GUILHERME ALVES MOREIRA

Professor de Direito

INSTITUIÇÕES

DO

DIREITO CIVIL

PORTUGUÊS

VOLUME PRIMEIRO

PARTE GERAL

COIMBRA

IMPRENSA DA UNIVERSIDADE

1907

Propriedade e edição do auctor.

LIVRO I

PARTE GERAL

INTRODUCÇÃO

§ 1 — *Noção de direito*

PIETRO COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato* pag 20 ALESSANDRO GROPPALI *I caratteri differenziali della moralità e del diritto* BIANCHI *Corso di diritto civile*, tomo I pagg 122 SCIALOJA, *Il diritto positivo e l'equità*, LETOURNEAU, *L'evolution juridique*, pag 21 CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano* vol I, pagg 3 e 109 MICHOUD *La théorie de la personnalité morale*, pagg 99 108

1 *Caracter especifico do direito* Formadas como condição necessaria de existencia e desenvolvimento individual, as sociedades humanas elaboram se nellas inconscientemente sentimentos, crenças ceremonias e costumes communs, que constituem normas de proceder pelos vinculos que estabelecem entre os seus membros, tornando se estes vinculos tanto mais fortes quanto aquellas normas mais respeitadas forem e deixando assim de imperar com soberania exclusiva a força bruta,

pela qual devem ser resolvidos os conflictos que nas primitivas hordas surgiram do que apparecem vestigios nas instituições dos diversos povos e designadamente do povo romano (1) Nos sentimentos crenças, ceremonias e costumes que se vão formando e nas ordens ou sentença do juiz ou chefe do agregado ou da assembléa soberana por meio da qual se impõe a sua observancia falla se o phenomeno juridico, cuja existencia dependia da combinação de dois elementos uma norma de vida social e uma autoridade que a impusesse coactivamente (2)

Entre as varias normas de vida social differenciam se pois especialmente as de direito por serem reconhecidas e applicadas coactivamente pelo Estado A falta desse reconhecimento e applicação envolve necessariamente a não existencia da norma juridica que presuppõe não só a sociedade de cujas necessidades resulta, mas o Estado pelo qual se organiza a força social que torna obrigatoria a observancia dessa norma Todo o direito é pois positivo (3)

Ha no direito o constrangimento psychologico que pode consistir ja na consciencia da reprovação social do acto ja no receio da pena applicavel a quem infringir as suas normas Não se limita porem, o direito a esse constrangimento realizando, sempre que seja necessario os interesses garantidos por elle independentemente da vontade A possibilidade de recorrer para tal fim ao poder social representa uma condição essencial do direito (4)

(1) Cogliolo *Saggio sopra l'evoluzione del diritto privato*, pag 10

(2) Dr Guimarães Pedrosa, *Introducção ao estudo do direito internacional privado* pag 70

(3) Gianturco, *Istituzioni di diritto civile* pag 9

(4) Alguns publicistas sustentam que não ha normas juridicas sem que o Estado as declare e lhes dê força obrigatoria Veja se Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi* tomo I, cappitulo III

Confundido a principio, na massa homogenea do costumes, com as outras normas de conducta social o direito vae se desintegrando dellas pela sua fixação em leis positivas e determinadas, que têem por objecto regular, no que mais fundamentalmente interessa as condições de coexistencia social, a reciproca interferencia das actividades sociaes e a sua cooperação para um fim commum, impondo o respeito pelas pessoas, garantindo a sua livre actividade e a posse dos bens legitimamente adquiridos, e preceituando ainda o auxilio reciproco

No desenvolvimento das sociedades á medida que as suas condições se transformam vão se modificando correspondentemente as normas juridicas, que lhes servem de garantia operando se a passagem de normas de moral para normas de direito e vice versa, conforme se reconhece ou não a necessidade de manter coactivamente a sua observancia Quando se não dê essa necessidade, deve respeitar se a autonomia individual, derivando dahi do facto de o direito apresentar, em virtude das condições particulares de vida que se dão em cada Estado e á quaes elle deve adaptar se, um caracter menos geral que a moral, e a onda de haver orgãos do Estado que, pela declaração das normas juridicas, incessantemente promovem essa adaptação, dando se assim nas normas juridicas uma transformação mais rapida do que nas moraes, em que essa transformação se vae realizando quasi insensivelmente, que ha actos que a moral condemna e o direito permitte e actos que a moral consente e o direito prohibe (1)

(1) Sobre os caracteres differenciaes entre a moral e o direito, veja se Groppali, *obr cit* pag 163 e segg, onde se faz uma rigorosa e lucida critica das differentes theorias O dever moral, implicando uma relação entre o dictame da lei e a vontade tem como sancção interna o prazer ou o remorso, que, produzindo se na consciencia individual, não têem caracter definido, e, como sancção externa a approvação ou reprovação da consciencia social, que não tem orgãos proprios por que exerca de modo inoravel essa funcção

2 *Direito objectivo e subjectivo — relação entre elles* Sendo uma norma cuja observancia é imposta pelo constrangimento, o direito presuppõe uma actividade consciente uma determinação livre, e que é tornou necessario limitar essa liberdade reciprocamente até onde o reclame a solidariedade social O conjuncto das normas por que se garante o livre desenvolvimento das aptidões individuaes na solidariedade social constitue, consideradas abstractamente as relações sociaes, ou como institutos juridicos, o *direito objectivo* que póde definir-se — a vontade geral, manifestada por orgãos competentes, em regras que determinam e coordenam as relações sociaes, tornando as obrigatorias É esta a significação da palavra *direito* nas expressões — direito portuguez direito constitucional direito privado

Consideradas essas normas em relação ás pessoas, cujos interesses tutelam e garantem conferem em força ou poder juridico a força individual attribuindo a faculdade de praticar factos que a lei reconhece e protege A esta faculdade ou poder dá-se a designação de *direito subjectivo*, sendo neste sentido que se define *direito* no artigo 2.º do codigo civil

Representando o interesse que o direito garante o elemento fundamental deste não se tornando essencial que a vontade ou faculdade que o direito presuppõe, exista no proprio titular do direito, poder-se-ha definir mais rigorosamente direito subjectivo — o interesse juridicamente garantido mediante o reconhecimento da vontade que o representa

É o interesse e não a vontade que o direito protege directamente Pode portanto faltar a vontade natural e haver direito, como se dá em relação aos loucos e menores sem discernimento (1)

O direito subjectivo presuppõe necessariamente o direito objectivo ou uma lei que o reconheça e garanta, quer declarando expressamente quer não prohibindo pois que sendo o direito objectivo uma restricção da liberdade, determinando-se por elle, imperativamente, quaes são os limites dentro dos quaes em virtude da solidariedade social, se podem desenvolver as forças individuaes segue-se que onde essa limitação não existe ha implicitamente o reconhecimento da liberdade individual É assim que na carta constitucional é preceituado (art. 145 § 1.º) que nenhum cidadão póde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa senão em virtude da lei

(1) Veja-se DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, parte I § 39.

§ 2 — *Divisão do direito objectivo*

DR. LARANGO *Principios de direito politico e constitucional portuguez* introducção, pag. BIAGIO BRUGI, *Introduzione encyclopedica alle scienze giuridiche e sociali* § 130 ARENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie de droit* 7.ª edição tomo I pag. 2 § BIANCHI, *obra* e tomo cit., pag. 4 CIMBOLI *Istituzioni di diritto civile italiano* pag. 3

3 *Divisão do direito em publico e privado* Abrangendo todas as relações do homem na sociedade o direito póde scindir-se em tantos ramos quantas forem as categorias dessas relações Diversas têem sido as classificações apresentadas A classificação do direito que mais nos interessa é a tradicional em *publico* e *privado*

O direito pode respeitar ao proprio Estado e aos agregados sociaes que, como o municipio e a parochia delle representam fracções organicas, determinando a sua organização e as relações entre elles e os cidadãos considerados como membros do Estado ou dos referidos agregados, e constitue o *direito publico*, e pode applicar-se aos individuos como particulares

e ao Estado ou agregados sociaes considerados como pessoas moraes ou mero particulares, formando o direito *privado* (cod. civ., art. 3.º)

Os cidadãos não perdem pelo facto de fazerem parte duma sociedade constituida a sua autonomia, a qual é pelo contrario reconhecida dentro dos limites fixados pela lei podendo assim constituir relações em que não sejam considerados como membros da sociedade mas como particulares relações que são reguladas por adequadas normas juridicas. É como tal o Estado e aos agregados sociaes em que elle se fracciona se attribue personalidade juridica, reconhecendo-se lhes nas relações patrimoniaes capacidade civil como aos cidadãos (cod. civ. arts. 32.º, 34.º, 35.º, 382.º § unico, 416.º) podem estabelecer-se entre esses agregados e entre elles e os cidadãos relações de caracter particular regidas tambem pelo direito privado.

Por outro lado o cidadão é membro do Estado e nessa qualidade surgem, entre elle e o Estado, relações que têem como razão determinante o interesse geral ou commum de todos os cidadãos que é representado pelo Estado.

Destas noções vê-se que a distincção entre o direito publico e privado não se fundamenta só no sujeito da relação juridica mas na razão e no conteudo ou natureza dessa relação podendo o proprio Estado ser sujeito de direito publico e privado.

Tambem não pode considerar-se como direito publico o que é dominado pelo interesse geral e não pode portanto ser derogado por vontade das partes: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. II, 14, 38), e como direito privado o que é dominado pelo interesse particular e pode portanto ser livremente derogado, porque a distincção legal que nos diversos Estados e tem feito entre as normas de direito publico e de direito privado não se manteve fiel a esse criterio. É assim que no direito privado ha normas como as respeitantes a organi-

zação da familia e da propriedade que o legislador considerou como tendo por base a utilidade publica, não deixando portanto dependente do arbitrio das partes a sua applicação. São as leis chamadas *de interesse e ordem publica*. Acresce que nem theoricamente será possivel a classificação do direito tomando-se por base a utilidade publica e a privada porque, sendo toda a lei util para o Estado util tambem para os cidadãos, e vice-versa necessario que para a interpretação das normas juridicas no direito publico ou privado attender-se ao seu fim directo que nem sempre é possivel precisar sendo que as normas juridicas referentes ás mesmas relações sociaes apresentam sob esse aspecto conforme as condições do meio, diverso caracter.

O que pode dizer-se é que no direito publico ha sempre, como razão dominante o interesse collectivo do agregado, do qual participam como membros delle todos os associados, e que no direito privado é o interesse individual que constitue o fim dos actos que por elle são regulados.

4 *Divisão do direito publico e do privado*. As normas de direito publico subdividem-se em diversos ramos. Assim o direito pelo qual se constitue o Estado determinando-se as suas funcções organicas chama-se *politico*; o que regula o exercicio dessas funcções, *administrativo*; o que representando propriamente uma sancção das outras normas juridicas, estabelece penas contra os factos perturbadores da ordem e da segurança social *penal*; o que prescreve as formas por que o poder judicial exerce a força coercitiva do direito decidindo as questões que se suscitam e punindo os crimes *processo*.

O direito privado que tambem é denominado *direito civil* em sentido lato divide-se em *direito civil* propriamente dicto e *commercial*. Esta distincção fundamenta-se em que as relações juridicas podem ter effeitos communs ou especiaes, tendo estes a sua razão justificativa na qualidade das pessoas que

entram nessas relações dos bens a que ellas respeitam ou dos factos de que resultam

O direito civil, ou direito privado *commum* tem como instituições fundamentaes a capacidade civil ou direito de personalidade a familia as obrigações a propriedade e as successões sendo as normas que constituem estes tres institutos applicaveis salvas as excepções consignadas na lei tanto aos individuos como ao Estado e aos outros agregados sociaes Em relações juridicas desta natureza e embora esses agregados procedam no interesse commum dos seus membros, têem os mesmos direitos que os individuos

O legislador, tendo em consideração as necessidades especiaes do commercio, estabeleceu para elle um direito proprio que tem o nome de *direito commercial* o qual representa, relativamente ao direito civil, um direito *singular* ou *especial* Tomada a expressão *direito civil* em sentido estricto não abrange esse direito

5 *Direito universal e particular commum e singular* Havendo condições de vida social que são communs a todo o territorio dum Estado, outras ha que variam de localidade para localidade, e devendo o direito adaptar se a essas condições, póde haver normas que devam applicar se em todo o territorio nacional e outras que so sejam applicaveis a determinadas regiões E embora seja legitima a aspiração de unificar o direito na sua applicação territorial, como um dos meios mais efficazes de promover a coheção nacional certo e que difficilmente e não sem grave prejuizo para a economia social, poderá conseguir se essa unificação, sendo que embora possam apagar se as tradições juridicas o legislador não pode alterar a ordem natural das cousas

Por outro lado as condições especiaes de determinadas categorias de pessoas e de certos actos podem reclamar a applicação de normas singulares de direito A existencia destas

normas só pode justificar se quando ellas tenham a sua razão determinante no interesse commum o qual, exigindo que as actividades individuaes sejam harmonicamente coordenadas impõe ao mesmo tempo que se estabelecam normas juridicas adequadas as condições peculiares de cada uma dessas actividades O direito singular quando determinado por considerações desta natureza de modo algum significa uma infracção ao principio da igualdade, o qual reclama que haja as mesmas garantias dadas as mesmas condições

Não podem porem defender se os *privilegios* palavra que, na sua significação propria exprime uma excepção de caracter individual a lei geral que tão frequentes foram no nosso antigo direito havendo sido abolidos pela carta constitucional (art 145 § 15)

Ao contrario do que se dava com os privilegios o direito singular contem um principio de caracter geral sendo applicavel a todas as relações juridicas em que se verifiquem as condições exigidas para a applicação desse direito

6 *Direito interno e internacional* As normas por que se tutelam os interesses dentro de cada Estado constituem o *direito interno* (1) O direito não garante porem so as relações sociaes e os interesses dentro de cada Estado As relações entre os diversos Estados considerados como agregados autonomos na sociedade internacional e as que se dão entre pessoas não pertencentes ao mesmo Estado entram tambem embora dum modo incompleto e em parte inefficaz, na esphera do direito, que deve garantir a existencia e o desenvolvimento da actividade individual em qualquer meio onde se exerca Ao direito

(1) Era o que os jurisconsultos romanos, contrapondo o ao *jus gentium*, e os nossos antigos escriptores e legisladores contrapondo o ao *direito canonico*, chamavam *direito civil*

que regula essas relações da se a designação de *direito internacional* o qual tambem se divide em *publico* e *privado*

§ 3 — *Fontes de direito interno*

Cogliolo *Filosofia del diritto privato* pag. 40 Mazzoni *obr. cit.* tomo I, pag. 8, Cheiron e Abel o, *Trattato* tomo I, pag. 22 Bianchi *obr. cit.*, tomo I, pag. 102

7 *Noções geraes. Fontes de direito* são os modos de formação das normas juridicas, ou as formas que essas normas revestem.

As fontes de direito reduzem-se fundamentalmente a duas: *lei* ou *direito escripto* e o *costume* ou *direito não escripto*.

Alguns jurisconsultos fazendo distincção entre fontes *immediatas* e *mediatas* incluem nas fontes de direito não só as normas por que se manifesta a vontade collectiva e que têem de per si força obrigatoria, mas ainda regras que não tendo de per si força obrigatoria, a adquirem quer em virtude de expressa disposição da lei quer por serem necessarias para a sua interpretação.

A necessidade das fontes mediatas resulta já de ser impossivel ao legislador attenta a multiplicidade de relações da vida social e o seu incessante desenvolvimento, formular normas que regulem todos os casos concretos, tendo assim o juiz de declarar o direito nos casos omissos já do facto de nem sempre se poder determinar só pelo texto da lei o seu sentido, tendo de recorrer a outros elementos para reconstituir o pensamento do legislador.

As fontes mediatas resumem-se, portanto, no direito subsidiario e na interpretação, de que tractaremos noutro logar, estudando aqui só as fontes immediatas.

8 *O costume.* O costume é a immediata manifestação da vontade do povo por meio duma pratica uniforme e constante — *tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*, como o definiu Ulpiano. Considerado como manifestação da vontade social o costume reves e caracter obrigatorio (*opinio juris vel necessitatis*).

A vontade collectiva não se manifesta em regra pelo menos, na origem do costume, servindo-lhe apenas de fundamento e cooperando no seu desenvolvimento. O costume tem a sua origem na iniciativa individual e diffunde-se quer pela influencia da auctoridade quer da imitação, sendo ordinariamente desconhecido o primeiro acto da iniciativa individual e o processo da sua diffusão.

É por esta que o costume se torna um elemento de vida social e que a vontade collectiva intervem impondo-o a vontade individual. A força do costume, como norma juridica resulta portanto da sua realidade historica e social.

A propria origem do costume manifesta a sua opportunidade, e larguissima foi a acção que exerceu no direito precedendo não só o direito escripto mas conservando, quando este se começou a desenvolver, um logar importante ao lado delle. A falta de certeza e de precisão, porem, que se davam nos costumes como fonte de direito, sendo necessario para que revestissem o caracter de normas juridicas que como taes fossem declarados pela lei ou impostos coactivamente pelo juiz, determinou a sua successiva substituição pela lei que é actualmente entre nos nos dominios do direito privado a unica fonte de direito não podendo pelo costume estabelecer-se direito nem *contra legem* nem *praeter legem* nem *secundum legem*.

Já pela lei de 18 de agosto de 1769 o costume não valia contra a lei escripta, disposição que se encontra reproduzida no artigo 9.º do codigo civil, em que se determina que ninguem póde invocar o desuso da lei e portanto um costume contrario

á lei, para se eximir ao cumprimento das obrigações por ella impostas

Os costumes que respeitem a relações sociaes, que não tenham normas reguladoras no direito escripto tambem não podem ser observados como lei Nesse caso devem applicar-se os principios de direito natural, como determina o artigo 16.º do codigo civil

Alguns artigos do codigo preceituam que em determinadas circumstancias se appliquem os *usos* e *costumes* da terra A força obrigatoria que esses usos e costumes têem deriva, portanto da propria disposição da lei e não da repetição geral e constante dos mesmos actos

Nestes casos o costume será dentro dos limites fixados na lei uma fonte mediata de direito que pode servir ja para supprir a falta de clausulas em que expressamente se determinem as condições ou effeitos dos contractos (cod civ, artt 1273 1574.º 1608.º n.º 1.º 1633.º 1628.º) ja para regular o exercicio ou adquisição de direitos (cod civ art 2.º 2.º)

Os usos a que a lei manda recorrer para interpretar ou supprir a vontade das partes, e que se chamam *convencionaes* (cod civ, art 684.º), não podem considerar-se, salvo nos casos em que constituam regras dispositivas subsidiarias como normas de direito objectivo sendo meras presumpções de qual fosse a intenção das partes Nesses costumes não ha a *opinio juris* (1)

Pelo costume não póde tambem interpretar-se a lei com caracter obrigatorio Nas questões sobre direitos e obrigações o juiz tem de decidir em harmonia com o texto da lei com o seu espirito e com a analogia (cod civ art 16.º), não po-

(1) Veja-se Gény *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif* pag. 276 e segg, e Saleilles *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, pag 66 e segg

dendo invocar-se não como meio de convicção o modo por que a lei haja sido applicada

9 *Lei* Por *lei* entende-se a declaração das normas a que deve subordinar-se coactivamente a actividade social, declaração feita em cada Estado pelos orgãos competentes

Entre nos, da mesma forma que nos Estados em que vigora o systema representativo, a funcção de legislar pertence ao parlamento, sendo todavia attribuida ao poder executivo e ás auctoridades locaes competencia para, dentro de certos limites, publicarem normas de caracter obrigatorio

A palavra *lei* tomada na sua accepção mais generica, comprehende portanto não só os diplomas que contenham providencias legislativas emanadas das cortes e sanccionadas pelo rei, mas quaesquer outros que contenham normas obrigatorias, emanadas do governo ou de corporações locaes como decretos, regulamentos, regimentos e posturas

Em sentido proprio, *lei* é a declaração feita pelo poder legislativo, das normas obrigatorias por que devem regular-se as relações sociaes O poder legislativo pertence, pela nossa carta constitucional, ás cortes com a sancção do rei Qualquer providencia que é sujeita a discussão das camaras tem o nome de *proposta* ou *projecto* de lei recebendo o nome de *decreto* depois de approvada por ambas Para que exista a lei, é necessario que se dê a *sancção*, que é o acto pela qual o rei adhere á declaração das côrtes

Desde que um decreto é sanccionado, a lei fica perfeita, mas, para que se torne obrigatoria, são necessarias a *promulgação* e a *publicação*

Promulgação é o acto pelo qual o rei attesta aos cidadãos a existencia da lei, ordenando-lhes que a observem e as auctoridades que a executem A sua forma é a seguinte

«Dom por Graça de Deu Rei de Portugal e dos Algarves, etc Fazemos saber a todos os nossos subditos, que

as côrtes geraes decretarum e nos queremos a lei seguinte (lei)

Mandamos portanto a todas as auctoridades, a quem o conhecimento e a execução da referida lei pertencer que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contem»

Ao diploma que contem a lei com a formula da promulgação dá se o nome de *carta de lei*

A promulgação e a sancção embora procedam do chefe do Estado, differem em que

1) a sanccão é um acto livre do rei, a promulgação é um acto obrigatorio,

2) a sanccão é um elemento essencial para a existencia da lei a promulgação torna executiva uma lei já formada imprimindo lhe o caracter de authenticidade que para isso lhe é necessario

As cartas de lei são assignadas pelo rei e pelo ministro ou ministros de Estado respectivos

Publicação da lei é o acto por que se dá conhecimento della aos cidadãos e se torna obrigatoria A publicação da lei faz se pela sua impressão na folha official do governo hoje *Diario do Governo,* conforme o disposto no decreto de 19 de agosto de 1833, relativamente ao continente e ilhas adjacentes (1)

(1) A administração geral da Imprensa Nacional está autorisada a dar a estampa e fazer inserir na collecção official além dos diplomas legislativos e regulamentares publicados no *Diario do Governo* todos os que tiverem força de obrigar, quer se achem inéditos, quer estejam impressos em escriptos avulsos»

A collecção official de legislação abrange as leis de de 1820 até hoje Da legislação posterior a 1603, as collecções mais importantes que possuimos são a de Jose Antonio de Andrade e Silva que comprehende a legislação de 1603 a 1700, e a de Antonio Delgado da Silva, que comprehende a de 1700 a 1820

No ultramar a publicação faz se nos respectivos *Boletins officiaes* (1) Em alguns diplomas declara se que se tornam obrigatorios independentemente dessa publicação, e a portaria de 29 de julho de 1890 determina, dum modo geral, que basta a publicação no *Boletim official* do diploma que mandar executar as leis ou regulamentos no ultramar se já estiverem em vigor no continente do reino e portanto publicados no *Diario do Governo* (2)

10 *Decretos com força de lei* O poder executivo publica providencias com a mesma força obrigatoria que as leis, nos seguintes caso

a) delegando lhe o poder legislativo essa faculdade para desenvolver e completar as normas geraes que se contêem na lei Assim a lei pode crear a instituição do registo civil, autorizando o governo a decretar a parte organica das suas repartições e a forma por que se deve effectuar Estas normas farão parte integrante da lei e terão a mesma força obrigatoria que ella dentro dos limites das faculdades delegadas no governo

b) constituindo se em dictadura, isto é usurpando funcções pertencentes ao poder legislativo, quando o reclamem circumstancias imperiosas (3),

(1) Veja se sobre as regras para a publicação dos diplomas officiaes nos boletins dos governos das provincias ultramarinas a portaria de 15 de fevereiro de 1894

(2) Sobre as condições necessarias para que as leis, decretos e regulamentos vigorem nas provincias ultramarinas, veja se a *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol. 28, pag. 225

(3) O poder judicial tem a attitude os decretos dictatoriaes considerando-os obrigatorios emquanto não forem revogados pelo poder legislativo Veja se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de abril de 1891, na *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol. 24, pag. 365, e de 6 de junho de 1900 na *Collecção official*, 1904 1905, pag. 226

c) decretando em conselho medidas legislativas de caracter urgente para as provincias ultramarinas no intervallo das sessões parlamentares (acto additional de 5 de julho de 1852 art. 15.º § 1.º).

Nos casos (*b*) e (*c*) o governo deve submetter ás côrtes, logo que se reunam, as medidas publicadas (tractando-se de dictaduras, o governo submette o decreto ás côrtes para que estas o absolvam da responsabilidade em que incorreu. E o que se chama — bill de indemnidade — ou lei de isenção da responsabilidade ministerial.

Estas funcções legislativas são exercidas pelo governo por meio de *decretos*.

São varias as formas de redigir os decretos, mas são sempre feitos em nome do rei, assignados por elle e referendados pelo ministro ou ministros das respectivas secretarias do Estado.

Sendo feitos por expressa determinação da lei, ou no uso da faculdade concedida pelo primeiro acto additional, principiam por invocar a respectiva disposição.

Quando contêem medidas dictatoriaes, principiam geralmente pela formula «Attendendo ao que me representaram os *ministros e secretarios d'Estado de todas as repartições*». Nestes decretos introduz-se a expressão «para ter força de lei», ou manda-se, numa disposição final, dar conta ás cortes das disposições que carecam de sanção legislativa.

Outros decretos principiam pela exposição dos motivos que fundamentam a sua parte dispositiva sob a forma de considerandos.

Depois do principio redigido por qualquer destas formas, vem a phrase «Hei por bem decretar».

Segue-se o conteudo do decreto terminando todos pela formula «O ministro (ou ministros) e secretario de Estado dos negocios de... assim o tenha entendido e faça executar». Segue-se a indicação do paço e a data, a assignatura e a referenda do ministro ou ministros.

11 *Regulamentos*. Como attribuição propria compete ao poder executivo fazer os regulamentos necessarios para a execução das leis, os quaes, embora sejam de ordem executiva, devem ser observados e cumpridos da mesma forma que as leis, já porque o governo é competente para os publicar por expressa disposição da lei (*carta constitucional* art. 75 § 12.º), já porque as normas executivas se contêem implicitamente nas dispositivas. Os regulamentos não devem cumprir-se, porem, quando contenham normas contrarias a lei (1).

Os regulamentos fazem parte dos decretos que os approvam, encontrando-se elles por vezes nestes as disposições regulamentares, caso em que se lhe dá a designação de *decretos regulamentares*.

A forma geralmente adoptada é a de o decreto preceder o regulamento por elle approvado, principiando o regulamento logo pela parte dispositiva e terminando pela data e assignatura do ministro ou ministros respectivos, assignando o rei só o decreto de approvação.

Os regulamentos recebem algumas vezes, e principalmente quando determinam a organização e funccionamento de um tribunal *ou corporação*, ou as *attribuições* referentes a um cargo ou officio, o nome de *regimentos*.

Alem dos diplomas emanados do poder executivo, tambem constituem fontes de direito, dentro da respectiva circumscripção, as providencias tomadas sobre certos assumptos pelas administrações locaes (districtos e municipios), quando estejam dentro dos limites da faculdade regulamentar que lhes é conferida.

(1) É esta a doutrina seguida na nossa jurisprudencia. Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 1901 e 21 de outubro de 1902 na *Collecção official*, 1900-1901 pag. 177, e 1901-1902, pag. 109.

Essas providencias têem tambem o nome de *regulamentos* e o de *posturas*

12 *Instrucções e portarias* Não devem confundir se com os regulamentos sendo só obrigatorios para as auctoridades a quem são dirigidos e para os casos de que tratam os diplomas que são publicados pelo poder executivo sob a designação de *instrucções* e *portarias* Referimos nos comtudo a elles pela auctoridade que têem na jurisprudencia como interpretação do governo

Instrucções são os diplomas em que os ministros desenvolvem os regulamentos ou ordens do governo e resolvem as difficuldades que se suscitam na execução das leis ou regulamentos esclarecendo as auctoridades inferiores As instrucções em que intervem o chefe do Estado são precedidas de decreto (1) ou portaria que as approva sendo assignadas pelo ministro respectivo e ás vezes pelo director geral da respectiva repartição

Portarias são os diplomas que contêem as ordens verbaes do Rei expedidas e assignadas pelo ministro respectivo e dirigidas ás auctoridades subalternas Principiam pelos considerandos que as motivam findos os quaes se segue a formula — «Ha por bem sua Majestade El Rei resolver» ou outra equivalente, segundo se a parte dispositiva São assignadas pelo ministro competente

13 *Codigos* Os codigos são compilações systematicas de todas as normas juridicas respeitantes a um determinado ramo de direito feitas pelo poder legislativo, ou pelo executivo no exercicio da funcção legislativa Os codigos, que constituem

(1) Quando as instrucções são approvadas por decreto têem a mesma força que o regulamentos

actualmente a fonte mais importante do direito em quasi todos os paises civilizados são approvados por meio de leis ou decretos, de que ficam fazendo parte integrante

Como fonte de direito os codigos são incluidos na categoria das leis e dos decretos com força de lei

Quando nos occuparmos da codificação das normas de direito civil, criticando o systema seguido pelo nosso legislador, veremos qual a importancia da codificação

§ 4 — *Principio e termo da força obrigatoria das leis*

LAURENT, *Principes de droit civil français* tomo I, pag 57, BIANCHI, *obr cit* tomo I, pag 170 993 PASQUALE FIORE, *Il diritto civile italiano*, parte prima, vol I, pag 68, e vol II, pag 62- MAZZONI *obr cit*, tomo I pag 28-

14 *Quando comecam a vigorar as leis* A lei torna se obrigatoria pela publicação, mas não começa a vigorar logo que é publicada sendo para isso necessario que decorra um certo prazo, dentro do qual se presume que os cidadãos tomam conhecimento della Desde que termine o prazo fixado para que a lei comece a vigorar, ninguem pode eximir se ao seu cumprimento, embora allegue ignorancia (cod civ art 9 °), que será havida como pretexto, salvo nos actos juridicos, cuja nullidade póde determinar (cod civ, art 639 °)

O prazo em que a lei começa a vigorar acha se fixado na lei de 9 de outubro de 1841, art 1 °, que dispõe «As leis começarão a obrigar em Lisboa e termo tres dias depois daquelle em que forem publicadas no *Diario do Governo* nas mais terras do reino quinze dias depois da mesma publicação, e nas ilhas adjacentes oito dias depois do da chegada da primeira embarcação que conduzir a participação offi

cial da lei. Esta disposição abrange os decretos e regulamentos, sendo applicavel sempre que no proprio diploma se não determine o dia em que começa a vigorar.

No ultramar as leis começam a vigorar, na capital da provincia, tres dias depois da sua publicação no *Boletim official* e, nas mais terras, quinze dias depois.

Relativamente ao continente ~~do reino~~ nenhuma razão ha attentos os actuaes meios de communicação para manter o modo *successivo* que devia ser substituido pelo *instantaneo*. A diversidade de normas legislativas, em vigor ao mesmo tempo, pode suscitar duvidas na determinação da lei applicavel as questões que se levantem entre pessoas que residam em logares onde se dê essa diversidade.

Por vezes fixa se na propria lei o praso terminado o qual deve começar a vigorar, declarando se em algumas que o dia em que começarem a vigorar será considerado como o da sua *promulgação* e noutras como o da sua *publicação*. Este modo de dizer afigura se nos mais rigoroso, pois que a promulgação serve para imprimir authenticidade á lei, tornando a executoria, sendo pela publicação que se torna obrigatoria.

15 *Termo da força obrigatoria das leis.* As leis perdem a sua força obrigatoria pela *revogação*, que se dá no momento em que começa a vigorar a nova lei.

A faculdade de revogar as leis, que deriva como consequencia necessaria da funcção legislativa, pertence aos orgãos que exercem esta funcção. Não pode portanto presumir se, nem basear se no desuso ou costume contrario á lei.

A revogação pode fazer se quanto á extensão, consideradas as leis como diplomas em que se contêem differentes disposições ou normas, *total* ou *parcialmente*; quanto ao modo, *tacita* ou *expressamente*.

Revogação total ou *abrogação* é aquella por que todas as normas da lei ficam destituidas de força obrigatoria. *Revogação parcial* ou *derogação* é a que deixa em vigor algumas dessas normas.

Revogação tacita é a que resulta do proprio teor da nova lei, em virtude da incompatibilidade entre as suas disposições e as da lei anterior. A formula *fica revogada a legislação em contrario*, visto que nella se não determina esta legislação, é uma formula expressa de revogação tacita e desnecessaria se torna, porque, não podendo coexistir como normas de vida social disposições diversas, ha de ficar vigorando a ultima, que representa a vontade do legislador.

A incompatibilidade de disposições legaes, de que resulta a revogação tacita, dá se quando haja opposição ou antinomia entre ellas, de modo que seja impossivel applica las conjuntamente as relações sociaes que regulam. Quando a conciliação seja possivel, não se dará a revogação das leis anteriores, salvo nos casos em que a nova lei reproduza os mesmos disposições ou regule inteiramente as relações sociaes a que eram applicaveis.

Deste principio deriva a regra de que a lei especial deroga a geral no caso ou casos sobre que prove, porque os motivos particulares em que se baseia a lei especial excluem sempre os geraes em que se fundam as disposições da lei anterior.

Esta regra não soffre excepções.

O mesmo se não dá com o principio de que a lei geral posterior não revoga a especial anterior, porque, se os motivos da lei geral podem coexistir com os da especial, tambem podem exclui los por estarem em contradicção.

Dahi vem que a lei geral revoga a especial não só quando o legislador expressamente o declare, mas ainda quando se reconheça que elle teve essa intenção, regulando os mesmos casos que foram previstos na lei anterior, ou estabelecendo novos principios de direito, absolutamente incompativeis com aquelles em que se baseava a anterior legislação especial.

Revogação expressa é a declaração formal por que uma lei

posterior tira a força obrigatoria a uma determinada lei anterior. Esta revogação é rara, e só se torna necessaria quando uma lei é supprimida totalmente ou parcialmente, sem que sejam substituidas por outras as disposições revogadas.

Quando uma lei é publicada para vigorar durante um periodo nella prefixado, perde a sua força obrigatoria logo que elle termine. Não a perde, porém, pelo facto de cessarem os motivos que determinaram a sua publicação. O principio *cessante ratione legis cessat ejus dispositio*, que pode invocar-se em certas circumstancias, para limitar a letra da lei nos casos que o legislador por ella quis regular, de modo algum se applica em materia de revogação, visto que a força obrigatoria da lei deriva da vontade do legislador e não das razões ou motivos que o inspiraram.

§ 5 — *Fontes do direito civil*

Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, tomo I, introducção, *Revista juridica*, n.º 3, 60, 80 e 101.

16 *Historia do codigo civil*. A fonte mais importante do direito civil portuguez é o *codigo civil*, em que se contêem, expostas systematicamente, as normas respeitantes ao direito privado commum. Iniciamos pois a indicação das principaes fontes do nosso direito civil pela historia deste codigo.

A codificação da nossa legislação civil foi levada a termo em 1867.

Já de ha muito se sentia, porém, a necessidade de codificar essa legislação. Assim, em sessão de 8 de fevereiro de 1821 foi apresentado a cortes constituintes um projecto para a formação dum codigo civil, deliberando-se, em sessão de 27 de

agosto de 1822, dar um premio a quem offerecesse o melhor trabalho, deliberação que se converteu na lei de 13 de setembro do mesmo anno. A necessidade de codificar a legislação civil foi reconhecida tambem pela carta constitucional, em que se prometteu (art. 145.º § 17.º) organizar quanto antes um codigo civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e da equidade. Por decreto de 15 de abril de 1835 de novo se offereceu um premio a quem apresentasse até 10 de janeiro de 1837 um projecto de codigo civil que merecesse ser approvado, e por decreto de 10 de dezembro de 1845 foi nomeada uma commissão para redigir os codigos civil e penal, chamando-se, porém, a sua attenção especialmente para este.

Finalmente, por decreto de 8 de agosto de 1850 foi encarregado o eminente jurisconsulto Antonio Luiz de Seabra, mais tarde visconde de Seabra, de elaborar o projecto dum codigo civil, que concluiu o tomo, mais depois.

Acerca dessa escolha diz Bruschy:

«Era talvez da actual magistratura o homem mais azado para um tal trabalho. Juizes são os mais adequados para semelhantes obras, acostumados a um continuo trabalho de analyse de factos, elles, quando o codigo deve ser eminentemente synthetico, mas o sr. Seabra era muito mais do que juiz, porque era litterato, cultor das bellas lettras, e estudioso de quanto de melhor se tem publicado» (1).

No mesmo decreto em que se encarregou o visconde de Seabra da redacção do projecto do codigo civil, nomeou-se uma commissão incumbida de rever e examinar os trabalhos que lhe fossem apresentados e de dar sobre elles o seu parecer.

Essa commissão era composta dos doutores: Vicente Ferrer Netto Paiva, Manuel Antonio Coelho da Rocha, Joaquim

(1) *Manual de direito civil*, vol. I, pag. 20.

José Paes da Silva e Domingos José de Sousa Magalhães fazendo tambem parte della o visconde de Seabra

Os membros desta commissão reuniram-se em Coimbra em principios de outubro de 1850, excepcionando Coelho da Rocha, que já havia fallecido e em differentes sessões approvaram um plano do codigo e um quadro das materias conforme a esse plano discutindo 400 artigos

Esse trabalho porém não proseguiu resolvendo o visconde de Seabra elaborar o projecto sem o auxilio da commissão, e apresentando-o só depois de completo

Em sessão da camara dos deputados de 20 de junho de 1855 mandou o visconde de Seabra para a mesa 50 exemplares da primeira parte do codigo civil que se occupava do estado das pessoas, comprehendendo 14 titulos e 381 artigos

Tres annos depois, em 1858 apresentou todo o projecto do codigo, sendo por decreto de 12 de julho do mesmo anno augmentado o numero de membros da commissão encarregada de o rever e examinar

Por esse decreto foram nomeados de novo Abel Maria Jordão de Paiva Manso Alexandre Herculano Antonio de Azevedo Mello e Carvalho Antonio Gil Antonio de Oliveira Marreca Francisco Antonio Fernandes da Silva Ferrão Francisco Jeronymo da Silva, João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Martens, Joaquim Filippe de Soure Joaquim José da Costa Simas e Levy Maria Jordão Por decreto de 6 de junho de 1860 foram nomeados para fazerem parte da referida commissão Rodrigo Nogueira Soares Vicente Ferreira Soares, José Antonio Ferreira Lima e José Julio de Oliveira Pinto

Por portaria de 1 de julho de 1858 pediu-se á Universidade aos tribunaes de justiça ao Conselho de Estado a Academia Real das Sciencias e á Associação dos Advogados que offerecessem pela Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, quaesquer emendas substituições ou additamentos, de que entendessem que o projecto carecia

A commissão encarregada de rever o projecto encetou os seus trabalhos em 9 de março de 1860 e concluiu-os em 30 de de agosto de 1865 introduzindo nelle importantes alterações, entre as quaes nos cumpre notar a que respeita á materia das acções, que constituem o objecto dos titulos I X do livro 2.º da parte 4.ª do projecto, a qual foi eliminada do codigo por a commissão entender que tinha o seu assento proprio no codigo de processo civil Foi este o motivo que levou Seabra a abandonar os trabalhos da commissão conforme a declaração feita na sessão de 17 de julho de 1863 voltando todavia mais tarde a tomar parte nesses trabalhos (1)

Depois de revisto foi o projecto approvado pelas camaras legislativas quasi sem modificações excepto na parte relativa ao casamento civil em que para condescender com as ideias reaccionarias se estabeleceu apparentemente o principio de que o casamento civil era só para os não catholicos Em seguida foi promulgado pela carta de lei de 1 de julho de 1867, a qual declara, no artigo 1.º que esse codigo faz parte della

17 *Quando começou a vigorar o codigo civil* A publicação do codigo civil foi ultimada em 1 de setembro de 1867 começando a vigorar em todo o continente do reino e ilhas adjacentes em 22 de março de 1868 (lei de 1867 art 2.º) (2), sendo, porem, pelo artigo 4.º desta lei todas as disposições do codigo, cuja execução dependesse absolutamente da existencia de repartições publicas ou doutras instituições que ainda não estivessem creadas, somente obrigatorias desde que taes instituições funccionassem Como exemplo citaremos o artigo 2457.º, em que se declara que a parte organica das re

(1) Vejam-se os *Actos das sessões da commissão revisora* pags. 422 423 e 427

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol X, pag. 28

partições do registo civil instituido pelo codigo, as obrigações dos funccionarios encarregados do registo e a forma deste serão determinadas em regulamentos especiaes

Pelo artigo 9.º da carta de lei que approvou o codigo civil foi o governo auctorizado a tornal-o extensivo ás provincias ultramarinas ouvidas as estações competentes e fazendo-lhe as modificações que as circumstancias especiaes das mesmas provincias exigissem

Por decreto de 18 de novembro de 1869 usou o governo desta auctorização, dispondo no artigo 2.º desse decreto que o codigo começaria a vigorar nas possessões ultramarinas em 1 de julho de 1870. As modificações que se fizeram constam dos artigos 3.º a 5.º do mesmo decreto

Pelo que respeita aos usos e costumes das Novas Conquistas na India, resalvados pelo artigo 8.º, § 1.º, alinea *a* do referido decreto (1), notaremos a modificação resultante do decreto de 16 de dezembro de 1880 pelo qual se mantêem e resalvam aos hindus gentios de Goa, sem distincção de Novas e Velhas Conquistas, os seus usos e costumes especiaes e primitivos revistos e codificados nesse decreto, que revogou o codigo dos usos e costumes das Novas Conquistas approvado e mandado por em execução pela portaria do governador-geral do Estado da India de 14 de outubro de 1853 (2).

