que não podem ser outros, senão os juros legaes das quantias das mesmas tornas, podem pedir-se na execução, embora se não contenham explicitamente na sentença.

Artigo 484.º

Em accordão de 10 de fevereiro de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 20, julgou a Relação de Lisboa que são inadmissiveis os embargos de terceiro quando o que os deduzir não allegar e provar a posse *effectiva* e natural no predio questionado, nos termos do artigo 635.º da Nov. Ref. Jud., não bastando a posse *ficta*, que costuma conferir-se pela *clausula constituti*, sendo admissiveis por excepção na posse civil, que passa ao herdeiro por morte do auctor da herança, excepção que se justifica porque a lei dá a essa posse todos os direitos da posse natural.

Os meios que o codigo estabelece para manter ou rehaver a posse não abrangem só os individuos, são extensivos tambem ás pessoas moraes.

Em accordão de 23 de fevereiro de 1872, publicado no mesmo jornal e anno, n.º 17, julgou a Relação do Porto que os embargos de terceiro não constituindo acção propriamente dicta, que tenha por objecto haver o dominio ou a posse, mas sendo um remedio meramente possessorio nos termos da lei 2.ª de 22 de dezembro de 1761, tit. 3.º, § 12.º, e um incidente da execução, em que são oppostos, es-

tavam no caso do § unico do artigo 952.º do codigo para poderem progredir sem necessidade de registo, e que o codigo civil os não denomina acções, mantendo a este respeito o disposto na legislação do processo, vistos os artigos 2536.º, 2537.º e 2538.º

Nos termos do artigo 490.º não póde applicar-se o desforço individual, reconhecido no artigo 486.º, ás servidões descontinuas ou continuas não apparentes, porque o codigo só permitte os meios possessorios nas servidões continuas apparentes, salvo fundando-se em titulo emanado do proprietario do predio serviente, ou da pessoa de quem elle o houve.

As acções de *manutenção* e de *restituição*, ou, como diziam os antigos, os interdictos *uti possidetis* e *unde vi*, são incompativeis, por contradictorias, porque n'aquella dá-se o auctor apenas por *turbado* na sua posse, e n'esta por *esbulhado*.

Assim julgou o juiz de direito de Oliveira d'Azemeis, em sentença de 21 de agosto de 1872, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 229.

Sempre que o possuidor não for *inteira* e *absolutamente* privado do uso da cousa, deve usar da acção de *manutenção* e não da de *restituição*.

Já na imprensa juridica se discutiu se é nullo o processo da acção de força em que não se articulou em artigo especial a identidade e a legitimidade das partes.

Por cautela, tanto nas acções summarias como nas acções ordinarias, allegamos sempre em artigo separado a identidade e legitimidade das partes. Mas para nós é *evidente* que similhante allegação é escusada quando os articulados e o processo revelam claramente esses factos.

Em regra logo na citação se verifica a identidade do réo, que o official reconhece, e nos instrumentos das procurações se verifica tambem a identidade do auctor e do réo.

A excepção de illegitimidade da parte porém deve offerecer-se logo com os articulados, quando os factos que lhe servem de dase hajam de ser provados com testemunhas. Mas, podendo provar-se por documentos, ou deduzir-se dos autos, póde ser allegada até final, e o juiz conhecer d'ella, independentemente de reclamação das partes.

Ainda que nos tribunaes não se tenha prestado grande attenção ao registo das *acções possessorias*, é elle obrigatorio, como o de todas as acções que tendam a haver o dominio e a posse dos immoveis.

Quando a acção é relativa á posse de aguas devem registar-se todos os predios a que se refere a questão da posse.

Em accordãos de 23 e de 27 de outubro do mesmo anno julgou o Supremo Tribunal de Justiça, conforme se declara na citada *Gazeta*, 2.º anno, a pag. 133, que as custas do incidente de embargos de terceiro, julgados procedentes, devem ser pagas pelo exequente e não pelo executado, ainda que os bens fossem por elle nomeados á penhora; e que estes embargos são remedio possessorio, não podendo por isso pedir-se na contestação a elles a nullidade de uma escriptura de venda para d'ahi deduzir a improcedencia dos mesmos.

Em accordão de 1 de março de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 233, julgou a Relação do Porto que o comminatorio consignado no artigo 485.º não é meio competente para impedir uma servidão de passagem, bem ou mal constituida, mas existente ha annos.

Em accordão de 15 do mesmo mez e anno, publicado na mesma folha, julgou o mesmo tribunal que devem ser recebidos os embargos de terceiro, fundados em dominio adquirido antes de 1 de abril de 1867, ainda que esse dominio não se ache registado, porque não póde attender-se unicamente á regra geral estabelecida no artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Em accordão de 3 de fevereiro de 1874, publicado na mesma folha, n.º 375, julgou a Relação do Porto, por tres votos contra dois, que não póde intentar-se acção criminal por damnos causados em propriedade alheia, estando pendente acção civel sobre o mesmo assumpto.

Em accordãos de 5 de dezembro de 1873 e de 9 de janeiro de 1874, publicados na mesma folha, n.º 380, julgou o mesmo tribunal que só as camaras municipaes e as juncta de parochia são competentes para se desforçarem de usurpações feitas nos respectivos baldios, em vista da lei de 26 de junho de 1850.

Sustenta-se porém em a nota ao artigo 317.º, n.º 5.º do codigo administrativo, edição de 1865, com fundamento na *Gazeta dos tribunaes*, n.º 2271, que a juncta de parochia não póde usar do desforço, nos termos da Ord. liv. 1.º, tit. 66, § 2.º, que é especial para as camaras municipaes, podendo apenas usar do desforço como qualquer particular, nos termos da mesma Ord. liv. 4.º, tit. 58.

Em accordãos de 28 de abril, de 19 de maio e de 17 de novembro de 1874, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 393, e no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 6, julgou a Relação do Porto que o comminatorio estabelecido no artigo 485.º é competente mesmo quando se têm já practicado actos turbativos da posse, porque esses actos são a mais evidente prova do justo receio que o auctor allega de futuras turbações; e porque a palavra —*póde*—, empregada no artigo 504.º, prova que ao lesado, ainda depois da turbação ou esbulho, é facultativo recorrer ás acções de manutenção e de restituição, ou ao preceito comminatorio.

Nos supra-citados accordãos de 5 de dezembro de 1873 e de 9 de janeiro de 1874, julgou o tribunal procedente e provada uma acção possessoria em que se pedia a comminação de 200$000 réis para caso de novas lesões, sem embargo de no artigo 485.º se mencionar, talvez exemplificativamente, só a pena de 10$000 a 30$000 réis.

Na avaliação d'estas causas comminatorias attende-se, não á importancia da *pena*, mas ao valor da *posse*, que é a base da acção, e que deve ser calculado nos termos do artigo 543.º e §§ da Nov. Ref. Jud.

Artigo 490.º

Em accordão de 20 de novembro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 138, decidiu a Relação de Lisboa que o artigo 490.º é applicavel tambem ás servidões descontinuas e continuas não apparentes, adquiridas antes da promulgação do codigo civil, sem contradicção com o artigo 2273.º; porque este mantem taes servidões, adquiridas por prescripção antes da promulgação do codigo, e o artigo 490.º regula o modo de fazer respeitar o direito a essas servidões.

O contrario porém decidiu o mesmo tribunal, por differentes juizes, em accordão de 28 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 351, julgando que ainda hoje era applicavel a acção de força para manter a servidão de passagem por predios alheios para ir buscar agua.

Tambem a Relação do Porto julgou em accordãos de 17 de junho de 1873 e de 14 de agosto de 1874, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 327 e 424, confundindo o direito reconhecido no artigo 2273.º, § unico, com o meio de o fazer valer estatuido no artigo 490.º, que este artigo era inapplicavel ás servidões adquiridas antes da promulgação do codigo.

A nós não nos offerece duvida que o artigo 490.º é tão applicavel ás servidões de preterito, como ás de futuro.

O artigo 490.º prohibe em regra o uso das acções possessorias quando se pretende *conservar*, mas não quando se pretende *impedir* a servidão descontinua e a continua não apparente.

Artigo 495.º

Os fructos pendentes, tendo sido avaliados conjunctamente com o casco da propriedade, pertencem ao arrematante, sem direito ao possuidor de haver as despesas da cultura e a parte do producto liquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita, sem embargo do disposto no artigo 495.º, que não é applicavel a esta especie.

Artigo 498.º

Em accordão de 14 de junho de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 36, decidiu a Relação de Lisboa que, julgada viciosa e de má fé a posse, não póde o possuidor invocar o beneficio da retenção por bemfeitorias, que só compete ao possuidor de boa fé, e que o juiz não póde applicar o direito que resulta do artigo 2307.º do codigo, se elle não foi discutido entre as partes, visto que o julgador não póde sentencear além do que foi allegado e provado na causa.

O artigo 498.º dando ao possuidor, tanto de boa, como de má fé, o direito de indemnisação pelas despesas feitas com a conservação da cousa, refere-se tanto ás despesas ordinarias como ás extraordinarias.

O principio reconhecido no artigo 499.º, que dá ao possuidor de má fé o direito de levantar as bemfeitorias uteis, é contrariado, e talvez sem razão de ser, na especie prevista na primeira parte do artigo 2307.º; e em nenhuma d'estas disposições se faz referencia á materia de arrendamentos.

O esbulhador violento, como se presume sempre de má fé, artigo 495.º, § 5.º, não tem o direito de retenção por bemfeitorias. Esta distincção entre direito a bemfeitorias e direito de retenção por bemfeitorias era já reconhecida na velha legislação, Ord. liv. 4.º, tit. 48, § 7.º, e tit. 54, § 1.º, e n'outros logares; alvarás de 27 de novembro de 1804 e de 11 de julho de 1811; e Nov. Ref. Jud. artigo 617.º, § 1.º, etc.

Ainda que os predios dotaes tenham sido tão bemfeitorisados, de modo que depois das bemfeitorias valham mais de ametade do que valiam antes, não tem o marido direito a partilha nas propriedades, mas só nas bemfeitorias, porque o artigo 2306.º é especial para a hypothese a que se refere, e inapplicavel aos melhoramentos em bens dotaes.

Em accordão de 25 de maio de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 161, de 21 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que são ineptos os artigos de liquidação que não forem deduzidos nos precisos termos do artigo 576.º da Nov. Ref. Jud., e, do artigo 499.º, § 4.º, do codigo; porque, não se articulando separada e especificadamente todas as circumstancias e requisitos alli designados, não póde fazer-se a devida applicação do disposto no citado artigo 499.º, § 4.º

Em accordão de 31 de janeiro de 1874, confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça em 16 de fevereiro de 1875, como tudo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 311 e 393, julgou a Relação de Lisboa ineptos uns artigos de retenção por bemfeitorias por não se articular o custo d'estas, visto que só ha obrigação de pagal-as pelo augmento de valor que deram á cousa, quando esse valor não é superior ao custo.

Nós julgâmos que o § 4.º é applicavel, tanto ás bemfeitorias necessarias, como ás bemfeitorias uteis, apesar de não se tractar no artigo senão de bemfeitorias uteis.

Artigo 504.º

Em accordão de 25 de junho de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 698, julgou a Relação de Lisboa que é competente a acção de força sempre que se verifiquem os dois requisitos — turbação de posse e prejuizo —; e que se o facto da turbação é pessoal a algum dos compossuidores, não é indispensavel para a acção o concurso dos outros.

Em accordão de 13 de novembro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na citada folha e anno, pag. 198, que o esbulhado póde intentar a acção de esbulho contra todos, ou só contra algum ou alguns dos esbulhadores, porque para este caso não tem applicação o disposto no assento de 11 de janeiro de 1653, e porque a sentença obtida n'esta acção só prejudica aquelle ou aquelles contra quem é proferida, e não a terceiros.

Achamos legal e razoavel esta jurisprudencia. O referido assento versa sobre a interpretação da Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 8.º, e liv. 4.º, tit. 74, § 3.º, e estabelece a doutrina de que *para a validade do compromisso é necessaria a citação de todos os credores de maior e menor quantia*, o que deu logar a dizer Pereira e Sousa nas suas *Primeiras linhas*, § 91 — *que devem ser citados todos aquelles a quem o negocio toca* —.

Mas d'ahi veio a tendencia dos tribunaes para annullarem os processos desde que não tenha sido chamado á demanda algum interessado, ainda que seja divisivel o direito, e ainda que o interesse do não demandado seja secundario, e não principal e directo.

Felizmente n'esta decisão o Supremo Tribunal de Justiça condemnou essa malfadada jurisprudencia.

A questão acha-se hoje resolvida pelo codigo de processo, que no artigo 8.º permitte a qualquer dos interessados pedir separadamente a parte que lhe competir na responsabilidade commum, ou a annullação de qualquer acto na parte que lhe disser respeito.

Em accordão de 7 de agosto de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 44, julgou a Relação de Lisboa inepta uma petição de acção possessoria por falta de declaração do dia, mez e anno em que se praticou a turbação; que não é incompativel com esta acção, pelo facto da turbação ter sido preterita, o pedido de uma pena para o caso de o lesante repetir os actos turbatorios, e que antes a accu-

mulação do pedido da pena com a acção possessoria é saccionada pela constante e uniforme praxe do fôro, e tem fundamento nos artigos 486.º e 504.º do codigo.

Effectivamente é preciso allegar a *epocha* da turbação ou esbulho, visto que a acção summaria de posse só póde ser intentada dentro do anno da turbação ou esbulho.

Passado o anno já não tem logar a acção de posse ordinaria ou summaria, mas simples e unicamente a acção ordinaria de propriedade, artigo 489.º

Sustentam alguns que passado o anno, se não ha a acção summaria de posse, ha a acção ordinaria possessoria, antigamente denominada *força velha*, que o codigo civil não revogou.

Esta acção porém é hoje incompativel com as disposições do codigo, porque passado um anno já não póde discutir-se a questão de posse, mas só a de propriedade.

O argumento, a que alguns se soccorrem para sustentar que passado o anno póde ainda intentar-se a acção *ordinaria* de posse, fundando-se no § unico do artigo 488.º, que declara *melhor* a posse mais antiga, é de todo improcedente.

O § unico citado refere-se á posse de menos de anno, como bem se mostra comparando-o com o artigo; e passado o anno, como já não póde discutir-se a posse sem discutir a propriedade, artigo 489.º, é evidente que não póde discutir-se acção alguma possessoria, seja ordinaria ou summaria.

E dentro do anno poderá intentar-se, sem perigo de nullidade, em vez da acção summaria a acção ordinaria, visto dar ainda mais garantias á intenção e á defesa? Na práctica talvez se decida pela affirmativa, porque no foro tem-se entendido que a acção ordinaria póde substituir a acção d'outra natureza, ainda que esta se ache expressamente reconhecida na lei para a especie occorrente; e n'este sentido julgou a Relação de Lisboa, por tres votos contra dois, em accordão de 15 de junho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 4.

Tambem se tem dicto que as penas pecuniarias só podem pedir-se na acção a que se refere o artigo 485.º, e não nas acções de manutenção e de restituição, com respeito ás quaes nenhuma lei auctorisa similhante pedido; e que não podem pedir-se penas que não estejam estipuladas em contractos, artigo 672.º, ou reconhecidas expressamente na lei, artigos, 17.º e 68.º do codigo penal, e 487.º do codigo civil.

Porém o pedido da pena pecuniaria n'aquellas acções possessorias, que nem a lei moderna auctorisa, nem a antiga auctorisava, está reconhecido na práctica de tão longos annos, que não póde reputar-se abolido só pelo silencio do codigo, visto pertencer á materia do processo.

No entretanto o codigo de processo é tambem omisso n'este ponto.

Artigo 514.º

O disposto nos artigos 514.º e 515.º do codigo é applicavel a todas as prescripções, qualquer que seja a natureza da acção e a fórma do processo.

Ainda que sejam de curtissima duração é preciso allegal-as, porque o juiz em caso nenhum póde suppril-as de officio.

Em accordão de 23 de fevereiro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 91 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que os tribunaes não podem supprir de officio em materia civil a prescripção, que deve ser offerecida juntamente com a contrariedade e em artigos separados, como preceitua o artigo 316.º da Nov. Ref. Jud.

Em harmonia com o disposto no artigo 514.º julgou o mesmo tribunal em accordão de 12 de maio de 1871, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 583, que, para ser attendida em materia civel, deve a prescripção, ser allegada como excepção com a contrariedade.

Egual decisão proferiu a Relação do Porto em accordão de 23 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 324.

Em accordão de 6 de junho do referido anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 206 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que tambem nas acções summarias se póde allegar a excepção de prescripção.

Diz o accordão:

«Considerando que não ha, nem se cita lei que prohiba defender-se qualquer réo nas acções summarias com a excepção peremptoria da prescripção, que por ser prejudicial cumpre resolver-se previamente na sentença definitiva, conforme a Ord. liv. 3.º, tit. 20, § 15, e tit. 50, e a Nov. Ref. Jud. artigo 316.º», etc.

O codigo de processo, por uma emenda introduzida na camara dos dignos pares do reino, alterou a nossa legislação de seculos, permittindo no artigo 3.º, § 3.º, n.º 2.º, que se deduza a prescripção em qualquer estado da causa, tanto na primeira como na segunda instancia.

Em presença d'esta innovação póde invocar-se a prescripção posteriormente aos articulados; e n'este caso não ha necessidade de a deduzir por excepção, como aliás exigia o artigo 514.º do codigo civil.

Artigo 517.º

Em accordão de 8 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 229, julgou a Relação de Lisboa que por força do disposto na Ord. liv. 4.º, tit. 79, era a boa fé condição indispensavel para a prescripção.

Já pela Ord. liv. 4.º, tit. 3, § 1.º, a cousa immobiliaria podia ser demandada até dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, havendo *titulo e boa fé*, porque sem titulo eram necessarios ordinariamente trinta annos, e sem boa fé nunca se prescrevia.

Era porém muito questionado se só o titulo *valido*, ou se tambem o titulo nullo podia fundamentar a prescripção.

O codigo civil francez no artigo 2267.º parecia negar só ao titulo nullo por falta de *formalidades* as condições para a prescripção, d'onde se deprehendia que a falta de capacidade, as violencias, ou qualquer outro vicio *intrinseco* não inhabilitava o titulo para aquelle fim.

Nos termos do nosso codigo, ou os vicios sejam extrinsecos, artigos 2493.º a 2496.º, ou intrinsecos, artigos 660.º e seguintes, falta ao titulo a qualidade de *justo* para conduzir á prescripção, vistos os artigos 476.º e 518.º

Em accordão de 8 de julho de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 33, julgou com razão a Relação do Porto que a

posse precaria, sem *animo domini*, ou concedida por licença especial, não conduz á prescripção.

Artigo 524.º

Na justificação judicial da posse para os effeitos do artigo 524.º não é necessario justificar primeiro que são incertas as pessoas, nos termos do artigo 207.º da Nov. Ref. Jud., que não é applicavel a esta especie, mas sim o artigo 126.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870. A citação edital é sempre necessaria n'este processo, embora existam interessados certos, e quer existam quer não interessados incertos.

Deve nomear-se curador a estes sem embargo da intervenção do ministerio publico, que em taes processos tem a seu cargo, não a defesa especial dos ausentes e incertos, mas sim as funcções de fiscal da lei, e de representante do interesse publico.

A intervenção do ministerio publico dispensa a nomeação de curador *ad hoc* a estabelecimentos publicos que porventura figurem no processo, e de que elle é defensor nato.

Não diz o codigo nem o regulamento qual o documento com que póde requerer-se o registo provisorio da mera posse, a que se refere o artigo 525.º

Requer-se porém com a certidão de estar em juizo a petição para a justificação, vistos os termos do citado artigo 525.º e o disposto no artigo 969.º, § 1.º

Em accordão de 10 de junho de 1874 julgou a Relação de Lisboa que os cinco annos a que se refere o artigo 524.º são os *ultimos* cinco annos, isto é, os proximos á justificação, sendo portanto improcedente a acção proposta em juizo em 1875, por exemplo, em que os justificantes alleguem ter estado na posse até 1870.

Tambem o mesmo tribunal julgou pela maioria de um voto que a estas acções não é applicavel a Ord. liv. 3.º, tit. 20, § 16.º, para o effeito de se absolver da instancia por ineptidão de petição, visto que das premissas não se conclue a condemnação em certo pedido, devendo as nullidades da petição, como o não conter os requisitos marcados no artigo 524.º, ser apreciadas a final entre os fundamentos da justificação. Tudo isto póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 650 e seguintes, e 662 e seguintes.

As acções em que se tractar de posse são propostas no juizo da situação dos predios, codigo de processo, artigo 21.º, n.º 3.º

O mesmo codigo regula nos artigos 595.º, 596.º e 599.º, o modo de justificar a mera posse para os effeitos do artigo 524.º do codigo civil.

Artigo 526.º

Tem continuado, depois da publicação do 2.º volume da nossa obra, a discussão na imprensa juridica sobre o modo de conciliar os preceitos dos artigos 528.º e 529.º do codigo com a provisão contida no artigo 952.º; e novos alvitres se têm levantado a este respeito.

Pensam alguns que os artigos 528.º e 529.º regulam o passado, e que os artigos 526.º, 527.º e 952.º respeitam ao futuro; e assim dizem que os prasos marcados nos artigos 528.º e 529.º se referem á posse, que tinha aquella duração já ao tempo da promulgação do codigo, posse que por si constituia dominio pela prescripção, e que o legislador não sujeitou a registo pela mesma razão por que não sujeitou a registo o dominio.

Dizem outros que a posse, a que se refere o artigo 952.º, como não podendo ser invocada para prova da propriedade sem registo, é a *mera posse*, de que se tracta nos artigos 524.º e 949.º, n.º 5.º, e que a posse comprehendida nos artigos 528.º e 529.º, como não é a mera posse, está fóra da alçada do artigo 952.º

Os termos absolutos e genericos do artigo 952.º porém não comportam nem admittem estes dois systemas de conciliação. Nos casos dos artigos 528.º e 529.º estará *adquirido* o direito por prescripção, independentemente de registo, mas não póde tornar-se *effectivo em juizo* sem registo.

Esta é a doutrina do codigo, acceitando-se os referidos artigos, como elles estão formulados.

No entretanto a jurisprudencia dos tribunaes vae-se inclinando para a doutrina de que a posse, comprehendida nos artigos 528.º e 529.º, não está sujeita ás provisões do artigo 952.º

Em sentença de 15 de fevereiro de 1871, confirmada por accordão da Relação do Porto do mesmo anno, como tudo póde ver-se no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 16, lê-se que o artigo 952.º não prejudica a posse comprehendida nos artigos 528.º e 529.º, que está dispensada de registo.

A Relação do Porto julgou em accordãos de 20 de dezembro de 1872, e de 6 de fevereiro de 1874, publicados no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 8.º, e 6.º anno, n.º 20, que podem ser oppostos á execução embargos de terceiro, fundados em posse não registada: decidindo-se no primeiro que o artigo 952.º do codigo não prejudicava esta doutrina, e que só tinha applicação á posse para prova da propriedade e não á simples acção possessoria, comprehendida no artigo 489.º; e julgando-se no segundo que o artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870, que exige para fundamento dos embargos de terceiro o registo do acto juridico anterior ao registo da hypotheca, é applicavel só ás transmissões operadas depois da execução da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863.

Em accordão de 8 de outubro de 1872, publicado no mesmo jornal, 4.º anno, n.º 41, julgou a Relação do Porto que só tractando-se da mera posse invocada para prova do dominio é que se exige o registo em conformidade dos artigos 524.º, 949.º n.º 5.º, e 952.º, não devendo nos outros casos rejeitar-se *in limine* os embargos com fundamento na falta de registo.

Em accordão de 28 de março de 1873, publicado no mesmo jornal, 5.º anno, n.º 19, julgou a Relação do Porto que nas acções meramente possessorias, que são reguladas pelos artigos 484.º e 489.º, não é precisa a certidão do registo da posse, e que os artigos 524.º, 949.º, n.º 5.º, 952.º e 953.º, são applicaveis unicamente á posse para prova da propriedade, sendo differente o direito a seguir, segundo se tracta do registo da posse para prova da propriedade, ou só da posse para fundamentar uma acção meramente possessoria.

Em accordão de 11 de março do mesmo anno, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, confirmou a Relação do Porto a sentença proferida em 15 de julho de 1872 pelo juiz de direito de Oliveira d'Azemeis, que julgára procedente e provada uma acção em que o auctor pedia ser declarado verdadeiro dono, visto ter a posse de mais de trinta annos, e requeria o cancellamento do registo do dominio que o réo fizera posteriormente ao dominio do auctor.

*

Invocou o juiz o artigo 514.º, que não prohibe allegar a prescripção como meio de acção, e os artigos 528.º e 529.º, que devem considerar-se excepção á regra geral estabelecida no artigo 952.º, em quanto admittem a prescripção de bens immobiliarios sem registo.

Diz-se tambem que a *mera posse*, de que se tracta nos artigos 526.º e 527.º, é bem differente da *prescripção*, a que se referem os artigos 528.º e 529.º, e que até o titulo, sob o qual estão descriptos estes artigos, se inscreve—*Dos direitos que se adquirem por mera posse e prescripção.*—

Argumenta-se finalmente que não póde suppor-se sem absurdo que o legislador désse ao que obteve o registo da mera posse o direito de privar o prescribente de direitos adquiridos, ha largos annos, oppondo-lhe o artigo 952.º para obstar a que elle viesse justificar a posse como prova da propriedade.

Em razão de não ter sido registada uma transmissão, operada já depois da promulgação do codigo, antes da penhora feita em execução hypothecaria, despresou a Relação de Lisboa em accordão de 13 de julho de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 42, uns embargos de terceiro, invocando o artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870, e o artigo 1549.º do codigo civil.

Nos casos do artigo 526.º utilisa o proprietario mais em registar a posse do que o titulo, visto que o tempo necessario para a prescripção, a contar da data do registo, é mais curto, tendo-se registado a mera posse, do que tendo-se registado o titulo por mais antigo que este seja.

Artigo 535.º

Por direito anterior era corrente que o devedor não prescrevia contra o proprio titulo.

Assim se inferia das Ordd. liv. 4.º, tit. 79, e liv. 2.º, tit. 27, § 3.º; assim opinou a Associação dos Advogados de Lisboa em consultas de 16 de janeiro de 1842, de 30 de maio de 1844, e de 7 de maio de 1845, publicadas na *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 404, 982 e 1355; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordãos de 26 de abril de 1847 e de 8 de junho de 1855.

Artigo 536.º

São casos comprehendidos na excepção do artigo os regulados nos §§ 1.º e 3.º do artigo 539.º, e no § unico do artigo 540.º

Artigo 539.º

Em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 10, julgou a Relação de Lisboa que as retribuições pelo serviço medico, prestado fóra das hypotheses previstas no § 1.º, estão sujeitas ás regras da prescripção geral, e não á prescripção excepcional estatuida n'este artigo, e que em conformidade do decreto de 22 de janeiro de 1840, § 34.º, deve ter-se em vista, para graduar o preço das visitas, o estylo e uso das terras e as maiores ou menores possibilidades do enfermo.

Em accordãos de 4 de abril e de 11 de julho do mesmo anno (sendo este sobre embargos), publicados no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 5, julgou com razão a Relação do Porto que nos termos do § 2.º do artigo deve contar-se o praso para a prescripção, não desde o accordão da Relação, com quanto *exequivel*, sem embargo da interposição da revista, nos termos do artigo 1194.º da Nov. Ref. Jud., mas sim da decisão ultima do Supremo Tribunal de Justiça, que deve considerar-se a *decisão final*.

Ainda que o artigo 117.º da tabella dos salarios e emolumentos judiciaes considere como *vencedor a final* o que obtem sentença exequivel, não póde dizer-se *final* ou *ultima* a decisão que póde ser alterada por outra, e em que na sua execução não póde entregar-se a cousa pedida sem fiança, Nov. Ref. Jud. artigo 681.º, § 9.º, lei de 16 de junho de 1855, artigo 13.º, e codigo de processo.

Effectivamente não póde ser accusada de *negligente* a parte que não tracta logo de executar o accordão da Relação, porque a boa prudencia aconselha o esperar em regra a ultima decisão para dar á execução o julgado.

Tambem n'aquelles accordãos se decidiu que esta prescripção é só applicavel aos funccionarios publicos, e não ao caso de terem sido pagos os emolumentos ou salarios por uma das partes para a final os haver da parte vencida, porque n'esta especie não se dá cessão nem subrogação legal, sem embargo do disposto no artigo 779.º, § 1.º do codigo; com quanto alguns sustentem que, sendo feito pela outra parte *interessada* o pagamento dos emolumentos e salarios para o andamento e conclusão do pleito, não póde esta deixar de ficar subrogada nos direitos dos funccionarios credores, vistos os artigos 778.º e 779.º

Os *sellos* do processo é que não estão comprehendidos na prescripção do artigo 539.º, que se refere unicamente aos emolumentos dos funccionarios publicos.

A doutrina de que á execução por custas não podem oppôr-se embargos com fundamento na prescripção, vistos os artigos, 3.º da lei de 16 de junho de 1855, e 617.º da Nov. Ref. Jud., é que está condemnada por accordãos recentes do Supremo Tribunal de Justiça, como se indica em a nota ao artigo 552.º

Desde que um individuo toma sobre si por qualquer fórma a divida de soldadas, verifica-se a novação nos termos dos artigos 802.º, 804.º, 807.º e 812.º, e não póde já o devedor oppôr a prescripção excepcional estabelecida n'este artigo.

Na fiança, artigo 854.º, póde o fiador oppôr todas as excepções extinctivas da obrigação principal que competiam ao devedor, e não lhe eram meramente pessoaes; mas na novação, artigo 814.º, não póde o devedor substituido oppôr ao credor as excepções que poderia oppôr o primeiro devedor, e só as que pessoalmente tenha contra o credor.

Artigo 540.º

Em accordão de 21 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 315.º, julgou a Relação do Porto que os salarios dos procuradores e os adiantamentos feitos por estes para o andamento dos processos e para pagamento a advogados, escrivães, etc., estão sujeitos á prescripção estabelecida no artigo 540.º, cessando a procuração desde que o processo teve sentença final, mas que os adiantamentos feitos para outros fins, como para pagamento de decimas, de derramas, etc., estão sujeitos á prescripção ordinaria.

O preceito estabelecido no artigo é applicavel tanto ao mandato

verbal como ao mandato escripto, devendo n'aquelle caso contar-se os dois annos desde o acto do serviço prestado pelo advogado ou procurador.

Artigo 542.º

Requerendo-se juramento nas hypotheses dos artigos 542.º e 1387.º do codigo civil, ter-se-ha por confessada a falta de pagamento, se a parte recusar jurar, ou se deixar de comparecer e nos cinco dias seguintes não comprovar justo impedimento, codigo de processo, artigo 225.º

Se a prescripção for opposta pelo representante de algum menor, ou d'outra pessoa incapaz de administrar seus bens, não póde o auctor exigir o juramento a que se refere o artigo, porque nos termos do artigo 2523.º não se permitte juramento decisorio nas questões ácerca das quaes não é licito transigir, e por força do disposto no artigo 224.º, n.º 17, não póde o tutor transigir sem auctorisação do conselho de familia, o que mais largamente explicâmos n'outro logar.

Artigo 543.º

Em accordão de 19 de fevereiro de 1876, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 25, julgou a Relação de Lisboa que os juros, para terem hypotheca como credito distincto, devem ser capitalisados por novo contracto conforme o artigo 1642.º, constituindo-se hypotheca que os garanta; e que não podem pedir-se juros de mais de cinco annos anteriores ao codigo civil, visto o artigo 566.º do mesmo codigo.

Todavia o regulamento de 28 de abril de 1870, no artigo 93.º e § unico, permitte o registo dos juros anteriores ao ultimo anno e ao corrente em presença de simples declarações, escriptas e assignadas pelo registante, e reconhecidas por tabellião, nos termos do artigo 969.º do codigo, quando estiver registado o credito hypothecario.

Por direito anterior não havia prescripção especial para os juros. Podiam pedir-se em quanto podia pedir-se a divida. A legislação antiga determinava que os juros convencionaes se não extinguiam sem effectivo pagamento do capital, doutrina ainda adoptada no codigo de commercio, artigo 283.º

Convem ler, a proposito do n.º 3.º do artigo 543.º, os artigos 123.º e 127.º do codigo penal.

Artigo 548.º

Em accordão de 8 de novembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 229, julgou a Relação de Lisboa que o praso para a prescripção do legado não começa a correr em quanto o legatario não tem *conhecimento* do beneficio; doutrina esta que nos parece contraria não só ao direito novo, mas tambem ao direito velho.

Em accordão de 17 de janeiro de 1873, publicado no mesmo jornal, n.º 295, julgou a Relação do Porto que a prescripção negativa corre contra os interdictos por demencia, mas que só se completa passados tres annos depois de decorrido o praso ordinario da prescripção.

O Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 22 de agosto do

mesmo anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 277, tambem d'esse anno, decidiu que vinte e quatro annos incompletos eram tempo insufficiente para se operar a prescripção dos foros conforme a Ord. liv. 4.º, tit. 79 pr., vigente a esse tempo (dezembro de 1858); que n'essa data ficou suspenso o curso dos trinta annos necessario para se completar a prescripção nos termos da cit. Ord. § 2.º, visto serem menores de 14 annos todos os filhos do credor, que os seis annos e alguns dias necessarios para completar os trinta annos indispensaveis não chegaram a correr antes de 22 de março de 1868, visto o impedimento da menoridade, que pelo codigo se não completou ainda tambem, porque todos são menores de 21 annos, e só findo um anno depois da menoridade é que a prescripção póde completar-se contra elles em conformidade do artigo 550.º, § 2.º, etc.

A lei antiga distinguia entre menores de 14 annos, contra os quaes não corria a prescripção, e maiores de 14 e menores de 25, contra os quaes corria; e tanto uns como os outros podiam invocar depois o beneficio da restituição *in integrum*, Ord. liv. 4.º, tit. 79.

A lei moderna aboliu a restituição *in integrum*, que já não póde ser invocada nem com respeito aos factos anteriores á promulgação do codigo, e incluiu todos os menores de 21 annos na mesma regra, fazendo correr contra todos a prescripção, mas concedeu-lhes um anno mais a contar do termo da menoridade.

Em accordãos de 13 de junho e de 12 de dezembro de 1873 (sendo o segundo sobre embargos), publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 382, julgou a Relação do Porto que a prescripção contra os menores não podia completar-se durante a menoridade.

Artigo 552.º

Os processos pendentes em juizo estão sujeitos tambem á prescripção? No foro antigo era quasi uniforme a opinião de que as acções eram *perpetuadas* pela contestação da lide. Derivava-se esta doutrina do disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 4 pr., tit. 9 pr., e tit. 18, § 12.º, e parecia tambem fundada na legislação romana, leis 87, 139 e 164, Dig. *de regul. jur.*, e outras.

Em conformidade d'esta doutrina proferiu o Supremo Tribunal de Justiça o seguinte accordão:

«Que d'esta sentença tendo-se recorrido por appellação para a respectiva Relação, ahi, pelo accordão fl., fôra declarado nullo todo o processo desde fl., com o fundamento de haver estado parada a causa desde a sentença fl., e termo fl., datada de 1778 até 6 de março de 1830, considerando os juizes como processo findo aquelle que por trinta ou mais annos esteve sem andamento, recorrendo a argumentos tirados da Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 1.º, tit. 84, § 23, e liv. 4.º, tit. 79, como se o allivio da responsabilidade legal de funccionarios na guarda ou deposito de livros, autos ou documentos, fizesse ou perder as partes interessadas os direitos resultantes, ou dispensasse de cumprir as obrigações correlativas; como se as mesmas partes, nos casos de sumiço ou perda de autos judiciaes ou livros de notas, não podessem tractar da sua reforma, ou subrogar umas por outras provas; como se, emfim, não se tractando de autos extraviados, mas pendentes e existentes, que são do dominio e posse dos agentes da auctoridade publica, importando pouco saber-se como foram restituidos nos respectivos cartorios, perdessem elles, dentro ou fóra dos mesmos cartorios, o seu caracter official e authentico, se torna evidente

que no mesmo accordão se fez uma errada applicação das citadas Ordd.; e, além d'isso, offendeu-se a sentença fl., que ainda não havia, por falta de intimação, feito esse transito, mas que o fez desde que, terminados os incidentes da habilitação, foram intimados os recorridos, como a fl., para fallar aos termos da causa e ficarem sabedores do julgado, não interpondo em tempo o recurso competente, mas o de embargos inadmissiveis, tanto pela velha como pela nova legislação; *e bem assim o de excepção de prescripção, que nenhuma lei patria auctorisa contra as acções, depois de perpetuadas pela contestação da lide;* excepção que, sendo restrictiva da conservação do direito de propriedade, não póde ser ampliada por argumentos de inducção, como no dicto accordão se ampliou virtualmente, concluindo-se pela nullidade do processo, sem que para este fosse citada lei que a estabelecesse em termos positivos como cumpria. Portanto declaram nullo o mesmo accordão, e fixando, em conformidade com a lei de 19 de dezembro de 1843, definitivamente os termos da causa, mandam que os autos baixem ao juizo de direito de primeira instancia para que os recorrentes possam fazer extrahir a sua carta de sentença, e os recorridos deduzir na execução a defesa legal que tiverem, e assim se dê cumprimento á lei. — Lisboa, 4 de agosto de 1857. — *Ferrão* — *Vellez Caldeira* — *Vieira da Motta* (vencido).»

Com fundamento n'esta decisão julgou a Relação do Porto em accordão de 23 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 324, que as acções se *perpetuam* pela contestação da lide.

Nós porém nunca seguimos similhante opinião. Não a julgavamos fundada no direito romano, porque da lei 9 Cod. *de praescript. 30 an.* se infere que a perpetuidade da acção pela contestação da lide significava apenas que a prescripção não corria em quanto a causa estivesse em andamento, posto que o processo durasse mais que o praso ordinario da prescripção; mas a prescripção recomeçava desde o ultimo acto do processo, com a unica differença de exigir quarenta annos para se completar.

Egual doutrina vemos estabelecida na Ord., com a differença de não alongar a prescripção até aos quarenta annos, porque no liv. 4.º, tit. 79, § 1.º, diz assim: «Porém, se a dicta prescripção for interrompida *por citação*, feita ao devedor sobre essa divida, *ou por outro qualquer modo*, per que per direito deva ser interrompida, começará outra vez de novo correr o dicto tempo.»

É pois evidente que aquella Ord. comprehende *todos os casos* de interrupção natural ou civil da prescripção.

Nem d'outro modo poderia explicar-se o preceito da mesma Ord. liv. 1.º, tit. 84, § 23, que impunha aos escrivães a obrigação de guardar os processos civeis só por trinta annos.

A Ord. liv. 4.º, tit. 10, § 3.º, tambem parecia dizer que o processo se ultima pela sentença definitiva que passa em julgado, mas não que *penda* o litigio a través de todo e qualquer lapso de tempo que decorrer.

O codigo commercial no artigo 908.º dispõe que as acções uma vez deduzidas em juizo, ou sobre que houver contestação da lide, posto que desertas e não seguidas, duram *conforme a direito* por espaço de quarenta annos a contar da deserção dos litigantes, exceptuando as acções commerciaes, que prescrevem nos prasos e epochas marcadas nos titulos — *das prescripções* —, e nos termos que têm epochas expressamente marcadas no mesmo codigo.

Assim o codigo de commercio, com quanto legislasse para as acções commerciaes, reconhecia que *o direito* marcava quarenta annos para a prescripção das acções postas em juizo que estivessem aquelle periodo sem andamento; e alludia de certo á lei 9.ª, Cod., *de praescript. triginta, vel quadraginta annorum.*

O principio da prescripção nas acções postas em juizo foi reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 29 de novembro de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 295, de 28 de dezembro do mesmo anno, que decidiu que o direito de executar as sentenças prescrevia por trinta annos, e que a prescripção podia allegar-se na execução, sem embargo do disposto na lei de 16 de junho de 1855 com respeito ao artigo 617.º da Nov. Ref. Jud., que é applicavel só ás execuções legaes fundadas em sentenças executivas ainda não prescriptas.

Em accordão de 15 de março do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 366, julgou o mesmo tribunal que nos despachos que mandam executar sentenças, cujos effeitos têm já caducado pela prescripção, ha verdadeiro excesso de execução, sendo competente por isso o recurso de appellação nos termos do artigo 629.º, da Nov. Ref. Jud.

Segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 513, 609, 625 e 641, aquella corporação scientifica, depois de discutir largamente a materia da prescripção das acções pendentes, decidiu por maioria que uma causa abandonada ha mais de quarenta annos não podia proseguir por lhe obstar a prescripção.

Do artigo 546.º mostra-se que ha prescripção contra as sentenças passadas em julgado; e no artigo 552.º fixam-se as causas da interrupção da prescripção taxativamente, não sendo por isso licito ao interprete amplial-as.

Com fundamento n'estes dois artigos e na circumstancia de que as contas, de que conhece o Tribunal de Contas, são remettidas á respectiva secretaria sem citação dos responsaveis, e assim se conservam até á intimação do accordão provisorio, e de que não ha lei onde se estabeleça que as contas ou autos, pelo facto de estarem n'uma repartição publica sem intimação da parte, constituam uma interrupção permanente e eterna contra a prescripção, sustenta o distincto Jcto, sr. Moraes Carvalho, que a remessa das contas ao tribunal competente não é causa de interrupção da prescripção.

O codigo de processo, artigo 912.º, reconhece a prescripção como meio de elidir o direito de execução, permittindo deduzil-a em embargos á execução.

Como dizia o sr. Seabra no projecto primitivo, artigo 2757.º que foi eliminado, — a prescripção não extingue a acção, mas importa a extincção da causa, de sorte que as partes ficam inhibidas de poder prevalecer-se em caso algum dos actos do processo prescripto —, o que para os effeitos da prescripção é quasi o mesmo.

Em accordãos de 8 de março e de 10 de maio de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 374, julgou a Relação de Lisboa que a citação para a conciliação interrompe a prescripção.

Segundo se vê na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 544, o tribunal de cassação em França interpretou n'uma recente decisão o artigo 2247.º do codigo civil francez, fonte do artigo 552.º, § 2.º, do nosso codigo, nos seguintes termos: «Quando o artigo 2247.º determina que a interrupção da prescripção pela citação judicial fica como não subsistente se o pedido for rejeitado, refere-se só ao caso de haver sentença definitiva fundada em moti-

vos emergentes da questão de direito, e não ao caso de rejeição do pedido fundada n'uma simples excepção em que se deixou o direito salvo para a acção, especialmente quando tal direito foi formalmente reconhecido pela sentença proferida.

«A interrupção da prescripção cessa de direito depois da sentença que, desattendendo o pedido apresentado em reconvenção n'uma acção de reivindicação, applica a maxima—*spoliatus ante omnia restituendus*—e deixa ao queixoso todo o direito para intentar a acção competente.»

Para a prescripção das acções pendentes em materia crime, e mesmo para as sentenças passadas em julgado, ha legislação reguladora no codigo penal, artigos 123.º, 124.º e 128.º

Artigo 555.º

Em quanto a herança está por partir é indivisivel o direito dos herdeiros, como se mostra da Ord. liv. 3.º, tit. 80, § 1.º

Mas concluida a partilha acaba a solidariedade da herança indivisa, nos termos do artigo 1115.º do codigo, como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 24 de abril de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 121 do mesmo anno.

Por isso feita a partilha já os herdeiros não são obrigados a responder pelas dividas em juizo differente do seu domicilio, e assim julgou aquelle tribunal em accordão de 18 de dezembro do mesmo anno, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 230.

Artigo 564.º

A doutrina por nós sustentada sobre a intelligencia dos artigos 564.º e 566.º com relação ás prescripções começadas antes da promulgação do codigo, em virtude da qual segundo o tempo que *faltava* para se completar a prescripção por direito anterior era maior ou menor que a *totalidade* do praso marcado para a prescripção pelo direito novo, assim se completava em conformidade das disposições d'este ou d'aquelle direito, tem sido constantemente sustentada nos jornaes juridicos, foi abraçada pelo distincto Jcto, o sr. Moraes Carvalho, e parecia adoptada no foro.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordãos de 3 e de 14 de junho de 1871, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 173 e 176; e com esta jurisprudencia parece ter-se conformado o Supremo Tribunal de Justiça no accordão a que nos referimos em a nota ao artigo 548.º

Porém o mesmo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 7 de agosto de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 239, de 23 de outubro do mesmo anno, estabeleceu, por cinco votos conformes, jurisprudencia inteiramente contraria, que nós reputâmos menos conforme ás disposições do codigo, julgando prescripta uma acção proposta em 1868, á qual faltavam cinco annos pela lei anterior, que lhe marcava o praso de trinta annos para prescrever, com o fundamento de que eram já decorridos vinte e cinco annos antes da promulgação do codigo, e de que por este bastavam quinze para a prescripção.

Diz o accordão:

«Considerando porém que a prescripção allegada foi desattendida por não se achar completa, visto como para a de trinta annos que são precisos para prescrever a acção de petição de herança ainda faltavam cinco; porque desde 1843 em que falleceu a mãe commum e se abriu a successão até á instauração da predicta acção em 1868, não tinham decorrido senão vinte cinco annos: regulando-se os juizes, para assim decidir, sómente pela legislação anterior ao codigo civil; que, com quanto mande regular as prescripções que tiverem começado a correr antes da sua promulgação, por aquella legislação, segundo o disposto no artigo 564.º, é todavia com as modificações declaradas nos artigos seguintes que não foram applicados como cumpria;

«Considerando que, nos termos do artigo 566.º, as prescripções começadas antes da sua promulgação, se, para se completarem, carecerem de praso maior do que o assignado n'elle, completar-se-hão na conformidade das disposições do mesmo codigo; se, porém, exigirem menos tempo, como no presente caso, ellas completam-se passados que sejam pelo menos tres mezes contados desde a sua promulgação, como é decretado no § unico do citado artigo.

«E como para a prescripção dos immoveis ou direitos immobiliarios bastam, na conformidade do artigo 528.º, quinze annos na falta do registo da posse ou do titulo de adquisição, porque na existencia d'elle podem ser prescriptos por tempo de cinco ou dez annos, attenta a disposição do artigo 526.º, é certo, á vista de taes disposições, e fazendo-se a devida applicação d'ellas, que a acção de petição de herança se achava effectivamente prescripta com o lapso de vinte e quatro annos decorridos desde 10 de setembro de 1843, em que se abriu a successão da mesma herança, até 22 de março de 1868, em que foi publicado o codigo, e de mais seis mezes depois da sua publicação até á proposição da acção em outubro do mesmo anno de 1868; não faltando para ella se completar cinco annos, como erradamente suppozeram o juiz de primeira instancia e os da Relação, signatarios do accordão recorrido, porque só seria assim se a prescripção tivesse de ser regulada pura e simplesmente pela antiga legislação, o que não podia ser na presença da clara disposição do artigo 564.º, que mandou applicar-lhe, com as modificações estabelecidas nos artigos seguintes, para encurtar o tempo para as prescripções começadas a correr antes da sua applicação se completarem mais depressa:

«Portanto concedem a revista annullando o accordão da Relação, que confirmou a sentença do juiz de direito da primeira instancia, e com ella desattendeu injustamente a excepção peremptoria da prescripção com que os réos primeiro se defenderam para repellir e excluir a acção proposta contra elles pelos auctores; offendendo com a sua decisão as disposições dos artigos 564.º, 566.º e § unico: e mandam que os autos sejam remettidos á mesma Relação para por differentes juizes se dar cumprimento á lei.»

A Relação do Porto julgou no mesmo sentido, e talvez em cumprimento d'aquelle accordão, por cinco votos contra um, em accordão de 5 de novembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 13.

Aquella decisão estabeleceu a doutrina de que nas prescripções começadas antes da promulgação do codigo, decorrido que seja o praso, n'este marcado, e mais tres mezes, concluida está a prescripção.

Não é esse porém o direito contido no artigo 566.º, como em as notas primitivas largamente demonstrámos.

Em accordão de 17 de novembro de 1874 julgou este tribunal que

pelo direito anterior a prescripção adquisitiva do dominio era regulada pela Ord. liv. 4.º, tit. 78, e não pelo tit. 3, que só tractava da extincção de encargos prediaes.

Em virtude das disposições do codigo póde estar sujeita á prescripção da lei velha a divida do capital, e á da lei nova a divida dos juros.

Se desde 1854 não se pagaram os juros de um certo capital, a divida só prescreve em 1884, visto o artigo 566.º, mas os juros de mais de cinco annos estão prescriptos, visto o mesmo artigo comparado com os artigos 543.º e 1642.º

ARTIGO 587.º

Em Portaria de 13 de novembro de 1871, publicada no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 22, indeferiu-se o requerimento da camara municipal de Guimarães, que pedia a expropriação por utilidade publica de uma oliveira e da gradaria que a circumdava, com o fundamento de que, segundo o preceito da lei de 23 de julho de 1850, as expropriações só podem ser decretadas quando versem sobre bens immobiliarios.

ARTIGO 611.º

O codigo de processo, artigo 363.º, tambem admitte o embargo ou arresto nos casos de reproducção fraudulenta de qualquer obra ou de contrafacção, nos termos dos artigos 611.º e 637.º do codigo civil.

ARTIGO 634.º

Nos artigos 329.º e 330.º regula o codigo de processo os termos a seguir no caso de intervirem assistentes na causa, tanto na especie do artigo 634.º como em qualquer outra.

ARTIGO 656.º

Em accordão de 17 de julho de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 8, annullou a Relação de Lisboa uma escriptura publica por se dar erro de direito na causa do contracto.

A confissão, desistencia ou transacção, só póde ser revogada por erro de facto em acção para esse fim intentada, codigo de processo, artigos 147.º e 234.º, proseguindo no entretanto os termos da causa, em quanto não for definitivamente julgada procedente e provada a acção de revogação.

Em accordão de 15 de novembro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 428, julgou a Relação de Lisboa que as partilhas extrajudiciaes podem ser rescindidas, vistos os artigos 659.º e 2163.º do codigo, por deixarem de ser partilhados por erro de direito bens que deviam entrar em partilha.

ARTIGO 663.º

O juiz de direito de Valle Passos, por sentença de 18 de janeiro de 1873, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, annullou a arrematação de um predio, feita por 100$000 réis, estando elle avaliado em 900$000 réis, por ter o arrematante afugentado um licitante da praça pela quantia de 90$000 réis, fundando-se em que o vendedor, que era o juiz presidente da arrematação, foi induzido a erro pelo comprador, que com dolo o fez persuadir de que era elle o que maior preço offerecia pela propriedade, e de que não havia outro comprador.

ARTIGO 672.º

Em accordão de 17 de março de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 18, julgou a Relação de Lisboa que em vista do artigo 1671.º, que se tornou extensivo aos emprasamentos de preterito por força do disposto no artigo 1694.º, não tem logar a applicação da pena de commisso depois da publicação do codigo, ainda nos emprasamentos anteriores, posto que a acção houvesse sido instaurada antes da vigencia do mesmo codigo.