18. *Legislação que revogou o codigo civil.* Da legislação civil anterior ao codigo ficará subsistindo a quanto depois que lhe começou a vigorar

(1) O § 1.º do estava assim redigido: «Ficam resalvados: *a*) Os usos e costumes das Novas Conquistas e os de Damão e Diu colligidos nos respectivos codigos».

(2) Este codigo foi publicado na *Legislação complementar do codigo civil portuguez*.

Para responder a esta pergunta é necessario attender ao disposto no artigo 2.º da carta de lei de 1 de julho de 1867, combinado com o artigo 3.º do codigo civil.

No referido artigo 2.º declara-se que «desde que principiar a ter vigor o codigo civil ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas materias que o mesmo codigo abrange, quer essa legislação seja geral quer seja especial».

Parece que por esta disposição perderam a sua força obrigatoria todas as disposições especiaes que se achavam consignadas na legislação commercial, fiscal, administrativa, etc., logo que no codigo civil se houvessem introduzido normas communs reguladoras das mesmas materias. Assim a legislação commercial sobre os contractos de compra e venda e deposito ficariam revogadas pelas regras geraes do direito civil respectantes a esses mesmos contractos. E o facto de o codigo resalvar em alguns artigos a legislação especial anterior (artt. 1411.º, 1540.º, etc.) o que se tornava desnecessario não havendo essa legislação sido revogada por uma disposição de caracter geral, parece confirmar a illação que se tira da redacção do artigo 2.º da lei citada.

No artigo 4.º do codigo civil porem, em que se delimita o objecto do direito civil, determina-se que os direitos e obrigações civis são regidos pelo disposto no codigo civil, excepto na parte que é regulada por lei especial».

Por esta disposição e em harmonia com a doutrina por nós exposta sobre a revogação das leis ficaram vigorando ao lado das regras geraes relativas a direitos e obrigações de caracter civil consignadas no codigo as disposições singulares ou especiaes de quaesquer outras leis.

Como conciliar as disposições referidas?

O artigo 2.º do codigo combina-se com o preceituado no referido artigo 2.º da lei que o approvou da seguinte forma: o legislador revogou por este artigo toda a legislação que recaisse sobre materia civil propriamente dita, quer fosse

geral quer especial e desta tanto a relativa as pessoas como aos logares ficou subsistindo, porem, a legislação especial que embora recaia nas materias que o codigo civil abrange, não é direito civil propriamente dicto Assim pelo codigo civil não foi revogada a legislação commercial fiscal, administrativa etc embora recaia sobre materias que o codigo civil regula excepto nos casos em que, segundo a doutrina ja exposta, a lei especial é revogada pela geral

Esta doutrina foi seguida pelo governo no decreto de 18 de novembro de 1869 em que se applica o codigo civil ás provincias ultramarinas, cujo artigo 8.º é assim redigido «Desde que principiar a vigorar o codigo civil ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas materias *civis* que o mesmo codigo abrange»

O facto de o legislador apesar do disposto no artigo 3.º do codigo, resalvar em alguns artigos expressamente a legislação especial revela apenas incoherencia ou falta de cuidado

Do que deixamos exposto, vê se que da legislação civil anterior ao codigo tanto geral como especial só ficou vigorando a que recair sobre materias que o codigo não abrange

19 *Legislação posterior ao codigo civil que tem revogado, modificado ou interpretado algumas das suas disposições* Posteriormente ao codigo civil têem sido publicados alguns codigos leis e decretos que introduziram modificações mais ou menos importantes nas materias nelle contidas e interpretaram algumas das suas disposições

Pelo disposto no artigo 2.º da lei que approvou o codigo civil, essas modificações deveriam ter sido consideradas como fazendo parte delle e inseridas no logar proprio, quer pela substituição de artigos alterados quer pela suppressão de artigos inuteis ou pelo additamento dos que fossem necessarios Esta disposição, porem, não tem sido cumprida, e, se o fosse, alguns inconvenientes dahi resultariam (1)

Nos logares proprios exporemos as modificações introduzidas no codigo civil, citando a respectiva legislação (2) Aqui limitar-nos-hemos a notar que os codigos publicados posteriormente ao codigo civil, que nelle introduziram modificações foram o codigo de processo civil, approvado pela lei de 8 de novembro de 1876 o novo codigo penal approvado por decreto de 10 de setembro de 1886 em que foram inseridas as disposições da nova reforma penal approvada pela lei de 14 de junho de 1884 (3) e o codigo commercial approvado por carta de lei de 28 de junho de 1888

(1) Sobre o modo pratico de introduzir novas disposições num codigo sem alterar o seu systema veja se GUSTAVE ROUSSET *De la redaction et de la codification rationelles des lois* pag. 224

(2) Foi publicada pela Imprensa da Universidade em 1891 a *Legislação complementar do codigo civil portuguez* Nessa compilação não foram porém, inseridas todas as leis e decretos que haviam alterado o codigo civil

A publicação entre nós a exemplo do que se tem feito em paizes estrangeiros, duma edição do codigo civil em que se indicasse, relativamente a cada artigo, a sua revogação ou modificação, seria da maxima conveniencia

(3) Pelo artigo desta lei foi auctorizado o governo a fazer uma nova publicação official do codigo penal, onde fossem inseridas as disposições da nova reforma penal A commissão incumbida desse trabalho não procedeu com o devido cuidado e subtraindo dahi que foram inseridas no codigo penal de 1880 disposições do codigo penal de 1852, que haviam sido revogadas, e que se omittiram outras que ainda estão em vigor Veja se a *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol XXIII, pag. 705, e vol XXXV, pag. 178.

§ 6 — *Direito civil subsidiario*

DR CHAVE E CASTRO *Estudo sobre o artigo 16 do codigo civil portuguez* VASCONCELLOS PORTOCARRERO *Questões de jurisprudencia e theoria e pratica* pag 119 CORREIA DA ROCHA *Instituições de direito civil portuguez*, tomo I nota B ao § 43 COGLIOLO *Filosofia del diritto privato* pag 118 FIORE, *Il diritto civile italiano* tomo II, pag 300 CHIRONI, *Istituzioni*, pag 18 e *Trattato* pag 47 HUMBERTO CRUZ *Delle fonti sussidiarie del diritto civile* na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol XVI GENY *Methode d'interpretation et sources en droit positif* pagg 409 419

20 *Noções geraes* Em virtude da complexidade e multiplicidade das relações sociaes e da incessante transformação que nellas se opera, nem sempre é possivel ao legislador regular e coordenar todas essas relações e muito menos prever todos os casos que se darão na pratica formulando as correspondentes normas juridicas Succede assim que nos tribunaes se ventilem questões que não podem ser resolvidas pelas normas formaes do direito positivo, que hão de ser fatalmente deficientes e como não ha um orgão permanente de interpretação legislativa destinado a supprir as insufficiencias da lei e a recusa de julgar por falta de lei equivaleria, em materia de direitos subjectivos, a uma denegação de justiça (Nov Ref Jud artt 1242.º e 1243.º cod de proc civ art 97.º e cod administr approvado por lei de 4 de maio de 1896, art 33.º) necessario se torna que se sanccionem principios por que os juizes substituindo se ao legislador, formulem normas applicaveis aos casos omissos, excluindo até onde seja possivel a sua arbitrariedade É o que se chama *direito subsidiario*

O direito subsidiario pode ser estabelecido dum modo geral, ou em relação a determinados institutos juridicos

Trataremos em primeiro logar, do direito subsidiario em geral

21 *Direito subsidiario segundo a nossa legislação anterior ao codigo civil* Na legislação anterior ao codigo civil admittia-se como direito subsidiario o direito romano, quando fosse conforme á boa razão ou direito natural, os codigos das nações modernas nos assumptos economicos mercantis e maritimos, e o direito canonico para os negocios que se tractassem perante os tribunaes e justiças ecclesiasticas (lei de 18 de agosto de 1769 §§ 9.º e 12.º) (1)

O direito romano que representava na nossa antiga legislação a principal fonte do direito subsidiario, não podia ser, apesar de constituir uma das fontes mais abundantes do direito civil moderno e de ter ainda hoje um alto valor historico e exegetico admittido como direito subsidiario

Elaborado ha vinte seculos e em harmonia com as condições historicas do povo romano esse direito, que não se amolda ás condições das actuaes sociedades não está de forma alguma em correspondencia com muitas instituições do direito civil vigente Acresce que, sendo o direito romano uma legislação positiva não pode nem deve suppôr se que o legislador desconheça os casos ou relações sociaes nelle regulados

Por esta razão e ainda porque as condições do meio variam de paiz para paiz e portanto as respectivas normas juridicas, não podiam tambem admittir se como direito subsidiario os codigos das nações estrangeiras

(1) O direito subsidiario foi anteriormente ao codigo civil successivamente regulado pelas Ordenações Affonsinas livro II titulo IX Manoelinas, livro II, titulo V Filippinas livro III titulo LXIV pela lei de 18 de agosto de 1769 e pelos Estatutos da Universidade de 1772, livro II, titulo V capitulos II e III

O direito canonico que anteriormente a citada lei de 18 de agosto tão larga influencia tinha entre nos ainda actualmente é applicavel, na falta de leis patrias e quando tenha sido recebido no reino, designadamente em materia de casamento catholico (cod civ , art 1069 °) Escusado será notar, porem que as exigencias da sociedade civil de modo algum se podem conciliar com os principios do direito canonico e que não pode portanto admittir se, de um modo geral, este direito como subsidiario

22 *Direito subsidiario segundo o codigo civil* O nosso codigo civil admitte no artigo 16 ° como direito subsidiario os *principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso*

O que se entende por direito natural

Existe a este respeito grave divergencia entre philosophos e jurisconsultos

Para o auctor do *Projecto do codigo civil* era o direito natural representado por principios immutaveis e necessarios, que emanam da relação entre os fins e os meios de existencia de cada ser ou da propria natureza humana, e nesse sentido é tomada essa expressão no artigo 16 ° (1)

Não manda, porem, o legislador applicar os principios do direito natural em toda a sua pureza *mas conforme as circumstancias do caso* E assim tem o juiz que attender a todas as condições que um dado caso reveste e portanto ás condições do paiz e ao espirito das leis patrias criterios que dirigiram tambem o legislador ao formular as normas relativas aos casos que previu

Interpretados a sim os principios de direito natural que o nosso legislador ancionou como direito subsidiario, vê se que esses principios se confundem com os principios geraes

(1) Veja se Antonio Luiz de Seabra, *A propriedade* pag 44, nota (*e*)

de direito no sentido em que esta expressão é tomada pelo jurisconsultos

Principios geraes de direito são os que dominam as normas relativas a uma instituição ou a um determinado grupo de relações sociaes Assim um dos principios por que se orientou o nosso legislador relativamente ao direito familiar foi o do governo da familia pela familia

É por estes principios que o juiz se deve dirigir na resolução dos casos omissos, pois, partindo sempre do principio de que não é legislador e de que é a vontade deste como orgão competente para declarar o direito que lhe cumpre acatar, deve supprir a falta de disposições legaes, formulando-as, para um caso concreto não previsto pelo legislador da mesma forma que este o faria dum modo geral e abstracto, e portanto sobre os principios em que assenta a ordem juridica vigente, designadamente sobre os que respeitam a leis reguladoras de casos analogos nas quaes se manifesta, objectivada no fim dessas leis, a vontade do legislador

O direito vigente deve ter em si mesmo, como organismo vivo, a força sufficiente para regular todas as relações, incluindo as que não forem previstas pelo legislador São portanto os principios em que assenta esse direito e que o informam que devem constituir fundamentalmente o direito subsidiario

No projecto do codigo civil suisso de 28 de maio de 1904 declara se (art 1 °) que, na falta dum texto legal applicavel, o juiz deve decidir segundo o direito consuetudinario, na falta deste, segundo as regras consagradas pela doutrina e pela jurisprudencia, e que, quando lhe não seja possivel recorrer a alguma dessas fontes, deve applicar as mesmas regras que formularia, se exercesse as funcções de legislador

Os auctores deste projecto orientaram se sem duvida pelo principio de que se opera uma incessante transformação nas condições da vida social, e de que se da consequentemente a formação de normas que têem por fim prover ás necessidades

que dessas transformações resultam normas que se constituem, já pelos costumes em que se manifesta a vontade collectiva, já pela doutrina e pela jurisprudencia que baseando-se no estudo historico e philosophico do direito, analysando as suas disposições e formando syntheses reconstituindo os motivos que as determinaram e verificando se esses motivos subsistem, ou resolvendo as hypotheses que se suscitam na pratica, não só supprem as deficiencias do legislador, mas procuram adaptar as normas por elle formuladas as necessidades da vida pratica (1). Reconhecido este principio, cuja verdade se nos afigura incontestavel, logico e impôr ao juiz o dever de julgar em harmonia com as normas já estabelecidas pelos costumes ou formuladas pela doutrina e pela jurisprudencia. E preferivel será essa doutrina a que se acha sancionada no artigo 16.º do nosso codigo civil, pois não póde deixar de attribuir-se mais valor as normas que são constituidas ou consagradas por uma forma collectiva, do que as formuladas por um juiz, por muito sabio que seja.

E, porem, indubitavel que o juiz não poderá, em virtude até do que está preceituado no artigo 16.º, deixar de ter em consideração as regras fixadas pelos costumes, pela doutrina e pela jurisprudencia, apesar de a essas regras não haver sido attribuido o caracter de direito objectivo.

Embora esteja formalmente reconhecida a superioridade da lei sobre o costume, não póde contestar-se que nos dominios do direito privado, as transformações que se operam nas leis são precedidas de transformações que se dão na vida social e que vão insensivelmente dando logar á formação de

(1) Veja-se sobre a funcção no direito da doutrina e da jurisprudencia um interessante artigo de Esmein, na *Revue trimestrelle de droit civil*, 1902, pag. 5.

novos costumes pelos quaes se manifesta a força creadora do direito que o legislador mais tarde formúla. Sendo assim quando por largo tempo se observe uma determinada norma de proceder não poderá deixar de attribuir-se a essa norma, se das *circumstancias do caso* resulta que era considerada obrigatoria pelos interessados, o caracter de norma juridica. E natural o receio de attentar contra o que está consagrado pelo tempo.

Por outro lado, sempre que os tribunaes decidam as questões que lhes são sujeitas applicando o direito da mesma fórma, e dum modo geral e prolongado, estabelece-se assim uma norma fixa, com a qual se vão conformando os interesses na vida social, e que deve portanto ser acatada, não só em harmonia com esses interesses, mas até para manter o prestigio do poder judicial.

28. *Usos e costumes. A equidade.* Em algumas disposições remette o codigo para os usos e costumes. Nas relações juridicas a que essas disposições respeitam, o costume exerce a funcção de direito subsidiario, devendo o juiz julgar em harmonia com elle e não com os principios de direito natural.

Quaes são, porem, as condições que esses usos e costumes devem reunir para que sejam applicados pelo juiz.

Não declara o codigo civil essas condições. Na lei de 18 agosto de 1769 estatuia-se que os costumes faziam lei, quando não fossem contrarios a lei expressa, fossem conformes á boa razão e excedessem a cem annos. Esta lei respeitava, porem em nosso entender, ao costume como fonte immediata de direito.

Fica pois, no prudente arbitrio do juiz verificar as condições que devem dar-se no costume para que se considere direito subsidiario. Os costumes devem, em todo o caso, reunir para isso as seguintes condições: ser havidos como normas juri

dicas, tendo subsistido o tempo sufficiente para que haja essa convicção, dum modo geral, em todo o paiz ou numa região.

Outras disposições ha em que o legislador permitte ao juiz que decida em harmonia com o seu prudente arbitrio tendo em consideração determinadas circumstancias *como mais hypotheses* previstas nos artigos 717.º § 3.º e 1232.º do codigo civil. Nestes casos o juiz deve julgar pela forma que se lhe *figurar mais justa, ou em harmonia com a equidade*.

Quando se tracte, porem, duma disposição formal, em que nitidamente se revele a vontade do legislador e em harmonia com esta que tem de julgar, embora esteja convicto que a tal decisão não esta em harmonia com os dictames da justiça.

Na nossa legislação não está sanccionado o principio de que o juiz deve, tendo em vista o fim que o legislador se propôs, e não a sua vontade, adaptar a lei ás necessidades sociaes. So na falta de lei expressa, ou quando esta seja obscura, é que o juiz poderá attender a essas necessidades pronunciando um juizo equitativo, isto é, applicando regras de direito que se adaptem as circumstancias especiaes *do facto*.

§ 7 — *Da interpretação das leis*

Dr. Chaves e Castro, *Estudo sobre o artigo 16.º do codigo civil*. Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, commentario ao artigo 16.º. Vasconcellos Portocarrero, *Questões de jurisprudencia theorica e pratica*, pag. 69. Savigny, *Traité de droit romain*, traducção de Guenoux, tomo I, livro I, capitulo IV. Charles Brocher, *Études sur les principes généraux de l'interpretation et sources en droit privé positif*. Mazzoni, *Istituzioni*, tomo I, pag. 58. Bianchi, *Corso*, tomo I, pag. 668, e tomo *Codice civile italiano parte* I, tomo II, *pag.* 247, Laurent, *Principes de droit civil*, tomo I, pag. 439.

24. *Noção e divisão da interpretação.* A lei, expressão da vontade do legislador, deve ser applicada pelo juiz aos casos particulares no sentido que o legislador lhe pretendeu dar, em harmonia com o fim que elle se propoz conseguir. É este o principio supremo que domina a acção do poder judicial.

Nem sempre é facil porem, reconstruir o pensamento do legislador ou a *mens legis*, e serias difficuldades pode offerecer a applicação das normas juridicas aos casos particulares, isto é, a determinação das relações que regulam ou os factos nellas *contemplados e os effeitos que dessa applicação resultarão*. Para isso é necessario recorrer a certos elementos e processos de investigação a que se dá o nome de *interpretação*.

«Nem ha motivo para distinguir, diz Chironi, entre leis cujo texto da margem a duvidas e leis que sejam formuladas com precisão, pois ainda no caso de a locução exprimir o seu pensamento e o seu espirito, a investigação do caracter geral que as domina e a verificação da maior ou menor extensão que deva dar-se a linguagem empregada são estudos sempre uteis e muitas vezes necessarios, porque são os unicos que, conduzindo a determinação precisa do valor da norma, fixam nitidamente os seus limites e modo de applicação. Pode dizer-se até que a interpretação é sempre *necessaria*, quando se attenda a que a lei deve ser esclarecida, porquanto á sua applicação aos factos juridicos deve ser feita de modo que se adapte as circumstancias particulares que nelles se dão o conteúdo da lei, e a que á analyse dos conceitos, pela qual a norma juridica é decomposta nas suas minimas partes e infinitos modos de applicação, é necessaria para a coordenação das ideias especiaes com os conceitos mais geraes e para tornar assim mais clara a ideia do fim a que é destinada a lei, que deve regular as relações que nella têem a sua norma» (1).

A interpretação costuma dividir-se *a*) quanto á sua origem e effeitos, em *legislativa* ou *authentica* e *doutrinal*, *b*) quanto

(1) *Trattato* vol. I, pag. 26.

nos processos ou meios que se empregam em *grammatical e logica* (1)

25 *Interpretação authentica e doutrinal* *Interpretação authentica* é a explicação duma norma por uma disposição de caracter geral, e só pode ser feita pelo poder legislativo (carta constitucional art. 15.° § 8.°) relativamente as leis propriamente dictas, e por quaesquer outros orgãos do poder social relativamente as normas que delles emanam devendo essa interpretação ser feita em diplomas que tenham a mesma força obrigatoria. A interpretação authentica é *obrigatoria* como a propria lei interpretada compenetrando-se nesta.

Parece que o meio mais natural e seguro de interpretar as leis seria este, mas não o é, devendo-se em circumstancias muito excepcionaes recorrer-se a elle. Quando succedesse o contrario, o poder legislativo usurparia as funcções proprias do poder judicial, o que constituiria um grave perigo para os direitos dos cidadãos, que teem uma das suas garantias mais efficazes na divisão dos poderes.

Interpretação doutrinal é tanto a feita pelos jurisconsultos como pelo tribunaes e por isso se divide em *privada* e *judi-*

(1) Alguns jurisconsultos dividem a interpretação, em razão das pessoas em *publica e privada ou doutrinal*. Nesta classificação, a interpretação publica divide-se em *legislativa e judicial*.

Esta classificação baseia-se em que a interpretação judicial é obrigatoria para as partes, quando constitua caso julgado.

Parece-nos, porem, que deve attender-se á interpretação independentemente da força que tenha como caso julgado e, neste sentido a interpretação judicial tem o valor meramente doutrinal.

Outros jurisconsultos dividem a interpretação, quanto á sua origem, em *legislativa* ou *authentica*, *judicial* ou *usual* e *privada* ou *doutrinal*. Não tendo a interpretação usual e judicial caracter obrigatorio na nossa legislação, não ha motivo para as distinguir da interpretação doutrinal.

cial. Esta resulta das sentenças e accordãos dos tribunaes, a que, em sentido estricto e quando as decisões sejam conformes, se dá o nome de *jurisprudencia*.

As decisões judiciaes que constituem para assim dizer, a parte dramatica do direito indicando o modo por que foram resolvidas as questões juridicas controvertidas precedentemente, fornecem preciosos elementos para a *determinação* do sentido das leis e designadamente para a sua applicação pela variedade dos casos concretos em relação aos quaes se dá essa applicação.

A interpretação privada resulta das doutrinas expostas oralmente ou por escripto pelos jurisconsultos que têem em vista descobrir o pensamento do legislador interpretando as leis e supprindo as suas lacunas coordenando e systematizando as suas disposições.

A interpretação doutrinal quer judicial quer privada não tem força obrigatoria. A sua auctoridade assenta unicamente sobre as razões em que se baseia. Não se impõe ao juiz ou ao jurisconsulto guia os e esclarece os.

Os *assentos* que o extincto tribunal da Casa da Supplicação tomava para resolver as duvidas que havia na intelligencia ou applicação das leis eram por força do disposto na Ordenação livro I, titulo V § 5.° e na lei de 18 de agosto de 1769, § 4.°, obrigatorios como as leis interpretadas.

Hoje os accordãos dos tribunaes, incluindo os do Supremo Tribunal de Justiça, apenas constituem lei entre as partes, não sendo obrigatoria, como norma geral a interpretação que nelles se dá as leis — *non exemplis, sed legibus judicandum*.

Os elementos e processos para a interpretação judicial e privada são os mesmos. Vamos tractar delles desenvolvendo a materia relativa a interpretação *grammatical e logica*.

26 *Interpretação grammatical e logica* *Interpretação grammatical* é a que procura determinar o sentido das leis tomando

para base as palavras por que se acham formuladas. Sendo o texto da lei o meio por que o legislador exprimiu directamente o seu pensamento, é elle que constitue o principal elemento para a determinação do seu sentido.

O texto da lei nem sempre, porem, é sufficiente para por meio delle se determinar precisamente o sentido e alcance da lei.

Não raras vezes succede que as leis são redigidas dum modo ambiguo e obscuro, usando o legislador de termos cuja significação é pouco precisa, ou construindo viciosamente a phrase e chegando por vezes a haver desharmonia ou falta de correspondencia entre o texto da lei e o pensamento do legislador (1).

Dahi vem que é muitas vezes necessario esclarecer o texto da lei e amplial-o ou restringil-o por meio de outros elementos de interpretação que o codigo indica no artigo 16.º pelas palavras — *espirito da lei* e *casos analogos*. Estes elementos constituem o que se chama a *interpretação logica* que é a que procura determinar o pensamento do legislador pelo fim que teve em vista, pelos motivos que actuaram sobre elle ao formular a lei. Na interpretação logica investiga-se o que o legislador *quis*, na grammatical o que elle *disse* (2).

Antes de determinar quaes as funcções e elementos da

(1) Tem-se ultimamente accentuado não só entre nós mas noutros paizes, a falta de propriedade de linguagem nas leis, as obscuridades e até os erros juridicos, devidos em grande parte á falta de competencia technica. Veja-se sobre este assumpto, pelo que respeita á França, PLANIOL, *Traité elementaire de droit civil* 2.ª edição tomo I pag. 39.

(2) FIORE substitue a palavra *logica* por *ideologica* dizendo que esta interpretação tem por fim determinar a ideia, o pensamento a *mens legis*, e reserva o termo *logica* para designar os processos de interpretação pelos quaes se determina ou formúla a lei que deve applicar-se aos casos omissos. Veja-se a *obra* e vol. cit.

interpretação logica cumpre nos dizer que se não deve ligar á distincção entre a interpretação grammatical e a logica um alcance que não tem, suppondo-se que para explicar uma lei se deve recorrer á interpretação grammatical, emquanto que, para explicar outra se deve recorrer a interpretação logica.

Não se trata de meios de interpretação que sejam distinctos, no sentido de que cada um delles seja de per si sufficiente para determinar o conteudo da norma, mas de processos que sendo differentes se completam reciprocamente, tendendo ao mesmo fim — a determinação do sentido exacto e rigoroso da lei.

Para conseguir este fim, deve attender-se em primeiro logar ao texto da lei, pois é por elle que o legislador, como interprete da vontade collectiva, exprime o seu pensamento, e é portanto no texto da lei que a interpretação logica encontra o seu fundamento. Para determinar, porem, o sentido rigoroso da palavras pode tornar-se necessaria a interpretação logica, e sendo a interpretação, attento o seu fim, uma operação logica por sua propria natureza, pois representa uma serie de raciocinios, não pode considerar-se a interpretação logica um mero subsidio da grammatical, a que se deva recorrer se quando não seja claro e preciso o conteudo da lei.

Posto isto vejamos o que significa a expressão — *espirito da lei*.

Espirito da lei é o fim e motivos que levaram o legislador a formulá-la. *Fim da lei* é a garantia social que o legislador se propoz attingir por meio della. *Motivos da lei* são o conjuncto de razões que o determinaram a adoptar uns meios de preferencia a outros para conseguir esse fim.

Assim o artigo 1109.º do codigo civil determina que as convenções antenupciaes não podem ser revogadas nem alteradas por novas convenções depois da celebração do casamento. Estabelecendo esta disposição, teve o legislador por fim evitar que um dos conjuges, por meios astuciosos ou violentos, ten

tasse obter do outro uma modificação no regimen de bens que o collocasse em melhores condições quebrando se assim a harmonia da familia, os motivos que o levaram a admitti la foi a convicção de que por esse meio taes factos se tornariam impossiveis

Como facilmente se depreh nde do que deixamos dicto entre o fim e os motivos da lei ou as disposições que formam o seu conteudo existe a relacao de causa para effeito sendo assim a determinação do espirito da lei um elemento valiosissimo para a sua interpretação

27 *Elementos da interpretação grammatical e logica* Determinado o que deve intender se por interpretação grammatical e logica vejamos quaes são os seus elementos

A interpretação grammatical resulta das investigações sobre a significação das palavras empregadas

No uso deste processo, não deve o interprete limitar se a determinar qual seja o sentido rigorosamente grammatical e etymologico das palavras, deve investigar se existe ao lado delle uma significação usual ou technica pois não raro succede que uma certa locução seja empregada pelo legislador para traduzir uma ideia differente da habitual, e attender ao nexo que ha entre as palavras, para assim determinar a sua significação precisa *scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem* (D I, 8, 17)

Quando a uma palavra possa dar se mais do que uma significação, deverá attender se de preferencia á significação technica, rigorosa, em relação ao tempo em que foi publicada a lei, tendo por vezes de recorrer-se a outras leis para determinar o sentido em que o legislador a usou

Na *interpretação logica* os elementos de que o interprete deve soccorrer se são as origens historicas a discussão e trabalhos preparatorios da lei o estado da doutrina e da jurisprudencia no tempo em que ella é formulada (elemento histo

rico), e o seu confronto e combinação com outras leis no systema geral do direito (elemento systematico)

A historia constitue na interpretação um elemento de capital importancia

As leis representam num dado momento historico o resultado da evolução realizada pelos principios juridicos que as informam, e as legislações anteriores mostram nos as phases do seu gradual desenvolvimento, tornando se portanto necessario estudar essas *legislações e as obras dos jurisconsultos e* sentenças dos magistrados da epocha a que respeitam, para se determinar dum modo seguro e preciso o seu alcance

As circumstancias ou motivos que induziram o legislador a interpretar modificar ou completar o direito anterior indicam nos quaes fossem os seus intuitos ao formular a lei e, como esses motivos se acham muitas vezes expostos nos trabalhos preparatorios, nos relatorios e nas discussões respectantes á ella, é tambem necessario recorrer a esses elementos, como meios de interpretação

Não é possivel formular regras precisas acerca do valor relativo desses elementos devendo ter se sempre em consideração que, embora seja verdadeiro o principio que a lei fica sendo impessoal e se deve interpretar a propria lei não é só o seu texto o meio por que a vontade do legislador se manifesta

Sendo certo que o pensamento do legislador é directamente traduzido pelo texto da lei e que *sempre* que as palavras por elle empregadas tenham sentido determinado quando o conceito que exprimem seja nitido não é dado ao interprete, por mais graves que sejam as razões que a isso o determinem afastar se do sentido litteral da lei não o é menos que os motivos que inspiraram o legislador ao formular a lei sem duvida influem para determinar o seu sentido e para a vivificar, pondo em plena luz o pensamento do legislador, e seria completamente inadmissivel e verdadeiramente esterilizadora a doutrina que escravizasse o interprete a letra da lei, vendo

nella o unico meio de reconstituir o pensamento do legislador, e determinar o conteudo da lei

A interpretação logica, tendo por fim determinar o espirito da lei, restringe se á indagação dos motivos que actuaram no legislador Não pode, pois, o interprete substituir aos motivos que inspiraram o legislador os que scientificamente ou em harmonia com as condições sociaes o deveriam ter determinado Nesse caso não se faria um trabalho de exegese mas de reforma

Na interpretação e applicação da lei são muito restrictos os limites dentro dos quaes ella segundo os principios que dominam o nosso direito civil se pode adaptar as condições sociaes mas pode ainda assim a jurisprudencia quando sabiamente orientada produzir dentro de ses limites um trabalho que tenha benefica influencia

Pelo elemento historico determina se a vontade do legislador ao tempo em que foi formulada a norma juridica mas não é isso sufficiente para definir rigorosamente o conteudo dessa norma Como ella faz parte do systema geral de direito do Estado ou do conjuncto de normas por que se tutelam as relações sociaes, é necessario attender ao complexo dessas disposições legaes para que pela determinação das relações existentes entre ellas, se veja o alcance de cada uma

No direito romano já se conhecia e applicava este principio de hermeneutica *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere* (D , I, 3 24), principio que tambem se acha firmado em alguns dos nossos antigos diplomas legislativos e nas obras dos jurisconsultos (1)

E para se vêr qual a importancia delle basta attender a que,

(1) Coelho da Rocha, *Instituições*, tomo I, § 42 regra 7

sendo obrigatorias todas as disposições ou normas de que se compõe a legislação dum Estado e achando se todas mais ou menos estreitamente relacionadas entre si, é necessario interpretal as de modo que umas se harmonizem com as outras e reciprocamente se completem excluindo se as interpretações que levarem a applicar a lei de forma que fique em contradicção com os conceitos formulados noutras leis

Ha duas expressões que designam os elementos materiaes deste meio de interpretação *contexto e logares parallelos*

O *contexto* é formado pelas disposições que precedem e se seguem immediatamente a que se quer interpretar *Logares parallelos* são as disposições legaes que, achando se textualmente afastadas da que se pretende interpretar, mantêem entre si e com ella taes relações de semelhança ou de identidade que a interpretação duma deve influir sobre as outras

28 *Funcções da interpretação logica* A interpretação logica, determinando o espirito da lei e pela sua coordenação com outras leis o seu alcance, pode servir em relação a interpretação grammatical, já para determinar o sentido duma lei obscura, já para ampliar ou restringir a significação dos seus termos denominando se conforme essas funcções, *declarativa* ou *explicativa, extensiva* e *restrictiva*

A interpretação *declarativa* tem logar quando o texto da lei não exprime dum modo claro e preciso o pensamento do legislador, por serem ambiguas ou de significação indeterminada as palavras, ou por ser viciosa a forma da sua construcção

A interpretação é *extensiva* quando, exprimindo as palavras da lei menos do que o pensamento do legislador se amplia a sua significação a factos que nella não estão comprehendidos, em virtude do principio *ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispositio*, isto é a lei deve applicar se a todos os factos que, embora não sejam abrangidos pela sua letra, estão virtualmente comprehendidos no seu espirito

A interpretação *restrictiva* tem logar quando as palavras da lei, exprimindo mais que o pensamento do legislador não se applicam a todos os factos que por ellas são abrangidos, e tem como fundamento o seguinte principio *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* isto é, a lei não deve ter applicação aos casos que apparentemente se acham comprehendidos na sua letra, mas que de facto della são excluidos pelo seu espirito

E necessario, porem, moderar este principio na sua applicação por este outro *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*

Este principio não exclue dum modo absoluto a restricção duma lei formulada em termos geraes, so a admitte porem, quando pelo exame da legislação no seu conjuncto e tendo em consideração o fim e motivos da lei se ve que ha outra disposição pela qual deve ser limitada ou que a sua interpretação litteral da logar a verdadeiros absurdos

Quando se não verifique algum dos casos mencionados, a limitação duma lei geral a certos casos importa uma modificação da mesma lei, assumindo o interprete o logar de legislador

29 *Interpretação por analogia* Vimos ja, quando tractamos do direito civil subsidiario que nas sociedade humanas se formam incessantemente novas relações podendo assim surgir questões sobre factos concretos para a solução das quaes não haja leis formuladas expressamente pelo legislador Dissemos, porem, que o systema de direito continha o poder de se completar a si mesmo e essa auto integração realiza se por meio da analogia, isto é, pela applicação de normas juridicas formalmente applicaveis a determinados factos sociaes, a outros factos que mantêem com elles relações de identidade de semelhança ou de affinidade

Os modernos jurisconsultos distinguem duas especies de analogia *analogia de lei* e *analogia de direito*

A *analogia de lei* consiste na applicação duma lei determinada ou expressamente formulada pelo legislador a casos que essa lei não abrange Esta especie de analogia, tendo pontos de contacto com a interpretação extensiva, distingue se todavia della em que na interpretação extensiva determina se o conteudo da propria lei pelo seu espirito, emquanto que pela analogia de lei não se determina o sentido dessa lei mas applica a por identidade ou semelhança de motivos, a factos que ella não comprehende

A analogia de direito não applica a factos que não forem previstos nem regulados pelo legislador uma disposição determinada formulada por este mas applica um complexo de normas juridicas ou, melhor os principios e conceitos geraes, que coordenam essas disposições num systema a factos que não estão comprehendidos em nenhuma dellas

O nosso codigo civil refere se especialmente a analogia de lei nas palavras do artigo 16.º *casos analogos, prevenidos em outras leis* sendo de notar que é por esta, e não pelos casos nellas regulados que o juiz tem de decidir as questões sobre direitos e obrigações que não possam ser resolvidas nem pelo texto da lei nem pelo seu espirito Tambem não pode duvidar se de que a expressão *outras leis* comprehende todas as normas de direito positivo sendo de nulla importancia discutir se essas palavras se referem tambem as disposições do codigo civil O que é necessario ter sempre em consideração é que não pode pôr se de lado a natureza da lei ou o ramo de direito a que pertence, para verificar se ella é applicavel ou não a uma dada relação social, pois não é a mesma a razão das leis e consequentemente pode deixar de existir identidade ou semelhança de motivos

A analogia de direito respeitam principalmente as palavras do artigo citado *principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso,* que, como vimos formam o direito subsidiario

A applicação da lei por analogia baseia-se no principio da identidade de motivos, não podendo duvidar-se de que os casos identicos ou semelhantes devem, supposta a coherencia da parte do legislador, ser identicas ou semelhantes tambem, e que a mesma coherencia levaria o legislador a applicar a lei a todas as relacões sociaes da mesma natureza, se porventura as houvera previsto

Não pode, pois, discutir-se a legitimidade do uso da analogia, mas deve haver a maior prudencia na applicação das leis por esse meio verificando se se ha ou não verdadeiras relações de semelhança ou de identidade

Ha muitas disposições que não é permittido ao interprete ampliar a casos que não foram previstos pelo legislador, embora as mesmas razões justifiquem a inclusão delles entre os que o legislador expressamente regulou

Assim como determina o artigo 11.º do codigo civil, a lei que faz excepção ás regras geraes não pode ser applicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei

Em virtude desta disposição, as leis que estabelecem ou sanccionam disposições de caracter excepcional não podem ser ampliadas

É facil verificar a razão disto Como notamos, a applicação da lei a factos não comprehendidos na sua letra tem por base a maior ou menor certeza com que os motivos da lei nos levam a concluir que, se o legislador houvesse previsto um determinado caso o submetteria a uma certa disposição

Ora a disposição excepcional suppõe uma regra geral que pode na maioria dos casos fornecer a solução desejada, e, em todo o caso, nunca é permittido ampliar as excepções a essa regra (1)

(1) Na distincção entre a regra e a excepção assenta um principio de

Pertencem ás disposições excepcionaes, por sua propria natureza as leis penaes todas as que restrinjam o livre exercicio dos direitos e as que confiram privilegios as quaes não podem applicar-se senão aos casos previstos pelo legislador e nella especificado

Em relação a estas leis nem a interpretação extensiva se admitte

Ha certas locucões usadas pelo legislador que excluem a ampliação da lei Taes são por exemplo as palavras *só* e *somente* com que o legislador indica uma enumeração taxativa Assim o legislador estatuindo no artigo 1083.º do codigo civil que os herdeiros do marido só podem impugnar a legitimidade

interpretação juridica conhecido pelo nome de argumento *a contrario sensu*

As regras juridicas que traduzem principios geraes devem applicar-se emquanto por motivos especiaes lhes não importa restricção pelo legislador Dahi vem que para se conhecer a applicação exacta dum principio geral é necessario determinar as excepções que lhe foram feitas, e que, por outro lado, só se pode precisar a verdadeira natureza duma disposição excepcional, depois de verificado o principio a que respeita e cuja applicação limita

A excepção em certos casos, póde determinar a existencia duma regra que não se acha claramente formulada pelo legislador, e é ahi que assenta o argumento *a contrario sensu*

Assim diz o artigo 489.º do codigo civil, o qual determina que, sendo o possuidor esbulhado violentamente, tem direito a ser restituido, sempre que o requeira dentro do praso dum anno, conclue-se que passado um anno já não tem esse direito

O argumento *a contrario sensu* só é concludente, quando se baseia numa disposição excepcional para applicar a geral sendo necessario, antes de recorrer a ella, verificar qual o caracter da disposição, e se o legislador teve o intento de submetter os casos não comprehendidos nella a uma regra opposta ou differente

A interpretação extensiva revela que o argumento *a contrario sensu* é inadmissivel

dos filhos nascidos na constancia do matrimonio nos casos especificados no mesmo artigo, prohibiu que se admittam alem desses, quaesquer outros

Na interpretação das leis singulares ou especiaes não podem adoptar-se os mesmos principios acerca da interpretação extensiva que em materia de privilegios e em disposições limitadoras da liberdade. Em relação aquellas leis deve determinar-se o seu conteudo em harmonia com a sua letra e o seu espirito, applicando as suas disposições conforme os motivos especiaes que as determinaram

O que não é permittido em relação a essas leis é o uso da analogia

§ 8 — *Fontes e trabalhos preparatorios do codigo civil*

Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 21-42 e nota B no fim do volume; Liz Teixeira, *Curso de direito civil portuguez* tomo I, pag. 24. Borges Carneiro *Direito civil de Portugal* tomo I, pags. 2-32. Amaro, *Aperçu de l'etat actuel des legislations civiles*

30 *Fontes do direito civil.* Concluiremos as breves considerações que acabamos de fazer acerca da interpretação das leis, tratando das principaes fontes e trabalhos preparatorios do nosso codigo civil como elementos para a sua interpretação

As fontes desse codigo são as Ordenações do Reino, a legislação extravagante, designadamente a do reinado de D. José, e a legislação posterior a 1832, o direito romano e canonico, os codigos modernos e as obras dos jurisconsultos

Ao tempo em que foi publicado o codigo civil estavam em vigor, na parte respeitante ao direito civil, as Ordenações

Filippinas, publicadas em 1603 e confirmadas por D. João IV por lei de 29 de janeiro de 1643. Era o livro IV que continha principalmente as disposições de direito civil, sendo porem muito deficiente

A fonte mais copiosa do direito civil era o direito romano, ordenando por vezes as Ordenações expressamente que fosse seguido, e sendo admittido de um modo geral como direito subsidiario. Na lei de 18 de agosto de 1769 estabeleceu-se que para o direito romano ser admittido como subsidiario, era necessario que fosse conforme a razão ou ao direito natural, ordenando os Estatutos da Universidade de 1772 livro II titulo V capitulo III, que para esse effeito se attendesse ao uso que delle faziam as nações modernas

Por *leis extravagantes* entende-se a legislação publicada posteriormente a 1603, que não foi authenticamente collecionada, e portanto anterior a 1821. Os principaes diplomas dessa legislação eram as *leis, cartas de lei* ou *cartas patentes* e os *alvaras*

O direito canonico, que era mandado seguir pelas Ordenações em alguns logares e admittido como direito subsidiario em todas as materia que envolvessem peccado, foi mandado applicar pela lei de 18 de agosto de 1769 em todos os negocios que se tratassem perante os tribunaes ecclesiasticos, na falta de leis patrias

Os codigos modernos exerceram, em virtude do que dispunha a lei de 18 de agosto de 1769 que mandou applicar as leis das nações modernas como direito subsidiario nos negocios commerciaes, economicos e maritimos, e de os Estatutos da Universidade mandarem attender ao que nelles se dispunha para decidir sobre a applicação do direito romano, larga influencia na nossa legislação anteriormente á publicação do codigo civil

Mencionaremos os principaes

Pelo meiado do seculo XVIII em 1756, foi publicado o codigo

da Baviera sob o titulo de *Codex maximilianeus bavaricus civilis* que era mais um tratado de jurisprudencia em que se dava a solução das questões duvidosas e controvertidas, do que um codigo propriamente dicto.