ARTIGO 673.º

O legislador, em homenagem aos principios de moralidade, e de ordem publica, prohibiu ás partes o sustentar por meio de penas e de prohibições os contractos e os testamentos nullos, artigo 1752.º

Antes da promulgação do codigo não podia estabelecer-se nos emprestimos pena convencional, além dos juros, vista a disposição da Ord. liv. 4.º, tit. 70, § 1.º, que tinha relação com a do tit. 67, que prohibia as usuras; e os alvarás de 23 de maio de 1698, e de 14 de janeiro e de 6 de agosto de 1757 só as permittiam até 5 por cento e não mais, cujo principio ficaria aniquilado, se além da usura se permittisse qualquer pena convencional.

Em accordão de 30 de outubro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 346, julgou a Relação do Porto que a pena convencional, já reconhecida na Ord. liv. 4.º, tit. 70, é hoje permittida pelo codigo civil, artigos 672.º e 674.º

E essa pena ha de ser pedida em acção ordinaria, ainda que a divida principal seja objecto de processo privilegiado, porque a pena é distincta da divida, como julgou o mesmo tribunal em accordão de 7 de janeiro do mesmo anno, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 8.

ARTIGO 674.º

Em accordão de 15 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 147, do mesmo anno, decidiu com razão o Supremo Tribunal de Justiça que nos termos do artigo 823.º a fiança é restricta aos valores affançados.

ARTIGO 676.º

Em accordão de 17 de novembro do mesmo anno, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 1, decidiu a Relação do Porto que o comprador que deixou de pagar o preço na occasião ajustada, ou nos termos do artigo 1583.º, § 1.º, na falta de ajuste, desobrigou o vendedor da sua obrigação, em conformidade dos artigos 676.º e

709.º, e constituiu-se na impossibilidade de invocar com proveito as disposições do artigo 1548.º

Artigo 686.º

O artigo 1459.º deixa logar á duvida se o escripto particular, a que se refere, sendo, além de *assignado, escripto* tambem pelo doador, carece ou não da intervenção de duas testemunhas.

Parece-nos que, no caso de ser escripto e assignado pelo doador o titulo, escusada é a intervenção de testemunhas.

Todavia o mais seguro é exigir sempre a intervenção das duas testemunhas, ou o doador simplesmente *assigne*, ou *assigne* e *escreva* o documento.

Outra duvida suscita ainda a má redacção do artigo, e vem a ser —se a doação de bens immobiliarios de valor não excedente a 50$000 réis poderá ser provada por testemunhas, vistas as palavras —*poderá ser feita*— comparadas com as palavras do mesmo artigo—*só poderá ser feita por escriptura publica*—e com a redacção do artigo 1590.º

No entretanto a mente do codigo foi exigir titulo *escripto* para prova d'aquelles actos juridicos; e as palavras—*poderá ser feita*—referem-se provavelmente á regra geral relativa á escriptura publica, significando assim que, com quanto em regra as doações de bens immobiliarios só possam ser provadas por escriptura publica, podem todavia ser provadas por escripto particular, se o seu valor não exceder 50$000 réis.

Só por escriptura publica podem ser formadas as companhias de commercio, codigo commercial, artigo 539.º, e as sociedades anonymas de responsabilidade limitada, lei de 22 de junho de 1867, artigo 4.º

Pretendem alguns que o codigo mantem ainda a velha distincção entre escriptura necessaria para prova, e escriptura necessaria para substancia do contracto, e que a escriptura publica póde tomar-se, ou no sentido stricto, como a escriptura exarada por tabellião no seu livro de notas, ou no sentido amplo, como abrangendo os termos e autos judiciaes, assentos de registo civil, e em geral todos os documentos authenticos.

Dizem que, tomada a palavra—*escriptura*—no sentido stricto, nos casos dos artigos 826.º, 829.º, 1434.º, 1534.º e 1643.º, levantar-se-hia contradicção com o artigo 2412.º, que dá á confissão judicial os effeitos de prova plena, sem exceptuar os casos d'estes contractos, e com os artigos 2425.º e 2426.º; e que além d'isso, não podendo provar-se a exoneração d'aquelles contractos, senão por escriptura publica, seguir-se-hia o absurdo de o devedor não poder conseguir a exoneração, se o credor se recusasse a assignar-lhe a escriptura, porque nem o auto da consignação em deposito, nem a sentença que o julgasse, nos termos dos artigos 759.º e seguintes, poderiam provar a exoneração.

Argumentam que não póde contestar-se esta doutrina com o fundamento de se declarar no artigo 2412.º que a confissão judicial não constitue prova nos casos em que é declarada insufficiente por lei, porque em taes casos, como nas hypotheses dos artigo 343.º do codigo, e 631.º, § unico da Nov. Ref. Jud., tambem a confissão extrajudicial por escriptura publica seria insufficiente.

Dizem finalmente que não é aos artigos 1434.º, 1534.º e 1643.º que

se refere o artigo 2412.º, mas sim áquelles em que *por interesse publico* a lei não confia na confissão da parte, feita quer em juizo quer fóra de juizo, e que onde o codigo se refere a esses artigos é no artigo 2523.º, declarando que o juramento decisorio não póde tomar-se sobre convenções, que só devam ser provadas por *instrumento publico;* e isto com o fim de que as partes, confiando no juramento, não deixem de celebrar as suas convenções por instrumento publico, e no intuito de restringir os casos de juramento.

É porém de todo improcedente aquella argumentação. Se o artigo 2412.º fosse applicado na sua redacção generica a todos os casos em que se exige escriptura publica, a conclusão seria que não havia circumstancia alguma em que a escriptura publica fosse da substancia do contracto.

A falta de documento authentico não póde ser supprida por outra especie de prova, artigo 2428.º; e portanto não póde a confissão supprir a escriptura, nem o juramento póde ser admittido sobre convenções que só devam ser provadas por instrumento publico.

Pela mesma fórma se responde tambem á allegada incoherencia com os artigos 2425.º e 2426.º

Por ultimo se o credor se recusasse a passar o documento de exoneração reconhecido nas leis, podia ser supprida essa falta com sentença judicial em conformidade dos artigos 711.º e 712.º

O preceito do artigo 686.º parece destinado a attenuar, na materia de contractos, a disposição perigosa e injustificada do artigo 10.º Em vista do artigo 686.º ha só dois casos em que a falta das formalidades externas annulla o contracto: 1.º quando não foram observadas as prescriptas para *prova* do contracto; 2.º quando não foram observadas as declaradas substanciaes por disposição especial da lei.

Effectivamente ha formalidades relativas ao modo de titular e de provar o acto juridico, cuja falta annulla o contracto: assim é como não feito o contracto de casamento que não pódér provar-se nos termos do artigo 1083.º Mas a falta de observancia das provisões estabelecidas nos artigos 1072.º a 1082.º não annulla o casamento, senão quando essa provisão é declarada substancial por disposição especial da lei.

Na nossa velha Ord. era bem reconhecida a distincção entre escriptura necessaria para prova e escriptura necessaria para substancia do contracto, como póde ver-se da Ord. liv. 3.º, tit. 59 pr., e liv. 4.º, tit. 19 pr., e § 2.º A escriptura publica era o documento escripto nas notas do tabellião nos termos da Ord. liv. 1.º, tit. 78.

A Ord. liv. 4.º, tit. 19 pr., dizendo que a escriptura era da substancia do contracto na emphyteuse ecclesiastica e n'outros, que, segundo o direito, são de similhante qualidade e condição, deixou logar a grandes duvidas sobre a enumeração de todas as convenções em que a escriptura se reputava substancial do contracto.

Nos casos em que a escriptura é substancial do contracto, sem ella não ha contracto; nem pela confissão póde ser substituida, porque, com quanto a confissão seja a rainha das provas, não póde confessar-se o que não existe.

Os escriptos particulares nunca são rigorosamente substanciaes, visto poderem ser suppridos pelos documentos authenticos. Podem apenas dizer-se substanciaes no sentido de serem essenciaes, quando a lei os exige na falta de documentos authenticos.

Sobre este assumpto deve ler-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de maio de 1873, que vae referido em a nota ao artigo 1534.º

Em sentença de 6 de abril de 1875 julgou o juiz de direito da primeira vara de Lisboa que o escripto particular de mutuo excedente a 400$000 réis serve para provar esta quantia se o credor não pedir o excesso.

Mas esta jurisprudencia parece-nos inadmissivel, porque importa a sophismação do principio de que o mutuo de valor excedente a 400$000 réis só por escriptura publica póde ser provado.

As condições que devem observar-se na constituição dos actos juridicos respeitam só aos actos praticados depois da promulgação do codigo. Assim, não obstante o disposto no artigo 1459.º, as doações de bens immobiliarios feitas antes de 22 de março de 1868, que não carecessem de insinuação, podem ser provadas por qualquer meio de prova, vista a Ord. liv. 4.º, tit. 19 pr., e a Ord. liv. 3.º, tit. 59 pr.

Esta ultima Ord. quanto á prova das escripturas publicas não era applicavel aos contractos feitos entre parentes nos termos do § 11.º, nos quaes era sempre admissivel a prova por testemunhas.

A confissão, desistencia ou transacção em juizo póde fazer-se por termo no processo ou por escriptura, intervindo a parte ou procurador que tenha poderes especiaes com referencia expressa á causa.

O *perdão* da divida parece que póde provar-se por qualquer meio de prova, visto o artigo 686.º, que não é modificado por outro algum artigo n'este ponto.

Artigo 693.º

O codigo de processo, artigo 3.º, tambem declara objecto de excepção a nullidade do contracto ou do titulo em que se fundar a acção, sendo portanto hoje escusado deduzil-a em reconvenção, como era necessario por direito velho.

Artigo 694.º

O juiz da primeira vara de Lisboa em sentença publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 310, julgou procedente a excepção *litis pendentis* opposta á acção intentada pelo devedor, e fundada em que egual acção corria em juizo a requerimento do fiador e principal pagador.

O juiz fundou-se em que juridicamente e com relação á obrigação eram as mesmas pessoas o devedor e o fiador principal pagador, que o fiador e principal pagador deve reputar-se solidario com o devedor para todos os effeitos, que a nullidade da obrigação póde ser pedida por um ou por outro, e que acarreta a da fiança, que só póde subsistir sem a obrigação quando esta se annulla pela incapacidade pessoal do devedor, artigo 822.º, que o fiador póde ser demandado antes do devedor, artigo 830.º, e que póde oppôr todas as excepções extinctivas da obrigação principal que competiam ao devedor, artigo 854.º

Em accordão de 14 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 374, julgou a Relação de Lisboa que, feito um arrendamento sem praso certo em que apenas se mencionasse o dia em que principiava com a clausula de que o arrendatario deveria pôr escriptos nos dias 25 de maio e de novembro, se no principio de qualquer semestre se resolvesse a largar o predio, não sendo assim o arrendamento, visto o artigo 1623.º do codigo, obrigatorio para o arrendatario além de um anno, e ficando renovado, em conformidade do artigo 1624.º, pelo simples facto de

o arrendatario se não despedir, pondo escriptos, se extinguiu a obrigação do fiador no fim do anno em que o principal arrendamento deixou de ser obrigatorio para o afiançado, porque a renovação da obrigação proveniente do consenso tacito do inquilino e do senhorio não póde ampliar-se ao fiador, que por modo nenhum lhe deu o seu assentimento.

Não póde porém admittir-se similhante jurisprudencia. O fiador de um arrendamento, com a condição d'este durar em quanto o arrendatario não pozer escriptos, fica obrigado a responder pelo contracto em quanto este se não desfizer pelo facto de o inquilino se despedir, pondo os escriptos.

Em a nota a este artigo, pag. 212 do 2.º volume, na parte em que escrevemos que os artigos 1535.º e 1536.º são unicamente applicaveis aos menores, que têm ambos ou algum dos paes vivos, e não aos orphãos de pae e de mãe, ha contradicção com o que se lê em a nota ao artigo 99.º, pag. 136 do 1.º volume, onde se diz que os artigos 1535.º e 1536.º são relativos a todo e qualquer menor, ou seja orphão de pae ou de mãe, ou tenha algum dos paes vivo. A verdade porém está no que escrevemos a pag. 136 do 1.º volume.

Artigo 711.º

Já por direito antigo havia grandes duvidas sobre a intelligencia da palavra *mora*, e sobre a epocha em que começavam os seus effeitos por falta de disposições precisas sobre o assumpto. Apenas com relação ao mutuo legislava a Ord. liv. 4.º, tit. 50, § 1.º, entendendo uns que ella admittia a mora, desde que expirava o simples praso do cumprimento da obrigação, tendo sido estipulado, e sustentando outros, com fundamento na lei 32 Dig. *de usuris et fructibus*, que devia preceder a interpellação, não havendo estipulação expressa em contrario. Esta opinião foi adoptada no codigo commercial, artigos 270.º e 462.º

O codigo civil emprega a expressão—*mora*—nos artigos 676 § 2.º, 1340.º, 1397.º, 1398.º, 1436.º n.º 2.º, 1518.º, 1533.º, 1573.º, 1617.º, 1671.º, 2086.º e outros, mas nem a define, nem determina a epocha em que começam os seus effeitos.

Mostram porém os artigos 711.º, 732.º e 1573.º que, havendo praso e dia certo, começa a mora desde que termina o praso ou dia assignado, quer se tracte da *prestação de facto*, artigo 711.º, quer da *prestação de cousas*, artigo 732.º; que, não o havendo, só começa desde a interpellação, com a *unica* excepção dos pagamentos em dinheiro sem juro, artigo 732.º, a qual todavia não comprehende o preço da compra, artigo 1573.º, ácerca do qual ha mora logo que finde o praso assignado.

Esta doutrina mais se confirma, attendendo ao emprego das palavras—*simples mora*—que se lêem no artigo 676.º, § 2.º

Os effeitos da mora são: o direito de exigir a pena convencional, artigo 676.º, § 2.º, a indemnisação de perdas e damnos, artigos 711.º, 732.º, 1397.º, 1398.º, 1436.º n.º 2.º, e 1518.º, que não podem exceder os juros legaes ou convencionaes, na hypothese do artigo 720.º, salvo no caso de fiança, nos termos do artigo 838.º As perdas e damnos tambem são os *juros*, nos casos dos artigos 1340.º, 1533.º, 1671.º e 2086.º, e ainda no caso do artigo 1573.º, apesar de o não dizer expressamente o codigo, que não falla ahi em juros, mas sim nos *interesses da mora*.

Os juros não estipulados correm, segundo o artigo 732.º, unicamente desde a interpellação feita ao devedor conforme o artigo 711.º e §§. Em commercio tambem os juros não correm em regra, na falta de estipulação, senão desde a contestação da lide.

Nos artigos 899.º a 907.º regula o codigo de processo a execução por cousa certa, e a execução para prestação de facto.

A notificação pora o effeito do artigo 711.º n.º 2.º, não admitte opposição alguma, cit. cod., artigo 645.º

Sobre a materia d'este artigo é util ler o codigo commercial, artigos 929.º a 937.º

Artigo 715.º

Em accordão de 14 de julho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 6, julgou a Relação de Lisboa que, com quanto o dominio da cousa comprada passe do vendedor para o comprador no momento da compra por mero effeito do contracto, em harmonia com o artigo 715.º, não tem o comprador direito a exigir do vendedor as rendas da mesma cousa em quanto não lhe pagar o preço, salva estipulação em contrario, pela mesma razão por que não póde exigir-lhe a entrega da cousa antes de pago o preço, visto o preceito do artigo 1574.º

Artigo 720.º

Em accordão de 6 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 163, julgou a Relação de Lisboa que os juros correspondentes aos legados só começam a vencer-se desde a contestação da lide.

Não póde porém acceitar-se esta doutrina na sua generalidade, visto o artigo 1840.º, que manda entregar o legado com todos os rendimentos desde a morte do auctor da herança.

O projecto primitivo no artigo 1974.º, correspondente ao artigo 1840.º do codigo, não concedia ao legatario os fructos e interesses do legado senão desde o dia em que o herdeiro se achasse constituido em móra, excepto se o testador houvesse ordenado o contrario, ou se o herdeiro houvesse dolosamente occultrdo o testamento.

Em accordão de 7 de março do mesmo anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 74, de 1 de abril do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, deixada em testamento a certo individuo uma quantia determinada para pagamento da legitima, com a clausula de que não ficando contente com ella, levaria só o que lhe pertencesse em inventario, não póde aquelle vir a juizo pedir a dicta quantia sem preceder a opção ou da quantia ou da legitima.

Em accordão de 5 de março de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 90, de 23 de abril do mesmo anno, julgou o mesmo tribunal que deve dar-se, não ao legatario, mas ao cabeça de casal, a posse do legado, que não é puro e simples, mas incerto e illiquido, não só por ser contestado, mas por ser sujeito á liquidação de uma parte, que tem de ser distribuida por pessoas desconhecidas.

A jurisprudencia em theoria é justa até certo ponto. Ha apenas a notar na especie do accordão que o legado não deixa de ser puro e simples por ser contestado, e que a obrigação imposta ao legatario de entregar certa parte d'elle a quem quer que seja, não impede que se lhe confira a posse, visto o artigo 1838.º, § 3.º, do codigo.

Os juros não podem ser considerados como pena, e sim como indemnisação pela detenção e fruição do dinheiro alheio; e portanto a exigencia d'elles pela mora não é pena, mas um direito reconhecido no artigo 1533.º do codigo, que para a fazenda nacional se achava já estabelecido na lei de 26 de agosto de 1848, artigo 32.º, e em muitas outras leis, como julgou o Tribunal de Contas em acordão de 15 de fevereiro de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 92, de 26 de abril do mesmo anno.

A notificação para os effeitos do artigo 838.º, § unico, não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

Artigo 723.º

Nas Ordd. do reino tambem já se estabeleciam algumas providencias sobre o assumpto regulado n'estes artigos. A Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 47, e tit. 78, § 16, ordenava que os pagamentos se fizessem pelas moedas correntes ao tempo do contracto e n'elle declaradas, ainda que depois mudasse o valor d'ellas, e prohibia que se fizessem contractos para dar ou receber moedas antigas.

No mesmo sentido legislava a Ord. liv. 4.º, titt. 21 e 22, determinando que não podiam regeitar-se as moedas correntes, tendo peso e toque legal, e que os pagamentos se fariam em moeda corrente, ainda que se tivesse estipulado o contrario, exceptuando os pagamentos por letras de cambio, e os pagamentos dos trigos vindos de fóra e das especies que se compram na casa da India.

E a lei de 4 de agosto de 1688 veio declarar que todas as dividas contrahidas e pactos celebrados antes da publicação da mesma lei se haviam de entender e practicar como se depois d'ella se contrahissem, cedendo a favor dos devedores a utilidade do levantamento da moeda.

Os pagamentos portanto deviam ser feitos na moeda corrente ao tempo em que se effectuavam, sem embargo de quaesquer ajustes em contrario, exceptuando apenas as letras de cambio acceites n'aquella epocha segundo o alvará de 21 de agosto do mesmo anno.

Depois o alvará de 13 de julho de 1797 determinou que as apolices pequenas girassem sem endosso ou cessão, e se acceitassem em todas as estações e recebedorias do erario, e em todas as acções entre particulares, sem excepção alguma, como se fossem dinheiro de metal pelo seu valor numeral e sem attenção a juros, e em metade do pagamento total das mesmas acções, procedendo-se contra os que duvidassem recebel-as, na fórma que estava determinada contra os que regeitassem a moeda de el-rei.

O edital de 31 de janeiro de 1801 estabeleceu que as rendas publicas podessem pagar-se metade em papel e metade em metal, privando d'essas vantagens os contractadores que recusassem receber as suas rendas da mesma fórma. Mas o alvará de 12 de fevereiro do mesmo anno determinou que em todos os pagamentos se era obrigado a receber metade em papel e metade em metal.

Finalmente o alvará de 25 do mesmo mez e anno ordenou que metade dos pagamentos se fizesse em papel moeda pelos valores que elle representasse, sem duvida, abatimento, diminuição, embaraço ou repugnancia alguma; doutrina esta ainda confirmada e explicada no aviso de 23 de março do mesmo anno.

Lobão, no appendice ao direito emphyteutico, ainda pretendeu que o papel moeda devia ser recebido pelo seu valor no mercado. Similhante doutrina porém era abertamente opposta ás disposições das

leis acima citadas. O aviso de 23 de março só resalvou do preceito estabelecido no alvará de 25 de fevereiro as dividas contrahidas antes da promulgação do mesmo alvará.

As decisões dos tribunaes não eram uniformes sobre as questões relativas a pagamentos de obrigações contrahidas em papel moeda. Em accordão de 8 de junho de 1853 revogou o Supremo Tribunal de Justiça uma decisão da Relação que mandára pagar uma divida contrahida em 1824 nas duas especies de moeda metal e papel, na mesma fórma em que fôra contrahida, tendo em conta a provisão do decreto de 31 de outubro de 1837.

O Supremo Tribunal de Justiça fundou-se nas razões seguintes: 1.ª em que a disposição d'este decreto não derogou o direito geral, nem podia ter a intenção de prejudicar direitos de credores, annullar os effeitos dos contractos e a bôa fé, que não permitte que se dê em pagamento um valor inferior ao recebido; 2.ª em que o direito geral do reino, consignado na Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 47, e liv. 5.º, tit. 50 pr., e no codigo commercial, artigo 272.º, era que o pagamento se verificasse pela restituição do mesmo genero e bondade em que a cousa foi recebida, o que não se verificava com a moeda papel depreciada sem limite, e sem que se fizesse a reducção conforme esse depreciamento.

A lei de 31 de dezembro de 1837 ampliou a prorogação estabelecida na lei de 1 de setembro de 1834, até que se providenciasse definitivamente por lei a esse respeito.

O codigo não alterou essas providencias, porque se refere só aos pagamentos em moeda metallica, e não quiz de certo regular o passado. O accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1871 suppõe tambem ainda em vigor sobre a especie a legislação antiga n'elle citada.

O juiz da primeira vara de Lisboa, em sentença de 28 de março de 1874, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 472, decidiu que a expressão — *dinheiro* — no direito antigo abrangia tanto a moeda metal como a moeda papel, que o papel moeda não deixou de existir legalmente com respeito ás obrigações contrahidas na fórma da lei, mas que lhe é applicavel o artigo 725.º, que não cogitou de uma especie de moeda que não era já meio circulante ao tempo da promulgação do codigo, e que está subordinado ao artigo 724.º, em que se falla de moeda metallica.

Julgou tambem que os fóros contrahidos na fórma da lei deviam ser pagos ametade em papel e ametade em metal, dando-se tanta parte de papel quanta fosse necessaria para preencher o valor que o papel tinha em 23 de julho de 1834, epocha em que foi retirado da circulação.

Fundou esta decisão nos seguintes argumentos: 1.º que se o credor fosse obrigado a receber o papel pelo seu valor nominal receberia um fôro inferior ao contractado por causa do agio; 2.º que a equidade não permitte que qualquer se locuplete com a jactura alheia, e que nos termos do artigo 14.º do codigo é mais favoravel a condição do que pretende evitar prejuizos do que a d'aquelle que procura interesses; e 3.º que devendo as questões ser resolvidas, na falta de lei expressa, pelos casos analogos, artigo 16.º, era preciso recorrer por analogia ao preceito do artigo 725.º, que contem um principio de equidade.

A Relação do Porto em accordão de 17 de março de 1871, confirmado por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1874, como tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 635, e 2.º anno, pag. 10, decidiu que, não existindo já o papel moeda, deviam ser pagos em metal todos os fóros contractados na fórma da lei, regulando-se o agio pelo valor que tinha o papel na conjunctura em que deixou de correr, nos termos do artigo 725.º

Em accordão de 1 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 321, julgou a Relação Lisboa que os fóros ajustados no tempo em que era obrigatoria a moeda papel se pagam hoje na mesma fórma, ou em metal tambem a parte correspondente ao papel, regulando-se o desconto pelo agio do papel ao tempo em que deixou de correr como moeda no mercado, vista a Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 47, e o artigo 725.º do codigo, e que da divida de fóros vencidos posteriormente á promulgação do codigo civil se devem juros, em face do artigo 1671.º do mesmo codigo.

Em accordão de 15 de outubro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 267, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a moeda papel, em vista do artigo 2.º da lei de 31 de dezembro de 1837, é ainda hoje moeda corrente com relação ás obrigações entre particulares contrahidas anteriormente á publicação do decreto que a extinguiu.

Outros accordãos sobre o assumpto vêm referidos em a nota ao artigo 1638.º

A nossa opinião porém, sem embargo de julgarmos mais equitativa a doutrina d'estas decisões, é que o papel deve ser recebido pelo seu valor nominal ao tempo do vencimento, vistos os preceitos positivos e expressos da legislação reguladora do assumpto, que não foi revogada pelo codigo civil.

Em officio da Direcção Geral das Contribuições Directas de 20 de maio do 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 24, se declara que por despacho de 11 do mesmo mez e anno se determinára que a decima de juros nas dividas contrahidas em papel moeda devia recahir sobre o juro liquido e real, reduzindo-se a parte papel a metal segundo o agio da praça.

Muitos sustentam tambem que os fóros e os juros devem ainda hoje ser pagos, não a metal sómente, mas, na fórma da lei, em virtude do principio — *que o accessorio segue o principal.* —

Em accordãos de 26 de maio e de 30 de junho de 1875, publicados na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 632, decidiu a Relação de Lisboa que os fóros constituidos em 1814, ainda que se marque o quantitativo em réis, continuam a ser pagos ametade em papel e ametade em metal, não sendo applicavel o assento de 2 de março de 1786, que incidentemente dispõe que as obrigações por prestações e legados annuaes se entendem renovadas todos os annos, e que é interpretativo da lei de 9 de setembro de 1769, § 20, e do decreto de 17 de julho de 1778, que curaram de objecto muito diverso, mas sim a Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 47, que é expressa em sentido contrario, que a renovação periodica do cumprimento da obrigação não altera a natureza da mesma obrigação que deriva do contracto, e que subsiste em quanto elle subsistir, e que a questão se o fôro ha de ser pago em metal sómente, ou ametade em papel e ametade em metal, póde ser discutida por meio comminatorio, consignando o devedor em deposito a quantia que julga dever.

Finalmente em accordão de 16 de abril de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 120, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal

de Justiça por cinco votos conformes, que a moeda papel continua a ser moeda corrente com curso legal para as obrigações contrahidas n'essa especie, e que as dividas assim contrahidas podem pagar-se n'aquella especie ou em metal pelo agio ao tempo do pagamento.

Diz o accordão:

«Considerando que a moeda papel não está extincta, nem de facto nem de direito, e pelo contrario é e deve ainda considerar-se moeda corrente com curso legal, com quanto não forçado, como foi reconhecido pelas partes no contracto de mutuo feito muito depois de 1834, porque com quanto o decreto de 23 de abril de 1834 a extinguisse, negando o seu curso legal desde 31 de agosto, e a lei de 1 de outubro do mesmo anno, prorogando aquelle praso, a considerasse corrente só até 1 de janeiro de 1838, é todavia certo que pela lei de 31 de dezembro de 1837, artigo 1.º, foi aquelle praso *prorogado indefinidamente*, em quanto por outra lei não fosse tomada uma resolução definitiva, *e essa lei ainda não appareceu;*

«Considerando que as dividas contrahidas em papel moeda podem satisfazer-se na mesma moeda, e na falta d'ella com o metal necessario para a sua compra, ou pelo agio corrente ao tempo do pagamento, pelo preceito do artigo 2.º da lei de 31 de dezembro de 1837, reforçado pela disposição geral do artigo 14 da lei de 13 de julho de 1848;

«Considerando que, por mais injusta que possa parecer a qualquer julgador a disposição da lei, não está na sua auctoridade o modificar com interpretações o seu sentido obvio e tão claro, e quando as contingencias do mercado podiam ser favoraveis ou ao credor ou ao devedor;

«Considerando portanto que a liquidação a fazer em fórma legal e competente tem de regular-se não pelo agio do papel moeda corrente em 1834, epocha anterior ao contracto de mutuo ajuizado, mas sim pelo agio da mesma moeda ao tempo do effectivo pagamento, sem que possa aqui ter applicação o artigo 725.º do codigo civil: etc.»

Em accordão de 22 de novembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 12, julgou a Relação de Lisboa que os fóros estipulados na epocha em que era obrigatoria a moeda papel, ainda que d'essa moeda se não fizesse expressa menção no contracto, devem ainda hoje ser pagos nas duas especies, ametade em papel, e ametade em moeda.

São dignas de ler-se as decisões proferidas sobre o assumpto, que vêm citadas na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 395, e as respostas dos fiscaes da corôa, que se encontram publicadas no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.ºs 19, 22 e 24.

Artigo 729.º

Em accordão de 20 de outubro de 1874, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 133 e 166, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que se o devedor por diversas dividas commerciaes ao mesmo credor, pagar alguma sem declarar qual é, se entende que é a mais antiga, ainda que esta não seja afiançada e as outras sim: declarando o accordão da Relação do Porto de 28 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 316, sobre que recahiu aquella decisão do Supremo Tribunal de Justiça, que n'esta especie não podia reger o artigo 729.º do codigo civil, visto que as leis civis só eram applicaveis ás causas commerciaes na falta das leis especiaes que as regulam.

Artigo 730.º

O principio reconhecido no artigo tem sido constantemente applicado aos devedores da fazenda publica, como decidiu o Tribunal de Contas em accordão de 15 de fevereiro de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 92, de 26 de abril do mesmo anno.

Artigo 731.º

A pag. 391 do 4.º volume sustentámos que com a promulgação do codigo cessára o privilegio, que a fazenda tinha, de ser dispensada do incidente da habilitação nas execuções fiscaes; e parece-nos ser esta a opinião mais razoavel.

Artigo 739.º

(Vid. notas aos artigos 1641.º e 1660.º)

Artigo 741.º

Em sentença de 23 de dezembro de 1871, publicada no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 12, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa que este artigo era applicavel só ás obrigações pessoaes, e não ás obrigações hypothecarias que têm por garantia a propriedade, a qual responde pelas obrigações contrahidas, artigo 892.º, que tanto assim é que o artigo 901.º apenas dá ao credor o direito de exigir o inteiro pagamento da divida quando a hypotheca se torne insufficiente, e o devedor não quizer ou não podér reforçal-a, que os artigos 206.º do regulamento de 28 de abril de 1872 e 742.º do codigo determinam que as dividas que têm de ser pagas em prestações só podem ser integralmente exigidas na falta de pagamento de alguma d'ellas, e que o fallido não perde o dominio e a posse dos bens, e apenas fica inhibido de dispôr d'elles e de os administrar.

Esta decisão porém contraria abertamente o preceito do artigo 741.º, que declara absoluta e genericamente exigivel o cumprimento da obrigação, *fallindo* o devedor, sem distinguir entre obrigações e hypothecas.

Tambem na imprensa se tem sustentado que o disposto no artigo 741.º com respeito á *fallencia* do devedor é egualmente applicavel á *insolvencia*.

É porém outra a prescripção do artigo, que só torna exigivel o cumprimento da obrigação, salvo o caso de fallencia, quando as seguranças do credito diminuiram *por facto* do devedor. Effectivamente a *insolvencia* nem nos fundamentos, nem nos effeitos, póde ser equiparada á *fallencia*.

A hypothese de o devedor não dar as seguranças que prometteu é applicavel o disposto no artigo 676.º, e não o preceito do artigo 741.º

Em accordão de 16 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 21, de 28 de janeiro de 1874, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que não são os administradores da quebra que hão de mandar pôr em praça os bens de raiz do fallido, penhorados em execução de sentença antes da sua nomeação, porque o artigo 1182.º do codigo de commercio não manda acabar as acções civis intentadas contra o fallido antes da quebra, ou a intentar depois d'ella, mas pelo contrario expressamente declara que se *continuem* ou *intentem* contra o curador fiscal.

Na imprensa juridica têm já apparecido outros alvitres para conciliar o preceito do artigo 741.º com o disposto nos artigos 860.º n.º 4.º e 901.º

Diz-se que o artigo 860.º, n.º 4.º, longe de permittir a acção alternativa para exigir outro penhor ou o cumprimento da obrigação, garante este segundo meio como *subsidiario*, o que ainda se mostra por analogia em vista do artigo 901.º, que em hypothese analoga só dá ao credor o direito de exigir o pagamento da divida quando o devedor se não preste a reforçar a hypotheca, e porque deve entender-se que o artigo 860.º, n.º 4.º, se refere á diminuição ou desapparecimento do penhor por outras causas que não sejam o *facto* do devedor, porque essa estava já prevenida no artigo 741.º; e que egual significação têm as palavras—*por qualquer motivo*—empregadas no artigo 901.º, e pela mesma razão.

Effectivamente, redigidos os artigos d'outro modo, é possivel acabar a contradicção; mas, sendo indispensavel acceital-os como o legislador os fez, subsistem em toda a sua força as considerações que fizemos em a nota ao artigo.

A mesma explicação que démos para desfazer a incoherencia ou contradicção, que se encontra entre os artigos 741.º e 860.º n.º 4.º e 901.º, serve para conciliar a divergencia que se nota entre aquelle artigo 741.º e o artigo 825.º

Argumentam alguns contra a explicação que damos a estes artigos, allegando que pela nossa interpretação fica o artigo 741.º reduzido ao estado de excepção deixando de ser regra geral, sendo applicavel talvez só á *consignação de rendimentos*.

Não podemos porém conciliar d'outro modo estes differentes artigos, cuja incoherencia resulta de ter sido introduzido de novo pela commissão revisora o artigo 741.º sem ser harmonisado com os outros que continham disposições parallelas.

Nos artigos 518.º a 527.º estabelece o codigo de processo os meios a seguir para o reforço da fiança, penhor ou hypotheca, nos casos prescriptos nos artigos 825.º, 860.º n.º 4.º, e 901.º do codigo civil.

Artigo 742.º

Na sentença de 23 de dezembro de 1871 indicada em a nota ao artigo antecedente julgou-se tambem que o não pagamento de uma prestação em tempo competente, se depois fosse acceite, não dava ao credor o direito de exigir o pagamento da divida, visto que tacitamente renunciára a esse direito pela acceitação da prestação.

A doutrina estabelecida no artigo achava-se já sanccionada com respeito ás obrigações commerciaes, artigo 1138.º do codigo de commercio.

Artigo 754.º

O devedor solidario, demandado pela totalidade da divida, póde fazer citar os outros devedores; e o que não comparecer ou deixar de defender-se será condemnado conjunctamente com o demandado, codigo de processo, artigo 327.º

O devedor solidario, que pagar a totalidade da divida, póde no mesmo processo executar, pelas respectivas quotas, os outros responsaveis que tiverem sido condemnados na sentença, ou que se tiverem obrigado no titulo que servir de base á execução. O com-fiador póde egualmente executar no mesmo processo os outros fiadores pelas quotas que lhes competirem, codigo de processo, artigo 894.º

Artigo 758.º

O erro, quando é de *direito* e relativo á causa do contracto, produz em regra nullidade, nos termos do artigo 659.º

Artigo 759.º

Em accordão de 1 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 321, julgou a Relação de Lisboa que para o deposito constituir pagamento é necessaria a citação do credor para assistir ao deposito, e que seja depositada toda a quantia em divida.

O codigo de processo regula nos artigos 628.º a 637.º os termos judiciaes a seguir para a proposta de pagamento e consignação em deposito.

Artigo 765.º

Por sentença do juiz de direito de Oliveira d'Azemeis de 7 de março de 1872, confirmada por accordão da Relação do Porto de 21 de janeiro de 1873, como tudo se mostra da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 337, foi decidido que para ter logar a compensação em qualquer divida é mister que o debito, que se pretende compensar, seja confessado pelo devedor, ou judicialmente reconhecido, aliás não póde offerecer-se compensação senão em reconvenção, porque a contrariedade não é meio legitimo de pedir.

Artigo 767.º

Já na imprensa juridica se tem sustentado que os alimentos não são exemptos de penhora: 1.º porque as palavras—*não possa ser penhorada*—se referem ás palavras—*outra cousa*—, e não á palavra—*alimentos*—; 2.º porque da prohibição da *renuncia*, que é acto voluntario, não póde argumentar-se para a exempção de *penhora*, que é acto necessario, decretado pela justiça; 3.º porque sendo regra geral, estabelecida no artigo 590.º da Nov. Ref. Jud., que todos os bens do condemnado podem ser penhorados, não póde admittir-se excepção que não seja expressa em lei.

Segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lis-*

boa, 1.º anno, pag. 277 e 321, votou unanimemente aquella respeitavel corporação que se reputam *alimentos* os ordenados dos empregados publicos para o effeito de não poderem ser penhorados.

O codigo de processo, artigo 815.º, não permitte penhora nos soldos dos militares e ordenados dos funccionarios publicos, ou quaesquer proventos que possam competir-lhes nas respectivas qualidades.

As acções de esbulho são tão privilegiadas, que nem póde haver n'ellas reconvenção, Ord. liv. 3.º, tit. 33, § 4.º

Artigo 778.º

O regulamento da administração da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, no artigo 51.º, modificou, com respeito ás execuções fiscaes, o disposto no artigo 778.º do codigo, permittindo a terceiro pagar pelo devedor fiscal, sem o seu consentimento, ainda que não seja fiador nem interessado.

Artigo 785.º

Em accordão de 23 de julho de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 229, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o cessionario de um credor reconhecido do mesmo devedor, ainda que não se mostrasse habilitado com sentença obtida em juizo contencioso contra o proprio executado, podia vir deduzir esse direito em concurso de preferencias, do qual não podia ser posto fóra, como não podia sel-o o que lhe cedeu o direito.

Artigo 786.º

O principio estabelecido no artigo vinha já do direito romano, consignado n'uma lei do imperador Anastasio, conhecida pelo nome de lei Anastasiana, onde se determinou, para reprimir a cubiça dos compradores de demandas, que os que comprassem direitos litigiosos não podiam exigir do devedor senão o preço da compra e os respectivos juros.

Para evitar a sancção d'este preceito, e para escapar á acção de lesão, visto que a cedencia de direitos e creditos litigiosos se fazia quasi sempre por preço muito inferior ao seu valor nominal, tinha-se introduzido na practica o abuso de não expressar nos titulos de cedencia o valor d'esta, declarando-se apenas que a cessão era feita *por uma quantia equivalente*.

Em vista do codigo se no titulo de cessão não se declarou explicitamente o preço da cedencia, parece que o devedor, querendo exonerar-se da divida, póde obrigar o cessionario a declarar e provar o valor que deu por ella.

Tres excepções põe o codigo ao principio reconhecido no artigo.

Exemplo da primeira.—A e B, herdeiros de C, demandam a D pela quantia de 1:000$000 de réis que este ficou devendo a C, contestando D a divida. Póde A ceder a B o seu direito por 100$000 réis, e D não se livra senão pagando a B 1:000$000 de réis.

Exemplo da segunda.—A comprou a B uma propriedade como livre de quaesquer onus, C pretende ter sobre ella um credito hypothecario do valor de 1:000$000 de réis que foi contestado, se A comprar a C este credito, B não se livra senão pagando 1:000$000 de réis.

Exemplo da terceira.—A tem um credito litigioso de 1:000$000 de réis sobre B, e, devendo 200$000 réis a C, cede-lhe em pagamento aquelle credito, B não se livra senão pagando a C 1:000$000 de réis.

Artigo 789.º

Têm alguns dicto que o preceito, imposto n'este artigo, de notificar a cedencia ao devedor, está cumprido pelo simples facto da citação do devedor para a acção ou para a execução, porque a citação judicial é meio authentico de levar á noticia do devedor a cedencia do credito, vistas as palavras—*ou por outro modo levada ao seu conhecimento*—, se antes da citação e depois da cedencia o devedor não pagou ao cedente.

Sustentam outros que a citação para condemnação ou para pagamento suppõe já valiosa e perfeita a cessão a todos os respeitos, incluindo a notificação ordenada n'este artigo, que a citação é um acto differente da cedencia, e que se a lei não quizesse ordenar um acto especial para prevenção e conhecimento do devedor, escusava de providenciar a tal respeito, porque a citação inicial para toda e qualquer acção ou execução judicial é essencial e indispensavel por direito.

No sentido da primeira opinião julgaram tres juizes contra dois no accordão da Relação do Porto de 18 de julho de 1871, confirmado por outro sobre embargos de 19 de dezembro do mesmo anno, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 288; e julgou a Relação de Lisboa em accordão de 19 de dezembro de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 407.

No sentido da segunda opinião decidiram aquelles dois juizes, vencidos, contra um, em accordão de 17 de junho de 1871, publicado no mesmo jornal, n.º 194, e tres juizes do mesmo tribunal em accordão de 14 de julho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 34.

A opinião legal porém é a segunda.

A notificação para os effeitos do artigo 789.º não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

Artigo 802.º

Tem sido discutido na imprensa juridica se substituido um devedor por outro com intervenção do credor fica aquelle exonerado não se fazendo d'isso expressa declaração no titulo da substituição.

Pela negativa decidia o direito romano na lei *ult. cod. de novat.*, e bem assim o codigo civil francez, artigo 1275.º

Pelo nosso codigo porém a exoneração é consequencia necessaria da novação, vistas as palavras do artigo 802.º, n.º 2.º—quando um novo devedor é substituido ao antigo, *que fica exonerado*.—

Tambem dos artigos 807.º, 809.º e 813.º, se deduz que da novação resulta a extincção da antiga obrigação.

ARTIGO 803.º

Em accordão de 27 de janeiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 373, julgou a Relação do Porto que o reconhecimento de uma divida pelo fiador e principal pagador não importa novação.

ARTIGO 819.º

Em accordão da Relação do Porto de 28 de fevereiro de 1873, a que o Supremo Tribunal de Justiça negou revista em accordão de 20 de outubro de 1874, como tudo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 133 e 166, decidiu-se que as mulheres, não sendo commerciantes, e fóra dos casos marcados no artigo 820.º do codigo civil, não podem ser prejudicadas pelas fianças a que se obrigaram.

ARTIGO 830.º

No nosso direito velho, Ord. liv. 3.º, tit. 92, e liv. 4.º, tit. 59, que bastante se afastaram do direito romano n'esta parte, distinguia-se perfeitamente entre *simples fiador* e *fiador principal pagador;* e eram bem conhecidos os effeitos de cada uma d'estas especies de fianças.

Dizem alguns que dos artigos 832.º e 841.º combinados resulta que o simples fiador demandado, ainda que não chame o devedor á causa, póde ser condemnado primeiro que elle, mas não executado; que se o legislador tivesse em vista que o simples fiador n'estas circumstancias podesse ser compellido a pagar antes do devedor, tel-o-ia dicto tão expressamente como o fez com relação ao fiador principal pagador no artigo 833.º; que do contrario não haveria differença entre o simples fiador e o fiador principal pagador; e que estas são as disposições dos artigos 818.º e 830.º

A verdadeira doutrina porém é a que consignámos nas notas primitivas ao artigo, devidamente combinadas todas as disposições parallelas. E ainda assim é importante nos encargos e nos effeitos a differença entre o simples fiador e o fiador principal pagador.

Basta notar que condemnado conjunctamente com o devedor o principal pagador, para evitar a execução de seus bens, precisa de nomear á penhora os bens do devedor, se elle os tiver livres e desembargados e situados na mesma comarca, ao passo que o simples fiador, tendo chamado á demanda o devedor principal, e sendo condemnado conjunctamente com elle não soffre execução em seus bens senão depois de excutidos os bens do devedor.

Se porém o simples fiador chamado á demanda sem o devedor não fez citar esse para se defenderem conjunctamente, reputa-se ter renunciado ao beneficio da excussão garantido no artigo 830.º

ARTIGO 831.º

Em accordão de 28 de janeiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 443, julgou a Relação de Lisboa, com fundamento na Ord. liv. 4.º, tit. 59 pr., que por direito antigo não podia ser demandado o simples fiador, sem que primeiro tivesse sido demandado o devedor, e excutidos os seus bens.

O fiador que pagou o alcance de um recebedor de comarca póde demandar os herdeiros d'este, usando do processo indicado no artigo 341.º da Nov. Ref. Jud., como julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 6 de junho de 1875, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 344, com fundamento na cit. Ref. artigo 348.º, no decreto de 12 de março de 1861, artigo 4.º, § 4.º, n.º 5.º, e no regulamento de 4 de janeiro de 1870, artigo 16.º, § 2.º

As disposições do artigo 322.º do codigo de processo, relativas ao chamamento á autoria, são tambem applicaveis ao caso de ser demandado o fiador e de querer este citar o devedor, e de, sendo varios fiadores, querer o demandado citar os outros, nos termos dos artigos 832.º e 835.º do codigo, como se mostra do artigo 326.º do cit. codigo de processo.

O fiador executado como principal pagador, tendo sido condemnado conjunctamente com o devedor, ou tendo-se obrigado no titulo que servir de base á execução, póde nomear á penhora os bens do devedor, se este os tiver livres e desembargados, susceptiveis de penhora e situados na mesma comarca, codigo de processo, artigo 892.º

Póde egualmente o fiador executar o devedor no mesmo processo pela quantia que tiver pago ao exequente e seus juros, se contra o o devedor for tambem exequivel a sentença ou o titulo em que se fundar a execução, ou se a fiança tiver sido prestada no mesmo processo, cit. codigo, artigo 893.º

O fiador executado sem prévia excussão de todos os bens do devedor principal póde nomear á penhora os bens d'este, cit. codigo, artigo 896.

Se a execução correr nos bens do fiador depois de excutidos os bens do devedor principal, póde este fazel-a sustar, indicando bens que o devedor adquirisse depois da execução ou que de novo se descobrissem, cit. codigo, artigo 895.º

ARTIGO 844.º

Em accordão de 4 de maio de 1875 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados*, de Lisboa, 2.º anno, pag. 693, que é incompetente o meio commina-torio para os herdeiros do primitivo fiador se exonerarem da obrigação da fiança, quando as partes interessadas não annuem á exoneração, e ella foi contrahida por tempo indeterminado, cumprindo recorrer n'este caso á acção ordinaria.

Tambem assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 1 de outubro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 7.

Em sentença de 6 de abril do mesmo anno, e publicada na mesma folha e anno, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa que o facto de o credor não ter obrigado judicialmente o devedor logo que findou o praso da obrigação, não importa moratoria que extinga a fiança nos termos do artigo 852.º, e que apenas dá direito ao fiador de exigir que o credor o demande ou ao devedor, nos termos do § unico do artigo 844.º

No artigo 638.º regula o codigo de processo os termos a seguir nas citações comminatorias, a que se refere o artigo 844.º, e quaesquer

outros do codigo civil com o fim de obter que o citado practique algum facto dentro de praso certo.

Artigo 845.º

Em accordão de 18 de dezembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 9, julgou a Relação de Lisboa que a companhia de illuminação a gaz da mesma cidade devia demandar no foro commercial o fiador dos seus cobradores, quando houvesse alcance contra estes, visto ser uma sociedade commercial nos termos dos artigos 326.º e 538.º do codigo de commercio, ser acto de commercio tudo o que respeita a caixeiros, feitores, e outros empregados de negociações relativas ao commercio do mercador, artigo 204.º do mesmo codigo, e bastando para ser reputada mercantil a fiança que o objecto garantido derive de acto ou contracto commercial, ainda que não seja commerciante o fiador, artigo 852.º do mesmo codigo.

Artigo 857.º

A notificação para os effeitos do artigo 857.º não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

Artigo 861.º

Em harmonia com o principio estabelecido no artigo 893.º julgou a Relação de Lisboa em accordão de 25 de outubro de 1871, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 8, que o co-herdeiro, que pela sua parte satisfaz a sua quota, não póde requerer o levantamento do onus hypothecario que subsiste sobre a parte do predio que lhe pertence, porque havendo sido hypothecado o predio na sua totalidade, em todo elle subsiste a hypotheca em quanto não for paga a divida integralmente, podendo todavia o co-herdeiro, que pagar pelos outros, usar contra elles da acção regressiva para exigir a indemnisação da respectiva quota, e de perdas e damnos provenientes de continuar a execução por não pagarem todos as suas respectivas quotas.

Artigo 863.º

Em accordão da Relação do Porto de 12 de janeiro de 1875, confirmando a sentença do juizo de primeira instancia commercial, o que tudo póde ver-se no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 16, foi decidido que a acção para a venda de penhor é summaria executiva, não carece de prévia sentença condemnatoria, que para vigorar o penhor basta a entrega do objecto, que póde provar-se por qualquer meio de prova, codigo de commercio, artigos 313.º, e codigo civil, artigo 858.º, sendo a authenticidade do titulo, exigida n'este artigo, unicamente indispensavel para com terceiros, e que o penhor entre commerciantes, e considerado como acto de commercio, está sujeito á legislação commercial e não ás disposições do codigo civil.

Nos artigos 622.º a 627.º regula o codigo de processo os termos a seguir na venda do penhor. Com o pedido da divida pignoraticia poderá cumular-se o da indemnisação das despesas necessarias e uteis feitas com o objecto empenhado.

Tendo-se estipulado que o credor ficará com o objecto empenhado pela avaliação, ha de esta ter logar nos termos dos artigos 252.º e seguintes do mesmo codigo, sendo depois adjudicado ao credor, como determina o artigo 624.º

Mas em qualquer estado do processo póde o devedor resgatar o penhor pagando a divida e as custas, artigo 626.º

As sentenças que auctorisam a venda do penhor são appellaveis no effeito devolutivo sómente, cit. codigo, artigo 996.º, § 1.º, n.º 13.

Artigo 873.º

Já por direito anterior eram frequentes os contractos de emprestimo com esta garantia de bens immobiliarios; e eram regulados pela Ord. liv. 4.º, tit. 56, se se ajustava que ficaria vendido o predio não restituindo o dono a quantia mutuada, e pela mesma Ord. e liv. tit. 67, § 4.º, se se ajustava que os rendimentos ficariam precipuos ao mutuante em quanto não fosse paga a quantia mutuada.

No tempo das Ordd. não era licito receber juros ou quaesquer rendimentos provenientes de dinheiro. Posteriormente porém aos alvarás de 17 de janeiro e de 6 de agosto de 1757 caducou esta prohibição em quanto os rendimentos não excedessem os juros de 5 por cento, porque o excesso devia imputar-se no capital até se extinguir a divida, o que importava sempre a necessidade de *contas* entre o credor e o devedor.

Portanto estes contractos, anteriores á promulgação do codigo, hão de ser regidos pelo direito velho, não se admittindo interesse excedente a 5 por cento na fórma d'aquelles alvarás, nem pena convencional além dos limites marcados na Ord. liv. 4.º, tit. 70.

Em accordão de 24 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 319, julgou a Relação de Lisboa que o consignatario de rendimentos não era competente para oppôr embargos de terceiro nos termos do artigo 635.º da Nov. Ref. Jud., porque a consignação é equiparada ao arrendamento, pelo qual se não adquire posse, e menos dominio e posse, artigos 874.º e 1595.º, porque, tendo caducado o registro provisorio, o que equivalia a não haver registro, artigo 974.º, não podia prejudicar a terceiros, nem obstar assim ao arresto, e porque o predio era já litigioso quando se estipulou a consignação de rendimentos, tendo o consignatario unicamente o direito de requerer que lhe ficasse salvo o direito de credor em conformidade do disposto no § 1.º do artigo 874.º

Em sentença de 3 de abril de 1876, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 646, julgou o juiz da sexta vara de Lisboa que o consignatario de rendimentos póde manter a sua posse registada por meio de embargos de terceiro, e que na contestação a estes não pode pedir-se a annullação do contracto de consignação.

Em accordão de 30 de janeiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 14, julgou a Relação do Porto que o adjudicatario dos rendimentos não póde oppôr-se com embargos de terceiro á expropriação hypothecaria do predio, porque a adjudicação de rendimentos é uma locação judicial que não transfere dominio, nem póde impedir a arrematação da propriedade.

O credor deve manifestar na repartição de fazenda do concelho do

devedor a escriptura de consignação de rendimentos antes de a apresentar na conservatoria para o registo definitivo.

Se a divida constar d'outro titulo já manifestado, deve apresentar tambem esse titulo com a verba de manifesto, porque o conservador não póde fazer o registo sem que a divida esteja manifestada.

Artigo 878.º

Em accordão de 30 de outubro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, conforme se declara a pag. 133, 2.º anno, da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, que no concurso de duas hypothecas, na ultima das quaes se tenha estipulado que ella se limitará ao valor do predio excedente á divida garantida pela primeira, será feito o pagamento pela ordem da prioridade das hypothecas e não pela do registo.

Em accordão de 27 de março d'aquelle anno julgou o mesmo tribunal, segundo se declara no referido jornal e anno, que as penhoras em bens immobiliarios, embora registadas, não davam privilegio nem hypotheca, e como taes não podiam ser fundamento de preferencia.

O codigo define a hypotheca, artigo 888.º *subjectivamente* como direito do credor, e não *objectivamente* como onus real nos bens hypothecados.

Convem notar que o artigo 951.º não modifica o preceito contido no artigo 888.º, porque ainda entre as proprias partes a hypotheca não produz effeitos não sendo registada.

Artigo 882.º

Os moveis do inquilino são garantia do privilegio especial de que gosam os creditos por dividas de renda, assim como eram hypotheca tacita do aluguer da casa por direito antigo, lei de 20 de junho de 1774, artigo 38.º, alvará de 24 de julho de 1793, § 2.º, e codigo commercial, artigo 1242.º Por isso nas causas sobre alugueres ou rendas de casas começa o processo pela penhora nos moveis do inquilino, como era já por direito antigo.

Em accordão de 6 de dezembro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 232, julgou 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, n.º 4.º, e § 4.º do n.º 5.º, sem prejudicar o locador o meio por que o arrendatario os houve, e menos um contracto posterior feito ainda na pendencia do arrendamento, sem audiencia do locador; e declarou por isso improcedentes os embargos de terceiro, offerecidos em execução pela renda, e fundados na compra de taes objectos que existiam ainda na casa.

Em accordão de 28 de agosto de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 19, julgou o mesmo tribunal que o n.º 5.º do artigo 882.º não comprehende os premios de seguros maritimos, de que o codigo civil não cogitou, devendo considerar-se em vigor o codigo commercial em tudo aquillo que não foi especialmente revogado, e applicavel aos seguros maritimos, quanto a preferencias, segundo o disposto no artigo 1300.º do codigo commercial.

Artigo 884.º

A lei de 10 de dezembro de 1613 já declarava privilegiada a divida proveniente da despesa da mortalha, acompanhamento sem luxo, enterro, e uma missa resada com responso por alma do fallecido.

Na imprensa juridica tem-se sustentado com razão que o privilegio reconhecido em o n.º 3.º do artigo se verifica independentemente da morte do devedor.

Tem-se dicto que a circumstancia de o privilegio concedido em o n.º 3.º se seguir a dois privilegios, que só se tornam effectivos, verificada a morte do devedor, não é razão para que se faça depender este da mesma circumstancia, porque aliás ficariam sujeitos a egual regra os privilegios estabelecidos em os n.ºs 4.º, 5.º e 6.º

Nos dois primeiros casos não ha privilegio sem a morte do devedor, porque antes d'ella não ha funeral nem luto; e a clinica, o fornecimento de remedios, a sustentação do devedor e familia, a prestação de serviços por criados e familiares, e as lições de arte e sciencia, são egualmente dignos de protecção, ou sobrevenha ou não a morte do devedor.

Argumentam que as palavras—*relativo aos ultimos seis mezes*—se não referem ao tempo da vida do devedor, mas sim ao tempo da prestação dos serviços clinicos e do fornecimento dos remedios, de modo que seja qual for o tempo que durem esses serviços e esse fornecimento, o credor só tem privilegio pelo credito relativo aos ultimos seis mezes em que exerceu a clinica ou forneceu remedios; e que os seis mezes terminam com referencia á cessação dos factos, a que o n.º 3.º se refere.

Accrescentam que a associação das idéas representadas pelas palavras—doença e morte—não prejudica esta opinião, porque nem a morte é consequencia necessaria da doença, nem a clinica e fornecimento de remedios são mais dignos de favor por não terem deixado escapar o doente.

Finalmente dizem que o codigo nas palavras genericas—*para doença*—, abrange tanto a doença, a que se seguiu a morte, como a doença de que o devedor escapou, porque nem adoptou a redacção do projecto de codigo civil hespanhol, nem a do codigo civil francez no n.º 3.º do artigo 2101.º—*les frais quelconques de la dernière maladie.*—

Mostra-se das actas das sessões da commissão revisora que em sessão de 17 de maio de 1861 apresentara o sr. Seabra um titulo especial ácerca de privilegios, onde na classe 4.ª, n.º 2.º, se dizia: «O credito por despesas da ultima molestia do devedor, não excedendo um anno de duração.»

Da comparação do projecto com o preceito consignado no codigo resulta que a commissão em vez de declarar privilegiadas quaesquer despesas com a molestia do devedor, limitou o privilegio ás despesas com os facultativos e com os remedios, que reduziu o privilegio ás despesas dos ultimos seis mezes, e que supprimiu a palavra—*ultima*—, estendendo assim o privilegio a toda e qualquer doença do devedor.

Artigo 887.º

Em accordão de 9 de dezembro de 1873 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos ad-*

vogados de Lisboa, que o credito hypothecario registado prefere em concurso ao credito da fazenda pela mulcta em que o executado foi condemnado na acção.

Em accordão de 12 de fevereiro do mesmo anno, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno pag. 13, julgou a Relação de Lisboa que arrematados os rendimentos de uma propriedade por certo praso para pagamento de contribuições devidas á fazenda, ainda que se não registe o arrendamento, não póde o arrendatario ser esbulhado pelo arrematante do casco da propriedade, posto que registasse a transmissão, visto que a fazenda nacional gosava de privilegio sobre aquellas rendas independentemente de registo, que não podia ser prejudicado pela posterior arrematação da propriedade, artigos 885.º, 1008.º e 1021.º do codigo, e porque inutil seria que o arrematante tivesse registado o arrendamento que era posterior ao registo da hypotheca pela divida particular que motivou a execução e a venda da propriedade.

Em accordão de 21 de dezembro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 340, julgou a Relação de Lisboa que a fazenda não tem privilegio, nem entra em concurso no producto de bens immobiliarios arrematados por decimas de juros ou por custas da sua execução, que com respeito ás decimas pessoaes e ás prediaes não relativas ás propriedades arrematadas é credor commum, e que só tem preferencia pelas decimas prediaes relativas ás propriedades com respeito ás vencidas nos ultimos tres annos depois da promulgação do codigo, visto o artigo 887.º, n.º 1.º, e com respeito a todas as vencidas antes da promulgação do mesmo codigo, visto o artigo 2.º, § 1.º, n.º 5.º do decreto de 26 de outubro de 1836.

Em accordão de 30 de janeiro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 328, julgou o mesmo tribunal que a fazenda nacional não póde ter preferencia pelas contribuições prediaes, não provando que ellas são relativas aos predios vendidos, sobre o preço dos quaes se verifica o concurso, que as hypothecas concedidas aos credores privilegiados pelo artigo 907.º são como quaesquer outras subordinadas ao principio da prioridade do registo, nos termos do artigo 1017.º, e que a hypotheca legal tacita, concedida pela legislação antiga aos senhorios directos, só aproveitava aos creditos de fóros vencidos antes da promulgação do codigo.

Effectivamente a lei, relativamente aos creditos privilegiados convertidos em hypothecarios nos termos do artigo 907.º, em parte nenhuma faz excepção ao preceito geral do artigo 1017.º, que determina que nos concursos hypothecarios será feito o pagamento pela ordem da prioridade do registo.

É muitas vezes difficil verificar se as contribuições em divida são relativas aos predios vendidos, visto que não se tira conhecimento especial para cada predio.

Em accordão de 13 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 163, decidiu o mesmo tribunal que antes da execução do codigo civil preferia a fazenda ao credor hypothecario pela contribuição predial e pelos 4 por cento da renda das casas que eram a cargo dos proprietarios nos termos do artigo 3.º da lei de 31 de agosto de 1837, não lhe cabendo todavia privilegio algum pelas decimas, industrial, pessoal, e de juros, e direitos de mercê, e custas que são credito alheio.

Em accordão de 2 de novembro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 41, julgou a Relação do Porto que pelas decimas dos foros dos ultimos tres annos é responsavel o possuidor do predio quem quer que elle seja, visto o artigo 887.º, n.º 1.º do codigo, mas que pelas decimas anteriores, como a fazenda não tem privilegio, ha de ser demandado o devedor ou os seus herdeiros.

Em accordão de 2 de julho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 387, julgou a Relação de Lisboa que a fazenda não póde ser graduada em concurso creditorio, se não deduziu as suas preferencias sendo para isso ouvida.

No direito anterior, artigo 641.º e seguintes da Nov. Ref. Jud., ninguem era admittido a deduzir preferencias sem allegar e provar que o devedor não tinha outros bens para pagar ao credor que reclamava a preferencia.

Artigo 891.º

Em accordão de 19 de agosto de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 5, julgou a Relação de Lisboa que o proprietario do predio urbano não é obrigado a abonar ao credor hypothecario os premios de seguro da propriedade hypothecada que este pagou em seu nome, no seu interesse e sem auctorisação d'aquelle.

Artigo 892.º

Ao contrario do que dispunha a Ord. liv. 4.º, tit. 3.º, que considerava a acção hypothecaria como subsidiaria na falta de bens do devedor, o codigo sujeita a hypotheca *directamente* ao cumprimento das obrigações a que serve de garantia, seja quem for o possuidor dos bens.

Em accordão de 18 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 342, julgou a Relação de Lisboa que é competente para ser citado nas execuções hypothecarias o possuidor ou o administrador dos bens hypothecados, visto que o onus está nos bens e não nas pessoas—*res, non persona debet.*—

Assim nas expropriações hypothecarias não ha habilitação passiva, porque o processo corre, não contra o devedor ou seus herdeiros, mas contra o *possuidor*, codigo de processo, artigo 952.º

E se não for demandado o verdadeiro possuidor, e correr o processo á ignorancia d'elle, que remedio tem depois o possuidor para fazer valer a sua posse?

Se o predio chegar a ser arrematado, poderá ser annullada a venda por via de acção ordinaria; e póde tambem o verdadeiro possuidor esperar que o arrematante venha pedir a posse e oppôr-lhe embargos, obrigando-o a ser auctor na questão de propriedade.

Se porém o possuidor souber do processo de expropriação antes d'este terminar, póde deduzir a sua opposição em requerimento articulado, em que allague e prove a sua posse.

Artigo 897.º

A hypotheca, a que se refere o artigo, é só a hypotheca legal. Se o herdeiro fizer hypotheca convencional dos bens herdados, e o credor hypothecario a for registar, não podem os credores do auctor da

herança, ou communs, ou mesmo hypothecarios com registo posterior preferir áquelle, vistos os artigos 1005.º, 1006.º, 1012.º, 1017.º e 1018.º; e as proprias palavras—por nenhum caso *resulta* hypotheca—indicam que elle se refere só ás hypothecas legaes.

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordãos de 18 de agosto e de 7 de dezembro de 1875 (sendo este sobre embargos), como póde ver-se do processo de revista n.º 15:764.

Artigo 898.º

Em accordão de 14 de julho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 32, julgou a Relação do Porto, por tres votos contra dois, que a hypotheca constituida em prasos de vidas, antes da publicação do codigo, sem conhecimento do senhorio directo, não passava ao successor chamado por vocação da lei.

Nós porém nunca acceitámos similhante jurisprudencia.

Em conferencia de 20 de maio do mesmo anno respondeu a Associação dos advogados de Lisboa que o predio foreiro não póde ser hypothecado na totalidade do seu valor, sem se excluir a parte correspondente ao foro e mais um quinto, levantando-se n'essa occasião o interessante debate que póde ler-se na respectiva *Gazeta*, 1.º anno, pag. 497, 529, 545, 561 e 577.

N'essa discussão disseram uns que a contradicção que se notava entre o artigo 898.º, que permittia hypothecar a totalidade do predio foreiro sem intervenção do senhorio, e o artigo 1676.º, que estabelece a condição de não poder a hypotheca abranger *a parte do valor do predio*, que corresponde ao fôro e mais um quinto, desapparece attendendo-se a que o primeiro artigo se refere ao *predio* e o segundo ao *valor*.

Disseram outros que a disposição do artigo 1676.º tem só por fim acautelar a hypothese, prevista no artigo 899.º, de se realisar a consolidação dos dois dominios no senhorio directo pela constituição de hypotheca no dominio util, para evitar que o senhorio, como a hypotheca acompanha o praso, ficasse responsavel por um encargo porventura superior ao dominio que de novo adquiriu.

Disseram outros que a desharmonia entre os artigos 898.º e 1676.º provinha de se haverem incluido no codigo disposições da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 sem as harmonisar com o systema do mesmo codigo.

Disseram finalmente outros que o quinto corresponde exactamente a quatro pensões, que são as que, estando em divida, podem pedir-se, artigo 1684.º, não entrando em conta a quinta, por não poder presumir-se tanto desleixo da parte do senhorio.

As subrogações de bens vinculares emphyteuticos não eram validas só com a intervenção do immediato successor; era indispensavel tambem a annuencia do senhorio directo, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 5 de junho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 290.

Artigo 900.º

Parece-nos mais razoavel e legal a opinião de que o credito pelos juros, depois de registado, não tem preferencia senão desde a data do registo, preferindo-lhe qualquer credito, anteriormente registado, ainda que o seu registo seja posterior ao do capital, porque assim o determina o artigo 1017.º, a cuja regra não faz limitação alguma o artigo 907.º

Em accordão de 26 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 419, julgou a Relação do Porto que os juros anteriores ao ultimo anno e ao corrente não gozam do favor da hypotheca sem serem egualmente registados como credito distincto.

Já vimos sustentar na imprensa juridica que o artigo 900.º e § unico são applicaveis só ao caso de se ter estipulado hypotheca pelo capital, e não pelos juros, e que convencionado no titulo da constituição da hypotheca, que os bens hypothecados servirão de garantia não só ao capital, mas aos juros, escusado é registar a hypotheca legal pelos juros que o mesmo artigo garante.

No entretanto a intelligencia dada ao artigo nos tribunaes e no fôro está em desaccordo com esta opinião.

Artigo 904.º

Procuram alguns harmonisar as disposições contidas nos artigos 911.º e 936.º do codigo, dizendo que a lei exige a especialidade dos bens e da divida na hypotheca para determinar os seus effeitos para com terceiros; e que nos casos em que dispensa aquellas circumstancias se refere unicamente á constituição da hypotheca e aos seus effeitos entre as proprias partes e seus herdeiros ou representantes.

Não ha porém disposição legal, nem principio de direito, que justifique similhante explicação. A constituição da hypotheca sem registo não produz effeitos nem com relação ás proprias partes.

Em accordão de 21 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 330, julgou com razão a Relação do Porto que a hypotheca geral a favor de um credito deve ser registada logo que se mostre legalmente constituida, ainda que haja hypothecas especiaes a garantir o mesmo credito.

Em todo o caso os bens do devedor, independentemente do registo de hypotheca ou da constituição de hypotheca, ficam obrigados ao pagamento da divida.

A hypotheca serve para garantir a divida por certos e determinados bens, para habilitar o credor a exigir em execução o pagamento de um credito, que sem a hypotheca teria de ser objecto de uma acção, para ir executar os bens em poder de terceiro, e para preferir aos credores de registo posterior.

Artigo 906.º

1.º etc. Em accordão de 3 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 276, julgou a Relação de Lisboa que as hypothecas em favor do hospital de S. José de Lisboa não eram sujeitas a registo antes da nova legislação hypothecaria, porque aquelle estabelecimento gozava dos privilegios da fazenda nacional, como se mostrava do n.º 2.º § 1.º do artigo 2.º do decreto de 26 de outubro de 1836, dos decretos de 24 de dezembro de 1852 e de 5 de novembro de 1851, e da lei de 26 de julho de 1855.

3.º etc. Por direito anterior, Ord. liv. 4.º, tit. 47, leis de 17 de agosto de 1761 e de 4 de fevereiro de 1765, e decreto de 17 de julho de 1778, não podiam as *arrhas* exceder a terça do dote da mulher, nem o *apanagio* ser superior á decima parte dos rendimentos da casa; salvo quando eram pessoas nobres, *senhoras de casa*, que podiam estipular, assim para a vida como para a morte, as reservas que quizessem.

6.º A lei de 16 de abril de 1874 auctorisou o governo a decretar as formalidades e condições que devem ter os titulos reconhecidos nos artigos 906.º n.º 6.º, 993.º e 978.º do codigo civil, pertencentes aos estabelecimentos de credito predial; e o governo desempenhou-se d'esse encargo com a publicação do decreto de 4 de janeiro de 1876.

7.º Em accordão de 18 de fevereiro de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 14, julgou a Relação do Porto que o credor de tornas em partilha póde registar a hypotheca em quaesquer bens do casal, ainda que se designassem alguns em hypotheca especial, se estes não podiam ser objecto d'aquella garantia nos termos das leis.

Em accordão de 5 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 135, de 20 de junho do mesmo anno, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que o processo executivo estabelecido pelo regulamento de 28 de abril de 1870 para a exigencia dos creditos hypothecarios não póde ampliar-se além dos casos expressos na lei, e que por isso o direito a bemfeitorias, aformulado a um coherdeiro, ainda que em garantia d'elle se registe hypotheca, não póde executar-se pelo moderno processo de expropriação hypothecaria, porque não é enumerado entre os que gosam de hypotheca legal nos termos do artigo 906.º, que apenas a concede em o n.º 7.º entre coherdeiros para pagamento das respectivas tornas.

8.º etc. Tambem entendemos que o legatario póde registar a hypotheca sobre os immoveis só de um dos co-herdeiros, prescindindo de registar sobre os bens de todos em proporção do que cada um tenha a pagar para compôr-lhe o legado.

Em accordãos de 10 de janeiro e de 4 de julho de 1874, e de 30 de janeiro de 1875, publicados, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 431, e no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 36, e 7.º anno, n.º 17, julgou a Relação de Lisboa que o senhorio directo não tem hypotheca legal nos bens dos prasos pela divida de fóros vencidos depois da promulgação do codigo civil.

Effectivamente o beneficio, que o artigo 38.º da lei de 20 de junho de 1774 concedia aos senhorios, de hypotheca tacita e legal nos bens emprasados, e de preferencia a quaesquer credores hypothecarios ainda que mais antigos para o pagamento dos respectivos fóros, que o artigo 2.º, § 1.º, n.º 2.º, do decreto de 26 de outubro de 1836 exceptuou do registo, acabou com a promulgação do codigo civil, que apenas concedeu, artigos 880.º e 881.º, aos senhorios o privilegio mobiliario para haverem o pagamento de suas dividas de fóros pelos fructos dos predios rusticos e pela renda dos urbanos.

N'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 11 de junho de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 31, e a Relação de Lisboa em accordão de 17 de março de 1874, publicado no mesmo jornal, 6.º anno, n.º 26.

A preferencia do credito pelos fóros registado nos termos do artigo 907.º conta-se desde a data do registo e não desde a antiguidade da divida, como tambem se julgou no segundo d'aquelles dois accordãos.

Por impostos devidos á fazenda é que não ha hypotheca legal, salvos os casos excepcionaes e expressamente previstos nas leis especiaes.

Assim a fazenda tem direito de hypotheca pela contribuição de registo nos termos do artigo 13.º do decreto de 30 de junho de 1870, observando-se o artigo 48.º § 8.º do mesmo decreto, segundo a fórma de processo estabelecida no artigo 71.º do regulamento de 12 de dezembro de 1863, artigo 17.º das instrucções de 25 de novembro de 1869, e artigo 90.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Em sentença de 18 de maio de 1874, publicada no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 24, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa, que a hypotheca legal da fazenda nacional nos bens dos seus responsaveis, não lhe dá direito a preferencias senão depois de verificado o alcance, porque antes d'isso não ha debito para com ella, pois que só por debitos certos e determinados é que se póde estabelecer concurso creditorio, artigo 1005.º; que não podia tornar-se exigivel a obrigação nos termos do artigo 1024.º, por não se dar o facto que a hypotheca assegurou; e que antes de verificado o alcance a fazenda só tinha direito de exigir que ficasse em deposito, ou fosse invertido em titulos averbados com a clausula de responsabilidade, o producto dos predios expropriados, se porventura a sua hypotheca fosse anterior á dos outros creditos inscriptos, ou do pagamento dos credores mais graduados sobejasse alguma cousa.

Subsistem tambem as hypothecas legaes creadas por legislação especial depois da promulgação do codigo civil.

Taes são: a estabelecida em favor da Serenissima Casa de Bragança para garantia do preço dos fóros, censos, pensões e quinhões, remidos por esta nos termos do artigo 4.º do decreto com força de lei de 23 de julho de 1870; e a estabelecida nos bens desamortisados para pagamento do preço da arrematação d'estes bens, quando seja feito em prestações, em conformidade do disposto no § unico do artigo 3.º da lei de 28 de agosto de 1869.

Mas estas tambem não são causas de preferencia, não estando registadas.

Deixou porém de subsistir a hypotheca especial sem dependencia de registo que pesava sobre os predios onerados com os fóros, censos e pensões, remidas ou vendidas, em garantia do pagamento do preço da remissão ou da venda, nos termos do artigo 40.º do regulamento de 11 de agosto de 1847, porque o codigo revogou não só a legislação geral, mas tambem a *especial*, que recahisse nas materias n'elle comprehendidas.

Em officio do Ministerio da Fazenda, Direcção Geral das Contribuições Directas, de 11 de maio de 1861, publicado no jornal — *O Direito*, 1.º anno, n.º 14, declarou-se que a importancia das tornas não estava sujeita a contribuição de registo, visto o alvará de 14 de dezembro de 1775.º

Artigo 937.º

Distinguem alguns para o caso de estar ou não regularmente constituida a hypotheca antes da avaliação, e dizem que no primeiro caso basta o titulo da avaliação para ser averbado de definitivo o registo provisorio de hypotheca, e que no segundo caso além do documento da avaliação é necessario o titulo constitutivo da hypotheca.

Sustentam outros que podendo fazer-se o registo provisorio, a que se refere o artigo 937.º, em presença de simples declarações do re-

gistante, visto o disposto nos artigos 969.º e 970.º do codigo, e no artigo 101.º, § unico, do regulamento de registo predial de 28 de abril de 1870, deve converter-se em definitivo pela apresentação do titulo legal da constituição da hypotheca, não bastando só por si o documento da avaliação, não só porque a avaliação precede a regular constituição da hypotheca, mas porque se houvesse hypotheca constituida antes da avaliação podia ser levada ao registo definitivo, sendo então escusado recorrer ao meio do registo provisorio.

Artigo 938.º

A expurgação ha de ser requerida no juizo da situação do predio, visto o artigo 236.º do regulamento de 28 de abril de 1870. Se porém o predio for situado em mais de uma comarca póde escolher-se qualquer d'ellas para a acção de expurgação sem embargo do disposto n'aquelle artigo, que parece referir-se á hypothese de ser situado todo n'uma comarca o predio expurgado. A necessidade de tantos processos quantas as comarcas onde está situado o mesmo predio expurgado parece-nos de todo inadmissivel.

O codigo, que no artigo 938.º permitte a expurgação da hypotheca ao novo adquirente, e ao doador que pretende rescindir a doação por superveniencia de filhos, concede no artigo 941.º egual faculdade aos credores, que aliás tinham o meio da expropriação hypothecaria qualquer que fosse o possuidor do predio. Este era tambem o systema da lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, artigos 134.º e 138.º

Em accordão de 11 de fevereiro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 24, julgou a Relação de Lisboa que a expurgação da hypotheca não tinha logar, quando era impugnada em litigio pendente no juizo competente a validade do titulo em que se fundamentava o pedido da expurgação.

A lei de 24 de abril de 1873 veio acudir ao inconveniente que notámos a pag. 372 do 2.º volume, de não serem citados os credores para a praça.

N'essa lei determina-se que os bens hypothecados não podem ser arrematados nem adjudicados sem citação de todos os credores inscriptos com antecipação de dez dias, ficando elles por esta citação habilitados para em tempo competente deduzirem as suas preferencias, independentemente de nova citação.

A mesma lei dispoz que a dispensa de deposito concedida ao arrematante exequente, nos termos do artigo 221.º, § unico, do regulamento hypothecario, era extensiva aos demais credores inscriptos.

Na imprensa juridica tem-se sustentado que os privilegios immobiliarios, como as hypothecas, acompanham os bens sobre que recáem, ainda em poder de terceiro, independentemente de registo; e fundam-se nos seguintes argumentos:

1.º Em que os privilegios são mais graduados que as hypothecas, não só porque dão preferencia independentemente de registo, mas porque preferem até ás hypothecas registadas, e que, acompanhando estas os predios em poder de terceiro, não podem negar-se aos privilegios vantagens que ás hypothecas pertencem.

2.º Em que o artigo 1026.º, enumerando as causas de extincção dos privilegios, não menciona entre estas a transmissão para terceiros dos bens em que elles recáem; que este artigo em o n.º 4.º faz expressa referencia aos casos em que os privilegios immobiliarios acabam pela transmissão dos bens para terceiros, ou por outras circumstancias analogas, e que se o legislador quizesse extinguir por eguaes motivos os privilegios immobiliarios, a elles se teria referido tambem expressamente; que se na nota ao artigo 1026.º se sustenta que os privilegios são indivisiveis, como as hypothecas, applicando-se-lhes assim o artigo 893.º, que tracta unicamente de hypothecas, não ha razão para tambem não applicar aos privilegios o artigo 892.º, embora tracte tambem só de hypothecas; e que por direito romano os privilegios só davam logar á acção pessoal, e por isso prevaleciam sobre elles os creditos hypothecarios como direitos reaes, mas que o direito civil moderno se afastou d'aquelles principios, sendo expresso a tal respeito o artigo 2166.º do codigo civil francez.

3.º Porque segundo o artigo 1021.º do codigo os *privilegios mobiliarios especiaes* sobre fructos e rendas de um predio não são prejudicados pela *arrematação, adjudicação ou transmissão do mesmo predio por qualquer modo feita.*

A practica de julgar é effectivamente n'este sentido; e esta opinião é hoje inquestionavelmente a legal, visto o artigo 534.º § 4.º do codigo de processo.

Nos artigos 532.º a 543.º regula este codigo o modo de expurgar as hypothecas. A expurgação é da exclusiva competencia dos tribunaes civis, sendo competente para ella, se os bens tiverem sido adquiridos em processo judicial perante algum tribunal civil, esse tribunal, aliás o da situação do predio.

Artigo 939.º

Em accordão de 9 de junho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 35, julgou a Relação de Lisboa que, constituida uma hypotheca anteriormente ao novo systema hypothecario em bens, que depois foram transmittidos a terceiro quando o primitivo registo tinha já caducado, não podem ser expropriados esses bens sem demandar primeiramente o originario devedor, e executal-o nos bens que ainda possuir, vista a Ord. liv. 4.º, tit. 3.º

Nós porém entendemos que o terceiro possuidor dos bens, que os tinha comprado quando sobre elles não pesava o registo da hypotheca ou que depois foi extincto por falta de renovação, em caso nenhum póde ser demandado pela divida que pesava sobre o predio.

Em accordão de 7 de fevereiro de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 230, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a hypotheca, que serve de segurança a uma letra, não póde ser expropriada sem que a letra esteja reconhecida pela parte ou judicialmente havida como reconhecida, e que o processo do reconhecimento ha de correr no juizo commercial.

Egual decisão proferiu aquelle tribunal em accordão de 30 de julho do mesmo anno, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 333.

Doutrina contraria seguira a Relação de Lisboa em accordão de 11 de outubro de 1873, publicado na mesma folha, 1.º anno, pag. 390.

A doutrina da Relação porém é sem fundamento. Desde que o conhecimento das causas que têm relação com letras é nos termos da lei de 27 de julho de 1850 da exclusiva competencia dos tribunaes de commercio, não lhes destróe a natureza commercial o addicionamento da escriptura hypothecaria; nem o accessorio póde alterar o principal.

Em accordão de 14 de maio de 1875 julgou o Supremo Tribunal

de Justiça, como se declara na citada folha, 2.º anno, pag. 694, que o credor hypothecario que arremata o predio é equiparado ao exequente e considerado como adjudicatario, que não entra com o preço em deposito, vista a lei de 24 de abril de 1873, mas que só póde receber o seu titulo depois de julgadas as preferencias.

Tambem em accordão de 11 de fevereiro de 1876, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 7, julgou a Relação do Porto que o arrematante, reconhecido unico credor hypothecario com direito ao producto da arrematação, não é obrigado a entrar com o preço em deposito, vista a disposição da citada lei de 24 de abril de 1873.

Em accordão de 8 de agosto de 1873, publicado no mesmo jornal, 5.º anno, n.º 40, julgou a Relação de Lisboa que a fazenda nacional, sendo chamada a disputar preferencias sobre o producto dos bens arrematados, não póde renunciar a discutir as preferencias para seguir a execução nos mesmos bens do devedor commum.

Em sentença do juiz de direito de Rezende de 10 de abril de 1875, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 372, declara-se que não é verdadeira a opinião por nós sustentada, de que feita a arrematação e consignado em deposito o preço, não póde já fazer-se nova penhora no predio arrematado.

Em accordão de 12 de novembro de 1870, publicado no *Diario de governo*, n.º 276, de 6 de dezembro do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que nas execuções hypothecarias deve ser citado não só o marido, mas tambem a mulher, sob pena de nullidade, visto o artigo 574.º, § 2.º, da Nov. Ref. Jud.

Em accordão de 2 de junho de 1874, publicado no mesmo jornal, n.º 161, de 23 de julho do mesmo anno, decidiu aquelle tribunal que o recurso competente do despacho que julga improcedente a base do processo para a expropriação dos predios hypothecados é o de appellação, por ser definitivo o despacho.

Egual decisão proferiu em accordão de 7 de agosto do mesmo anno, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 69.

Artigo 940.º

O codigo de processo, artigo 542.º, não permitte a conversão de capital no caso do artigo 940.º do codigo civil senão em titulos de divida fundada.

Tractando-se de divida com privilegio ou hypotheca, é por esses bens que começa a penhora, salvo se, nomeados outros, o exequente não impugnar a nomeação dentro de quarenta e oito horas depois de lhe ser intimada, ou desde que tiver conhecimento d'ella, codigo de processo, artigo 821.º

A Relação de Lisboa julgou em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 424, que nas execuções communs e fiscaes deve ser regulado o concurso de preferencias pelas disposições do direito commum ou fiscal, embora n'aquelle concurso haja credores hypothecarios, cujo direito tambem n'aquelle processo póde ser attendido.

Nos artigos 930.º a 948.º regula o codigo de processo os termos a seguir para o concurso de credores, e para as execuções por creditos hypothecarios.

O concurso de credores só tem logar havendo privilegio ou hypotheca sobre os bens arrematados ou adjudicados, ou não chegando os bens do devedor para pagamento de todos os credores, cit. codigo, artigo 933.º

Pelo producto em deposito serão pagas, em primeiro logar, as custas e quaesquer despesas feitas no interesse commum dos credores.

Artigo 942.º

Em accordão de 24 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 72, de 2 de abril d'aquelle anno, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que, não chegando o producto dos bens hypothecados para o pagamento da divida, tem o credor que recorrer á acção ordinaria para haver o pagamento do resto do seu credito.

Diz o accordão:

«Attendendo porém que, com quanto tenha força de sentença e execução apparelhada, aquelle titulo com relação aos bens constitutivos da hypotheca, não a tem a respeito dos não hypothecados; visto como o privilegio concedido para a exigencia dos creditos hypothecarios não póde ser ampliado, a fim de serem executados, pela mesma fórma, sem expressa auctorisação da lei os que estiverem fóra da hypotheca;

«Attendendo a que tal auctorisação não é concedida claramente pelo invocado artigo 242.º do regulamento que procede em hypothese diversa, e nunca a sua disposição poderia prevalecer contra a clara disposição do artigo 942.º do codigo civil, que, no caso de não ser coberto em praça o valor da hypotheca, remette os interessados para o uso da acção competente contra o devedor originario pelo que ficar restando e não para a execução;

«Attendendo a que pelo artigo 901.º do mesmo codigo o credor tem direito de exigir que o devedor reforce a hypotheca para segurança da obrigação contrahida, e não usando a recorrida d'essa faculdade tem de recorrer ao meio ordinario e de obter outro titulo por direito exequivel que possa servir de base legitima á execução sobre bens não hypothecados; sendo certo que seria escusada aquella salutar providencia, de se reforçar a hypotheca, se a execução podesse e houvesse de continuar sobre quaesquer outros bens do originario devedor, sob a base do titulo hypothecario, independente de outro titulo.»

No mesmo sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 22 de dezembro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 433.

No artigo 959.º estabelece o codigo de processo que excutidos os bens hypothecados, sem ficar integralmente paga a divida, seguirá o processo como *execução commum* contra o originario devedor ou seus representantes devidamente habilitados, sendo todavia citados de novo para nomearem bens á penhora.

Resolveu assim o codigo de processo em harmonia com a opinião que temos sempre sustentado, que, esgotados os bens hypothecados, não é preciso recorrer á acção ordinaria para haver o resto do credito, e que póde proseguir-se na execução, não hypothecaria contra o possuidor do predio, mas commum contra o devedor ou seus herdeiros.

Tem sido tambem muito discutido na imprensa juridica e no foro se o actual processo de expropriação hypothecaria é applicavel tambem ás hypothecas constituidas antes da promulgação das novas leis

sobre hypothecas, posto que tenham sido registadas nos livros das conservatorias.

Pela negativa decidiu a segunda secção do Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordãos de 15 de março de 1872, de 29 de maio de 1874, e de 20 de fevereiro de 1875, publicados nos *Diarios do governo*, n.ºs 92, 164 e 187 dos respectivos annos.

Pela affirmativa decidiu a primeira secção do mesmo tribunal, tambem por cinco votos conformes, em accordão de 17 de junho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 180, de 12 de agosto do mesmo anno; e em accordão de 11 de fevereiro do mesmo anno, proferido no processo de revista n.º 14:318.

A razões dadas na primeira decisão resumem-se em: 1.º que o facto de se levarem ao registo os contractos de hypotheca anteriores lhes não alterava a natureza; 2.º que a lei de 1 de julho de 1863, salvaguardando no artigo 37.º os effeitos juridicos dos titulos anteriores á sua promulgação, no artigo 89.º, reproduzido no artigo 892.º do codigo civil, revogou a Ord. liv. 4.º, tit. 3, que fazia da hypotheca simples fiança da obrigação, convertendo o possuidor da hypotheca em devedor principal; 3.º que a lei excepcional de um novo processo feito para o exercicio de um novo direito, só a elle póde applicar-se e não a titulos constitutivos de direitos anteriores; 4.º que não póde admittir-se que uma lei, que faz tão profunda alteração no systema hypothecario, seja simples lei de processo, quando ella vae privar os devedores dos direitos adquiridos que tinham, de serem demandados na conformidade da lei antiga, que para elles era muito mais benigna que a nova, que favorece mais os interesses dos credores; e 5.º que nos termos dos artigos 1000.º e 1019.º do codigo civil as hypothecas anteriores á sua publicação conservam os direitos por ellas adquiridos, sendo renovado o registo dentro de um anno, mas só para serem entre ellas regulados esses direitos conforme a legislação a que estavam sujeitas antes da promulgação do mesmo codigo.

As razões da segunda resumem-se em que as leis de processo, como são de interesse e ordem publica, têm força executoria desde a sua promulgação, não contendo declaração expressa em contrario, ou havendo lide pendente; que o disposto no artigo 8.º do codigo sobre a não-retroactividade da lei só tem applicação na esphera do direito civil propriamente dicto, como é definido no artigo 3.º; que não póde haver direitos adquiridos no formulario judiciario; e que o argumento de que a nova legislação hypothecaria não é simples lei de processo, porque contem profunda alteração no systema hypothecario, em que não póde ter logar o effeito retroactivo, é inadmissivel, porque o ponto em questão não é relativo aos direitos, mas sim ao formulario judicial, que rege desde a promulgação da lei.

Esta jurisprudencia parece-nos a melhor e a mais legal. O ultimo argumento da segunda decisão responde a todas as objecções em contrario; e os artigos 1000.º e 1019.º não foram bem interpretados na outra decisão.

O decreto de 4 de agosto de 1864 no artigo transitorio dá ás hypothecas anteriores, depois de registadas, todos os effeitos da lei de 1 de julho de 1863.

A mesma doutrina se infere dos artigos 80.º, 150 n.º 6.º, e 206.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Nem se objecte com a circumstancia de a lei introduzir alterações no processo, que muito vão influir nos direitos das partes, porque não ha alterações na lei do processo que não redundem em prejuizo ou em proveito de alguma das partes que intervieram no acto, a que se mudou o processo.

Não se confunda o *direito* proveniente do contracto, que é regulado pela legislação então vigente, com o processo legal para a *execução* do mesmo contracto, que é sujeito á lei vigente ao tempo da propositura da acção ou da execução em juizo.

No sentir da nossa opinião têm escripto todos os jornaes juridicos do paiz, como a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 210, e o jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 18.

No foro tem sido tambem seguida esta opinião, como se mostra dos accordãos da Relação de Lisboa de 24 de agosto e de 30 de novembro de 1872; e da Relação do Porto de 21 de junho de 1873, de 6 de fevereiro de 1874, e de 13 e de 17 de agosto de 1869, publicados no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 18, e na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 100, 105, 324, 328 e 376.

Apenas encontramos em sentido contrario um accordão n'esta folha, n.º 192, proferido pela Relação de Lisboa em 4 de outubro de 1870, e outro da Relação do Porto de 23 de julho de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 36.

Em accordão de 19 de maio de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 170, do mesmo anno, julgou-se uma segunda revista sobre o assumpto, decidindo cinco votos por um lado, e cinco por outro, e desempatando o presidente a favor da doutrina da 2.ª secção.

Não tornará porém a haver segunda revista sobre similhante questão, porque, tractando-se de termos e formalidades do processo, julga o Supremo Tribunal de Justiça definitivamente, e assim cada uma das secções continuará a decidir de modo differente.

Em accordão de 26 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 419, julgou a Relação do Porto que as hypothecas nascidas ao tempo da lei velha, e que por alguns annos estiveram dispensadas de registo, não podiam ser executadas pelo moderno processo hypothecario sem se apresentar o certificado do registo.

No caso de adjudicação ha tambem concurso de credores e disputa de preferencias, codigo de processo, artigos 871.º e seguintes.

Artigo 949.º

Em accordão de 28 de janeiro de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 117, do mesmo anno, julgou, com razão, o Supremo Tribunal de Justiça que os registos reformados, em consequencia de se haverem queimado os livros da conservatoria, conservam para os effeitos da graduação do credito a sua antiguidade primitiva.

Tem continuado a ser objecto de discussão na imprensa juridica e no foro se a hypotheca tacita e independente de registo, que tinha o Banco de Portugal nos bens dos seus responsaveis, acabou com a promulgação do codigo civil.

Em accordão de 19 de junho de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 196, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o Banco de Portugal ainda gosava do privilegio de hypotheca tacita e legal, independentemente de registo, consignado no artigo 11.º da carta organica de 6 de maio de 1857, por virtude da lei de 16 de abril de 1850.

É porém natural que a especie do feito, em que recahiu o accordão, versasse sobre responsabilidade anterior a 22 de março de 1868.

O juiz da primeira vara de Lisboa em sentença de 15 de março de 1871, confirmada por tres votos conformes em accordão da Relação de Lisboa de 17 de fevereiro de 1872, e por cinco votos conformes em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de março de 1873, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 346, julgou que depois da promulgação do codigo civil acabou para o Banco de Portugal o direito de hypotheca legal pelos seus creditos sobre os bens dos seus devedores, porque esta hypotheca não vinha mencionada no artigo 906.º do codigo, onde se especificam as hypothecas legaes, e porque o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recahisse em materias n'elle comprehendidas.

Em accordãos de 21 de julho de 1874 e de 2 de março de 1875 decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, conforme se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 695, e 2.º anno, pag. 393, que os creditos do Banco de Portugal constituidos depois de 22 de março de 1868 não tinham hypotheca sem registo.

Em accordão de 31 de janeiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 276, julgou tambem a Relação de Lisboa que depois da promulgação do codigo civil já o Banco de Portugal não gozava do privilegio de hypotheca tacita, independentemente de registo que lhe garantia o artigo 11.º da sua carta organica de 6 de maio de 1857, e o artigo 201.º da lei de 1 de julho de 1863, visto que o codigo revogou toda a legislação anterior, tanto geral como especial, que recahisse nas materias n'elle comprehendidas, porque não reconhece privilegios independentes de registo, além dos designados nos artigos 880.º e 886.º, porque não especifica entre as hypothecas legaes, mencionadas no artigo 906.º, a do Banco de Portugal, e porque este Banco é estabelecimento de credito pessoal e não de credito predial.

Porém mesmo em quanto durou o privilegio hypothecario do Banco de Portugal os seus creditos só tinham preferencia em concurso creditorio, quando tinham sido constituidos anteriormente ao registo das hypothecas, como julgou a Relação de Lisboa em accordãos de 17 de fevereiro de 1872 e de 30 de agosto de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 346 e 401.

As hypothecas que foram dispensadas de registo na conservatoria até 22 de março de 1875, por effeito da lei de 20 do mesmo mez do anno de 1873, ou porque eram absolutamente dispensadas do registo, ou porque estavam registadas nos livros anteriores á installação das conservatorias, continuaram a entrar em concurso até áquella data independentemente de registo.

Assim julgou o juiz de direito da primeira vara de Lisboa com relação a divida de fóros vencidos antes da promulgação do codigo, na sentença acima citada de 15 de março de 1871, confirmada sem voto em contrario pela Relação de Lisboa e pelo Supremo Tribunal de Justiça, como póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 346, e em sentença de 14 de fevereiro de 1874, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 535; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 14 de fevereiro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 62, do mesmo anno.

Em accordão de 10 de novembro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 197, que a hypotheca legal pelo credito de alimentos, embora não fosse registada dentro do praso de

um anno, nos termos do artigo 1019.º, sendo registada dentro dos prasos das prorogações, prefere em concurso a todas as registadas em data posterior á constituição d'aquella.

Temos escripto, e os tribunaes têm julgado, como materia corrente, que as hypothecas, que pela legislação anterior eram causa de preferencia independentemente de registo, não careciam tambem do registo para preferirem em concurso a quesquer outras registadas posteriormente ao nascimento d'aquellas, verificando-se o concurso dentro do praso do anno marcado no artigo 1019.º do codigo, ou das prorogações que estenderam esse praso até 22 de março de 1875.

Agora porém julgou a Relação de Lisboa em accordão do mez de dezembro de 1876, que as hypothecas, a que se refere o citado artigo 1019.º, não podem em concurso preferir mesmo dentro do praso da prorogação, sem registo, a outras que estejam registadas; porque, se na primeira parte do artigo são admittidas a concurso independentemente de registo, na segunda parte só preferem em concurso ás hypothecas registadas, se ellas *forem registadas* tambem.

Na verdade em presença do artigo 1019.º e do § unico parece concluir-se: 1.º que as hypothecas, dispensadas de registo pelo direito anterior, continuaram a ser admittidas a concurso durante o praso da prorogação, independentemente de registo; 2.º mas, que não estando registadas, apenas são causa de preferencia, e graduadas entre si nos termos da legislação anterior, segundo o disposto no § unico, e que não podem preferir ás que se apresentarem acompanhadas de certificado do registo.

Effectivamente na segunda parte do artigo diz-se, que, *dentro do praso* das prorogações, as hypothecas dispensadas de registo pelo direito anterior preferem, estando *registadas*, ás hypothecas constituidas depois da promulgação do codigo, e dentro d'esse periodo da prorogação, ainda que registadas posteriormente áquellas.

O artigo não providenceia para epocha posterior ao praso das prorogações; regula na segunda parte unica e exclusivamente a preferencia entre as hypothecas registadas dentro d'aquelle periodo, estabelecendo o principio de que a regra geral da prioridade do registo para graduar a preferencia soffre excepção no caso de concorrerem dentro do praso da prorogação hypothecas registadas, que pela legislação anterior eram dispensadas de registo, com hypothecas constituidas e registadas dentro d'aquelle periodo, ainda com registo anterior ao d'aquellas. Preferem as primeiras ás segundas, ainda que seja anterior o registo d'estas.

O regulamento de 14 de maio de 1868 reproduziu no artigo 166.º exactamente o preceituado no artigo 1019.º do codigo civil.

O decreto com força de lei de 17 de março de 1870 limitou-se a prorogar o praso para o registo das hypothecas, a que se referiam os artigos 1000.º e 1019.º do codigo civil, e o artigo 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868.

Foi o regulamento de 28 de abril de 1870 (referindo-se aliás áquelle decreto do mesmo anno) que no artigo 150.º, n.º 6.º declarou que nenhum direito predial ou hypothecario, sujeito a registo, produzia effeitos contra terceiros, que expressamente o não reconhecessem, senão depois da data do registo respectivo, exceptuando (entre outros direitos), as hypothecas não sujeitas a registo antes de 1 de abril de 1867, ou registadas antes d'aquella data até 22 de março de 1871.

E quaesquer duvidas que podessem levantar-se sobre a legalidade d'este preceito desappareceram em face da lei de 15 de junho de

1871, que no artigo 2.º, n.º 1.º, prorogou até 22 de março de 1873 o praso para o registo das hypothecas a que se referia o n.º 6.º do artigo 150.º do regulamento de 28 de abril de 1870, sendo depois ainda prorogado este praso até 22 de março de 1875 pela carta de lei de 20 de março de 1873.

Outros porém chegam á mesma conclusão, que deixâmos exarada, fundando-se no proprio artigo 1049.º, no qual descobrem as seguintes hypotheses: 1.ª não carecem de registo dentro do praso da prorogação as hypothecas, que por direito anterior eram causa de preferencia independentemente de registo, para preferirem em concurso com qualquer outra inscripta nos livros da conservatoria; 2.ª sendo registadas dentro d'esse praso preferem pela sua antiguidade a quaesquer outras, ainda que registadas em data anterior; 3.ª sendo registadas depois do praso das prorogações é regulada a sua preferencia ou concurso pela data do registo; 4.ª concorrendo entre si dentro do praso da prorogação é regulada a preferencia pelo direito anterior.

O registo creado pelo decreto de 26 de outubro de 1836, não sendo renovado dentro do decennio, caducava, independentemente de requerimento das partes ou de averbamento do official publico, como julgou o juiz da primeira vara de Lisboa em sentença de 4 de fevereiro de 1875, publicada na referida folha e anno, pag. 423.

O registo renovado depois dos dez annos só começava os seus effeitos desde a data da renovação, e não desde a data do primeiro registo; e n'este sentido julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 24 de novembro de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 31, de 9 de fevereiro de 1872, e a Relação de Lisboa em accordão de 2 de julho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 387.

Em accordão de 18 de março do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 317, julgou a Relação do Porto que na contagem do decennio não devia comprehender-se o dia em que a inscripção foi tomada, mas sim o dia da renovação, visto o artigo 30.º da lei de 16 de junho de 1855, e o artigo 51.º da lei de 1 de julho de 1863.

Se a propriedade hypothecada era alienada, passados os dez annos sem se renovar o registo, passava a terceiro isenta de hypotheca, como julgou a Relação do Porto em accordão de 3 de fevereiro de 1874, publicado na mesma folha, n.º 375.

2.º O principio geral, reconhecido expressamente nos artigos 1022.º e 1023.º, é que os onus reaes acompanham o predio em poder de terceiro, segundo têm ou não registo anterior ao registo da hypotheca ou da transmissão, e n'esta conformidade são as decisões dos tribunaes.

Em accordãos de 10 de março e de 26 de maio de 1874 (sendo o segundo sobre embargos), publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 401, julgou a Relação do Porto que o usufructuario não podia deduzir embargos de terceiro n'uma execução hypothecaria por não ter feito o registo do usufructo anteriormente ao da hypotheca.

Em accordão de 18 de junho de 1873, publicado na mesmas folha juridica, n.º 382, decidiu a Relação de Lisboa que o onus da consignação não justifica os embargos de terceiro n'uma execução hypothecaria se o respectivo registo não é anterior ao da hypotheca.

Egual decisão proferiu este tribunal em accordão de 31 de janeiro de 1872, publicado na mesma folha juridica, n.º 278.

Em accordão de 3 de agosto de 1869, publicado na mesma folha, n.º 110.º, decidiu a Relação do Porto que o dote não produzia effeitos para com terceiros não sendo registado.

Egual decisão proferiu a Relação de Lisboa em accordão de 5 de novembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 12.

Convem notar que em virtude da lei de 18 de março de 1875 são ainda dispensados de registo até 22 de março de 1877 os onus reaes de servidão, emphyteuse, censo e quinhão.

Esta lei pois deixou de renovar o praso para o registo da subemphyteuse, que estava prorogado até 22 de março de 1875 pelo artigo 1.º da lei de 20 de março de 1873 com respeito ao artigo 2.º, n.º 2.º, da lei de 15 de junho de 1871.

Em accordão de 13 de julho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 296, julgou a Relação de Lisboa que o registo da hypotheca feito antes do registo da transmissão prejudica este, ainda que a transmissão seja anterior á hypotheca.

Os onus reaes não se expurgam como as hypothecas. Acompanham ou não o predio em poder de terceiro, segundo estão ou não registados antes do registo da hypotheca ou da transmissão.

A compra de arvores fixas no solo é tambem registavel, porque importa transmissão de propriedade immovel, nos termos dos artigos 375.º e 949.º n.º 4.º

A penhora não é onus real, sem embargo de assim lh'o chamar a sentença do juiz da primeira vara de Lisboa de 15 de março de 1871, acima citada, confirmada por accordão da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, e publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 346, porque onus reaes são unicamente os especificados em o § 2.º do artigo 949.º; e apenas são nullas as transmissões e encargos impostos sobre bens immobiliarios depois de registada a penhora.

Todavia o codigo de processo determina no artigo 836.º que o exequente adquire pela penhora o direito de ser pago com preferencia a qualquer outro credor que não tiver privilegio ou hypotheca anterior.

O registo da penhora era indispensavel, aliás o executado, conluiado com terceiro, podia transmittir o predio, ou impôr-lhe quaesquer onus, até depois d'elle arrematado, ficando o arrematante completamente logrado quando fosse registar a transmissão, e encontrasse já registo anterior.