Em 5 de fevereiro de 1794, por cartas patentes de Frederico Guilherme II foi promulgado o *Codigo geral dos Estados da Prussia*.

«Este codigo diz COELHO DA ROCHA obteve um applauso immenso, assim pela abundancia das doutrinas como pelo methodo, e pela redacção concisa e terminante dos artigos inteiramente despida das apparencias da legislação romana ainda quando della são extraidas as disposições» (1).

Se é verdade, porem, que esse codigo teve admiradores e apologistas, não teve imitadores, nem sequer a principal qualidade dos codigos modernos — estabelecer a unidade da legislação, revogando os costumes e estatutos em vigor.

O principal codigo civil que nos apparece na ordem do tempo, o primeiro até a que rigorosamente pode dar-se essa denominação, é o codigo civil francez, que consta de 36 leis successivamente promulgadas e que foram encorporadas em virtude da lei de 21 de março de 1804.

Tendo a Revolução de 1789, que tirou á lei o caracter duma benevola e portanto precaria concessão do legislador pelo reconhecimento no povo de direitos naturaes, immutaveis e intangiveis, e firmou o principio da igualdade na condicionalidade juridica supprimindo os privilegios de classes que obstavam ao estabelecimento de normas geraes, tornado possivel a codificação do direito civil, Napoleão conseguiu levar esta a termo e implantar por meio das suas armas o codigo que teve o seu nome (2) em varios paises da Europa, em alguns dos quaes

(1) *Instituições*, tomo I, nota B no § 45.

(2) A [illegible] do codigo de 1804 intitulou-se *Code civile des français*,

continuou a vigorar depois de se libertarem da dominação politica da França.

Assim ficou vigorando em alguns Estados da Allemanha, na Belgica, na Hollanda, no Cantão de Genebra, etc.

Noutros paises, em que não foi obrigatorio, o codigo civil francez serviu de modelo e inspirou directamente o legislador, sendo como que signal, incentivo e guia no grande movimento de codificação, que distingue a epocha moderna na historia das fontes de direito.

Sobre o codigo civil francez foram elaborados o codigo de Vaud de 1819, o das Duas Sicilias de 1819, o de Luisiania de 1824, o de Haiti de 1825, o de Friburgo de 1834, o de Valais de 1853, o dos Paises Baixos de 1838, o das Ilhas Jonias de 1841, o do Cantão de Newchatel de 18[illegible], o da Romania de 1864 e o italiano de 1865 (1).

O codigo austriaco, sanccionado em 7 de julho de 1810, declarado executorio em 1811 e que começou a vigorar em 1 de janeiro de 1812, embora se approxime mais do codigo civil francez que do da Prussia, não se pode dizer que o tomasse por modelo.

Notamos já que alguns dos codigos modernos exerceram influencia em Portugal anteriormente ao codigo civil.

a de 3 de setembro de 1807 *Code Napoleon*, e de 30 de agosto de 1810, *Code civil*. Um decreto de 27 de março de 1852 restabeleceu o titulo de *Code Napoleon*, mas desde 4 de setembro de 1870 a assembléa nacional os tribunaes substituiram-lhe o de *Code civil*.

(1) Veja-se sobre a expansão do codigo civil francez e sobre a reacção contra a influencia francesa PLANIOL, *Traité elementaire*, tomo I, 2.ª edição, pagg. 47 e 48. No mesmo tomo, pagg. 49-50, acha-se ha a indicação dos codigos civis estrangeiros. Entre elles o mais recente é o allemão promulgado a 18 de agosto de 1896, e que com[illegible] vigorar no 1.º de janeiro de 1900. É tanto sob o ponto de vista scientifico como pratico, o trabalho mais perfeito de codificação até hoje publicado.

O jurisconsulto MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO) mencionava nas suas ultimas obras o codigo civil francez. O codigo da Prussia apparece citado pela primeira vez em GOUVEIA PINTO, no seu *Tratado dos Testamentos*. CORREIA TELLES no *Digesto Portuguez* ligou ao codigo civil francês e ao da Prussia grande importancia.

COELHO DA ROCHA utilizou-se não só desses, mas do da *Austria* e da *Sardenha* vertidos em francez e dos de outras nações, servindo-se relativamente a estes, da *Concordance entre les codes civiles*, de ANTOINE DE SAINT JOSEPH nas suas *Instituções de direito civil portuguez*, que com o *Digesto Portuguez*, constituem fontes importantes do codigo civil.

Falando das fontes do codigo civil não se deve deixar de mencionar ainda a importante tentativa de codificação da legislação civil hespanhola *de 1851*, que as revoluções interromperam, e sobre que FLORENCIO GARCIA GOYENA publicou em 1852 um trabalho notavel — *Concordancias motivos y commentarios del codigo civil espanol*.

Tendo conhecimento dos trabalhos mais importantes dos jurisconsultos francêses sobre o codigo civil, o auctor do projecto do codigo civil não raro se utilizaria delles, sendo por isso necessario ter los em vista *na interpretação* dalgumas disposições do nosso codigo.

31 *Trabalhos preparatorios do codigo civil*. Quanto aos trabalhos preparatorios do nosso codigo, os que foram publicados são pouco importantes, não offerecendo tão valiosos elementos para o seu estudo como seria para desejar e era de esperar da incontestavel competencia dos *jurisconsultos* que nelles tomaram parte.

Do projecto do codigo ha cinco edições, duas são devidas ao VISCONDE DE SEABRA, sendo uma publicada em 1858 e outra em 1859, que *pouco* differem entre si, tres são devidas á

commissão revisora, sendo publicadas em 1863, 1864 e 1865 (1).

Temos as *Actas das sessões da commissão revisora* que foram publicadas em 1869 (2).

Dessas *Actas* apenas consta a indicação summaria das propostas feitas e das resoluções tomadas, algumas das quaes se encontram tambem em notas na edição do projecto de 1863.

Em sessão da commissão revisora de 10 de dezembro de 1864 propôs JOSÉ JULIO DE OLIVEIRA PINTO que o codigo civil fosse apresentado ao Governo acompanhado de um relatorio no qual ao menos se indicassem as razões das alterações feitas na legislação civil do paiz. Esta proposta foi rejeitada porem, pela maioria da commissão em sessão de 19 de dezembro de 1864.

Nos trabalhos que foram publicados por alguns jurisconsultos acerca do projecto encontram-se elementos para interpretar algumas das disposições do codigo principalmente nos do

(1) Em 1857 tinha SEABRA publicado a primeira parte sob o titulo *Projecto do codigo civil portuguez*. Imprensa Nacional 1857. O Projecto de 1858 tem o titulo *Codigo civil portuguez, projecto redigido* por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Coimbra, Imprensa da Universidade de 1858. O de 1859 tem o mesmo titulo e na capa *segunda edição*. Foi publicado tambem na Imprensa da Universidade. O projecto de 1863 foi publicado pela Imprensa Nacional sob o titulo — *Codigo civil portuguez, redigido* por ANTONIO LUIZ DE SEABRA e *examinado pela respectiva commissão revisora*. Traz em nota algumas resoluções da commissão. O de 1864 tem o mesmo titulo, a que se acrescentou — *segunda edição*. O projecto de 1865 tem o titulo — *Codigo civil portuguez*.

(2) O projecto do codigo civil foi revisto tres vezes pela commissão. A primeira revisão, que foi feita sobre o projecto de 1850, vai até á pagina 370 das *Actas*, a segunda revisão, que foi feita sobre a edição do projecto de 1863 vai desde paginas 371 até 503, a terceira foi feita sobre a edição do projecto de 1864 e começa na pagina 507.

DR JOAQUIM JOSE PAES DA SILVA, e nas *Apostillas* do VISCONDE DE SEABRA (1)

(1) Os trabalhos que se publicaram são os seguintes

— *Observações sobre a 1ª parte do Projecto de Codigo civil portuguez*, por ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO. Lisboa. Imprensa Nacional 1857.

— *Apostilla á censura* do SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO — *Trabalho sobre a 1ª parte do Projecto do Codigo civil portuguez* por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Coimbra, Imprensa da Universidade 1858.

— *Resposta á 1ª Apostilla* do SR. ANTONIO LUIZ DE SEABRA, por A. ANTONIO DE MORAES CARVALHO. Lisboa. Imprensa Nacional 1858.

— *Apostilla ao 1º censura* do SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Imprensa da Universidade, 1858.

— *Resposta á 2ª Apostilla* do SR. ANTONIO LUIZ DE SEABRA por ALBERTO DE MORAES CARVALHO. Lisboa. Imprensa Nacional 1857.

— *Apostilla ao 3º censura* do SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Coimbra. Imprensa da Universidade 1858.

Nova Apostilla á censura do SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO sobre o *Projecto do Codigo civil portuguez* por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. Rio de Janeiro. 1859.

— *Novissima Apostilla em resposta a diatribe* do SR. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *contra o Projecto do Codigo civil portuguez* por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Coimbra, Imprensa da Universidade. 1859.

— *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte 1ª do Projecto do Codigo civil* do SR. ANTONIO LUIZ DE SEABRA, por VICENTE FERRER NETTO PAIVA. Coimbra. Imprensa da Universidade. 1858.

— *Resposta ás reflexões* do SR. DR. VICENTE FERRER NETTO PAIVA *sobre os sete primeiros titulos do Projecto do Codigo civil portuguez* por ANTONIO LUIZ DE SEABRA. Coimbra. Imprensa da Universidade, 1859.

— *Observações sobre o Projecto do Codigo civil* pelo DR. JOAQUIM JOSE PAES DA SILVA. Coimbra. Imprensa da Universidade. 1860.

— *Resposta do auctor do Projecto do Codigo civil ás observações* do DR. JOAQUIM JOSE PAES DA SILVA. Coimbra. Imprensa da Universidade. 1859.

— *Novas observações sobre o projecto do Codigo civil* pelo DR. JOAQUIM JOSE PAES DA SILVA. Coimbra. Imprensa da Universidade. 1860.

— *Observações sobre o Projecto do Codigo civil* pelo DR. ANTONIO DA CUNHA BANDEIRA PEREIRA DE MELLO. Coimbra. Imprensa da Universidade, 1860.

— *Brevissimas reflexões sobre o titulo 8º do livro unico da 1ª parte do Projecto*, por ANTONIO CIT. Lisboa. Imprensa Nacional. 1859.

O projecto do codigo civil foi apresentado á camara dos deputados na sessão legislativa de 1856. O parecer da commissão desta camara, de que foi relator o SR. CONSELHEIRO JOSE LUCIANO foi apresentado em sessão de 21 de julho de 1857, sendo discutido nessa sessão e na immediata (*Diario de Lisboa* de 1857, nºs 147 e 149).

O relatorio da commissão da camara dos pares foi apresentado em sessão de 26 de junho e nessa mesma sessão foi approvado o projecto (*Diario de Lisboa* de 1860, nº 147 e 148).

§ 9 — *Differentes especies de normas juridicas. Leis de ordem publica*

HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil* pag. 20-30. BIANCHI, *Corso* tomo I pag. 26. PILLET. *Principes de droit international privé* pag. 36. PLANIOL. *Traité elementaire de droit civil* 2ª edição tomo I pags. 111 e 121. CHIRONI E ABELLO. *Trattato* tomo I pag. 71. FIORE, *Il diritto civile italiano* parte I vol. I, pag. 442 e vol. II, pag. 1.

32 *Normas preceptivas e prohibitivas, facultativas, supplettivas e interpretativas.* A lei como norma obrigatoria que é manifesta a sua força ordenando e prohibindo, sendo a sancção uma consequencia necessaria do seu caracter obrigatorio. Assim se os actos são conformes a lei garante-se o goso e o exercicio dos direitos que delles derivam; se são contrarios á lei, ou se privam de effeito juridicos, ferindo-os de nullidade

dade, ou sujeitam-se a outras penas as pessoas que os praticaram.

A sancção que o nosso codigo civil estabelece como regra, para as infracções das leis preceptivas e prohibitivas, é a pena de nullidade (art. 10.º).

Falla-se neste artigo de leis *prohibitivas* e *preceptivas*, excluindo-se portanto as *facultativas* as *suppletivas* e as *interpretativas*.

Leis *facultativas* ou *permissivas* são as que não ordenam nem prohibem um acto, limitando-se a reconhecer a faculdade de o praticar, como testar, nomear tutor ao filho menor.

«O conceito de lei facultativa, diz Mazzoni, não é harmonica com a ideia primigenia da lei, que é norma e não permissão de proceder. A funcção da lei, quando facultativa, é de facto secundaria, porque consiste em resolver authenticamente a duvida sobre se a lei imperativa e mais vezes ainda a prohibitiva, não abrangeria o acto que ella auctoriza. Succede tambem muitas vezes que a lei permissiva especifica o acto não prohibido nem ordenado com o fim de regular as condições subjectivas, objectivas e formaes do proprio acto, quando alguem queira realizá-lo. Neste intento de regular a formação do acto, que nunca vem separado do primeiro, e o principal, e tomando-se como deve ser, para criterio da distincção, a lei denominada permissiva é comprehendida na primeira e necessaria distincção» (1).

Esta doutrina é verdadeira. Assim, nos exemplos que demos, a lei reconhece a faculdade de testar as pessoas que não exceptua (artt. 1763.º e 1764.º), resolvendo assim as duvidas que podiam dar-se sobre a capacidade para as disposições de ultima vontade e determina ao mesmo tempo o modo por que se pode exercer essa capacidade. Da mesma forma, permittindo

(1) *Istituzioni*, tomo I, pag. 80.

aos paes que nomeem tutor, a lei declara que só poderão usar dessa faculdade em testamento ou acto authentico *inter vivos* (art. 190.º).

Nas leis *suppletivas*, a que alguns jurisconsultos chamam *integrantes*, entram todas as disposições que têem por fim declarar na *falta de manifestação expressa* da vontade das partes, os direitos e obrigações que derivam dum determinado acto juridico. Em principio essas pessoas podem attribuir ao acto as consequencias ou effeitos que lhes aprouver, limitando-se o legislador a estabelecer regras geraes, normas de direito abstractas em que se determinam esses effeitos e consequencias, quando as partes não usem dessa faculdade. Essas regras devem portanto applicar-se sempre que as partes, nada estipulando a esse respeito, não desviam a sua applicação. Como diz um jurisconsulto francês, o legislador não impõe, propõe, tendo em vista não só facilitar a pratica dos actos juridicos, mas ainda, em alguns casos, estabelecer as normas que considera mais adequadas á natureza da relação juridica, não se oppondo todavia, porque intende não o exigir assim o interesse geral, a que essa relação juridica seja diversamente regulada pelos interessados.

Assim, o legislador determina no artigo 1096.º do codigo civil que é licito aos esposos estipular, antes da celebração do casamento e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens, e ao lado desse principio, consignou varias disposições em que determina qual o regimen de bens no matrimonio se os esposos nada estipularem a esse respeito, e formulou outros regimens que elles podem escolher, introduzindo-lhes ou não modificações. Se os esposos, por exemplo, querem casar segundo o costume do reino, não necessitam de fazer escriptura publica, e, se pretendem casar segundo o regimen dotal, é sufficiente que assim o declarem (artt. 1098.º e 1102.º).

A liberdade que os esposos têem de estabelecer no matri

monio o regimen de bens que lhes aprouver foi limitada por leis prohibitivas. Assim, não é permittido privar o marido da administração desses bens (art. 1104.º) da mesma forma que os esposos não podem alterar a ordem legal da successão dos herdeiros legitimarios (art. 1103.º).

Estas disposições são obrigatorias, não podendo portanto ser derogadas por vontade das partes e as proprias disposições em que o legislador presumindo qual fosse a vontade das partes declarou os effeitos que derivavam do matrimonio relativamente aos bens, não podem, uma vez realizado o matrimonio, ser modificadas ou alteradas pelos conjuges (art. 1105.º).

O que dizemos acerca do matrimonio é applicavel aos actos ou relações juridicas dependentes da vontade das partes e que têem por fim o interesse privado, reconhecendo a lei a autonomia da vontade, em relação a esses actos, dentro dos limites por ella fixados e formulando disposições que só são applicaveis na falta de manifestação expressa da vontade.

Para alguns casos em que a manifestação da vontade seja feita de forma que possam suscitar-se duvidas, o legislador declara, fundando-se na vontade presumida das partes em virtude do que normalmente succede, como deva interpretar-se essa manifestação. Assim, no artigo 378.º determina-se que, todas as vezes que nos actos e contractos se usar da expressão «moveis de tal casa ou predio» comprehender-se-ha nella só o que se chama mobilia, utensilios ou alfaias, salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes; no artigo 1799.º declara-se que, se o testador chamar certa pessoa e seus filhos, entender-se-ha que são todos instituidos simultaneamente e não successivamente. As normas contidas nestas disposições chamam-se *interpretativas*.

As normas preceptivas e prohibitivas a que alguns jurisconsultos dão a designação generica de *coactivas*, considerando de importancia secundaria a forma negativa ou

positiva da lei e que constituem propriamente o direito objectivo, sendo por ellas que as autonomias individuaes se limitam de forma que os seus interesses particulares se harmonizem com os interesses geraes ou collectivos.

83 *Sancção das leis preceptivas e prohibitivas.* O caracter coactivo da lei pode manifestar-se por varios modos.

Da infracção da lei pode resultar a nullidade do acto, sendo essa a sancção geral estabelecida na lei (cod. civ., art. 10.º). Assim a lei declarando que ninguem pode renunciar á successão duma pessoa viva (cod. civ., art. 2042.º), considera como não tendo effeito algum juridico essa renuncia.

Em alguns casos o codigo civil commina expressamente, apesar do disposto no artigo 10.º, a pena de nullidade (arts. 1074.º, 1103.º, 1262.º, 1310.º, 1371.º, 1460.º, 1480.º, etc.), sendo de notar que em algumas das disposições onde se declara essa nullidade as expressões *e nullo será nullo haver-se-ha por não escripto* equivalem a uma formula prohibitiva. Além da pena de nullidade o acto juridico contrario á lei pode ser punido criminalmente. Assim, não só será nullo o matrimonio que uma pessoa casada contrair sabendo que o seu conjuge é vivo, mas as pessoas que realizarem esse matrimonio ficarão sujeitas ás penas estabelecidas para o crime de bigamia.

As leis que ferem de nullidade os actos praticados contra as suas disposições designavam-se entre os romanos pela expressão *leges perfectae*.

Em algumas leis preceptivas e prohibitivas não se estabelece a pena de nullidade, mas outra para o caso da sua infracção.

E assim que, prohibindo-se que casem, sem consentimento de seus paes ou de quem os represente, os menores de vinte e um annos que não estejam emancipados (cod. civ., art. 1058.º n.º 1.º), a infracção dessa disposição não tem como consequencia a nullidade do casamento, ficando os infractores su

jeitos á pena estabelecida no artigo 1060.º do mesmo codigo (cod. civ. art. 1029.º). Do mesmo modo, declarando o (cod. civ., art. 1233.º) que a viuva que quizer contrair segundas nupcias antes de terem decorrido trezentos dias depois da morte do marido, será obrigada a fazer verificar se esta ou não gravida, não se estabelece a pena de nullidade para o caso de desobediencia, ficando a viuva sujeita neste caso á pena estabelecida no artigo 1234.º

A estas leis deram os romanos a designação de *leges minus quam perfectae*.

As leis que não comminavam a pena de nullidade nem outra pena, mas visavam a evitar por qualquer outro modo o acto prohibido, chamava-se no direito romano *leges imperfectae*.

A existencia destas leis como coactivas não póde hoje admittir-se, não se devendo considerar leis prohibitivas nem preceptivas as que não teem sancção. É assim que deve considerar-se como não existindo realmente, em relação aos esposos a prohibição consignada no artigo 1058.º n.º 3.º, pois que as pessoas que estejam ligadas por voto solemne de castidade reconhecido por lei ou que tiverem impedimento da ordem podem contrair matrimonio civil sem que incorram em pena alguma (art. 1029.º).

Como vimos, a lei estabelece a nullidade do acto contrario ás leis preceptivas e prohibitivas como sancção geral devendo portanto considerar-se nullos os actos por que se infrinjam essas leis, quando nestas se não estabeleça outra pena.

Cumpre-nos notar que a applicação desse principio suscita por vezes graves difficuldades, sendo necessario ter em vista o caracter e alcance da lei coactiva e a natureza do acto para se verificar se este deve ou não considerar-se nullo. É assim que, estabelecendo-se nos artigos 1075.º a 1081.º do codigo civil varias formalidades para a celebração do casamento civil, e sendo preceptivas as leis em que se estabelecem essas formalidades, a nossa jurisprudencia tem entendido que não pode annullar-se o matrimonio pelo facto de não se cumprirem algumas dessas disposições (1).

A nullidade que resulta da infracção das leis preceptivas e prohibitivas não reveste sempre a mesma natureza.

Ha casos em que essa nullidade importa a não validade ou inexistencia, em relação aos effeitos juridicos desses actos, independentemente da vontade dos interessados, ha outros em que o acto produz effeitos juridicos, mas pode deixar de os produzir, se for annullado mediante accão judicial, que só pode ser proposta pelas pessoas a favor de quem essa nullidade foi estabelecida.

Na primeira hypothese, trata-se duma nullidade absoluta, ou, por outras palavras, duma nullidade que se dá para com todos, podendo qualquer pessoa que tenha interesse em que a nullidade do acto, quando este revista as apparencias dum acto juridico valido, seja judicialmente declarada, pedir a sua annullação. Assim, tendo intervindo como testemunha instrumentaria num documento um estrangeiro ou um menor não emancipado, qualquer pessoa que tenha interesse em annullar esse documento poderá propor a accão competente.

Na segunda hypothese, a nullidade só pode ser invocada pelas pessoas a favor de quem haja sido estabelecida e o acto juridico produz effeitos, emquanto não for judicialmente decretada essa nullidade. Assim, tendo um menor não emancipado adquirido por compra um predio, pode pedir a annullação do contracto, invocando a sua incapacidade. O vendedor porem, qualquer herdeiro ou representante delle, ou ainda um terceiro, que nisso tenha interesse, não poderão requerer a annullação do contracto, pois que as leis em que se estabelece a nullidade dos actos em virtude de incapacidade das partes têem como

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. 36, pag. 529.

razão determinante a protecção dos interesses destas tendo portanto essas nullidades um caracter relativo (cod civ artt 99 ° e 695 °).

A efficacia das leis coactivas em relação á vontade não é portanto sempre da mesma natureza, havendo leis que não podem ser infringidas sem que dessa infracção resulte necessariamente, como regra geral, a nullidade do acto em virtude da qual este nenhuns effeitos juridicos produzirá, não podendo ser confirmado ou ratificado ao passo que outras leis podem ser infringidas e ficar essa nullidade dependente da vontade das partes que podem confirmar ou ratificar o acto annullavel, já expressamente por um acto posterior já não requerendo judicialmente a sua annullação dentro dos prazos fixados por lei

Quaes são as normas de cuja infracção resulta uma nullidade absoluta e aquellas de que resulta a simples annullabilidade do acto ou uma nullidade relativa

A resposta a esta pergunta acha-se, dum modo geral formulada no artigo 10 § unico do codigo civil

Declara-se neste § que não pode sanar-se por consentimento dos interessados, a nullidade do acto praticado contra a disposição da lei, se esta for de interesse e ordem publica, donde se conclue que, sendo de interesse e ordem privada, essa nullidade pode ser sanada por accordo dos interessados dependendo a sim a applicação duma lei dessa natureza da vontade das partes

Diquí a grande importancia da distincção entre leis de interesse e ordem publica e de interesse e ordem privada, sendo todavia difficillimo, por falta de criterio preciso formula-la nitidamente

34 *Leis de interesse e ordem publica* Não ha duvida que as normas de direito publico são de interesse publico e que portanto qualquer infracção a essas normas envolve, salvo disposições especiaes, uma nullidade que não póde ser sanada por consentimento dos interessados

Assim são de ordem publica as normas em que se determina a organização dos poderes e a competencia dos funccionarios publicos, em que se regulam as eleições, se impõe o serviço militar

Pelo que respeita ás normas do direito privado, são por todos consideradas como disposições de ordem publica em primeiro logar as que determinam o estado das pessoas e a organização da familia

A lei, attribuindo certas qualidades aos individuos em virtude das quaes gosam de direitos particulares ou ficam sujeitos a certas obrigações e determinando os direitos e deveres entre os conjuges, as relações entre paes e filhos, attendeu ao interesse geral e não ao dum ou outro individuo determinado Assim, não se fixa a epocha da maioridade, o conteúdo do poder marital e paternal os casos em que os paes podem perfilhar os filhos illegitimos attendendo os interesses dum determinado menor marido ou paes mas tomando por base o desenvolvimento physico e psychico dos individuos os costumes os sentimentos geraes da nação etc Por outro lado se aos individuos fosse permittido observar ou não as disposições em que se determina o estado das pessoas, os direitos e obrigações dos paes e dos filhos do marido e da mulher, desappareceria completamente a estabilidade das pessoas como sujeitos de direito e a da familia e, com ella a do proprio Estado

Em materia de successão são de interesse e ordem publica, pela intima relação que têem com a organização da familia, as disposições em que se fixa a quota legitimaria dos descendentes e ascendentes

São de ordem publica tambem as normas respeitantes á organização da propriedade isto é, em que se determinam os direitos reaes sobre as cousas e os modos por que podem ser

adquiridos Formulando essas disposições o legislador teve directamente em vista o interesse geral e não o dum determinado proprietario ou possuidor As um, as leis que respeitam a especificação dos direitos que se podem ter sobre as cousas, a prescripção a obrigação de permanecer na indivisão não podem ser derogadas pelas partes

Do mesmo modo não podem deixar de considerar se como sendo de interesse publico todas as normas que têem por fim acautelar os interesses de terceiros estabelecendo formalidades para que os actos juridicos produzam effeito em relação a elles Se as partes é permittido renunciar as garantias que a lei lhes faculta não podem renunciar as que ejam concedidas a favor dum terceiro Portanto se um credor hypothecario não fizer o registo na conservatoria não poderá fazer valer o seu direito contra terceiros

Têem o caracter de normas de interesse publico aquellas cujo fim é assegurar o respeito pela ordem social, impondo a quem injustamente lese um direito a obrigação de indemnização de perdas e damnos

São tambem de interesse e ordem publica as normas que respeitam aos bons costumes ou a moralidade publica sendo insanavelmente nullos todos os actos por que se infrinjam essas normas

Possivel nos seria ir mais longe na determinação das leis que devem considerar se de ordem publica limitar nos hemos porem a acrescentar que é necessario, em cada caso concreto, ter em consideração o fim da lei e o modo por que se acha formulada a disposição legal para se verificar se pode ser ou não derogada pelas partes Assim nenhuma duvida ha, em face da redacção dos artigos 970.º 994.º, 1097.º 1103.º 1657.º e 1658.º que as disposições nelles consignadas foram consideradas de interesse e ordem publica

Como criterio geral para determinar as leis de interesse e ordem publica deve attender se a que como as proprias pala-

vras indicam, se fixam por essas leis as regras que o legislador julga indispensaveis para assegurar a existencia dos interesses collectivos do Estado

Sendo o direito civil destinado a regular as relações dos cidadãos entre si como particulares, e o interesse privado que nelle domina e portanto as disposições de ordem publica constituem nesse direito uma excepção servindo para determinar a legitima esphera de acção de cada individuo ou os limites dentro dos quaes pode exercer livremente a sua actividade subordinando se assim o interesse privado ao interesse geral Daqui deriva que sempre que haja duvidas sobre se uma determinada disposição é ou não de ordem publica, deve considerar se como sendo de interesse privado

Nas normas de interesse e ordem publica tutelam se, como já dissemos dicto os interesses que são communs ao agregado social, mas disposições ha que, filiando se num principio de interesse geral representam na sua applicação a tutela de interesses particulares É assim que entrando o principio da protecção aos incapazes nas disposições de ordem publica, na applicação desse principio deve ter se em vista que se trata simplesmente de interesses particulares respeitando assim as leis reguladoras da capacidade civil dos individuos como associados e como meros particulares Donde se conclue que, se essas leis são de ordem publica não sendo permittido derogá las por vontade dos interessados, não pode considerar se como sendo de interesse publico o acto praticado por um incapaz Daqui resulta que um menor, invocando a sua incapacidade, pode annullar esse acto, mas a lei não o considera insanavelmente nullo, visto tractar se em cada caso concreto dum interesse privado Assim como o acto juridico realizado por um menor o pode prejudicar, tambem lhe pode ser favoravel

Assim se justifica a existencia de leis coactivas, cuja applicação não é inexoravel, e se explica a distincção entre as nullidades absolutas e relativas

Os actos praticados contra uma disposição de interesse e ordem publica são nullos, quer por elles se offenda directamente essa disposição, quer para esse fim se recorra a meios indirectos, embora a lei não os haja prohibido expressamente O que o legislador quer é segurar, ao estabelecer essas disposições e uma determinada ordem social, impedindo qualquer facto material por que essa ordem seja offendida Dahi vem que, prohibindo a lei que se realize um contracto entre determinadas pessoas esse contracto será nullo se para illudir a disposição da lei, se recorrer a uma interposta pessoa

§ 10 — *Da applicação das leis no tempo*

Dr. Paiva Pitta *Questões transitorias do direito civil portuguez* José Dias Ferreira *Se o principio da não retroactividade deve ser observado em todas as leis* Savigny *Traité de droit romain* tomo VIII livre III, capitulo II Gabba *Teoria della retroattività delle leggi* edição, 1897, Fiore, *Il diritto civile* parte I vol I pag 81 Mazzoni *Istituzioni* tomo I, pag 27 Laurent, *Principes* tomo I, pag 141 Demolombe *Cours de code Napoleon*, 4 edição tomo I pag — Pranier *Traité elementaire de droit civil* 2 edição, tomo I, pag 96 Chironi Alberto *Trattato*, tomo I, pag 81

35 *O problema da applicação das leis no tempo Principio da não retroactividade* Sendo necessariamente modificadas ou revogadas as leis e havendo situações juridicas que creadas no dominio duma lei subsistem depois da modificação ou suppressão della surgem assim duvidas sobre a determinação em alguns casos da lei que deve applicar-se para cuja solução têem sido formuladas theorias pelos jurisconsultos e normas pelos legisladores que são geralmente conhecidas pela designação de — *theoria da não retroactividade das leis e da applicação das leis no tempo* (1)

Trata o nosso codigo deste assumpto, dum modo geral no artigo 8.º e tendo de o desenvolver começaremos por determinar os casos em que pode haver duvidas sobre a applicação das leis quanto ao tempo 2)

As leis como norma obrigatorias reguladoras das relações sociaes só existem depois da publicação, e por isso não podem applicar-se senão aos factos juridicos que se realizem depois que começam a vigorar e só relativamente a elles devem ser observadas

Este principio fundamental deriva da propria natureza da lei e assenta em considerações de elevado interesse social

Estabelecendo-se nas normas juridicas quer seja coactiva a sua observancia quer dependa da vontade a medida dos direitos subjectivos, sempre que se realize um acto em harmonia com essas normas, são ellas que devem ser applicadas As novas leis não as podem supprimir succedem-lhes substituem-nas, tendo as normas anteriores a mesma força obrigatoria que as novas emquanto não são por estas revogadas

(1) Alguns jurisconsultos como Gabba e Weber, adoptaram a denominação — *theoria da retroactividade das leis* Preferimos a expressão do texto não só porque traduz o elemento principio fundamental sobre esta materia mas porque é mais adequada ao seu legitimo sentido Notaremos ainda que, como da subsequente exposição do assumpto se verá, nenhuma das designações é propria porque a lei, salvo o caso em que o proprio legislador lhe attribua, nunca tem effeito retroactivo applicando-se ou não *immediatamente* aos factos que se dão depois que começa a vigorar, conforme a relação juridica existente entre elles e outros factos realizados no dominio da lei anterior

(2) Além do artigo 8 ha outros artigos em que se determina o modo por que devem ser applicadas com relação ao tempo determinadas disposições do codigo, que introduziram modificações no direito anterior Esses artigos são designados pela expressão — *disposições transitorias*

Por outro lado a confiança nas leis existentes, a certeza de que produzirão os devidos effeitos os factos realizados em harmonia com as suas prescripções o respeito pelos interesses creados sob a garantia da lei, constituem a verdadeira base da auctoridade e da força obrigatoria das leis e por meio dellas, da ordem social

«A applicação das leis a factos passados, diz Demolombe seria conjunctamente absurda em principio e desastrosa em suas consequencias absurda porque a lei não pode ser obrigatoria antes de ser conhecida não sendo racionalmente possivel ordenar prohibir ou permittir actos passados factos realizados, desastrosa principalmente porque a sociedade seria assim entregue a instabilidade mais deploravel a mais mais temivel arbitrariedade por quanto os interesses mais sagrados dos cidadãos e das familias não assentariam sobre base ou garantia alguma

Dahi vem que o principio da não retroactividade das leis se acha actualmente consignado em todos os codigos das nações cultas e já era reconhecido pelo direito romano em que se achava estabelecida a regra geral de que as leis e constituições dos principes se applicam aos negocios futuros e não aos passados — *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis non ad facta præterita revocari* (Cod I, 12 7)

Esta doutrina que já se achava firmada entre nós no alvará de 27 de abril de 1802 § 4.º considerou-se tão importante, que o auctor da carta constitucional a incluiu entre as garantias individuaes, determinando no § 2.º do artigo 145.º que as disposições da lei não têem effeito retroactivo (1)

O principio de que as leis não podem applicar-se a factos

(1) Entre nós só as cortes constituintes que podem pois, dar effeito retroactivo as leis, direi o de que só em circumstancias excepcionaes devem usar

passados não deve porem tomar-se em toda a sua plenitude comprehendendo não só os factos juridicos realizados anteriormente a publicação da nova lei mas ainda as relações que por meio delles se estabelecerem

Casos ha em que a lei nova deve regular as relações creadas no dominio da lei antiga, que por ella foi modificada ou revogada, não só porque devendo as leis acompanhar o progresso social e portanto a nova lei ser mais conforme as suas exigencias, o interesse publico pode exigir a sua immediata applicação, mas tambem porque a applicação da lei antiga a todas as relações juridicas que tenham o seu inicio em actos praticados no dominio dessa lei faria com que as mesmas instituições fossem reguladas ao mesmo tempo por normas diversas com grave prejuizo para a ordem social

Assim, se numa nova lei fosse modificada a instituição do poder marital ou a do patrio poder e se devesse regular qualquer dellas pela lei que vigorava ao tempo em que se effectuou o casamento ou teve logar o nascimento do filho, ficariam subsistindo ao mesmo tempo dois regimens differentes na familia (1)

Geralmente diz-se que a lei nova quando regula as relações juridicas que têem a sua origem no dominio da lei antiga, tem effeito retroactivo, o que não é exacto A lei, como nota Mazzoni, applica-se neste caso, e desde que se torna obriga

(1) A vida civil comprehende-se dum serie de factos e relações, praticados aquelles e formadas estas a sombra das leis positivas muitos dos quaes têem uma existencia successiva e permanente, porque todos são effeito dos anteriores e causas dos posteriores Ora se a lei nova houver de respeitar tudo o que tiver a sua razão de ser no passado, restringindo o seu imperio somente ao que se fizer depois da sua promulgação nós veremos caminhar parallelamente o passado com o presente, o desengano com a esperança, a saudade com o goso, a sombra com a luz, emfim as velha com as novas instituições» (dr Paiva Pitta, *obr cit*, pag 70)

toria, aos factos juridicos que se verificam sob o seu dominio regulando os actos relativos ao estado ou capacidade das pessoas e aos bens dum modo diverso daquelle por que até ahi tinham sido regulados

Mas quando é que a lei nova se deve applicar immediatamente, regulando relações juridicas creadas no dominio da lei antiga, e quaes são os factos que embora creados no dominio da lei nova, devem ser regulados pelo direito vigente ao tempo em que se constituiu a relação juridica a que elles respeitam

Como se ha de harmonizar na sua applicação o principio de que a lei não pode nem deve actuar sobre o passado com a necessidade de sujeitar ás novas leis as relações juridicas formadas á sombra das antigas e que subsistem depois que as novas leis se tornam obrigatorias

Fica formulado nestas preguntas o problema da applicação da lei no tempo

36 *Theorias sobre a applicação das leis no tempo* Sobre a applicação das leis no tempo têem sido formuladas diversas theorias

A theoria classica é a que faz distincção entre *direitos adquiridos* e *simples expectativas* Não existe accordo entre os jurisconsultos que acceitam esta distincção quanto á noção de direitos adquiridos e de simples expectativas, mas a doutrina mais corrente é a que considera direito adquirido o que se constituiu definitivamente e simples expectativa o direito que, não se havendo ainda constituido definitivamente representa uma mera esperança

Como nota Planiol entendida assim a distincção entre direitos adquiridos e simples expectativas, não nos dá criterio algum para a applicação das leis no tempo não indica a razão por que subsiste a lei antiga em relação a certos factos e se applica a lei nova quanto a outros, exprimindo apenas os casos em que a lei se applica ou não retroactivamente Accresce

que no caso de uma simples expectativa, não existe um interesse tutelado pela lei, não ha uma relação juridica constituida e portanto de forma alguma pode dizer-se que haja uma applicação retroactiva da lei

Uma determinada relação juridica apenas existe quando se realizam em harmonia com as disposições do direito vigente, os elementos necessarios para a sua constituição E é neste caso que se pode dizer que ha um direito adquirido não ha vendo motivo algum para lhe contrapor a simples expectativa

Lassalle fundando-se no respeito que é devido aos actos da vontade individual affirma que todos os actos realizados conscientemente e em harmonia com a lei devem ser garantidos de forma que a lei nova não introduza a minima alteração nos effeitos ou consequencias que a esses actos attribue a lei vigente no tempo em que foram realizados Só em relação aos direitos cuja acquisição não depende da vontade individual e que a lei nova pode ter efficacia retroactiva, modificando ou extinguindo os effeitos que delles deveriam derivar em virtude da lei em vigor ao tempo em que foram realizados

Esta theoria é incompleta A nova lei não deve respeitar apenas os direitos cuja acquisição dependa da vontade Qualquer que seja a natureza do facto juridico que se realiza no dominio duma lei que haja nesse facto a activa manifestação da vontade quer uma contingencia prevista pela lei o direito que por elle se adquire deve ser respeitado pela nova lei Em virtude da lei que vigorava ao tempo em que esse facto se realizou, constituiu-se um interesse garantido por ella e que fica pertencendo definitivamente a uma pessoa, não podendo assim a nova lei deixar de o respeitar

Se assim não fosse a nova lei não revogaria apenas a anterior no momento em que começou a vigorar, destruiria ou modificaria os factos que se realizaram durante o dominio della, o que é completamente inadmissivel em principio

E nos casos em que gravissimas considerações de interesse

social exijam que se dê expressamente a lei effeito retroactivo, tambem se nos figura que não pode justificar se a distincção entre direitos adquiridos por um acto da vontade e direitos adquiridos em virtude duma contingencia prevista por lei

Alguns jurisconsultos estabelecem a presumpção de que são retroactivas as leis de interesse e ordem publica

Este criterio tambem é inadmissivel

Para que uma lei deva respeitar os factos realizados no dominio duma lei anterior é indifferente que ella seja de ordem publica ou de protecção individual seja qual fôr o caracter da lei esta apenas fica vigorando e portanto com força obrigatoria no momento em que é publicada, não devendo portanto attribuir se lhe effeito retroactivo (1)

O unico criterio por que pode determinar se, em relação a um dado facto juridico se subsiste a lei anterior ou se applica a nova lei, consiste em verificar qual o momento em que se constitue a situação subjectiva de que esse facto representa um effeito ou consequencia

37 *Factos que no dominio de uma nova lei são regidos pela anterior* Em geral os factos juridicos realizam se num curto espaço de tempo e tudo o que a esses factos respeita como as condições de capacidade, as formalidades, é regulado pela lei em vigor ao tempo em que elles se effectuam Uma vez realizado o facto as consequencias que delle derivam são tambem reguladas por essa lei Essas consequencias formam com o facto juridico realizado no dominio da lei anterior um todo concreto mantendo essa lei em relação a ellas toda a sua auctoridade

Exemplificando se se realiza um contracto de usura por um

(1) Veja se a exposição e critica das diversas theorias respeitantes á applicação das leis no tempo em Gabba, *obr cit* tomo I, pag 146 e segg

anno estipulando se o juro de 6 % e depois delle effectuado se publica uma lei que prohibe a estipulação de juro de taxa superior a 5 % o contracto subsiste, tendo o mutuante o direito de exigir do mutuario o juro estipulado pois que esse direito deriva do contracto que foi realizado á sombra da antiga lei pela qual e formou uma situação subjectiva que a nova lei salvo casos excepcionaes que só o legislador cumpre ter em consideração, deve respeitar

E na verdade as leis regulando as relações sociaes attribuem as pessoas nas suas relações entre si e quanto aos bens, certos poderes ou faculdades que se subjectivam ou individualizam por meio de factos praticados pelos individuos ou de contingencias previstas na propria lei, adquirindo se assim direitos que entram no patrimonio do individuo e que embora não se tenham consumado o legislador deve proteger «O direito de deduzir os effeitos legaes dum facto realizado em harmonia com a lei, diz Fiore, ou o posterior desenvolvimento do direito adquirido é tambem um direito concreto determinado e individualizado que encontra o seu fundamento no facto e na lei, o facto isto é, o direito principal perfeito individualmente adquirido é lei que é a vigente no momento em que o direito principal foi adquirido»

A lei anterior não se applica porem aos factos que podendo realizar se em harmonia com as suas disposições ou não tiveram começo de execução ou se o tiveram, não chegaram a concretizar ou subjectivar o direito objectivo de forma que, segundo as disposições da mesma lei, elle deva considerar se definitivamente adquirido

Assim, a nossa antiga legislação permittia a perfilhação dos filhos adulterinos, que é prohibida pelo codigo civil Realizada a perfilhação no dominio da antiga lei o filho adulterino adquiriu o estado de perfilhado e conserva o no dominio da nova lei Se, porem o filho adulterino embora existisse já ao tempo em que começou a vigorar o codigo civil, não foi antes

disso reconhecido pelos pais com as formalidades exigidas pela lei já não pode ser perfilhado. O poder objectivo da lei que permittia a perfilhação não se havia subjectivado relativamente a elle, porque não se verificaram os factos que para esse effeito eram exigidos e portanto o legislador revogando a lei, supprimindo a faculdade da perfilhação que por ella era concedida, não offendeu direito algum individual, não attentou contra uma situação subjectiva.

Para se vêr portanto até onde se estende a auctoridade da antiga lei quanto ás relações juridicas creadas no seu dominio, é necessario verificar se os factos que constituem esse desenvolvimento e que se deem desde que começa a vigorar a nova lei representam effeitos ou consequencias do facto praticado no dominio da antiga lei, ou por outras palavras se formam com elle uma determinada situação subjectiva.

O legislador, declarando no artigo 8.º — a lei civil não tem effeito retroactivo, quis pois significar que a nova lei não se applica ás consequencias que resultem duma situação subjectiva, que legitimamente se haja constituido no dominio duma lei anterior.

E este o principio fundamental quanto á applicação das leis no tempo. Não occultaremos porem que esta applicação suscita gravissimas difficuldades, sendo algumas resolvidas pelo proprio legislador por meio de disposições transitorias, isto é, de normas que teem por fim regular a passagem duma legislação para outra.

As difficuldades derivam de nem sempre ser possivel precisar com segurança em todas as relações juridicas, e se realizaram ou não as circumstancias exigidas por lei para que o direito se considere definitivamente individualizado. Assim, retomemos o exemplo do filho adulterino perfilhado no dominio da lei antiga e que, como vimos, conserva esse estado no dominio da nova lei.

Ao filho espurio perfilhado eram attribuidos pela lei antiga certos direitos, que respeitavam, por exemplo, á successão nos bens dos paes. Conservará esses direitos ou ficará sujeito á nova lei?

Para resolver esta questão, é necessario verificar se o direito de successão deriva do facto da perfilhação ou doutra causa, e se entrassemos neste exame chegariamos á conclusão de que o direito de successão se basea na lei que vigora ao tempo do fallecimento do auctor da herança e que portanto não deriva do estado de filho perfilhado, não representando essa successão, na hypothese sujeita relativamente ao filho espurio que foi perfilhado, um direito que elle haja adquirido e que a nova lei deva respeitar.

38 *Factos que são regidos pela nova lei.* Está sujeita immediatamente á sua auctoridade todos os factos que tenham como consequencia a aquisição dum direito ainda no caso em que, tendo começado antes della, não se realizaram de forma que viessem a constituir para o individuo uma situação subjectiva definitivamente constituida. Assim, se um individuo começou pela posse em nome proprio, a adquirir direito á propriedade duma cousa e a nova lei decla ou esta imprescriptivel já não pode por esse meio tornar-se proprietario della. O direito de propriedade só se adquire pela prescripção no momento em que termina o prazo pela lei fixado na lei. Antes disso não ha direito adquirido, não ha uma situação subjectiva que o caracter obrigatorio da lei anterior imponha como direito. Apenas haverá poderes reconhecidos por lei que não se tornaram effectivos, e que o legislador pode livremente modificar.

Factos juridicos ha que dando logar a relações de caracter permanente, apenas condicionam a applicação das normas juridicas, não representando quanto ao conteudo dessas relações, a causa donde ellas emanam.

Assim, do matrimonio deriva o poder marital, do reconhecimento dos filhos o poder paternal. Qualquer lei que modi

fique as condições exigidas para o matrimonio ou para o reconhecimento dos filhos não pode applicar-se aos matrimonios e reconhecimentos já effectuados. Se porem forem modificadas as normas reguladoras do poder marital ou paternal, como se, por exemplo, se negar ao marido a faculdade de nomear conselheiros em testamento a mulher para a dirigirem no que respeita a administração dos bens dos filhos, ou se sendo conferido pela lei anterior só ao pae a nova lei attribuir o poder paternal tanto ao pae como á mãe essas disposições applicam-se immediatamente. Os poderes do marido e dos paes não derivam, como consequencia necessaria do matrimonio ou do reconhecimento, são lhes attribuidos pela lei que o legislador pode modificar sempre que as necessidades sociaes o exijam.

O mesmo se dá em relação á propriedade. A que se adquiriu legitimamente no dominio duma lei é respeitada pela nova lei. Os poderes que se podem exercer sobre a coisa que se adquiriu são, porem, regulados pela lei nova. Esses poderes não derivam do facto juridico pelo qual se verificou a adquisição, mas da lei e esta deixa de vigorar no momento em que é substituida por outra.

Resumindo:

A lei em vigor no momento em que se subjectiva individualmente um direito pela realização integral dos factos de que a sua adquisição dependia, sujeita esse direito ao seu imperio regulando o seu desenvolvimento ulterior, embora este se dê no dominio duma nova lei, quando os factos por que esse desenvolvimento se dá representem consequencias ou accessorios legaes do facto já realizado ou sejam elementos integrantes do direito principal.

A lei nova applica-se immediatamente, quando se trata de poderes contendidos pela lei que não chegaram a concretizar-se em factos ou se subjectivaram, e como taes devem considerar-se as normas reguladoras do exercicio dum direito. Os effeitos ou consequencias legaes deste nunca se devem confundir com as consequencias que derivem de factos que se verifiquem estando já o direito em exercicio, porque não são effeitos legaes desse exercicio mas do novo facto.

39 *Applicações.* Para que mais nitidamente se comprehenda a doutrina exposta façamos algumas applicações della.

Quando a lei nova encurta o prazo da maioridade, os individuos que já tenham adquirido este estado em virtude das disposições da lei antiga, continuam a ser considerados como maiores na vigencia da nova lei.

Assim, supponha-se que é modificada a disposição do codigo civil que fixa a epocha da maioridade aos vinte e um annos completos, transferindo-a para os vinte e cinco. Neste caso a lei nova não se applica aos individuos que já sejam maiores em virtude das disposições da lei antiga, pois que se trata dum direito que se individualizou (1). Os individuos porem, já existentes no tempo em que foi publicada a nova lei, mas que ainda não tinham concluido os vinte e um annos, ficam sujeitos ás disposições da nova lei.

A relação de paternidade ou de maternidade, adquirida em harmonia com as normas duma lei que vigorava no tempo em que se deram os factos de que deriva, persiste não obstante as disposições em contrario da nova lei, esta porem applica-se desde que começa a vigorar, quando os factos de que a filiação resulta se não tenham verificado ainda embora já existam as pessoas entre as quaes se podiam estabelecer essas relações.

(1) Esta doutrina tem sido impugnada por alguns jurisconsultos, para os quaes a maioridade representa apenas o poder juridico de reger livremente a pessoa e administrar os bens. A verdade é que a maioridade uma vez adquirida representa um facto consumado. Veja-se Gabba, *obr. cit.*, tomo II, pag. 72 e segg.

Assim, se em virtude duma nova lei se considerarem filhos legitimos os que nascem de matrimonio legitimamente contrahido dentro de trezentos dias depois da sua dissolução e se presumem taes pela lei antiga os que nascessem dentro de trezentos e quatro dias depois desse facto, esta applica se a todos os individuos que tenham nascido *nestas condições antes de começar a* vigorar a nova lei, mas não aos que nascam no dominio desta, embora a dissolucao do matrimonio se tenha dado no tempo em que vigorava a lei antiga porque é o nascimento que determina o estado do filho

Se pela lei antiga se não exigia para a legitimação o reconhecimento dos filhos no assento do casamento no do nascimento ou em testamento ou escriptura publica bastando o matrimonio dos paes e o reconhecimento em titulo particular essa legitimação subsiste não obstante as disposições em contrario da nova lei quando o matrimonio se tenha realizado durante o tempo em que vigorava a antiga Outro tanto se não da quando o matrimonio se celebre no tempo em que vigora a nova lei posto que os filhos ja tenham nascido antes de ella começar a vigorar porque é o casamento o facto de que resulta para o filho o estado de legitimado

O mesmo se dá relativamente á perfilhação Assim se pela lei antiga ao contrario do que dispõe a nova se podiam perfilhar os filhos adulterinos essa perfilhação se tiver sido feita nos devidos termos antes de se tornar obrigatoria a nova lei, produz os seus effeitos, mas quando se não tenha realizado ainda, applica se immediatamente a lei nova aos filhos adulterinos que tenham nascido debaixo da lei antiga visto que ainda não tinham adquirido o estado de filhos perfilhados

As normas que regulam as relações entre paes e filhos, como as relativas ao poder paternal alimentos e successão, quer os filhos sejam legitimos, quer legitimados quer perfilhados são as da lei nova quaesquer que sejam as modificações que faça a lei antiga Os direitos ou faculdades que desta derivam e que

não se individualizaram por meio de factos adquisitivos não são respeitados pela lei nova

Nem mesmo era possivel manter se de outro modo a ordem social que seria completamente perturbada pela variedade de relações juridicas que derivaria da applicação simultanea de leis diversas

Os matrimonios legalmente celebrados no dominio duma lei, em virtude dos quaes se formou o estado de familia, não podem ser annullados pelas disposições da nova lei Assim se uma lei prohibir, attendendo ás indicações da anthropologia, o casamento de pessoas que estejam affectadas de graves doenças contagiosas a disposição dessa lei não pode applicar se retroactivamente

As relações pessoaes dos conjuges, porém, ficam immediatamente sujeitas a nova lei, porque não são consequencias necessarias e implicitas do matrimonio mas garantias estabelecidas e determinadas pela lei distinctas das que se applicam aos contractos em geral Essas garantias não constituem situações subjectivas, mas poderes estabelecidos no direito objectivo, que se vão convertendo nellas a medida que se realizam os factos de que essas situações resultam, e são so estas que a nova lei tem de respeitar

A separação dos conjuges, determinada por uma causa que a lei antiga admittia mas que a nova não reconhece quando tenha sido pronunciada por sentença antes desta começar a vigorar, e respeitada por ella como um direito adquirido embora os effeitos da separação pelo que respeita as relações que ficam subsistindo entre os conjuges sejam regulados em harmonia com as prescripções da nova lei

O contrario succede se essa separação ainda se não tiver realizado, ou se a nova lei admittir, como causa de separação dos conjuges factos a que a lei antiga não ligava esse effeito e que se verifiquem no dominio da nova lei Em taes casos applica se esta

Se a nova lei não permittir que se adquira o direito de propriedade sobre uma determinada categoria de cousas por factos que a lei antiga reconhecia idoneos para esse effeito, como por exemplo, a prescripção ou de modificar o conteudo do direito de propriedade, as suas disposições applicar-se-hão immediatamente mas não terão effeito algum sobre as relações juridicas que se hajam constituido definitivamente ao tempo da publicação da nova lei (1).

40 *Excepções ao principio da não retroactividade das leis.* Vimos em que casos a lei que revoga ou modifica outra anterior, se applica immediatamente e quaes os factos que, embora se deem no dominio da nova lei devem ser regulados pela antiga.

Tem-se admittido excepções ao principio da não retroactividade das leis, as quaes derivam, ja de o legislador attribuir expressamente a lei effeito retroactivo, ja da propria natureza da norma juridica sempre que esta em virtude do seu caracter, ou da propria natureza da relação social a que respeita, se applica a factos passados no dominio da lei anterior ou a consequencias que desses factos derivam. Notaremos porem, desde ja que o effeito retroactivo das leis, que têem a sua causa na propria natureza da norma juridica constitue uma excepção meramente apparente ao principio da não retroactividade da lei.

Tractaremos, em primeiro logar das excepções ao principio

(1) Vejam-se os artigos 408, 409, 60, 584 e 22[illegible], em que se acha consignada doutrina que confirma os principios expostos, o a cordão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 1870, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XVIII, pag. 126, e diversas hypotheses sobre que esta *Revista* emittiu parecer nos vols. VI, pag. 165, IX, pag. 102, XVIII pagg. [illegible], e 33 e XXXIV pagg. 230, 299 e 378.

da não retroactividade das leis que se filiam na propria natureza da norma juridica começando pelas leis interpretativas.

No artigo 8 do codigo civil declara-se que a lei interpretativa se applica retroactivamente considerando-se a applicação retroactiva da lei interpretativa como uma excepção ao principio da não retroactividade da lei. A esta excepção faz-se outra excepção resalvando-se da applicação retroactiva da lei interpretativa os direitos adquiridos.

Tomando-se a expressão *direitos adquiridos* no sentido de relações juridicas que se constituiram definitivamente no dominio da lei interpretada, vê-se que a excepção ao principio da retroactividade das leis interpretativas destroe completamente o principio ficando as leis de caracter interpretativo sujeitas quanto a sua applicação no tempo as mesmas regras que as leis innovadoras. E era esta a doutrina que se achava consignada no projecto primitivo do codigo civil cujo artigo 8 era assim redigido: «A lei civil, ainda que seja interpretativa não pode ser applicada retroactivamente havendo offensa de direitos legitimamente adquiridos».

Para o auctor do referido projecto a distincção entre leis interpretativas e innovadoras não tinha fundamento algum racional: «Se a lei interpretativa, diz elle não faz mais, que repetir o que se acha disposto claramente, é desnecessaria e absurda, se o dena cousa que não esteja claramente na lei anterior e uma lei nova, e cria um direito novo, que não pode ser applicado aos factos anteriores, queremos dizer, aos direitos adquiridos» (1). Com esta doutrina que foi vivamente impugnada concorda o DR. PAIVA PITTA: «Effectivamente, escreve elle a causa justificativa da lei interpretativa e, não

(1) *Apostilla n. 2 a censura* do SR. ALBERTO DE MORAES CARVALHO, pag. 50.

tanto a obscuridade das leis interpretadas, como a erronea applicação que dellas fazem os tribunaes e os particulares, e não só constante mas ainda geralmente. Em vista pois do erro commum, não é segundo a mente do legislador que executam a lei, mas segundo a intelligencia que têem dado as suas disposições, e isto não uma ou outra vez, por um ou outro tribunal, mas sempre ou quasi sempre, geralmente ou quasi em geral» (1).

Não nos parece acceitavel esta doutrina sobre a funcção da lei interpretativa. Pela lei interpretativa não deve fixar-se o sentido duma lei anterior quando sobre ella se haja fixado a jurisprudencia. Neste caso o legislador não deve declarar que os tribunaes erraram, com o que apenas tiraria prestigio ao poder judicial, mas, se o sentido que a lei foi dado não se harmoniza com as necessidades a que ella devia prover, substitui-la por outra revogando-a. O que pela lei interpretativa deve definir-se é o sentido duma lei quando a sua applicação pelos tribunaes não seja harmonica, o que frequentemente succede. Neste caso não ha um erro geral e commum pelo qual se fixasse o sentido da lei interpretativa, ha interpretações diversas, e o poder legislativo intervem para por termo aos julgados contradictorios.

Sendo assim, é evidente que, uma vez fixado o sentido da lei pelo poder legislativo, não podem os tribunaes *deixar de* seguir essa interpretação. Sustentar doutrina contraria equivaleria a affirmar que a lei interpretativa não é obrigatoria.

Nem é possivel, tractando-se de leis interpretativas, fazer distincção entre factos que se tenham dado no dominio da lei interpretada e depois de publicada a lei interpretativa. Esta *lei*, pelo seu proprio caracter, não pode ser incompativel com a lei interpretada, pois apenas tem por fim determinar qual

(1) *Obr. cit.*, pag. 10.

fosse o pensamento do legislador ao formular esta lei. A lei interpretativa não succede portanto a lei interpretada, não a revoga, e a lei interpretada com o sentido determinado por uma lei posterior, que continua a vigorar.

Não ha pois entre a lei interpretada e a interpretativa a antinomia que se tornaria necessaria para que entre ellas podesse surgir conflicto quanto á sua applicação no tempo, não podendo as normas interpretativas deixar de considerar-se em vigor desde que foi publicada a lei interpretada.

Era esta a doutrina que se seguia no direito romano, no nosso antigo direito, e nas legislações modernas, e a que unanimemente ensinam os tratadistas (1). E, apesar do que se dispõe no artigo 8.º, afigura-se-nos que o poder judicial, quando a lei interpretada haja sido diversamente entendida pelos jurisconsultos e applicada pelos tribunaes, não deixará de applicar a lei interpretativa a todos os factos que se tenham realizado no dominio da lei interpretada, sempre que esta, embora em sentido diverso da interpretativa, não haja sido definitivamente applicada.

Entende-se que a lei interpretada foi definitivamente applicada, quando os factos realizados antes da lei interpretativa forem julgados por sentença que passou em julgado, quando sobre esses factos tenha havido transacção em virtude da qual as partes preveniram ou terminaram uma *contestação* (cod. civ., artt. 1710.º e 1718.º), e quando no proprio contracto se fixou o sentido que as partes ligavam á lei se lhes fosse permittida essa interpretação. Em qualquer destes casos não podem suscitar-se controversias sobre as consequencias que

(1) Veja-se CORREA TELLES, *Digesto portuguez*, livro I, artigos 9.º–11.º; COELHO DA ROCHA, *Instituições* § 8.º; BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal*, introducção parte II, § 11.º; GABBA *obr. cit.*, tomo I, pag. 31 e segg.

segundo a lei deviam derivar do facto juridico, pois essas consequencias acham-se definitivamente fixadas.

A doutrina de que a lei interpretativa se não applica aos factos que já estejam decididos por sentença ou transacção achava-se sanccionada no nosso direito anterior ao codigo civil (decr. de 17 de julho de 1778) e era como a doutrina de que as leis interpretativas se applicam retroactivamente seguida sem restricção pela nossa jurisprudencia (1).

Em relação aos institutos com caracter de perpetuidade que por motivos de interesse publico são supprimidos pelo legislador, a lei, ainda mesmo o declare expressamente, poderá applicar-se a relações juridicas que já se achem definitivamente constituidas?

Alguns jurisconsultos affirmam que o legislador, ao prohibir, fundando-se no interesse publico, um instituto juridico, como por exemplo, os morgados, certas prestações eventuaes que se pagavam na emphyteuse, e os direitos banaes, não só tem por fim obstar a que taes relações juridicas se constituam de futuro, mas ainda abolir as que já se achem definitivamente constituidas, devendo não só presumir-se em virtude da importancia social das leis por que se estabelece a prohibição que o legislador lhes quis dar immediata e completa execução, mas não havendo ahi na sua applicação immediata senão apparente retroactividade, porque a applicação da lei só dá em relação aos institutos que existem no momento em que ella é publicada, sendo essa existencia a que é supprimida e não os factos que se tenham realizado no dominio da lei anterior.

Segundo esta doutrina, em relação aos institutos juridicos

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXV, pag. 305 e vol. XXXVI, pag. 161.

cujo conteúdo entre nos dominios do interesse publico, somente se devem considerar como situações subjectivas, que a nova lei tem de respeitar, os factos que, em harmonia com o direito privado, tenham dado realidade concreta a uma norma de direito objectivo. Os effeitos que, segundo a lei em vigor ao tempo em que se formou o instituto, delle derivavam, não constituem factos concretos que lhe tornem retroactiva a applicação da nova lei.

Assim, um morgado constitue um direito concreto, se se realizou a sua transmissão antes da lei que o supprimiu, supprimidos porem, os morgados, a successão deixará de realizar-se em harmonia com essa lei. Do mesmo modo, em relação ás prestações eventuaes na emphyteuse e aos direitos banaes, só constituirão direito adquiridos os que hajam sido pagos anteriormente á prohibição dessas prestações pela nova lei.

Não se nos afigura contestavel o direito que o legislador tem de modificar ou supprimir as relações juridicas com caracter de perpetuidade que se hajam constituido em harmonia com as disposições da lei, embora essas relações sejam creadas por um acto da vontade. O legislador, supremo arbitro dos interesses sociaes, póde sem duvida supprimir todos os institutos que se não harmonizem com elles.

É certo e que, quando na lei se declare que fica supprimido ou é extincto ou abolido um determinado instituto, essa disposição deve ser applicada não só ás relações juridicas que se formem depois de a nova lei começar a vigorar, mas ainda ás que se constituiram anteriormente. Para esse effeito não basta porem, a simples prohibição de que se constituam relações juridicas dessa natureza. Assim, do facto de se prohibir o laudemio nos emprazamentos de futuro não se segue que esse direito deixe de existir em relação aos laudemios que hajam sido constituidos anteriormente á lei em que se estabelece essa prohibição, ainda que esta não resalve os laudemios que hajam sido estabelecidos anteriormente.

Em nosso parecer é attento o principio da não retroactividade, que é fundamental na nossa legislação, a prohibição duma determinada relação juridica só se applicara immediatamente ás que se hajam anteriormente constituido, quando dessa applicação não resulte offensa duma situação subjectiva salvo se o legislador lhe houver expressamente attribuido effeito retroactivo E este effeito não deverá attribuir-se a *essas leis* em relação aos direitos *que hajam sido* legitimamente adquiridos sem que se dê aos titulares desses direitos uma justa indemnização (1)

São muitas as leis a que no nosso país se tem dado effeito retroactivo tanto antes como depois de outorgada a carta constitucional e como veremos, o proprio codigo civil nos dá disso mais do que um exemplo, não se acatando porque tinha poderes ordinarios o parlamento que approvou o codigo civil o disposto no artigo 145.º § 2.º da carta constitucional Mas como o poder judicial entre nós não pode conhecer da inconstitucionalidade das leis têem sido executadas todas as leis, *approvadas pelas côrtes ordinarias*, em que se não respeitaram os direitos adquiridos

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol XXXVI, pag 33

§ 11 — *Da applicação das leis no espaço*

DR MACHADO VILLELA, *Direito internacional* licções de 1895-1900 pag 747 DR GUIMARÃES PEDROSA, *Introducção ao estudo de direito privado internacional* DR TEIXEIRA DE ABREU *Das relações civis internacionaes* ASSER *Eléments de droit international* FIORE *Diritto internazionale privato e principii per risolvere i conflitti di leggi di stati diversi* DESCAGNET *Precis de droit international privé* FIORE *Il diritto civile italiano* parte I vol I pag 402 RIVIER *Introduction à l'etude du droit international* PILLET, *Principes de droit international privé* WEISS, *Manuel de droit international privé* ALDI ET *Principes elementaires de droit international privé*

41 *As relações internacionaes e o direito* As sociedades humanas acham-se divididas em Estados autonomos e soberanos dentro do seu territorio sendo só dentro deste que cada Estado pode coordenar as relações sociaes e torná-las obrigatorias As leis que sejam publicadas num Estado não têem portanto força obrigatoria no territorio doutros Estados, quando estes *lhe não reconheçam, ordenando que ellas sejam* applicadas

Dentro dos limites do territorio de cada Estado as leis podem ter força obrigatoria tanto em relação aos nacionaes ou membros da associação politica como aos estrangeiros pois que tanto uns como outros ficam sujeitos á soberania que o Estado exerce

O poder que os Estados têem, como soberanos, de regular juridicamente as relações sociaes que se dão dentro do seu territorio não é porem, illimitado nem arbitrario, e nem todas as relações sociaes que se constituem no territorio dum Estado podem ser regidas pelo direito interno, isto é, pelo que é formulado para tutelar a existencia e desenvolvi

mento do Estado, como agregado politico e dos individuos que delle fazem parte Pela communidade de relações que se formou entre os Estados constituiram se agregados sociaes mais vastos e complexos de que os Estados ficam fazendo parte, e surgiu uma ordem de interesses que não sendo meramente relativos aos membros de cada Estado não podem ser regulados só pelo direito que para estes se estabelece

Assim, quando duas pessoas realizem um acto juridico no territorio do Estado a que ambas pertencem e sobre cousas nelle situadas ficam absolutamente sujeitas a lei da sua nação, quer pelo que respeita a capacidade para a realização desse acto quer pelo que respeita a forma e aos effeitos que delle derivam Se porem essas pessoas ou uma dellas pertencerem a um Estado estrangeiro, ou o acto juridico versar sobre bens situados em territorio estrangeiro já não é pela legislação do Estado em que o acto juridico se realiza que este deverá ser completamente regulado Pertencendo as pessoas que o realizam a um Estado estrangeiro e não perdendo essa qualidade pelo facto de realizarem um acto juridico no territorio doutro Estado, poderão invocar o direito do Estado a que pertencem pelo qual deve determinar se o seu estado e capacidade civil, em tudo o que não seja contrario aos interesses do Estado no qual se realiza o acto juridico Se as cousas que constituem objecto do acto juridico estão situadas em pais estrangeiro e pela legislação deste que deverá determinar se quaes são os direitos que sobre ellas podem adquirir se

A existencia das relações internacionaes torna portanto necessaria visto que nos diversos Estados não existe nem poderá estabelecer se attenta a variedade de condições que nelles e da outra legislação unitaria, a existencia dum direito que tenha por fim a tutela dessas relações, o qual como já vimos se chama *direito internacional* e de que o *privado* tem por fim determinar a condição juridica dos estrangeiros em cada pais, resolver os conflictos que se levantem entre as

legislações dos diversos Estados e fixar os effeitos dos actos juridicos realizados em pais estrangeiro

Dos assumptos que constituem objecto do direito internacional privado o mais importante e o que tem por fim resolver os conflictos que se levantem entre as legislações dos diversos Estados

Determinados os direitos que num pais são attribuidos aos estrangeiros, é necessario regular o exercicio desses direitos, ou por outras palavras determinar qual a lei applicavel as relações internacionaes Assim sendo facultado a um francês adquirir bens immoveis em Portugal, deve regular se o exercicio desse direito, fixando a lei segundo a qual devem determinar se as condições de capacidade para essa adquisição a forma do acto juridico os direitos que fica tendo sobre o immovel

A resolução desses conflictos dar se ha applicando a lei territorial do Estado em que se constitue ou produz effeitos a relação juridica ou a lei pessoal dos individuos que nella intervêem, representando as diversas theorias que têem sido apresentadas para a applicação das leis no espaço, já o predominio dum desses elementos, já a sua devida coordenação

Na theoria dos *estatutos,* que foi a primeira por que se procurou resolver os conflictos entre as leis de diversos Estados applicava se a lei pessoal no que respeitava as relações entre as pessoas e a territorial no que respeitava aos bens Fundava se essa theoria no principio da *comitas gentium* ou no interesse de cada Estado em applicar no seu territorio as leis estrangeiras para que procedendo se nos outros Estados do mesmo modo fossem assim devidamente garantidos os direitos dos nacionaes, e o principio que nella dominava era o da territorialidade das leis (1)

(1) A theoria dos *estatutos* foi devida aos posi glosadores, desenvolvendo se nos seculos XII e XIII

A doutrina da *comitas gentium* pela qual a independencia dos Estados lhes assegurava o poder de fixarem discricionariamente por actos de mera deferencia, os casos em que devia applicar se a lei nacional ou a estrangeira, foi abandonada Hoje admitte se sem contestação que as relações internacionaes e os interesses a que ellas respeitam reclamam normas juridicas adequadas, que ha muitos principios juridicos que são communs a diversos Estados, entre os quaes existe assim uma verdadeira communidade de direito e que sendo a applicação desses principios independente dos interesses desses Estados como agregados politicos estes não podem deixar de os reconhecer e respeitar (1)

O que resta e determinar, pela natureza dos interesses que a lei e destinada a tutelar ou garantir quando deve applicar se a lei pessoal e a territorial

A escholà italiana fundada por Mancini determinando pela nacionalidade a lei pessoal estabeleceu esta como regra, considerando excepcional a applicação da lei territorial Outros jurisconsultos, attendendo ao fim da lei ou aos interesses que ella e destinada a proteger não consideram a applicação da lei territorial como excepcional, estabelecendo principios para a applicação da lei territorial e da lei pessoal conforme a natureza desses interesses

E assim que, tractando se de leis que respeitem as garantias da sociedade, considerada como um agregado politico essas leis têem o caracter de generalidade, devendo applicar se a todas as relações juridicas que se constituam no territorio dum Estado sejam nacionaes ou estrangeiros os individuos que nellas intervenham Quando as leis tenham por fim a protecção individual essas leis devem acompanhar as pessoas em qual

(1) A theoria da communidade do direito foi formulada pelos jurisconsultos allemães nos fins do seculo XVIII destacando se entre elles SAVIGNY

quer logar onde ellas se encontrem tendo assim o caracter de permanencia

Cumpre nos expor o systema admittido pelo nosso codigo civil, verificando os casos em que se applica na relações civis internacionaes, a nossa lei e a estrangeira, mas indicaremos antes disso as fontes do direito internacional

42 *Fontes do direito internacional* As regras ou principios por que devem reger se as relacoes internacionaes são estabelecidas

1) Determinando cada Estado relativamente aos actos juridicos que tenham de produzir effeitos dentro do seu territorio, a força obrigatoria das suas leis pelo que respeita as pessoas e bens dos estrangeiros, os casos em que se devem applicar as leis do proprio pais destes e aquelles em que ficam sujeitos á legislação nacional os actos praticados pelos cidadaos em territorio estrangeiro Cada Estado so exerce a soberania, e portanto o poder de impôr normas obrigatorias dentro do seu respectivo territorio sendo por isso que dizemos que os conflicto de legislação se resolvem em cada Estado relativamente aos actos que nelle tenham de produzir os seus effeitos (1),

(1) Os principios geraes reguladores das relações juridicas civis internacionaes encontram se consignados nos titulos 4 e da 1 parte do codigo e versam

a) Sobre a lei por que devem ser regidos o estado e a capacidade dos cidadaos portuguêses em pais estrangeiro e dos estrangeiros em Portugal, sobre a propriedade immobiliaria situada no reino e sobre a forma dos actos juridicos realizados por portuguêses em pais estrangeiro ou pelos estrangeiros em Portugal (artt 24 , 26 e 27)

b) Sobre a competencia que têem os tribunaes portuguêses de preferencia a qualquer tribunal estrangeiro para julgar as causas entre nacionaes e estrangeiros e entre estes somente (artt 2 § 20, e 30),

c) Sobre a auctoridade que têem as sentenças emanadas dos tribunaes estrangeiros (art 31 º)

Alem destas disposicoes geraes outras se acham formuladas no codigo

2) Por *tratados* ou *convenções internacionaes*, que regulam as relações juridicas que constituem objecto delles. Estes tratados teem força de lei entre os Estados contractantes, sempre que sejam legalmente estipulados, approvados pelos poderes competentes e regularmente publicados, e quando os haja *não se applicam as normas geraes as relações juridicas* internacionaes reguladas por elles (cod. civ., art. 20.). Esses tratados podem ser concluidos entre dois Estados para regular a condição dos seus nacionaes na esphera jurisdiccional de cada um delles, ou estabelecer-se por elles o regimen juridico das relações internacionaes entre um grande numero de Estados. Estão neste caso as convenções de Haya de 1896, 1902 e 1905 (1).

3) Pelos costumes internacionaes e pela doutrina dos juris consultos. As regras formuladas pela *jurisprudencia* e pela doutrina só podem ser applicadas quando a lei nacional seja omissa sobre a declaração da lei por que a relação internacional deva ser regulada, ou quando não haja tratado.

Determinada a lei que deve applicar-se, os casos omissos, que nesta haja, serão decididos em harmonia com os principios estabelecidos no Estado, cuja lei deva applicar-se.

O conjuncto *das regras ou normas* que têem por fim determinar os casos em que deve applicar-se a lei nacional ou a estrangeira, circumscrevendo ou limitando a auctoridade das leis de cada Estado, e que são as constantes das fontes referidas, e que formam o nosso direito internacional.

---

civil, como são as dos artigos 904, 106[illegible], 1006, 108[illegible], 1106, 1107, etc.; nos artigos 18.º § 2.º, [illegible] 108, [illegible] do codigo de processo civil; nos artigos 4.º-[illegible], 1[illegible], 24, 109, [illegible], 488, 490, § 2.º, 509, etc.; do codigo commercial; nos artigos 8, 11 e 12 do codigo de processo commercial e no regulamento consular de 24 de dezembro de 1905, artigos 89, 98, 116 e 102.

(1) Vejam-se essas convenções na *obr. cit.* do DR. MACHADO VILLELA, pagg. 1023 e segg.

43 *Leis que, segundo o nosso codigo civil, regulam as relações internacionaes.* Começaremos por notar que as disposições do nosso codigo, relativamente aos direitos civis que os estrangeiros gosam em Portugal, se applicam a qualquer estrangeiro, sejam quaes forem as garantias concedidas aos portugueses pelo Estado a que elle pertence em igualdade de condições, salva uma ou outra disposição especial, como a que se acha *consignada no artigo 278.º* do codigo civil.

Nesta materia o nosso legislador adoptou um systema liberal, applicando os principios que os mais *abalizados* juris consultos defendem.

Pelo que respeita a lei regulador a das relações internacionaes, os principios que dominam o nosso direito civil internacional são:

1) A applicação da lei nacional ao estado e capacidade civil, *á familia* e as successões;

2) A applicação da lei territorial como reguladora da propriedade e da forma *externa dos actos*;

3) O principio da liberdade ou da autonomia individual quanto ao conteudo dos actos juridicos que não *seja coactivamente* determinado.

Vamos desenvolver cada um destes principios pela ordem exposta.

44 *Casos em que se applica a lei nacional.* Nas leis de protecção individual a que é applicavel a lei nacional entram as normas reguladoras do estado e da *capacidade civil*, da familia e das successões.

A respeito do estado e da capacidade civil acham-se consignadas no codigo as seguintes disposições: os portugueses que viajam ou residem em paiz estrangeiro conservam-se sujeitos as *leis portuguesas*, concernentes á sua capacidade civil e ao seu estado, o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz (*cod. civ.*, *artt.* 24.º, 27.º, 1065.º e 1066.º, cod. com., art. 12.º e regul. consular, art. 98.º).

Segundo o nosso codigo portanto, o estado e a capacidade civil das pessoas são regulados pela lei da nação a que estas pertencem E o que se chama *estatuto* ou *lei pessoal* ou *nacional*

Sobre esta materia e indiscutivel o principio que deve ser uma só a lei que regule o estado e a capacidade das pessoas As qualidades que a lei attribue, em harmonia com a indole e costumes dum povo raça, etc aos individuos e que constituem o seu direito de personalidade. devem ser independentes do logar onde elles se encontrem accidentalmente

Quando se adoptasse doutrina contraria, applicando ao estado e capacidade civil dos individuos a lei territorial, dar-se-hia o *grave absurdo de ser considerado maior num paiz*, depois de algumas horas de viagem, o que era menor noutro, de ser interdicto um individuo na sua nação e capaz de reger sua pessoa e bens noutra de ser casado segundo uma lei e solteiro segundo outra, etc

Hoje encontra se sanccionado em todos os Estados civilizados o principio de que as leis que regulam o estado e a capacidade dos individuos são permanentes acompanhando os em qualquer parte onde elles se encontrem

Mas qual e a lei por que deve regular se o estado e a capacidade civil?