Tambem a Relação de Lisboa decidiu em accordão de 6 de maio de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 30, que os arrendamentos por um anno subsistem independentemente de registo, não podendo o arrematante judicial do predio exigir novas rendas dos rendeiros, que já haviam pago ao executado mesmo depois da penhora, se o pagamento foi feito em boa fé por lhes não ter sido por qualquer fórma notificada a mesma penhora.

O codigo não menciona entre os onus reaes sujeitos ao registo o *arresto*, talvez porque este não deva admittir-se em bens de raiz, em presença do direito vigente.

Mas hoje o arresto em bens immobiliarios tem os effeitos da penhora, e como ella póde ser registado, codigo de processo, artigos 367.º, 370.º, 832.º e 834.º

Por sentença do juiz de direito de Louzada de 18 de abril de 1872, publicada no jornal—*O Direito*, 4.º anno, n.º 27, foi ordenado o registo da consignação de rendimentos, feita em auto de conciliação

anteriormente ao codigo civil, visto que a escriptura publica por direito velho não era da substancia d'este contracto.

Tem sido objecto de larga controversia na imprensa juridica e no foro se é admissivel a registo a *adjudicação judicial* dos rendimentos. Pela affirmativa decidiu o juiz da primeira vara de Lisboa em sentença de 8 de outubro de 1874, confirmada por accordão da Relação de Lisboa de 21 do mesmo mez e anno, como tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 103, 120 e 157, dando como razão que o *facto* da consignação de rendimentos é sujeito a registo nos termos do artigo 949.º, que a carta de adjudicação é titulo admissivel a registo segundo o disposto no artigo 978.º, e que o artigo 875.º, exigindo escriptura publica para a consignação de rendimentos, se refere só aos contractos de consignação voluntariamente feitos entre as partes, e não exclue a consignação judicial, assim como sendo essencial a escriptura publica para a venda e troca de bens immobiliarios de valor excedente a 50$000 réis, não deixam por isso de registar-se as transmissões que constam de carta de arrematação, qualquer que seja o seu valor.

Hoje porém a adjudicação judicial de rendimentos é tambem registada como onus real em vista da sentença, codigo de processo, artigo 884.º

3.º etc. Nos artigos 354.º a 356.º regula o codigo de processo o registo das acções. O registo póde verificar-se em qualquer estado da causa depois da distribuição, e dura em quanto durar a demanda independentemente de renovação.

A falta de registo nas acções não obsta a que as sentenças n'ellas proferidas produzam todos os seus effeitos entre as partes, seus herdeiros ou representantes.

As sentenças proferidas na acção produzem todos os seus effeitos, e são exequiveis contra terceiros, para quem se tiverem transmittido os bens ou qualquer direito sobre elles por acto com inscripção posterior á do registo da acção; devendo o juiz, em execução de sentença, mandar cancellar qualquer registo posterior ao da acção, que deva caducar por effeito da mesma sentença.

Mesmo pela legislação vigente segundo a opinião mais geralmente seguida e a jurisprudencia dos tribunaes, os actos do processo, praticados nas acções sujeitas a registo provisorio, depois de findos os articulados sem se ter feito o registo, não são nullos, salvo se a parte protestar por essa nullidade antes ou na occasião de se practicar o acto, nos termos do artigo 841.º da Nov. Ref. Jud.

É preciso não confundir para os effeitos do registo, como não se confunde nos effeitos juridicos, o condominio de aguas com a servidão de aguas. Quando ha direito a certos e determinados dias de agua de uma presa, o registo do condominio da presa é bastante para assegurar o direito.

Se ha apenas direito ao uso das aguas para regar certa e determinada propriedade, este direito, que representa um mixto de condominio e de servidão, ha de ser registado com a descripção do predio dominante e da presa.

Artigo 950.º

O registo póde ser annullado, ou por ter sido feito com *falsidade* por se registar um acto sem existencia juridica nos termos do artigo 984.º, ou por se verificar algum dos outros casos especificados no

artigo 2496.º, ou por ter sido feito *indevidamente*, isto é, sem as formalidades legaes, como por não terem sido observadas as disposições prescriptas nos artigos 949.º, 959.º, 960.º, 978.º e 980.º do codigo, e no artigo 199.º do regulamento de 28 de abril de 1870, ou por serem illegaes os documentos.

A generalidade do artigo abrange as hypotheses de a falsidade ou illegalidade ser proveniente, tanto do conservador, como das partes.

O artigo 992.º refere-se a uma especie diversa, que é ao caso de ter sido feito com verdade e com legalidade o registo, e de ter cessado o facto que motivou esse registo, como se se extinguiu a hypotheca ou o onus real que estavam inscriptos.

A acção para cancellar o registo, ou por falsidade ou por illegalidade, póde ser intentada contra o conservador, ou contra o interessado, ou contra ambos, se ambos tiveram culpa.

A demanda convem chamar sempre todos os interessados.

Em accordão de 22 de novembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 12, julgou a Relação de Lisboa que a emenda ou rectificação de qualquer descripção ou inscripção, lançada nos livros respectivos, deve ser feita, não por meio de acção intentada perante as justiças ordinarias, mas nos termos do artigo 140.º e seus §§ do regulamento de 28 de abril de 1870.

As acções em que se tractar do registo, ou do seu cancellamento, hão de ser propostas no juizo da situação dos predios, salvo quando forem cumuladas com outro pedido, e deduzidas como consequencia d'elle, porque n'esse caso serão tractadas no juizo que for competente para conhecer da questão principal, codigo de processo, artigo 21.º n.º 3.º e § 3.º n.º 1.º

Artigo 952.º

O codigo de processo, estabelecendo no artigo 957.º que os embargos de terceiro só poderão fundar-se em acto juridico com registo anterior ao da hypotheca, ou em posse anterior ao registo da mesma hypotheca, esclareceu o disposto no artigo 215.º do regulamento de 28 de abril de 1870, e reconheceu a jurisprudencia dos tribunaes, que só admittia embargos sem registo anterior ao da hypotheca quando a posse fosse anterior a 1 de abril de 1867, em que começou a reger a nova legislação hypothecaria.

Artigo 953.º

Em accordãos de 18 de junho de 1873 e de 21 de março de 1874, publicados no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.ºs 2 e 27, julgou a Relação de Lisboa que a posse transmittida pelo registo de titulo translativo da propriedade sem condição suspensiva, póde ser vencida por outra melhor no processo de embargos ou na acção meramente possessoria.

Está pois vingando no foro a jurisprudencia de que o registo do titulo translativo de propriedade sem condição suspensiva só transmitte a posse sendo a transmissão proveniente do verdadeiro dono. Para as acções possessorias não é precisa certidão do registo da posse, artigos 523.º e 952.º § unico.

Porém assim como a posse não registada póde prevalecer sobre a posse resultante do registo, o dominio uma vez inscripto a favor de alguem não póde ser repetido em nova inscripção a favor de outrem

*

sem intervenção do primeiro, nos termos do artigo 124.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Em accordão de 23 de maio de 1871, publicado no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 34, julgou a Relação do Porto que os embargos são ainda hoje o meio competente, que tem o possuidor de bens immobiliarios, contra a posse judicial requerida por outrem, pelo principio consignado no alvará de 7 de julho de 1767, em virtude do qual ninguem póde ser tirado da sua posse sem ser previamente ouvido e convencido, e que o artigo 953.º do codigo, longe de se oppôr a este principio, teve apenas em vista dispensar a tradição da cousa, que pela Ord. liv. 4.º, tit. 7 pr., e alvará de 4 de setembro de 1810 era indispensavel para a acquisição do dominio.

Em accordão de 2 de junho de 1874, publicado no mesmo jornal, 6.º anno, n.º 29, julgou o mesmo tribunal que feito o registo definitivo de um direito predial não póde negar-se a posse judicial em vista do artigo 953.º do codigo civil; e que só uma acção, nos termos do artigo 995.º e seguintes do codigo, e do artigo 145.º do regulamento de 28 de abril de 1870, e não o meio de embargos, era competente para cancellar o registo definitivo.

Artigo 954.º

O artigo abrange todas as transmissões de bens immobiliarios, tanto entre vivos como por morte. O projecto primitivo no artigo 1841.º, correspondente aos artigos 949.º n.º 4.º e 951.º do codigo, estabelecia o registo sómente para as transmissões por *contracto* ou *partilha amigavel*, excluindo assim as que resultavam de disposições de ultima vontade.

Combateu o sr. Paes da Silva tal systema, sustentando que o registo devia abranger todos os actos de transmissão de propriedade, quer em vida quer por morte.

Vingou esta doutrina no codigo; mas, talvez para obviar aos inconvenientes do registo obrigatorio tambem para as transmissões de ultima vontade, exceptuou-se do registo a transmissão da propriedade immobiliaria quando fosse indeterminada.

Em accordão de 7 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 314, julgou a Relação do Porto que os contemplados em testamento podem tomar posse dos bens deixados, independentemente de registo, não só porque em vista dos artigos 483.º e 2011.º lhes é deferida a posse logo á morte do auctor da herança independentemente de qualquer condição, mas porque entre herdeiros e legatarios, que não são terceiros, não póde argumentar-se com a disposição do artigo 951.º

A successão indeterminada adquirida antes da vigencia da lei de 1 de julho de 1863, se a partilha e determinação dos bens pertencentes a cada um dos co-herdeiros é feita depois, está já sujeita a registo.

Em accordão de 16 de maio de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 162, julgou a Relação de Lisboa que tambem o registo estabelecido n'este artigo era dispensavel quando se pedia não a *entrega* ou *posse* de quaesquer bens immobiliarios, mas simples e unicamente a ratificação da posse, em que o possuidor se achava em virtude das leis.

O Supremo Tribunal de Justiça julgou em accordão de 1 de março de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 94, de 27 de abril do

mesmo anno, que a carta de arrematação, e a posse d'ella derivada, produzia todos os seus effeitos em quanto não fosse declarada nulla em acção ordinaria.

Não basta a certidão de apresentação a registo do acto juridico para se requerer a posse, sem embargo de que a Relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1870, e a do Porto em accordãos de 6 de dezembro do mesmo anno e de 10 de maio de 1874, publicados no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 14, e na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 15 e 20, adoptassem a opinião de que o registo requerido equivale a registo feito, quando a accumulação do serviço não permitta realisal-o.

Esta doutrina é inadmissivel. O registo requerido póde vir a ser recusado ou a ser feito apenas provisoriamente, nos termos dos artigos 980.º e 981.º do codigo. O registo não póde ser attendido em juizo sem se provar a sua existencia, a qual não se prova sem o certificado ou certidão, nos termos do § unico do artigo 6.º da lei de 24 de abril de 1873; e em accordão de 3 de dezembro de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 12, parece ter decidido a Relação de Lisboa que o direito hypothecario se constitue, não pela *apresentação* do titulo, mas sim pelo *registo* d'elle.

Esta jurisprudencia tem apenas duas excepções.

A primeira é relativa ao registo das acções, quando o serviço da conservatoria estiver atrazado, porque com a certidão da nota de apresentação, e attestação de que não será possivel effectuar-se o registo antes de quinze dias, póde o juiz ordenar que a acção prosiga, não podendo todavia proferir sentença sem se juntar o certificado do registo, decreto de 22 de maio de 1873, artigo 11.º, § unico.

A segunda é relativa á posse ordenada no artigo 3.º da lei de 8 de junho de 1859, a qual póde ser tomada pelos expropriantes, e lhes deve ser dada em todos os casos de expropriação por utilidade publica sem dependencia de registo prévio, lei de 11 de maio de 1872.

Não carece de registo prévio a posse dada pelos administradores de concelho dos bens arrematados no thesouro publico, logo que lhe sejam entregues as cartas regias de arrematação, annotadas na repartição de fazenda do districto, posse auctorisada nas instrucções regulamentares de 13 de julho de 1863, approvadas por decreto de 12 de dezembro do mesmo anno. É uma posse administrativa, verdadeiro acto complementar de arrematações effectuadas no ministerio da fazenda. Mas o registo da transmissão resultante da compra em praça só póde effectuar-se á vista da carta de arrematação.

Artigo 956.º

O principio geral estabelecido no artigo não deroga o preceito contido no artigo 1133.º do codigo de commercio, em virtude do qual ninguem póde adquirir hypotheca nos bens do fallido nos vinte dias precedentes á abertura da fallencia, contando-se a existencia legal da fallencia desde a data marcada na sentença declaratoria da quebra, que não faz mais do que dar-lhe existencia publica, artigos 1129.º a 1131.º do citado codigo de commercio.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 25 de outubro de 1871, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 209.

ARTIGO 963.º

O preceito contido no artigo, e nos artigos correspectivos (62.º e 180.º) do regulamento de registo predial de 28 de abril de 1870, foi alterado pela carta de lei de 24 de abril de 1873, que diz no artigo 6.º: «O certificado fica sendo facultativo, e só será dado ao apresentante quando elle o tiver requerido. § unico. Sendo preciso provar em juizo o registo, deve sempre exigir-se o certificado ou a certidão.»

Egual doutrina se acha estabelecida no decreto de 23 de maio do mesmo anno, artigos 6.º e 7.º, nos quaes tambem se determina que o certificado deve conter unicamente a copia da inscripção requerida, extrahindo-se da descripção respectiva apenas o numero de ordem e o bastante para a identificação e reconhecimento do predio; e que, se o apresentante não houver requerido certificado, o conservador mandará lançar no documento principal dos apresentados, quando for dos que têm de ser restituidos á parte, uma nota que será por elle rubricada, da qual deve constar a indicação do acto, cuja inscripção se fez, a designação do predio ou predios sobre que ella recahiu, os numeros de ordem das respectivas descripções, o nome, prenome e appellidos da pessoa a favor de quem se fez a inscripção, a data da apresentação, e o numero e folhas do livro onde se fez o registo.

ARTIGO 969.º

A Associação dos Advogados de Lisboa respondeu em 9 de novembro de 1870, segundo se mostra do *Boletim da revista critica de jurisprudencia geral e de legislação*, que a falta de registo, havendo recursos pendentes, importa nullidade, visto significar esta omissão a violação de uma formalidade essencial do processo, como se deduz dos artigos 967.º n.º 4.º e 968.º do codigo.

Parece-nos mais conforme á lei esta opinião em face do artigo 10.º do mesmo codigo.

Todavia a practica geral é em contrario, como bem se mostra dos accordãos — da Relação do Porto de 13 de fevereiro de 1874, da Relação de Lisboa de 25 de junho do mesmo anno, e do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de agosto de 1873, publicados no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 20, e na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 14 e 698.

Esta jurisprudencia tem fundamento nas disposições do regulamento de 28 de abril de 1870, que prohibe que as acções sujeitas a registo progridam, depois de findos os articulados, sem se satisfazer áquella formalidade, mas sem todavia impôr a pena de nullidade ao processado com a falta de registo; e no decreto de 21 de maio de 1873, que no artigo 11.º reproduz aquelle preceito com a declaração de que a acção póde proseguir independentemente de registo quando o serviço da conservatoria estiver atrazado, e o interessado ajunctar certidão da nota de apresentação e attestação, de que não é possivel effectuar o registo dentro de quinze dias, não podendo porém em caso algum proferir-se sentença sem se ter ajunctado ao processo certificado do registo provisorio da acção. Mas não se decreta a pena de nullidade para o caso de se ter proferido a sentença sem o respectivo registo.

Em accordão de 1 de junho de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 31, julgou a Relação do Porto que não deve ser cancellado o registo da acção que foi annullada, quando se mostrar intentada e distribuida a nova acção sobre o mesmo assumpto e entre as mesmas partes no praso de sessenta dias contados desde a intimação da sentença que annullou a primeira acção, ainda que não tenham sido citados os réos para a nova acção, porque esta citação não é necessaria para verificar-se a excepção consignada no artigo 975.º, § unico, especialmente sendo os réos que se subtrahem a ella.

Ainda que não seja para louvar o procedimento dos réos que fugiam á citação, é certo que a acção não póde dizer-se *intentada de novo*, sem estar accusada a respectiva citação.

Em accordão de 13 de maio de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 320, julgou a Relação de Ponta Delgada que, requerendo-se um registo definitivo, e tomando o conservador só o registo provisorio, por duvidas que posteriormente foram julgadas improcedentes, deve o registo provisorio ser convertido em definitivo, ainda que tenha decorrido mais de anno, porque o registo sobre que versa questão judicial não póde produzir os seus effeitos senão depois de transitar em julgado a decisão, nos termos dos artigos 981.º, § 2.º do codigo, e 166.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Impugna-se porém esta decisão com o fundamento de que o registo provisorio que não é renovado dentro de um anno caduca *ipso jure*, que não póde ser convertido em definitivo o registo provisorio, que já não existe por ter caducado, que o interessado tinha na sua mão o meio de evitar a extincção do registo, fazendo-o renovar antes de passar o anno, e que o contrario daria logar a que fossem illudidas terceiras pessoas, que contractassem na persuasão de ter caducado o registo por haver decorrido mais de um anno sem elle ter sido renovado.

Effectivamente a jurisprudencia do accordão da Relação de Ponta Delgada não resiste a tão ponderosos argumentos.

Em accordão de 28 de janeiro de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 14, julgou a Relação de Lisboa que o registo provisorio do dote caduca não sendo convertido em definitivo dentro de um anno, e que as penhoras registadas anteriormente ao dote prejudicam este onus real.

ARTIGO 978.º

Em accordão de 25 de novembro de 1871, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 12, julgou a Relação de Lisboa inadmissivel a registo o titulo particular de troca de bens immobiliarios de valor excedente a 50$000 réis, e que demais não estava assignado por um dos permutantes e por duas testemunhas.

Em accordão de 22 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 284, julgou a Relação de Lisboa que, para se fazer o registo do dominio util de um praso a favor do co-herdeiro que n'elle se dizia encabeçado, era precisa certidão da sentença do encabeçamento, não podendo este documento ser supprido pelas declarações do escrivão ou por justificações graciosas.

ARTIGO 980.º

Por accordão de 9 de dezembro de 1869, que confirmou a sentença do juiz de direito de Moimenta da Beira de 7 de junho do mesmo

anno, decidiu a Relação do Porto, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 90, que não são obrigadas a manifesto as dividas sem vencimento de juros, que não sejam provenientes de *mutuo*, e que nem o devedor, nem pessoa por elle interposta, são admittidos a denunciar divida não manifestada.

Em accordão de 19 de julho de 1873, publicado na mesma folha, n.º 392, decidiu a Relação de Lisboa que o ministerio publico é competente para só por si, independentemente de intervenção do denunciante, exigir toda a pena civil pela falta de manifesto para a decima, tanto a parte devida á fazenda como a devida ao denunciante, visto o artigo 355.º da Nov. Ref. Jud.; que o manifesto pelo credor é admissivel a todo o tempo, não se provando dolo, e não havendo denuncia, visto o alvará de 14 de dezembro de 1775, § 4.º; e que não é procedente a denuncia feita ou preparada e promovida pelo devedor, vista a resolução de 6 de dezembro de 1780.

Em accordão de 19 de janeiro de 1876, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 357, julgou a Relação de Lisboa que a denuncia dada de accordo com o devedor, de que é fortissima prova a circumstancia de o denunciante a instruir com publicas fórmas dos recibos existentes na sua mão, é improcedente, vista a resolução de 6 de dezembro de 1780, que, como posterior, restringiu e alterou o preceito geral da pena estabelecida no alvará de 14 de dezembro de 1775.

Em sentença de 5 de agosto de 1874, publicada no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 42, julgou o juiz de direito de Cintra que o Banco hypothecario, tendo pago pelo seu devedor a contribuição de registo, podia pela simples apresentação dos respectivos recibos registar a hypotheca por esta divida sobre os bens d'elle.

Apesar de que o regulamento de 30 de junho de 1870 no artigo 13.º determina que os bens transmittidos são hypotheca da contribuição de registo, não se tem feito muito uso da hypotheca para assegurar os direitos devidos á fazenda pela transmissão a fim de obter o registo, mas sim da garantia da fiança nos termos do artigo 48.º do mesmo regulamento.

Sustentam alguns que antes de pagos ou de assegurados os direitos devidos á fazenda nacional não só não é admissivel o registo definitivo, mas nem ainda o provisorio, visto o artigo 980.º do codigo, e o artigo 155.º, n.º 7.º, do regulamento de 28 de abril de 1870, porque o artigo 967.º, n.º 5.º, se refere ao artigo 981.º, que sómente tracta das recusas fundadas na *illegalidade* dos titulos.

Parece porém que o conservador não deve em tal caso recusar o registo provisorio sem embargo do artigo 94.º d'aquelle regulamento, que, reproduzindo a disposição do artigo 91.º do anterior regulamento de 14 de maio de 1868, se acha collocado na secção que tracta do registo definitivo, e em vista do artigo 156.º do mesmo regulamento.

Em accordão de 9 de maio de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 14, julgou a Relação de Lisboa que não é admissivel a registo definitivo a escriptura publica em que se promette hypothecar bens immobiliarios para garantia de quantias ainda não recebidas, sem estas se mostrarem entregues, e que são sujeitas a manifesto as letras, se em letras forem representadas aquellas quantias.

Em sentença de 8 de novembro de 1875, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 181, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa que as hypothecas constituidas em garantia de creditos em conta corrente devem ser registadas definitivamente sem dependencia de manifesto dos respectivos titulos, porque o manifesto faz-se do mutuo real e effectivo, e não do mutuo possivel e futuro, devendo fazer-se o manifesto quando se exigir judicialmente a divida.

Por decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de outubro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 295 do mesmo anno, se decidiu que os creditos provenientes de obras só verificada a condição de vencerem juros é que estão sujeitos a manifesto e ao pagamento da decima, por ser então que tomam a natureza do contracto de mutuo.

Tambem em officio da Direcção Geral das Contribuições Directas de 8 de março do mesmo anno, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 18, se declara que por despacho do ministro, do dia antecedente, não ha logar a decima de juros na compra e venda pela conservação do preço em poder do comprador, em quanto por esse facto elle não pagar juros.

É digno de ler-se um artigo publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 2, tendente a provar que, se os *rendimentos dos bens* dos conventos são exemptos de impostos, não são dispensados do pagamento de decima de juros os capitaes mutuados pelos conventos das religiosas.

Artigo 981.º

O conservador não póde recusar o registo por illegalidade de documentos, se essa illegalidade não constar de documentos tambem; e por isso não póde recusar o registo de uma escriptura pelo simples facto de presumir ou de lhe denunciarem que o contracto é simulado.

Tambem não deve recusar o registo de uma hypotheca só porque n'ella não interveio a mulher do que hypothecou; porque, com quanto a auctorisação da mulher seja necessaria para inteira validade da hypotheca, artigos 894.º, 1119.º e 1191.º; é certo que n'alguns casos só a mulher ou seus herdeiros são competentes para reclamarem contra a validade d'essa hypotheca, nos termos dos §§ 2.º e 3.º do citado artigo 1191.º

Tambem quando se tracta da transferencia de registos dos antigos livros das administrações de concelho para os novos livros das conservatorias não devem os conservadores recusar essa transferencia pelo facto de reputarem nullos os registos feitos sob o dominio da lei velha.

Artigo 992.º

A principio era muito questionado se para o cancellamento dos registos se exigiam documentos de egual força que para as inscripções; mas pela affirmativa está hoje decidido no artigo 144.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

Sustentam alguns que em vista das palavras — *provando ellas* —, usadas no artigo, tanto é obrigada a apresentar documento authentico para o cancellamento do registo a que interessa na conservação da inscripção, como a que interessa na sua extincção.

Não póde porém dar-se tal interpretação ao artigo, sem se julgar revogado com relação a este assumpto o principio de que a cada um é livre renunciar ao seu direito; e na practica os conservadores

estão dando baixa no registo das hypothecas pela simples declaração do credor.

Artigo 998.º

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu por quatro votos conformes em accordão de 16 de novembro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 287 do mesmo anno que, adjudicada a propriedade hypothecada ao credor para pagamento do seu credito, ficam extinctos, *pela confusão de direitos e obrigações*, o credito, a hypotheca e o registo, e que, reivindicado depois o predio da mão do adjudicatario, se desfaz a *confusão de direitos e obrigações*, e renasce a hypotheca com a sua data primitiva, sem necessidade de ter sido renovado o registo, cujos effeitos estiveram apenas suspensos, vistos os artigos 801.º e 1029.º do codigo.

A jurisprudencia do accordão porém é combatida com o fundamento de que na especie não houve confusão de direitos e obrigações nos termos do artigo 796.º, mas sim a compra e venda, ou a dação em pagamento, e que com a acção de reivindicação não podia renascer a divida que estava extincta, e com ella a hypotheca, artigos 1026.º n.º 1.º e 1027.º n.º 3.º, que nos termos do artigo 1029.º a hypotheca só renasce desde o *novo registo*, e que se o cancellamento é necessario pelo codigo para a extincção da hypotheca, não era assim pelo decreto de 26 de outubro de 1836.

Artigo 1007.º

Por sentença do juiz de direito de Mafra de 30 de junho de 1871, confirmada por accordãos da Relação de Lisboa de 12 de fevereiro de 1873, e do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1874, como tudo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 632, e 2.º anno, pag. 135, decidiu-se que o arrematante da renda de uma propriedade urbana em execução da fazenda nacional para pagamento de contribuições em divida prefere a quaesquer credores hypothecarios inscriptos mesmo antes da arrematação para se conservar na posse do predio até findar o tempo do arrendamento, porque ficou subrogado nos direitos da fazenda nos termos do artigo 348.º da Nov. Ref. Jud., e que a esta pertence pelos artigos 881.º, 885.º, 1008.º e 1021.º, o privilegio especial mobiliario na renda dos predios urbanos por creditos de impostos, qualquer que seja a importancia e proveniencia d'elles, porque a respeito d'este privilegio mobiliario não ha a limitação estabelecida no artigo 887.º, n.º 1.º, com respeito ao privilegio immobiliario; que o privilegio da fazenda nacional lhe dá preferencia sobre todos os outros credores privilegiados, especial ou geralmente; e que a arrematação, adjudicação ou transmissão de um predio não prejudica os privilegios mobiliarios especiaes que a esse tempo se acharem constituidos sobre fructos, rendas ou moveis do predio arrematado, adjudicado ou transmittido.

Artigo 1030.º

Tem sido largamente discutido na imprensa juridica e no foro se a nullidade dos contractos simulados em fraude e prejuizo da fazenda nacional póde ser arguida por esta ou pelas partes.

A Relação do Porto em accordão de 6 de agosto de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 31, decidiu que as partes contractantes não eram competentes para pedir a annullação e rescisão do contracto com o fundamento de ter sido ajustado com simulação e em prejuizo da fazenda nacional, fundando-se em que a Ord. liv. 1.º, tit. 78, § 14.º, e o alvará de 3 de julho de 1809, § 8.º, que estabeleciam essa doutrina, estavam revogados pelo codigo civil, artigos 1030.º e 1031.º, que só aos prejudicados com a simulação do contracto davam o direito de requerer a rescisão, visto o artigo 3.º da lei de 1 de julho de 1867, que sanccionou o mesmo codigo.

Em reforço d'esta opinião argumentam ainda alguns com o disposto no artigo 692.º do mesmo codigo, que não permitte aos contrahentes, que são conniventes em qualquer facto criminoso ou reprovado, o serem ouvidos em juizo ácerca de tal contracto, pelo principio de que a ninguem é licito allegar a sua propria torpeza.

Nós porém seguimos opinião contraria. Julgamos que o codigo civil não revogou as leis fiscaes, senão quando em casos determinados se refere expressa e positivamente a ellas, porque nos termos do artigo 3.º elle só regula os direitos e obrigações reciprocas dos cidadãos entre si como meros particulares, ou entre elles e o estado em questões de propriedade, ou de direitos puramente individuaes.

Foi no interesse do estado que se deu aos pactuantes a faculdade de requererem a rescisão do contracto por falta de pagamento dos direitos devidos á fazenda.

Tambem não obsta o artigo 692.º do codigo, que não é applicavel á especie da simulação do contracto em fraude dos direitos da fazenda, visto que essa fraude não foi o fim ou a causa do contracto, mas sim um incidente da convenção, e porque em todo o caso este artigo generico não prejudica as disposições das leis fiscaes.

Os empregados fiscaes, quando se lhes apresentar contracto que lhes levante suspeitas de fraude ou de simulação em prejuizo da fazenda, devem limitar-se a proceder á liquidação do valor, nos termos do artigo 8.º e seus §§, do regulamento de 30 de junho de 1870, e artigos 1.º e 2.º da lei de 13 de abril de 1874, sendo o escrivão de fazenda incompetente para conhecer da legalidade dos actos ou dos contractos que importam transmissão de propriedade, como determina o artigo 91.º do mesmo regulamento.

Tambem os empregados fiscaes podem promover a cobrança das mulctas, em conformidade dos artigos 106.º e seguintes do citado regulamento.

Em accordão de 28 de junho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 242, julgou a Relação do Porto que o procedimento criminal pelas mulctas não tem logar em quanto pelos meios ordinarios se não provar a simulação do contracto.

Reputâmos porém inadmissivel esta jurisprudencia da Relação. Uma cousa é a imposição da mulcta, outra cousa é a annullação do contracto.

Se tal doutrina vingasse, ou se havia de dar competencia á fazenda para requerer por si a annullação dos contractos, como simulados; ou o estado ficaria privado das mulctas quando as partes interessadas não viessem a juizo com a acção de simulação.

Nem se diga que o artigo 2507.º do codigo, não permittindo a prova testemunhal contra ou além do conteúdo em documentos authenticos, invalida esta doutrina, porque esse mesmo artigo exceptua o caso de serem arguidos de falsidade os documentos, e o artigo 2495.º, além

das faltas que especifica como causas de nullidade, salva as providencias a tal respeito estabelecidas por lei para casos especiaes, não podendo deixar de comprehender-se na generalidade d'esta excepção as nullidades previstas e comminadas na legislação fiscal.

Em accordão de 17 da março de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 120, de 30 de maio do mesmo anno, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que para se considerar simulado qualquer contracto é indispensavel que as partes, que n'elle outorgam, declarem ou confessem falsamente alguma cousa que na verdade se não passou, ou que entre ellas não foi convencionada.

Artigo 1046.º

Em accordão de 10 de maio de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 23, julgou a Relação do Porto que são responsaveis pelas custas os colonos demandados, que na contestação nomearam o seu senhorio, como responsavel na causa, mas que não requereram o seu chamamento para vir fallar a ella.

Nos artigos 321.º a 328.º regula o codigo de processo o chamamento á acção e á autoria. Póde o chamado á autoria requerer o chamamento de outra pessoa para o mesmo fim, e assim successivamente.

O chamamento á autoria precede os incidentes da suspeição e incompetencia; e o réo chamado á autoria não póde deduzir excepção de incompetencia com fundamento no seu domicilio.

Artigo 1047.º

Nos gastos que o evicto tem direito a exigir, nos termos do n.º 2.º d'este artigo, comprehende-se a multa em que tiver sido condemnado, ainda que seja exempta de a pagar a pessoa que tiver deixado de acceitar a autoria, codigo de processo, artigo 325.º

Artigo 1051.º

O codigo de processo regula no artigo 637.º a consignação em deposito requerida no caso do artigo 1584.º do codigo civil.

Artigo 1057.º

O casamento celebrado em Portugal entre mulher portugueza catholica e um extrangeiro em consulado extrangeiro é valido, não obstante o disposto nos artigos 1057.º, 1066.º, 1067.º, 1069.º e 1072.º a 1083.º, em quanto por acção ordinaria não for competentemente annullado; e não póde deixar de ser considerado impedimento para receber uma pensão só concedida a pessoa solteira.

Assim foi julgado em primeira e segunda instancia, e pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 5 de junho de 1875, como tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 341.

Artigo 1058.º

Parece mais razoavel a opinião dos que entendem que o preceito do artigo 1058.º, n.º 1.º, fallando de menores unicamente, abrange os menores não emancipados, não só em vista da disposição generica do artigo 305.º, mas sobre tudo porque os artigos 1059.º e 1060.º, destinados a estabelecer sancção penal contra os que celebram o casamento em contravenção ao disposto ao artigo 1058.º, não comprehendem os menores emancipados, e corrigem assim a generalidade do n.º 1.º do artigo.

O edicto do n.º 1.º do artigo 1058.º na parte em que abrangesse os menores emancipados seria inutil e illusorio, porque não tem sancção nem nos artigos 1059.º e 1060.º, nem em qualquer outro.

Em accordão de 28 de junho de 1876, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 698, julgou a Relação de Lisboa que o impedimento—*cultus disparitas*—não é impedimento dirimente, nem está comprehendido na Ord. liv. 4.º, tit. 92 pr., porque é, e tem sido muitas vezes dispensado pela egreja.

Artigo 1061.º

O regulamento do sello de 18 de setembro de 1873 estabelece na tabella annexa ao n.º 1.º, classe 8.ª, verba 6.ª, o imposto de 1$600 réis para o alvará de consentimento, ou auctorisação de paes, mães, tutores, ou do conselho de familia para casamento.

O consentimento dos paes ou dos avós para o casamento dos menores não depende de formalidade alguma judicial, e será prestado por meio de escripto assignado por elles, ou por outrem a seu rogo com testemunhas quando não podérem ou não souberem escrever, e em todo o caso authenticamente reconhecido nos termos do artigo 3436.º, § unico, assim como póde ser prestado o consentimento no acto do casamento, em presença das testemunhas que n'elle intervierem, codigo de processo, artigo 773.º

Se o casamento for auctorisado pelo conselho de familia, o juiz, em vista da deliberação do conselho, mandará passar alvará. E, se o conselho tiver deliberado que se faça escriptura antenupcial, não se passará o alvará sem que se apresente o traslado da escriptura celebrada com intervenção do curador dos orphãos, e a certidão do registo provisorio ou da apresentação, no caso de dote ou de hypotheca para segurança d'elle, cit. codigo, artigo 774.º

Artigo 1077.º

No artigo 600.º estabelece o codigo de processo os termos a seguir na justificação destinada a obter que se julgue improcedente algum impedimento opposto á celebração do casamento, nos termos do artigo 1078.º do codigo civil.

Artigo 1081.º

As testemunhas não podem fazer-se representar por procurador, como alguem já tem pretendido, porque não podem passar procura-

ção para serem representadas physica e moralmente no acto da celebração do matrimonio. Esta é tambem a doutrina do Concilio de Trento, e do decreto de 2 de abril de 1862.

Artigo 1087.º

O codigo de processo no artigo 43.º dá competencia aos tribunaes civis para practicarem os actos requisitados pelos tribunaes ecclesiasticos e para executarem as suas sentenças nos termos dos artigos 1087.º e 1088.º do codigo civil.

As execuções das sentenças proferidas pelos tribunaes ecclesiasticos têm por base a carta de sentença passada pelo tribunal competente, e correm no juizo do domicilio do executado, cit. codigo, artigos 21.º, § 4.º, n.º 3.º, e 800.º, § 3.º

Artigo 1093.º

Se for necessario providenciar a respeito dos filhos nos termos dos artigos 1093.º e 1094.º, annullado o casamento, proceder-se-ha nos termos do artigo 472.º do codigo de processo.

Artigo 1096.º

A lei de 17 de agosto de 1761 com relação aos casamentos de que tractava, tambem dispunha que os esposos podiam estipular, assim para a vida como para a morte, segundo até alli se practicava, sem a menor differença.

Por isso no direito velho sustentavam muitos que nos pactos antenupciaes era licito até alterar a ordem da successão.

A liberdade de estipulação porém é restricta aos *limites da lei*. Não póde pactuar-se contra o disposto nos artigos 643.º, 1103.º a 1105.º, 1108.º, e outros do codigo.

Porém a condição estabelecida em contracto antenupcial, de que a mulher quando passar a segundas nupcias perca o usufructo dos bens do marido, deve ser observada em toda a sua plenitude, porque nem é contraria a direito, nem aos bons costumes; e n'este sentido decidiu a Relação de Lisboa em accordão de 15 de fevereiro de 1870, publicado no jornal—*O Direito*, 2.º anno, n.º 22.

Em accordão de 13 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 232, julgou a Relação do Porto que as convenções antenupciaes, tanto por direito antigo como por direito moderno, não podiam ser alteradas por novo contracto depois de celebrado o casamento.

Em accordão de 21 de agosto de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 101, julgou a Relação de Lisboa que os pactos successorios celebrados em contracto antenupcial com relação a terceiros, que n'elle não intervieram, podem ser revogados até por testamento.

Por direito anterior era muito questionado se a simples estipulação de arrhas importava a incommunicabilidade de bens.

Nos termos do codigo porém é inquestionavel que a communicação dos bens tem logar sempre que não se estabeleçam pactos expressamente exclusivos d'essa communhão.

Artigo 1098.º

No regimen da communhão todos os bens adquiridos, ou a titulo gratuito, ou a titulo oneroso, pertencem egualmente a ambos os conjuges, artigo 1108.º; no regimen da separação de bens só se communicam os adquiridos por titulo oneroso na constancia do matrimonio, artigos 1125.º e 1126.º, salvo declaração em contrario.

E no regimen da separação de bens com exclusão dos adquiridos, bem como no regimen dotal, a quem pertencem, na falta de estipulação especial, os bens adquiridos na constancia do matrimonio por titulo oneroso?

Não preveniu o codigo esta hypothese. Julgam alguns que no silencio da lei devem pertencer exclusivamente ao marido, ainda que adquiridos com o rendimento dos bens da mulher, salva a terça parte que a esta pertence nos termos do artigo 1128.º do codigo; e fundam-se em que no regimen dotal só é obrigado o marido a entregar os bens proprios da mulher, artigo 1156.º e seguintes, e em que as regras relativas á restituição dos bens dotaes são egualmente applicaveis á restituição dos proprios da mulher, artigo 1165.º

Estes artigos porém não resolvem a questão. Mandam entregar á mulher o dote com os bens que direitamente lhe pertencerem, mas nada dispõem sobre o ponto—se lhe pertence ou não parte nos bens adquiridos por titulo oneroso com o seu rendimento na constancia do matrimonio.—

É certo que o regimen dotal, salvo estipulação em contrario, é regimen de separação, sem exclusão dos adquiridos, artigo 1221.º, e que os rendimentos dos bens não dotaes são communs, artigo 1153.º, como os rendimentos de quaesquer outros bens, artigo 1162.º

No regimen de separação com exclusão de communhão nos bens adquiridos o razoavel é pertencer a cada um dos conjuges o adquirido com o seu capital ou rendimentos proprios; e se não podér provar-se de qual dos dois conjuges era o capital com que se fez a acquisição, devem partilhar-se, como communs, os bens assim adquiridos.

Sempre que se estipula que são proprios de um dos conjuges todos os bens com que entra para o casal e todos os adquiridos, que ao outro não advenham por titulo gratuito, dá-se a *expressa declaração*, de que falla o artigo 1125.º

N'este caso tem aquelle conjuge direito exclusivo a todos os bens adquiridos por titulo oneroso, ainda mesmo que sejam obtidos com o rendimento dos bens proprios do outro.

A communicabilidade dos rendimentos de bens proprios, estabelecida nos artigos 1109.º § unico, 1130.º e 1153.º, não obsta a qualquer convenção em contrario, como bem se mostra dos artigos 1096.º e 1125.º No contracto antenupcial póde estipular-se tudo o que não se opponha ao disposto nos artigos 1103.º, 1104.º e 2042.º

Em accordão de 23 de junho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 36, julgou a Relação do Porto que a mulher casada por dote com communhão de adquiridos é obrigada a pagar a metade dos juros das dividas vencidos na constancia do matrimonio, ainda que ellas fossem contrahidas pelo marido antes do casamento.

ARTIGO 1104.º

Em accordão de 19 de julho de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 277, negou a Relação do Porto provimento ao aggravo interposto do despacho do juiz de direito de Penafiel, que decidiu que na ausencia do marido era a mulher a administradora dos bens do casal, se elle não tivesse dado procuração com poderes para cessar a administração da mulher.

ARTIGO 1109.º

1.º Em accordão de 21 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 339, julgou a Relação do Porto que os prasos de vidas nomeados em testamento antes da promulgação do codigo só tomavam a natureza de fateosins em poder do nomeado, ainda que o testador fallecesse já depois de promulgado o mesmo codigo.

Tambem aquelle tribunal decidiu em accordão de 7 de outubro do mesmo anno, e publicado no mesmo jornal, n.º 345, que os prasos, que eram de vidas antes da promulgação do codigo, se tornaram fateosins á data da mesma promulgação, e se communicaram entre os conjuges.

3.º Em accordão de 26 de janeiro de 1875, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 395, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que na propriedade dos bens, que o filho natural houve na herança paterna, succediam na vigencia da Ord. os irmãos, filhos naturaes dos mesmos paes, tendo a mãe contrahido nupcias com outro homem; e que esta só tinha direito ao usufructo por lhe ser applicavel a Ord. liv. 4.º, tit. 91, § 2.º

Opinião contraria seguiu, e com razão, a Associação dos Advogados de Lisboa, como se mostra da mesma folha e anno, pag. 98, 161 e 209.

Em virtude da Ord. dar aos paes binubos o direito de usufructo e a propriedade resoluvel dos bens dos filhos de anterior matrimonio, ainda que o pae fallecesse depois da promulgação do codigo, os bens herdados, antes da mesma promulgação, dos filhos de leito anterior passam aos irmãos germanos sem obrigação de pagarem contribuição de registo.

Os irmãos germanos não são porém n'este caso herdeiros necessarios. Se qualquer d'elles instituir herdeiro o pae binubo, fica este na posição de qualquer outro que fosse instituido sem obrigação de reservar as duas terças dos bens para os irmãos germanos do testador.

4.º O binubo com descendentes successiveis de anterior matrimonio não communica com o respectivo conjuge senão o terço dos seus bens, nos termos do artigo 1235.º, mas á sua morte os seus bens proprios e a meação são egualmente partilhados entre todos os filhos, sem separação de patrimonios para os filhos dos differentes leitos.

É a disposição expressa do artigo 1985.º; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 27 de agosto de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 272, revogando a sentença do juiz de primeira instancia que mandára entregar precipuas aos filhos do primeiro matrimonio as duas terças, que o binubo não communicára com o segundo conjuge.

É evidente que os binubos com filhos de anterior matrimonio, que

casaram antes da promulgação do codigo, não estão sujeitos ás restricções prescriptas no artigo 1235.º

Sustentam porém alguns que, dos bens havidos posteriormente á mesma promulgação da parte de seus parentes, não póde o binubo communicar nem dar ao consorte mais do que a terça, visto que a lei que regula o assumpto é a vigente ao tempo da abertura da herança.

Finalmente têm continuado os tribunaes a julgar que os bens desvinculados por falta de registo, nos termos da lei de 30 de julho de 1860, não se communicam com o conjuge do administrador, em poder de quem se tornaram livres e allodiaes.

Julgou n'este sentido o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 5 de maio de 1874, conforme se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 582, e a Relação de Lisboa em accordão de 2 de abril de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 27.

Em accordão de 1 de agosto de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 1, julgou a Relação de Lisboa que os direitos dos conjuges, que casaram antes da promulgação do codigo, com respeito á communicação dos bens, são regulados pela lei vigente ao tempo do casamento, ainda que a abertura da successão tenha logar na vigencia da lei nova.

Em accordão de 28 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, julgou a Relação de Lisboa que a prova da existencia de um irmão germano do fallecido para excluir o pae binubo da propriedade dos bens da herança incumbe ao que pretende que se abandone a regra geral da successão estabelecida no artigo 993.º, para se entrar na excepção fixada no artigo 1236.º

O pae binubo fica excluido da successão na propriedade dos bens do filho fallecido com irmãos germanos, nos termos do artigo 1236.º, ou os herdasse estando ainda viuvo, ou já depois de ter passado a segundas nupcias, o que bem se mostra das fontes do artigo, Ord. liv. 4.º, tit. 91, §§ 2.º e 4.º, e projecto do codigo civil hespanhol, artigo 801.º

Nós temos seguido sempre a opinião de que os bens desvinculados por falta de registo devem communicar-se entre os conjuges, em virtude dos principios juridicos que não admittem excepções á regra geral da communhão de bens, senão nos casos especialmente previstos nas leis, e porque não acceitâmos a doutrina de que a lei de 19 de maio de 1863 seja commentario á lei de 30 de julho de 1860. No entretanto a jurisprudencia dos tribunaes vae-se encaminhando no sentido opposto.

Appareceu na imprensa a opinião de que hoje não podia argumentar-se com vinculação de bens sem apresentar ao mesmo tempo a certidão de terem sido inscriptos no registo como vinculares.

É porém insustentavel similhante opinião. A lei de 30 de julho de 1860 regulou a prova da vinculação com respeito ao futuro, mas não alterou nem podia alterar a fórma de provar a existencia dos vinculos no preterito.

Por esta opinião não formariam os bens desvinculados por falta de registo classe especial, nem poderia dizer-se que eram incommunicaveis, visto que a não apresentação da certidão de registo tornava-os inteiramente livres e allodiaes, não havendo que discutir se tinham ou não sido vinculados.

A lei, obrigando ao registo para continuar a existencia dos vincu-

los, exige como fundamental o registo para prova de que os bens *continuaram a conservar* a natureza vincular; e até a lei de 19 de maio de 1863 no artigo 12.º resalvou expressamente as acções intentadas ou que houvesse direito a intentar em virtude da legislação anterior sobre vinculos.

Em conformidade d'esta nossa opinião decidiu quasi por unanimidade a Associação dos Advogados de Lisboa, declarando em sessão de 7 de janeiro de 1874, que o registo creado pela lei de 30 de julho de 1860 era indispensavel para affirmar que os bens depois d'elle continuaram a ser vinculados, mas não para demonstrar que em outra epocha o tinham sido, como se mostra da *Gazeta* da mesma Associação, 1.º anno, pagg. 132, 209, 225 e 241.

No mesmo sentido julgou o decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 29 de julho de 1871, como se mostra do seguinte considerando: «Considerando que não é fundada a allegação da junta, quando pretende contestar a natureza vincular dos bens, por não ter sido apresentada a certidão do respectivo registo, como exigia o artigo 36.º da carta de lei de 30 de junho de 1860, pois que não se tracta n'este caso das condições necessarias para a *conservação* dos vinculos, mas unicamente do facto da transmissão de bens que tenham aquella natureza» etc.

Em accordão de 1 de agosto de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 245 do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que é inepto o libello em que se pede que sejam excluidos do vinculo certos bens que se acham registados como vinculados, sem se pedir ao mesmo tempo a annullação do registo.

Os dois annos marcados na lei de 30 de julho de 1860 para o registo dos vinculos contavam-se desde a publicação do decreto que organisasse o registo, o qual só se publicou em 19 de janeiro de 1861, e ainda desde o dia em que no respectivo districto se organisasse o respectivo serviço.

Salvos os casos estabelecidos nos artigos 7.º e 8.º da citada lei de 30 de julho de 1860, em que era condição indispensavel um processo para a abolição definitiva dos vinculos, segundo os artigos 15.º e 23.º, em todos os mais, como nas especies dos artigos 1.º, 4.º, 6.º e 9.º, a abolição produzia desde logo o seu effeito, independentemente de qualquer processo, salvo quanto a esta ultima hypothese o decorrerem os dois annos marcados para o registo.

O systema do decreto de 4 de abril de 1832 era outro. Ficava a abolição do vinculo em todos os casos dependente de processo, porque no artigo 1.º, referindo-se á abolição por falta de rendimento, dizia—*serão abolidos*—, e no artigo 14.º declarava que o effeito da abolição, mesmo em consequencia da falta de rendimento prevista no artigo 1.º, começava desde o despacho do primeiro requerimento, em que ella fosse pedida, para que os herdeiros do actual administrador, fallecido antes da sentença, podessem proseguir na causa, e, julgada procedente a abolição, serem os bens considerados como allodiaes desde a epocha da morte do ultimo administrador.

A lei de 30 de julho de 1860 pelo contrario diz terminantemente no artigo 4.º que os vinculos *ficam abolidos*, e no artigo 12.º que os bens ficam *desde já* livres e allodiaes.

E, se assim não fôra, equiparada como é a abolição por falta de rendimento á abolição por falta de registo, seguir-se-ia que a maior parte dos vinculos ficavam subsistindo até á publicação da lei de 19 de maio de 1863, que abolliu mesmo aquelles que se achavam já registados.

Artigo 1113.º

O codigo, garantindo as mulheres contra o espirito dissipador, ou contra a imprevidencia dos maridos, acabou com a contradicção que havia na lei antiga, pela qual o marido não podia alienar sem outorga da mulher bens immobiliarios, e ao mesmo tempo podia só por si contrahir dividas que responsabilisavam e levavam á venda em hasta publica esses mesmos bens.

A disposição do artigo 1114.º, que parece referir-se só ás dividas contrahidas de novo, é egualmente applicavel, por analogia, ao reconhecimento de dividas, judicial ou extrajudicial, porque tão prejudicado é o casal com o facto de o marido contrahir dividas, como com o facto de elle reconhecer, como verdadeiras, dividas já contrahidas.

Uma conciliação celebrada antes da promulgação do codigo civil em que o marido só por si confessou a existencia da divida e da obrigação, é hoje exequivel contra os bens communs do casal.

Continua a ser muito discutido na imprensa juridica se o homem casado, que é commerciante, carece de auctorisação da mulher para obrigar os bens communs com a acceitação de letras.

Reputam alguns desnecessaria esta licença, porque entendem que o codigo civil não revogou a lei commercial, ficando assim de pé o artigo 1231.º do codigo de commercio, em virtude do qual o commerciante póde por si só obrigar os bens communs do casal sem o concurso da mulher; e porque julgam que as transacções commerciaes ficariam sujeitas ás maiores difficuldades se o negociante a cada letra que tivesse de assignar fosse obrigado a ir buscar a assignatura da mulher para sujeitar os bens communs á responsabilidade contrahida.

Nós porém, sem embargo de concordarmos em que o codigo civil não revogou a legislação commercial, salvo nos casos em que essa revogação é expressa e especial, entendemos que o regimen matrimonial dos bens está sujeito á legislação civil, e que a fortuna da mulher está ao abrigo do artigo 1114.º do codigo, não obstante quaesquer disposições do direito commercial em contrario.

Em accordão de 18 de julho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 271, julgou a Relação do Porto que as relações civis da mulher no estado do matrimonio são reguladas pelo artigo 1114.º do codigo civil, e que não podem entender-se limitadas pela legislação commercial, senão quando a mulher expressa e voluntariamente se sujeitou ás leis do commercio em razão da sua profissão habitual de commerciante.

Em accordão de 24 de outubro do mesmo anno, publicado na citada folha, n.º 293, julgou a Relação do Porto, que pelas dividas contrahidas pelo marido antes da vigencia do codigo civil sem auctorisação da mulher podem ser executados os bens communs, mesmo depois da promulgação do referido codigo; que se as dividas foram contrahidas depois da promulgação do codigo, rege o artigo 1114.º; e que é ao auctor, e não á mulher casada, que incumbe provar que as dividas contrahidas pelo marido sem outorga d'ella foram invertidas em proveito do casal.

Em accordão de 27 de maio de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 33, julgou a Relação de Lisboa que o conjuge

não culpado no crime commettido pelo outro conjuge não é responsavel pela dívida proveniente d'esse crime.

Sustentam alguns que os artigos 1129.º n.º 3.º e 1198.º se referem a obrigações *civis* e a *auctorisação especial*, e não alteraram o disposto no artigo 24.º do codigo de commercio com respeito á responsabilidade de bens pelas obrigações da mulher casada, commerciante com a geral auctorisação do marido, qualquer que seja a fórma do casamento; e que assim a mulher auctorisada pelo marido para commerciar, no casamento por separação de bens, não só sujeita ás obrigações do seu trafico os bens proprios, como estabelece o artigo 1129.º, n.º 3.º do codigo civil, mas tambem os direitos em que tenha communhão, nos termos do artigo 24.º do codigo commercial, que, sendo casada com *simples communhão de adquiridos*, não responsabilisa os *proprios* do marido, como parece inculcar o artigo 1198.º, e que, sendo casada por *contracto dotal*, responsabilisa, além dos proprios e dotaes, os *communs d'ella e do marido*, apesar de parecer que o artigo 1198.º exime o marido de *toda* a responsabilidade quanto a obrigações contrahidas pela mulher com auctorisação d'elle n'esta fórma de casamento.

Dizem que nas palavras por nós escriptas a pag. 109 do vol. 3.º —o artigo 1198.º, apesar da sua collocação, não se refere só ás obrigações (da mulher) *contrahidas por actos commerciaes*, mas ás obrigações resultantes de quaesquer actos auctorisados pelo marido— inculcâmos que a mulher casada auctorisada pelo marido para commerciar, quer seja casada segundo o costume do reino, quer por *separação de bens*, ou por contracto dotal, ou por communhão de adquiridos, responsabilisa os bens do marido e os communs pelas obrigações contrahidas no seu trafico mercantil, nos termos do artigo 1198.º do codigo civil e correlativos, e não nos termos em que o artigo 24.º do codigo de commercio estabelece a responsabilidade pelas obrigações da mulher commerciante com auctorisação do marido, qualquer que seja a fórma do casamento.

E accrescentam que, quanto á responsabilidade dos bens do marido pelas obrigações da mulher commerciante por elle auctorisada para exercer commercio, quando o casamento tenha sido celebrado segundo o costume do reino, não alterára o codigo civil o que se achava estabelecido no artigo 24.º do codigo de commercio, não sendo por isso applicaveis a esta especie as disposições dos artigos 1113.º e 1198.º do codigo civil, e que a mesma doutrina deve seguir-se qualquer que seja a fórma do casamento.

As razões expostas na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 385, para demonstrar que os bens dotaes continuam a responder pelas dividas commerciaes da mulher casada que exerce commercio com auctorisação do marido, não nos demovem da opinião em contrario que sustentamos.

Devemos apenas accrescentar que os bens dotaes da mulher casada, que exerce commercio, só são irresponsaveis pelas dividas por ella contrahidas no seu trafico mercantil, quando n'elles se reunirem todas as condições indispensaveis para o dote produzir effeitos com relação a terceiros, para o que é indispensavel que esteja registado sobre os bens o onus real do dote, salvo quando por disposição especial de lei estiver dispensado ou não for admittido esse registo.

Porém a mulher auctorisada pelo marido para exercer commercio não póde responsabilisar os bens proprios do marido pelas obrigações resultantes do seu trafico mercantil, apesar de o artigo 1113.º, § 1.º, declarar communicaveis as dividas contrahidas pela mulher com auctorisação do marido, porque esta auctorisação é de certo a auctorisação *especial* dada para cada um dos actos que a mulher houver de praticar, e não a auctorisação geral para commerciar.

As dividas contrahidas pela mulher commerciante antes da celebração do casamento são reguladas pelo disposto nos artigos 1110.º a 1112.º

O marido commerciante em caso nenhum responsabilisa os bens proprios da mulher pelas dividas que contrahir, nem mesmo os bens communs, não provindo vantagem ao casal d'essas dividas ou operações de commercio.

São os embargos de terceiro o meio competente para a mulher se oppôr ás penhoras feitas nos bens communs por dividas e responsabilidades em que ella não outorgou?

No sentido affirmativo julgou a Relação de Lisboa em accordãos, de 3 de julho de 1872, de 23 de janeiro de 1873, e de 6 de maio de 1874, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 293, e no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.ºs 29 e 30; e a Relação do Porto em accordão de 23 de dezembro de 1873, publicado no mesmo jornal, 6.º anno, n.º 8, de que o Supremo Tribunal de Justiça não conheceu, como se vê do accordão de 15 de junho de 1875, proferido nos autos de revista n.º 14:983.

No sentido negativo julgou a Relação de Lisboa por tres votos contra dois em accordão de 7 de outubro de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 41.

Os que seguem a opinião de que os embargos não são meio competente para a mulher se oppôr á execução nos bens communs por dividas contrahidas sem a sua outorga, fundam-se em que o artigo 1114.º do codigo, firmando e definindo o direito da mulher com relação a essas dividas, não faz a mais leve indicação com respeito aos meios de que ella deve usar para fazer valer o seu direito, deixando portanto este assumpto dependente da lei de processo; que não póde tirar-se argumento do preceito do artigo 1230.º, que marca os embargos para um caso especial, que não póde ampliar-se, vista a disposição terminante do artigo 11.º; que para deduzir esses embargos na execução é preciso ser terceiro; e que a mulher do executado fórma com o marido uma e a mesma pessoa.

Similhante jurisprudencia porém é insustentavel. Tendo a mulher *posse* nos bens communs nos termos do artigo 1117.º do codigo, e considerando-a a lei *terceiro* a respeito das dividas contrahidas pelo marido sem a sua outorga, é evidente que ella póde deduzir embargos nas execuções promovidas nos bens communs em razão d'aquellas dividas, com fundamento no artigo 635.º da Nov. Ref. Jud.

Esta nossa doutrina acha-se demais auctorisada pelo Supremo Tribunal de Justiça que em accordão de 26 de maio de 1874 negou a revista interposta contra o accordão da Relação de Lisboa, acima referido, de 23 de janeiro de 1873, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 250, 269 e 271.

A mulher casada póde embargar de terceiro, sem necessidade de auctorisação do marido, quanto aos seus bens dotaes ou proprios, e tambem nas hypotheses dos artigos 1114.º § 4.º e 1230.º do codigo civil, codigo de processo, artigo 924.º

O proprio executado póde deduzir embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo titulo da sua acquisição ou pela qualidade em que os possuir, não estiverem sujeitos á execução, cit. codigo, artigo 923.º

A douta tenção publicada no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 2,

pag. 29, viu contradicção entre a doutrina sustentada a pag. 120, que põe a cargo da mulher a prova da necessidade e do valor dos alimentos, e a approvação pag. 124 da jurisprudencia consignada n'um accordão da Relação do Porto, que põe a cargo do credor a obrigação de provar que o emprestimo feito por letra foi empregado em proveito commum do casal para serem julgados improcedentes os embargos oppostos pela mulher do devedor.

Não existe porém similhante contradicção, porque as hypotheses são differentes.

Os tribunaes civis são os competentes para conhecerem da acção proposta pelo marido contra a mulher, depois de separada judicialmente, para ella lhe pagar ametade das dividas contrahidas antes da separação por titulo commercial e que ella negou no inventario, pois que os tribunaes commerciaes só seriam competentes para conhecer da acção; fundada em obrigações commerciaes, se ella fosse intentada pelos credores originarios contra o marido e a mulher.

Assim julgou com razão a Relação de Lisboa em accordão de 9 de outubro de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 16.

A mulher póde invocar os preceitos do artigo 1114.º, ainda mesmo que o credor seja o estado ou alguma corporação publica, porque estas entidades, quanto ao exercicio dos direitos civis, estão no mesmo caso que os particulares.

Artigo 1118.º

Em vista do preceito consignado nos artigos 1119.º e 1191.º, nos inventarios em que se tractar de bens immobiliarios é tambem indispensavel a intervenção da mulher.

Em accordão de 11 de março de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 25, julgou a Relação de Lisboa, que o marido não póde fazer arrendamento que importe onus real sobre o predio sem consentimento da mulher, com o fundamento de que nos termos do artigo 1119.º a nenhum dos conjuges é permittido obrigar por qualquer fórma os bens immobiliarios do casal sem consentimento do outro.

O marido não póde estar em juizo sem outorga da mulher ou supprimento judicial, sobre bens immobiliarios, ou a questão tenha por objecto propriedade perfeita ou alguma das propriedades imperfeitas especificadas no artigo 2189.º

Por isso julgou a Relação do Porto em accordão de 20 de dezembro de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 10, que a mulher do embargado, que depois do embargo de obra nova continuava na obra, deve ser citada para os artigos de attentado, não bastando a citação, quando os artigos estão já contestados.

Em accordão de 10 de maio de 1873, publicado no mesmo jornal e anno, n.º 29, julgou a Relação de Lisboa que em vista dos artigos 1191.º e 1193.º do codigo civil, e do disposto na Ord. liv. 3.º, tit. 47, § 5.º, não póde supprir-se judicialmente a outorga da mulher sem audiencia d'esta, e que na segunda instancia não podia supprir-se aquella falta.

Em accordão de 26 de fevereiro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 246, julgou a Relação do Porto que a nullidade resultante da falta de outorga da mulher para o marido estar em juizo ficava sanada se elle apresentasse certidão de estar separado d'ella de pessoa e bens, ainda quando ao tempo da instauração da acção o não estivesse.

Em accordão de 4 de agosto de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 206, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que nas questões de *servidão*, como questões de propriedade ou posse de bens immobiliarios, não póde um dos conjuges estar em juizo sem auctorisação do outro, ainda que se achem judicialmente separados de pessoas e bens, visto o artigo 1216.º, e o preceito generico do artigo 1191.º

Tambem a Associação dos Advogados de Lisboa deliberou em conferencia de 29 de julho de 1874, como tudo se mostra a pag. 657.º e 689.º da respectiva *Gazeta*, que mesmo para a alienação dos bens immobiliarios adquiridos posteriormente á separação é preciso o consentimento do outro conjuge ou supprimento judicial, podendo todavia esta regra soffrer excepcionalmente a modificação estabelecida no § 2.º do artigo 1191.º

A lei antiga, Ord. liv. 4.º, tit. 48, só permittia ao marido ou seus herdeiros o direito de annullar a alienação de bens immobiliarios, feita sem outorga da mulher, quando para isso désse consentimento a mulher ou seus herdeiros.

Pelo codigo, artigo 1191.º, póde ser annullada a alienação de bens immobiliarios communs, feita sem outorga da mulher, a requerimento d'ella ou de seus herdeiros, ou dos herdeiros legitimarios do marido.

Entendem alguns que a mulher póde requerer o supprimento do consentimento do marido para contrahir dividas, artigo 1193.º, ou para alienar bens immobiliarios, artigo 1119.º

Cremos porém que ella só póde exercer esta faculdade, achando-se o marido ausente ou impedido, artigo 1116.º, porque, estando elle na posse da administração do casal, não póde ella exercer por si actos de administração.

Em accordão de 5 de dezembro de 1873 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados*, de Lisboa, 1.º anno, pag. 197.º, que os bens dotaes não respondem pelas dividas contrahidas pelo marido, embora na constancia do matrimonio, podendo por isso a mulher oppôr-se á execução por embargos de terceiro, vista a Ord. liv. 4.º, tit. 60.

O direito de reivindicação dos bens immobiliarios dotaes, que o artigo 1150.º do codigo dá á mulher, deve entender-se restricto ao caso de ter sido registado o dote, antes do registo da transmissão, como bem se mostra do systema geral do codigo, e especialmente dos artigos 929.º, 930.º, 968.º e 971.º

A desharmonia entre estes artigos e o artigo 1150.º provem de no projecto primitivo não se admittirem a registo senão as hypothecas, pelos dotes, e não os dotes, como se mostra dos artigos 972.º a 1066.º; e tanto que o artigo 992.º, correspondente ao artigo 906.º do codigo apenas dava á mulher direito de hypotheca sobre os immoveis do marido pelo importe do dote em numerario ou em moveis estimados e pelas damnificações por elle feitas nos moveis dotaes, podendo assim a mulher ou seus herdeiros a todo o tempo reivindicar de terceiros os bens dotaes immobiliarios, independentemente de registo, ao qual não estavam sujeitos.

Por isso tambem a commissão revisora deixou, por menos reflexão, no artigo 1151.º a obrigação ao marido de indemnisar os adquirentes dos bens dotaes, a quem não declarou a natureza d'elles, ainda mesmo que esteja registado o onus dotal.

No artigo 484.º marca o codigo de processo os termos a seguir na

acção para obter o supprimento do consentimento em geral. O modo como o conjuge ha de fazer supprir o consentimento do consorte, que está interdicto, é regulado no artigo 486.º, onde se estabelece que a venda de bens, ainda que sejam immobiliarios, não depende de hasta publica.

Artigo 1122.º

Nos casamentos com separação de bens descrevem-se no inventario, por morte de um só os bens d'este: não ha necessidade de descrever os bens do sobrevivo, que não têm de ser partilhados, nem encabeçados.

Artigo 1135.º

Com a morte do marido ou da mulher acabou o privilegio dos bens, que dura só na constancia do matrimonio..

Os privilegios, de que a legislação commercial cerca o dote, só têm logar, achando-se o dote constituido nas condições prescriptas na legislação civil.

A Relação do Porto julgou tambem em accordão de 3 de agosto de 1869, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 110.º, que os privilegios dotaes são por sua natureza restrictos, devendo presumir-se em caso de duvida que o casamento foi contrahido segundo o costume do reino, e não conforme o regimen dotal, e que a clausula de reverterem os bens de cada um dos conjuges, na falta de filhos, para os respectivos herdeiros não prejudica este principio, porque é usada nos casamentos por communhão, como no regimen da separação.

Artigo 1137.º

Se por qualquer circumstancia a dotada entrar de posse de bens proprios que lhe advenham durante a constancia do matrimonio, e deixar de fazer-se dentro dos seis mezes a especificação ordenada no § unico do artigo 1137.º, não por culpa d'ella, mas por culpa da auctoridade publica, ou por outras circumstancias independentes da sua vontade, nem por isso entram os bens na communhão.

Póde o marido inverter em bens proprios, que ficam sendo dotaes da mulher, o dinheiro que ella receber no dote, em conformidade do artigo 1140.º, porque não se consideram vendas prohibidas entre casados a cessão ou dação em pagamento feita pelo conjuge devedor ao seu consorte, artigo 1564.º, § unico; ficando porém este acto sujeito ao imposto da contribuição de registo por titulo oneroso, por ser comprehendido no § 6.º do artigo 7.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

Artigo 1147.º

Segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 233, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 6 de novembro de 1874, que pela legislação anterior se calculava a terça, para o effeito da collação ou da reducção das doações, em relação ao tempo da morte do testador.

Em accordão de 19 de junho de 1874 julgou o mesmo tribunal,

segundo se declara na mesma folha 1.º anno, pag. 636, que antes da vigencia do codigo civil se calculava a terça com relação á somma dos bens existentes no patrimonio do auctor da herança ao tempo da sua morte, sem attenção aos valores trazidos á collação que eram tidos em conta só para o computo das legitimas.

Egual doutrina seguiu a Relação de Lisboa em accordão de 13 de julho de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 27.

Pelo codigo faz-se o calculo da terça em todos os casos segundo as regras estabelecidas no artigo 1790.º

Da redacção das notas aos artigos 1147.º e 1790.º parece deprehender-se que n'aquella sustentámos que a terça é calculada em todos os casos e para todos os effeitos segundo as regras estabelecidas no artigo 1790.º, e que n'esta admittimos o processo ordenado no artigo 1790.º para calcular a terça unicamente quando se tracta da reducção das doações.

Effectivamente as circumstancias de não se achar marcado o processo para o computo da terça senão no artigo 1790.º, de este artigo se achar collocado sob a secção que tem por epigraphe — da legitima e das disposições *inofficiosas* —, e d'o mesmo artigo se referir ao calculo da terça *para o effeito da reducção*, fazem bastante duvida.

Egual duvida houve egualmente por muito tempo na jurisprudencia franceza por causa do artigo 922.º, fonte do citado artigo 1790.º do nosso codigo, que tambem está collocado na secção que tracta da reducção das doações por inofficiosas.

N'aquelle paiz porém fixou-se a final a jurisprudencia no sentido de que a terça se computava sempre do mesmo modo, ou tivesse de ser calculada para o effeito da reducção das doações por inofficiosas, ou para satisfação dos legados que entram na quota disponivel do testador.

Entre nós deve observar-se a mesma jurisprudencia, vistos os preceitos dos artigos 2098.º e 2111.º, que esclarecem e completam o artigo 1790.º Não ha duas quotas disponiveis, uma para o caso de o auctor da herança ter excedido a sua quota, e outra para o caso em que elle doou ou legou precisamente essa quota.

O modo de calcular a terça é sempre o mesmo: os effeitos é que são differentes segundo a terça é calculada para a reducção das doações, ou para a collação dos bens doados.

Assim o calculo para a reducção das doações é puramente ficticio, é só para descobrir *o quantum* da mesma terça, e para verificar se as liberalidades do testador offendem as legitimas. Mas calculada a terça, nem por isso o legado ha de ser pago por todos os bens existentes e doados, mas só pelos que formavam a herança á morte do seu auctor, vistos os artigos 1493.º a 1496.º, assim como não podem prevalecer-se os credores da reunião dos bens existentes no patrimonio do auctor da herança com os doados para serem pagos dos seus creditos.

O computo da terça pois para o effeito da reducção das doações é puramente ficticio, é uma operação de mero calculo para achar a quota disponivel do testador, e para ver até onde ha de ir a reducção.

O calculo da terça nas collações é feito do mesmo modo, mas tem por fim restituir á massa em substancia ou em valor, artigos 1499.º, 1500.º e 2107.º, os bens doados para a egualação da partilha.

Póde talvez dizer-se que as palavras — *para o effeito da reducção* —, empregadas no artigo 1790.º se contrapõem a est'outras — *para o effeito da partilha* —.

A terça calcula-se do mesmo modo, ou seja necessario reduzir as doações, ou estas caibam na quota disponivel do testador e se tracte apenas da liquidação da legitima e da terça entre os herdeiros legitimarios e os legatarios ou herdeiros da terça, quaesquer que estes sejam.

O artigo 1790.º só poderia levar á conclusão contraria por argumento *a contrario sensu*, se não tivesse correctivo nos artigos 2098.º e 2111.º, que são claros a este respeito.

O sr. Seabra, na resposta que deu as observações do sr. dr. Paes a pag. 104, declara que seguiu o direito francez.

Em conformidade d'esta mesma doutrina opinou a Associação dos Advogados de Lisboa em conferencia de 3 de março de 1875, como póde ver-se na respectiva *Gazeta*, 2.º anno, pag. 273, 321 e 337.

Nas doações consummadas antes da promulgação do codigo civil, e em que é preciso fazer a reducção depois da promulgação do mesmo codigo por haver fallecido o doador na vigencia da lei nova, computa-se a terça tambem nos termos indicados no artigo 1790.º do codigo.

N'este sentido julgou a Relação do Porto por tres votos contra um em accordão de 6 de fevereiro de 1874, que foi revogado sobre embargos, tambem por tres votos contra um, por accordão do mesmo tribunal de 11 de junho de 1875, em que intervieram differentes juizes, como tudo póde ver-se no processo de revista n.º 15:625.

A jurisprudencia do segundo accordão, aliás fundada em que a doação, sendo acto consummado sob o imperio da lei velha, em harmonia com esta devia ser conferida, parece-nos insustentavel.

A doação em si é acto consummado, e por isso, quanto á sua validade ou nullidade, ha de ser regida pela legislação vigente ao tempo em que se effectuou. A *collação* da mesma doação porém, que só é feita á morte do doador, ha de ser regulada pela lei então vigente.

A opinião contraria, além de condemnada pelos principios geraes de direito, dava o absurdo de se estabelecerem differentes criterios para o computo da terça, quando houvesse a ratear differentes doações feitas, umas sob o dominio da lei velha, e outras sob o dominio da lei nova.

No entretanto foi negada a revista interposta contra o accordão de 11 de junho de 1875 pelo Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordão de 7 de julho de 1876.

Em accordão de 7 de outubro de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 9, julgou a Relação de Lisboa que não entrava no computo da terça, que o inventariado deixára á sua viuva, com quem fôra casado em segundas nupcias, a ametade dos dotes que elle fizera aos filhos do anterior matrimonio, e que vinha agora á collação, não obstante o disposto no artigo 2098.º, porque a especie é regida pelo artigo 1235.º, applicavel á terça do conjuge binubo com filhos de anterior matrimonio.

Artigo 1149.º

A mulher casada no regimen dotal póde doar ao marido bens proprios ou communs, como lhe permitte o artigo 1178.º, ficando os bens doados proprios do marido em conformidade do disposto no artigo 1183.º

Mas dos bens dotaes não póde ella fazer doação ao marido, porque não póde dispor d'elles senão nos casos taxativamente prescriptos

no artigo 1149.º Com excepção d'estes sete casos reputam-se os bens dotaes fóra do commercio por disposição da lei, artigo 671, n.º 1.º

Se á mulher fosse licito dispor dos bens dotaes em doações a favor do marido, para elle depois os alienar a seu arbitrio, facilmente podiam ser illudidas pelos conjuges todas as disposições consignadas na lei para garantir a estabilidade do dote.

Os bens immobiliarios dotaes só podem ser alienados para alimentos de familia, quando d'outro modo se não podér prover a esses alimentos; e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de outubro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 422.

Sustentam alguns que os privilegios dotaes não terminam pela separação judicial de pessoas e bens, mas simples e unicamente pela dissolução do matrimonio.

É digna de ler-se a discussão, que teve logar na Associação dos Advogados de Lisboa em conferencia de 21 de junho de 1876, como se mostra da respectiva *Gazeta*, 3.º anno, pag. 466, sobre a questão — se os bens dotaes perdem ou não esta natureza com a separação judicial de pessoas e bens, readquirindo-a no caso de se restabelecer a mesma sociedade.—

Nos artigos 601.º a 610.º determina o codigo de processo os meios a seguir para a alienação dos bens dotaes, estabelecendo providencias utilissimas.

A alienação ha de ser requerida pela mulher. O marido não póde requerel-a senão nos casos previstos em os n.ºs 2.º e 4.º do artigo 1149.º do codigo civil.

A alienação para alimentos de familia não póde ser auctorisada senão para alimentos dos conjuges ou dos seus descendentes ou ascendentes que residirem com elles, e que pela sua edade ou doença não podérem adquirir meios de subsistencia.

Pelas subrogações de bens dotaes não são devidos direitos de mercê, porque não são actos de graça, mas de administração de justiça, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 28 de outubro de 1876, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 674.

Artigo 1162.º

Já na imprensa juridica e no foro se tem sustentado que nos casamentos por dote, celebrados depois da promulgação do codigo civil, os adquiridos são todos do marido, sem embargo do disposto no artigo 1156.º, que manda entregar á mulher, ou a seus herdeiros, além do dote, *quaesquer outros bens que direitamente lhes pertencerem*, porque o artigo 1162.º manda partir só os *fructos pendentes e rendimentos* do ultimo anno, e porque, pesando as dividas sobre o marido, deve este em compensação ter direito aos adquiridos.

Porém nem o preceito do artigo 1162.º, que regula *exclusivamente* a partilha dos rendimentos do ultimo anno, nem o artigo 1149.º n.º 3.º, que não põe as dividas só a cargo do marido, podem levar-nos a similhante conclusão, desde que a regra geral é a communhão, que não admitte excepção que não seja expressa em lei, ou nas estipulações das partes. Os adquiridos por titulo oneroso no regimen dotal são communs, salva declaração expressa em contrario na convenção antenupcial. O mesmo era já por direito velho.

ARTIGO 1169.º

Dizem alguns que o artigo 1501.º não se refere ás doações entre esposados, quando o doador tivesse ao tempo da doação herdeiros legitimarios que lhe sobrevivessem, porque ficaria em contradicção com o artigo 1167.º, nem ás doações feitas por terceiros aos esposados, que o artigo 1175.º sujeita ás disposições sobre inofficiosidade, ainda mesmo que esses terceiros sejam ascendentes, cujas doações estão comprehendidas nos artigos 1492.º e seguintes, e n'alguns casos no artigo 2098.º; e que portanto só abrange as doações entre esposados, quando o doador, não tendo ao tempo da doação herdeiros legitimarios, venha depois da doação a ter descendentes com direito a legitima, sendo assim um corollario do disposto nos artigos 1166.º e seguintes.

Outros insistem ainda na opinião de que o artigo 1501.º não decreta a inviolabilidade *absoluta* das doações para casamento, nem é restrictamente applicavel ao artigo 1167.º, nem ao caso de superveniencia de filhos, mas que só determina a inviolabilidade *relativa* da doação para casamento, de modo que se esta não exceder a terça do doador fica subsistindo por inteiro, e todas as outras reduzidas nos termos dos artigos 1495.º e 1496.º, até ficarem salvas as legitimas dos herdeiros do doador.

Ainda que o testador tenha herdeiros legitimarios ao tempo da feitura do testamento, ou lhe advenham depois, se não lhe sobrevivem, em nada affectam a disposição do testamento, que na *fórma interna* é apreciado segundo a lei e as circumstancias existentes ao tempo da morte do testador.

Os menores sujeitos ao patrio poder podem acceitar doações, ainda onerosas, com simples auctorisação dos paes, nos termos do artigo 1478.º, e debaixo da responsabilidade d'estes. O artigo 224.º, n.º 17, que exige auctorisação do conselho de familia para a acceitação das doações feitas aos menores, é applicavel ao tutor e não aos paes, que só carecem de licença para obrigar, hypothecar ou alienar os bens dos menores, nos termos dos artigos 150.º e 274.º

Em accordão de 25 de junho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 168, de 29 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a allegação vaga de se ter exercido pressão moral sobre o doador para haver a doação não póde legitimar a rescisão da respectiva escriptura publica, devidamente insinuada, e que os factos do donatario nunca mais visitar o doador, nem d'elle querer saber, depois de feita a doação, retirando-lhe até de casa um neto que elle muito estimava, e dando-lhe outros desgostos publicos, não fundamentam a revogação da doação por ingratidão nos termos da Ord. liv. 4.º, tit. 63, que não póde ser entendida extensivamente, porque contem materia penal.

Tambem a Relação de Lisboa julgou em accordão de 13 de dezembro de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 3.º anno, n.º 14, que a revogação da doação por ingratidão não procedia por direito anterior sem se allegar e provar alguma das causas especificadas na Ord. liv. 4.º, tit. 63.

ARTIGO 1170.º

Se são dois os doadores (como pae e mãe, por exemplo) de bens para casamento, a sobrevivencia de um ao donatario e a todos os descendentes d'este não obsta a que os bens do outro se transmittam aos herdeiros do respectivo donatario.

ARTIGO 1174.º

As doações por morte, ou se attenda ao artigo 1457.º do codigo, ou ao artigo 1517.º do projecto primitivo, sua fonte, não representam acto ou fórma distincta do testamento. Aquelles artigos significam apenas que as doações *mortis causa*, reconhecidas entre nós desde seculos, acabaram com o codigo.

Não reputamos porém nullidade o simples facto de o donatario, herdeiro, ou legatario, intervirem na doação ou testamento, acceitando a doação, herança, ou legado, visto não ser considerado nullidade nos artigos 1911.º e seguintes do codigo.

A Relação de Lisboa julgou em accordão de 23 de outubro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 333, que as doações *causa mortis*, feitas em contracto de casamento, são irrevogaveis visto o artigo 1457.º, § unico.

ARTIGO 1184.º

Nos artigos 665.º e 666.º estabelece o codigo de processo os meios a seguir para o marido e para a mulher tornarem effectivo o direito reconhecido nos artigos 1184.º n.º 2.º e 1186.º do codigo civil.

ARTIGO 1191.º

As questões de posse, para que é necessaria a citação da mulher, são as questões contenciosas, e não a simples tomada de posse, que é acto de mera administração, como julgou o juiz de direito do Mogadouro em sentença de 13 de março de 1875, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 430.

ARTIGO 1192.º

Em accordão de 25 de abril de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 112. do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que a mulher póde estar em juizo sem auctorisação do marido sempre que a especie se comprehenda na terceira excepção prescripta no artigo.

ARTIGO 1203.º

Ponderam alguns que o marido não póde recorrer á acção de separação por motivo de adulterio, quando a mulher foi violentada de modo irresistivel, como no caso de rapto violento, previsto no artigo 395.º do codigo penal.

Esta doutrina é justa. Já a Ord. liv. 5.º, tit. 25, § 1.º, exemptava em tal caso a mulher da pena de adulterio; e nem era admissivel adulterio n'um caso em que a fidelidade conjugal não fosse violada voluntariamente, mas sim em virtude de força irresistivel.

Em accordão de 6 de março de 1874 julgou o Supremo Tribunal

de Justiça, conforme se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 417, que á acção de separação não obsta a circumstancia de ter sido anteriormente julgada improcedente a separação requerida pelo mesmo conjuge, se a nova acção se funda em factos posteriores áquelle julgamento.

Artigo 1205.º

Não póde dizer-se innocente o marido que requer a separação, allegando adulterio da mulher, por elle mesmo favorecido, e que o tenha feito incorrer no crime de lenocinio, nos termos do artigo 405.º do codigo penal, assim como não é admittido a querelar contra ella n'este caso, artigo 404.º, § 2.º, do citado codigo.

Não é procedente a excepção da illegitimidade do requerente para a acção com o fundamento de não ser innocente, se os factos em que a excepção se funda não têm referencia ás causas de separação indicadas no artigo 1204.º, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça no accordão referido em a nota anterior.

O conjuge interdicto por demencia não fica por esse facto inhibido de intentar a acção de separação judicial de pessoas e bens, devendo figurar no processo o seu legitimo representante.

Ainda que a lei dá este direito só ao conjuge offendido, que póde reconciliar-se com o offensor em qualquer estado da causa, e restabelecer, depois da separação, a sociedade conjugal nos termos em que tinha sido constituida, e que haja a faculdade de remover da tutela o conjuge offensor, é certo que o codigo dá ao conjuge *innocente*, sem restricções ou modificações quanto ao seu estado ou situação, o direito de requerer a separação, que os factos offensivos da dignidade do conjuge innocente não diminuem de gravidade pela circumstancia de elle estar interdicto por demencia, que antes repugna á consciencia publica, que o conjuge, que esquece os seus deveres para com o seu consorte demente, não soffra a punição civil, prescripta nos artigos 1210.º § unico e 1213.º, se houver logar a ella, que a reconciliação e o restabelecimento da sociedade conjugal bem podem ser effectuados pelos legitimos representantes do interdicto, e que a remoção da tutela não é bastante para desaggravar a dignidade offendida do conjuge innocente.

Artigo 1206.º

Em accordão de 23 de agosto de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 296, julgou a Relação de Lisboa que nos processos de separação não póde deixar de admittir-se a reconvenção sem tolher aos interessados o direito que possa resultar-lhes da disposição do artigo 1210.º, sem embargo do regulamento de 12 de março de 1868 não haver prevenido este incidente, devendo por isso recorrer-se á lei geral, Nov. Ref. Jud. artigo 315.º, e Ord. liv. 3.º, tit. 33, § 6.º

Em accordão de 25 de novembro de 1871, publicado na mesma folha, n.º 191, tinha aquelle tribunal julgado, por differentes juizes, que n'este processo summarissimo não era admissivel a reconvenção, mas que devia admittir-se a defesa do réo ainda sem fórma de reconvenção.

Tendo uma mulher proposto acção de separação de pessoas e bens contra o marido, e allegando este na contestação o adulterio d'ella, não lhe foi admittida a prova d'estes factos com o fundamento de não ser a contestação meio de pedir, e de não poder a mulher defender-se de tão graves arguições pela fórma de processo marcada na lei, deixando-se-lhe para isso direito salvo. Aggravou elle no auto de processo do despacho, que não lhe admittiu prova á contestação, mas foi improvido o aggravo por accordão da Relação, a que o Supremo Tribunal negou revista em accordão de 5 de novembro de 1872.

Depois veio o marido a juizo pedir que se julgasse a separação d'elle e da mulher pelo adulterio d'esta para os effeitos do § unico do artigo 1210.º do codigo civil quanto aos bens, e que lhe fossem entregues o filho e a filha que estavam em poder da mãe.

O juiz de primeira instancia, por sentença de 26 de maio de 1873, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 138, julgou improcedente a acção com o fundamento de haver julgado sobre o mesmo assumpto, com quanto por fundamentos diversos, sem prejuizo de poder requerer perante o primeiro conselho de familia ácerca de dever seu filho continuar em poder da mulher, e da acção criminal competente pelo adulterio.

Mas esta sentença foi revogada pela Relação de Lisboa em accordão de 19 de junho de 1875, publicado na mesma folha, 3.º anno, pag. 376, com o fundamento de que não havia identidade de causa de pedir para se julgar procedente a excepção de caso julgado.

Em accordão de 28 de abril de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 170, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por tres votos contra dois, que o meio da reconvenção era inadmissivel nas acções de separação judicial de pessoas e bens, porque nem o codigo nem o regulamento o reconheciam.

A reconvenção póde ser deduzida tanto pelo marido como pela mulher, nos termos e para os effeitos prescriptos no artigo 1210.º, § unico.

Em accordão de 19 de junho de 1874 julgou o mesmo tribunal, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 635.º, que na acção de simples separação judicial de bens não póde conhecer-se de uma excepção com fundamento no adulterio da mulher, porque o artigo 1210.º, § unico, se refere unicamente á acção de separação de pessoas e bens.

Em accordão de 3 de junho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 125, do mesmo anno, julgou o mesmo tribunal que os vogaes do conselho de familia, encarregados de julgar as causas de separação, podiam declarar-se suspeitos, como qualquer outro julgador, nos termos da Ord. liv. 3.º, tit. 21, § 18, e que elles mesmos podiam recorrer do despacho que não os admittisse a jurar a suspeição.

Em accordão de 12 de agosto do mesmo anno julgou tambem aquelle tribunal, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 14, que no processo de separação de pessoas e bens não cabe appellação do despacho, que, adiando o julgamento, assigna novo dia, com a declaração de que se procederá ao julgamento, ainda que não seja citada a ré, que não estava por si presente á audiencia.

Em accordão de 6 de março de 1874 julgou ainda o mesmo tribunal, segundo se declara n'aquella folha e anno, pag. 417, que o recurso competente dos despachos que nas causas de separação julgam improcedentes as excepções deduzidas com a contrariedade é a appellação.

Funda-se esta jurisprudencia, ou em que não é appellavel a sen-

tença que houvesse de proferir-se no objecto principal, não sendo por isso recurso competente o aggravo no auto do processo, ou antes em que a decisão das excepções é definitiva, porque nos termos dos accordãos da Relação de Lisboa de 7 de janeiro e de 4 de outubro de 1870, e do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de julho de 1871, segundo na mesma folha se declara, podem os tribunaes superiores, quando lhes são affectas as causas de separação para conhecerem da verba de alimentos, annullar a causa por erro do processo.

É nullidade insanavel a falta de intervenção do ministerio publico nas causas de separação na segunda instancia, visto o artigo 53.º, n.º 13, da Nov. Ref. Jud.

Em accordão de 10 de janeiro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 30, de 7 de fevereiro do mesmo anno, annullou o Supremo Tribunal de Justiça um processo de separação de pessoas e bens com o fundamento de uma das partes ter allegado vagamente que carecia de alimentos, e que a outra estava nas circumstancias de lh'os prestar, sem articular os factos demonstrativos de que carecia dos alimentos, nem quaes os bens proprios do outro conjuge, e os rendimentos d'elles.

É porém certo que na praxe está admittida esta fórma de allegar quanto aos alimentos, e que a prova de testemunhas podia supprir o vago da allegação.

No mesmo sentido julgou aquelle tribunal em accordão de 23 de maio do mesmo anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 152, de 10 de julho d'esse anno.

Em accordão de 9 de dezembro de 1874, publicado no mesmo jornal, n.º 2, de 4 de janeiro de 1875, decidiu o mesmo tribunal que na palavra—*parentes*—chamados a compôr o conselho de familia não se comprehendem os *affins*.

Diz o accordão:

«Mostra-se egualmente que o fundamento adoptado para esta decisão consiste unicamente em dizer-se, como se diz no mesmo accordão, que determinando o codigo civil que o conselho de familia seja composto de *parentes*, sem fazer distincção alguma sobre a qualidade do parentesco, podendo só na falta d'elles serem chamadas pessoas estranhas, a conclusão é que o juiz não podia fazer a distincção que fez, porque a lei a não auctorisa:

«Considerando que a ordem estabelecida n'este artigo para a formação do conselho, attendendo em primeiro logar ao parentesco, depois á amisade, e por ultimo á visinhança, reconhecida egualmente e consignada no respectivo regulamento, não póde ser alterada pelas partes interessadas ou pelos juizes, por ser uma disposição da lei, que se funda em razões de interesse e ordem publica, constitutiva de um juizo especial, creado pelo codigo civil em substituição da antiga legislação do reino sobre este objecto:

«Considerando que os affins, se são parentes, como se pondera no accordão, porque o parentesco em geral abrange a consanguineidade e a affinidade, e em alguns casos o codigo equipara esta áquella, é comtudo certo que não podem ser considerados como taes para os effeitos do artigo 1206.º do codigo civil, que é a especie de que se tracta, porque, provindo o parentesco por affinidade, como resultado de allianças conjugaes, do lado só de um dos conjuges, é evidente que em relação ao outro não são parentes do seu lado, ou da sua *linha* na phrase do artigo 207.º do codigo, em quanto que o artigo 1206.º exige terminantemente que o conselho se componha dos seis parentes mais proximos de *um e do outro conjuge, tres de cada lado:*

«Considerando que se fosse admissivel a doutrina de ser legal o chamamento dos affins para fazerem parte do conselho e resolverem a questão da separação da pessoa e bens do conjuge que não tivesse *parentes do seu lado ou propriamente seus*, preferindo aos amigos da familia e aos homens bons da visinhança, seguir-se-ia que estas causas de separação seriam umas vezes julgadas por parentes sómente de um dos conjuges, entrando no conselho uns como consanguineos e outros como affins, e outras vezes, como na especie do feito, por mais parentes de um lado do que do outro, o que é manifestamente opposto á letra e ao espirito do codigo, que na organisação do conselho teve em vista equilibrar os interesses de ambas as partes, estabelecendo uma perfeita egualdade na nomeação dos vogaes, unicos juizes legitimos e competentes para o julgamento de taes causas:

«Considerando que o codigo civil resolve n'este sentido materia analoga no artigo 207.º, porque compondo-se o conselho de familia do menor de cinco parentes mais proximos, residentes nos limites da jurisdicção do juiz do inventario, preferindo os mais velhos em egualdade de gráus, determina expressamente no § 1.º que, se não houver parentes senão de *uma das linhas*, os outros vogaes serão nomeados de entre os amigos dos paes do menor, o que corresponde exactamente ao caso de não haver parentes *senão de um lado* na formação do conselho de familia dos conjuges, nos termos do artigo 1206.º:

«Considerando que o codigo civil, sempre que falla de *parentes*, se refere ás pessoas que têm relações communs de sangue sem distincção de origem paterna ou materna, ou de gráu até ao decimo da successão legal, designando e especificando o parentesco por affinidade quando o quer equiparar á consanguineidade, ou considerar para qualquer effeito juridico, como se deprehende da leitura e combinação de differentes artigos do codigo entre si, taes como, entre outros, dos artigos 141.º, 177.º, 201.º, 204.º, 1073.º n.º 1.º, 1742.º, 1973.º, e dos mais relativos á successão legitima desde o artigo 1969.º ao artigo 2008.º, etc.»

Em accordão de 23 de janeiro de 1875 decidiu o mesmo tribunal, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 392, que a mulher que tem residencia differente da do marido, e está d'elle separada temporariamente *quoad thorum et habitationem*, póde, findo este praso, requerer a separação perpétua no juizo onde reside.

Em accordão de 17 de fevereiro do mesmo anno, publicado na mesma folha e anno, pag. 453, julgou a Relação de Lisboa que nas causas de separação não é lieito ao conjuge nomear pessoas estranhas para compôr o conselho de familia, tendo parentes, ainda que estes lhe não inspirem confiança; e conheceu em recurso de appellação do despacho do juiz sobre este incidente.

Em accordão de 5 do mesmo mez e anno, confirmado sobre embargos por accordão de 30 de abril do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, como póde ver-se na referida folha e anno, pag. 619, que o interesse moral que possam ter os vogaes do conselho de familia na separação dos conjuges não é motivo para serem recusados, e que da sentença que resolve estas questões cabe o recurso de appellação em ambos os effeitos.

Em accordão de 3 de fevereiro de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 35, de 15 do mesmo mez e anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que dos despachos dos juizes, que nas causas de

separação rejeitam as excepções, cabe o recurso de appellação em conformidade do disposto no artigo 681.º da Nov. Ref. Jud., não sendo applicavel aos despachos dos juizes proferidos no processo preparatorio o artigo 13.º, § unico, do regulamento de 12 de março de 1868, que respeita só ás decisões do conselho de familia.

Em accordão de 6 de agosto de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 400, julgou a Relação de Lisboa que o recurso competente do despacho que julga improcedente e não provada uma excepção declinatoria *fori* em processo de separação de pessoas e bens é o aggravo de petição ou de instrumento, qual no caso couber, e não o de appellação, visto o artigo 329.º da Nov. Ref. Jud..

Em accordão de 11 de março de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 315, julgou a Relação do Porto que a mulher póde intentar a acção de separação de pessoas e bens no juizo da sua residencia, embora não seja o do domicilio ou da residencia do marido.

Em accordão de 24 de janeiro do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 279, julgou aquelle tribunal que os delegados do procurador regio não têm emolumentos alguns n'estas causas, visto que intervêm como simples agentes do ministerio publico, e o processo não tem por objecto justificação ou habilitação alguma.

Tambem em accordão de 14 de dezembro de 1875 decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 345, que recusando-se a funccionar nas causas de separação judicial de pessoas e bens um dos vogaes do conselho de familia por se ter averbado voluntariamente de suspeito, deve ser admittido a substituil-o o conjuge que o indicou.

São importantes as alterações e additamentos feitos pelo codigo de processo ao codigo civil no tocante á separação das pessoas e bens dos conjuges.

Estas acções seguem o processo ordinario até findarem os articulados, cit. codigo, artigo 443.º; o juiz preside, mas não vota no conselho de familia, cit. codigo, artigo 461.º § 9.º; e se os vogaes do conselho empatam segue a causa os termos do processo ordinario em conformidade do disposto no artigo 644º. do citado codigo;

Os ascendentes e descendentes dos conjuges não podem ser vogaes do conselho, como não o podem ser em caso algum as pessoas que residirem fóra do continente ou das ilhas onde for intentada a acção, cit. codigo, artigo 444.º

O réo, quando precisar de alimentos, póde pedil-os na contestação, cit. codigo, artigo 447.º

É da exclusiva competencia do juiz a decisão sobre termos e formalidades do processo e o conhecimento das excepções, em conformidade do disposto nos artigos 457.º e 458.º do citado codigo.

As testemunhas de fóra da comarca serão inquiridas por carta, se a parte não preferir apresental-as no dia da discussão, cit. codigo, artigo 459.º

As partes não podem desviar do conselho de familia, dando-os como testemunhas, os parentes que devem compol-o, assim como não podem ser testemunhas as pessoas que estiverem nomeadas para o conselho de familia, cit. codigo, artigo 460.º

Auctorisada a separação por sentença das justiças ordinarias, pertence ao conselho de familia, não se accordando a esse respeito os conjuges, deliberar a respeito dos filhos, dos alimentos dos conjuges, e de qualquer outro ponto, decidindo o juiz por si, e com recurso, os pontos sobre que houver empate, cit. codigo, artigo 465.º

Introduziu o mesmo codigo, artigo 469.º, a novidade de que o conselho de familia ou as justiças ordinarias, ainda julgando improcedente ou não provada a acção de separação de pessoas e bens, podem todavia auctorisar temporariamente a separação provisoria de pessoas, arbitrando alimentos á mulher, se houver logar a elles.

Se por circumstancias supervenientes for necessario alterar o que se tiver deliberado a respeito dos filhos ou de alimentos, ou quando houver necessidade de tomar alguma providencia nova a esse respeito, proceder-se-ha em conformidade do disposto no artigo 473.º

O deposito da mulher casada póde verificar-se como preparatorio ou como consequencia da acção, e em todo o caso só por ella póde ser requerido, ou seja auctora ou ré, cit. codigo, artigo 477.º

Para auctorisar o deposito basta o requerimento da mulher, sem que em caso algum seja obrigada a justificar a sua necessidade, cit. codigo, artigo 478.º

A mulher depositada poderá levar comsigo as roupas e objectos do seu uso, cit. codigo, artigo 479.º

Tambem o codigo de processo, artigo 481.º, introduziu de novo uma disposição utilissima, ordenando que por occasião do deposito, ou depois de feito, o juiz providenciará provisoriamente a respeito dos filhos menores, podendo entregal-os a qualquer dos paes ou a outra pessoa, conforme mais convier.

N'estas acções, como em quaesquer outras entre conjuges, não ha condemnação em multa, cit. codigo, artigo 123.º

D'estes processos só poderá extrahir-se por certidão, e ainda assim precedendo despacho do juiz, o que disser respeito a alimentos, o auto da deliberação do conselho de familia, e a sentença que homologar a deliberação, ou julgar a causa, ou algum de seus incidentes, cit. codigo, artigo 64.º

Nos artigos 1084.º e 1085.º estabelece o mesmo codigo o processo para o julgamento das appellações interpostas das sentenças que tiverem auctorisado a separação dos conjuges.

Para estas acções é competente o juizo do domicilio ou da residencia do auctor, cit. codigo, artigo 21.º, n.º 4.º

As questões sobre separação judicial de pessoas e bens excedem todas as alçadas, cit. codigo, artigo 42.º

Artigo 1207.º

Em accordão de 23 de abril de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 125, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, pendente a acção de separação das pessoas e bens dos conjuges, e tractando-se da entrega provisoria dos filhos durante a pendencia da questão principal por ter acabado o deposito em que elles se achavam, deviam entregar-se áquelle dos paes em cujo poder estavam antes do deposito.

A doutrina verdadeira na especie do accordão seria mandar entregar os filhos ao pae, a quem compete reger as pessoas e bens d'elles, *ouvida* a mãe, artigo 138.º do codigo civil, não sendo razão para se entregarem a esta o acharem-se em seu poder antes do deposito, não por despacho judicial, mas simplesmente *de facto*.

*

Em accordão de 16 de março de 1875, publicado na mesma folha, n.º 116, do mesmo anno, julgou o mesmo tribunal, por cinco votos conformes, que depois de decretada a separação dos conjuges, sendo necessario providenciar sobre a sorte dos filhos, deve convocar-se de novo o conselho de familia. Revogou a decisão da Relação que declarara que o conselho de familia não podia resolver sobre o assumpto por terem findado as suas funcções com o julgamento da separação, e fundou-se o tribunal de revista em que o artigo 165.º do codigo manda observar a respeito dos filhos no caso de separação judicial, o disposto nos titulos respectivos, em que a separação judicial não privava nenhum dos paes dos direitos e das obrigações paternaes, artigo 1212.º, e em que para a especie providenciava o artigo 1093.º, que manda convocar um conselho nos termos do artigo 1206.º, ao qual compete prover nos termos do artigo 1207.º, n.º 3.º

A especie não é de certo applicavel o disposto no artigo 1093.º, que rege só para o caso de separação por nullidade de matrimonio; mas alguns sustentam a jurisprudencia do accordão com o fundamento de que pelo artigo 1207.º é ao conselho de familia que compete providenciar a respeito dos filhos, e de que não ha lei que declare terminada essa competencia com o julgamento da separação.

Segundo se mostra a pag. 248 e 295, 1.º anno, da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, foi confirmado por accordão da Relação de Lisboa de 28 de maio de 1873, e do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 1874, o despacho do juiz de direito de Alcobaça de 16 de janeiro de 1873, que mandou reunir o conselho de familia para augmentar os alimentos de uma filha menor de conjuges que haviam sido separados por decisão do mesmo conselho.

Estabeleceram pois estas decisões que o conselho de familia conserva competencia, ainda depois de decretada a separação dos conjuges, para alterar a taxa dos alimentos que haja fixado para os filhos.

Segundo se mostra a pag. 373 e 694 da mesma folha e anno, em accordão de 4 de março de 1874, julgou a Relação de Lisboa que o conselho de familia, depois de decretada a separação dos conjuges, e de ter providenciado acerca da sorte dos filhos menores, não tem competencia para conhecer das questões ácerca da *execução* d'aquellas deliberações; e esta decisão foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 29 de julho do mesmo anno.

Em accordão de 5 de março de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 99, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por tres votos contra dois, que não havendo o conselho de familia n'uma causa de separação judicial de pessoas e bens resolvido sobre o modo de completar a educação de uma menor que não fôra entregue ao cuidado nem da mãe nem do pae, era a este que competia, ouvida a mãe, determinar que estava completa essa educação. Porém este accordão foi depois revogado em segunda revista.

Se algum dos conjuges não comparecer na audiencia de julgamento por impedimento legitimo, ainda que se faça representar por procurador com poderes especiaes, deve adiar-se o julgamento para elle poder comparecer pessoalmente.

Admitte-se n'estas causas a citação do conjuge por editos; e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 5 de agosto de 1876, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 617.

Em accordão de 10 de fevereiro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na mesma folha, 1.º anno, pag. 358, que nas causas de separação não póde adiar-se o julgamento por falta de comparecimento de vogaes do conselho de familia senão uma vez.

O mesmo tribunal decidiu em 24 do mesmo mez e anno, segundo se declara na referida folha e anno, pag. 359, que o processo de acção de alimentos, pedidos por um dos conjuges, deve ser distribuido por dependencia ao escrivão do processo da separação entre elles.

Neste caso, mesmo sem o alimentante peiorar, nem o alimentado melhorar de fortuna, póde pedir-se a reducção, ou mesmo a cessação de alimentos, se o alimentado se entregar a uma vida de devassidão, porque estes são dados para o sustento, habitação e vestuario, codigo civil, artigo 171.º, e não para manter vicios que são o escandalo da sociedade e a deshonra da familia.

Artigo 1209.º

A mulher não póde recorrer á acção criminal em todos os casos especificados em o n.º 2.º do artigo 1204.º do codigo, mas simplesmente na hypothese de o marido ter mancebia teúda e manteúda na casa conjugal, unico caso em que o adulterio do marido é incriminado no artigo 404.º do codigo penal.

O projecto primitivo, que no artigo 1252.º, n.º 2.º, correspondente ao artigo 1204.º, n.º 2.º do codigo, só fallava do adulterio do marido com escandalo publico, ou com abandono da mulher, sem fallar no concubinato com manceba teúda e manteúda no domicilio conjugal, no artigo 1257.º, correspondente ao artigo 1209.º, só ao marido dava direito de recorrer á acção criminal.

A commissão revisora porém, que addicionou ao n.º 2.º do artigo 1204.º o caso de concubinato do marido no domicilio conjugal, deu a mesma alternativa á mulher, alternativa que aliás não abrange o adulterio com escandalo publico, ou completo desamparo da mulher.