A este respeito têem existido graves divergencias entre os jurisconsultos Uns sustentam que deve ser a lei da nacao a que o individuo pertence ao passo que outros pretendem que deve ser a do domicilio isto é a do logar onde o individuo tem a sua *residencia permanente*

Este systema que foi seguido pelos jurisconsultos da edade media ainda e defendido por alguns jurisconsultos modernos e adoptado, em geral nos paises anglo saxões e no americano A moderna eschola italiana, tendo a sua frente o grande jurisconsulto MANCINI, defendeu o systema de nacionalidade, que ja havia sido adoptado por alguns Estados e e o

que actualmente domina não so entre os jurisconsultos mas o que legislativamente mais terreno vai adquirindo

E este o systema mais defensavel em theoria

A relação de domicilio ou residencia e incerta e mudavel, sendo determinada especialmente por considerações de ordem economica Outro tanto se não da com a de nacionalidade que é muito mais duradoura e fixa, pois o individuo, pelo facto de mudar de domicilio não quebra em geral o vinculo que o prende á sua patria

Por outro lado, sendo certo que a raça o clima a situação geographica, a condições physicas e moraes influem sobre a organização juridica do Estado, attendendo se a todos esses factores na determinação do estado, da capacidade civil e das relações de familia, e pelas leis do Estado a que o individuo pertence que estas materias devem ser reguladas

Entre os dois systemas não se trata duma mera questão de preferencia O Estado deve protecção aos seus membros em qualquer logar onde elles se encontrem, e devendo haver para cada individuo uma lei que determine a sua situação juridica, essa lei não póde deixar de ser a do Estado a que elle pertence

O systema da nacionalidade foi o preferido pelo nosso legislador (1)

Fixando cada Estado livremente, em virtude do seu poder soberano as condições em que se adquire e se perde a quali

(1) Não obstante a redacção dos artigos 24 e 25, o CONSELHEIRO VEIGA BEIRÃO affirma que da comparação desses artigos resulta a seguinte conclusão «que as leis pessoaes do domicilio regem sempre a capacidade e o estado dos individuos obrigando os portuguezes embora fóra do paiz, bem como os estrangeiros que se acham em Portugal Veja se a *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, tomo III pag 14

Para se reconhecer que é inacceitavel esta doutrina basta attender a que o artigo 24 applica a lei portugueza aos cidadãos que residirem em paiz estrangeiro

dade de cidadão e sendo diversos os systemas que a esse respeito admittem, resulta dahi haver individuos sem patria e outros que são simultaneamente cidadãos de mais dum Estado Estes factos podem considerar se absurdos juridicos quando se admitta que seja a lei da nacionalidade que regule o estado e a capacidade civil das pessoas porque, constituindo essa lei o estatuto pessoal que as acompanha para qualquer parte quem não tenha patria nao tem rigorosamente lei reguladora da sua capacidade e quem tenha mais do que uma, deveria ter tantos estatutos pessoaes quantas são as nacionalidades a que pertence

O principio porem, que deve dominar esta materia — todo o individuo deve ter patria e so uma — ja vae tendo realisação pratica nos dominios da legislação civil internacional tendo se estatuido regras pelas quaes se determina a lei applicavel no caso de dupla nacionalidade ou de falta desta

Quando uma pessoa não tenha nacionalidade, por nunca a haver tido, ou por haver perdido a qualidade de cidadão da sua patria sem a haver adquirido em relação a outro pais, os proprios sequazes do systema da lei nacional concordam em que deve applicar se lhe a lei do Estado onde tem o seu domicilio ou residencia habitual, sendo o domicilio em relação ao individuo e na falta de nacionalidade a situação juridica que maior fixidez offerece Na falta de domicilio deverá applicar se a lei do logar *onde se realiza o acto juridico*

No caso de dupla nacionalidade, quando o individuo se encontre num Estado diverso daquelles que conjunctamente lhe attribuem a qualidade de cidadão, deverá determinar se o seu estado e capacidade civil pela nacionalidade do pais em que estiver domiciliado e na falta de domicilio pela que segundo as circumstancias, se veja que elle preferiu Quando elle se encontre em algum dos Estados que o consideram como nacional, a applicação da lei desse Estado será obrigatoria

Quando haja mudança de nacionalidade, qual é a lei que

deve applicar se pelo que respeita ao estado e a capacidade civil da pessoa que a realizou

Neste caso deve applicar se a lei da nação a que o individuo pertence quando se effectua o facto juridico de que o estado e consequencia Se não se procedesse assim offender se hia o principio da não retroactividade das leis, que se applica tambem em direito civil internacional

Assim se se trata de determinar qual seja o estado de um *individuo em virtude do nascimento* deve *applicar* se a lei do pais a que os paes pertenciam, quando elle teve logar

Considerar se ha portanto legitimo em Portugal o filho de uma mussulmana que casou com um individuo que ja tinha outra mulher, embora depois se naturalize cidadão português, porque a lei turca que admitte a polygamia, o reconhecia como tal

As mudanças successivas de nacionalidade importam mudança de lei pessoal, por que desde então essa lei será a da nova patria, mas não retroagem sobre o passado

Assim, o estrangeiro que, segundo a sua lei é menor ate aos 20 annos, naturalizando se português aos 23 fica logo considerado maior mas para se julgar da validade dos actos praticados por elle ate que se naturalizou cidadão português, deve applicar se a lei estrangeira

Alguns jurisconsultos fazem distincção entre capacidade abstracta e concreta, dizendo que *no* primeiro caso *se deve* applicar a lei nacional e no segundo a territorial Assim, e pela lei nacional que se deve determinar, em geral, a capacidade dos menores nao emancipados, da mulher casada etc, mas quando se trata da capacidade concreta, isto é, para a realização dum determinado acto deve ser applicada a lei da nacao onde este se effectue

As razões que adduzem para fundamentar essa distincção são as seguintes

a) Não se póde imputar a um individuo a ignorancia da lei

pessoal do estrangeiro *com quem contractou*, e a este que compete não contractar, e se o não fez, deve considerar se capaz em harmonia com a lei do logar onde o acto se realiza *qui cum alio contrahit, tanquam subditus temporalis legibus loci subjicitur*

b) Se se deves e admittir a nullidade em virtude de incapacidade, das obrigações contrahidas por um estrangeiro seguir se hia o absurdo de ficar o contrahente capaz a disposição do incapaz sendo victima da sua confiança

Este systema foi rejeitado pelo nosso codigo que não fez distincção alguma nos artigos 24.º e 27.º entre estado ou capacidade civil abstracta e capacidade civil concreta e não pode admittir se em face dos principios em que deve assentar o direito internacional

Na verdade, a validade ou nullidade dos actos juridicos, pelo que respeita a capacidade das pessoas que os realizam, deve ser sempre apreciada em harmonia com a sua lei nacional, não podendo separar se essa capacidade do estado, por que deriva delle como o effeito da causa

Desde que uma nação considera o estado de qualquer estrangeiro sujeito ao imperio da lei do seu pais, deve applica la sempre que se trate da sua capacidade para a pratica de um determinado acto sem attender as consequencias prejudiciaes ou uteis que dahi possam derivar Quem contracta com um incapaz a si deve imputar os prejuizos que desse facto derivem *qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus*

Ao estatuto pessoal, como regulador do estado e da capacidade civil pertence determinar

a) A validade dos actos juridicos, pelo que respeita a capacidade para os realizar Assim, será nullo o matrimonio realizado em Portugal por um cidadão italiano antes dos 18 annos, sendo do sexo masculino e dos 14, sendo do sexo feminino,

embora se deva esse considerar valido pela legislação portuguêsa, porque a lei italiana só reconhece capacidade para contrahir matrimonio depois dessa idade

b) As relações de familia, já porque a familia constitue um estado já porque é necessario que haja relativamente a ellas unidade de legislação E a lei nacional que regula o parentesco por consanguinidade e affinidade o direito de pedir alimentos, as relações entre os conjuges, os casos em que pode dar se a legitimação ou a perfilhação dos filhos illegitimos, e, pela affinidade que teem com as relações de familia as de tutela e curatela

Os factos em virtude dos quaes se modificam ou extinguem essas relações são portanto regulados pela lei nacional Assim o divorcio, que tenha sido legalmente pronunciado em França deve ser reconhecido em Portugal quanto ao effeito de dissolver o vinculo matrimonial Em França porem, não poderá pronunciar se o divorcio de cidadãos portuguêses porque a nossa lei não o admitte

c) A ordem da successão a medida do direitos successorios e a validade intrinseca das disposições testamentarias, seja qual for a qualidade dos bens e o Estado em que estejam situados Em relação á successão legitimaria e legitima, esta doutrina não pode deixar de considerar se uma consequencia da que acabamos de expor em relação a familia, attenta a intima relação que ha entre os dois institutos, quanto á successão testamentaria é a vontade do testador que deve cumprir se, devendo o seu testamento na falta de indicação expressa ser interpretado segundo a sua lei pessoal, com a qual é de presumir que elle quisesse conformar se (1)

(1) Não discutiremos aqui as graves duvidas que se teem suscitado sobre o modo por que devem ser reguladas as relações de familia e de successão Notaremos apenas que tres convenções de Haya de 12 de junho de 1902

A lei pessoal *não* se applica porem quando seja contraria ás leis de protecção e segurança social no Estado onde essa applicação deveria dar se Exporemos as ideas fundamentaes a este respeito quando tractarmos da applicação das leis de interesse e ordem publica *nas relações internacionaes*

45 *Lei reguladora dos bens* Pelo que respeita a lei que se deve applicar aos bens, tem se feito distincção entre cousas mobiliarias e immobiliarias sujeitando estas a lei territorial ou estatuto real – *lex rei sitae* e aquellas a lei do domicilio ou da nacionalidade do proprietario, conforme o estatuto pessoal e constituido por aquelle ou por esta

Em theoria está, porem quasi completamente abandonada a tradicional distincção entre moveis e immoveis no direito internacional affirmando se que devem ser regidos pela mesma lei doutrina já sanccionada em alguns codigos Ha todavia ainda jurisconsultos modernos e de incontestavel auctoridade que sustentam que os moveis devem ser regidos pela lei pessoal do respectivo titular excepto nos casos em que o interesse do Estado em cujo territorio existem exija a applicação da lei territorial ou seja a sua vontade do proprietario

Esta doutrina tem soffrido viva impugnação, e sendo certo que desappareceram as causas que determinaram em direito internacional, a velha *distincção entre a propriedade immobiliaria* e a mobiliaria — o valor preponderante daquella e a relação intima que nos tempos feudaes se deu entre ella e o poder politico — tudo nos leva a crer que de futuro os direitos

regularem os conflictos de leis em materia de casamento, em materia de divorcio e de separação de pessoas e de tutela de menores, e igual numero de 17 de julho de 190 , os conflictos de leis relativas aos effeitos do casamento quanto aos direitos e deveres dos esposos nas suas relações pessoaes e sobre os bens, á interdicção e ás medidas de protecção analogas, e sobre materias de successão e de testamentos

sobre as cousas serão determinados pela lei *territorial* Lei nacional para as pessoas, lei territorial para as cousas

Não acceitando a distincção em theoria admitti la hemos todavia para a exposição do assumpto, tratando em primeiro logar da *lei que é applicavel aos bens immobiliarios* As duvidas que se levantam relativamente a lei reguladora, segundo o nosso codigo civil, da propriedade mobiliaria, a isso nos levam

a) *Cousas immobiliarias* — O artigo 24 ° consigna o principio de que a propriedade immobiliaria, sita no reino e pertencente a cidadãos portuguêses que viajam ou residem em pais estrangeiro, e regida pela lei portuguêsa O mesmo principio e applicavel a propriedade immobiliaria situada no reino e pertencente a estrangeiros, como é unanimemente reconhecido pelos jurisconsultos, se deprehende do que dispõe o artigo 27 ° e se acha claramente expresso, pelo que respeita aos effeitos da hypotheca, no artigo 964 °, e no artigo 1107 ° relativamente ás convenções antenupciaes

Como justificação do principio que a propriedade immobiliaria deve ser regida pela lei territorial apresentam todos os publicistas a soberania territorial e o interesse publico Assim, a soberania do Estado exige que elle conserve sobre todo o territorio, base material das suas instituições, um direito eminente pelo qual faça sentir a sua acção e mantenha a força das suas leis em todo elle e a organização da propriedade, em harmonia com as condições do pais, obedece a considerações de interesse geral e não ao dum determinado proprietario

Historicamente concorreu muito para a affirmação e desenvolvimento deste principio a importancia que a propriedade immovel a que andava unida a soberania, teve durante a epocha feudal em que o seu preponderante valor levou o legislador a occupar se quasi exclusivamente della no estatuto real, esquecendo os moveis

Em virtude do principio de que os immoveis são regidos pela lei territorial, as questões que se levantem acerca da propriedade immobiliaria sita no reino devem ser decididas pelas leis portuguesas e as que se suscitem acerca da propriedade immobiliaria *pertencente aos portuguêses, mas situada em* paiz estrangeiro serão julgadas pelas leis deste

A regra de que a propriedade immobiliaria é regida pela lei da sua situação teve antigamente um caracter absoluto e ainda hoje lhe é dada, pela jurisprudencia de alguns paises, uma extensão que de modo algum comporta perante os verdadeiros principios

O interesse publico só exige que o Estado sujeite as suas leis os immoveis que constituem o seu territorio pelo que respeita a condição juridica desses immoveis ou a organização da propriedade E é este o alcance que tem a disposição geral que sujeita os immoveis a lei da sua situação

Façamos algumas applicações deste principio

1) É pela lei territorial que devem decidir-se os conflictos relativamente as qualidades das cousas, como á sua distincção em mobiliarias e immobiliarias alienaveis e inalienaveis communs, publicas e particulares susceptiveis e não susceptiveis de apropriação pela prescripção etc Assim, a nossa lei considera a hypotheca como um direito immobiliario e por isso quando recaia sobre propriedades situadas no paiz é applicavel a lei portugueza ainda que o credor pertença a um paiz em que ella se considere como direito mobiliario

Uma cousa immobiliaria situada no paiz, que é declarada *imprescriptivel pela lei da nação a que o proprietario* pertence poderá ser adquirida pela prescripção se a nossa lei admitte a apropriação della por esse meio

2) É pela lei territorial que se regulam os direitos sobre a propriedade immobiliaria Assim, a hypotheca a servidão, o usufructo, a posse, o dominio, etc têem relativamente ás cousas immobiliarias a que respeitam e que estejam situadas em Portugal, os mesmos effeitos sendo indifferente, sob esse ponto de vista que o credor hypothecario o dono da servidão e o proprietario ou o possuidor sejam nacionaes ou estrangeiros

3) *E pela lei territorial que se determinam as condições* por que pode transferir-se ou onerar-se a propriedade immovel

Dahi vem que uma hypotheca que não esteja registada na conservatoria da comarca onde se ache situado o predio não produz *effeitos* para com terceiros embora seja contrahida em paiz estrangeiro e pela lei deste paiz os devesse ter

Pode adquirir-se por prescripção um immovel, decorrido o prazo de dez annos de posse quando haja boa fé justo titulo e registo emfora segundo a lei nacional do proprietario, contra quem se opera a prescripção seja o prazo de vinte annos

Não é portanto regida pela lei territorial a capacidade para adquirir ou alienar immoveis, e não são regidos tambem por essa lei os direitos de successão relativamente a esses bens Nestes casos applica-se a lei nacional

b) *Cousas mobiliarias* — Já dissemos que, relativamente á lei que deve applicar-se ás cousas mobiliarias havia divergencia entre os jurisconsultos

Assim uns pretendem que os moveis devem ser regidos pela lei do domicilio do proprietario, outros pela lei territorial ou da sua situação e, finalmente *alguns sustentam que lhes* deve ser applicada a lei da nacionalidade do proprietario Nas legislações têem sido sanccionados todos estes systemas

O systema de que os moveis devem ser regidos pela lei do domicilio do *proprietario baseia-se na maxima mobilia personam sequuntur*

Esta maxima que representa a expressão dum facto geral e ordinario, constitue em muitos casos uma ficção Assim é um facto geral e ordinario que o proprietario possua os moveis no logar do seu domicilio, na principal sede dos seus negocios Mobilia, livros, instrumentos de trabalho, productos da indus

tria, mercadorias, etc são cousas que o proprietario, o industrial e o commerciante têem ordinariamente no logar onde se acham domiciliados ou se dedicam a industria ou a vida mercantil

Relativamente aos moveis nestas condições a applicação da lei do domicilio do proprietario corresponde a applicação da *lex rei sitae* visto que é nesse domicilio que os moveis se encontram

O mesmo se não daria se se applicasse a lei nacional do proprietario que pode corresponder ou não a do domicilio Assim, relativamente a um portuguez que resida nos Estados Unidos do Brasil e tenha lá os seus bens mobiliarios, quando se applique a lei do domicilio esses bens serão regidos pela lei *brasileira*, se se applicar a nacional *serão regidos pela lei portuguêsa*

Dissemos que a maxima — *mobilia personam sequuntur* representa muitas vezes uma ficção

Assim, é incontestavel que ha muitas cousas moveis, sobretudo hoje, pelo enorme desenvolvimento da riqueza mobiliaria, da industria e do commercio, que estão situadas em logar differente do domicilio do proprietario

A ficção pela qual estes moveis seguem a pessoa do proprietario e se sujeitam portanto á lei do seu domicilio, ainda se pode justificar, quando se trate de cousas que se acham transitoriamente ou momentaneamente fora desse domicilio, porque não havendo entre ellas e o territorio uma ligação necessaria nem duradoura a intenção do proprietario poderá ter nesse caso como effeito sujeita las a lei do seu domicilio

Mas essa ficção não tem o minimo fundamento juridico, quando as cousas estejam fóra do domicilio do proprietario e este tenha a intenção de as conservar permanentemente no logar onde se encontram

Nestes casos não existe relação alguma local entre a cousa e o domicilio do proprietario e portanto nenhum motivo ha para que os moveis fiquem sujeitos á lei do domicilio

Do que deixamos dicto se conclue que o systema pelo qual se applica sempre aos moveis a lei do domicilio tem um fundamento legitimo, quando elles estejam situados nesse domicilio, constitue porem uma arbitrariedade sem justificação possivel relativamente aos moveis que não estejam situados no *domicilio do proprietario, exceptuado o caso de occuparem* momentanea ou transitoriamente outro logar

O systema da lei do domicilio, que é o tradicional, é actualmente rejeitado pelos mais abalisados jurisconsultos

Se fosse admissivel a ficção de que as cousas moveis estão sempre junto da pessoa do proprietario, seria mais racional, como propugnava MANCINI, a applicação da lei nacional pois que é esta que regula o estado e a capacidade civil ou o direito de personalidade E este o systema adoptado pelo codigo civil *italiano e pelo hespanhol* resalvando se todavia nelles as disposições *em contrario da legislação do pais onde os moveis* estiverem situados

Na applicação, porem, do principio consignado no seu codigo vae a jurisprudencia italiana admittindo restricções importantes, considerando fora do seu ambito a organização ou condição juridica da propriedade mobiliaria, isto é, os moveis considerados como uma universalidade que subnette á lei da sua situação É em theoria é este o systema mais racional pois que, *assim como o interesse publico domina a constituição da* propriedade *immobiliaria* tambem a elle attende o legislador quando organiza a propriedade mobiliaria determinando as cousas que della podem ser objecto os direitos que sobre ellas se podem exercer e as condições exigidas para a sua transferencia, pois é no interesse economico do pais que deve inspirar se

«Trata se, diz ASSER, de regular o estado juridico das cousas, não em suas relações com uma determinada pessoa, mas

objectivamente, tal como deve ser reconhecido e respeitado por todos. Tal é a natureza dos direitos denominados reaes, e, precisamente porque o é, necessario se torna attribuir-lhes leis que respeitam aos direitos reaes caracter territorial. Essas leis determinam num dado paiz os direitos duma pessoa, (proprietario, possuidor, usufructuario, etc.) não perante outra pessoa, mas para com todas numa medida geral e absoluta, não podendo admittir-se que percam a sua auctoridade, sendo substituidas por leis differentes quando o proprietario, possuidor ou usufructuario transfere o seu domicilio ou se naturaliza noutro paiz».

A applicação da lei territorial ás cousas moveis havia sido defendida já por SAVIGNY partindo da supposição de que toda a pessoa que quer adquirir, conservar ou exercer um direito real sobre qualquer cousa a sujeita voluntariamente a lei do logar onde se encontra (1).

A razão adduzida não é, como nota DESPAGNET procedente, porque a lei do paiz applica-se em virtude do principio da soberania que é absoluta todas as vezes que o interesse geral do paiz o exige, ou por outras palavras, a ordem publica assim o exige.

Que systema admittiu o nosso legislador?

Tem havido a este respeito divergencias entre os nossos jurisconsultos, affirmando uns que a lei reguladora da propriedade mobiliaria é, segundo o nosso codigo, a lei da nacionalidade do proprietario, ao passo que outros sustentam que a propriedade mobiliaria situada em Portugal está sujeita á lei portugueza.

No codigo não ha disposição que regule expressamente esse assumpto, e na polemica que teve com MORAES DE CARVALHO acerca dos artigos 26.º e 28.º do projecto primitivo, correspondentes aos artigos 24.º e 26.º do codigo, o VISCONDE DE SEABRA declarou que muito de caso pensado deixou de fallar da propriedade mobiliaria a fim de que esta ficasse sujeita aos principios geraes segundo os juizes se lhe deve applicar a lei da situação (1).

(1) *Traité de droit romain*, livre VII, capitulo I, § 366.

Como principio geral dominando a situação juridica dos estrangeiros em Portugal, temos o artigo 26.º pelo qual elles ficam gosando dos mesmos direitos e obrigações civis que os cidadãos portuguêses, emquanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino. Daqui parece deprehender-se que a propriedade mobiliaria dos estrangeiros residentes em Portugal ficara sujeita ás mesmas prescripções que a dos cidadãos portugueses, não se devendo applicar portanto a lei da nacionalidade.

Por outro lado o artigo 27.º só manda applicar a lei nacional ao estado e a capacidade civil, vindo assim fortalecer a illação que se tira do artigo 26.º de que os direitos e obrigações relativos ás cousas mobiliarias pertencentes a estrangeiros

(1) Poderá notar-se que se não encontra no codigo disposição alguma expressa relativa á propriedade mobiliaria, sendo grande a controversia entre os auctores se deve ser regida pelo Estatuto pessoal ou pelo Estatuto real. Responderemos que muito de propósito não tocamos este ponto para o deixar aos principios geraes. Se a propriedade mobiliaria não entra na esphera das leis concernentes á capacidade, ou na esphera das leis immobiliarias, se não ha excepção fica evidente que estará sujeita á lei geral do paiz. E que diz esta lei? — que os estrangeiros terão os mesmos direitos e obrigações civis que os portuguêses em quanto aos actos que houverem de produzir os seus effeitos no reino (art. 26.º). A palavra *actos* está aqui na sua maior generalidade. Se os moveis se acham em paiz estrangeiro e os actos praticados acerca delles não houverem de produzir os seus effeitos no reino, é claro que a lei portugueza os não pode alcançar: terá a seu respeito logar a disposição da lei estrangeira, ou por outras palavras, o direito *rei sitæ* que é a doutrina mais racional e justa». *Apostilla n.º 3 á censura* do sr. ALBERTO DE MORAES CARVALHO, pag. 19.

e existentes no país devem ser regidos pelas leis portuguêsas

E é este, sem duvida o systema que o auctor do nosso codigo pretendeu seguir, como se vê não só da passagem que deixamos transcripta, mas ainda do facto de se haver orientado, no que respeita ao direito internacional, pela doutrina de SAVIGNY

E é esse o systema mais racional para a regulamentação em direito internacional da propriedade mobiliaria

Em virtude do principio de que as cousas moveis são regidas pela lei da situação e por esta que se determina a sua classificação, os direitos reaes sobre ellas e as condições em que pode verificar-se a sua transferencia Assim se a lei dum estrangeiro exige para a prescripção dum movel existente em Portugal um prazo maior que a lei portuguesa, é esta que deve applicar-se

46 *Forma externa dos actos* A forma externa dos actos será regida pela lei do país onde forem celebrados salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario (art 24 °)

Esta disposição é a traducção duma regra consuetudinaria reconhecida por todas as legislações e jurisconsultos — *locus regit actum* a qual significa que, para a validade extrinseca do acto, devem observar-se as formalidades prescriptas pela lei do logar onde se realiza ainda que a lei do logar onde deve produzir os seus effeitos exija formalidades diversas

O principio exarado na parte final do artigo 24 ° é expressamente applicado só aos cidadãos portuguêses que viajem ou residam em país estrangeiro Não ha duvida porem de que é tambem applicavel aos actos que os estrangeiros pratiquem em Portugal ou em país estrangeiro, como se vê dos artigos 1083 ° e 1962 °, e designadamente do artigo 4 ° do codigo commercial, que deve ser applicado por analogia, em que se dispõe que os actos de commercio serão regulados, quanto á forma

externa, pela lei do logar onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrario

O nosso codigo applicou a regra consignada no artigo 24 ° a differentes actos quanto a alguns com restricções, e nos documentos authenticos, nos artigos 1062 °, 1085 °, 1106 °, 1961 °, 1962 e 2430 °

Esta regra foi estabelecida em virtude das exigencias do commercio internacional, facilitando-se por ella a realização dos actos em relação á fórma e em certos casos tornando até possivel essa realização Assim, é difficil conhecer no logar onde o acto se realiza as formas prescriptas pela lei reguladora duma determinada relação juridica que vigora em país diverso e, ainda quando se supposessem conhecidas, seria por vezes impossivel executa-las porque a fórma dos actos authenticos está em relação directa e immediata com a constituição do Estado, devendo ser realizados com a intervenção de notarios e de outros funccionarios publicos os quaes não podem exercer as suas funcções senão nos casos e pela forma prescripta na lei

Dahi vem que esses actos não poderiam ser realizados onde não existissem officiaes publicos que tivessem competencia para intervir nelles Assim exigindo uma lei estrangeira que o testamento authentico se faça por meio duma declaração perante o tribunal não poderia fazer-se esse testamento em Portugal pois que os nossos juizes não têem competencia para intervir nas declarações de ultima vontade

Resultando das exigencias das relações internacionaes a applicação da *lex loci* como reguladora da forma externa dos actos é tambem reconhecida como a que melhor exprime a competencia internacional dos Estados em relação a essa materia

Quaes são os limites do principio — *locus regit actum?*

Para os determinar, necessitamos definir o que se entende por forma externa dos actos

A maioria dos jurisconsultos distingue no acto as *formas extrinsecas* e as *intrinsecas*.

As formas extrinsecas denominadas tambem instrumentarias são as formalidades do acto propriamente dictas que se devem observar quando elle se realiza e que são exigidas para a solemnidade do acto (isto é como garantia da expressão sincera e consciente da vontade das partes) ou simplesmente para prova do mesmo.

As formas intrinsecas do acto tambem chamadas viscerae, são constituidas pelo conjunto de condições subjectivas, que se requerem para a pratica do acto, e pelas objectivas que determinam o conteudo ou a propria essencia do acto de modo que sem ellas este não pode existir. Taes são a capacidade dos contrahentes ou disponentes, em todos os contractos, o mutuo consentimento, na compra e venda, a cousa e o preço, etc. É evidente que não se trata aqui de formas, mas do fundo dos proprios actos devendo as suas condições subjectivas e objectivas ser reguladas pela lei respectiva. É assim que a capacidade das partes será regulada pela lei nacional, os modos por que podem adquirir-se direitos sobre os immoveis ou moveis que constituem objecto do contracto pela lei territorial.

A regra *locus regit actum* applica-se simplesmente ás formas extrinsecas, quer estas tenham por fim a solemnidade do acto, quer a prova.

Será imperativa ou facultativa a regra consignada no artigo 24.º?

A maioria dos jurisconsultos considera a formula — *locus regit actum* — como facultativa podendo portanto seguir-se a lei do logar onde se realiza o acto ou a nacional, como aos disponentes ou contractantes melhor aprouver.

E, dizem, não podia deixar de ter este caracter, visto que se não trata dum principio de interesse publico mas duma regra destinada a proteger os interesses das partes, representando um favor que a lei lhes concede e de que portanto, se podem aproveitar ou não.

Alguns jurisconsultos ha, porem, que se tentam que a regra — *locus regit actum* — deve ser imperativa porque o fim das formas extrinsecas é garantir a livre e sincera expressão da vontade das partes e se o legislador declara que esta em condições de melhor conhecer quaes as formalidades necessarias para attingir esse fim.

A doutrina que considera facultativa a applicação da lei local é a mais defensavel e nesse sentido se manifestam as tendencias do direito moderno, mas a redacção do artigo 24.º indica nas palavras *será regulada* que a regra nelle consignada é imperativa.

Notaremos porem que é attribuida aos nossos consules competencia para intervirem como notarios, nos actos que sejam praticados por portugueses em paiz estrangeiro, e que se reconhecem entre nós os actos praticados por estrangeiros nos consulados do seu paiz, o que não pode deixar de considerar-se como uma derogação, sob o ponto de vista do seu caracter obrigatorio, á regra consignada no artigo 24.º quanto á forma externa dos actos juridicos.

O codigo italiano (art. 9.º) concede aos disponentes ou contractantes a faculdade de adoptarem no estrangeiro as formas estabelecidas pela lei nacional, se todos elles pertencerem á nacionalidade italiana; em todos os outros casos a lei do logar é obrigatoria.

47 *O principio da autonomia da vontade.* Pelo que respeita as relações juridicas que não sejam coactivamente coordenadas pelo legislador deve respeitar-se a vontade das pessoas. A applicação da lei territorial e da lei nacional só é obrigatoria, quando seja imposta pelos principios de interesse e ordem publica definidos em cada Estado ou quando, embora tenha por fim a tutela de interesses privados, a sua observancia é

imposta coactivamente. Fora desses limites, é a vontade dos interessados que tem de ser attendida, não se devendo applicar a lei por que normalmente seria regulada a relação juridica sempre que essa vontade se manifeste no sentido da applicação de outra lei. É assim que o conteúdo e as consequencias que derivam dum contracto e a interpretação deste devem ser regulados pela lei a que as partes pretenderam submetter-se.

O principio da autonomia da vontade, que se dá em materia de contractos e de testamentos, acha-se reconhecido no nosso codigo civil em que apenas se determina, com caracter coactivo, a lei reguladora do estado e capacidade civil da propriedade e da forma externa dos actos, e é expressamente sancionado pelo que respeita aos actos de commercio no artigo 4.º § 1.º do codigo commercial em que supplementarmente se declara qual a lei por que devem regular-se a substancia e effeitos das obrigações. Quando haja portanto manifestação expressa da vontade das partes relativamente á lei por que deve determinar-se o conteúdo da obrigação é essa lei que deve applicar-se.

Por vezes é difficil porem determinar qual fosse a intenção das partes e consequentemente a lei que deve applicar-se, sendo necessario para isso attender a todas as circumstancias que revestem o acto.

Na falta de estipulação, os contractos serão regidos *a*) quanto á substancia e effeitos pela lei do logar onde forem celebrados, *b*) quanto ao modo do seu cumprimento, pela do logar onde este se realizar (cod. comm. art. 4.º nºs 1.º e 2.º).

48 *As leis de interesse e ordem publica em direito internacional.* Notamos já que uma lei estrangeira não poderá ser applicada no país embora em condições normaes o devesse ser, como reguladora duma determinada relação juridica, quando seja contraria aos principios de interesse e ordem publica. Estabelece-se assim uma restricção á applicação

da lei pessoal ou ao principio da autonomia individual nas relações internacionaes acha-se sancionada pelo que respeita á substancia e effeitos das obrigações resultantes de actos de commercio, no artigo 4.º § unico do codigo commercial, em que se prescreve que não será applicada a lei do logar onde esses actos foram celebrados quando da sua applicação resultar offensa no direito publico portuguêz ou aos principios de ordem publica; no artigo 12.º do mesmo codigo quanto á lei reguladora do estado e da capacidade civil, declarando-se que não será applicada a lei nacional estrangeira naquillo em que for opposta ao direito publico portuguez; e no artigo 1088.º nº 2.º do codigo de processo civil em que se determina que pode servir de fundamento á opposição parcial que uma sentença estrangeira seja executada em Portugal o conter essa sentença decisões contrarias aos principios de direito publico portuguêz, ou offensivas dos principios de ordem publica (1).

A restricção que em attenção aos principios de interesse e ordem publica se faz á applicação da lei pessoal nas relações internacionaes, não representa propriamente uma excepção ao principio da applicação desta lei mas uma limitação proveniente do principio da applicação geral no territorio de cada Estado, de todas as leis que teem por fim garantir e tutelar os seus interesses collectivos ou as condições que o legislador considera indispensaveis para que esse Estado se possam livremente desenvolver e coordenar as autonomias individuaes, condições que podendo ser diversas nos differentes Estados, imprimem a cada um delles uma organização especial e independente sob o ponto de vista moral e politico. Não podendo contestar-se a cada Estado o direito de estabelecer as normas juridicas

(1) As expressões *direito publico portuguez*, *principios de direito publico portuguez* e *principios de ordem publica* exprimem a mesma idéa que *leis ou normas de interesse e ordem publica* ou só de *ordem publica*.

reguladoras das relações sociaes pelo modo que julgue mais adequado á sua existencia e desenvolvimento logico e admittir a legitimidade da opposição por parte delles a applicação de leis estrangeiras que signifiquem uma offensa aos principios em que essa organização juridica assenta. Dahi resulta que todas as legislações e todos os jurisconsultos, uns dando lhe a fórma de regra outros a de excepção, admittem a existencia de leis cuja applicação no territorio de cada Estado se dá tanto em relação a nacionaes como a estrangeiros. São as leis de interesse e ordem publica.

Havera distincção entre a ordem publica interna e a internacional?

Apesar de haver alguns jurisconsultos que, como Pillet, combatem essa distincção, anguro-me nos que não póde deixar de admittir-se.

A ordem publica interna dá-se dentro de cada Estado no dominio duma lei unica, relativamente aos cidadãos desse Estado, a ordem publica internacional impõe-se não só aos cidadãos, mas tambem aos estrangeiros. Estes pelo vinculo da nacionalidade só devem obediencia ás leis do seu paiz mas o Estado em que elle se encontra tem o direito de se defender, constrangendo-os a não praticar actos que sejam causa de perturbação ou de desorganização social. E neste principio que se baseia a não applicação duma lei estrangeira por envolver offensa da ordem publica.

Daqui resulta que, em relação á legislação interna de cada Estado, o dominio da ordem publica internacional deve ser mais restricto que o da ordem publica interna. Tudo o que é prohibido a um estrangeiro, deve ser prohibido a um nacional, mas não vice-versa.

Assim as disposições do codigo civil que regulam o estado civil, as relações entre os conjuges, entre paes e filhos, são de ordem publica, não podendo os cidadãos portuguêses derogar essas disposições por meio de convenções particulares. Segundo-se, porem, em direito internacional o principio de que o estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regidos pela lei do seu paiz, as disposições das nossas leis respeitantes aos assumptos indicados, que são de ordem publica para os portuguêses, não o são para os estrangeiros.

E assim que, sendo um dos principios em que assenta a organização da familia, segundo o nosso codigo, a indissolubilidade do vinculo matrimonial, esse principio é de ordem publica para os cidadãos portuguêses, e deve ser applicado em relação a elles tanto em Portugal como em qualquer paiz estrangeiro. Ha Estados porem em que se admitte o divorcio ou dissolução do vinculo matrimonial, e, quando o divorcio haja sido decretado em qualquer paiz estrangeiro pelos meios competentes, não poderá em Portugal deixar de se lhe reconhecer effeito. A ordem publica interna seria offendida se a lei estrangeira que faculta o divorcio fosse applicada em Portugal, intentando-se a competente acção perante os nossos tribunaes, não o é porem só pelo facto de se reconhecer um estado civil que foi legitimamente estabelecido num Estado estrangeiro. Do mesmo modo o facto de a união monogamica constituir pelas nossas leis um principio fundamental na organização da familia, não se oppõe a que em Portugal sejam reconhecidos os effeitos que derivam da constituição polygamica de familia num paiz estrangeiro. Não póde, é certo, realizar-se em Portugal qualquer acto por que se torne effectiva essa constituição, não sendo, por exemplo, permittido a um turco que já seja casado no seu paiz contrahir novo matrimonio em Portugal, porque offenderia os principios da nossa ordem publica. Esses principios não são porem, contrariados pelo facto de se reconhecerem situações juridicas legitimamente estabelecidas noutro paiz, como, por exemplo, a legitimidade dos filhos havidos dum turco casado com mais do que uma mulher, quando esse reconhecimento não envolva, de per si, um facto contrario aos principios em que assenta a nossa organização juridica.

Poderiamos na mesma ordem de ideas referir nos ás leis em que se marca a epocha da maioridade, se determinam os effeitos da emancipação da interdicção do exercicio de direitos civis, e a outras leis que regulando o estado e a capacidade civil só se considerem de ordem publica em relação aos nacionaes

Essas leis entram porem na ordem publica internacional e, como taes, devem ser reconhecidas dentro de cada Estado como leis limitadoras da autonomia individual É assim que um francês não poderá emancipar se em Portugal senão na idade em que a emancipação seja facultada pela lei do seu paiz, um italiano só pode casar quando haja completado a idade em que segundo a sua lei nacional, pode contrahir matrimonio

Na ordem publica internacional entram portanto não só as leis porque dentro de cada paiz se regulam os interesses collectivos do Estado como são as leis penaes as leis de policia as leis de hygiene as que determinam a responsabilidade civil proveniente da pratica de factos illicitos mas ainda as leis que representando um principio de protecção social e individual sejam coactivamente impostas por um Estado estrangeiro quando seja a lei deste que deva applicar se

A ordem publica internacional é assim formada por leis territoriaes, ou de garantia social e por leis pessoaes ou de garantia social e applicação pessoal

Pelo que respeita ás leis territoriaes ou de garantia social pode dizer se duma modo geral, que entram na ordem publica internacional todas as disposições que são ou segundo as idéas dominantes em cada Estado se consideram garantia dos seus interesses collectivos

Todas as normas de direito publico são de ordem publica internacional e por muitas de direito politico administrativo processual e penal e tambem devem ser consideradas de ordem publica as normas de direito privado que respeitam a

organização da propriedade e a responsabilidade civil, e, em materia de estado e capacidade civil e de relações de familia, as que representam principios de moral recebidos por todos os paizes civilizados

Taes são as leis que prohibem a polygamia o casamento entre parentes na linha recta a escravidão

Outras normas ha porem que não sendo a expressão de principios de moral universalmente reconhecidos, são no entretanto consideradas por alguns legisladores como verdadeiros principios de organização social, são se admittindo portanto a applicação de leis estrangeiras contrarias a ellas Tal é a disposição que prohibe o divorcio, a qual nos paizes em que se admitte como base da familia a indissolubilidade matrimonial, não permitte a applicação duma lei estrangeira, em que o divorcio seja facultado

Este exemplo mostra que a ordem publica internacional é mais ou menos extensa conforme o tempo e o meio sendo hoje considerada como de ordem publica uma lei que amanhã deixa de o ser

49 *Caracter das normas de direito local em que se formulam disposições de caracter internacional* Para concluir a exposição dos principios relativos a applicação das leis no espaço, referir nos hemos a este assumpto que se prende com um dos problemas que se estão ventilando no direito internacional conhecido pelas designações de questão do *renvoi, del rinvio,* e a que o DR MACHADO VILLELA chama da *devolução*

Consiste esse problema em determinar qual a lei que deve applicar se no caso de um Estado estabelecer como lei reguladora duma determinada relação juridica a doutro Estado, e este remetter para outra lei Assim segundo o nosso codigo civil, a successão tanto dos bens immobiliarios como dos mobiliarios é regida pela lei da nacionalidade, e, segundo a lei inglêsa, a lei reguladora da successão é, em relação aos moveis,

a do domicilio e quanto aos immoveis a da situação destes. Ora se perante os tribunaes portuguezes se levantar uma questão relativa a successão dum inglês que tenha o seu domicilio em Portugal deve a applicar-se pelo que respeita aos moveis, a lei inglesa que é segundo os principios do nosso direito a competente para regular aquella relação juridica ou a lei portuguêsa, para que a inglesa remette.

Entre as diversas theorias que sobre o assumpto têem sido apresentadas, julgamos verdadeira a que vendo nas disposições de direito local pelas quaes se determina em cada Estado a lei reguladora das relações internacionaes, normas por que se fixa a competencia desse Estado na ordem legislativa internacional, e portanto disposições de ordem publica que não podem deixar de ser acatadas pelos tribunaes, considera obrigatoria para estes a applicação das disposições locaes em que se determina a lei applicavel as relações internacionaes. Os Estados, na falta de agregados internacionaes para esse fim constituidos, aos quaes essa funcção competiria, determinam as normas por que deve regular-se a sua competencia nas relações internacionaes fixando-se por ellas para cada relação de direito, a lei do Estado por que segundo a sua natureza essa relação deverá ser regulada. As leis locaes em que se definem principios de direito internacional apenas se distinguem portanto das leis que emanam de orgãos internacionaes pela sua efficacia e não pelo seu conteudo.

Em face desta doutrina, a theoria da devolução, segundo a qual não deveria applicar-se a lei do Estado que é competente segundo a *lex fori*, mas a lei para que aquella remette é inadmissivel e quando não seja expressamente sanccionada pelo legislador, como não o foi pelo nosso, os juizes deverão applicar a lei que em harmonia com as regras de direito internacional estabelecidas pelo legislador local devem regular a relação juridica (1).

(1) Póde vêr-se este assumpto largamente desenvolvido no DR. MA

§ 12 — *Relações e institutos juridicos. Sua classificação e elementos*

BIAGIO BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, §§ [illegible] 15; DERNBURG, *Pandetti*, traducção de CICALA, tomo I, § [illegible]; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, [illegible]; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, pag. 3; FIORE, *Il diritto civile italiano*, parte II, vol. I, pag. [illegible]

50 *Noção de relação juridica e de instituto juridico.* Das noções de direito objectivo e subjectivo que demos (§ 1.º) resulta que, em virtude das normas coactivamente impostas aos individuos em sociedade e pelas quaes se garantem os seus interesses communs, elles podem obter o reconhecimento social de certos factos e das consequencias que delles derivam quando o fim desses factos represente um interesse que seja considerado legitimo, ou, por outras palavras, não offenda os interesses communs, que o direito objectivo garante.

Os poderes que o direito objectivo reconhece aos individuos exercem-se pela constituição de relações da vida real que têem o nome de *juridicas*, quando sejam no todo ou em parte regulada pelo direito. Assim quem compra um objecto realiza uma relação da vida real, em virtude da qual adquire o poder de dispor desse objecto mediante um determinado preço, e essa relação é juridica, porque os effeitos que della derivam são garantidos pelo direito; pelo matrimonio forma-se uma relação juridica, sendo que os fins que os esposos têem em vista ao realizarem esse acto, e que constituem outras tantas relações da vida real, são reconhecidos, regulados e em parte garantidos pelo direito.

CHADO VILLELA, *obr. cit.*, pag. 80 e segg., e em ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale*

É possível a classificação das relações jurídicas e essa classificação, que pertence mais á sciencia jurídica, que ao legislador, pode fazer-se sob diversos aspectos. Para isso deve attender-se porém principalmente aos poderes que derivam duma determinada relação, ou por outras palavras, ao seu objecto ou conteúdo. Cada uma dessas classes poderá ainda scindir-se pelos seus caracteres especificos ou peculiares, em grupos secundarios.

Dentro de cada um desses grupos ha muitas relações jurídicas, e como todas ellas são objectivamente reguladas do mesmo modo pelo legislador, ao systema de normas que regula um determinado grupo de relações jurídicas dá-se o nome de *instituto jurídico*. Assim forma um instituto jurídico o matrimonio, o poder paternal, a propriedade, a hypotheca.

No estudo dos institutos jurídicos é necessario attender as maiores ou menores affinidade que entre elles ha, para que, pela sua conveniente systematização, se forme uma idéia nitida de cada um delles, do seu conjuncto, determinando-se os principios geraes que os dominam e os que são peculiares de cada um. E esta, como veremos, a principal vantagem que deve resultar da codificação.

Não tem sido adoptada porém por todos os legisladores uma systematização dos institutos jurídicos regulados pelo direito civil que corresponda ás indicações scientificas, donde resulta que, no ensino deste direito, se tem posto de lado a ordem por que são regulados em alguns codigos esses institutos, para se seguir a ordem que mais se harmonize com as necessidades duma exposição doutrinal.

A classificação das relações jurídicas que actualmente se considera mais acceitavel e que já foi consignada por alguns codigos é a da eschola allemã, que vamos expor resumidamente.

51 *Classificação das relações jurídicas.* Nos dominios do

direito privado as relações jurídicas podem scindir-se em dois grandes grupos: relações immediatas do homem sobre as cousas e relações dos homens entre si. Estas podem ter exclusivamente caracter patrimonial ou não, surgindo assim a sua divisão em direitos de *obrigação* e de *familia*, e reconhecendo-se ainda como autonomo pelo modo especial por que nelle se opera a transmissão dos direitos, o instituto da *successão*. Os direitos reaes classificam-se assim em *direitos reaes*, *obrigações*, *direitos de familia* e de *successão*, correspondendo esta classificação ás instituições que o direito civil regula. Daremos a noção de cada um desses grupos de relações.

Para satisfazer as suas necessidades o homem apropria-se das cousas ou troca serviços com os seus semelhantes.

No primeiro caso estabelece-se entre o homem e a cousa de que se apropriou uma relação physica, material, mas que é tambem de direito, quando ao sujeito della é garantido o livre exercicio dos poderes que tem sobre a cousa. Estas relações jurídicas que se dão entre uma pessoa e uma cousa, de modo que esta fique directamente sob o poder daquella, e o que se chama *direitos reaes*, que têem a sua principal representação no direito de propriedade.

No segundo caso, isto é, nas relações que têem por objecto a troca ou prestação de serviços, o direito intervem facultando a uma pessoa exigir doutra que lhe dê uma cousa, pratique ou deixe de praticar algum facto. Estas relações jurídicas têem o nome de *obrigações*.