Se os conjuges forem separados em consequencia de decisão proferida em processo criminal nos termos do artigo 1209.º, e for necessario providenciar a respeito dos filhos ou de alimentos, proceder-se-ha em conformidade do codigo de processo, artigo 471.º

Artigo 1210.º

Têm alguns entendido que as palavras do artigo 1211.º—*se procederá* a inventario—obrigam a fazer inventario judicial para o effeito da partilha, de modo que esta não póde fazer-se amigavelmente.

Parece-nos porém melhor a jurisprudencia estabelecida pelo Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordão de 17 de julho de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 202 do mesmo anno, de que podem os conjuges, decretada por sentença a separação de pessoas e bens, dividir o casal por accordo sem necessidade de inventario.

Funda-se o accordão em que não ha lei que prohiba este accordo, em que o inventario só é obrigatorio nos casos prescriptos no artigo 2064.º, e em que o preceito do artigo 1227.º é applicavel só á simples separação judicial de bens, e não ao caso de separação de pessoas e bens, firmando aquella excepção a regra geral em contrario.

No mesmo sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 24

do mesmo mez e anno, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 33.

Tem sido tambem objecto de duvida se o conjuge, cabeça de casal, ha de descrever todos os rendimentos existentes ao tempo da instauração da acção de separação, ou só os que existirem ao tempo da sentença que decretou a separação.

Parece porém que o que cada um dos conjuges recebeu até á data da separação lhe pertence, como commum, devendo apenas partilhar com o consorte o que existir ao tempo da separação, salvo o disposto nos ortigos 1118.º e 1119.º

Se ao conjuge réo aproveitar o disposto no § unico do artigo 1210.º, deduzirá essa materia na contestação se o rêo for a mulher, e em reconvenção se o réo for o marido, codigo de processo, artigos 445.º e 446.º

O inventario segue por appenso ao processo de separação, podendo todavia os conjuges effectuar por accordo a divisão dos bens sem necessidade de inventario, cit. codigo, artigos 21.º n.º 5.º, 474.º e 775.º

Os conjuges são obrigados a prestar contas de quaesquer valores communs que tiverem recebido depois de requerida a separação, cit. codigo. artigo 475.º, observando-se a respeito do encargo de cabeça de casal o disposto no artigo 776.º do mesmo codigo.

As custas do inventario para a separação de bens entre os conjuges serão pagas pelo vencido, codigo de processo, artigo 112.º § 1.º

Artigo 1212.º

Tendo um juiz de primeira instancia ordenado em processo de separação de pessoas e bens que o pae a cuja guarda não tinham sido entregues os filhos os podia ir ver á casa do tribunal na presença d'elle juiz, onde o outro pae os havia de apresentar, e tendo sido confirmado na Relação este despacho, foi revogada similhante decisão por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 64, do mesmo anno, com o fundamento de que tal decisão contrariava o disposto no artigo 1212.º, difficultando e restringindo o direito que tinha o pae de ver os filhos.

Depois a Relação de Lisboa, em cumprimento d'esta decisão, como se mostra a pag. 600, 2.º anno, da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, julgou em accordão de 9 de junho de 1875 que o conjuge que tinha os menores confiados á sua guarda devia envial-os n'um dia, de quinze em quinze dias, a casa do outro conjuge para ahi estarem por algumas horas familiarmente em companhia do pae, sendo conduzidos por pessoa da escolha e confiança do pae, que os tinha á sua guarda, ficando este no caso de desobediencia sujeito á pena decretada no artigo 188.º do codigo penal.

Ha de ser difficil aos tribunaes regular as condições em que os filhos podem ser vistos pelo conjuge que não os tem á sua guarda; e talvez seja mais simples punir pelo seu abuso o pae, a cuja guarda elles foram confiados, inhibindo-o de exercer o patrio poder, quando elle pozer difficuldades, sem motivo legitimo, a que o outro exerça os seus direitos paternaes.

Discutindo-se na segunda vara de Lisboa, como se mostra a pag. 98 do jornal—*O Direito*, 3.º anno, se o conjuge, a cuja guarda estavam confiados os filhos n'uma causa de separação julgada ainda pela legislação antiga, podia mandar um filho para o Brasil, independentemente da acquiescencia do outro conjuge e do supprimento do juizo, decidiu o juiz affirmativamente, até porque declarando a sentença que decretára a separação que o procedimento do outro conjuge era criminoso, tornando-o incapaz de dirigir e educar seus filhos, impedia o poder paternal nos termos do artigo 168.º n.º 1.º do codigo, e por argumento do artigo 141.º

Artigo 1213.º

No sentido de que o artigo não comprehende os bens provenientes da communhão julgou a Relação do Porto em accordão de 23 de dezembro de 1873, a que o Supremo Tribunal de Justiça negou revista em accordão de 18 de outubro de 1875, como tudo póde ver-se no processo de revista n.º 14:959.

Artigo 1219.º

Nos artigos 482.º e 483.º marca o codigo de processo os termos da acção de simples separação judicial de bens.

Artigo 1222.º

Em accordão de 28 de maio de 1875 julgou o Supremo Tribunal de Justiça que não obstante estar já installada, annunciada e registada a acção de separação judicial de bens, em quanto não estava julgada, podia o marido fazer arrendamento de bens, porque eram diversos os effeitos dos §§ 1.º e 2.º do artigo 1225.º; mas que julgada e feita a separação de bens, e passando para a mulher a administração dos arrendados, podia pedir, não a nullidade, mas a caducidade do arrendamento, visto o artigo 1601.º e §.

Artigo 1286.º

Em accordão de 16 de novembro do mesmo anno, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 23, julgou a Relação do Porto que é inepto o libello em que, pedindo-se a entrega de bens adquiridos em sociedade familiar, não se allega, com relação aos mobiliarios, se foram applicados ao uso commum, artigo 1286.º, e com relação aos immobiliarios, se para a acquisição intervoio auctorisação do consocio, artigo 1287.º

Artigo 1320.º

Tem sido já objecto de discussão na imprensa juridica se a procuração é acto entre vivos sujeito á disposição dos artigos 1966.º e 2492.º, de modo que seja nulla, intervindo n'ella, como testemunhas, os filhos ou os amanuenses do tabellião. É porém indubitavel que as procurações são actos entre vivos, e estão sujeitas ao disposto no artigo 2492.º

A falta resultante de procuração *insufficiente* póde ser sanada tanto na primeira como na segunda instancia, segundo prescreve a Ord.

liv. 3.º, tit. 63, §§ 1.º e 2.º, Nov. Ref. Jud. artigo 510.º, e lei de 16 de junho de 1855, artigo 22.º; e mesmo depois da promulgação do codigo civil deve continuar a observar-se esta doutrina segundo julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 29 de maio de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 167, de 30 de julho d'aquelle anno.

Tambem se tem dicto que o tabellião que reconhece as assignaturas do mandante e das testemunhas, e certifica que essas assignaturas foram feitas na sua presença, ha de pôr mais um sello de 60 réis além do que for devido pela procuração, visto o regulamento do sello de 18 de setembro de 1873.

O Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 12 de maio de 1874, segundo se declara a pag. 583, 1.º anno, da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, negou a revista ao accordão da Relação de Lisboa de 22 de junho de 1872, que julgou que era havida por publica a procuração escripta e assignada pelo mandante, e sómente assignada pela mulher d'este, sendo a letra do primeiro e a assignatura d'ambos reconhecida por tabellião.

Em accordão de 10 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 374, julgou a Relação de Lisboa que o reconhecimento do substabelecimento na procuração não é requisito essencial como nas procurações, visto não o exigir a lei, e sobre tudo não havendo duvida na identidade do substabelecido.

Não póde ser havida por publica a procuração em que intervem mais de uma pessoa (excepto sendo marido e mulher) escripta por uma e assignada por todas as outras, sem se verificarem os requisitos estabelecidos na segunda parte do artigo 1322.º

Em accordão de 24 de março de 1874, proferido no processo de revista n.º 15:210, julgou a Relação do Porto que a lei de 24 de maio de 1837, que fixa condições especiaes para a authenticidade das procurações passadas nas nossas possessões ultramarinas, não está revogada nem pelo artigo 841.º da Nov. Ref. Jud., nem pelo artigo 5.º da lei de 1 de julho de 1867, e que podem ser revalidadas as procurações insufficientes, mesmo na segunda instancia, sem necessidade de annullar os termos anteriores do processo; decisão esta que foi confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordão de 7 de agosto de 1874.

Em accordão de 18 de janeiro de 1875 confirmou a Relação do Porto a sentença do juiz de direito de Guimarães, como tudo póde ver-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 445, onde se decidiu que as procurações feitas em paiz extrangeiro são reguladas, em quanto á fórma, pela lei d'esse paiz, competindo a prova da nullidade ou falsidade d'esses documentos a quem a allega.

Os escrivães dos novos juizes ordinarios, ainda que não sejam tabelliães, podem lavrar, no seu cartorio, ou na presença do respectivo juiz, as procurações *apud acta*, mencionadas na Ord. liv. 1.º, tit. 24, § 21, e liv. 3.º, tit. 29.

Artigo 1343.º

Em accordão de 8 de janeiro de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 12, julgou a Relação de Lisboa que o mandatario substituido, que acceitou o substabelecimento, é obrigado a dar contas, salvo provando que não practicou actos de gerencia.

Artigo 1354.º

N.ºs 3.º e 4.º Os juizes ordinarios e os escrivães dos julgados, creados pela lei de 16 de abril de 1874, tambem não podem ser admittidos a procurar nas causas relativas a pessoas ou cousas comprehendidas na area da sua jurisdicção, embora essas causas corram, não perante elles, mas perante o respectivo juiz de direito, não só porque devem reputar-se comprehendidos em os n.ºs 3.º e 4.º do artigo, mas porque podem ser encarregados por delegação do juizo de direito, ou por disposição da lei, de actos ou diligencias, attinentes á questão, que hajam de ser practicados dentro do seu julgado.

5.º Os delegados do procurador regio não são inhibidos de acceitar procuração para sollicitar registos na conservatoria, salvo levantando-se duvidas sobre o registo, porque n'este caso tem que intervir de officio com a sua resposta sobre a procedencia das duvidas offerecidas pelo conservador, ou quando estiverem fazendo as vezes d'este funccionario.

Na practica tem-se entendido que subsistem ainda depois do codigo as disposições especiaes que inhibem os magistrados do ministerio publico de advogar.

Em portaria de 12 de outubro de 1874, publicada no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 19, se declarou que os administradores de concelho devem abster-se de advogar em causas criminaes e fiscaes, não obstante não estarem comprehendidos no preceito do artigo 1354.º, porque as obrigações dos seus cargos se acham frequentemente em collisão com as de advogado em taes processos.

Artigo 1359.º

Em sentença de 28 de março de 1874, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 378, decidiu o juiz da sexta vara de Lisboa que na vigencia da antiga legislação, e para os actos praticados antes da promulgação do codigo, os salarios dos procuradores eram 900 réis por mez, vista a Ord. liv. 1.º, tit. 55, § 4.º, o alvará de 16 de setembro de 1814, e o decreto de 3 de março de 1842; e que o estylo em contrario era abusivo e inadmissivel nos termos da lei de 18 de agosto de 1769, § 4.º

Tem sido objecto de questão na imprensa juridica e no foro qual o meio de que deve usar o advogado para obter o pagamento dos seus honorarios.

A doutrina de Pereira e Sousa, de que podem exigir-se pela via executiva os honorarios dos advogados, jurando estes a sua importancia, é hoje inadmissivel.

A Nov. Ref. Jud. no artigo 614.º manda cobrar os emolumentos e honorarios dos juizes e advogados, os salarios dos procuradores e custas dos escrivães e mais officiaes de justiça por simples mandado extrahido dos autos, contendo a sentença ou o final d'ella que condemnar em custas, ou o despacho que as mandar pagar, e a conta feita no processo pelo contador do juizo; e n'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 3 de agosto de 1843, publicado na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 290, mandando cobrar executivamente os honorarios dos advogados, havendo despacho e conta judicial, não bastando a conta feita pelo advogado a seu arbitrio, sem intervenção do mandado do juiz, e da conta feita pelo contador do juizo.

Em accordão de 16 de junho de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 1, julgou o mesmo tribunal que não póde executar-se mandado por honorarios de advogados, fundados apenas na conta prestada por um dos interessados, e impugnada pelo outro, e que não foi extrahida em conformidade do disposto no artigo 614.º da Nov. Ref. Jud., que está sob a epigraphe—*das execuções de sentença*—, devendo primeiro ser sujeita a arbitramento judicial, onde se profira decisão que depois sirva de base á execução.

Em nosso entender levantada contenda entre o advogado e a parte sobre a conta dos honorarios, ha de primeiramente allegar-se e provar-se em acção ordinaria quaes os serviços prestados pelo advogado, ficando para a execução o arbitramento e a liquidação.

Artigo 1362.º

Segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 283, a Relação de Lisboa em accordão de 5 de dezembro de 1874 negou-se a tomar conhecimento de um aggravo de petição, por não estar comprehendido no artigo 673.º da Nov. Ref. Jud., interposto do despacho do juiz da primeira vara de Lisboa, que mandou parar o processo em que o advogado renunciou a procuração até ser intimado o constituinte para se fazer representar de novo, e que desattendia a pretensão da parte contraria que queria que o processo continuasse com o advogado que se recusava a procurar nos autos.

O que pretender renunciar o mandato que tiver acceitado, notificará a renuncia ao constituinte; e a renuncia da procuração juncta ao processo só produzirá effeito depois de se apresentar certidão da notificação, codigo de processo, artigo 648.º

Artigo 1363.º

A procuração juncta a algum processo só poderá ser revogada por meio de notificação feita ao procurador, n'esse processo, sem dependencia d'outra qualquer formalidade: e estas notificações não admittem opposição alguma, codigo de processo, artigo 647.º

Artigo 1387.º

Requerendo-se o juramento na hypothese do artigo 1387.º do codigo civil, ter-se-ha por confessada a falta de pagamento, se a parte recusar jurar, ou se deixar de comparecer e nos cinco dias seguintes não comprovar justo impedimento, codigo de processo, artigo 225.º

Artigo 1390.º

Em accordão de 18 de maio de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 31, julgou a Relação do Porto que, em vista das Ordd. liv. 1.º, tit. 62, § 37, e tit. 88, § 13, e codigo civil, artigo 1390.º, por direito anterior não eram as mães, tutoras de seus filhos, obrigadas a pagar a estes soldadas pelos serviços que lhes prestavam, como criados, não se tendo sujeitado a isso por escripto, e que depois da promulgação do codigo estavam absolutamente exemptas de lhas pagar.

Artigo 1396.º

Por maioria decidiu a Associação dos Advogados de Lisboa em conferencia de 26 de novembro de 1873, como se mostra da *Gazeta* da mesma associação, 1.º anno, pag. 86, 113 e 129, que a acção para pedir aos empreiteiros o preço de materiaes fornecidos para uma obra é civil e não commercial.

Tambem já na imprensa juridica e no foro se discutiu se o contracto de empreitada é valido, não sendo celebrado por escriptura publica.

É porém certo que não tendo a lei estabelecido formalidades especiaes para prova d'este acto juridico, bem póde ser elle provado por qualquer meio de prova, artigo 686.º

Em accordão de 16 de fevereiro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 4, julgou com razão a Relação do Porto que a sociedade formada para a construcção de uma estrada não é acto commercial, ficando assim sujeita á legislação civil.

Artigo 1423.º

Na celebre questão levantada entre a proprietaria do hotel Louvre no Porto e o imperador do Brasil sobre a retribuição por este devida áquella, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 14 de janeiro de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 105, de 11 de maio do mesmo anno, por tres votos contra dois, que movida contenda sobre a quantia da retribuição devida, cumpria ao hospede depositar, e deduzir os artigos de liquidação, e impugnar a conta apresentada, articulando os objectos ministrados, os serviços feitos, e os preços ordinarios da terra, não carecendo a albergueira de apresentar artigos de liquidação sobre a sua conta com somma liquida, porque não podem as partes litigantes tomar posição differente da que lhe compete.

O deposito é feito por ordem do juiz, a requerimento do interessado, e com intimação das pessoas a quem disser respeito. N'este processo não se admitte questão de especie alguma, e as custas serão attendidas a final na acção que se propozer, á qual deve appensar-se o incidente do deposito, codigo de processo, artigo 389.º

Artigo 1431.º

A entrega de dinheiro a outrem para lhe dar certa e determinada applicação não importa o contracto de deposito, que só se verifica quando se entrega uma cousa a outrem para este a *guardar* em seu poder, e a restituir quando lhe for exigida, podendo portanto provar-se por meio de testemunhas aquella entrega, ainda que o valor exceda 50$000 réis. N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de abril de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 29.

A qualidade de depositario é pessoal. Não passa aos herdeiros

senão a responsabilidade pela entrega dos valores que o depositario distrahisse do deposito. Assim julgou aquelle tribunal em accordão de 13 de março de 1875, publicado no mesmo jornal, 7.º anno, n.º 22

Artigo 1435.º

As obrigações do depositario por contracto não podem ir além do que se acha determinado nos artigos 1435.º e 1436.º

No deposito de convenção não é licito estipular a pena de prisão, que cabe só ao depositario constituido por auctoridade publica quando é infiel.

Artigo 1451.º

Em todo o caso parece inferir-se do artigo 1451.º que o depositario perturbado ou esbulhado da cousa em deposito, ou ella seja movel ou immovel, póde usar da acção possessoria de manutenção ou de restituição.

O depositario como o arrendatario podem intentar as respectivas acções possessorias, mas em seu nome, e não em nome do dono ou do senhorio, e só até que este providenceie.

A notificação para os effeitos do artigo 1451.º não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

É digno de ler-se um artigo publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 8, sobre o direito dos depositarios a percentagens por quantias respectivas a expropriações.

Artigo 1452.º

Em decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 26 de novembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 57, de 13 de março de 1874, julgou o governo que as disposições dos artigos 1454.º e 1455.º do codigo civil são restrictas para os effeitos fiscaes ás dividas do doador, de que o donatario é credor, e não áquellas que este tiver de pagar a terceiros.

Diz o decreto:

«Considerando que no accordão recorrido a Juncta dos Repartidores fez indevidamente applicação dos artigos 1454.º e 1455.º do codigo civil, á hypothese do recurso, por quanto tractando-se de uma questão de lançamento de impostos, deve esta ser resolvida pelas leis especiaes que regulam este assumpto;

«Considerando que se o codigo civil nos artigos já citados considera como onerosas todas as doações que trazem comsigo certos encargos, todavia a carta de lei de 31 de agosto de 1869 no seu artigo 9.º e o regulamento de 30 de junho de 1870 no § 14.º, restringem n'este ponto, para os effeitos fiscaes, a disposição generica do codigo civil, e sujeitam unicamente ao imposto do registo por titulo oneroso as doações onerosas, em que se dão bens immobiliarios em pagamento de alguma divida;

«Considerando que ainda que a disposição dos artigos da lei e do regulamento já citados seja pouco explicita, tendo offerecido duvida se tão sómente se refere ás dividas do doador, de que o donatario é credor, ou tambem áquellas que este tiver de pagar a terceiros, é comtudo certo que os mesmos artigos não fazem expressa menção d'estas ultimas;

«Considerando que as leis fiscaes são de interpretação restricta, não devendo o julgador distinguir onde a lei não distingue, nem ampliar as disposições d'esta além do que ella determina;

«Considerando mais o officio da Direcção dos Proprios Nacionaes de 12 de março de 1872, pelo qual se determina que nas doações com obrigação para o doado de pagar as dividas que oneram os bens transmittidos, tão sómente deve o imposto de registo por titulo gratuito sobre o valor liquido dos bens depois de deduzida a importancia das dividas;

«Considerando que n'estes termos são improcedentes os fundamentos em que a Juncta recorrida baseia a sua decisão: etc.»

Esta jurisprudencia porém foi alterada pela carta de lei de 13 de abril de 1874, que no artigo 7.º determina que operando-se transmissão por doações onerosas, e dando-se bens immoveis em pagamento de algumas dividas, ou estas sejam do doador ao doado, ou do doador a terceiro, será calculada a contribuição por titulo oneroso sobre a importancia da divida que for paga com os bens transmittidos, e por titulo gratuito sobre o excesso que houver entre o valor dos dictos bens e a importancia da divida.

Artigo 1472.º

A lei de 19 de julho de 1853, que auctorisou a imperatriz do Brasil, viuva, duqueza de Bragança, a estabelecer no Funchal o *hospicio da princeza D. Maria Amelia*, permittiu-lhe fazer as doações que julgasse convenientes ao estabelecimento *sem necessidade de insinuação*.

Em accordão de 14 de outubro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 347, julgou a Relação do Porto que por direito anterior, logo que as doações excediam a taxa legal, nenhuma era dispensada de insinuação, além das doações regias, e das doações de bens de praso nos termos do assento de 21 de julho de 1797, e que as doações feitas sob o imperio da antiga lei, sujeitas a insinuação, e que não foram insinuadas em tempo competente, são nullas no excesso da taxa legal.

O contrario julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 21 de fevereiro de 1873, de que démos noticia em a nota ao artigo 8.º; mas a jurisprudencia estabelecida n'este accordão nem sempre tem vingado no foro.

Em accordão de 13 de dezembro de 1870, publicado na mesma folha, 3.º anno, n.º 14, julgou aquelle tribunal que as doações de prasos com reserva de usufructo não careciam de insinuação, vista a provisão de 17 de agosto de 1804.

Em accordão de 3 de maio de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 5.º anno, n.º 29, julgou a Relação de Lisboa que não podia ser alterada a doação no processo de insinuação aonde se tracta unicamente de conhecer da espontaneidade da mesma doação.

O decreto, sobre consulta do Supremo Tribunal Administrativo, de 30 de outubro de 1875, julgou uma doação, insinuada fóra do praso legal, com o fundamento de não ter sido ultimada a insinuação dentro dos quatro mezes, não por culpa dos doados, mas por culpa da auctoridade publica, tendo sido celebrados dentro do periodo legal os actos impreteriveis, que constituem a essencia da in-

sinuação e habilitam para obter o competente titulo, e que o processo da insinuação póde correr n'um só concelho, ainda que os doadores morem em differentes concelhos, sendo uma só a doação.

Artigo 1473.º

Deve notar-se, apesar do silencio do codigo, que as substituições fideicommissarias nos casos em que ainda são permittidas artigo 1867.º só valem no primeiro gráu.

Artigo 1481.º

O facto de ser feita a venda a individuo que tem n'essa occasião justo o casamento com uma filha do vendedor, e que d'ahi a dias casa effectivamente com ella, não está rigorosamente comprehendido, nem no artigo 1565.º nem no artigo 1567.º

Estas circumstancias porém corroboradas com outras, poderão tornar applicavel á hypothese o preceito do § unico, n.º 2.º, do citado artigo 1567.º

Artigo 1484.º

O codigo de processo estabelece no artigo 540.º o modo de expurgar as hypothecas constituidas pelo donatario, quando é rescindida a doação por superveniencia de filhos.

Artigo 1506.º

Em accordão de 15 de março de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 26, julgou a Relação de Lisboa que não é admissivel a reclamação contra o emprestimo confessado em escriptura publica, porque nas causas de rescisão dos contractos enumeradas no codigo não se comprehende a especie da Ord. liv. 4.º, tit. 51, e porque d'outro modo ficaria a revogação dos contractos dependente apenas de uma das partes.

Artigo 1511.º

O preceito do artigo 1509.º, que na sua generalidade abrange tanto o commodato como o mutuo, não é absolutamente applicavel ao commodato, visto que o artigo 1513.º permitte ao commodante exigir a cousa logo que se fine o commodatario.

Alguns, fundando-se na lei 17, § 3.º Dig. *de commod.*, sustentam que os direitos do commodatario passam a seus herdeiros sempre que a estes resulte prejuizo de se lhes tirar a cousa antes de terminar o praso convencionado.

O preceito do artigo 1513.º porém é incompativel com esta interpretação.

Artigo 1534.º

Convem notar que a disposição do artigo 1534.º e mais artigos parallelos não é applicavel a materias commerciaes, pois que o codigo

de commercio, artigos 870.º e seguintes, não exige formalidades especiaes para prova dos pagamentos mercantis. Vid. nota ao artigo 1643.º

Artigo 1537.º

Em accordão de 5 de fevereiro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 13, julgou a Relação de Lisboa que não é aleatorio o contracto de alistamento para o serviço militar, que os contractos aleatorios não vão além dos de risco ou de seguro, de aposta ou de jogo, visto o artigo 1537.º e seguintes; e que os herdeiros do ajustado como substituto para o serviço militar pela fazenda não são obrigados a restituir parte alguma do preço do alistamento, ainda que elle falleça antes de concluido o tempo do serviço, visto o artigo 677.º do codigo, porque foi impedido de continuar no cumprimento do contracto não por acto voluntario, mas por força maior.

Em sentença de 1 de maio de 1875, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 504, julgou o juiz da primeira vara de Lisboa que as questões sobre a loteria da sancta casa da misericordia de Lisboa ainda hoje estavam sujeitas ás prescripções do decreto de 27 de novembro de 1783, porque o codigo civil não legislou sobre loterias quando tractou dos contractos aleatorios no artigo 1537.º e seguintes.

Artigo 1540.º

Em accordão de 23 de maio de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 627, confirmou a Relação de Lisboa a sentença do juiz da primeira vara da mesma cidade, publicada na mesma folha e anno, pag. 125, que havia decidido que nos tribunaes commerciaes devem ser tractadas todas as questões relativas ao seguro de vidas, visto que pelo artigo 5.º do codigo ficou em vigor a legislação commercial, e que nos termos dos artigos 204.º n.º 10, 1673.º, 1725.º e outros do codigo de commercio o seguro de vidas é materia commercial, legislando o codigo civil só para os contractos a que possa ter applicação a doutrina dos artigos 1538.º e 2246.º §§ 1.º e 2.º, e mais direito correlativo.

É tambem digna de ler-se a discussão que houve na respectiva associação em conferencia de 12 de novembro de 1873, a pag. 97 da citada folha e anno sobre questão de seguro maritimo.

Artigo 1543.º

Já na imprensa juridica se tem dado ao artigo 1543.º interpretação diversa da que nós lhe damos, dizendo-se que o codigo seguiu o direito romano, segundo o qual as apostas só não eram validas quando diziam respeito a jogos prohibidos. Porém o novo exame da materia não modificou a nossa convicção.

Artigo 1544.º

Em accordão de 22 de outubro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 7, julgou a Relação do Porto que os serviços

pessoaes não podem ser considerados como preço da compra e venda, o qual deve consistir em dinheiro.

Tem sido sempre muito questionado se a venda dos fructos do lavrador feita para revender se considera acto de commercio, pelo menos quanto ao comprador.

A Relação do Porto em accordão de 9 de dezembro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 12, decidiu que o lavrador que vendeu os fructos para revender só póde pedir o preço nos tribunaes de commercio, porque a troca e compra para revender é acto de commercio, e porque se o lavrador não practicou acto de commercio vendendo os productos das suas propriedades, fez o comprador a compra para revender, e que tanto bastava para existir acto de commercio entre as duas partes.

Em contrario decidiu a Relação de Lisboa em accordão de 18 de abril do mesmo anno, publicado no mesmo jornal, 6.º anno, n.º 34, com fundamento no artigo 504.º n.º 3.º do codigo de commercio, que declara sem distincção que não são mercantis as vendas de fructos proprios feitas pelo lavrador.

O Supremo Tribunal de Justiça negou, por cinco votos conformes, a revista interposta contra este accordão, sanccionando assim a boa jurisprudencia.

Não póde duvidar-se de que o preceito do artigo 504.º n.º 3.º do codigo commercial é excepção ao disposto no artigo 203.º do mesmo codigo.

Em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 428, julgou a Relação de Lisboa que a compra e venda de bens immobiliarios, de valor excedente a 50$000 réis, feita na vigencia da lei de 9 de julho de 1849, sem escriptura publica, era nulla, e que o comprador era responsavel pelos rendimentos dos bens vendidos, e o vendedor pela restituição do preço com os juros legaes, e indemnisação pelas bemfeitorias necessarias e uteis.

Artigo 1548.º

Pelas Ordd. do reino, liv. 4.º, tit. 2.º e 7.º, reputava-se perfeito o contracto de compra e venda logo que havia accordo na cousa e no preço, mas a posse não era transmittida ao adquirente antes da *tradição*, de modo que vendida a dois a mesma cousa ficava ella pertencendo ao primeiro que tomasse posse.

Como correctivo a esta doutrina se estabeleceu o meio do signal, que, longe de ser mais uma garantia do contracto, parecia destinado a desfazel-o, visto que a parte podia arrepender-se restituindo o valor d'elle.

Era todavia uma pena e uma segurança, visto que apesar de a lei declarar perfeito o contracto com o accordo das partes na cousa e no preço até á posse, não era todavia *effectivo* o direito do comprador, e era preciso premunil-o contra as cavillações do vendedor, assim como segurar este contra a má fé do comprador.

As disposições do codigo civil parecem dictadas no mesmo intuito. Realmente a promessa reciproca de venda com accordo na cousa e no preço não póde, em face do direito, deixar de considerar-se verdadeira venda. Mas como não ha venda *legal* sem serem satisfeitas as formalidades estabelecidas na lei, e como as partes podiam arrepender-se no intervallo que decorre desde o ajuste real até o preenchimento das formalidades que tornam a convenção existente e valida aos olhos da lei, marca o artigo a pena que corresponde áquelle dos pactuantes que pela sua parte faltou ao promettido.

Porém nos contractos, que não dependem de formalidade alguma especial para a sua constituição, verificada de modo definitivo a promessa reciproca de venda com accordo na cousa e no preço já as partes não podem arrepender-se, ainda que queiram sujeitar-se á perda do signal.

O codigo commercial, artigo 463.º, adoptou doutrina differente da que se achava reconhecida na Ord. do reino, e que passou para o codigo civil.

Em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 13, julgou a Relação de Lisboa que nas vendas de bens immobiliarios o pagamento da contribuição de registo feito posteriormente á transmissão não a revalida.

Em accordão de 19 de janeiro de 1875, publicado no mesmo jornal, 7.º anno, n.º 10, julgou tambem aquelle tribunal que o pagamento da contribuição de registo depois da sentença que julgou nulla a venda por essa falta não sana a nullidade.

A contribuição de registo, paga em consequencia da promessa de venda, deve ser restituida pela fazenda se não chegar a a realisar-se a venda, visto que não chegou a verificar-se a *transmissão* nos termos da lei civil.

A simples promessa reciproca de compra e venda, a que o artigo se refere, até por testemunhas póde ser provada, artigo 686.º, pois que o codigo não marca formalidades especiaes para este contracto.

Artigo 1551.º

As vendas a contento, isto é, dependentes da subsequente approvação do comprador, ficam em suspenso até que este use do direito que lhe ficou resalvado, de declarar se acceita ou não definitivamente a cousa pelo preço convindo.

Artigo 1555.º

Em nosso entender, se o alienante, em logar de ter vendido ou trocado, tiver doado ou por qualquer fórma alienado o objecto que não era seu, revalida do mesmo modo a alienação se posteriormente e houver adquirido.

Artigo 1556.º

A opinião por nós sustentada de que os alimentos vincendos por direito de sangue não podem ser objecto de transacção, assim como não o podem ser da compra e venda, tem sido muito impugnada na imprensa juridica com o fundamento de que as disposições applicaveis á compra e venda, como restricções ao direito de dispôr, não podem ser ampliadas ás transacções, que não ha lei que permitta similhante ampliação, e que nem se dão as mesmas razões para prohibir a renuncia que existem para prohibir a compra e venda.

Não comprehendemos bem como possa haver *transacção* sobre alimentos sem renuncia no todo ou em parte, visto que é da essencia da transacção a *cedencia* de direitos, artigo 1710.º Se porém po-

dér effectuar-se alguma transacção sobre alimentos futuros que não involva renuncia nem cedencia, no todo ou em parte, julgámol-a ao abrigo da legislação civil.

Artigo 1565.º

A dação de bens em pagamento está no mesmo caso da compra e troca. Não pódem os paes fazer com qualquer dos filhos tal contracto sem intervenção dos outros, ou supprimento do consentimento pelo conselho de familia.

Mas já não está no mesmo caso o arrendamento, que os paes podem fazer a qualquer dos filhos sem necessidade de intervenção dos outros.

Em accordão de 11 de março de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 33, julgou a Relação do Porto que os paes podem fazer doações onerosas a qualquer dos filhos sem intervenção dos outros, ou supprimento do consentimento.

Não reputâmos porém orthodoxa esta jurisprudencia com relação aos contractos celebrados depois da promulgação do codigo, desde que este no artigo 1455.º só considera doação nas doações onerosas a parte que exceder o valor dos encargos impostos.

No artigo 485.º regula o codigo de processo os termos a seguir para supprir o consentimento pelo conselho de familia nos termos do artigo 1565.º do codigo civil.

Artigo 1566.º

Em accordão de 10 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 373, julgou a Relação de Lisboa que o comproprietario, que queira haver para si, depositando o preço, a parte da compropriedade vendida a estranho sem o seu consentimento, deve recorrer ao processo ordinario, do qual só se póde prescindir quando a lei estabelece fórma de processo especial.

Em accordão de 2 de outubro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 404, julgou o mesmo tribunal que só é meio competente para fazer valer o direito de opção a acção ordinaria, e não a summaria, nem o comminatorio.

Em sentença de 9 de dezembro de 1874, publicada na mesma folha, 2.º anno, pag. 202, decidiu com razão o juiz da sexta vara de Lisboa que se o subemphyteuta avisa o emphyteuta de que pretende vender o seu dominio, e depois retira o requerimento, não póde o emphyteuta, depositando o preço, haver por meio comminatorio o dominio que lhe foi offerecido, e obrigar o subemphyteuta a receber o preço e a celebrar escriptura de venda, porque a compra e venda de bens immobiliarios só é perfeita depois de assignada a escriptura ou o escripto nos termos do artigo 1590.º, pois que até então póde qualquer das partes arrepender-se, artigo 1548.º

O senhorio intimado para dentro de trinta dias declarar se quer o dominio util tanto por tanto, deve fazer a sua declaração dentro dos trinta dias, contados desde a data da intimação, e sem interrupção, sob pena de perdimento do seu direito de opção, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 342.

O senhorio directo deve ser citado pessoalmente para a arrematação do praso e não na pessoa do procurador, salvo se este tem poderes especiaes para receber tal citação.

Em accordão de 28 de outubro de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 11, julgou a Relação de Lisboa que a venda do direito emphyteutico póde ser intimada ao cabeça de casal da herança indivisa, e que se dentro do praso legal não ha opção, póde effectuar-se a venda a terceiro que fica legal e segura, cabendo qualquer responsabilidade para com os coherdeiros da herança ao cabeça de casal, que devia reunil-os e consultal-os assim que recebeu o aviso.

Para nós é muito duvidosa esta jurisprudencia. Entendemos que o dominio emphyteutico devia ser offerecido não só ao cabeça de casal, mas tambem aos coherdeiros, que são sempre pessoalmente chamados nas questões que interessem mais directamente á herança, como na especie prevista no artigo 2084.º

Se se fizer a arrematação ou a adjudicação do praso sem ser citado o senhorio para a praça, não póde este requerer a annullação da arrematação ou adjudicação senão para o effeito de haver o predio pelo preço da acquisição, argumento do artigo 1681.º

É importante a discussão que sobre a intelligencia do artigo 1682.º se encontra na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 94, 127 e 164.

Em accordão de 26 de maio de 1876, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 20, julgou a Relação do Porto inepto o libello de uma acção de preferencia fundada no artigo 1681.º, com o fundamento de o auctor haver ajunctado apenas o emprasamento e a carta de arrematação dos fóros, sem allegar e provar que o vendedor era foreiro, ou representante do emphyteuta, que tinha reconhecido o senhorio, que o foro se pagava na occasião da venda, e que o vendedor tinha obrigação de o pagar.

Julgou tambem e com razão que bastava demandar o comprador, podendo este chamar o vendedor á autoria.

O codigo de processo regula nos artigos 641.º a 644.º os termos das notificações para preferencia nos contractos de alienação de bens, segundo os artigos 1566.º, 1678.º, 1704.º, 1708.º e 2195.º

Á notificação não se admittirá opposição alguma, e só pelos meios ordinarios poderão os interessados fazer valer o seu direito contra a fraude ou simulação do contracto, ou qualquer outro.

O mesmo codigo, regulando no artigo 848.º a citação dos que podem usar do direito de preferencia para assistirem á praça, garante o direito de opção nas vendas judiciaes a todos os que o têm nas vendas voluntarias.

Se o foreiro não avisar o senhorio da venda do predio emphyteutico, póde este, ou rehaver o predio nos termos prescriptos no artigo 681.º, ou pedir unicamente o laudemio.

Artigo 1582.º

Em sentença de 11 de junho de 1872, confirmada por accordão da Relação do Porto de 22 de agosto de 1873, como se mostra da *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 323, julgou o juiz de direito de Celorico de Basto que o artigo 1582.º do codigo não é applicavel aos contractos celebrados antes da sua promulgação, podendo ainda hoje com respeito a estes propôr-se em juizo a acção

de lesão, ainda que nos mesmos contractos não houvesse estipulação alguma a tal respeito.

ARTIGO 1586.º

Em accordão de 5 de dezembro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 344, julgou a Relação do Porto que era nullo o contracto de venda a remir sem o pagamento da competente sisa, vista a lei de 9 de julho de 1849 e o artigo 11.º, § 1.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

Em accordão de 18 de maio de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 10, julgou o mesmo tribunal que depois da promulgação do codigo não podiam já prorogar-se os prasos para a remissão da venda a *retro*, mesmo dentro dos quatro annos, a que se refere o artigo 1588.º, que esta prorogação assim como a remissão importavam nova venda, e que a remissão carecia de registo nos termos do artigo 1591.º

ARTIGO 1589.º

Os titulos particulares de venda de bens immobiliarios de que se não pagasse previamente a contribuição de registo são nullos, visto o artigo 11.º do regulamento de 30 de junho de 1870, salvo se foram revalidados dentro de seis mezes nos termos do artigo 12.º da lei de 13 de abril de 1874.

Se porém os contractos sobre bens de raiz foram celebrados em paiz extrangeiro, ficam suspensos até que no reino se pague a respectiva contribuição de registo; mas paga ella retrotráem-se os seus effeitos até á data da sua celebração, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de fevereiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 345, com fundamento nos formularios e mais annexos ao regimento consular de 26 de novembro de 1851, approvado por carta de lei de 1 de junho de 1853, sendo esta decisão confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 30 de junho de 1874, seguudo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 634.

Em accordão de 11 de janeiro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 342, julgou a Relação de Lisboa que o contracto de venda de bens mobiliarios fica perfeito pelo mutuo consentimento sobre a cousa e o preço desde o ajuste, visto não depender de formalidade alguma especial nos termos do artigo 1589.º

ARTIGO 1595.º

O arrendamento por toda a vida do arrendatario não destróe a caracteristica, que tem este contracto, de durar *certo* tempo, porque com quanto não seja *certa* a duração da vida do arrendatario, é *certo* que elle ha de morrer.

Nos emprasamentos anteriores ao decreto de 30 de julho de 1832 que aboliu os dizimos, em que se estipulou, como canon, certa quantidade de fructos de foro e *dizimo*, deve abater-se ao foreiro a parte correspondente ao dizimo que em beneficio d'elle foi extincto, calculando-se o dizimo, não na decima parte da pensão, mas em vista da producção do predio, tirados os direitos dominicaes, como dispunha o alvará de 18 de fevereiro de 1778.

ARTIGO 1601.º

O marido póde validamente arrendar os bens dotaes ainda depois de posta em juizo a acção de separação, porque o annuncio não lhe tira os poderes de administração; mas julgada procedente e provada a acção de separação *caduca* o arrendamento, e póde a mulher haver os bens pela acção de despejo.

ARTIGO 1604.º

No jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 22, vem publicada uma portaria de 6 de julho de 1875, em que se declara que os bens das juntas de parochia devem ser arrendados em praça nos termos do alvará de 6 de dezembro de 1603, applicavel á administração parochial pelo preceito do artigo 333.º do codigo administrativo.

ARTIGO 1607.º

Póde ser despedido o arrendatario se fizer deterioração nos predios, ou estes sejam urbanos ou rusticos. Esta jurisprudencia é expressa na lei, artigo 1627.º, só para os predios rusticos; mas é egualmente applicavel aos predios urbanos, artigo 1608.º n.º 5.º, e por maioria de razão; e a isso nos leva o n.º 2.º do artigo 1607.º, porque é usar do predio para fim diverso do que lhe é proprio o deterioral-o.

Ainda que por qualquer motivo os fructos não estejam em circumstancias de serem colhidos na occasião em que findar o arrendamento, tem o arrendatario que largar em todo o caso o predio, com quanto conserve o direito aos fructos.

Nos casos do artigo 1607.º póde recorrer-se á acção de despejo, como no caso de findar o arrendamento, não havendo necessidade de recorrer aos meios ordinarios; porque o artigo permitte despedir o arrendatario nos casos previstos nos respectivos numeros, e a acção é summaria, artigo 1632.º

Não se entende que o senhorio, pelo facto de demandar judicialmente as rendas, sem pedir ao mesmo tempo o despejo, renuncie a esta acção.

ARTIGO 1608.º

Ás questões movidas depois da promulgação do codigo sobre retenção de bemfeitorias anteriormente feitas parece ser applicavel a Ord. liv. 4.º, tit. 54, que reconhecia esse direito, e não o artigo 1614.º do codigo; e já se tem julgado assim.

A notificação para o effeito do artigo 1608.º, § 4.º, não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

ARTIGO 1609.º

Os hospitaes e demais corporações administrativas devem abonar aos foreiros os impostos geraes, municipaes, e as congruas que forem lançadas aos fóros, salvo havendo estipulação em contrario, como declarou a portaria de 10 de setembro de 1874, publicada no

jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 17, dizendo que ainda houve duvida em vista do artigo 1675.º do codigo, se a contribuição relativa ao foro devia ser supportada pelo senhorio, mesmo quando por contracto estava a cargo do foreiro, mas que essa duvida acabou em presença da lei de 3 de abril de 1873, que poz o pagamento da contribuição relativa ao foro a cargo do foreiro quando elle o tenha tomado sobre si no contracto de emprasamento.

A Relação de Lisboa julgou, por tres votos conformes, em accordão de 27 de abril de 1872, confirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordão de 16 de março de 1875, como tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 470, que o senhorio directo é obrigado a abonar ao foreiro as contribuições correspondentes ao foro, salvo estipulação em contrario, e que o foreiro que tinha a seu cargo o pagamento da antiga *decima* é hoje obrigado a pagar a contribuição predial que a substituiu, e os addicionaes que d'esta fazem parte, mas não a contribuição municipal que não existia ao tempo do foro, tendo o foreiro tomado sobre si apenas as contribuições então existentes.

Tambem a Relação de Lisboa julgou em accordão de 5 de dezembro de 1873, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 9, que o senhorio era obrigado a abonar ao foreiro as contribuições lançadas ao foro, salva convenção em contrario.

O senhorio directo não é competente para deduzir embargos de terceiro á penhora feita nas rendas dos bens do praso, assim como não podem ser julgados insubsistentes os legados pios por meio de embargos de terceiro, oppostos á execução promovida para pagamento d'elles. N'estes termos julgou a Relação de Lisboa em accordão de 26 de novembro do mesmo anno, publicado na mesma folha e anno, n.º 13.

ARTIGO 1612.º

Se for expropriada, em parte, alguma propriedade arrendada o arrendatario apenas tem o direito de exigir que o proprietario lhe abata na renda a parte proporcional ao terreno expropriado, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 2 de abril de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 369.

ARTIGO 1624.º

Em accordãos de 8 de janeiro e de 14 de maio de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 340, e no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 3, julgou a Relação de Lisboa que a duração do arrendamento por tempo indeterminado se regula pelo costume da terra, e que a fiança dura só aquelle tempo, sem abranger a epocha da prorogação ou renovação.

Em accordão de 28 de maio do mesmo anno, publicado na citada folha de Coimbra, n.º 376, julgou o mesmo tribunal, por tres votos contra dois: 1.º que contra o fiador do arrendatario não póde começar o processo, como contra este, pela penhora; 2.º que o fiador só responde pelas rendas com respeito ao tempo expressamente convencionado do arrendamento, e não com relação á epocha da renovação tacita e legal do mesmo arrendamento.

O contrario porém julgou aquelle tribunal em accordão de 16 de maio de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 611, decidindo, por tres votos contra um, que nos arrendamentos de duração indeterminada responde o fiador pelas rendas, ainda que não se refiram ao primeiro anno, mas á epocha em que já se verificou a renovação ou prorogação do arrendamento.

Esta jurisprudencia é a que nós reputâmos verdadeira.

Em accordão de 22 de março de 1872, publicado no *Diario do governo*, n.º 92, de 25 de abril d'aquelle anno, parece ter julgado o Supremo Tribunal de Justiça que, não sendo despedido o arrendatario de um predio urbano ao tempo e pela fórma costumada na terra, ainda que esteja fixado dia em que o arrendamento findava, se presume renovado o contracto, e não póde ser despedido n'esse anno o arrendatario.

ARTIGO 1632.º

Tem continuado a questão na imprensa juridica e no foro se a acção summaria para exigir os foros em divida é applicavel só aos foros vencidos depois da promulgação do codigo ou tambem aos anteriores.

A Relação do Porto em accordão de 1 de outubro de 1872, e a Relação de Lisboa em accordãos de 8 de março e de 21 de junho de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 283, 352, 383 e 386, decidiu que o artigo 1685.º do codigo civil é applicavel só aos fóros vencidos depois da sua promulgação.

Em dois d'aquelles accordãos, e em accordão de 30 de janeiro de 1874, proferido pela Relação do Porto, e publicado na referida folha, n.º 373, julgou-se tambem que o pedido de fóros com tracto successivo devia ser objecto de acção ordinaria.

Porém a Relação de Lisboa em accordão de 18 de maio de 1872, publicado na mesma folha, n.º 285, julgou por differentes juizes no sentido da boa doutrina, isto é, que a acção summaria era competente para pedir fóros vencidos, quer antes, quer depois da promulgação do codigo.

Tambem se tem dicto que o pedido dos fóros, sempre que se questione o dominio directo, só póde ser objecto de acção ordinaria.

Porém o Supremo Tribunal de Justiça com razão decidiu em accordão de 6 de junho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 206, d'aquelle anno, e em accordão de 23 de outubro de 1874, como se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 94, 105 e 115, que a acção summaria é competente para exigir os fóros vencidos, tanto antes como depois da promulgação do codigo, ainda que se peça o tracto successivo, e se questione o dominio directo.

Tambem o mesmo tribunal decidiu em accordão de 21 de maio de 1875, conforme se declara na mesma folha e anno, pag. 693, que a acção ordinaria é competente para o pedido de fóros, quando este se faz conjunctamente e como consequencia do pedido do reconhecimento do dominio directo que é contestado pelo emphyteuta.

Na acção para exigir os fóros, como acto de administração, não é preciso citar a mulher do foreiro em quanto não se questiona o dominio directo; e n'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 21 de agosto de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 324.

Para a exigencia judicial dos fóros não é preciso provar a posse

de os receber, basta apresentar o titulo legitimo da constituição da emphyteuse, e só na falta de titulo é que se torna necessario provar a posse, como julgou a Relação do Porto em accordão de 17 de maio de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 32.

Para a procedencia da acção é indispensavel descrever com toda a clareza os predios onerados, sua situação, confrontações, e identidade, e a quota de foro que lhes diz respeito, como julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 16 de março de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 121, de 1 de junho, do mesmo anno.

Em accordão de 2 de abril de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 369, julgou a Relação de Lisboa que é summaria a acção para a exigencia das rendas de predios.

O rendeiro de bens da fazenda ha de ser demandado pelos rendas vencidas em processo ordinario, conforme o disposto no artigo 347.º da Nov. Ref. Jud., e não pelo processo executivo, como se fôra devedor de tributos; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 23 de dezembro do mesmo anno, publicado na mesma folha e numero.

Está hoje assentada a jurisprudencia, que por muito tempo foi duvidosa, se o decreto com força de lei de 22 de julho de 1870, artigo 6.º, tinha ou não revogado a lei de 4 de junho de 1859 e respectivas instrucções.

Têm continuado a decidir geralmente os tribunaes que o citado decreto não revogou a referida lei quanto ás formalidades que esta exige para a fazenda vir a juizo com a sua intenção fundada em direito, e que apenas deu ao poder administrativo competencia para os termos do processo.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordãos de 3 de julho de 1872, de 22 de outubro de 1873 e de 16 de maio de 1875, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 292, e no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 11, e 7.º anno, n.º 16; e a do Porto em accordãos de 6 de junho de 1873, de 10 de julho e de 17 de novembro de 1874 e de 23 de julho de 1875, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Cimbra, n.ºs 324, 328 e 430, e no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 26.

Esta é tambem a opinião do Procurador Geral da Corôa, como se póde ver no no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 7.

Effectivamente o processo para a cobrança dos fóros devidos á fazenda não póde ser inteiramente equiparado á cobrança dos impostos, porque no lançamento d'estes é ouvido e póde reclamar o respectivo contribuinte, de modo que não se verifica o absurdo e o vexame de ser condemnado sem ser ouvido.

Nas execuções por tributos só podem ser disputados perante as justiças ordinarias os embargos comprehendidos n'algum dos casos especificados no artigo 47.º do regulamento da fazenda publica de 4 de janeiro de 1870, como julgou a Relação do Porto em accordão de 12 de janeiro de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 8, e o juiz de direito de Porto de Moz em sentença de 11 de março do mesmo anno, publicada no mesmo jornal e anno, n.º 13.

Porém a portaria de 17 de outubro de 1873 manda remetter ao poder judicial todos os embargos que se opponham ás execuções administrativas, qualquer que seja a fórma.

E a portaria de 11 de agosto de 1876 ordena que não sejam instaurados processos de execução administrativa por cobrança de fóros, censos, pensões, ou juros devidos á fazenda nacional, sem as certidões a que se refere o § 1.º do artigo 3.º das instrucções de 27 de setembro de 1859.

São dignos de ler-se os artigos sobre este assumpto, publicados no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 1, e 9.º anno, n.º 3.

Do despacho do administrador de concelho que se negar a remetter os embargos para o poder judicial cabe recurso para o conselho de districto.

As corporações religiosas, quanto á arrecadação das suas dividas de fóros e mais direitos dominicaes, gosam do processo estabelecido para a cobrança dos rendimentos do estado nos termos dos artigos 1.º e 3.º da lei de 4 de junho de 1859, como julgou o juiz de direito de Oliveira d'Azemeis em sentença de 10 de março de 1870, publicada na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 295, com fundamento na lei de 4 de abril de 1861, artigo 3.º

Tambem os fóros dos hospitaes da Universidade de Coimbra são considerados para todos os effeitos como bens nacionaes, nos termos da lei de 23 de maio de 1848, e portanto sujeitos ao mesmo processo de cobrança nos termos da citada lei de 4 de junho de 1859, como julgou a Relação do Porto em accordão de 22 de janeiro de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 9.

Em accordão de 17 de janeiro de 1871, publicado na mesma folha, 3.º anno, n.º 16, julgou a Relação de Lisboa que á fazenda não competem os direitos fiscaes para cobrar as dividas dos conventos, provenientes de contracto, em que ella succedeu, visto o decreto de 12 de junho de 1794, e o artigo 359.º da Nov. Ref. Jud.

Em accordão de 10 de março de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 82, de 15 de abril do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que nas questões sobre pagamento de direitos parochiaes e sobre a disposição legal relativa não tem logar a regra das alçadas.

Parece que este accordão considera ainda em vigor a Ord. liv. 2.º, tit. 26, § 33, que reputa *direito real* todo o encargo, assim real, como pessoal, ou mixto, imposto na lei, ou approvado por costume de longa data, e a Ord. liv. 3.º, tit. 70, § 6.º, que declara excedentes a todas as alçadas as questões relativas a direitos reaes.

Encontra-se porém jurisprudencia contraria nos accordãos do mesmo tribunal de 3 de agosto e de 4 de novembro de 1873, de 13 de janeiro, e de 20 e de 30 de outubro de 1874, e de 19 de janeiro, 12, 16 e 20 de fevereiro de 1875, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 14, 144 e 297, e 2.º anno, pag. 133 e 395.

N'estes accordãos julgou-se que não compete recurso de revista das decisões das Relações sobre questões de impostos que cabem na sua alçada, e que já não estão em vigor as Ordenações acima citadas, que declaravam não haver alçada n'estas causas.

A Relação de Lisboa julgou em accordão de 28 de janeiro de 1874, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 284, que o processo executivo hypothecario, regulado pelos artigos 206.º e seguintes do decreto de 28 de abril de 1870 não é competente para a expropriação da hypotheca legal concedida no artigo 907.º do codigo civil para segurança de dividas de fóros, as quaes só podem ser pedidas em acção summaria nos termos do artigo 1685.º do codigo civil.

No mesmo sentido julgou aquelle tribunal em accordão de 29 de agosto de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 42.

N'outro sentido porém julgou a Relação de Lisboa em accordão de

10 de janeiro de 1874, como se mostra a pag. 261 da referida folha e anno.

A Relação do Porto julgou em accordão de 26 de novembro de 1872, publicado no jornal—*O Direito*, 5.º anno, n.º 3, que a acção de despejo só tinha logar contra os verdadeiros arrendatarios e não contra os que estavam de posse em virtude de simples promessa de arrendamento.

Tambem o Supremo Tribunal de Justiça decidiu am accordão proferido na revista civel n.º 15:515, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 372, que o decreto de 22 de julho de 1870 não revogára a lei de 10 de junho de 1859, e instrucções de 27 de setembro de 1859, artigo 3.º

É digno de ler-se um artigo publicado no jornal—*O Direito*, 9.º anno, n.º 3, onde se sustenta a doutrina de que não podem fazer-se execuções administrativas sem citação dos executados.

As regras relativas ao pedido dos fóros não abrangem o laudemio, que ha de ser reclamado em juizo pelos meios geraes e ordinarios.

As acções de despejo hão de ser propostas no juizo da situação dos predios, salvo se se estipulou domicilio particular para cumprimento da respectiva obrigação, codigo de processo, artigo 21.º, n.º 3.º, e § 3.º, n.º 2.º

Nos artigos 498.º a 507.º regula o mesmo codigo o processo do despejo.

As execuções por fóros, rendas ou outras prestações devidas, terão tracto successivo para as que posteriormente se forem vencendo, quando assim tiver sido pedido, codigo de processo, artigos 7.º e 809.º

O codigo de processo, regulando nos artigos 615.º a 621.º o processo das acções executivas, dá ao credor de fóros, censos, pensões, quinhões ou rendas de quaesquer bens immobiliarios, o direito de requerer penhora em bens sufficientes para pagamento da divida, começando por aquelles em que tiver privilegio, se por ventura se legitimar com titulo authentico ou authenticado, sendo, depois da penhora, citado o devedor para deduzir por embargos a sua defesa.

Artigo 1641.º

A notificação para o effeito do artigo 1641.º não admitte opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

Artigo 1644.º

No artigo 636.º regula o codigo de processo os termos a seguir na remissão do censo consignativo, quando o censuista fór incerto ou incapaz de receber, quando não quizer receber o capital ou dar quitação, ou quando for duvidoso o seu direito.

Artigo 1657.º

Antes da promulgação do codigo civil era ao vendedor, e não ao comprador, que incumbia o pagamento do laudemio, conforme julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordãos de 28 de novembro de 1873 e de 23 de fevereiro de 1875, com fundamento nas Ordd.

liv. 1.º, tit. 62, § 48, e liv. 4.º, tit. 38, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 143, e 2.º anno, pag. 393.

Em officio do ministerio da fazenda, Direcção Geral dos Proprios Nacionaes, de 23 de julho de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 33, se declara que para o calculo da contribuição de registo na constituição da emphyteuse não póde ser tido em conta o laudemio, que foi extincto nos emprazamentos de futuro pelo artigo 1657.º do codigo, mas que se computava nas transmissões por titulo gratuito, sujeitas a contribuição de registo, a respeito de emprasamentos celebrados antes da promulgação do codigo, nos quaes se conservou o laudemio na fórma estipulada, artigo 1693.º do mesmo codigo.

Hoje é ao comprador que incumbe o pagamento do laudemio, como dispõe o artigo 1693.º § unico, e decidiu a Relação do Porto em accordão de 8 de julho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 340.

O pagamento do laudemio não é obrigatorio depois da escriptura de promessa de venda, haja ou não entrega do preço e do predio, mas simples e unicamente depois da escriptura de venda definitiva, como julgou o juiz da primeira vara de Lisboa em sentença de 1 de outubro de 1874, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 45.

Artigo 1661.º

Já na imprensa juridica se discutiu se a palavra—*parochia*—, empregada no artigo 1661.º § 1.º, se refere á freguezia conforme a divisão ecclesiastica, ou abrange todas as freguezias que ás vezes são agrupadas para effeitos administrativos.

É porém certo que a annexação de freguezias não tem senão os effeitos administrativos marcados na lei, e que portanto a parochia a que se refere este artigo no § 1.º é a freguezia ecclesiastica.

Artigo 1662.º

Tambem em accordão de 25 de outubro de 1872, publicado nc *Revista de legislação e de jurisprudencia de Coimbra*, n.º 283, julgou a Relação do Porto, por tres votos contra dois, que o codigo civil só aboliu o encargo de cabecel nos emprasamentos posteriores á sua promulgação, em que o senhorio tiver consentido na divisão de praso por glebas e com as mais condições prescriptas em os n.os 4.º a 6.º do artigo.

E o Supremo Tribunal de Justiça julgou em accordão de 15 de maio de 1874, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 582, que nos prasos divididos antes da promulgação do codigo civil com acquiescencia do senhorio ficou por este facto extincto o encargo de cabecel.

Convem notar que nos prasos é prohibida, sem a annuencia do senhorio, não só a divisão em glebas, mas tambem qualquer desmembração de bens ou valores pertencentes á emphyteuse. Assim não póde o foreiro desmembrar do predio emprasado sem o consentimento do senhorio, uma servidão, ou aguas que lhe pertençam, etc.

O artigo 1662.º refere-se unicamente á divisão dos prasos em acto

de partilha por herança; porém a sua disposição deve ampliar-se por analogia a todos os casos de desmembração do predio foreiro qualquer que seja a razão ou o titulo da divisão.

Sustentam alguns que as pessoas moraes, a que se refere o artigo 1670.º, não podem consentir na divisão dos prasos; doutrina que nos parece inadmissivel, porque a auctorisação para dividir os prasos nos termos e com as condições prescriptas no artigo 1662.º não transcende em rigor a esphera da administração.

Tambem nos parece que o senhorio não póde obrigar os herdeiros do foreiro, que possuem o predio *pro indiviso* a encabeçal-o n'algum d'elles em quanto o cabeça de casal ou qualquer outro dos coherdeiros lhe pagar por inteiro a pensão emphyteutica.

Se ainda subsistisse o cabecel, que importaria a obrigação de uma prestação de facto nos termos do artigo 711.º, podia o senhorio recorrer ao meio reconhecido no artigo 712.º, fazendo citar os consortes do praso para d'entre si escolherem cabecel, ou responderem por perdas e damnos, que se traduziriam no augmento do foro pelo incommodo da cobrança dividida.

Se o senhorio quizer vender o dominio directo que recáe sobre um predio, possuido por varios emphyteutas com cabecel, como este encargo já não existe legalmente, reputa-se o dominio directo subdividido em tantas partes, quantas são os foreiros, para o effeito de cada um preferir na parte dos direitos dominicaes correspondente ao seu dominio emphyteutico.

Sobre os termos a seguir por parte do senhorio para a medição e destrinça do foro entre os differentes consortes de um praso, que o trazem dividido em glebas, convem muito ler um artigo publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 437.

A auctorisação do senhorio para a venda de parte do praso com a condição de continuar foreira a parte vendida, equivale á auctorisação para a divisão em glebas, e justifica por isso o augmento do foro.

O encabeçamento dos prasos segundo as regras estabelecidas no artigo só tem logar quando elles não cábem nos quinhões hereditarios, porque cabendo por inteiro n'algum quinhão podem partilhar-se como os outros bens, visto que não se offende com isso o direito de indivisibilidade do predio garantido ao senhorio.

Contra esta doutrina porém julgou o juiz de direito de Moura em despacho de 6 de dezembro de 1875, publicado na mesma, n.º 428, fundando-se em razões de todo improcedentes.

Em accordão de 9 de junho de 1875 julgou a Relação de Lisboa que os prasos fateusins adquiridos por um só dos conjuges na constancia do matrimonio celebrado por costume do reino, devem ser encabeçados por fallecimento d'elle no conjuge sobrevivo, vista a Ord. liv. 4.º, tit. 96, sendo dignas de leitura as tenções, tanto vencedoras como vencidas, que precederam o accordão, o que tudo póde ver-se na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 584 e 598.

Tambem o Supremo Tribunal de Justiça decidiu em accordão de 23 de dezembro de 1873, segundo se declara na mesma folha, 1.º anno, pag. 199, que a lei de 22 de junho de 1846 só extinguiu as rações estabelecidas por titulo generico, e não as estabelecidas por titulo especial e oneroso de emphyteuse.

Artigo 1662.º

Este artigo é uma excepção ao disposto no artigo 1969.º, n.º 6.º, que abrange o estado em o numero dos herdeiros legitimos; pois não teria applicação em caso algum se, porventura, nas palavras — *herdeiros legitimos* — n'elle empregadas, estivesse comprehendido o estado; e n'este sentido julgou a Relação do Porto em accordão de 12 de março de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 24.

Artigo 1677.º

As notificações para o effeito dos artigos 1677.º e 1679.º não admittem opposição alguma, codigo de processo, artigo 645.º

Artigo 1689.º

Em accordãos de 26 de abril e de 14 de outubro de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 297 e 321, julgou a Relação do Porto, que os emprazamentos ecclesiasticos de preterito podem ser provados por todos os meios legaes ordinarios sem ser necessaria escriptura publica, visto que essas corporações são para os effeitos juridicos em varios artigos do codigo equiparadas aos particulares.

Mas opinião contraria seguiu aquelle tribunal em accordão de 19 de novembro de 1872, publicado na mesma folha, n.º 399.

Em accordão de 20 de julho de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 9.º anno, n.º 9, julgou o mesmo tribunal que as luctuosas ficaram extinctas depois da promulgação do codigo civil.

Artigo 1695.º

A lei de 18 de março de 1875 determinou: 1.º que o praso da prorogação, estabelecido na lei de 23 de março de 1874, terminava em 23 de março de 1875; 2.º que desde essa data começava a vigorar aquella lei; 3.º que ficava prorogado até 30 de junho de 1876 o praso estabelecido no artigo 1.º da lei de 23 de março de 1874 para a exigencia dos fóros vencidos ao tempo da promulgação do codigo civil; 4.º que, terminado o praso estabelecido na citada lei de 23 de março de 1874, não poderiam os senhorios, a quem aproveitasse a prorogação estabelecida na lei de 18 de março de 1875, exigir mais de metade dos fóros, que lhes fossem devidos ao tempo da promulgação do codigo; 5.º que os fóros, censos e pensões na posse da fazenda nacional, vencidos ao tempo da promulgação do codigo, podiam ser pagos em prestações annuaes, que não excedessem ao fôro de um anno já reduzido a 50 por cento.

Portanto depois de 23 de março de 1875 já os senhorios não podiam exigir mais de metade dos fóros vencidos antes da promulgação do codigo civil, e passado o dia 30 de junho de 1876 parte nenhuma d'aquelles fóros podiam já exigir.

A lei de 15 de março de 1877 prorogou até 22 de março de 1879 o praso para o registo dos onus reaes, de servidão, emphyteuse, censo e quinhão.

Em accordão de 30 de abril de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 148, de 6 de julho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, que o adjudicatario de um praso é responsavel pelos fóros, embora não tenha estado de posse do predio, se por culpa sua não tomou posse do dominio emphyteutico.

Artigo 1697.º

Os prasos de vidas, que ao tempo da promulgação do codigo civil estavam nomeados em um dos conjuges, continuam a conservar a mesma natureza até ao fallecimento do nomeado, conforme julgou a Relação do Porto em accordão de 13 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 332.

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu em accordão de 14 de julho de 1874, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 695, que os prasos de vidas, tornados fateusins pela disposição do artigo 1697.º do codigo, se communicam entre os conjuges á data da promulgação do mesmo codigo, sem embargo de ser anterior o casamento.

A instituição de herdeiro importava a nomeação dos prasos, quando o herdeiro era só um, Ord. liv. 4.º, tit. 36.º pr.

A nomeação de praso em mais de uma vida era valida só em relação á primeira, como julgou a Relação do Porto em accordão de 14 de junho de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 29, com fundamento na Ord. liv. 4.º, tit. 36.º pr., e tit. 37.º pr. e § 5.º

Se porem eram nomeadas varias pessoas simultaneamente em primeira vida, não caducava por isso a nomeação, devendo ellas fazer o encabeçamento, vista a Ord. liv. 4.º, tit. 36.º, §§ 1.º e 3.º, tit. 96.º, § 23.º, e tit. 97.º, § 25.º

Tambem o comprador do praso em caso nenhum podia ser primeira vida. O vendedor devia ser pelo menos primeira vida, e então podia ser o comprador a segunda, como é expresso na Ord. liv. 4.º, tit. 38.º, § 2.º

Artigo 1710.º

Em qualquer estado da causa podem as partes confessar, desistir, ou transigir, codigo de processo, artigo 140.º

Artigo 1714.º

Tambem a Relação do Porto julgou em accordão de 10 de abril de 1872, publicado no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 23, que a transacção não póde servir de base a uma execução sem estar homologada por sentença, mas que mesmo independentemente de homologação faz cessar a acção pendente entre as partes transigentes.

Em accordão de 13 de junho de 1873 parece ter decidido o Supremo Tribunal de Justiça, como se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 846, que a transacção não póde ser invalidada por meio de recurso interposto da sentença, que a homologa, mas sim por acção ordinaria.

Artigo 1736.º

Sustentam alguns que o artigo 1796.º contém no seu preceito uma excepção ou modificação da sentença do artigo 1736.º, e que se refere á hypothese de o testador dispôr, não da totalidade da herança, mas só de parte, ou esta parte seja determinada ou indeterminada, que é raro fazer um individuo testamento, e não dispôr de toda, mas só de parte da sua fortuna, especialmente quando não tem herdeiros legitimarios, mas que, verificado esse caso, a deixa tem a natureza de legado, ainda que não se determine o objecto, nem o valor.

Não comprehendemos porem como, deixada a dez individuos uma herança, por exemplo, a 10.ª parte a cada um, cada um d'elles é herdeiro, e como não ha de ser herdeiro, mas sim legatario, aquelle a quem se deixa, por exemplo, $\frac{9}{10}$, não dispondo o testador do resto da sua fortuna, só porque não deu expressamente destino á 10.ª parte restante.

A distincção entre herdeiros e legatarios é importante, não só porque o inventario judicial só é obrigatorio quando qualquer dos *herdeiros* é menor, interdicto, ausente ou desconhecido, artigo 2064.º, mas ainda porque os herdeiros têem direitos e obrigações que não têem os legatarios.

Artigo 1740.º

A herança que tiver de ser repartida por certa generalidade de pessoas, nos termos do artigo 1740.º § unico, não poderá ser partilhada, sem preceder sentença que determine quaes são os interessados, codigo de processo, artigos 669.º a 674.º

Artigo 1742.º

Os pobres podem tornar-se pessoas certas, ou por meio de habilitação judicial, ou pelo modo indicado no artigo 312.º n.º 2.º do codigo administrativo, que impõe ás juntas de parochia a obrigação de arrolarem os pobres que têem direito a ser sustentados pela beneficencia. Os pobres em caso nenhum podem ser considerados pessoas moraes, porque não estão comprehendidos nos artigos 32.º e seguintes.

Em accordão de 21 de novembro de 1873, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 6, julgou a Relação do Porto, que era valido o legado deixado aos pobres existentes ao tempo da abertura da herança, e não aos que sobreviessem de futuro, visto o preceito do artigo 1776.º, que não lhes era applicavel a provisão do artigo 1872.º, relativa sómente ao caso de obrigação imposta a herdeiros ou legatarios, e que nem a generica disposição de pobres os deixava comprehender no grupo das pessoas moraes, para se lhes conceder a faculdade de adquirir.

Em conferencia de 4 de fevereiro de 1874, como póde vêr-se da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 244 e 289, respondeu a respectiva Associação, que a capacidade que tem o embryão para adquirir por testamento deve ampliar-se aos corpos moraes, quando venham a constituir-se legalmente.

ARTIGO 1743.º

Se o cumprimento da condição foi impedido, não por culpa de algum interessado, mas por força maior, tem-se por cumprida. Assim é valido o legado deixado pelo testador com a condição de estar o legatario ao seu serviço ao tempo da sua morte, se o legatario estava fóra da casa do testador, ao tempo da morte d'este, para tractar-se de uma doença.

ARTIGO 1747.º

O artigo 1849.º não é applicavel ás successões abertas antes da promulgação do codigo; e por direito anterior não era o herdeiro obrigado a caucionar o legado. N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 8 de maio de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 320.

ARTIGO 1750.º

Em accordão de 2 de maio de 1871, publicado no *Diario do governo*, n.º 121, de 30 do mesmo mez e anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que o procedimento criminal requerido com fundamento no codigo penal contra quem impede outro de fazer disposições de ultima vontade é nullo, se não ha corpo de delicto regular, demonstrativo da pessoa, que fazia essa opposição.

ARTIGO 1752.º

O mudo, a quem não é permittido fazer testamento, porque só póde exprimir-se por meio de signaes, póde todavia fazer doações, ou quaesquer outros contractos, se tiver a capacidade necessaria para reger seus bens, vistos os artigos 337.º e 648.º

ARTIGO 1753.º

No testamento de mão commum, feito entre conjuges, em que estes instituissem um estabelecimento de beneficencia publica, ficando o sobrevivo usufructuario da meação do predefuncto, não póde á morte do primeiro ser obrigado o sobrevivo a caucionar a sua meação nos termos do artigo 2221.º do codigo, apezar de ter acceitado o usufructo da herança do predefuncto, porque esta acceitação não o inhibe de revogar a todo o tempo pela sua parte a instituição relativa á sua meação.

N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordão de 20 de outubro de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 8.

ARTIGO 1755.º

Se o testador, em vez de alienar, adquirir, depois do testamento, os objectos legados, como se legar os direitos e acções a uma herança, e depois a adquirir, no todo ou em parte, ou por sentença, ou por transacção, ou por qualquer outro titulo, o legado vale, artigo 1802.º, ficando o legatario com os bens adquiridos, como representativos dos direitos e das acções.

Em accordão de 7 de janeiro de 1877, que se encontra no processo de revista n.º 16:194, julgou a Relação do Porto, que falta a perfilhação em testamento, ainda que o mesmo testamento seja revogado, subsiste todavia a perfilhação.

ARTIGO 1759.º

O legado condicional não se transmitte aos herdeiros do legatario, se este falleceu antes do testador, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de maio de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 27.

A condição suspensiva faz caducar a instituição, se o herdeiro ou legatario fallece antes de ella se verificar, salvo consistindo a condição apenas em suspender a execução da disposição, artigo 1810.º

ARTIGO 1761.º

Em accordão de 21 de agosto de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 232, de 15 de outubro do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça por cinco votos conformes, que nos termos do artigo 1761.º deve observar-se, em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria, o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o texto do testamento.

ARTIGO 1764.º

Em accordão de 13 de março de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 314, julgou a Relação de Lisboa, que é nullo o fideicommisso deixado em testamento, feito antes, e aberto depois da promulgação do codigo, porque a fórma interna do testamento é regulada pela legislação vigente ao tempo da morte do testador, o que não acontece com a fórma externa, que é acto solemne e acabado, e produz o seu effeito desde que se ultima, como prescreve o artigo 1762.º

O individuo que não sabe escrever, se sabe ler, póde testar em testamento cerrado, vistas as disposições do codigo, e os principios juridicos applicaveis.

ARTIGO 1781.º

A corporação denominada — *irmãs da caridade* — nem na terça do terço póde succeder, porque o decreto de 22 de junho de 1861 lhe tirou a entidade juridica.

ARTIGO 1784.º

O filho perfilhado está sujeito á disposição do artigo 1785.º, ainda que tivesse nascido antes da promulgação do codigo civil, porque a

sucessão é regida pelas leis vigentes ao tempo da abertura da herança.

Em accordão de 20 de março de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 27, julgou a Relação de Lisboa, que o pae com filhos perfilhados, depois do matrimonio, não póde dispôr da terça, senão no excesso da legitima d'estes, que deve ser egual a dois terços da legitima dos filhos legitimos.

Artigo 1792.º

Em sentença de 8 de abril de 1876, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 427, julgou o juiz da 6.ª vara de Lisboa, que o herdeiro, condemnado a pagar dividas do auctor da herança, póde oppôr-se á execução com o meio justificativo de que não houve do devedor bens alguns, e que não póde recorrer aos embargos facultados no artigo 617.º da Nov. Ref. Jud., nem ao recurso de appellação estabelecido no artigo 629.º da mesma Reforma, nem aos embargos de terceiro.

Crêmos porem que os embargos de terceiro são o remedio unico para os herdeiros do devedor se oppôrem á execução em bens, que d'elle não lhes proviessem, porque com relação a taes bens devem reputar-se terceiros.

Artigo 1794.º

Nos artigos 660.º a 664.º regula o codigo de processo os termos a seguir para a nomeação, escusa, e remoção do testamenteiro.

Artigo 1808.º

As condições de casar ou de não casar, postas em escriptura de doação entre vivos, produzem todos os seus effeitos legaes, porque o artigo 1808.º é applicavel só ás disposições de ultima vontade.

A disposição do artigo é egualmente applicavel ao caso de se deixar o legado de uma pensão vitalicia para ser pago só em quanto a legataria fôr solteira, porque tal declaração equivale a inhibil-a de casar em quanto quizer desfructar o legado. N'este sentido opinou a associação dos Advogados de Lisboa em conferencia de 26 de julho de 1875, como póde vêr-se na respectiva *Gazeta*, 2.º anno, pag. 547, 557, 657 e 673.

A Relação do Porto julgou em 17 de novembro de 1874 por tres votos contra dois, como póde vêr-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 398, que a condição imposta ao legatario de casar com certa e determinada pessoa, sob pena de perdimento do legado, é nulla, e que o artigo 1808.º se refere, tanto á prohibição absoluta, como á prohibição relativa de casar ou de deixar de casar.

A clausula, imposta em testamento, de que o legatario entrará na posse da coisa legada quando tomar novo estado é nulla, porque importa inhibir o legatario de *deixar de casar-se*.

Artigo 1868.º

A nossa doutrina de que por direito anterior caducava o fideicommisso, fallecendo o herdeiro fideicommissario antes do fiduciario, tem o seu apoio na legislação romana, e designadamente na lei 11 § 6.º, Dig., *de legatis* 3.º, foi sanccionada pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordãos de 8 de junho de 1846, e de 19 de novembro de 1852, e tem a seu favor os pareceres da Associação dos Advogados de Lisboa, publicados na antiga *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 2955 e 3528, tendo aliás esta corporação opinado em contrario n'um parecer de data muito anterior, publicado em o n.º 386 d'aquella mesma folha.

Artigo 1870.º

A conciliação, que fizemos, do artigo 1870.º com os artigos 2199.º e 2250.º de todo se justifica, comparando estes artigos com o artigo 437.º do Projecto do Codigo Civil Hespanhol, e respectivo commentario de Goyena.

Instituido um fideicommisso no sentido de chamar um terceiro ao que restar da herança ou do legado por morte do herdeiro ou do legatario nos termos do artigo 1871.º n.º 2.º, a favor de alguma das pessoas, indicadas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 1867.º, se o fiduciario alienar alguns bens, e inverter o producto n'outros, parece que estes devem pertencer ao fideicommissario.

As palavras — usufructo *de certa cousa a uma pessoa* —, empregadas no artigo 1870.º não excluem a hypothese de se deixar uma universalidade de coisas indeterminadas, como de uma herança, ou de uma quota parte d'ella, e a mais que uma pessoa conjunctamente.

Em accordão de 25 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 333, julgou a Relação do Porto, que a deixa em testamento de uma propriedade a certa pessoa para usufruir o seu rendimento em quanto viva, e com reversão para seus filhos, e na falta d'elles para os filhos de outra pessoa, significa usufructo em favor da primeira pessoa contemplada, e não fideicommisso.

Artigo 1872.º

O governo declarou em Portaria de 23 de agosto de 1871, publicada no jornal — *O Direito*, 4.º anno, n.º 15, que em vista da Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 41.º, não ha distincção entre obra pia e obra meritoria, devendo o legado em dinheiro, para ser distribuido em esmolas, considerar-se legado pio, sujeito á fiscalisação da auctoridade publica, nos termos dos artigos 1902.º e 1905.º, § unico, do codigo; que a distribuição de dinheiro em esmolas é acto puramente civil, a que não tem applicação a lei de 26 de julho de 1855, artigo 10.º, § 1.º, que só tracta de missas e de suffragios, assumptos puramente ecclesiasticos, e que a justificação do pagamento dos legados de esmolas póde fazer-se por todos os meios de direito, e mesmo pelo comparecimento da auctoridade administrativa local no acto do pagamento, authenticando com a sua rubrica os recibos ou relações comprobativas da entrega das esmolas.

*

ARTIGO 1880.º

No artigo 640.º estabelece o codigo de processo a boa doutrina de que é o interessado na desherdação quem ha de intentar a acção para provar a causa d'ella, podendo obrigal-o a isso o herdeiro legitimario desherdado.

ARTIGO 1895.º

O testamenteiro, auctorisado pelo testador, que não tem herdeiros legitimarios, a apoderar-se da herança para a entregar aos herdeiros, tem direito a receber as letras, que houver na successão, para fazer tambem entrega do producto; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 30 de maio de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 168, de 20 de julho do mesmo anno.

ARTIGO 1898.º

Os testamenteiros, administradores da herança, não podem deixar de prestar contas no juizo orphanologico, embora tenham de as dar tambem á auctoridade administrativa nos termos do § unico do artigo 1905.º com referencia ao artigo 1902.º; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 12 de novembro d'aquelle anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 289, de 20 de dezembro do mesmo anno.

A administração do hospital de S. José não é parte legitima para promover a prestação de contas e applicação ao mesmo hospital dos encargos pios não cumpridos, que não consistam em missas e officios mandados fazer e cumprir pelos defunctos em seus testamentos ou nas instituições de morgados ou capellas, unicos concedidos ao referido hospital pelo alvará de 15 de março de 1614, mas sim em obras de caridade e esmolas aos pobres de certa localidade; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 16 de dezembro de 1873, conforme se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 199.

O individuo residente em paiz extrangeiro póde exercer em Portugal o cargo de testamenteiro, como o de cabeça de casal, fazendo-se representar por procurador.

Em sentença de 31 de maio de 1875, publicada na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 552, julgou o juiz da 1.ª vara de Lisboa, que é o codigo civil quem hoje regula os direitos e as obrigações inherentes ás funcções dos testamenteiros, achando-se n'esta parte revogada a Ord. liv. 1.º, tit. 62; que não entregando o testamenteiro os legados deixados a estabelecimentos de caridade, é aos legatarios, e não á auctoridade publica, que compete demandal-os nos termos do artigo 1838.º; que a prestação de contas d'estes legados só póde ser exigida do testamenteiro pelo herdeiro; que, deixando o testador quantia certa para ser empregada na fundação de um estabelecimento de caridade, não ha logar ao inventario nem á venda dos bens em hasta publica, que o artigo 1902.º exige só para determinar o *quantum* da parte da herança que deve ter a applicação pia; que tambem n'este caso não ha obrigação de prestar contas á auctoridade administrativa nos termos do § unico do artigo 1903.º, por não se dar a hypothese prevista no artigo 1902.º; que, em

vista do § 3.º do artigo 1903.º, ou o testamento seja executado pelo testamenteiro ou pelos herdeiros, não consente hoje a lei, que ao legado para obras pias se dê applicação diversa da que lhe assignou o testador, como era disposto no alvará de 15 de março de 1614, não impondo ao testamenteiro outra pena alem da remoção e da perda da gratificação; e que ao ministerio publico, como representante de todos os interesses sociaes, *ad instar* do artigo 1902.º, ou á respectiva juncta de parochia nos termos do artigo 312.º do codigo administrativo, ou aos proprios interessados, quando certos, compete exigir dos herdeiros ou dos testamenteiros o cumprimento dos legados deixados para obras pias.

É digno de ler-se o que se escreveu em favor e contra a doutrina, reconhecida n'este julgado, no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.ºs 15 e 16, e na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 601, e 3.º anno, pag. 264 e 278.

Em sentença de 5 de abril de 1873, confirmada por accordão da Relação de Lisboa de 7 de outubro de 1874, como tudo póde vêr-se no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 41, julgou o juiz da 1.ª vara de Lisboa, que para a tomada das contas da testamentaria é competente o administrador do concelho, cabeça de comarca, onde o testador havia tido o seu domicilio, sem embargo de dever ser registado o testamento no concelho onde o testador falleceu, porque a competencia para as contas nada tem com a competencia para o registo; que o testamenteiro não póde eximir-se de prestar contas, ainda que o testador o haja desobrigado d'isso.

Em accordão de 7 de novembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 287, d'aquelle anno, parece ter decidido o Supremo Tribunal de Justiça, que o testamenteiro póde guardar os livros em que escriptúra a receita e as despezas da herança até ao julgamento das contas da sua gerencia.

ARTIGO 1901.º

A participação póde ser feita por escripto, ou verbalmente em audiencia, reduzindo-se a declaração a termo para constar em juizo.

ARTIGO 1910.º

Em accordão de 30 de junho de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 636, que a reducção do testamento nuncupativo podia ser requerida depois da promulgação do codigo civil, e que para ser julgada procedente era indispensavel que os depoimentos fossem contestes, e em numero legal.

ARTIGO 1912.º

Em accordão de 11 de maio de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 133, de 16 de junho do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por quatro votos contra um, que para a validade do testamento é essencial que o tabellião e as testemunhas se certifiquem da identidade do testador, e de que este se acha em perfeito juizo, e livre de toda a coacção; que as formalidades relativas aos testamentos publicos não só devem ser cumpridas, mas deve o

tabellião portar por fé como todas foram cumpridas; e que estas solemnidades são sacramentaes, não podendo substituir-se por equipollencia.

Parece-nos dura e injusta esta jurisprudencia. Pois se o tabellião, em vez de dizer que o testamento foi lido em voz alta, que são as palavras da lei, disser que foi lido em voz por todos ouvida ha de annullar-se o testamento?

Tambem a Relação do Porto confirmou em accordão de 3 de junho de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 322, a sentença do juiz de direito da Guarda de 29 de agosto de 1872, que annullou um testamento publico, por o tabellião não declarar que o leu em voz alta, e não portar por fé, que todas as formalidades foram cumpridas e praticadas em acto continuo.

O mesmo tribunal julgou em accordão de 18 de março do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 318, que as formalidades prescriptas na lei para a validade dos testamentos se entendem cumpridas, quando das palavras dos mesmos testamentos se deduz que o foram, ainda que isso se não declare expressamente.

O mesmo tribunal decidiu em accordão de 19 de dezembro d'aquelle anno, confirmado sobre embargos pelo accordão de 29 de maio de 1874, como tudo se mostra da referida folha n.º 423, que é nullo o testamento em que a 6.ª testemunha, que assigna pelo testador, não assistiu a todo o acto, e foi apenas chamada na occasião em que um impedimento phisico estorvou o testador de concluir a sua assignatura.

Artigo 1920.º

Por direito anterior era valida a disposição em testamento cerrado escripta pelo proprio herdeiro ou legatario, por não haver lei que o prohibisse. Assim julgou a Relação de Lisboa, por cinco votos conformes, em accordão de 2 de maio de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 27; e por cinco votos conformes foi negada a revista, interposta contra aquelle accordão.

Artigo 1922.º

A Relação do Porto julgou em accordão de 4 de julho de 1873, confirmado por accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1875, como tudo póde vêr-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 375, que por direito anterior não era nullo o testamento, em que a testemunha, que assignou pelo testador, declarou apenas que assignava — *a rôgo* — sem dizer a razão porque o testador não assignava, sendo esta declaração feita pelo tabellião no instrumento de approvação.

Em conferencia de 26 de janeiro de 1876 respondeu a Associação dos Advogados de Lisboa, como se vê da respectiva *Gazeta*, 3.º anno, pag. 228 e 246, que não ha nullidade em não declarar o tabellião no instrumento de approvação do testamento cerrado o numero de *paginas* que tem o testamento, tendo dicto que elle constava de *duas meias folhas de papel escriptas* até onde começava o auto.

Já se verificou a hypothese de o tabellião não declarar no instrumento de approvação o numero de paginas de que se compunha o testamento, porque o testamento constava de lauda e meia, e o instrumento começava logo em seguida, de modo que se tornava impossivel a substituição ou addição ao testamento. No entretanto na 1.ª e na 2.ª instancia julgou-se unanimemente a nullidade do testamento, e foi negada a revista por quatro votos contra um, como póde vêr-se no processo de revista n.º 15:323.

Artigo 1932.º

O disposto no artigo 1899.º n.º 2.º do codigo, que manda registar o testamento dentro de 8 dias, deve julgar-se modificado pelo artigo 58.º do regulamento de 18 de setembro de 1873, que concede 30 dias para o pagamento do sêllo; e sem o pagamento do sêllo não é admissivel o registo.

Tanto por direito antigo, como pela legislação do codigo, a publicação ou registo do testamento fóra dos prasos legaes não é nullidade insanavel. Antes da lei, que commetteu a abertura dos testamentos á auctoridade administrativa, era costume apresental-os ao juiz para este fazer a abertura; e n'algumas provincias era o parocho quem os abria.

O registo teve origem no alvará de 2 de dezembro de 1604, que creou o officio de escrivão do registo dos testamentos na cidade de Lisboa e seu termo — para bem das almas e melhor cumprimento das disposições dos defunctos —.

A este officio foi dado regimento em 7 de janeiro de 1682, mandando-se no final d'este regulamento que nas provincias fosse executado pelos provedores das comarcas, a quem incumbia tomar contas dos legados pios em conformidade do disposto na Ord. liv. 1.º, tit. 62.

A disposição consignada no artigo 24.º das instrucções de 12 de de novembro de 1860 passou para o artigo 39.º § unico do regulamento da contribuição de registro de 30 de junho de 1870.

Artigo 1939.º

Em accordão de 2 de outubro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 326, julgou a Relação de Lisboa, que por direito anterior a simples ruptura dos sêllos do testamento, feita pelo testador, annullava a disposição testamentaria.

Artigo 1969.º

A Ord. liv. 2.º, tit. 18, § 5.º prohibia aos ecclesiasticos o disporem uns a favor dos outros de quaesquer bens adquiridos por titulo oneroso. Esta prohibição durou até á promulgação da lei de 13 de julho de 1855; porque, se foi levantada pelo artigo 1.º da lei de 19 de novembro de 1821, foi logo restabelecida por outra lei de 5 de junho de 1824.

Artigo 1970.º

Em accordão de 24 de fevereiro de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 13, julgou a Relação de Lisboa, que, concorrendo á herança só sobrinhos, filhos de irmãos, deve ser dividida a successão por cabeça nos termos do artigo 1971.º, visto acharem-se todos

no mesmo gráo, e não haver logar ao direito de representação por se não dar o caso previsto no artigo 1982.º

E o Supremo Tribunal de Justiça decidiu, por quatro votos conformes, em accordão de 6 de agosto do mesmo anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 203, do respectivo anno, que o mesmo era por direito anterior, vista a nov. 118, cap. 3.º, que não concedia o direito de representação aos filhos de irmãos, senão quando concorriam á herança com tio vivo, e por ser esta successão a mais conforme á boa razão, e á vontade presumida do auctor da herança.

É porém forçoso confessar que similhante decisão vae de encontro á jurisprudencia uniformemente seguida no foro antigo.

A doutrina do artigo 1970.º, que chama á successão o parente mais proximo, salvo o direito de representação, e a do artigo 1982.º, que não dá direito de representação na linha collateral senão aos filhos de irmãos, deve julgar-se modificada pelo disposto nos artigos 1969.º, 2000.º e 2003.º, que não chamam collateral algum á successão em quanto houver descendentes de irmãos, ainda mesmo que a estes não aproveite já o direito de representação nos termos do artigo 1982.º

No projecto primitivo não havia esta incoherencia, porque o artigo 2133.º, correspondente ao artigo 1982.º do codigo, tinha outra redacção.

Artigo 1989.º

Em accordãos de 11 de dezembro e de 15 de maio de 1874, de 23 de julho de 1872, e de 4 de agosto de 1876, achando-se o primeiro publicado no jornal — *O Direito*, 7.º anno, n.º 8, encontrando-se os dois immediatos no processo de revista n.º 15:152, e o ultimo no processo de revista n.º 16:039, julgou a Relação do Porto que o filho perfilhado succede ao avô.

Interposta revista do segundo accordão, que julgou que o filho perfilhado e sacrilego succede ao avô, foi negada, por quatro votos conformes, pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 20 de agosto de 1875.

No mesmo sentido opinou já a Associação dos Advogados de Lisboa, e julgou a Relação de Lisboa, por tres votos conformes, em accordão de 13 de janeiro de 1877.

Artigo 2000.º

Por direito anterior os sobrinhos illegitimos concorriam com os tios á herança, porque a Nov. 118, cap. 3.º, não fazia distincção, mas pelo codigo a ordem da successão a respeito dos collateraes é: — 1.º os irmãos e os descendentes legitimos d'estes, artigos 2000.º e 2003; 2.º os irmãos perfilhados, artigo 2002.º; 3.º os outros transversaes legitimos até ao decimo gráo, artigo 2004.º; 4.º os outros transversaes illegitimos, artigo 2005.º

O artigo 2000.º na palavra — *descendentes* — dos irmãos refere-se aos descendentes legitimos, e não aos illegitimos, porque, se a illegitimidade prejudica os irmãos, artigo 2002.º, pela mesma ou por maioria de razão ha de prejudicar os sobrinhos.

Tambem o artigo 2001.º se refere só aos irmãos legitimos, aliás estaria em contradicção com os artigos anterior e posterior.

Em accordão de 23 de maio de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 32, julgou a Relação de Lisboa que o irmão legitimo succedia ao irmão perfilhado uterino que falleceu sem ascendencia, sem posteridade, e sem consorte sobrevivo, visto o artigo 2002.º

Artigo 2009.º

Em accordão de 3 de agosto de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 235, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, que é no domicilio do inventariado que ha de proceder-se a inventario, e que os filhos menores não têem domicilio differente do dos paes.

Em accordão de 12 de fevereiro do mesmo anno, publicado no *Diario do governo*, n.º 93, d'aquelle anno, julgou o mesmo Tribunal, por tres votos contra dois, que o inventario ha de ser processado no juizo do domicilio do auctor da herança, não obstante ter corrido n'outro juizo o inventario do conjuge predefuncto, porque o codigo civil revogou as disposições da provisão de 13 de maio de 1534, e do assento de 17 de junho de 1651.

Effectivamente as disposições dos artigos 188.º e seguintes referem-se á hypothese de os herdeiros menores terem por domicilio o do auctor da herança; e o assento de 17 de junho de 1651, alem de ser tomado para um caso *especial*, cahiu em presença do codigo.

Mas em accordão de 24 de novembro de 1874 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 231, que o inventario por morte do conjuge viuvo é dependencia do inventario do conjuge predefuncto, e que este inventario, sendo appensado, não se considera como documento, para o effeito de ter o sêllo de 60 réis cada meia folha.

O juizo do inventario é competente para a prestação de contas não só dos rendimentos anteriores á partilha, como dependencia natural do inventario, mas tambem dos posteriores em virtude do quasi contracto, resultante do facto da administração; e assim decidiu o Supremo Tribunal de Justiça por cinco votos conformes em accordão de 20 de agosto de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 204, de 9 de setembro do mesmo anno, fundando-se no artigo 183.º da Nov. Ref. Jud., e na Ord. liv. 3.º, tit. 11, § 3.º

Artigo 2013.º

Tambem a Relação de Lisboa julgou, por cinco votos conformes, em accordão de 12 de março de 1859, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 385, que a escriptura publica não era substancial das partilhas entre irmãos nos termos da Ord. liv. 3.º, tit. 59, § 11.º, nem entre outras quaesquer pessoas, depois do artigo 463.º da Nov. Ref. Jud., quando a partilha se achava consummada pela entrega dos differentes quinhões.

O contrario porém julgou sem razão a Relação do Porto em accordão de 27 de janeiro de 1874, revogando a sentença do juiz de direito de Agueda de 7 de março de 1873, com o fundamento de que a escriptura publica era substancial das partilhas pela Ord. liv. 4.º, tit. 96, § 18.º, como tudo póde ver-se na citada folha, n.º 382.

Artigo 2015.º

O coherdeiro póde pedir a totalidade do praso ou da herança sem que o demandado possa oppôr-lhe a excepção de que o praso ou a herança lhe não pertencem por inteiro. E, se o coherdeiro póde pedir só por si a totalidade do praso, ou da herança, por maioria de razão póde pedir a parte ou quota que lhe pertence. N'este sentido julgou a Relação de Lisboa em accordãos de 27 de abril de 1872 e de 8 de março de 1873, publicados na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.ºs 323 e 374.

Esta doutrina porém só tem logar quando o A. vem a juizo fundado no direito successorio. Se é outro o fundamento do pedido, como se um dos donos de um predio arrendado por todos vem só a juizo pedir a renda no todo ou em parte, mas sem designar a parte que lhe pertence, improcede a acção, como julgou a Relação de Lisboa em accordão de 27 de julho de 1872, publicado na citada folha, n.º 323.

O codigo de processo acabou com a tendencia, que havia nos tribunaes, para annullar os processos com o fundamento de não figurarem na causa todos os interessados, estabelecendo no artigo 8.º o seguinte preceito: «É permittido a qualquer dos interessados pedir separadamente a parte que lhe competir na responsabilidade commum, ou a annullação de qualquer acto na parte que lhe disser respeito.»

Antes d'este artigo vinha no projecto, apresentado pelo governo ás côrtes, o seguinte: «Póde qualquer socio, herdeiro ou comparte, em cousa commum, pedir a totalidade d'essa cousa em poder de terceiro, sem que este possa oppor-lhe que ella não lhe pertence por inteiro; e póde tambem pedir só a parte que lhe competir quando a cousa for divisivel.»

Assim o projecto do codigo de processo dava com razão ao socio e ao comparte a mesma faculdade que o codigo civil no artigo 2016.º concede só ao herdeiro; e tirava a duvida que, com quanto não tenha grande razão de ser, sempre é duvida, se o herdeiro, assim como póde pedir a totalidade da herança, póde tambem pedir só o seu quinhão, sendo divisivel a cousa.

A camara dos srs. deputados respeitou o artigo; mas a camara dos dignos pares eliminou-o.

Artigo 2027.º

Em accordão de 31 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 375, julgou a Relação de Lisboa que, para serem responsaveis os herdeiros pelo pagamento das dividas da herança, é necessario provar que elles a acceitaram, não se presumindo essa acceitação nem nos filhos com relação aos paes, porque o artigo 2041.º não faz distincções.

Artigo 2030.º

O codigo de processo, artigo 3.º, comprehendendo na categoria das excepções a litispendencia e o caso julgado, permitte deduzil-as, em qualquer estado da causa, em primeira ou segunda instancia,

quando o interessado não tiver figurado por si no outro processo; e nos artigos 148.º a 150.º regula as condições em que póde ser annullada a sentença passada em julgado.

Artigo 2040.º

Nos artigos 689.º a 694.º regula o codigo de processo os meios a seguir com respeito á acceitação da herança nos termos do artigo 2040.º do codigo civil.

Artigo 2042.º

Em accordão de 30 de julho de 1875 julgou o Supremo Tribunal de Justiça, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 344, que os filhos não podem exigir nova partilha á morte dos paes, se acceitaram a partilha que este lhes fez em vida antes da promulgação do codigo em forma legal.

Não se compadece porém similhante doutrina com o disposto no artigo 2042.º

Artigo 2048.º

Em accordão de 23 de fevereiro do mesmo anno, publicado no jornal—*O Direito*, 7.º anno, n.º 14, julgou a Relação do Porto que é nullo o processo de inventario desde o despacho que deu forma á partilha, se não se fez a citação dos credores nos termos do artigo 2048.º

Artigo 2064.º

O Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 12 de novembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 289, de 20 de dezembro do mesmo anno, referindo-se ao accordão do mesmo tribunal de 25 de janeiro de 1867, mandou fazer inventario orphanologico da herança do Conde de Ferreira, por n'ella haver *interessados* equiparados aos menores, como são os alienados.

Com mais razão porém decidiu o mesmo tribunal em accordão de 20 de julho de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 176, de 7 de agosto do mesmo anno, que os inventarios, em que o interdicto não é herdeiro, mas apenas *interessado*, por ser herdeira a sua mulher, não são orphanologicos, porque os artigos 2012.º e 2064.º do codigo fallam apenas de *herdeiros*, e não de *interessados*.

Já a Nov. Ref. Jud., artigo 392.º, ordenava os inventarios orphanologicos, quando os *herdeiros* eram incapazes de administrar seus bens.

Em accordão de 7 de novembro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 366, julgou a Relação do Porto que não é nullidade o ter começado como de menores um inventario por haver interessados ausentes, e ser depois distribuido como de maiores por se haver ajunctado procuração do ausente.

Effectivamente parece estar banida do fôro a barbara e illegal jurisprudencia que declarava nullos os processos por irregularidade na distribuição, quando só é nullidade a falta *absoluta* de distribuição.

Nos inventarios sobretudo que são processos de natureza administrativa deve haver a maior cautela em annullar os termos do processo.

Os tribunaes, quando declararem incompetente o cabeça de casal, não devem por isso annullar o processado quanto á descripção e avaliação, mas unicamente fazer intimar o novo cabeça de casal para declarar se acceita ou rectifica os termos já processados, a fim de evitar despezas ás partes, e porque o inventario participa mais da natureza de processo administrativo do que do caracter de contencioso judicial.

No entretanto tal é a tendencia dos nossos tribunaes para annullarem os processos, que já vimos uma decisão quasi unanime do Supremo Tribunal de Justiça, em secções reunidas, annullando um inventario desde o começo por illegitimidade do cabeça de casal, quando devia ter annullado o processo só desde o termo de vista ás partes para dizerem sobre a forma da partilha, sendo admittido o novo cabeça de casal a ratificar ou reclamar sobre a descripção dos herdeiros e dos bens, e sobre a avaliação d'estes.

Quem nega a obrigação de fazer inventario deve oppôr-se com embargos, para se decidir por este modo a questão prejudicial se é ou não obrigatorio o inventario; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 9 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 321.

Se no inventario não apparece prova da morte do ausente, nem da qualidade dos seus pretensos herdeiros, deve continuar a considerar-se ausente o herdeiro para todos os effeitos legaes; e assim julgou aquelle tribunal em accordão de 18 de julho do mesmo anno, publicado na mesma folha, n.º 329.

Se o ausente é legatario e não herdeiro, é de maiores e não de menores o inventario, como julgou o mesmo tribunal em accordão de 14 de fevereiro do mesmo anno, publicado na mesma folha.

A deixa do usufructo em separado da propriedade, ainda que os herdeiros possam variar desde a morte do auctor da herança até á morte do usufructuario, não obsta a que se proceda logo á partilha dos bens entre elles, com quanto tenha de ser reformada á morte do usufructuario por serem então outros os herdeiros.

O Supremo Tribunal de Justiça porém decidiu em contrario d'esta doutrina, por dois votos contra um, em accordão de 3 de agosto de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 188, do mesmo anno.

O codigo de processo determina no artigo 169.º que os inventarios de maiores, que passarem a ser de menores, e vice-versa, proseguirão no mesmo juizo e cartorio, sem que haja baixa na distribuição.

Artigo 2070.º

O cabeça de casal não deve descrever no inventario os bens que á morte do auctor da herança tinham já passado ao dominio de terceiro, e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 8 de fevereiro de 1870, publicado no jornal — *O Direito*, 2.º anno, n.º 22.

Artigo 2072.º

Nos inventarios não é preciso fazer a habilitação dos herdeiros, a qual é supprida pelas declarações do cabeça de casal nos termos

do artigo, como julgou a Relação do Porto em accordão de 25 de agosto de 1874, publicado no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 37.

Mas fallecendo no decurso do inventario qualquer interessado, e sendo impugnada a legitimidade dos herdeiros pelas partes, deve ser deduzida a habilitação no processo de inventario; e assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, em accordão de 23 de janeiro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 44, do mesmo anno.

Pela lei nova ha logar á habilitação dos herdeiros nos inventarios nos termos dos artigos 343.º § unico e 699.º do codigo de processo.

Artigo 2079.º

É nulla a venda, feita pelo cabeça de casal, dos bens que sonegou, por ser venda de coisa commum feita por um só dos compartes, artigo 2177.º

Continuâmos a sustentar que a pena de sonegados é procedente contra o conjuge, cabeça de casal, que reputâmos comprehendido na palavra — *herdeiro* — empregada no artigo. Tambem o artigo 906.º n.º 7, dando aos coherdeiros hypotheca legal nos bens da herança para pagamento das respectivas tornas, e o artigo 2123.º, dando ao coherdeiro, que pagou mais do que lhe competia na divida commum, regresso contra os outros coherdeiros na proporção das suas quotas hereditarias, abrangem de certo no seu preceito o respectivo conjuge.

Nem póde presumir-se, porque não ha razão que justifique tal presumpção, que o codigo assim revogasse o disposto na Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 9.º, que impunha a pena de sonegados ao conjuge sobrevivo.

A pena de sonegados não póde correr contra os herdeiros do cabeça de casal, se ao tempo do fallecimento d'este não estava já contestada a lide; mas hão de elles restituir aos interessados a parte que a estes pertencia nos bens sonegados.