Nos direitos reaes ha dois elementos essenciaes: a pessoa e a cousa. A obrigação de respeitar esses direitos é de caracter negativo e geral, consistindo em não perturbar o seu exercicio. É neste sentido que se diz que os direitos reaes são *absolutos*, por não se referirem a uma pessoa determinada, mas a todas, em virtude da obrigação que têem de os não lesar, obrigação que resulta da propria natureza da relação que ha

entre a pessoa e a cousa é que por isso não é necessario especificar (1)

Nas obrigações entram como elemento o sujeito do direito (credor) o sujeito da obrigação (devedor), e a prestação a que este se obrigou (cousas ou serviços)

Tanto nos direitos reaes como nas obrigações ha cousas ou serviços que representam sempre um valor pecuniario, recebendo por isso o nome de *bens* e o conjuncto destes o de *fortuna* ou *patrimonio*

As relações de *familia* provem do matrimonio e da communidade de sangue e dão-se entre marido e mulher, entre paes e filhos e ainda entre outros parentes dentro de certos gráus determinando o direito como se formam e dissolvem essas relações e se é certo que exercem profunda influencia sobre o patrimonio, não podem considerar-se só sob esse aspecto que nem sequer é o fundamental

O casamento modifica o direito de cada um dos esposos sobre os bens ficando sujeitos no matrimonio a um regimen especial pelo que respeita a faculdade de dispor delles, do poder paternal deriva o direito de usufruir os bens dos filhos menores, dos laços de sangue a obrigação de alimentos Mas acima dessas relações ha deveres entre os conjuges, entre

(1) Os jurisconsultos que consideram o direito subjectivo como sendo a faculdade de proceder reconhecida pela ordem identificando assim esse direito com a vontade licita, chegam á conclusão de que não havendo essa vontade senão nas pessoas não pode estabelecer-se relação entre uma pessoa e uma cousa, porque o direito só existe em relação ás pessoas

Considerando-se porem, o direito subjectivo como um interesse tutelado pela lei vê-se que as cousas podem constituir objecto do direito, não sendo assim o direito real uma relação de conteudo puramente negativo, que se devia definir ou caracterizar pela obrigação geral da abstenção de qualquer acto sobre a cousa por parte de todas as pessoas, exceptuando o titular do direito Veja-se o DR CARLOS DA MATTA *O direito de propriedade e a utilidade publica* tomo I, *Expropriações*, pag 22

paes e filhos cujo cumprimento é em parte imposto pelo direito, e que são de natureza muito diversa dos direitos reaes e das obrigações

Fassim que estas tendo como objecto proprio não a pessoa mas a prestação ou facto, limitam-se a este sendo por sua propria natureza determinadas As relações de familia ao, pelo contrario, continuas e permanentes representando para o homem um meio de satisfazer um conjuncto de necessidades naturaes materiaes e moraes, já pela união que pelo matrimonio, se da entre elle e a mulher completando-se reciprocamente e perpetuando-se na prole, já pelos vinculos de dependencia ou relações de intima solidariedade que se dão entre os parentes

No direito de familia pela affinidade que com elle tem, comprehende-se a tutela dos menores e interdictos Pelo poder que a tutela representa estabelece-se vinculos de dependencia pessoal que distinguem as relações juridicas dessa natureza não só do poder que é exercido sobre uma cousa, mas ainda das obrigações que constituem vinculos determinados, não envolvendo toda a pessoa (1)

O modo especial por que por morte duma pessoa, se regula a transmissão dos seus bens ou se transferem todos os direitos que pertenciam ao defuncto excluidos os de ordem meramente pessoal para os seus representantes ou herdeiros, tem levado os jurisconsultos a admittir, com a designação de *direito de herança* ou *de successão* um novo grupo de relações juridicas, que está intimamente relacionado com o direito de familia, tanto pelo que respeita aos direitos do auctor da he

(1) Alem das relações juridicas de que acabamos de falar ha direitos subjectivos que consistem numa qualidade da propria pessoa que ella tem o direito de fazer reconhecer Esses direitos ou se produzem com o proprio direito de personalidade, de que ja antes tractaremos ou resultam das relações juridicas, cujos grupos fundamentaes são os que ficam enumerados

rança, na fixação da quota parte do patrimonio de que pode dispôr como aos dos herdeiros pela determinação das pessoas a quem é reconhecido o direito de succeder. Na successão não pode ver-se, portanto, um mero facto juridico em virtude do qual se transferem direitos reaes ou obrigações.

52 *Elementos da relação juridica.* Em todas as relações juridicas que enumerámos, ou em qualquer situação subjectiva tutelada pela lei, ha os seguintes elementos, de que trataremos pela ordem por que os vamos expor: 1) um sujeito, 2) um objecto, 3) um facto pelo qual se estabelece a relação entre o sujeito e o objecto, 4) uma garantia ou a possibilidade de coacção (acção).

1) Não pode haver relação juridica sem sujeito.

Vimos que o direito subjectivo era o interesse reconhecido e tutelado pela lei mediante uma vontade que o representa e que o direito subjectivo presuppunha o direito objectivo quer pelo reconhecimento expresso da faculdade de promover um determinado interesse, quer pela não prohibição de realizar um determinado facto.

A lei, expressão da vontade geral, coordenando os interesses individuaes com os interesses collectivos determina o modo como podem exercer-se as actividades individuaes que limitando essas actividades, quer dirigindo-as para um determinado fim, é pela ordem social estabelecida na lei que o poder ou faculdade natural de querer se torna juridica. Sendo só dentro dos limites fixados pela lei que este poder existe, representando portanto o direito subjectivo uma creação da lei e sendo directamente ao que esse fim o legislador attende ao formular as normas reguladoras da actividade humana e não a vontade ou poder de praticar ou não praticar um facto, não pode todavia contestar-se que este poder representa um elemento absolutamente necessario da relação juridica, que de modo algum pode pôr-se de lado na noção do direito subjectivo.

A lei garantindo interesses coordenando-os, reconhecendo ou não a faculdade de praticar factos para um determinado fim, conforme considera ou não legitimo esse fim, traça os limites dentro dos quaes podem formar-se relações juridicas, mas não tem força para as crear, para as concretizar na vida real. Para isso é necessario que o poder ou faculdade cuja legitimidade a lei reconhece se desenvolva, se exerça ou tenha a possibilidade de se exercer mediante uma vontade. Esta, ou seja a vontade do proprio titular do direito, ou represente apenas um instrumento por meio do qual se tornem ou possam tornar-se effectivos os poderes que por lei são attribuidos a uma pessoa, que não tenha vontade natural, em relação a determinados interesses, é sempre necessaria para que a ordem juridica estabelecida na lei se torne effectiva. A lei reconhecendo que um interesse é legitimo determina ou mede o direito subjectivo, e é pela vontade pelo querer, pela acção que o direito subjectivo se exerce.

O exercicio dos poderes attribuidos pela lei não é porém, necessario para a existencia do direito subjectivo, basta a faculdade moral de praticar ou não praticar um facto para que esse direito exista. Pelo exercicio dessa faculdade cria-se uma relação juridica, uma situação na vida real, que é garantida e tutelada pelo direito.

O direito objectivo presuppõe portanto um sujeito que tenha por si, ou mediante a vontade doutrem, a possibilidade natural de querer, de se determinar livremente. O sujeito do direito tem o nome de *pessoa*.

É este o elemento da relação juridica que nos cumpre estudar em primeiro logar.

2) Em qualquer relação juridica ha um objecto, que é o interesse em relação ao qual se manifesta a vontade ou o poder do sujeito. Neste sentido o objecto da relação juridica determina

os poderes do sujeito do direito, isto é, tudo o que, em relação a um determinado fim, é permittido pelo direito.

O objecto do direito tanto pode ser constituido por cousas corporeas, sobre que se exerça directamente, physicamente o poder reconhecido pela lei, como qualquer cousa incorporea ou conceitos abstractos, que representem em relação a um determinado direito o seu objecto immediato. É assim que o objecto da relação juridica nos direitos de familia pode ser uma pessoa, como no caso de o pae ou o marido reclamarem o filho menor ou a mulher, que hajam saido do seu domicilio, ou uma obrigação, como se dá com os alimentos. Nas obrigações a relação juridica tem directamente por objecto o vinculo pelo qual a vontade do devedor fica adstricta a uma determinada prestação. Nos direitos reaes o objecto da relação juridica pode ser uma cousa considerada total ou parcialmente, e, embora se refira a cousas corporeas, estas podem ser consideradas em relação ao direito, como representando um conceito abstracto. É assim que, num predio que pertença indivisamente a duas ou mais pessoas, o objecto da relação juridica é quanto a cada uma dellas, uma quota parte ideal desse predio.

O que pelo direito objectivo é garantido em relação a um determinado objecto forma o *conteúdo* do direito subjectivo. Este é por sua propria natureza limitado por esse conteúdo, devendo considerar-se como contrario ao direito ou como sendo o exercicio illegitimo deste, qualquer acto que não tenha por fim realizar o interesse que pelo direito é permittido, quando em virtude delle se vão offender interesses que pelo direito são garantidos em relação a outras pessoas.

3) Pelo *facto juridico* concretisam-se os poderes ou faculdades reconhecidos pelo direito objectivo, adquirindo-se, extinguindo-se ou modificando-se direitos em relação a um determinado objecto.

Do mesmo facto juridico podem resultar diversos direitos ou, por outras palavras, constituir-se differentes relações juridicas.

É o que se dá, por exemplo, no contracto de compra e venda, pelo qual se pode adquirir a propriedade do objecto e, ao mesmo tempo, constituir-se uma obrigação, quando o comprador fique a dever o preço ao vendedor ou quando este não entregue immediatamente a cousa vendida ao comprador. E pode um contracto desta natureza não ser effectivo pelo que respeita á transferencia da propriedade e dar logar a uma obrigação, como, exemplificando no caso em que sendo nullo o contracto, uma das partes fique adstricta a restituir a outra o que della haja recebido.

4) A *garantia* ou *acção* representa a faculdade que tem o titular dum direito de o tornar effectivo constrangendo os outros a respeital-o mediante a força publica, que determina o poder constituido no direito.

A acção existe sempre que haja um interesse tutelado pela lei e o reconhecimento duma vontade que o represente, formando assim os dois termos — *direito* e *acção* — um conceito unico. A faculdade de reagir contra qualquer lesão injusta, de recorrer aos tribunaes para que seja reconhecido um direito contestado, de reclamar a protecção das auctoridades contra qualquer aggressão, representa um elemento essencial do direito, e não um accessorio ou qualidade que apenas lhe esteja inherente. Quando haja um interesse tutelado pela lei, mas não o reconhecimento duma vontade que o possa tornar effectivo, mediante a sua declaração pelo poder judicial e constrangimento pela força publica, não existe direito subjectivo. É o que se dá, por exemplo, em relação aos interesses sociaes que são administrados pelo Estado, pela autarchias locaes, pelos institutos publicos ou de utilidade publica que, representando interesses communs e que são como taes tutelados pela lei, não constituem, em relação ás pessoas a quem esses interesses podem aproveitar, um direito subjectivo. E assim que, quanto aos hospitaes creados para tratamento de doentes pobres, estes não têem um direito subjectivo em virtude do

thoi um teve a designação official de *Codex de Theodosiani legibus atque sententiis juris vel diversis libris electus* significando se portanto pela palavra *codex* uma compilação de diversas fontes de direito

Foi esta a significação que a palavra codigo teve em França desde o seculo XVI

Actualmente a palavra *codigo* significa a compilação ordenada e systematica de todas as normas juridicas respeitantes a um determinado ramo de direito, ou a certa ordem de relações sociaes, feita pelo poder legislativo No codigo ha a unidade do direito mas esta não basta para caracterizar um codigo, representando a coordenação das norma juridicas segundo um determinado criterio uma condição essencial da codificação

A codificação assim entendida teve o seu inicio no principio do seculo XIX, sendo a compilação das normas de direito civil em França a primeira a que se pode verdadeiramente dar o nome de *codigo* O exito que esse codigo teve foi extraordinario, representando, no que respeita a systematização das normas de direito civil, quasi durante um seculo, um modelo que os legisladores seguiram quasi servilmente apesar dos graves inconvenientes que de ha muito se reconheceram no methodo adoptado pelo legislador francês sendo esse systema seguido ainda no codigo civil hespanhol, publicado em 1889

Assim iniciada, a codificação não só das normas do direito civil mas de outros ramos de direito — commercial processual penal, generalizou se apesar dos argumentos que o fundador da eschola historica adduziu contra ella, baseado em que constituia um obstaculo ao desenvolvimento normal do direito Hoje não pode impugnar se a codificação, apenas se discute se ella será conveniente em relação a certos ramos de direito, como o administrativo e o internacional (1)

(1) Veja se o DR GUIMARÃES PEDROSA, *Curso de sciencia da administração e direito administrativo Introducção e parte geral* pagg 204–19 e o DR MACHADO VILLELA, *Direito internacional*, lições de 1900–1900, pagg 138–150.

Se é certo porem, que os propugnadores da codificação obtiveram uma victoria que pode considerar se decisiva, se não podem contestar se as vantagens da codificação sobre o systema da multiplicidade das fontes de direito, designadamente pela certeza precisão e maior clareza que para o conhecimento das normas juridicas resultam da sua compilação systematica se por outro lado pode considerar se assente que a codificação não oppõe um obstaculo invencivel a modificação do direito, pelas reformas que n'este podem introduzir os orgãos incumbidos de o declarar, não pode ainda considerar se definitivamente fixado o conceito da codificação a funcção que ella é chamada a desempenhar como fonte de direito e o modo por que essa funcção deve tornar se effectiva

Para alguns jurisconsultos, a codificação do direito tem um fim essencialmente pratico Na systematização das normas de direito, o legislador não tem que attender a outro intuito que não seja o de satisfazer a necessidade que todos têem de conhecer a lei, num systema legislativo em que es e conhecimento constitue uma presumpção que não admitte prova em contrario A melhor codificação das leis será portanto a que exposer as normas juridicas pela forma mais simples e clara de modo que todos possam facilmente conhecer, pelo menos, as que directamente lhes respeitam não devendo formular se no codigo senão normas preceptivas e prohibitivas, evitando se as disposições que tenham caracter nimiamente abstracto e não se expondo principios doutrinaes

Este conceito da codificação tem tido defensores como MAZZONI, PI ANIOL e BRUGI, que assim admittem criterio diverso para a systematização das normas juridicas, conforme se trata duma obra legislativa ou scientifica

Quanto a esta, reconhecem esses jurisconsultos que a systematização das normas de direito se deve fazer de modo que, agrupando-se as que respeitam a institutos autonomos, estes sejam distribuidos de forma a verem-se as relações de maior ou menor affinidade que entre elles existem, e, dentro de cada um dos institutos as disposições respectivas sejam expostas segundo a sua logica subordinação

Não se nos afigura que deva admittir-se distincção entre o systema de codificação sob o ponto de vista legislativo e doutrinal

Por um lado as instituições que constituem o objecto dum codigo serão tanto mais claras e comprehensiveis quanto mais natural e logica fôr a ordem que na sua distribuição se observe So por esse meio poderão ver-se os pontos de contacto entre os differentes institutos, as relações entre elles existentes e a funcção que cada um exerce, formando-se assim uma idéa nitida de cada um delles e do seu conjuncto E sendo certo, por outro lado que um codigo não é um trabalho de technica juridica, e que nunca deverá ser elaborado de forma que possa servir de compendio para quem se inicia no estudo do direito, não será vantagem pratica de somenos importancia a que ha de resultar da codificação quando a coordenação das materias seja feita de modo que se harmonize com as exigencias do ensino, podendo seguir-se neste a mesma ordem por que as disposições do codigo hajam sido formuladas Poderão assim expôr-se os principios doutrinaes seguindo *pari passu* as disposições legaes, fixando-se estas muito mais facilmente e determinando-se mais precisamente a sua significação e alcance

Acresce que seguida uma certa ordem na exposição das materias pelo legislador será sempre com reluctancia que o professor ou o jurisconsulto, attenta a auctoridade que tem o legislador e querendo dar tambem ao seu trabalho um caracter pratico, se ha de afastar dessa ordem

Foi o que se deu em França, onde apesar de se reconhecerem os inconvenientes do systema do codigo civil para a exposição doutrinal das materias nelle reguladas, os commentadores seguiram a ordem das suas disposições artigo por artigo «E assim que durante perto dum seculo, diz CAPITANT não só os commentarios destinados á pratica, mas as obras scientificas, as exposições de principios e o ensino seguiram no estudo do direito civil o caminho que havia sido aberto pelo codigo de 1804 Algumas obras entre as mais consideraveis haviam exaggerado até os inconvenientes desta pratica, adoptando, como divisão material os proprios artigos do codigo Com esta forma de exposição, as idéas geraes desapparecem, apagam-se atraz da interpretação restricta e atrida do texto, a exposição das theorias de conjuncto que projecta uma luz tão intensa sobre as diversas partes do organismo juridico, não encontra logar adequado e vae deixando pouco a pouco de se fazer As nocões mais diversas, mais afastadas entre si, approximam-se accidentalmente outras, pelo contrario, entre as quaes existe uma indiscutivel relação de parentesco, são desterradas para logares differentes, e o espirito desnorteado sobre um caminho repleto de difficuldades, recuando a cada passo, perde de vista o ponto de partida e o de chegada transvia-se no meio dos obstaculos que encontra, não lhe sendo possivel apprehender os vinculos que ligam entre si as differentes instituições juridicas unificando o seu conjuncto»

Este inconveniente que a jurisprudencia franceza revelou dum modo milludivel e para nos tão grave, que não hesitamos em collocar em plano secundario quaesquer vantagens que, para o conhecimento e applicação pratica do direito vantagens que aliás não reconhecemos houvesse em se adoptar na exposição legislativa das normas de direito civil uma ordem que não correspondesse rigorosamente as indicações scientificas E o legislador allemão veio evidenciar que é possivel harmonizar devidamente, num trabalho de codificação, as exigencias scientificas com as vantagens praticas systemati

zando no seu codigo civil os institutos juridicos e formulando as suas disposições de forma que attendesse a umas e outras. E parece que esse codigo está destinado a exercer, em relação aos trabalhos de codificação do direito civil neste seculo, a mesma influencia que o codigo civil francês exerceu em relação aos do seculo findo. Nelle se inspiraram já os auctores do projecto do codigo civil suisso de 1904 e o mesmo systema foi seguido fundamentalmente por alguns auctores de projectos de codigo civil que têem sido elaborados no Brasil.

Em nosso parecer, um codigo não deve só facilitar o estudo e conhecimento do direito. A funcção que elle tem a desempenhar é muito mais importante: as instituições sociaes devem ser nelle reguladas de forma que, em vez de se levantar um obstaculo ao desenvolvimento normal do direito, se promova esse desenvolvimento. E essa funcção só poderá ser exercida pela codificação legislativa quando as normas relativas aos diversos institutos sejam expostas pela sua ordem mais natural e logica, e formuladas de modo que se possa não só conceber nitidamente os interesses sociaes que essas normas têem por fim garantir, mas adaptal-as aos casos concretos, em que esses interesses devem ser diversamente combinados, conforme as circumstancias.

É necessario não esquecer que a maior vantagem pratica que um codigo pode offerecer será não a de se descubrir facilmente o logar onde se encontra uma determinada disposição, mas a de esclarecer e orientar devidamente o juiz acerca do modo por que devem applicar-se as suas disposições aos casos praticos, tornando-o um arbitro prudente e reflectido das exigencias da vida social, que o direito é destinado a garantir. Nesses codigos não devem portanto extrar-se só preceitos e prohibições em formulas rigidas e inflexiveis, mas expor-se tambem os principios que dominam os institutos juridicos, quando se achem scientificamente determinados, exprimindo-se esses principios de modo que se vejam quaes as suas applicações praticas ou estabelecendo, quando não seja possivel formular os principios, as regras respeitantes a estas applicações de fórma que, pela technica juridica, se possam synthetisar essas normas num principio que as vivifique e que abra horisontes para novas applicações.

Para que um codigo possa exercer esta importantissima funcção, é necessario que todas as disposições respeitantes a um instituto juridico sejam devidamente agrupadas, que os institutos se relacionem segundo as affinidades que haja entre elles, e que a exposição das normas communs a todos esses institutos, ou a um determinado grupo delles, preceda a exposição das que respeitam a cada instituto.

É este o conceito que formamos acerca da codificação.

54 *Systema do nosso codigo.* O auctor do nosso codigo civil, embora na coordenação das disposições do direito civil parecesse adoptar principios completamente diversos do systema seguido pelo codigo civil francês, orientou-se em grande parte por elle, vindo a cair em alguns dos defeitos que se notam no systema do codigo francês.

Neste codigo ha um titulo preliminar, composto de cinco artigos em que se acham as disposições geraes sobre as leis, tempo em que começam a vigorar e modo por que devem ser applicadas, tendo sido as outras disposições divididas em tres livros, dos quaes o I intitulado *Das pessoas*, se occupa da distincção entre francezes e estrangeiros e da condição dos estrangeiros em França, dos actos do estado civil, casamento, divorcio e separação, filiação, poder paternal, tutela, emancipação, interdicção e conselho judiciario, o livro II que tem por epigraphe *Dos bens* trata das diversas classificações das cousas, do direito de propriedade, do usufructo e das servidões, o livro III, que se intitula *Dos differentes modos por que se póde adquirir a propriedade* contem as disposições relativas ao casamento, doações e testamentos, theoria geral das obrigações,

contractos especiaes, regimens matrimoniaes privilegios e hypothecas prescripção

Este systema era o que já havia sido adoptado nas *Institutas* de GAIO e de JUSTINIANO (*per omnes actiones*) tomando se a palavra *actio* no sentido de facto juridico e não no sentido meramente processual

O auctor do nosso codigo, affirmando que a exposição do direito civil devia ser feita segundo a sua ordem mais simples e mais natural e que não podia deixar de se fundar na *natureza do direito* tomou para base do seu systema um dos elementos essenciaes da relação juridica — o sujeito activo do direito Na opinião delle não podia este systema deixar de fundar se num destes elementos e, como não servia para esse effeito o sujeito da obrigação pelo facto de esta significar uma idéa de dependencia de subordinação em relação ao direito podendo até haver direitos que nascem e se extinguem independentemente da obrigação nem o objecto do direito, cousas e serviços pela impossibilidade de classificar aquellas e pela natureza variavel e indefinida destes, fundou o no sujeito activo do direito

Vendo no sujeito activo do direito duas ideas predominantes e distinctas — o *poder* ou *autonomia* e a *acção* ou *faculdade pratica* entendeu que devia definir a primeira antes de tractar da segunda, expondo as normas relativas á capacidade do ente juridico em que se resume a sua existencia ideal, e entrar depois no exame da vida, que lhe é propria determinando os meios por que pode adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia e como os pode fruir conservar e defender, chegando assim a conclusão de que todo o direito no sentido determinador ou regulador devia referir se a quatro pontos capitaes os quaes foram por elle considerados como outros tantos pontos de triangulação para o levantamento da carta juridica

1.° Natureza do acto juridico (capacidade),

2.° Seus meios de vida (adquisição),

3.° Fruição desses meios (propriedade),

4.° Conservação (violação, defesa dos direitos)

E assim ficou o codigo civil dividido em quatro partes

A parte I, que tem por epigraphe da *Capacidade civil*, e que consta dum livro unico, tractá em quatorze titulos das seguintes materias da cápacidade civil e da lei que a regula em geral, de como se adquire a qualidade de cidadão portuguêz, de como se perde a qualidade de cidadão portuguez, dos cidadãos portuguêses em pais estrangeiro, dos estrangeiros em Portugal, das pessoas moraes, do domicilio, da ausencia da incapacidade por menoridade e do seu supprimento, da incapacidade por demencia, da incapacidade dos surdos mudos, da incapacidade dos prodigos, da incapacidade accidental, da incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria

A parte II que se intitula *Da adquisição de direitos*, está dividida em tres livros O livro I, que tracta *Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação doutrem* contem cinco titulos que se occupam successivamente das seguintes materias dos direitos originarios, 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, da occupação, dos direitos que se adquirem por mera posse e prescripção, do trabalho O livro II cuja epigraphe é *Dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e doutrem conjunctamente* acha se dividido em dois titulos dos contractos e obrigações em geral dos contractos em particular O livro III, que se intitula *Dos direitos que se adquirem por meio facto e vontade doutrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei* tambem abrange dois titulos da gestão de negocios, das successões

A parte III, que contem um só livro e se denomina *Do*

direito de propriedade acha-se dividida em nove titulos, cujo assumpto é o seguinte: disposições preliminares, da propriedade absoluta e da propriedade resoluvel, da propriedade singular e da propriedade commum, da propriedade perfeita e da propriedade imperfeita, do direito de fruição, do direito de transformação, do direito de exclusão e de defesa, do direito de restituição e de indemnização dos direitos violados, do direito de alienação.

A parte IV, que trata *Da offensa dos direitos e da sua reparação*, esta dividida em dois livros. O livro I divide-se em cinco titulos, sendo o seguinte o objecto de cada um delles: disposições preliminares, da responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal, da responsabilidade meramente civil, da responsabilidade por perdas e damnos, provenientes de inobservancia dos regulamentos ou por desleixo ou imprudencia, da responsabilidade por perdas e damnos causados por empregados publicos no exercicio de suas funcções. O livro II contem dois titulos, tractando o primeiro das provas e o segundo das acções.

Fica assim exposto o systema do nosso codigo civil, que no dizer do seu auctor, «é inteiramente novo, logico, simples, natural e completo, pois não póde haver especie alguma de direitos, que não entre necessariamente em alguma das casas indicadas. Para ser entendido basta pronunciá-lo e para enunciá-lo bastam quatro palavras».

55 *Critica do systema do nosso codigo.* No systema do nosso codigo tomou-se para base da classificação das relações juridicas o sujeito do direito, e o seu auctor, demonstrando que não podia servir para esse fim nem o objecto da relação juridica, nem o sujeito da obrigação, e vendo na relação juridica apenas aquelles tres elementos, excluiu a possibilidade de se assentar noutra base essa classificação. Poderia ir até, e de facto foi, mas estabelecendo doutrina um pouco contradictoria

com principios por elle enunciados, mais longe e affirmar que ha relações juridicas em que o sujeito da obrigação não é determinado, explicando-se assim que haja direitos que se formam e extinguem sem a idéa de uma obrigação correlativa. É o que succede com os direitos reaes, em que não ha como elemento necessario da relação juridica um sujeito passivo ou devedor que esteja adstricto a prestar alguma cousa, ou a praticar um determinado facto. Em relação a estes direitos a obrigação tem, como já notamos, caracter geral e negativo, sendo só pela pratica de qualquer acto por que o direito seja lesado, que o auctor desse acto se constitue devedor da reparação.

Este facto, que se explica pela natureza do interesse garantido pela lei ou pelo objecto immediato da relação juridica, e não pelo sujeito da mesma relação, mostra-nos que não é possivel coordenar devidamente os institutos juridicos regulados pelo direito civil, tomando-se por base esse elemento. Se é certo que podemos considerar o sujeito activo do direito sob differentes aspectos, tambem o é que, sob qualquer aspecto que o encaremos, elle entra em todas as relações juridicas e portanto em relações juridicas de diversa natureza, a cuja confusão nos conduz necessariamente o systema que o auctor do nosso codigo civil adoptou. Isto é evidente.

Assim, pelos factos de adquisição de direitos, primeiro aspecto sob que o auctor do nosso codigo civil considerou o sujeito do direito no seu estado dynamico, tanto podem constituir-se situações juridicas que tenham por objecto uma cousa corporea, material, sobre a qual o sujeito do direito tenha um poder physico, como uma obrigação, em que outra pessoa fique constituida, de dar ou fazer alguma cousa, como uma relação de familia. Dahi resulta que entre os meios de adquisição de direitos o contracto de compra e venda figura ao lado do contracto de locação, do de prestação de serviços e até do matrimonio.

Por outro lado a fruição ou goso dos direitos tanto respeita

aos direitos reaes como aos de obrigação e de familia, e, para ser consequente com o systema adoptado, o auctor do codigo deveria tractar na parte III tanto dos direitos sobre as cousas corporeas como dos direitos de credito determinando, em seguida as fontes desses direitos o modo por que poderiam ser exercidos. Ora não foi esse o systema que o auctor do nosso codigo seguiu como é facil verificar.

Na parte II em que se tracta da adquisição de direitos, acham-se em relação aos factos por que se constituem as relações juridicas que incluimos nas obrigações, determinados os direitos e obrigações correlativas que desses factos derivam o modo por que aquelles podem ser exercidos e devem ser cumpridas as obrigações. Dahi resulta que, visto os mesmos factos adquisitivos determinarem relações juridicas de diversa natureza, os direitos objectivos que formam o conteudo dessas relações ou que ellas condicionam e o modo por que podem ser exercidos só em parte se acham determinados na parte III. É assim que embalde se procurará nesta parte do codigo as condições que são necessarias para que a cessão dum credito produza effeitos em relação a terceiros os direitos que o marido tem em relação á mulher e as normas reguladoras do exercicio destes direitos. Mas foi, em compensação, regulado na parte II e a proposito da hypotheca quando essa instituição respeita a muitas outras relações juridicas, o registo predial quando elle tem por fim não a adquisição mas a conservação do direito, ou, antes o prolongamento dos effeitos do acto juridico dando lhe existencia em relação a terceiros.

Do que deixamos dicto resulta que, tractando se na parte II da adquisição de direitos regulam-se em parte, e em parte não se regulam os direitos que assim se adquirem o que é devido a haverem se confundido factos por que se estabelecem relações juridicas de natureza diversa, incorrendo assim o auctor do nosso codigo no mesmo inconveniente que se nota no codigo civil francez.

Mais.

Tractando na parte II do matrimonio como um facto pelo qual se constituem as relações de familia tanto de ordem pessoal como patrimonial acha-se regulado na parte I o poder paternal. Ora este tambem tem um facto adquisitivo — a procreação legalmente reconhecida e a logica pediria que assim como se tracta na parte II do matrimonio regulando-se os effeitos que delle derivam tambem se tractasse do instituto do poder paternal sendo de notar que, em relação á influencia que esses factos têem quanto ao sujeito do direito considerado na sua autonomia não pode deixar de attribuir-se mais ao matrimonio do que ao facto da procreação legalmente reconhecida.

Pode dizer-se que representando o poder paternal um meio de supprir a incapacidade dos menores o seu assento era na parte I, em que tinha de determinar-se, na falta de capacidade natural ou legal, qual é a vontade que tem de promover a realização dos interesses respeitantes ás pessoas em quem se dá essa incapacidade. Reconhecendo a verdade desta consideração bastar-nos-ha todavia notar para se ver que é completamente injustificavel a collocação, em partes diversas do codigo civil, do matrimonio e do poder paternal que constituindo o matrimonio o facto donde resulta a filiação legitima e sendo a diversidade de poderes que os paes têem em relação aos filhos menores resultante do modo por que são reguladas as relações entre os conjuges não poderá tractar-se da filiação legitima e do poder paternal sem previamente se haver tractado do matrimonio. E, para se ver a que anomalias o systema adoptado pelo auctor do codigo civil o conduziu notaremos ainda que tratando se da filiação da tutela legitima e da obrigação alimenticia entre parentes na parte I do codigo e na parte II livro III que nos apparecem as noções legaes para a determinação do parentesco.

E a verdade é que com o systema adoptado pelo codigo, essa materia poderia ser tractada em qualquer parte onde se fizesse

referencia ao parentesco mas essa circumstancia é sufficiente para nos evidenciar que esse systema é inacceitavel

Poderiamos ainda referir-nos a muitas outras materias cuja distribuição no codigo se não pode justificar como a inclusão no livro I da parte II em que se trata da *acquisição de direitos* de um titulo que se inscreve dos *direitos originarios* o facto de se expôr no mesmo livro a classificação das cousas, que o auctor do codigo entendia não se poderem classificar, e cujo *assento proprio não seria* facil *determinar com o systema* nelle adoptado

Não é necessario, porem, proseguir neste exame, para se ver que este systema é completamente inacceitavel e que não se trata apenas, nos defeitos apontados de qualquer falta de coherencia por parte do auctor do codigo na execução do plano por elle traçado. Não é possivel realmente classificar os institutos juridicos tomando-se por base o sujeito do direito, porque não pode por elle determinar-se de modo algum a natureza da relação juridica.

O sujeito do direito não representa o elemento fundamental da relação juridica.

O legislador, reconhecendo a faculdade de praticar ou não praticar um facto, não tem directamente em vista a vontade, mas os interesses que essa vontade pode realizar. Pela declaração de que um poder é licito o legislador legitima a realização dum determinado fim. E como são de natureza diversa *os interesses que a lei garante*, e dessa *diversidade resulta* que os poderes por ella reconhecidos ou attribuidos ao sujeito do direito são diversos, tambem, e incontestavelmente a esses interesses que tem de se attender na classificação das relações juridicas e não ao sujeito do direito.

Não confundamos porem o objecto immediato da relação juridica, que é o fim que o sujeito do direito se propôs ao constituir essa relação com as cousas e os serviços. Se os interesses que a lei garante se podem resumir nelles o modo

por que são considerados não é o mesmo em todas as relações juridicas. E como não póde comprehender-se qualquer relação juridica, sem que previamente se determinem os elementos que a constituem, *é claro que não deverá tractar-se num codigo* dos institutos juridicos sem se haverem estabelecido as normas relativas a cada um desses elementos, que representam principios geraes em relação aos referidos institutos.

Foi este o systema adoptado por SAVIGNY, que salvas que*stões secundarias* pelo que respeita ao assento proprio dum ou dout o instituto ainda não foi vantajosamente substituido. E o legislador allemão veio demonstrar *que era possivel elaborar* um codigo seguindo esse systema.

Um dos mais graves inconvenientes que resultam do systema do nosso codigo civil e não ser possivel a exposição doutrinal das materias nelle reguladas pela ordem por que se acham expostas, tornando-se assim *necessario* pô-lo *de parte* no ensino do direito civil.

Assim, as theorias acerca dos factos juridicos, da sua nullidade, da representação, sobre a classificação das cousas, sobre a fórma dos actos, acham-se expostas accessoriamente em relação a *determinados institutos*, não se podendo formar acerca dessas theorias, quando se siga a ordem dos artigos, uma idéa nitida e completa, e tendo de repetir-se escusadamente as doutrinas legaes a tal respeito, sempre que se tracte de qualquer materia em que essas theorias devam ser applicadas. Logo na parte I, em que foram exaradas disposições relativas á nullidade dos actos praticados pelos menores e interdictos, terá de se expôr doutrina acerca da nullidade dos *actos juridicos*, tendo de recorrer-se para esse effeito a parte II em que, a proposito dos contractos, se expõem alguns principios geraes sobre esse assumpto. Sendo diversas as normas juridicas acerca dos bens mobiliarios e immobiliarios e tornando-se necessaria essa distincção para se *comprehenderem as disposições* em que se determinam os poderes dos paes e dos tutores

quanto a administração dos bens dos menores, assumpto de que o codigo tracta na parte I necessario se torna recorrer para esse effeito a parte II em que aquella materia foi collocada

A confusão que, em relação aos factos adquisitivos de direitos se faz entre aquelles por que se opera a transferencia de direitos sobre as cousas e os que representam o modo por que se constitue uma obrigação tornam impossivel uma exposição doutrinal acerca dessas materias, visto que são completamente diversos os effeitos que desses factos derivam

Na parte II, a proposito da occupação que como facto adquisitivo da propriedade, deveria preceder immediatamente a organização deste instituto, que se acha regulado na parte III, tracta se do regimen das aguas e dos productos mineraes, encontrando se ahi disposições que de modo algum se podem comprehender, sem que hajam sido previamente determinados os principios fundamentaes relativos a organização da propriedade E tracta se tambem no mesmo livro I da parte II da propriedade litteraria artistica e dos inventos, institutos que não poderão deixar de ser incluidos na parte relativa ao direito de propriedade

No mesmo livro regula se a proposito da adquisição de direitos a prescripção negativa quando por ella apenas se extinguem obrigações

Tractando-se no livro III da parte II das successões como um meio adquisitivo de direitos ja por facto doutrem (successão testimentaria), ja por disposição da lei (successão legitima) incluiu se na primeira parte a materia relativa aos alimentos sem que seja possivel descobrir o motivo por que se não tratou na parte II dos dois institutos, e a e desenvolver convenientemente a doutrina respectante a cada um delles, quando não hajam sido previamente expostas as noções fundamentaes relativas ao direito de familia as quaes foram fragmentada por diversos livros do codigo

Não nos referiremos a falta de methodo que se nota logo na parte I em que a proposito da capacidade civil, se tracta da lei que a regula em geral como se a mesma lei que regula a capacidade juridica não fosse a que regula tambem a adquisição de direitos, a sua conservação reparação e defesa E assim que segundo a ordem do codigo, se deveria expôr, sob a epigraphe da parte I — *Capacidade civil* a materia relativa a noção de direito civil, a natureza das normas juridicas, a interpretação das leis ao exercicio de direitos, ás leis reguladoras em direito internacional da propriedade immobiliaria e mobiliaria da forma externa dos actos e até da competencia judiciaria internacional

E evidente que, até no caso de ser acceitavel o systema adoptado pelo nosso codigo estas doutrinas deveriam constituir objecto duma lei de introducção ou dum titulo preliminar (1)

56 *O direito civil e o commercial* Na systematização dos institutos juridicos, quando se pretenda seguir um methodo rigorosamente scientifico, não é possivel, attento o estado actual da codificação do nosso direito privado, limitar esa systematização as disposições que se acham consignadas no codigo civil Necessario é, para esse effeito, entrar nos dominios do codigo commercial onde são actualmente regulados alguns institutos e se acham exaradas disposições que, se esses codigos fossem refundidos ou remodelados, deveriam, quando mesmo se mantivesse a autonomia do direito commercial ja

(1) No que acabamos de dizer, para mostrar a impossibilidade de seguir a ordem do codigo numa exposição doutrinal das materias que elle abrange limitamo-nos a exemplificar Uma critica completa do systema do codigo sob esse ponto de vista levar-nos-ia muito longe, e torna-se desnecessaria, pois a melhor critica que se pode fazer está na substituição desse systema por outro que não tenha os inconvenientes que, dum modo geral, attribuimos ao systema do codigo

muito contestada e com razões que julgamos completamente procedentes, ser incluidos no codigo civil.

E assim que, em materia de obrigações, o estudo das disposições do direito civil ficará necessariamente incompleto, não se expondo a doutrina relativa aos titulos ao portador, que tanto respeitam a obrigações civis como a obrigações commerciaes. Em materia de privilegios, as disposições do codigo civil não podem deixar de ser completadas pelas que se acham formuladas no codigo commercial, pois no direito civil que devem estabelecer-se todas as causas de preferencia sobre o patrimonio do devedor. Quanto a regimens de bens no casamento, as modificações que o codigo commercial introduziu no codigo civil, algumas dellas inconsideradamente, em razão do exercicio do commercio e até da pratica de actos mercantis meramente formaes, como são as obrigações constantes duma letra, tambem não podem deixar de ser estudadas no direito civil. O mesmo poderiamos dizer em relação aos institutos que, sendo regulados no codigo civil dum modo geral, foram, em virtude de modificações que as exigencias especiaes do commercio reclamavam, regulados tambem pelo codigo commercial. Assim, em relação ao contracto de sociedade, a mera exposição das normas que se acham exaradas no codigo civil não nos dará sequer uma idêa do modo por que as sociedades civis se podem actualmente constituir. Fazendo-se dominar a forma sobre o fundo, scindiu-se o mesmo instituto por dois codigos, com gravissimo inconveniente não só para a exposição doutrinal das suas normas reguladoras, mas até para um estudo de caracter meramente exegetico, sendo que o legislador, não tendo sempre na devida consideração o que já se achava regulado no codigo civil, repete desnecessariamente no commercial o que naquelle se achava disposto, e como o codigo commercial contem direito singular, dahi resulta que muitas vezes se verá uma disposição especial onde existe realmente uma norma de caracter geral. O que dizemos em relação

ao contracto de sociedade, poderiamos affirmá-lo tambem em relação a outros contractos que são especialmente regulados pelo codigo commercial, como o contracto de compra e venda, o contracto de transporte, o contracto de emprestimo mercantil, etc.

E para nós evidente que, embora se mantenha a autonomia do direito commercial, numa organização dos programmas de ensino deste direito e do direito civil se deverão incluir neste muitas disposições do codigo commercial, não só para evitar repeticões, que de modo algum se podem justificar, quando esta reconhecida a impossibilidade de se darem durante o anno lectivo as materias de qualquer das cadeiras, mas para que o professor de direito civil possa expor as materias dum modo verdadeiramente proficuo.

No codigo de processo civil tambem se acham exaradas algumas disposições que deveriam ter sido inseridas no codigo civil.

Não seguindo o systema do nosso codigo civil, mas o da eschola allemã, procuraremos não só coordenar as normas que foram inseridas no codigo civil, pelo modo que se nos afigurar mais adequado para a exposição doutrinal dos institutos que esse codigo abrange, mas recorreremos ainda a outros codigos e leis, e designadamente ao codigo commercial e de processo civil, para darmos uma idêa completa acerca desses institutos, sempre que as disposições consignadas no codigo civil sejam deficientes. Remediaremos assim, em parte, os defeitos que notamos na codificação do direito civil.