Artigo 2083.º

O cabeça de casal é competente para oppôr embargos a qualquer arresto feito nos bens da herança. O arresto não póde effectuar-se em bens determinados de uma herança *pro indiviso*, mas sim no *direito* que o arrestado por ventura tenha a essa herança; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 13 de fevereiro de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 381.

Fallecendo o dono de um estabelecimento commercial, poderá o cabeça de casal continuar com o trafico do commercio, nem o juizo civil deverá obstar a isso; mas hão de entregar-se aos herdeiros os valores existentes no casal ao tempo da morte do auctor da herança. Não devem estes ficar sujeitos a quaesquer perdas resultantes da continuação do giro mercantil, assim como não podem allegar direito aos lucros.

Nos artigos 329.º e 330.º estabelece o codigo de processo o principio e o modo de intervenção dos assistentes na especie do artigo 2083.º, e em quaesquer outros casos de assistencia.

Nos artigos 738.º e 739.º providenceia o mesmo codigo sobre a prestação de contas pelo cabeça de casal.

Artigo 2087.º

Em accordãos de 25 de agosto de 1874 e de 26 de outubro de 1875, publicados no jornal — *O Direito*, 6.º anno, n.º 36, e 8.º anno, n.º 5, julgou a Relação do Porto que nos termos dos artigos 2087.º e 2112.º as questões sobre a obrigação de conferir não podem ser decididas no inventario, e que hão de ser remettidas para os meios ordinarios, prestando os conferentes caução.

Em accordão de 17 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 376, julgou a Relação de Lisboa que estando ventilada no inventario uma questão, que n'elle póde ser resolvida, não póde agitar-se a mesma questão n'uma justificação avulsa, por lhe obstar a excepção de lide pendente.

O Supremo Tribunal de Justiça tem continuado a julgar que as questões a que se refere o artigo 2087.º devem ser resolvidas nos inventarios, sempre que possam ser decididas pela simples inspecção de documentos authenticos, como se mostra dos accordãos de 8 de maio de 1874 e de 18 de maio de 1875, publicados no *Diario do governo*, n.ºs 151 e 136 dos respectivos annos.

Nos termos do artigo 2087.º podem resolver-se incidentemente no inventario as questões suscitadas entre os interessados ácerca da descripção e propriedade dos bens impartiveis, se poderem ser decididas pela simples inspecção de documentos authenticos, e são definitivas estas decisões, cabendo d'ellas todos os recursos, e não podendo emendar-se na appellação da sentença que julga as partilhas. Em conformidade d'esta doutrina decidiu, por cinco votos conformes, o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 28 de maio de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.º 189, de 23 de agosto d'aquelle anno.

Se porém as questões não podem ser decididas senão á vista de documentos particulares, e estes são impugnados pelas partes, devem ser remettidos os interessados para os meios ordinarios.

Não é nullidade insupprivel o não se ter deferido juramento aos coherdeiros para a conferencia dos bens doados pelo inventariado, segundo decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 6 de novembro de 1874, como se mostra da *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 231.

Tem alguns sustentado a opinião de que no processo de inventario não póde conhecer-se das nullidades do testamento, e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 9 de junho de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 584 e 598.

Similhante doutrina porém é abertamente contraria ao preceituado no artigo 2087.º, que manda resolver no processo de inventario a questão de habilitação de herdeiros, a qual depende essencialmente da apreciação da validade ou nullidade do testamento.

O codigo de processo no artigo 724.º manda resolver no inventario todas as questões pendentes, incluindo as que disserem respeito á validade do testamento ou das suas disposições se poderem ser resolvidas só pela inspecção de documentos, quebrando assim o pretexto com que alguns juizes se recusavam a conhecer nos inventarios da validade dos testamentos, cuja apreciação dependia da simples inspecção de documentos authenticos, apesar da expressa e terminante disposição do artigo 2087.º

O mesmo codigo nos artigos 703.º e 704.º modificou o preceito do artigo 2112.º do codigo civil, mandando resolver tambem no inventario as questões sobre a obrigação de conferir e sobre os objectos da collação que poderem ser decididas pelos documentos apresentados.

Artigo 2088.º

O cabeça de casal ou conferente, que demorar sem justa causa a descripção, deixar de indicar os bens aos louvados, ou por qualquer forma demorar o andamento do inventario, é privado da posse dos bens, codigo de processo, artigos 735.º e 736.º

Artigo 2089.º

É o juiz quem escolhe os louvados, não só na hypothese, prevista no artigo 2089.º, de não se accordarem os herdeiros na escolha, mas tambem no caso de revelia dos interessados, vistas as disposições legaes em geral sobre o assumpto.

Artigo 2094.º

Tem sido muito discutido na imprensa juridica se o laudemio, na avaliação do dominio directo, deve ser computado com relação ao valor total do predio foreiro, ou só com relação ao valor restante depois de deduzido o capital da pensão.

No exemplo posto, deve computar-se o laudemio com respeito a 1:000$000 réis, ou com respeito a 800$000 réis? No regulamento de 30 de junho de 1870 não se estabelece expressamente qual das duas bases deve tomar-se para o computo do laudemio, como bem se mostra do artigo 8.º § 5.º, e dos artigos 73.º e 74.º

Deve porém computar-se o laudemio só com relação ao valor do predio foreiro, depois de deduzido o capital correspondente ao fôro, por analogia do que se acha disposto no artigo 3.º § 1.º das instrucções de 31 de maio de 1838, com respeito aos foros pertencentes á fazenda; e assim o determina o codigo de processo no artigo 253.º n.º 3.º

A Relação de Lisboa julgou em accordão de 16 de março de 1872, publicado na *Revista de legislação e jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 316, que a avaliação feita em harmonia com o que está substancialmente disposto no artigo 2094.º é valida.

Nos artigos 253.º a 254.º e 256.º a 259.º determina o codigo de processo o modo e as bases para a avaliação dos bens.

Artigo 2098.º

Os descendentes não são obrigados a conferir o que os ascendentes lhes emprestaram, porque n'este caso não têem os coherdeiros legitimidade para pedir a conferencia, mas simplesmente para demandarem os devedores pela sua quota hereditaria. As collações entre coherdeiros, tanto por direito velho, Ord. liv. 4.º, tit. 97, como

pelo codigo, artigos 2098.º e 2112.º, são da competencia do juizo civil, embora o apuro e liquidação dos valores conferiveis dependa do juizo commercial.

Em conformidade d'esta doutrina julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 4 de julho de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 198, de 3 de setembro do mesmo anno.

Em accordão de 7 de agosto de 1874, publicado na mesma folha, n.º 209, do respectivo anno, julgou o mesmo tribunal que a collação não tem logar entre herdeiros transversaes, e que não ha direito de representação na successão dos prasos de vidas, sem embargo da sua ampliação á linha transversal pela lei de 9 de setembro de 1769, § 26.º

ARTIGO 2103.º

Por direito anterior parece que as doações feitas ao consorte do filho vinham á collação, visto que á collação vinham por morte do pae commum, nos termos da Ord. liv. 4.º, tit. 97, § 21, as doações feitas pelo avô aos netos, por se reputarem feitas em contemplação do pae.

A obrigação de conferir é regulada pela lei vigente ao tempo da doação sujeita á collação.

ARTIGO 2105.º

As doações remuneratorias, embora não venham á collação, porque d'isso as dispensa expressamente o artigo, podem ser reduzidas por inofficiosidade, vista a generalidade do artigo 1492.º, porque não têm o caracter de divida exigivel, artigo 1454.º § 4.º, e apenas têem sobre as outras a preferencia que lhes dá o artigo 2105.º, como preferencia sobre os outros legados têem os deixados em recompensa de serviços, artigo 1795.º, sem todavia perderem a natureza propria de legados.

ARTIGO 2107.º

Em accordão de 7 de julho de 1876, publicado no *Diario do governo*, n.º 211, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça, por cinco votos conformes, que o artigo 1498.º não regula a especie da collação ou conferencia, mas a reducção das doações na inofficiosidade em geral, e que á collação é applicavel o artigo 2107.º, que manda fazer a collação não em substancia, mas pelo valor que as coisas dotadas tinham ao tempo do dote.

A doutrina do accordão é verdadeira em geral. Mas nos casos prescriptos nos artigos 1499.º e 1500.º, como excepção, faz-se a collação em substancia.

ARTIGO 2117.º

A divida commercial, depois de approvada em inventario com assentimento de todos os interessados, reveste a natureza de civil, por meio da novação operada nos termos do artigo 888.º do codigo commercial e do artigo 803.º do codigo civil, e não póde ser demandada senão nos tribunaes civis. Assim julgou o Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 9 de dezembro de 1873, publicado no *Diario do governo*, n.º 24, de 31 de janeiro de 1874.

O conselho de familia com os interessados maiores presentes conhece das dividas exigiveis, nos termos da lei civil, que forem descriptas pelo cabeça de casal ou reclamadas pelos crédores, haja ou não titulo escripto, codigo de processo, artigo 743.º

Approvadas as dividas, e não havendo accordo sobre a designação dos bens a vender para pagamento d'ellas, se houver necessidade de vender, designa-os o juiz em conformidade do artigo 2151.º do codigo civil, cit. codigo, artigo 744.º

Se o conselho de familia approvar qualquer divida, e não for paga por opposição de algum interessado maior, pagar-se-ha a quota respectiva aos herdeiros menores ou similhantes, desde logo, se houver dinheiro disponivel; ou depois da partilha pelos bens que pertencerem a estes herdeiros, cit. codigo, artigo 745.º

ARTIGO 2126.º

Já na imprensa juridica se discutiu se o curador geral dos orphãos está comprehendido na palavra — *interessados* — empregada no artigo, para ser tambem obrigado a responder sobre a forma da partilha antes da licitação. É de certo inconveniente obrigar os interessados, e o representante dos menores e das pessoas a estes equiparadas, a dizerem sobre a forma da partilha antes da licitação, quando este acto póde alterar inteiramente os interesses e as allegações das partes sobre o assumpto.

No entretanto a lei é expressa em declarar que a resposta sobre a forma da partilha ha de preceder o acto da licitação, e não póde duvidar-se de que este preceito obriga tambem o curador geral dos orphãos, cujos curatelados têem o mesmo interesse que os herdeiros maiores.

O systema do codigo tirou tambem a preferencia, que dava a lei velha aos inventariantes, de serem os ultimos a dizer sobre a forma da partilha, que podiam cobrir impunemente os lanços dos co-herdeiros que houvessem respondido anteriormente, visto que eram prohibidas as reliçitações, injustiça que os tribunaes ás vezes corrigiam, dando á licitação a força unicamente de augmentar o valor dos bens licitados, e não a de os aformalar no quinhão do licitante.

Em accordão de 6 de novembro de 1874 decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, com fundamento na Ord. liv. 4.º, tit. 97, §§ 2.º, 4.º, 13.º e 14.º, segundo se declara na *Gazeta da associação dos advogados*, de Lisboa, 2.º anno, pag. 231, que por direito anterior não era nullidade o não consentir licitação nos bens de praso de vidas nem nos bens doados.

Nos artigos 712.º a 720.º e 749.º regula o codigo de processo os termos a seguir sobre a forma da partilha, licitações, encabeçamento de prasos, approvação de dividas passivas, pagamento dos herdeiros não conferentes na falta de bens da mesma especie e natureza, e reclamações contra o excesso da avaliação.

ARTIGO 2127.º

Mais de um coherdeiro póde licitar sobre o mesmo predio, e se um licitar em bens excedentes á sua quota, e não se obrigar a entrar desde logo com o dinheiro em deposito, póde outro, satisfazendo a esta obrigação, evitar que os bens sejam postos em hasta publica.

Em harmonia com esta doutrina julgou a Relação de Lisboa em accordão de 12 de outubro de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 332.

Em nosso entender a licitação apenas dá direito ao licitante de lhe serem aformalados os bens licitados, mas não lhe transfere logo o dominio, o qual elle só adquire definitivamente com a sentença que julga as partilhas, artigo 2139.º

O contrario porém julgou a Relação de Lisboa em accordão de 22 de outubro de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 419, decidiu que o licitante podia logo depois de feita a arrematação vender os bens licitados, que deixavam de fazer parte do acervo dividendo, sendo substituidos pelo preço da venda.

A simples declaração do coherdeiro, de que pretende licitar em valor excedente á sua legitima, e de que se não obriga a entrar immediatamente em deposito com o valor respectivo, não conduz logo á hasta publica sem que se verifique primeiro a licitação, e que o licitante se não obrigue a entrar com o dinheiro em deposito; aliás estava na mão de qualquer coherdeiro o pôr os bens hereditarios em praça contra a vontade dos outros interessados, e dispensar por sua livre vontade a licitação.

Desde que o licitante assigna o termo de entrar em deposito com o valor do excesso da sua legitima, e depois não cumpre, parece que devia ficar sujeito á pena de prisão, como qualquer outro arrematante.

No entretanto a Relação do Porto decidiu em accordão de 25 de agosto de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 37, que apenas são nullas as licitações quando o licitante não depositar nem caucionar o excesso sobre o valor da sua legitima.

A procuração para licitar não carece senão do sêllo de 60 réis; não é necessario o sêllo de 300 réis, só indispensavel nas procurações para os contractos, como taes definidos e regulados no codigo.

Tem sido tambem muito questionado na imprensa juridica se o licitante é obrigado a entrar em deposito logo em seguida á licitação, como diz o artigo—*desde logo*—, com o excesso de valor do seu quinhão; ou se lhe basta caucionar esse valor para o entregar quando forem julgadas as partilhas por sentença, porque só então póde apreciar-se ao certo qual a importancia d'esse excesso.

Sustentam alguns que antes da partilha definitiva não póde calcular-se ao certo o valor da legitima, e portanto a importancia do excesso a entrar em deposito, salvo fazendo-se na occasião da licitação uma partilha provisoria, que a lei não reconhece.

Na hypothese prevista no artigo 2134.º, se não ha lançador, deverá proceder-se em harmonia com a vontade dos interessados, e na falta de accordo entre estes adjudicar-se o predio em licitação áquelle dos coherdeiros que offerecer quantia mais approximada da avaliação.

Artigo 2130.º

Ao conselho de familia compete deliberar se os interessados menores ou similhantes devem licitar, e, no caso affirmativo, nomeará para esse fim um tutor especial, se o representante d'esses interessados concorrer com elles á partilha, codigo de processo, artigo 746.º

Artigo 2138.º

Se a licitação recahe em bens de praso, que necessariamente hão de ser encabeçados n'um dos coherdeiros, parece que não é obrigatorio o pagamento da contribuição de registro com respeito ao excesso do quinhão do licitante, porque esta licitação até certo ponto não é inteiramente voluntaria, mas imposta por lei.

Tambem se nao deve contribuição de registro pela licitação em bens de praso na parte em que a importancia d'esta excede a avaliação primitiva; e assim julgou a Relação do Porto em accordão de 5 de novembro de 1875, publicado no jornal—*O Direito*, 8.º anno, n.º 3.

O praso de trinta dias a contar dos autos da arrematação para o pagamento da contribuição de registro, fixado na lei de 13 de abril de 1874, deverá contar-se nas licitações, não desde o respectivo auto, mas desde a sentença que julga as partilhas.

Em accordão de 31 de maio de 1873, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 379, julgou a Relação de Lisboa que era nullidade insanavel não continuar vista do inventario aos interessados para reclamarem sobre os lotes nos termos do artigo 2144.º do codigo civil.

Mas em accordão de 28 de maio de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.º anno, pag. 75, decidiu com mais razão o mesmo tribunal que não era contra lei o despacho que mandava intimar os interessados para dizerem em vinte e quatro horas sobre os lotes, e que lhes negava a continuação do processo com vista para esse fim, porque a lei não regulava o modo practico da execução do artigo 2144.º do codigo.

O codigo de processo, regulando no artigo 726.º o modo de cumprir o preceito do artigo 2144.º do codigo civil, manda intimar os interessados para, dentro de cinco dias, examinarem o mappa da partilha, e apresentarem por escripto as suas reclamações.

Artigo 2145.º

O preceito do artigo 2145.º é egualmente applicavel, por analogia, ao caso de estar já feita a partilha, e de se tractar da execução do respectivo formal, como julgou a Relação do Porto em accordão de 3 de maio de 1872, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 2.º anno, pag. 281.

Tambem a Relação do Porto decidiu em accordão de 10 de março de 1874, publicado no jornal—*O Direito*, 6.º anno, n.º 23, que o juiz do inventario é o competente para na occasião da partilha, ou em execução do respectivo formal, depois de esta feita, demarcar os quinhões dos predios divididos entre os coherdeiros, quando algum d'estes o requeira.

Artigo 2157.º

As diligencias requeridas pelo curador geral dos orphãos em inventario de menores devem ser logo cumpridas sem aquelle ser obrigado a pagar as custas da diligencia, devendo a este respeito observar-se o disposto no artigo 2157.º do codigo, como julgou a Relação do Porto em accordão de 16 de junho de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 420.

*

As custas do inventario são pagas pelos herdeiros, tercenario e conjuge sobrevivo, ou pelos legatarios no caso previsto no artigo 1794.º, na proporção do que receberem, codigo de processo, artigo 112.º

ARTIGO 2165.º

Se em vez de se omittirem objectos na partilha forem aformalados a algum coherdeiro bens que não existam na successão, parece que os outros coherdeiros deverão compôr-lhe a sua quota parte, a não haver dolo da parte de algum que o sujeite a pesar com a responsabilidade por inteiro.

A partilha, depois de ter passado em julgado a sentença, póde ser emendada no mesmo inventario por accôrdo de todos os interessados, se tiver havido erro de facto na descripção ou qualificação dos bens, ou erro de calculo, codigo de processo, artigo 732.º

Se depois de feita a partilha fallecer algum coherdeiro sem deixar outros bens além dos descriptos, será o quinhão d'elle partilhado no mesmo inventario, cit. codigo, artigo 733.º

As execuções das sentenças de partilhas são instauradas por meio de simples requerimentos, por appenso ao inventario e com referencia a elle, autuando-se cada uma em separado, cit. codigo, artigo 804.º

Se em consequencia da partilha fôr necessario dividir algum predio, procede-se á divisão e demarcação no mesmo processo de inventario, cit. codigo, artigo 740.º

ARTIGO 2180.º

Nos artigos 568.º a 571.º regula o codigo de processo os termos a seguir na divisão da coisa commum, tanto em acção, como em execução de sentença.

ARTIGO 2183.º

Se a coisa commum for vendida não póde na praça o comproprietario preferir tanto por tanto, porque o artigo 2183.º não lhe concede esse direito, apezar de que já temos visto sustentado o contrario na imprensa juridica com fundamento no artigo 1566.º, 2128.º e outros.

ARTIGO 2190.º

Ha casos em que o quinhão está reduzido a pensão certa por contracto do quinhoeiro com o posseiro. N'este caso não têem os quinhoeiros o direito que lhes garante o artigo 2191.º

Nos artigos 651.º a 653.º regula o codigo de processo os termos a seguir quando o quinhoeiro quizer usar do direito que lhe confere o artigo 2191.º do codigo civil, applicando as mesmas disposições ao arrendamento de bens communs.

ARTIGO 2221.º

Em nosso entender não póde o conselho de familia dispensar de caução o usufructuario, porque não ha lei que o permitta, e o artigo 224.º n.º 9.º rege para outra hypothese.

A caução obrigatoria para garantia do usufructo exigida no artigo é só a fideijussoria, e não a hypothecaria; e assim julgou a Relação de Lisboa em accordão de 14 de julho de 1874, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 424.

O inventario não importa partilha, nem esta póde fazer-se sem se saber quem são os herdeiros.

Parece que o usufructuario, quando for dispensado de prestar caução nos termos do artigo 2221.º § 2.º, não é obrigado o prestal-a para reter os capitaes levantados e usufruil-os como quizer, apezar do disposto no artigo 2237.º § 4.º

ARTIGO 2238.º

Na obrigação imposta ao usufructuario de pagar os encargos annuaes comprehende-se a do pagamento de *foros certos*, sendo sem razão a opinião em contrario, que já vimos sustentar na imprensa juridica, de que o usufructuario só responde pelos encargos impostos sobre o producto ou renda dos bens usufruidos, e de que o fôro pesa sobre o capital, devendo assim estar a cargo do proprietario.

ARTIGO 2267.º

Em accordão de 4 de agosto de 1874, publicado no *Diario do governo*, n.º 206, de 15 de setembro do mesmo anno, dizia o Supremo Tribunal de Justiça:

«Considerando que as servidões constituem uma parte do direito de propriedade, e que são inseparaveis dos predios, a que, activa ou passivamente, pertencem, denominando-se por isso propriedades imperfeitas, como é expresso nos artigos 2187.º, 2189.º, 2267.º e 2286.º do codigo civil; etc.»

ARTIGO 2278.º

Em accordão de 24 de abril de 1872, publicado na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, de Coimbra, n.º 314, julgou a Relação de Lisboa que para a mudança da servidão nos termos do artigo não basta que assim convenha ao dono do predio serviente, mas que é alem d'isso indispensavel que a mudança não prejudique o dono do predio dominante.

E em accordão de 20 de abril de 1875, publicado no jornal — *O Direito*, 8.º anno, n.º 13, julgou a Relação do Porto que as questões ácerca da conservação dos caminhos vicinaes, que dão tambem servidão aos particulares, são da competencia dos tribunaes administrativos, e que os particulares não são competentes para reclamarem sobre similhante assumpto.

ARTIGO 2340.º

O codigo de processo regula nos artigos 555.º a 558.º os termos a seguir no tombamento ou demarcação. As custas são pagas pelo au-

ctor, salvo havendo opposição, que são pagas pelo vencido, cit. codigo, artigo 109.°

ARTIGO 2354.°

Nos artigos 380.° a 385.° regula o codigo de processo os termos a seguir no embargo de obra nova; e determina que o embargo póde requerer-se, ou a obra cause prejuizo, ou pela sua direcção venha a causal-o.

ARTIGO 2360.°

A commissão de legislação da camara dos Dignos Pares eliminou sem razão do projecto de codigo de processo, apresentado pelo governo ás côrtes, os artigos 566.° a 598.°, deixando para as leis especiaes a materia de expropriações por utilidade publica.

ARTIGO 2363.°

Em accordão de 19 de outubro de 1875, publicado no *Diario do governo*, n.° 271, do mesmo anno, julgou o Supremo Tribunal de Justiça que, se a responsabilidade criminal é geralmente acompanhada da civil, nem sempre esta é acompanhada d'aquella, differindo essencialmente uma da outra em sua natureza e effeitos legaes, não podendo por isso confundir-se a acção civil de damno com a acção crime.

ARTIGO 2372.°

A Relação de Lisboa julgou em accordão de 27 de novembro de 1875, publicado na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 3.° anno, pag. 355, que devem ser solidariamente condemnados na indemnisação dos prejuizos, que causaram com a fraude que commetteram, os que por qualquer meio contribuiram para fazer servir indevidamente um individuo no exercito.

ARTIGO 2401.°

Nos artigos 100.° e 103.° estabelece o codigo de processo civil a penalidade respectiva contra os magistrados judiciaes que não proferem as suas decisões nos prasos marcados na lei.

ARTIGO 2408.°

A parte não póde ser obrigada a depôr sobre factos criminosos de que seja arguida, codigo de processo, artigo 218.°

ARTIGO 2410.°

Até em embargos de terceiro póde exigir-se o depoimento do executado sob pena de desobediencia, codigo de processo, artigo 928.°

Não é permittida confissão, desistencia ou transacção que importe alienação de bens, renuncia de direitos ou extincção de obrigações, que a lei prohiba, cit. codigo, artigo 144.° Os representantes das pessoas moraes, e dos incapazes ou ausentes só podem desistir, confessar ou transigir nos precisos limites das suas attribuições ou precedendo auctorisação especial de quem dever concedel-a, cit. codigo, artigo 143.°

A prova por juramento ou confissão é regulada nos artigos 216.° a 234.° do mesmo codigo; e no artigo 222.° declara-se que nas causas em que for parte algum incapaz ou ausente não póde exigir-se o depoimento de quem o representar.

Para ser havida por confessa a parte, no caso de não comparecer ou de se recusar a depôr, é essencial que tenha sido pessoalmente citada com esta comminação, e que tenha obrigação de depôr nos termos do artigo 2411.° do codigo civil, cit. codigo de processo, artigos 217.° e 228.°

Quando for parte alguma pessoa moral das mencionadas no artigo 12.° póde exigir-se o depoimento de quem a representar, cit. codigo, artigo 221.°

Nem o juramento como meio de prova, nem o depoimento póde ser prestado por procurador, cit. codigo, artigo 223.°; e póde o depoente requerer certidão do seu depoimento antes de ser entregue á outra parte, cit. codigo, artigo 232.°

A parte póde confessar nos articulados ou por termo no processo; mas as confissões nos articulados podem ser reclamadas em quanto a parte contraria as não tiver acceitado, e o termo de confissão só póde ser assignado pela parte ou por procurador que tenha poderes especiaes com referencia expressa á causa em que tiver logar a confissão, cit. codigo, artigo 233.°

ARTIGO 2417.°

A confissão feita em depoimento é só indivisivel com relação a cada facto, devendo a parte na occasião de a offerecer declarar quaes os factos sobre que pretende aproveital-a, cit. codigo, artigos 230.° e 231.°

ARTIGO 2481.°

As vistorias e exames são regulados no codigo de processo, artigos 235.° a 251.° Podem requerer-se em qualquer estado da causa até se proferir sentença de que não haja recurso, ou que só admitta recurso de revista, cit. codigo, artigo 235.°

Tambem é permittido requerer exame ou vistoria antes de começar a causa, quando for necessario verificar algum facto que mais tarde difficilmente poderia apreciar-se, cit. codigo, artigo 247.°

Póde qualquer das partes requerer novo exame ou vistoria sobre differente objecto, cit. codigo, artigo 251.°

ARTIGO 2429.°

Na reforma de instrumentos observar-se-hão os termos do processo ordinario, codigo de processo, artigo 586.°

Nos artigos 572.° a 585.° regula o mesmo codigo os termos a seguir na reforma de autos e de livros das conservatorias.

ARTIGO 2431.º

Nos artigos 248.º e 249.º regula o codigo de processo os termos a seguir no exame para reconhecimento de letras.

ARTIGO 2495.º

Uma lei do mez de abril de 1877 auctorisou os tabelliães a mandarem escrever nos seus livros de notas quaesquer actos e contractos em geral, subscrevendo-os elles com o seu nome e signal.

ARTIGO 2496.º

Nos artigos 336.º a 341.º estabelece o codigo os meios a seguir para resolver o incidente da falsidade.

ARTIGO 2497.º

No artigo 214.º § unico reproduz o codigo de processo disposição identica á que se encontra no artigo 2497.º do codigo civil.

FIM DO VOLUME V.

INDICE

PRIMEIRO VOLUME

PARTE I

DA CAPACIDADE CIVIL

LIVRO UNICO

		Pag.
TITULO I	— Da capacidade civil, e da lei que a regula, em geral	5
TITULO II	— De como se adquire a qualidade de cidadão portuguez	39
TITULO III	— De como se perde a qualidade de cidadão portuguez	45
TITULO IV	— Dos cidadãos portuguezes em paiz estrangeiro	49
TITULO V	— Dos estrangeiros em Portugal	57
TITULO VI	— Das pessoas moraes	60
TITULO VII	— Do domicilio	74
CAPITULO I	— Disposições geraes	*ib.*
CAPITULO II	— Do domicilio voluntario	76
CAPITULO III	— Do domicilio necessario	78

		Pag.
TITULO	VIII — Da ausencia	83
CAPITULO	I — Da curadoria provisoria dos bens do ausente	*ib.*
CAPITULO	II — Da curadoria definitiva do ausente solteiro	105
Secção	I — Da installação da curadoria definitiva e de seus effeitos	*ib.*
Secção	II — Do inventario e da caução dos bens do ausente	116
Secção	III — Dos direitos e obrigações dos curadores definitivos e demais interessados	*ib.*
Secção	IV — Do termo da curadoria definitiva	121
CAPITULO	III — Da administração dos bens do ausente casado	126
Secção	I — Da administração dos bens do ausente casado, não havendo filhos	*ib.*
Secção	II — Da administração dos bens do ausente casado, havendo filhos	128
Secção	III — Da ausencia simultanea ou successiva	129
TITULO	IX — Da incapacidade por menoridade e do seu supprimento	130
CAPITULO	I — Disposições geraes	*ib.*
CAPITULO	II — Do poder paternal	141
Secção	I — Dos filhos legitimos	*ib.*
Secção	II — Da prova da filiação legitima	154
Secção	III — Dos filhos legitimados	156
Secção	IV — Dos filhos perfilhados	165
Secção	V — Da investigação da paternidade illegitima	172
Secção	VI — Dos filhos espurios	177
Secção	VII — Do poder paternal na constancia do matrimonio	179
Secção	VIII — Do poder paternal, dissolvido o matrimonio	200
Secção	IX — Do poder paternal em relação aós filhos illegitimos	208
Secção	X — Da suspensão e do termo do poder paternal	209
Secção	XI — Dos alimentos	212
CAPITULO	III — Da tutela dos filhos legitimos e illegitimos	228
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Da tutela testamentaria	239
Secção	III — Da tutela legitima	246
Secção	IV — Da tutela dativa	250
Secção	V — Dos protutores	*ib.*
Secção	VI — Da formação do conselho de familia	252
Secção	VII — Dos curadores dos orphãos	263

		Pag.
Secção	VIII — Das attribuições do conselho de familia	264
Secção	IX — Das pessoas que podem escusar-se de serem tutores, protutores ou vogaes do conselho de familia	271
Secção	X — Das pessoas que não podem ser tutores, protutores, nem vogaes do conselho de familia	278
Secção	XI — Dos que podem ser removidos da tutela	281
Secção	XII — Da exclusão ou remoção dos tutores e dos protutores	283
Secção	XIII — Dos direitos e obrigações do tutor	286
Secção	XIV — Das contas da tutela	292
Secção	XV — Dos direitos e obrigações do protutor	295
Secção	XVI — Do arrendamento e da venda dos bens do menor	296
Secção	XVII — Da tutela dos filhos perfilhados	299
Secção	XVIII — Da tutela dos filhos espurios	300
Secção	XIX — Da tutela dos menores abandonados	302
Secção	XX — Da tutela de filhos de pessoas miseraveis	306
Secção	XXI — Da rescisão dos actos practicados pelos menores	308
Secção	XXII — Do registo de tutelas	309
Secção	XXIII — Da emancipação	310
Secção	XXIV — Da maioridade	318
TITULO	X — Da incapacidade por demencia	*ib.*
TITULO	XI — Da incapacidade dos surdos-mudos	337
TITULO	XII — Da incapacidade dos prodigos	340
TITULO	XIII — Da incapacidade accidental	355
TITULO	XIV — Da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria	357

PARTE II

DA ACQUISIÇÃO DOS DIREITOS

LIVRO I

DOS DIREITOS ORIGINARIOS E DOS QUE SE ADQUIREM POR FACTO E VONTADE PROPRIA INDEPENDENTEMENTE DA COOPERAÇÃO DE OUTREM

		Pag.
TITULO	I — Dos direitos originarios	360
TITULO	II — Das cousas que podem ser objecto de apropriação e de suas differentes especies em relação á natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem	369
TITULO	III — Da occupação	391
Capitulo	I — Disposição geral	*ib.*
Capitulo	II — Da occupação dos animaes	392
Secção	I — Da caça	*ib.*
Secção	II — Da pesca	399
Secção	III — Da occupação dos animaes bravios, que já tiverem dono	400
Secção	IV — Da occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados	403
Capitulo	III — Da occupação das cousas inanimadas	409
Secção	I — Da occupação das cousas moveis abandonadas	*ib.*
Secção	II — Da occupação das cousas moveis perdidas	410
Secção	III — Da occupação de thesouros e cousas escondidas	411
Secção	IV — Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados	413
Capitulo	IV — Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados	414
Secção	I — Disposição geral	*ib.*
Secção	II — Das aguas	*ib.*
Sub-secção	I — Das aguas publicas, e particularmente das aguas navegaveis e fluctuaveis	*ib.*
Sub-secção	II — Das correntes de aguas não navegaveis nem fluctuaveis	415
Sub-secção	III — Das fontes e nascentes	423
Sub-secção	IV — Das aguas pluviaes	431

		Pag.
Sub-secção	V — Dos canaes, aqueductos particulares e outras obras relativas ao uso das aguas	433
Secção	III — Dos mineraes	439
Secção	IV — Das substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres	441
Sub-secção	I — Das substancias aquaticas	*ib.*
Sub-secção	II — Das substancias vegetaes terrestres	442

SEGUNDO VOLUME

TITULO	IV — Dos direitos que se adquirem por mera posse e prescripção	5
Capitulo	I — Da posse	*ib.*
Capitulo	II — Da prescripção	58
Secção	I — Da prescripção em geral	*ib.*
Secção	II — Da prescripção positiva	63
Sub-secção	I — Da prescripção das cousas immoveis e dos direitos immobiliarios	*ib.*
Sub-secção	II — Da prescripção das cousas moveis	77
Secção	III — Da prescripção negativa	79
Secção	IV — Disposições relativas a ambas as prescripções	92
Sub-secção	I — Da suspensão da prescripção	*ib.*
Sub-secção	II — Da interrupção da prescripção	98
Sub-secção	III — Da contagem do tempo para o effeito da prescripção	105
Sub-secção	IV — Disposições transitorias	106
TITUTO	V — Do trabalho	114
Capitulo	I — Disposições geraes	*ib.*
Capitulo	II — Do trabalho litterario e artistico	115
Secção	I — Do trabalho litterario em geral	*ib.*
Secção	II — Dos direitos dos auctores dramaticos	130
Secção	III — Da propriedade artistica	133
Secção	IV — De algumas obrigações communs aos auctores de obras litterarias, dramaticas e artisticas	*ib.*
Secção	V — Da responsabilidade dos contrafactores ou usurpadores da propriedade litteraria ou artistica	135

		Pag.
Capitulo	III — Da propriedade dos inventos	139
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Das addições aos inventos	142
Secção	III — Da transmissão da propriedade dos inventos	144
Secção	IV — Da publicação dos inventos	145
Secção	V — Da nullidade e perda do privilegio	*ib.*
Secção	VI — Das acções de nullidade e rescisão do privilegio	147
Secção	VII — Da responsabilidade dos contrafactores	148

LIVRO II

DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR FACTO E VONTADE PROPRIA E DE OUTREM CONJUNCTAMENTE

TITULO	I — Dos contractos e obrigações em geral	150
Capitulo	I — Disposições preliminares	*ib.*
Capitulo	II — Da capacidade dos contrahentes	153
Capitulo	III — Do mutuo consenso	158
Capitulo	IV — Do objecto dos contractos	174
Capitulo	V — Das condições e clausulas dos contractos	175
Capitulo	VI — Da interpretação dos contractos	186
Capitulo	VII — Da fórma externa dos contractos	188
Capitulo	VIII — Da rescisão dos contractos	207
Capitulo	IX — Dos effeitos e cumprimento dos contractos	214
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Da prestação de factos	216
Secção	III — Da prestação de cousas	220
Secção	IV — Da prestação com alternativa	240
Secção	V — Do logar e do tempo da prestação	243
Secção	VI — Das pessoas que podem fazer a prestação, e das pessoas a quem deve ser feita	252
Secção	VII — Da proposta de pagamento e da consignação em deposito	261
Secção	VIII — Da compensação	264
Secção	IX — Da subrogação	273
Secção	X — Da cessão	275
Secção	XI — Da confusão de direitos e obrigações	281
Secção	XII — Da novação	283
Secção	XIII — Do perdão e da renuncia	286
Capitulo	X — Da caução ou garantia dos contractos	287
Secção	I — Da fiança	*ib.*

		Pag.
Sub-secção	I — Da fiança em geral	287
Sub-secção	II — Dos effeitos da fiança em relação ao fiador e ao credor	291
Sub-secção	III — Dos effeitos da fiança em relação ao devedor e ao fiador	298
Sub-secção	IV — Dos effeitos da fiança em relação aos fiadores entre si	300
Sub-secção	V — Da extincção da fiança	301
Secção	II — Do penhor	302
Secção	III — Da consignação de rendimentos	309
Secção	IV — Dos privilegios creditorios e das hypothecas	312
Sub-secção	I — Dos privilegios creditorios	*ib.*
Divisão	I — Dos privilegios creditorios em geral e das suas diversas especies	*ib.*
Divisão	II — Dos privilegios mobiliarios	317
Divisão	III — Dos privilegios immobiliarios	324
Sub-secção	II — Das hypothecas em geral	327
Sub-secção	III — Das hypothecas legaes	349
Sub-secção	IV — Das hypothecas voluntarias	365
Sub-secção	V — Da constituição das hypothecas	366
Sub-secção	VI — Da expurgação das hypothecas	370
Sub-secção	VII — Do registo	387
Divisão	I — Do registo em geral	*ib.*
Divisão	II — Do registo provisorio	449
Divisão	III — Dos titulos que podem ser admittidos ao registo	452
Divisão	IV — Da publicidade do registo e da responsabilidade dos conservadores	468
Divisão	V — Do cancellamento do registo provisorio e do registo definitivo	470
Divisão	VI — Do registo das hypothecas de preterito	476
Sub-secção	VIII — Do concurso de creditos privilegiados e hypothecarios, e da ordem de pagamento d'elles	*ib.*
Divisão	I — Do concurso dos creditos mobiliarios	477
Divisão	II — Do concurso dos creditos immobiliarios	479
Sub-secção	IX — Da extincção dos privilegios e das hypothecas	481
Capitulo	XI — Dos actos e contractos celebrados em prejuizo de terceiro	488
Capitulo	XII — Da evicção	492

TERCEIRO VOLUME

		Pag.
TITULO	II — Dos contractos em particular	3
Capitulo	I — Do casamento	*ib.*
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Disposições communs a ambas as especies de casamento	8
Sub-secção	I — Disposições especiaes relativas ao casamento catholico	29
Sub-secção	II — Disposições especiaes relativas ao casamento feito pela fórma instituida na lei civil	*ib.*
Secção	III — Da prova do casamento	38
Secção	IV — Da annullação do casamento e dos effeitos d'ella	40
Secção	V — Da convenção dos esposos relativamente a seus bens	47
Sub-secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Sub-secção	II — Do casamento, segundo o costume do reino	65
Sub-secção	III — Da separação de bens ou da simples communhão de adquiridos	148
Sub-secção	IV — Do regimen dotal	150
Sub-secção	V — Das doações entre esposados	188
Secção	VI — Das doações feitas por terceiro aos esposados	218
Secção	VII — Das doações entre casados	219
Secção	VIII — Dos direitos e obrigações geraes dos conjuges	222
Secção	IX — Da interrupção da sociedade conjugal	235
Sub-secção	I — Da separação de pessoas e bens	*ib.*
Sub-secção	II — Da simples separação judicial dos bens	293
Secção	X — Do apanagio dos conjuges viuvos	299
Secção	XI — Das segundas nupcias	300
Capitulo	II — Do contracto de sociedade	301
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Da sociedade universal	304
Secção	III — Da sociedade particular	311
Sub-secção	I — Dos direitos e das obrigações reciprocas dos socios	*ib.*
Sub-secção	II — Das obrigações dos socios em relação a terceiro	321

		Pag.
Secção	IV — Da duração e da extincção da sociedade	323
Secção	V — Da sociedade familiar	329
Secção	VI — Da parceria rural	341
Sub-secção	I — Da parceria agricola	*ib.*
Sub-secção	II — Da parceria pecuária	347
Capitulo	III — Do mandato ou procuradoria	352
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Do objecto do mandato, e das pessoas que podem conferir e acceitar procuração	361
Secção	III — Das obrigações do mandatario em relação ao constituinte	364
Secção	IV — Das obrigações do constituinte em relação ao mandatario	368
Secção	V — Dos direitos e das obrigações do constituinte e do mandatario em relação a terceiro	370
Secção	VI — Do mandato judicial	372
Secção	VII — Do termo do mandato	386
Capitulo	IV — Do contracto de prestação de serviços	391
Secção	I — Do serviço domestico	*ib.*
Secção	II — Do serviço salariado	398
Secção	III — Das empreitadas	400
Secção	IV — Dos serviços prestados no exercicio das artes e profissões liberaes	406
Secção	V — Da recovagem, barcagem e alquilaria	*ib.*
Secção	VI — Do contracto de albergaria ou pousada	409
Secção	VII — Da aprendizagem	413
Secção	VIII — Do contracto de deposito	414
Sub-secção	I — Do contracto de deposito em geral	*ib.*
Sub-secção	II — Dos direitos e obrigações do depositario e do depositante	417
Capitulo	V — Das doações	427
Secção	I — Das doações em geral	*ib.*
Secção	II — Das pessoas que podem fazer ou receber doações	454
Secção	III — Da revogação e reducção das doações	460
Capitulo	VI — Do emprestimo	474
Secção	I — Disposições geraes	*ib.*
Secção	II — Do commodato	478
Secção	III — Do mutuo	482
Secção	IV — Do emprestimo feito aos filhos familias	486
Capitulo	VII — Dos contractos aleatorios	487

QUARTO VOLUME

		Pag.
CAPITUTO VIII	— Do contracto de compra e venda	5
Secção I	— Da compra e venda em geral	*ib.*
Secção II	— Do objecto da compra e venda	17
Secção III	— Das pessoas que podem comprar e das que podem vender	22
Secção IV	— Das obrigações dos vendedores	44
Sub-secção I	— Da entrega da cousa vendida	*ib.*
Sub-secção II	— Da garantia e da evicção	48
Secção V	— Das obrigações do comprador	50
Secção VI	— Da compra a retro	*ib.*
Secção VII	— Da fórma do contracto de compra e venda	52
CAPITULO IX	— Do escambo ou troca	53
CAPITULO X	— Do contracto de locação	54
Secção I	— Disposições geraes	*ib.*
Secção II	— Do arrendamento	62
Sub-secção I	— Dos direitos e obrigações dos senhorios e dos arrendatarios	*ib.*
Sub-secção II	— Disposições especiaes dos arrendamentos de predios urbanos	80
Sub-secção III	— Disposições especiaes dos arrendamentos de predios rusticos	82
Sub-secção IV	— Do despejo	84
Secção III	— Do aluguer	99
CAPITULO XI	— Da usura	100
CAPITULO XII	— Da renda ou censo consignativo	103
Secção I	— Da renda ou censo consignativo de futuro	*ib.*
Secção II	— Do censo consignativo de preterito	105
CAPITULO XIII	— Do contracto de emprasamento	108
Secção I	— Dos emprasamentos de futuro	*ib.*
Sub-secção I	— Disposições geraes	*ib.*
Sub-secção II	— Dos bens que podem ser emprasados	126
Sub-secção III	— Dos que podem dar e receber do emprasamento	*ib.*
Sub-secção IV	— Dos direitos e obrigações dos senhorios directos e dos foreiros	127
Secção II	— Dos emprasamentos de preterito	132
Sub-secção I	— Disposições geraes	*ib.*
Sub-secção II	— Dos prasos fateusins	134

		Pag.
Sub-secção III	— Dos emprasamentos das vidas e de nomeação	135
Secção III	— Da subemphyteuse ou subemprasamento	138
CAPITULO XIV	— Do censo reservativo	139
CAPITULO XV	— Da transacção	140
CAPITULO XVI	— Do registo de transmissão de bens e direitos immobiliarios	143

LIVRO III

DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR MERO FACTO DE OUTREM E DOS QUE SE ADQUIREM POR SIMPLES DISPOSIÇÃO DA LEI

		Pag.
TITULO I	— Da gestão de negocios	144
TITULO II	— Das successões	147
CAPITULO I	— Disposições preliminares	*ib.*
CVPITULO II	— Da successão testamentaria	153
Secção I	— Dos testamentos em geral	*ib.*
Secção II	— Dos que podem testar e dos que podem adquirir por testamento	180
Secção III	— Da legitima e das disposições inofficiosas	197
Secção IV	— Da instituição de herdeiros e da nomeação de legatarios e dos seus direitos e obrigações	210
Secção V	— Das substituições	240
Secção VI	— Da desherdação	255
Secção VII	— Dos testamenteiros	257
Secção VIII	— Da fórma dos testamentos	273
Sub-secção I	— Disposições preliminares	*ib.*
Sub-secção II	— Do testamento publico	280
Sub-secção III	— Do testamento cerrado	295
Sub-secção IV	— Do testamento militar	325
Sub-secção V	— Do testamento maritimo	335
Sub-secção VI	— Do testamento externo ou feito em paiz estrangeiro	338
Sub-secção VII	— Disposições communs ás diversas fórmas de testamento	342
CAPITULO III	— Da successão legitima	346
Secção I	— Disposições geraes	*ib.*
Secção II	— Do direito de representação	357
Secção III	— Da successão dos descendentes	*ib.*
Sub-secção I	— Da successão dos descendentes legitimos	*ib.*

	Pag.
Sub-secção II — Da successão dos filhos illegitimos	358
Secção IV — Da successão dos ascendentes	363
Sub-secção I — Da successão dos paes legitimos	*ib.*
Sub-secção II — Da successão dos paes illegitimos	*ib.*
Sub-secção III — Da successão dos ascendentes do segundo gráu e seguintes	364
Secção V — Da successão dos irmãos e dos seus descendentes	*ib.*
Secção VI — Da successão do conjuge sobrevivo e dos transversaes	*ib.*
Secção VII — Da successão da fazenda nacional	369
Capitulo IV — Disposições communs á successão testamentaria e á successão legitima	374
Secção I — Da abertura e transmissão das heranças	*ib.*
Secção II — Da acceitação e do repudio da herança	383
Sub-secção I — Da acceitação simples e do repudio da herança	*ib.*
Sub-secção II — Da acceitação a beneficio de inventario	399
Secção III — Do inventario	407
Sub-secção I — Do cabeça de casal, e do arrolamento e descripção de bens	412
Sub-secção II — Das avaliações	433
Sub-secção III — Das collações	440
Divisão I — Das collações relativas aos bens partiveis	*ib.*
Divisão II — Das collações relativas aos bens não partiveis	451
Sub-secção IV — Do pagamento das dividas	*ib.*
Sub-secção V — Do licitação e da partilha	459
Sub-secção VI — Dos effeitos da partilha	485
Sub-secção VII — Da rescisão da partilha	*ib.*

QUINTO VOLUME

PARTE III

DO DIREITO DA PROPRIEDADE

LIVRO UNICO

	Pag.
TITULO I — Disposições preliminares	5
TITULO II — Da propriedade absoluta e da propriedade resoluvel	6
TITULO III — Da propriedade singular e da propriedade commum	*ib.*
TITULO IV — Da propriedade perfeita e da propriedade imperfeita	10
Capitulo I — Disposições geraes	*ib.*
Capitulo II — Do quinhão	11
Capitulo III — Do usufructo, e do uso e habitação	14
Secção I — Do usufructo	*ib.*
Sub-secção I — Disposições geraes	*ib.*
Sub-secção II — Dos direitos do usufructuario	17
Sub-secção III — Das obrigações do usufructuario	24
Sub-secção IV — Da extincção do usufructo	36
Secção II — Do uso e habitação	41
Capitulo IV — Do direito de compascuo	42
Capitulo V — Das servidões	47
Secção I — Disposições geraes	*ib.*
Secção II — Das servidões constituidas por facto do homem	50
Secção III — Das servidões constituidas pela natureza da cousa ou pela lei	61
TITULO V — Do direito de fruição	62
Capitulo I — Disposições geraes	*ib.*
Capitulo II — Da accessão	*ib.*
Sãcção I — Disposição geral	*ib.*

		Pag.
Secção	II — Da accessão natural	62
Secção	III — Da accessão industrial ou por facto do homem	65
Sub-secção	I — Da accessão mobiliaria	*ib.*
Sub-secção	II — Da accessão immobiliaria	67
Capitulo	III — Do direito de accesso ou transito	70
TITTLO	VI — Do direito de transformação	77
Capitulo	I — Disposições geraes	*ib.*
Capitulo	II — Das restituições impostas á propriedade em defesa da propriedade alheia	*ib.*
Secção	I — Da plantação de arvores e arbustos	*ib.*
Secção	II — Das excavações	85
Secção	III — Das construcções e edificações	*ib.*
Secção	IV — Dos muros e paredes meias	88
Secção	V — Da construcção de depositos de materias nocivas e de outras construcções similhantes	94
TITULO	VII — Do direito de exclusão e de defeza	*ib.*
Capitulo	I — Do direito de demarcação	*ib.*
Capitulo	II — Do direito de tapagem	97
Capitulo	III — Do direito de defeza	100
TITULO	VIII — Do direito de restituição e da indemnisação dos direitos violados	105
TITULO	IX — Do direito de alienação	*ib.*

PARTE IV

DA OFFENSA DOS DIREITO E SUA REPARAÇÃO

LIVRO I

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

		Pag.
TITULO	I — Disposições preliminares	107
TITULO	II — Da responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal	112
Capitulo	I — Da imputação da responsabilidade	*ib.*
Capitulo	II — Da graduação da responsabilidade proveniente de factos criminosos	119

		Pag.
TITULO	III — Da responsabilidade meramente civil	125
Capitulo	I — Da responsabilidade proveniente da não execução de obrigações	*ib.*
Capitulo	II — Da responsabilidade pelos prejuizos causados por animaes e por outras cousas de dominio particular	126
Capitulo	III — Da responsabilidade por perdas e damnos feitos para evitar outros damnos	*ib.*
TITULO	IV — Da responsabilidade por perdas e damnos provenientes da inobservancia de regulamentos ou por desleixo ou imprudencia	128
TITULO	V — Da responsabilidade por perdas e damnos causados por empregados publicos no exercicio das suas funcções	129

LIVRO II

DA PROVA DOS DIREITOS E DA RESTITUIÇÃO D'ELLES

		Pag.
TITULO	I — Das provas	134
Capitulo	I — Das provas em geral	*ib.*
Capitulo	II — Da confissão das partes	136
Capitulo	III — Das vistorias e exames	146
Capitulo	IV — Da prova documental	148
Secção	I — Dos documentos authenticos	*ib.*
Secção	II — Dos documentos particulares	160
Secção	III — Do prova dos nascimentos, casamentos e obitos	177
Sub-secção	I — Do registo civil	179
Divisão	I — Disposições geraes	*ib.*
Divisão	II — Do registo dos nascimentos	185
Divisão	III — Do registo dos nascimentos em casos especiaes	192
Divisão	IV — Do registo dos casamentos	193
Divisão	V — Do registo dos obitos	196
Divisão	VI — Do registo dos reconhecimentos e das legitimações	198
Secção	IV — Das testemunhas instrumentarias	199
Secção	V — Dos vicios que podem elidir a força probatoria dos documentos	*ib.*

			Pag.
Secção	VI	— Dos traslados e certidões	207
Capitulo	V	— Do caso julgado	211
Capitulo	VI	— Da prova testemunhal	*ib.*
Capitulo	VII	— Das presumpções	216
Capitulo	VIII	— Do juramento	217
Secção	I	— Disposições geraes	*ib.*
Secção	II	— Do juramento decisorio	218
Secção	III	— Do juramento suppletorio	223
TITULO	II	— Das acções	224