57 *Caracter do codigo civil.* Ao tempo em que foi publicado o nosso codigo civil, já haviam sido introduzidas nos dominios da nossa legislação civil, em virtude das reformas pombalinas e da implantação do regimen liberal, importantes alterações. E assim que, em materia de liberdade pessoal e de organização da propriedade, já haviam sido definitivamente

supprimidos muitos dos vinculos que foram sanccionados pelo nosso antigo direito como os direitos banaes os morgados limitando se em geral o auctor do codigo a compilar o direito anterior

As materias em que o auctor do codigo civil introduziu mais profundas reformas foram a do casamento e a do registo do estado civil, admittindo o casamento civil e estabelecendo o registo não parochial para todos os actos do estado civil As reformas que o codigo civil introduziu nesse parte e que, em relação ao casamento, provocaram uma grande reacção, não podem ainda assim considerar se completas quanto ao casamento civil porque o não tornou obrigatorio para os catholicos e, quanto ao registo do estado civil porque ainda se não executaram completamente as disposições que nelle se acham consignadas

Embora não alterasse profundamente o direito anterior, o codigo civil pode considerar se um monumento juridico digno da epocha em que foi levantado, que em confronto com os doutros paises revela dum modo evidente o estado de adeantamento em que se achava a nossa jurisprudencia

Não ha duvida de que algumas relações sociaes poderiam ter sido reguladas dum modo mais conveniente, notando se ate em relação a alguns institutos uma comprehensão pouco nitida ou menos exacta por parte do auctor do codigo das theorias dominantes ao tempo em que o codigo civil foi publicado Não é de admirar porem que assim succedesse attenta a complexidade e a difficuldade do assumpto

Na exposição das doutrinas que se acham sanccionadas no codigo teremos ensejo mais do que uma vez de provar a affirmação que acabamos de fazer e procuraremos indicar tambem, embora muito succintamente pois o fim que temos em vista não admitte longas explanações a esse respeito os institutos que devem ser remodelados, e os principios em que deverá assentar essa remodelação As correntes doutrinaes,

por que se pretende imprimir ao direito civil um caracter eminentemente social substituindo os principios individualistas que o informam vão fazendo sentir a sua influencia nos dominios da legislação, e se é certo que o nosso codigo civil não é, sob esse ponto de vista dos que podem considerar se mais atrazados achando se nelle consignadas ja algumas disposições que se harmonizam com as ideas scientificas hoje dominantes não o é menos que alguns principios ha que num prazo mais ou menos longo, terão de ser completamente refundidos

Quanto a forma, tem se notado, e com razão, que ha no codigo civil mais definições do que deveria haver, não devendo ter sido inseridas nelle todas as que têem caracter meramente doutrinal, algumas das quaes são inacceitaveis pelas erradas noções que contêem Tambem é verdadeira a censura que se tem feito ao codigo de se repetirem nelle muitas disposições, e, o que é mais grave, de haver algumas que são antinomicas e ate contradictorias

Deste facto teem resultado decisões encontradas dos tribunaes, havendo pontos sobre que não se fixou ainda a jurisprudencia Para evitar o inconveniente de decisões dos tribunaes contradictorias, facto cuja gravidade escusado é encarecer, o conselheiro Campos Henriques apresentou á camara dos deputados, em 7 de fevereiro de 1903 uma proposta em que eram interpretados alguns artigos do codigo civil

Essa proposta que tem sido largamente apreciada pela *Revista de legislação e de jurisprudencia,* foi approvada pela camara dos deputados e ainda foi discutida na camara dos pares, mas não chegou a ser approvada por esta

CAPITULO I

DO SUJEITO DO DIREITO

SECÇÃO I

NOÇÕES GERAES

§ 14 — *Conceito de personalidade*
Pessoas singulares e collectivas

OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, edição franceza pelo auctor, tomo IV, 1906 pag 260 DERNBURG, *Pandette* traducção cit tomo I, §§ 49 e 50 , MICHOUD *Theorie de la personalite morale* DR CLIMARAES PEDROSA, *Curso de sciencia da administração e direito administrativo Introducção e parte geral* pag 57 POSADA *La doctrine des personnes sociales* na *Revue de droit publique* tomo XIV 1900 CHIRONI e ABELLO *Trattato di diritto civile* tomo I pag 122 MESTRE *Les personnes morales et le probleme de leur responsabilite penale* CHIRONI, *Corpo morale societa di mutuo soccorso* na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, tomo X 1890, pag 539 HENRI CAPITANT, *Introduction a l'etude du droit civil* pagg 91 e 107 LOUIS JOSSERAND, *Essai sur la propriete collective* na obra *Le code civile livre du centenaire* tomo I. pag 307

53 *Noção de personalidade* Sujeito de direito ou *pessoa* e qualquer ente susceptivel de direitos e obrigações

Declara o codigo civil (art 1.º) que só o homem é susceptivel de direitos e obrigações, donde parece dever inferir se que o direito de personalidade é apanagio exclusivo da pessoa *natural* Basta attender porem, ao que se dispõe nos artigos 32.º

e seguintes, para se ver que tal illação é inadmissivel E assim que o direito de personalidade ou de individualidade juridica é attribuido ao Estado a igreja ao municipio a parochia, e a quaesquer fundações ou estabelecimentos de beneficencia piedade ou instrucção publica (art 37 °) A estas corporações e fundações chama o codigo civil *pessoas*

E verdade que já se pretendeu sustentar que essas pessoas, que o codigo civil denomina *moraes,* não constituem uma verdadeira individualidade juridica representando apenas uma determinada forma de propriedade Tal doutrina, porem, indefensavel em theoria representa em face da nossa legislação uma opinião completamente destituida de fundamento

Partindo se do principio que só o homem pensa e quer, e de que os interesses tutelados por lei só para elle existem, conclue-se que a attribuição da personalidade a qualquer ente, que não seja o homem, representaria uma mera ficção, que, como tal não pode deixar de ser eliminada dos dominios do direito

Ora se é verdade que a theoria da ficção, por que pretendeu explicar se a personalidade attribuida a entes collectivos é inadmissivel, pois levaria logicamente á inexistencia de pessoas collectivas, não o é menos que essa theoria foi formulada em virtude de factos da vida real, que só pelo conceito de personalidade podiam explicar se e que já existiam e haviam manifestado a sua influencia nos dominios do direito anteriormente a theoria da ficção que parece dever attribuir se a Innocencio IV (1), pessoas collectivas ao lado das pessoas singulares, e na evolução juridica tem se desenvolvido e accentuado o conceito da personalidade collectiva conceito que não representa uma ficção, mas corresponde, como o da personalidade singular,

(1) Veja se Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi* (Innocencio IV) *e in Federico Carlo di Savigny*, nos *Studi giuridici dedicati a Francesco Schupfer*

a uma verdadeira realidade, e que de modo algum pode ser substituido pelo da propriedade collectiva

Basta uma rapida analyse do conceito de personalidade, para se tornar evidente a verdade da affirmação que acabamos de fazer

A susceptibilidade ou capacidade de relações sociaes que sejam reguladas por normas juridicas, quer por essas relações se exerça um direito ou a faculdade de praticar ou não um facto, quer se constitua uma obrigação ou a necessidade moral de praticar ou deixar de praticar um facto (cod civ art 2 °) capacidade pela qual os homens se tornam *pessoas*, constituindo como diz Mayer unidades entre as quaes se formam as relações que o direito regula não representa um attributo natural do homem, mas um poder que deriva da ordem juridica Esta existe por causa dos homens e são so elles, sem duvida que reunem condições em virtude das quaes a lei não pode deixar de os considerar *pessoas* So no homem existe a vontade, e é esta faculdade que como já notámos, o direito necessariamente presuppõe, pois são as relações que em virtude della se formam que o direito procura garantir e tutelar ou dirigir para fins determinados

Não ha, porem a vontade em todos os homens, e nem por isso todos elles deixam de ser *pessoas* A vontade representa como tambem já dissemos uma condição absolutamente necessaria para que o homem possa como pessoa realizar actos previstos pela ordem juridica, mas não é o fundamento da personalidade E em virtude desta que o homem é susceptivel de direitos e obrigações, e tendo essa susceptibilidade de se exercer por meio duma vontade supprese a falta desta pelo instituto da representação E assim que, em relação aos menores e aos interdictos ha uma vontade organizada no poder paternal ou na tutela, pela qual se exercem os poderes que por lei lhes são attribuidos

Pela personalidade o homem fica sendo sujeito de direitos,

de determinados interesses ou duma quota parte dos bens da vida Mas não ha so interesses individuaes, ha interesses so ciaes, collectivos que são communs a certos grupos de pessoas e cuja realização e absolutamente necessaria para a vida do homem em sociedade Ora estes interesses não podem ser representados por pessoas singulares, em virtude não so da limitada existencia destas e da permanencia dos interesses collectivos, mas ainda pela opposição que pode haver entre estes interesses e os interesses individuaes quanto aos meios para a sua realização Para representar os interesses collectivos constitue a ordem juridica outra personalidade alem da natural mas que e da mesma natureza que esta

«A pessoa moral diz MAYER, e identica a pessoa natural Ella e como esta, um producto da ordem juridica, não e mais moral, nem mais juridica, nem mais ficticia, nem mais imaginaria A differença so existe no que se occulta atraz da personalidade acolá temos um individuo determinado, ao qual a pessoa serve para a totalidade dos seu interesses, aqui uma pluralidade indeterminada de individuos aos quaes a pessoa serve para um determinado conjuncto de interesses, que elles têem em commum»

As pessoas collectivas não sendo verdadeiramente entes corporeos, não constituem uma ficção A ficção consiste em attribuir qualquer cousa que não existe a uma determinada especie, ou em lha subtrair quando existe, contradizendo assim a realidade das cousas Ora a personalidade collectiva representa um conceito que corresponde á realidade das cousas

Assim o Estado e o municipio representam o conceito dum territorio em que ha uma população com interesses communs, com uma determinada ordem juridica com uma organização adequada para promover a realização dos interesses communs e para manter a ordem juridica A attribuição ao Estado e ao municipio do direito de personalidade, em virtude do qual elles

são capazes de direitos e obrigações, não representa portanto uma ficção

Desde que ha no Estado e no municipio interesses collectivos, cuja realização não pode deixar de ser garantida pelo direito, constitue se por virtude deste, uma vontade que promove esses interesses Esta vontade representa, em relação aos interesses collectivos, um poder da mesma natureza que o da personalidade singular em relação aos interesses individuaes

E assim como, quanto a estes e nos casos em que a pessoa natural falta a vontade a constituição duma vontade pela qual esses interesses são representados não pode de modo algum considerar se uma ficção, tambem a organização juridica, em virtude da qual os interesses collectivos ficam tendo uma vontade que os representa não pode ser havida como ficção, como uma mera creação da ordem juridica, contrariando a realidade das cousas

Presuppondo todo o interesse tutelado e garantido por lei um sujeito, e sendo pessoa todo o sujeito de direitos sempre que haja interesses collectivos que tenham, como taes, uma vontade que os representa, ha o que chamaremos uma *pessoa collectiva*

Preferimos esta expressão a de pessoas *juridicas moraes, sociaes, ficticias abstractas* e ainda a outras que têem sido usadas para designar os sujeitos de direito que não sejam pessoas naturaes

A palavra *juridicas,* que e a geralmente usada não nos dá o minimo elemento para distinguir as pessoas naturaes dos outros sujeitos de direito, pois que as pessoas naturaes tambem são sujeitos de direito em virtude da ordem juridica, a palavra *moraes,* que se toma no sentido de *transcendentes, fora do mundo corporeo,* e que teve uma origem mystica não nos indica uma caracteristica que seja commum a todos os sujeitos de interesses collectivos, pois que estes tanto podem

er corporeos como incorporeos a palavra *socíaes* não só é inadequada para significar a natureza da personalidade collectiva pois que as pessoas naturaes tambem representam nas relações juridicas unidades *sociaes* mas poderia auctorizar a supposição de que ha outras entidades, alem do homem, que constituem uma individualidade substancial, com fins proprios e com vontade real, theoria que foi realmente sustentada por alguns publicistas, e que é conhecida pelas designações de *theoria organica* e da *vontade real* mas que pode considerar-se em via de ser abandonada, a palavra *ficticias* significaria a não existencia das pessoas que por ella se pretendem caracterizar e a palavra *abstractas* quando signifique o conceito de personalidade objectivado na lei tanto se refere as pessoas naturaes como as collectivas

O nosso codigo civil serve-se da expressão *pessoas moraes* para designar as corporações ou fundações que representando uma individualidade juridica sejam fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjuntamente (art. 32.º). Não existindo essas pessoas collectivas, pois o direito de personalidade é attribuido pelo nosso direito positivo a algumas sociedades ou associações que têem por fim a utilidade privada, não podemos usar dessa expressão para designar dum modo geral os sujeitos de direito que a nossa legislação admitte alem do homem

Empregamos portanto para esse fim a expressão *pessoas collectivas,* que tambem é usada pelo codigo civil (art. 32.º) e que nos indica o fundamento dessa personalidade, fundamento que se encontra na existencia de patrimonios que não têem como sujeito uma determinada pessoa natural mas um grupo de pessoas naturaes mais ou menos indeterminadas. E como aos interesses collectivos se contrapõem os *singulares,* os que têem os homens não como associados, fazendo parte dum grupo, mas individualmente, e como a personalidade juridica resulta directamente da lei e não da natureza, designaremos as pessoas naturaes pela palavra *singulares.* Tambem o codigo civil assim as designa no artigo citado

59. *Condições em que deve ser reconhecido o direito de personalidade.* Considerando o direito de personalidade como uma resultante da ordem juridica, de modo algum attribuimos ao legislador o poder de crear arbitrariamente sujeitos de direito. Assim como a ordem juridica não representa uma creação do legislador, mas traduz o conceito que elle forma acerca do modo por que devem coordenar-se os interesses sociaes, tambem a personalidade juridica não representa propriamente uma creação do legislador, mas a declaração das entidades a quem, em harmonia com as condições reaes de existencia num determinado meio, esse direito deve ser attribuido.

Tempo houve em que nem todos os homens gosavam do direito de personalidade, não sendo attribuido esse direito aos escravos e havendo entre o escravo e o homem livre individuos com capacidade juridica limitada. Hoje a todos os homens, só pelo facto de serem homens, é reconhecida a susceptibilidade de direitos e obrigações.

É assim que, segundo o nosso codigo, ha direitos e obrigações que resultam da propria natureza do homem e que a lei civil reconhece e protege como fonte e origem de todos os outros (artt. 4.º n.º 1.º e 369.º).

São estes os direitos que o nosso codigo civil chama *originarios* que outros designam pela palavra *naturaes* e a que talvez mais propriamente se tem chamado *direitos de pessoa,* significando-se por estas palavras o complexo de poderes que, constituindo a personalidade, são garantidos por lei.

Representando os direitos subjectivos um poder tutelado pela lei, sendo por esta que o poder natural se torna juridico, vê-se que as palavras *originarios* e *naturaes* são improprias para designar qualquer categoria de direitos e que os chamados direitos originarios ou naturaes não são mais do que

o reconhecimento do direito de personalidade Esta em relacão aos seres dotados de razão, nos quae a vontade real existe na propria pessoa, e uma personalidade *natural* Para que essa personalidade se torne juridica, e necessario que a lei como tal a reconheca e proteja attribuindo lhe um complexo de direitos, que representam as garantias dessa personalidade

Ao contrario do que succede na personalidade collectiva os interesses que a personalidade singular representa são determinados na sua totalidade pela personalidade natural Reconhecida esta personalidade como unidade juridica, deve attribuir se lhe o poder de realizar todos os interesses que pela ordem juridica se consideram legitimos quer directamente, quer em relacão aos actos que não tenham caracter meramente pessoal, por intermedio de outra pessoa

E assim que pela attribuicao do direito de personalidade, o homem ficará com as condicoes necessarias para realizar por meio de factos juridicos quaesquer interesses que não sejam prohibidos pelo direito e, portanto com o direito de *existencia* ou de integridade physica e moral (artt 359 ° n ° 1 ° e 360 °), com o direito de *liberdade* ou de livre exercicio das suas faculdades physicas e intellectuaes, podendo manifestar o seu pensamento e praticar quaesquer factos dentro dos limites determinados pelas leis (artt 359 ° n ° 2 e 361 °–364 °), com o direito de *associacão* ou faculdade de pôr em commum os meios ou esforcos individuaes para qualquer fim que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade (artt 359 ° n ° 3 ° e 365 °), com o direito de *apropriacao* ou de adquirir por titulo legitimo, tudo o que for conducente á conservacão da sua existencia e a manutencão e melhoramento da propria condicão (artt 361 ° n 4 ° e 366 °), e com o direito de *defesa*, ou faculdade de obstar á violacão dos seus direitos subjectivos (artt 359 ° n ° 5 ° e 367 °)

Sendo por estes direitos que o homem constitue uma personalidade juridica e sendo esta de ordem publica, segue se

que os direitos de que acabamos de falar são inalienaveis, porque constituem garantias da propria personalidade, não podendo assim o homem no todo ou em parte renunciar a esses direitos o que equivaleria a renunciar ao seu direito de personalidade que so por lei pode ser limitado (art 368 °)

A determinação do direito de personalidade ou, por outras palavras dos sujeitos de direito não offerece duvidas portanto no que respeita as pessoas singulares Não succede o mesmo quanto as pessoas collectivas

As pessoas collectivas não apparecem constituidas naturalmente como as singulares A determinação dessa personalidade so pode fazer se pelo *patrimonio collectivo* ou pelos *interesses communs* e pela *organisação juridica* em virtude da qual se constitua uma vontade capaz de representar esses interesses

Devem ser sempre mais ou menos indeterminados os individuos a favor de quem existe o patrimonio collectivo, pois que a vontade, por que se representa esse patrimonio na ordem juridica não tem em relação a elle um direito individual e, se as pessoas que delle se aproveitam se acham determinadas, haverá uma propriedade collectiva ou apenas indivisa, sendo que em cada um dos patrimonios dessas pessoas entra uma quota parte dos interesses communs e são portanto ellas os sujeitos desse patrimonio E o que succede no matrimonio em que podendo haver um patrimonio commum dos conjuges, esse patrimonio não pertence a uma pessoa diversa da de cada um delles E o que se dá tambem, como veremos, em algumas formas de sociedades civis e commerciaes

A attribuicao do direito de personalidade a estas sociedades, quando o patrimonio social pertence a pessoas determinadas, constituiria uma verdadeira ficção, de que resultarão consequencias completamente inadmissiveis

E interessante que tendo o nosso legislador procedido com criterio pouco seguro neste melindroso assumpto tem se

argumentado com o facto de ser injustificavel a personalidade collectiva em determinadas hypotheses relativas a sociedades para affirmar que deve desapparecer dos dominios do direito o proprio conceito de personalidade collectiva. Não podemos desenvolver aqui este assumpto de forma a ver e nitidamente quanto é destituida de razão e até de realização impossivel semelhante pretenção.

Notaremos todavia que ha interesses collectivos permanentes, que, sendo *gosados ou fruidos por grupos de pessoas mais* ou menos complexos, não pertencem singularmente a cada uma dellas, constituindo o patrimonio não só das gerações presentes mas das futuras, não sendo assim esses interesses communs uma quota parte do patrimonio das pessoas que delles se aproveitam, e podendo haver até verdadeira opposição quanto aos meios da sua realização entre os interesses collectivos e os interesses individuaes dos membros do grupo a quem esses interesses são destinados. Ora, sendo assim, ou haviamos de admittir interesses tutelados pela lei, direitos subjectivos, sem um sujeito, o que é absurdo, ou, em harmonia com todas as legislações, sustentar a existencia de pessoas collectivas.

Acrescentaremos ainda que ao conceito de personalidade collectiva não corresponde necessariamente a existencia dum patrimonio, do mesmo modo que para a existencia do direito subjectivo não é necessario o interesse effectivo. Basta que haja, pela constituição duma vontade destinada a representar interesses communs, a possibilidade de estes se realizarem, para que haja o direito de personalidade. E assim que pelo nosso codigo administrativo de 4 de maio de 1890 (art. 420.º) os districtos são pessoas moraes e o maior numero delles não têem patrimonio. Visto que porém lhes é attribuido o direito de personalidade, os districtos podem receber heranças, legados ou doações, que tenham por fim a constituição dum patrimonio collectivo, que elles ficarão representando.

Sendo pelo interesse commum que existe a personalidade collectiva, e pelo seu fim, ou pelo conteudo desse interesse, que temos de determinar a sua capacidade juridica.

Das considerações que acabamos de fazer resulta que, para haver capacidade juridica ou direito de personalidade, é necessario que haja o reconhecimento duma vontade pela qual se representem interesses tutelados por lei, interesses que podem ser individuaes ou collectivos, não podendo portanto as cousas *ser susceptiveis do direito de personalidade* (1).

60. *Razão de ordem.* Sendo diversas as condições por que as pessoas collectivas e as singulares adquirem o direito de personalidade e o conteudo desse direito, dividiremos a materia relativa ao sujeito do direito em duas secções, determinando relativamente as pessoas singulares: 1) quando principia a capacidade juridica ou direito de personalidade, 2) as condições ou factos que influem sobre ella, e, feita a distincção entre capacidade e incapacidade de exercer direitos, 3) os meios de supprir as incapacidades, 4) quando termina, 5) como se provam os principaes factos relativos ao estado civil. Quanto ás pessoas collectivas estudaremos: 1) a sua classificação, 2) como se formam, 3) a sua capacidade, 4) como se extinguem.

(1) A theoria que acabamos de expor acerca do direito de personalidade é sufficiente para se ver o que ha de extravagante e de ridiculo em se attribuir o direito de personalidade aos animaes e aos titulos ao portador.

SECÇÃO II

DAS PESSOAS SINGULARES

§ 15 — *Quando se adquire o direito de personalidade*

ALBERTO DE MORAES CARVALHO *Observações sobre a 1ª parte do Projecto do codigo civil* pag. — ANTONIO LUIZ DE SEABRA *Apostillas* n. 2 pags. 30 CONSELHEIRO DIAS FERREIRA *loc. cit.* commentario ao artigo 6º § 1º n. 1º *Traité de droit romain* traducção de GIDEON e ABELLO *obr. cit.* tomo I, pag. 150 CALISSE *Storia del diritto italiano* tomo III pag. 7

61 *Origem da personalidade no homem.* O nosso codigo civil exige como condições para a adquisição do direito de personalidade o nascimento com vida e figura humana. E o que resulta da combinação dos artigos 6º n. 1º, 1º, 1479º e 1776º § unico.

No codigo civil allemão determina-se (art. 1º) que «a capacidade juridica do homem começa com o nascimento».

Esta disposição correspondente á que se encontra na primeira parte do artigo 6º do nosso codigo é sufficiente, figurado se nos injustificaveis as differenças de redacção que se notam nos artigos referidos, bem como a repetição do mesmo assumpto em tantas disposições.

Não tinha o legislador necessidade de declarar que para adquirir a capacidade juridica é necessario o nascimento com vida, porque a personalidade depende da existencia e o inicio da vida extra-uterina dá-se pelo nascimento. Portanto quem nasce morto juridicamente é como se não nascesse: *qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (D. 50, 16, 129).

O nascimento dá-se pela separação do feto do utero materno e a vida consiste na plena respiração extra-uterina, respiração que pode provar-se por meio de exame feito por peritos e tambem por prova testemunhal, quando tenha havido vagidos ou outras manifestações de vida (1).

A maioria dos codigos modernos exigem não só que o feto nasça com vida, mas ainda que seja viavel, isto é, que tenha o sufficiente desenvolvimento e a conveniente regularidade de conformação organica para as exigencias da vida extra-uterina.

Seguem este systema o codigo civil francez, artigo 725º, o austriaco, artigo 23º, o italiano, artigo 7-4º etc.

Quando se prove que o infante respirou, mas não tenha havido o tempo sufficiente de gestação para a vida extra-uterina, ou se veiu em condições pathologicas tão graves que o prolongamento da vida seja impossivel, não adquire, segundo estes codigos, a capacidade juridica.

Outros codigos, como o Projecto do codigo civil hespanhol, artigo 107º, e o codigo actual, artigo 30º, exigem que para os effeitos civis, o infante viva um certo numero de horas, como meio de verificar se teem as necessarias condições de existencia.

O nosso CORREA TELLES (2) tinha por abortivo, não adquirindo por isso capacidade juridica, o filho que não tivesse vida durante vinte e quatro horas depois de nascido.

COELHO DA ROCHA considerava como condição para a adquisição do direito de personalidade a *capacidade de viver*, reputando que não tinham esse direito:

1) O feto que nasceu morto ou monstruoso,

2) O abortivo, isto é, o que nasceu vivo, mas antes do

(1) Veja-se *O problema do nascimento com vida em face da Medicina e do Direito*, artigo do DR. FLORES VIANNA, no *Movimento Medico*, 1º anno, pag. 61.

(2) *Digesto portuguez*, II, artigo 8 3.

tempo sufficiente da gestação e que por esta causa não podia continuar a viver afastando se da doutrina de Correia Telles, porque no espaço de vinte e quatro horas «podiam sobrevir outras causas de morte alem do defeito de tres» (1)

A impossibilidade de verificar praticamente, na maior parte dos casos a viabilidade e o caracter empirico completamente desituido de fundamento scientifico, da fixação dum determinado tempo de vida como prova dessa viabilidade levaram o nosso legislador a cortar a questão exigindo como condição para a adquisição do direito de personalidade, o nascimento com vida e não a viabilidade No codigo civil allemão sanccionou se a mesma doutrina

O nosso codigo, porem seguindo o direito romano ainda admitte *monstros*, pelo reconhecimento da existencia de seres que, embora nascidos duma mulher, não tenham figura humana e não sejam portanto susceptiveis de direitos e obrigações O codigo hespanhol tambem nega aos monstros o direito de personalidade

Os outros codigos modernos rejeitam esta doutrina, que é considerada completamente erronea porque segundo as leis physiologicas, é impossivel que da mulher nasça um ser que não seja humano

Pelo nascimento é no proprio momento em que este se verifica, o homem fica endo pessoa E esta a doutrina enunciada no artigo 6 º (2)

(1) *Instituições* tomo I § o

(2) O sr conselheiro Dias Ferreira no commentario ao artigo 6 diz «Não providencia o codigo acerca da primogenitura nos partos duplos talvez pela difficuldade serão impossibilidade de prescrever regras geraes a este respeito, e a que tão, comquanto diminuisse de importancia com a extincção dos morgados e dos prazos de vidas ainda hoje pode surgir, não só nas doacoes por morte feitas ao primeiro nascido de certa e determinada pessoa como nos casos em que a preferencia se regula pela idade artigos 3ao º n 3 , 2068 n 2 e noutros alem de hypotheses identicas em

62 *Protecção que a lei dispensa aos nascituros* Adquirindo se a capacidade juridica pelo nascimento e não sendo portanto o feto durante a vida intra uterina considerado como pessoa a lei civil protege o, todavia na expectativa do seu nascimento e confere lhe nascendo com vida os direitos que elle haveria adquirido se ja tivesse nascido

A lei colloca o debaixo da sua protecção, tendo o como nascido unicamente para o effeito de haver quando nasça com vida, os interesses que lhe advierem durante a gestação mas não para os transmittir (artt 67 º 1485 º, 1776 º e 1844 º) Assim, se nasce morto nada pertencera aos que seriam seus herdeiros se houvesse nascido com vida

Igual doutrina achava se ja firmada no direito romano *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur quoties de commodis ipsius partus quaeritur quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* (D I, 5 7)

Esta doutrina foi reduzida pelos interpretes ao seguinte adagio adoptado em todos os codigos modernos *Nascitunus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*

Não ha, como nota Chironi na protecção que a lei dispensa aos nascituros uma ficção o feto embora occulto no utero materno *vive* e assim como nesta vida revela o processo de formação do organismo, que, segundo a ordem necessaria da natureza deve desenvolver se e completar se em prazos fixos a lei durante esse periodo, em que não ha ainda o homem mas em que elle se forma considera essa *esperança d'homem* como um ente ao qual é justo *conservar* os *interesses* que pelo seu nascimento e existencia como pessoa, serão reconhecidos como *direitos* (1)

direito administrativo Em face do exposto no artigo 6 não pode deixar de considerar se primogenito o que nasce primeiro A unica difficuldade que póde dar se é na prova deste facto

(1) A lei concede, em certos casos, capacidade aos descendentes de

§ 16 — *Estado e capacidade civil*

HENRI CAPITANT *obr cit* pag t CHIRONI E ABELLO, *obr cit* tomo I pag 181, FIORE *Il diritto civile* I te II vol I pag 7 o

63 *Noção de estado* Desde o nascimento até a morte tem o homem o direito de personalidade sendo susceptivel de adquirir direitos por immediata disposição da lei em virtude da realização de contingencias previstas pelo legislador e por factos voluntarios Essa susceptibilidade é regulada pela lei determinando a condição ou situação juridica das pessoas em suas relações sociaes e attribuindo a todos os individuos que estejam nas mesmas condições os mesmos direitos (1) Assim o individuo é qualificado como nacional e estrangeiro solteiro casado ou viuvo filho legitimo legitimado perfilhado ou espurio etc

Do conjuncto das qualidades juridicas attribuidas a cada um deriva um complexo de direitos que determinam a sua personalidade constituindo o que se chama *estado* das palavras *stare* e *status* logar ou situação do homem em face dos outros homens

«O estado diz CAPITANT é o conjuncto dos dados mais ou

certas e determinadas pessoas e bens ou ainda no caso de estarem concebidos (artt 1758 e 1810) A sua capacidade portanto é contrario do que se dá em relação aos ausentes só existem nas seguintes condições 1) que sejam instituidos herdeiros ou legatarios em testamento 2) que sejam descendentes em primeiro grau de pessoa viva e determinada, viva ao tempo da morte do testador

O codigo designa pela palavra *nascituros* tanto os já concebidos, como os que não o forem ainda empregando tambem (art 1810 °) as palavras *por nascer* para designar tanto uns como outros

menos fortes mais ou menos estreitos que ligam o homem a um certo numero dos seus semelhantes tendo a posição que occupa no meio social Em virtude do estado o individuo não se apresenta simplesmente como homem, mas como francês ou estrangeiro esposo pae filho Esta noção de estado, complemento da personalidade domina todas as relações que se podem formar entre os homens, relações tanto de direito publico como de direito privado e por esta razão diziam os nossos antigos auctores e repetiu-se depois que ha dois estados o publico e o privado mas este modo de dizer é incorrecto sendo o estado unico e indivisivel como a propria personalidade Conservou-se todavia o uso de dizer *estado civil* quando se considera sob o ponto de vista do direito privado»

O estado ou situação juridica da pessoa pode realmente ser considerado com respeito a certas relações juridicas, e dahi a possibilidade de haver tantos estados a sim especialmente determinados quantas forem essas situações mas tomando-se no seu sentido geral o estado representa o conteúdo e a extensão do direito de personalidade sendo uma resultante dos elementos que o direito objectivo requer para que uma pessoa seja susceptivel do pleno poder juridico

64 *Noção de capacidade* A palavra *capacidade* tem sido usada para designar a medida do poder juridico que deriva do estado Tomada neste sentido e relacionando-se a capacidade com o estado considerado dum modo geral e abstracto diz-se que uma pessoa é *capaz* quando tem o complexo de poderes que formam normalmente o conteúdo do direito de personalidade, quando falta algum desses poderes de modo que a pessoa não é susceptivel de determinadas relações juridicas diz-se que essa pessoa é *incapaz* Assim as mulheres a quem a lei não reconhece em regra, o poder de maridar (art 1810 °), as pessoas que, nos termos dos artigos 1862 °–1865 ° não

podem comprar, os menores de 14 annos (que não podem fazer testamento, art. 1,64.° n.° 2.°), são quanto aos actos juridicos referidos incapazes.

Significando a palavra *capacidade* a medida dos poderes juridicos attribuidos por lei a uma pessoa em harmonia com a sua situação, e relacionando-se esta com o estado considerado abstractamente, a incapacidade respeita tanto ao poder considerado em si como ao seu exercicio, representando a falta total ou parcial dos elementos que a lei requer para que haja o poder juridico pleno.

A palavra *capacidade* toma-se tambem no sentido de susceptibilidade do exercicio pessoal dos poderes que por lei são attribuidos a uma pessoa. Neste sentido, a *capacidade* refere-se a um estado ou situação juridica determinada, e é a medida do exercicio dos poderes que a esse estado são attribuidos.

Quando do estado derivam direitos e obrigações que a pessoa a quem são attribuidos não pode exercer pessoalmente, diz-se a *incapacidade*.

Assim a qualquer pessoa é attribuido por lei o direito de contractar, mas nem todas podem exercê-lo pessoalmente.

Individuos ha que em virtude do seu estado physico ou mental, não podem exercer os poderes que a lei lhes reconhece. Dahi o declará-los a lei incapazes para todos os actos da vida civil ou para os mais importantes dentre elles, commettendo a realização desses actos a pessoas que os representem (1).

No nosso codigo civil, em que as expressões *capacidade juridica* e *direito de personalidade* se tomam como synonimas (artt. 1.° e 2.°), as palavras *capacidade* e *incapacidade* são tomadas especialmente na seguinte accepção:

A incapacidade legal pode ser determinada por falta de condições naturaes para a pratica dos actos juridicos ou provir da propria organização juridica que, independentemente da possibilidade natural de querer, colloca certas pessoas, em virtude de considerações de interesse social, incapazes. Dahi resulta que, embora a capacidade represente sempre uma determinação da lei, a incapacidade se divide em *natural* ou *de facto* e *legal*.

Veremos, quando tractarmos da theoria dos actos juridicos, a importancia desta distincção, limitando-nos por agora a notar que a lei não exige a mesma capacidade para todos os factos juridicos e que a incapacidade legal, constituindo uma excepção, é de interpretação restricta. Salvos pois os casos em que, por falta ou adoança da possibilidade real ou presumida de querer, ou, por outras palavras, do discernimento sufficiente para a pratica dos actos da vida civil, seja estabelecida a incapacidade como regra, como succede em relação aos menores e aos interdictos por alienação mental, pelo que respeita ao exercicio de direitos as pessoas podem praticar todos os actos que lhes não sejam prohibidos por lei.

(1) Alguns jurisconsultos fazem distincção entre capacidade de *goso* e de *exercicio* de direitos. O goso consiste em a lei attribuir uma faculdade, o exercicio no seu uso effectivo.

A capacidade de exercicio suppõe a capacidade de goso, pois que, para exercer um direito, é necessario que o individuo se possa tornar titular delle. Pelo contrario a capacidade de goso pode existir sem que o individuo possa exercer pessoalmente direitos.

65 *Elementos constitutivos do estado e capacidade civil.* Os principaes elementos constitutivos do estado e da capacidade ou os factos que os determinam são: *a)* o facto de a pessoa fazer parte de uma sociedade politica ou Estado; *b)* o facto de ser membro da familia; *c)* as condições naturaes ou juridicas que se dão na propria pessoa, como o sexo, a idade, as doenças mentaes.

As mudanças ou substituições que se derem nestes elementos determinam uma consequente modificação no estado, sendo que ao mesmo individuo são immediatamente attribuidos por

lei, quando por exemplo se verifica a mudança de nacionalidade, a passagem de solteiro a casado, de menor a maior, direitos diversos dos que até então tinha

§ 17 — *Dos nacionaes e estrangeiros*

Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado* commentario aos artigos 18 -23 *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXIV pag 65 Manuel Maria da Silva Bruschy *Manual do direito civil portuguez* tomo I pags 30 dr Climaraes Pedrosa *Da naturalisação em Portugal* L P *Direito constitucional portuguez*, tomo I pags 150 Antonio de Moraes Carvalho, *Observações sobre a primeira parte do projecto do codigo civil portuguez* pagg 10 22 dr Vicente Ferrer Netto Paiva *Reflexões sobre os oito primeiros titulos do livro unico da parte I do projecto do codigo civil portuguez* pag 68 Antonio Luiz de Seabra *Apostillas ao censurado* o sr Alberto de Moraes Carvalho pag 3 Antonio Luiz de Seabra *Resposta as reflexões* do sr dr Vicente Ferrer Netto Paiva *passim* 24-27 *Actas das sessões da commissão revisora* pagg 60-1 509 e 510, Fiore *Il diritto civile* parte II tomo I pags 20-23, Chironi e Abello *Trattato* tomo I pag. 101

66 *Importancia da qualidade de cidadão em direito civil* Entre os elementos constitutivos do estado civil *falaremos em* primeiro logar da distincção entre nacional e estrangeiro que é tambem o que o legislador considerou em primeiro logar, sendo os titulos II e III da parte I o assento dessa materia no codigo civil

Consiste o estado de cidadão no facto de ser membro duma sociedade *politicamente organisada* gosando nas condições fixadas na lei, dos direitos que como tal lhe são attribuidos Os direitos que estão inherentes a qualidade de cidadão são fundamentalmente constituidos pelo poder que elle tem de reclamar a protecção e defesa do Estado para o livre desenvolvimento da sua activi lade *social*, quer se encontre em territorio do Estado quer em pais estrangeiro e de participar da vida do Estado exercendo funcções publicas Esses direitos podem chamar se *publicos*

Que importancia tem a qualidade de cidadão sob o ponto de vista dos direitos civis

O codigo civil declara no artigo 17.º que só os cidadãos portuguêses podem gosar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura

No artigo 26.º affirma se porem, o principio de que os estrangeiros que viajam ou residem em Portugal têem os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguêses em quanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos no reino excepto nos casos em que a lei determine o contrario, ou se houver tractado ou convenção que determine de outra fórma os seus direitos (1) Ora, percorrendo se o codigo verifica se que os estrangeiros só não gosam do direito civil de serem testemunhas instrumentarias em actos entre vivos e em testamentos (artt 1966.º n.º 1 e 2492.º) (2

Baseando-se neste facto e em que a qualidade de cidadão respeita directamente ao Estado, dizem alguns jurisconsultos

(1) O codigo commercial tambem de facto (art 7.º) em harmonia com o principio formulado nos artigos 25 e 207 do codigo civil que os estrangeiros, que gosam civilmente cabaes de se obrigar podem praticar actos de commercio em qualquer parte do reino e seus dominios

(2) Como derogações ao principio da igualdade quanto ao gozo de direitos civis entre nacionaes e estrangeiros notaremos tambem o que se acha disposto no artigo 158 do codigo civil e no artigo 70 § unico da lei de 21 de maio de 1896, sobre propriedade industrial e commercial O artigo 578 do codigo civil só equipara os escriptores estrangeiros aos nacionaes quando no pais daquelles estes lhes gosam tambem equiparados O § citado da lei de 1896 torna tambem dependente dessa reciprocidade, em relação aos estrangeiros que não residem em Portugal, o registo das marcas industriaes e commerciaes.

ser no codigo politico e não no civil o assento proprio desta materia, havendo ainda a notar que entre nós ella tem caracter constitucional.

Não contestando esta affirmação, cumpre-nos todavia notar que a distincção entre nacional e estrangeiro tem hoje e sempre teve grande importancia nos dominios da legislação civil.

No direito civil moderno não é necessaria a qualidade de nacional para que o individuo seja susceptivel de direitos e obrigações

Essa susceptibilidade é considerada como uma emanação directa da personalidade humana, cuja cooperação social não deve ser limitada, no interesse dos proprios Estados, pelo territorio da nacionalidade a que os homens pertençam Certo é, porém, que essa susceptibilidade é diversa conforme a nacionalidade, mesmo nos Estados que, como o nosso, seguem o systema da igualdade de direitos civis entre nacionaes e estrangeiros.

Sendo o estado e a capacidade do individuo regidos pela lei da nacionalidade, e sendo diversos os regimens juridicos respeitantes a esse assumpto nos differentes paises, e necessario attender, e até em primeiro logar, á nacionalidade, para se determinar qual seja o estado e capacidade civil das pessoas.

67. *Factos de que, em geral, resulta a qualidade de cidadão* A dois factos attendem, fundamentalmente, as legislações modernas no que respeita a determinação da qualidade de cidadão·

a) O nascimento nas suas relações com o sangue; (jus sanguinis)

b) O nascimento nas suas relações com o solo (jus soli)

O systema que concede a nacionalidade pelos laços de sangue basêa-se nas relacões de filiação, considerando cidadãos originarios os filhos de paes nacionaes, ou de pae nacional e mãe estrangeira, ou so de mãe nacional, sendo filhos illegitimos.

O systema que toma por base o nascimento nas suas relações com o solo, ou segue o principio — quem nasce no pais é cidadão (systema do logar do nascimento), ou, ligando menos importancia ao caso fortuito do logar do nascimento, exige que os paes tenham tido o seu domicilio no país durante um prazo mais ou menos longo (systema do domicilio).

Além destes admittem-se ainda, como factos de que resulta a adquisição da qualidade de nacional

c) O casamento;

d) A naturalização

A importancia que se liga aos dois primeiros factos não é a mesma nos diversos países, considerando uns fundamental o logar do nascimento, outros o vinculo de sangue, notando-se todavia uma accentuada tendencia para considerar cidadãos originarios, ou em virtude do nascimento, os filhos de paes nacionaes que nasçam no estrangeiro

68. *Factos de que, segundo o nosso codigo civil, resulta a qualidade de cidadão originario* O nosso legislador considerou fundamental o primeiro, reconhecendo a qualidade de cidadãos originarios a todos os individuos que nasçam no país, exceptuando os filhôs de estrangeiros que ca residam por serviço da sua nação (art 18 º n.os 1.º, 2 º e 4 º). A mesma doutrina era sanccionada na carta constitucional, artigo 7.º § 1 º, sendo talvez esse o principal motivo por que se não deu no codigo civil mais importancia aos laços de sangue que ao logar do nascimento para a determinação da nacionalidade

Não deixou todavia o nosso legislador de tomar em consideração os vinculos de sangue, reconhecendo aos filhos de paes estrangeiros, que nasçam em Portugal, o direito de escolherem ou preferirem a nacionalidade delles, declarando perante a camara do concelho onde tiverem residido que não querem ser cidadãos portuguêses Essa declaração póde ser feita por elles, logo que, segundo a legislação portuguêsa, sejam maiores ou

emancipados, ou pelos seus respectivos paes ou tutores, durante a menoridade (art 18.º n.º 2.º e § 1.º) Neste ultimo caso podem os filhos, logo que sejam maiores ou emancipados segundo a lei do seu pais, declarar que querem ser portuguêses (art. 18.º § 2.º) (1)

Os filhos de paes portuguêses, ou os illegitimos de mãe portuguêsa, podem adquirir a nacionalidade portuguêsa vindo estabelecer domicilio no reino, ou declarando por si, sendo

(1) Como o principio hoje dominante é o que attende ao vinculo de sangue, dahi resulta que os filhos de paes estrangeiros que nasçam em Portugal, ficam, quando não optem pela nacionalidade de seus paes, com duas patrias As normas que em direito internacional se observam para determinar as leis reguladoras do seu estado e da sua capacidade civil já em outro logar as exposémos (§ 11, n.º 44)

A simples declaração feita pelos filhos de paes estrangeiros perante os agentes consulares do seu pais de que pretendem seguir a nacionalidade de seus paes, quer seja feita pelos representantes dos menores, quer por estes, logo que sejam maiores ou emancipados, não é, em nosso intender, sufficiente para que percam a qualidade de cidadãos portuguêses originarios, ate no caso em que hajam sido, pelo facto de, em virtude de errada interpretação da lei, se considerarem estrangeiros, naturalizados portuguêses O decreto da naturalização não pode modificar o estado de cidadão originario transformando-o em naturalizado, devendo considerar-se nullo, e, segundo o nosso codigo, o meio de os filhos de paes estrangeiros optarem pela sua nacionalidade é a declaração perante a camara do concelho da sua residencia Nem a simples declaração feita perante os agentes consulares estrangeiros pode haver-se como sufficiente para que se dê a perda da qualidade de cidadão portuguêz, pois que esse facto não pode considerar-se como a naturalização em pais estrangeiro de que tracta o artigo 22.º n.º 1.º, visto que, independentemente dessa declaração, os filhos de paes estrangeiros, cujo pais attenda aos vinculos de sangue na determinação da nacionalidade, ficam sendo cidadãos originarios do Estado a que seus paes pertencem

Sendo esta a nossa opinião, julgamos todavia que a doutrina do codigo, combinada com o disposto no artigo 18.º n.º 3.º, é indefensavel Deverá, pois, modificar-se essa doutrina, quando se não estabeleça, como mais justo será, que a qualidade de portuguêz depende dos vinculos de sangue.

maiores ou emancipados segundo a legislação do seu país, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguêses (art. 18.º n.º 3.º) (1).

Esta declaração deve ser feita perante a competente auctoridade estrangeira, ou perante os respectivos agentes consulares portuguêses (art. 18.º n.º 3.º e § 1.º), e não necessitam de a fazer nem de vir estabelecer domicilio no reino, para que sejam considerados portuguêses, os filhos de paes portuguêses que residam no estrangeiro por serviço da nação (2)

A nacionalidade dos paes é a que estes têem ao tempo do nascimento do filho ou no momento da morte, se esta se der antes do nascimento (artt. 6.º, 101.º, 102.º e 110.º)

Os filhos illegitimos de mãe portuguêsa, que nasçam em Portugal, se vierem a ser perfilhados ou legitimados pelo pae e este fôr estrangeiro, podem optar pela nacionalidade do pae, e o mesmo se dá com o filho illegitimo de mãe estrangeira que nasça em territorio estrangeiro e venha a ser reconhecido pelo pae e este seja portuguêz. Esse filho tambem póde optar pela nacionalidade portuguêsa, tacitamente, vindo estabelecer domicilio no reino, ou, expressamente, fazendo as competentes declarações.

(1) Em accordão da Relação de Lisboa de 24 de maio de 1876 (na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXI, pag 75) julgou-se que era necessaria a declaração a que se refere o n.º 3.º do artigo 18.º, não bastando o facto de se fixar domicilio no reino Ora em face da redacção do artigo parece-nos inaceitavel esta doutrina, devendo notar-se ainda que, segundo o artigo 7.º § 2.º da carta constitucional, bastava que os filhos de pae portuguêz e os illegitimos de mãe portuguêsa, nascidos em país estrangeiro, viessem estabelecer domicilio do reino, para serem considerados portuguêses

(2) Os filhos de paes portuguêses que residam no estrangeiro ao serviço da nação são portuguêses É o que dispõe expressamente a carta constitucional, artigo 7.º § 3.º, o regulamento dos serviços do recenseamento militar de 24 de dezembro de 1901, artigo 36.º § 4.º n.º 5.º, e o que por analogia se infere do artigo 18.º n.º 2.º

Os filhos de paes incognitos ou de nacionalidade desconhecida ficam com os mesmos direitos, quando sejam perfilhados pelos paes

Pelo reconhecimento dos paes, os filhos ficam sendo taes desde o nascimento, pois pelo reconhecimento não se attribue mas apenas se declara a filiação. Ora não fixando a lei prazo dentro do qual se póde optar pela nacionalidade estrangeira ou pela portuguêsa, e dando, como se vê dos n.os 2.º e 3.º do artigo 18.º, preferencia á nacionalidade do pae na determinação da nacionalidade por opção, deve assim intender-se que so podem optar pela nacionalidade da mãe os filhos illegitimos que não hajam sido perfilhados pelo pae, na hypothese do n.º 3.º do artigo 18.º, e que so não podem optar pela nacionalidade estrangeira os filhos illegitimos de mãe portuguêsa (art. 18.º n.º 1.º) que não hajam sido perfilhados pelo pae.

A opção pela nacionalidade estrangeira ou portuguêsa só póde ser feita, porém, pelos paes, quando exerçam o poder paternal pois que, se o não exercerem, não representam o filho menor (1).

Os individuos que assim adquirem a nacionalidade portuguêsa, isto é, por opção, são considerados cidadãos originarios e não naturalizados.

Do que deixamos dicto vê-se que a qualidade de cidadão português originario, o qual póde exercer todos os direitos politicos, deriva de dois factos

1) Nascimento em territorio português;

2) A opção ou preferencia reconhecida aos filhos de pae português ou illegitimos de mãe portuguêsa que nasçam no estrangeiro.

(1) Veja-se o accordão da relação do Porto de 29 de abril de 1895, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXVIII, pag 16.

69 *Nacionalidade adquirida pelo matrimonio e pela naturalização.* Adquire-se a nacionalidade portuguêsa

1) Pelo *matrimonio,* sendo considerada portuguêsa, para que na familia haja a necessaria unidade, a mulher estrangeira que case com cidadão português (art 18.º n.º 6.º),

2) Pela *naturalização* (art 18.º n.º 5.º).

A naturalização, tomada em sentido generico, é a passagem de estrangeiro a nacional ou de nacional a estrangeiro Neste sentido comprehende não só a adquisição da nacionalidade em virtude dum acto do governo, mas tambem por preferencia (art. 18.º n.º 3.º) e pelo matrimonio (art 18.º n.º 6.º)

Tomada no sentido proprio, é o acto de graça pelo qual o poder executivo confere a um estrangeiro a qualidade de cidadão. É neste sentido que a palavra *naturalização* é empregada no artigo 18.º n.º 5.º do codigo.

A naturalização entre nós é concedida pelo governo (carta constitucional, art 75.º § 10.º), representando um mero favor, como indicam as palavras do referido artigo 19.º *podem ser naturalizados*

As condições necessarias para a naturalização respeitam ao proprio naturalizando e as formalidades que têem de seguir-se para que a carta de naturalização produza effeitos, e acham-se consignadas nos artigos 19.º-21.º do codigo civil e no decreto de 22 de outubro de 1836, que ainda vigora na parte em que não foi revogado pelo codigo

Para que um estrangeiro possa impetrar a carta de naturalização, são necessarias as seguintes condições:

1) Ser maior ou havido por maior em conformidade da lei do seu país e da portuguêsa (art 19.º) Esta disposição contraria o principio consignado no artigo 27.º, e, sendo especial, deve applicar-se unicamente aos casos nella especificados,

2) Ter capacidade para grangear salario pelo seu trabalho, ou recursos para subsistir (art 19.º n.º 1.º);

3) Ter residido um anno, pelo menos, em territorio portuguêz (art. 19.° n.° 2.°)

Podem comtudo ser naturalizados, sem dependencia da clausula do n.° 2 ° do artigo 19 °, os estrangeiros descendentes de sangue portuguêz por linha masculina ou feminina, que vierem domiciliar-se no reino (art 19 ° § unico), e pode ser dispensado todo ou parte do tempo de residencia ao estrangeiro casado com mulher portuguêsa, e áquelle que tenha feito, ou seja chamado para fazer á nação, algum serviço relevante (art. 20.°).

As cartas de naturalização só produzirão os seus effeitos, desde que forem registadas no archivo da camara municipal do concelho onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio (art. 21.° e decr. de 22 de outubro de 1836, art 5 °) (1).

70. *Perda e readquisição da qualidade de cidadão portuguêz.* Tracta desta materia o artigo 22 ° do codigo, pelo qual se vê que se perde a qualidade de cidadão portuguêz

a) Pela naturalização em pais estrangeiro (art. 22.° n.° 1 °).

Todas as legislações consagram hoje o principio da liberdade individual, permittindo a qualquer individuo, logo que satisfaça a certas condições, a mudança de nacionalidade por um acto dependente da sua vontade — a naturalização. Como um individuo não póde ter mais que uma patria. logo que se dê a naturalização, perde a nacionalidade anterior Póde, porém, o cidadão portuguêz, que se naturalizar em país estrangeiro,

(1) Os portuguêses naturalizados têem os mesmos direitos civis que os originarios Quanto aos direitos politicos, não podem ser deputados, pares do reino, ministros e conselheiros de Estado (carta constitucional artt 68 ° § 2 °, 106 ° e 108 ° e lei de 3 de abril de 1896, art 2 °) Os portuguêses naturalizados não podem tambem ser nomeados agentes do ministerio publico (regul de 24 de outubro de 1901, art 12 ° § 1 °).

recuperar a primitiva nacionalidade, regressando ao reino com animo de domiciliar-se nelle e declarando-o assim perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio (art. 22.° n.° 1.°)

b) Pela acceitação de funcções publicas, graça, pensão ou condecoração dum governo estrangeiro (art 22.° n.° 2.°).

Alguns codigos estrangeiros (italiano, art 11.° n.° 3.°, e hespanhol, art. 20 °) declaram que perdem os direitos de cidadão os que acceitarem, sem permissão do governo, emprego dum governo estrangeiro, ou entrarem no serviço militar de qualquer potencia estrangeira.

Esta doutrina parece-nos mais razoavel que a sanccionada no nosso codigo

O motivo que determina a perda da nacionalidade, nos casos que estamos expondo, é a incompatibilidade entre os deveres que derivam da situação em que um nacional se colloca relativamente a um país ou governo estrangeiro e os deveres geraes de cidadão.

Ora essa incompatibilidade dá-se, quando o cidadão fica na dependencia immediata de qualquer governo estrangeiro na ordem politica, administrativa, judicial ou militar, não podendo dizer-se, no estado actual das relações internacionaes, que ella se verifique só pelo facto de um cidadão acceitar uma graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro.

E tanto assim é, que, tornando-se necessario verificar judicialmente esse facto, difficilmente se applicará o n.° 2.° do artigo 22.° a quem acceite uma pensão ou condecoração dum governo estrangeiro sem licença do governo

A perda da qualidade de cidadão portuguêz só é commnada contra quem acceitar funcções publicas ou fôr agraciado por qualquer governo estrangeiro, não incorrendo portanto nella o que acceitar um emprego ou graça de qualquer outra entidade que não seja o governo, bem como um em-

prego de caracter privado que tenha sido concedido pelo governo (1)

A perda da nacionalidade verifica se pelo facto da acceitação do emprego ou da graça; e o legislador, reputando estes factos mais graves que a naturalização em país estrangeiro, só permitte a readquisição da nacionalidade pela rehabilitação, deixando-a por isso dependente de graça especial do governo (2).

c) Pela expulsão do reino por sentença (art. 22 ° n.° 3 °)

O que foi expulso readquire a qualidade de cidadão português, logo que expirem os effeitos da pena pelo perdão ou pelo cumprimento della, isto é, quando o condemnado a houver expiado pelo tempo marcado na sentença condemnatoria e pelo modo expresso na lei (3)

(1) Veja-se na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol XVII, pag 489, uma bem elaborada sentença, em que se julgou que não havia perdido a qualidade de cidadão português um individuo que acceitou o cargo de agente consular estrangeiro por nomeação do respectivo consul geral

(2) O codigo penal dispõe no artigo 155 ° «Todo o português que se naturalizar em país estrangeiro, ou que acceitar condecoração ou emprego duma potencia estrangeira, sem auctorização do governo, será condemnado na pena fixa de suspensão de direitos politicos por vinte annos»

Esta disposição, incompativel com a do n ° 2 ° do artigo 22 ° do codigo civil, pois não pode dar-se a suspensão dos direitos politicos em quem, tendo perdido a qualidade de cidadão português, não póde exercer taes direitos, foi illegalmente inserta no codigo penal de 1886, pois que a disposição correspondente do codigo penal de 1852 havia sido revogada pelo codigo civil, e o governo só foi auctorizado a fazer uma nova publicação do codigo penal, em que inserisse as disposições da lei de 14 de junho de 1884, que não fez reviver o artigo 155 ° do codigo penal de 1852 (lei de 14 de junho de 1884, art 5 °)

(3) O português expulso por sentença, perdendo a nossa nacionalidade, não se torna cidadão de nenhum país estrangeiro É isto sufficiente para mostrar que não póde justificar-se a disposição do artigo 22 ° n ° 3 °

Acresce ainda a circumstancia de que o condemnado perde a nacionalidade, emquanto esta cumprindo uma pena que lhe é imposta pelo Estado a que pertencia

O codigo penal admitte a pena de expulsão do reino sem limitação de tempo e por tempo determinado no artigo 57 °, e no artigo 74 ° diz que a condemnação do criminoso tem unicamente os effeitos declarados nos artigos seguintes, não se mencionando entre esses effeitos a perda da qualidade de cidadão português

Dahi o poder affirmar-se que o n ° 2 ° do artigo 22 ° está revogado pelo codigo penal A *Revista de legislação e de jurisprudencia* sustenta a negativa, por ser especial a disposição do n ° 3 ° do artigo 22 ° Veja-se o vol XXXIV, pag 18, nota 2

d) Pelo casamento

Em harmonia com o disposto no n ° 4.° do artigo 22 ° perde a qualidade de cidadão português a mulher portuguêsa que case com um estrangeiro.

A perda da nacionalidade fica subordinada, porém, á condição de que ella adquira pelo casamento a nacionalidade do marido, disposição esta que muito justa é, porque a mulher não devia neste caso ser abandonada pela sua patria.

Se, portanto, a lei pessoal do marido não conferir á mulher os direitos de cidadão do seu país, esta conserva a sua antiga nacionalidade

A readquisição da nacionalidade dá-se, neste caso, depois de dissolvido o matrimonio, se a mulher regressar ao reino com animo de domiciliar-se nelle, declarando essa intenção perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio

71 *Effeitos da naturalização em país estrangeiro quanto á mulher do naturalizado e aos filhos menores* Sobre os effeitos da naturalização do marido relativamente a mulher e dos paes relativamente aos filhos menores, determina o codigo no § 1.° do artigo 22.° que a mulher portuguêsa, cujo marido, tambem

português, se naturalize em país estrangeiro, não perde por esse facto a qualidade de cidadão português, salvo se declarar que quer seguir a nacionalidade do marido, e preceitua no § 2.º do mesmo artigo que os filhos menores, nascidos antes da naturalização do pae em país estrangeiro, ainda mesmo que a mãe seja de origem estrangeira, não perdem por esse facto a qualidade de cidadãos portuguêses, salvo se depois da maioridade ou emancipação declararem que querem seguir a nacionalidade do pae

A mesma doutrina foi seguida no que respeita á naturalização dum estrangeiro em Portugal, não tendo essa naturalização effeitos nem relativamente á mulher nem relativamente aos filhos menores É assim que o legislador, attribuindo á mulher estrangeira que case com um português a qualidade de nacional, não a attribue á mulher dum estrangeiro casado ao tempo da naturalização, nem aos filhos

A escolha duma nacionalidade diversa da originaria foi assim considerada pelo nosso legislador como um acto de caracter pessoal Necessario era todavia que o legislador tivesse, pelo menos, em consideração que, segundo algumas legislações, a mulher e filhos menores dum nacional que se naturalize em país estrangeiro perdem a qualidade de nacionaes (1)

Relativamente aos filhos maiores, nenhuma influencia póde ter a naturalização do pae, visto que a lei lhes reconhece capacidade para regerem a sua pessoa

A readquisição da qualidade de cidadão português não

(1) A doutrina seguida pelo nosso legislador relativamente aos effeitos da naturalização quanto á mulher e aos filhos é, attenta a natureza da sociedade familiar, que deve ter uma unica lei reguladora das relações entre os seus membros, muito contestavel Veja-se o DR GUIMARÃES PEDROSA, *Da naturalização em Portugal*, pag 78, e RICCI, *Il principio dell'unita di famiglia nell'acquisto e nella perdita della cittadinanza*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XII, pag 26

produz effeitos, emquanto não forem integralmente cumpridas as formalidades exigidas pela lei para a obter (art. 23.º).

§ 18 — *Da familia e do parentesco*

HENRI CAPITANT, *obr cit*, pag 80, FIORE, *Il diritto civile*, parte II, vol I, pag 237; CHIRONI e ABELLO, *obr cit*, tomo I, pag 22, SAVIGNY, *obr. cit*, § 54º, LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. II, pagg 328 e 459, CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, pag 77

72. *Noções geraes.* A palavra *familia* toma-se em diversas accepções. No sentido proprio, restricto, correspondendo ao fim natural e social do agregado que se designa sob esse nome, significa as relações que se dão entre paes e filhos, e designadamente filhos menores, tomada em sentido mais amplo, comprehende os parentes por consanguinidade e affinidade dentro de certos graus, determinando entre elles incapacidades, direitos e obrigações mutuas

O agregado familiar que, na sua evolução historica, teve caracter politico, perdeu-o completamente no direito moderno, sendo hoje fundamento social do grupo familiar o matrimonio e os vinculos de sangue, e representando a auctoridade, de que é investido o chefe de familia em relação a mulher e aos filhos menores, um meio indispensavel para que na familia se mantenha a necessaria unidade entre os seus membros, tornando-se assim o lar domestico, onde deve haver convivencia respeitosa no meio dos mais puros affectos, um instituto de assistencia mutua e de verdadeira educação civica

As relações de familia são de ordem pessoal e patrimonial, sendo em relação a estas que se dá principalmente uma manifesta influencia do direito, e dominando, quanto ás primeiras, a moral.

A familia divide-se, quanto a sua origem, em legitima e illegitima.

73 *Da familia legitima.* A familia legitima constitue-se pelo matrimonio *Matrimonio* é o contracto perpetuo entre duas pessoas de sexo differente com o fim de constituirem legitimamente a familia (art. 1056 °), e póde ser *catholico* ou *civil,* segundo é feito perante o sacerdote, pela fórma estabelecida pela lei da igreja, ou perante o official do registo civil, pela fórma estabelecida na lei civil (art. 1057 °).

Sendo a familia um agregado natural e moral, cuja constituição interessa directamente ao Estado, compete a este determinar as normas por que o matrimonio deve ser regulado. O elemento religioso que, segundo a doutrina catholica, se dá no matrimonio, fez com que este ficasse sujeito ao poder ecclesiastico e ás leis da igreja, mas a intervenção desta na familia tem sido successivamente reduzida, e, sendo certo que devem respeitar-se as crenças religiosas das pessoas que contrahem o matrimonio, não póde contestar-se que o elemento religioso deve representar na constituição da familia uma funcção secundaria e accessoria, cumprindo ao Estado estabelecr o regimen desse agregado em harmonia com as necessidades sociaes.

As relações entre os conjuges são constantes e permanentes, tendo por objecto a communidade de vida na mais perfeita e completa união de affectos e de sentimentos. Insufficientes, quando isolados, para a consecução dos fins da sua existencia, os conjuges completam-se. Modestino já havia definido o matrimonio — *conjunctio maris et fœminae, et consortium omnis vitae*

As relações pessoaes que se dão entre os conjuges são de ordem moral principalmente, mas o direito intervém para, até onde disso se reconhece a possibilidade, as tornar effectivas Assim, aos conjuges impõe-se a obrigação de guardarem mutuamente fidelidade conjugal, de viverem juntos e de soccorrer-se e ajudar-se reciprocamente (art. 1184 °), sendo a mulher obrigada a acompanhar o marido, excepto para país estrangeiro (art. 1186 °), e, se é certo que em relação a algumas dessas obrigações o direito não pode impor directamente o seu cumprimento, estabelecem-se nelle disposições pelas quaes se podem modificar as relações entre os conjuges.

Para manter a unidade na sociedade conjugal attribue-se ao marido o poder de chefe, determinando-se que a elle incumbe a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher e a esta a de prestar obediencia ao marido (art 1185 °).

A palavra *obediencia,* de que o legislador, com tanta infelicidade, se serviu, leva-nos a notar que a auctoridade do marido não tem por base no direito moderno o conceito de dominio ou de dependencia absoluta que inspirou a legislação romana, admittindo-se como principio fundamental da constituição da familia, principio que deriva tanto da propria natureza desta como da comprehensão do direito de personalidade, a igualdade, sendo apenas attribuidos ao marido, como chefe, os poderes necessarios para manter a unidade na familia e assegurar por esse meio a consecução dos fins que ella se propõe.

A determinação dos poderes que na sociedade conjugal devem pertencer ao marido e dos direitos que devem ser attribuidos á mulher constitue um dos problemas mais delicados do direito civil No logar proprio veremos como o nosso legislador o resolveu, limitando-nos aqui a notar que o matrimonio é um dos actos que mais larga influencia exercem na capacidade civil É assim que o marido não pode praticar os actos mais importantes relativos ao patrimonio da familia sem outorga da mulher ou supprimento dessa outorga, e que esta necessita, em regra, para se obrigar, da auctorização do marido.

Do matrimonio deriva a filiação legitima, sendo havidos

como filhos *legitimos* os que forem concebidos ou nascerem
2 | na constancia do matrimonio (artt 101.º e 105.º).

Os poderes que têem os paes sobre os filhos menores
7 | constituem o que se denomina *poder paternal* (art. 136.º), o qual representa hoje um encargo e não um beneficio, attribuindo a lei aos paes a obrigação de alimentar, dirigir, educar e collocar convenientemente os filhos menores, e reconhecendo-lhes sobre estes os poderes necessarios para o exercicio dessas funcções.

O patrio poder, sendo especialmente attribuido, como chefe da familia, ao pae, é exercido tambem pela mãe, tão interes-
8 | sada como elle pelo futuro dos filhos (art 137.º)

74 *Da familia illegitima.* Fóra do matrimonio reconhece a lei, em certas condições, os vinculos naturaes da paternidade e da maternidade, convertendo em obrigações os deveres que da procreação derivam (1). Entre o homem e a mulher, de cujas relações illicitas provierem os filhos, nenhumas relações ha, que a lei civil reconheça.

Entre os filhos nascidos ou concebidos fóra do matrimonio distingue o codigo os *legitimados, perfilhados* e *espurios* (artt. 119.º, 122.º e 134.º)

Legitimados são os filhos de pessoas que, não estando casadas ao tempo do nascimento delles, contrahem posteriormente matrimonio entre si e reconhecem ou já haviam reconhecido os filhos havidos antes (art. 119.º). Esses filhos ficam, desde a data do matrimonio, completamente equiparados aos legitimos, isto é, aos que forem concebidos ou nascerem na constancia do matrimonio (art 121.º).

(1) O nosso legislador não admittiu a constituição da familia civil pela adopção Ainda existe, porém, a adopção nas nossas provincias ultramarinas Veja-se sobre o nosso antigo direito LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil,* vol I, pagg 292 e 331.º

Perfilhados são os filhos havidos de pessoas que, não estando ligadas pelo matrimonio, os reconheceram no assento de nascimento ou de baptismo ou em qualquer outro documento authentico, ou foram declarados taes por sentença judicial (artt 123.º e 130.º e segg.).

Espurios são os filhos havidos de pessoas que, em virtude do matrimonio ou dos vinculos de sangue, não podiam, ao tempo da concepção, contrahir entre si matrimonio, isto é, os *adulterinos* e os *incestuosos.*

Filhos *adulterinos* são os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu consorte (art 122.º § 1.º).

Filhos *incestuosos* são os havidos de parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grau da linha recta, e de parentes por consanguinidade no segundo grau da linha transversal (art 122.º § 2.º)

Os filhos espurios não podem ser perfilhados e, quando o facto da paternidade ou da maternidade se ache provado em processo civil ou criminal, ou no caso de coincidir o estupro violento ou o rapto com a epocha da concepção, só podem pedir a seus paes os necessarios alimentos (artt 134.º–136.º)

Na nossa antiga legislação chamavam-se *naturaes* os filhos não perfilhados, mas havidos de pessoas que entre si podiam contrahir matrimonio ao tempo da concepção, e que portanto podiam ser perfilhados O codigo não se refere a essa categoria de filhos, falando só de filhos *naturaes,* no sentido de illegitimos perfilhados, no n.º 4.º do artigo 1192.º, attendendo 4.º
talvez a que, não estando reconhecido relativamente a elles o vinculo da paternidade ou da maternidade, nenhuns direitos têem relativamente aos paes, e, quanto á protecção que a sociedade lhes deve, entram na categoria dos *expostos,* isto é, dos filhos de paes desconhecidos que os desampararam (art. 284.º e regul. de 5 de janeiro de 1888, art. 2.º n.º 1.º § unico).

Na mesma situação que os expostos, pelo que respeita á

tutela, estão os *abandonados,* que são os filhos de paes conhecidos que desappareceram sem deixar quem velasse por elles, e ha disposições especiaes para as *creanças desvalidas* ou *filhos de pessoas miseraveis,* que por morte, prisão, degredo, avançada idade ou molestia grave de seus paes não poderem ser alimentados por elles e não tenham parentes que os alimentem (artt 284.º e 294.º, e reg cit. art 2.º n.ºs 2 º e 3 º e § unico).

74. *Do parentesco por consanguinidade.* Da filiação ou communidade de sangue resulta o parentesco por consanguinidade, que é a relação existente entre as pessoas que provêem directamente umas das outras ou têem um tronco commum

O parentesco é legitimo ou illegitimo, conforme resulta de filiação legitima ou illegitima.

Ha duas especies de parentesco por consanguinidade o parentesco em linha recta e o parentesco em linha transversal.

O parentesco em linha recta comprehende a serie de pessoas que procedem directamente umas das outras — avô, pae, filho, neto, bisneto, etc (art 1974 º).

A linha recta é descendente ou ascendente· descendente quando se considera como partindo do primogenitor para o que delle procede; ascendente quando se considera como partindo do que procede para o progenitor (art. 1975 º).

A linha transversal ou collateral compõe-se dos parentes que, não provindo uns dos outros, têem um auctor commum — irmãos, tios, sobrinhos, primos (art 1974 º) A linha collateral, tendo o seu ponto de partida na pessoa do auctor commum, bifurca-se, sendo sempre dupla.

A palavra *linha* tambem se usa para designar o conjuncto de pessoas que estão unidas a outra pelo pae ou mãe desta. Diz-se então *linha paterna* e *linha materna.*

O laço de parentesco entre duas pessoas póde dar-se conjunctamente nas duas linhas ou só numa dellas.

Como exemplo do primeiro, temos os filhos nascidos do mesmo matrimonio, que têem o nome de irmãos *germanos.*

Quando os filhos só têem o mesmo pae, denominam-se *consanguineos;* e quando só têem a mesma mãe, chamam-se *uterinos,*

Para determinar a proximidade do laço de parentesco que une duas pessoas, conta-se o numero de gerações que as separa, cada uma das quaes forma um grau (art 1973.º)

Tanto na linha recta como na transversal os graus contam-se pelo numero de gerações, sendo tantos quantas as pessoas menos uma (1).

O parentesco prolonga-se até ao infinito; mas a lei só lhe attribue effeitos juridicos até ao decimo grau.

O parentesco por consanguinidade tem effeitos importantissimos. Bastar-nos-ha citar o direito de alimentos, o direito de successão e os impedimentos matrimoniaes.

75. *Do parentesco por affinidade* Além do parentesco por consanguinidade, e com effeitos importantes tambem, ha a

(1) Nos artigos 1976 º e 1977 º do codigo manda-se, por equivoco, excluir o progenitor

Por direito canonico contam-se os graus na linha recta do mesmo modo que pela lei civil Na linha collateral, sendo igual, contam-se só numa das linhas Assim, os irmãos estão no primeiro grau, os primos, filhos de irmão, no segundo grau Sendo desigual, contam se os graus em cada linha, mas separadamente Assim, o tio, irmão do pae, e o sobrinho estão no segundo e no primeiro grau

O modo por que no direito canonico se contam os graus na linha transversal é mais rigoroso, pois pela fórma de contar do direito civil podem confundir-se relações diversas de parentesco Assim, entre o tio, irmão do avô, e o segundo sobrinho, ha quatro graus, do mesmo modo que entre os primos, filhos de irmãos, e aquelles succedem nos bens dos tios excluindo estes (artt 1969 º n.ºs 3 º e 5 º) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXIX, pagg 103 e 115.

affinidade, que é o vinculo que, pelo matrimonio, se constitue entre um conjuge e os parentes do outro.

O direito canonico considera a affinidade como proveniente da copula e attribue-lhe effeitos civis, mesmo quando seja illicita, mas o nosso legislador só attribue effeitos juridicos á affinidade que resulta do matrimonio, dando-se esse vinculo tanto em vida dos conjuges como depois de haver sido dissolvido o matrimonio por morte de um delles

Na affinidade não ha graus, pois que estes correspondem ás gerações Tendo, porém, a affinidade o seu fundamento na communidade da vida conjugal, cada um dos conjuges é affim dos parentes do outro na mesma linha e grau em que este o fôr. É assim que o genro está com os sogros no primeiro grau da linha recta do mesmo modo que a mulher; os cunhados no segundo grau da linha collateral.

§ 19 — *Do estado do individuo*

GABBA, *De la condizione giuridica della donna*, STUART MILL, *L'assujettissement des femmes*, PAUL GIDE, *Étude sur la condition privee de la femme*, BRIDEL, *La femme et le droit*, D'AGUANO, *Genesi e evoluzione del diritto civile*, pag 251, CALISSE, *Storia del diritto italiano*, tomo III, pag 37, HENRI CAPITANT, *obr cit.*, pag 95, CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag 184, CIMBALI, *Della capacita di contrattare*, pag 137, LORENZO BORRI, *Nozioni elementari di medicina legale*, pag 115, *Code civil allemand*, traduit et annote par BUFNOIR, CHALLAMEL, DRIOUX, GENY, etc, tomo I, notas aos artigos 6.º e 104.º e segg.

76. *Do sexo.* A desigualdade dos sexos respeitante á capacidade civil é a mais antiga de todas as desigualdades sociaes, sendo a mulher na antiga Roma, na Germania e noutros povos em correspondente estadio de civilização ferida de incapacidade absoluta e sujeita a tutela perpetua. No direito romano imperial desappareceu esta instituição, não sendo todavia

a mulher considerada como igual ao homem e aggravando-se, em virtude da influencia do direito germanico, a sua inferioridade nos Estados barbaricos

Modificando-se gradualmente a legislação no sentido de conferir os mesmos direitos aos dois sexos, é certo todavia que ainda nas legislações civis actuaes a desigualdade entre o homem e a mulher persiste, mas motivada não tanto pelo sexo como pelo casamento (1).

As mulheres, seja qual fôr o seu estado, não podem, segundo o nosso codigo civil, ser testemunhas instrumentarias em testamentos e em actos entre vivos tanto authenticos como particulares (artt 1966.º n.º 2.º e 2492.º, e regul. de 14 de setembro de 1900, art 68.º § 2.º), não podem, em regra, affiançar (artt. 819.º e 820.º); não podem, em regra tambem, fazer parte das instituições pupilares (art. 234.º n.º 3.º).

É, porém, pelo casamento, na familia, que a mulher fica numa situação de caracteristica inferioridade.

O nosso codigo, que, como vimos, ainda consigna o principio de que a mulher deve obediencia ao marido, determina que ella não póde, em regra, estar em juizo nem adquirir ou alienar bens e contrahir obrigações sem auctorização delle (artt 1192.º e 1193.º), nem publicar escriptos sem o seu consentimento (art. 1187.º).

Dissolvido o matrimonio, a mulher fica sujeita a disposições especiaes pelo que respeita ao exercicio do poder paternal, podendo o marido nomear em testamento conselheiros que a dirijam no que respeita aos interesses dos filhos (art. 159.º); perde, passando a segundas nupcias, o usufructo dos bens dos filhos menores, e perde tambem a administração desses bens,

(1) O codigo civil allemão já não estabelece nenhuma restricção á capacidade civil das mulheres, em razão do sexo, nas relações de direito privado.

se não fôr nella confirmada pelo conselho de familia (artt. 149.º n.º 3.º e 162.º), e ha ainda providencias especiaes pelo que respeita á viuva quinquagenaria, que tenha filhos ou descendentes (art. 1137.º).

A desigualdade juridica entre os sexos não representa, na sua evolução historica e na maioria dos casos, a idéa de proteger a mulher em razão duma supposta inexperiencia ou fraqueza, ou uma satisfação as exigencias da unidade da familia, e, reduzida como está no nosso codigo, algumas disposições ha todavia que se nos afiguram de difficil justificação, designadamente no que respeita ás segundas nupcias (1)

77. *Idade.* Presuppondo o direito a vontade, uma determinação consciente e livre, segue-se que não têem os requisitos que a lei exige para a adquisição, exercicio e transmissão de direitos as pessoas que, em virtude de não haverem ainda completado a sua evolução mental ou de se acharem em condições psychicas anormaes, não têem a sufficiente capacidade para adquirir acerca das relações sociaes e normas juridicas que as regulam as necessarias noções, nem o senso bastante para praticamente applicarem essas noções, e ainda a possibilidade de tomarem, ponderando os motivos que actuam sobre a sua vontade, resoluções livres e independentes

Dahi resulta que em todas as legislações se fixa uma epocha da vida humana em que se attribue ao individuo a sua autonomia legal, a capacidade, epocha que, no respeitante ao exercicio de direitos civis, é em geral a dos vinte e um annos completos, e estabelecem-se ao mesmo tempo as condições em que podem ser declaradas interdictas do exercicio de todos ou de parte dos seus direitos civis as pessoas que, sendo maiores,

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXV, nos 1558 e 1559.

se achem em estado de habitual doença mental, que lhes não permitta reger a sua pessoa e administrar os seus bens

Ha, além disso, defeitos organicos que tambem podem determinar a interdicção e outros que inhibem os individuos de determinados actos

Tractaremos em primeiro logar da idade.

Não sendo o mesmo em todos os individuos o desenvolvimento physico e psychico, as leis fixam, como necessidade pratica para a devida segurança nas relações sociaes, a epocha da maioridade em harmonia com o desenvolvimento medio, normal, e, como nem todos os actos da vida civil requerem a mesma capacidade, estabelecem a incapacidade de exercicio de direitos, dum modo geral, em relação ás pessoas que não hajam completado a maioridade, e auctorizam a pratica de certos actos aos menores, desde que hajam attingido uma certa idade, ou se verifiquem determinadas condições

No nosso codigo a capacidade dos menores só é reconhecida em relação a certos actos, e aos menores que se achem em determinadas condições, não se fixando, ao contrario do que se dá noutras legislações, diversos graus na menoridade É assim que, aos diversos graus que o direito romano admittia, considerando absolutamente incapazes os *infantes*, com capacidade mais ou menos limitada os *impuberes* e os *puberes*, até que se attingia a capacidade plena na *maioridade;* ao systema de algumas legislações que ainda admittem, como a franceza e a italiana, tres periodos — *menoridade, emancipação* e *maioridade,* representando a emancipação um grau intermedio, substituiu o nosso legislador o systema de dois graus — *menoridade* e *maioridade,* sendo menores, sem distincção de sexo, os individuos que não hajam completado vinte e um annos (artt. 97.º e 311.º) (1).

(1) No codigo civil allemão considera-se o menor, até á idade de sete

O individuo, desde que haja completado os vinte e um annos, fica maior e portanto habilitado para dispôr livremente da sua pessoa e bens (art 311 °), e ao maior é completamente equiparado o menor que haja sido emancipado (art 305 °).

A emancipação pode dar-se: *a)* pelo casamento, sendo este devidamente auctorizado pelos paes ou por quem os substitua (art. 1061.°), aos dezoito annos para o varão e aos dezeseis para a mulher, justificando-se a differença de idade pela situação em que a mulher fica relativamente ao marido (artt. 304.° n.° 1 ° e 306.°); *b)* por concessão do pae, da mãe na falta deste e do conselho de familia na falta de ambos, aos dezoito annos completos, tanto para o homem como para a mulher (artt 304 ° n.° 2.° e 307.°).

Os expostos e abandonados podem ser emancipados aos quinze annos (art 289 °) e ficam emancipados de direito aos dezoito (art. 291 °). A emancipação dos expostos e abandonados compete as camaras municipaes, excepto em Coimbra e Porto, onde é da competencia das commissões districtaes (art. 287.°, cod. adm., artt. 50.° n ° 25.° e 455 ° e decr. de 6 de agosto de 1892, art 13 ° § 4 °).

A emancipação por concessão dos paes ou de quem os represente so póde fazer-se consentindo o menor (art. 307.°), pois

annos, como absolutamente incapaz de qualquer acto juridico Depois dos sete annos completos, o menor fica com capacidade juridica restricta, podendo validamente declarar a sua vontade em relação aos actos de que so resultem vantagens para elle, e ficando dependentes do consentimento do seu representante, pelo que respeita á sua validade, os actos por elle realizados, que o constituam em obrigação, quando se exija esse consentimento Vejam-se os artigos 104 ° e segg No projecto do codigo civil suisso de 24 de maio de 1904 declara-se (art 20 °) que os menores capazes de discernimento podem, por actos proprios, adquirir a titulo gratuito e exercer os direitos meramente pessoaes, não se fixando a idade em que se presume o discernimento.

é directamente interessado nesse acto, e, uma vez feita, fixa-se por ella o estado de menor emancipado, não podendo ser revogada (art. 310.°) (1)

Os menores não emancipados são incapazes, em regra, de exercer direitos civis, não os constituindo os seus actos em obrigação juridica.

Attendendo á natureza especial de alguns actos, o legislador admittiu para elles a capacidade do menor. Taes são o casamento, que póde ser validamente contrahido pelas mulheres aos doze annos e pelos homens aos quartoze (art 1073 ° n.° 4.°); o testamento, que os menores podem fazer, desde que tenham mais de quartoze annos (art. 1764.° n ° 3.°)

O legislador teve tambem em consideração as condições que podem dar-se no menor, para considerar validos os actos praticados por elle e para o tornar até responsavel pela indemnização das perdas e damnos provenientes do não cumprimento de obrigações por elle assumidas (artt. 299.° e 1433 °) Essa capacidade é excepcional, devendo por isso admittir-se só nos casos especificados na lei.

A incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal e, na falta delle, pela tutela.

78. *Estado physico e mental.* Os individuos que, em virtude do seu estado physico ou mental, não tenham a actividade normal das suas faculdades, ou que, tendo-a, não possam manifestá-la, não podem praticar actos juridicos que sejam reconhecidos pelo direito

A capacidade natural de raciocinar, de querer e de manifestar as idéas e volições, constitue a base da capacidade legal, e, portanto, desde que aquella falta, esta não póde existir

(1) Sobre o modo por que deve ser feita a emancipação, veja-se o artigo 308 ° do codigo civil e os artigos 770 °-772 ° do codigo de processo civil

Por este motivo determina a lei que os mentecaptos e todos aquelles que, pelo estado anormal das suas faculdades mentaes, se reconhecerem incapazes de governar suas pessoas e seus bens, serão interdictos do exercicio dos seus direitos (art 314 °), e que tambem o serão os surdos-mudos que não tiverem a capacidade necessaria para reger os seus bens, nos limites dessa incapacidade (artt 337.° e 338 °) (1)

Como veremos, tambem se basêa numa incapacidade natural para administrar os bens a interdicção por prodigalidade, de que tractam os artigos 340.°-352.°

Sendo de diversa natureza as doenças mentaes e não derivando de todas ellas completa incapacidade para os actos da vida civil (2), a lei deveria, tendo em consideração todas as suas modalidades para proporcionar a representação á falta de capacidade, tutelar as pessoas que dellas soffram, até onde a sua incapacidade natural o reclamasse

Sob este ponto de vista o nosso codigo, estabelecendo a

(1) O nosso codigo usa do termo *demencia* para significar qualquer estado anormal das faculdades mentaes, comprehendendo-se sob essa designação tanto os idiotas, imbecis e dementes, como os maniacos e hipemaniacos, os paranoicos, os alcoolicos os epilepticos, hystericos e neurastenicos, e quaesquer outros psychopatas A unica condição que se exige para a interdicção e a falta de sufficiente capacidade mental para a regencia da propria pessoa e administração dos bens

O codigo civil allemão admitte a interdicção em consequencia de doença mental ou de fraqueza de espirito, de prodigalidade e de embriaguez habitual (art 6 °) Em qualquer destes casos ha a tutela, estabelecendo-se para os interdictos um regimen de representação geral Para os casos de enfermidade physica e especialmente para os de surdez, mutismo e cegueira estabelece-se o regimen da curatela, que e sempre especial, salvo quando respeite a um enfermo Veja-se o artigo 1910 °

(2) Veja-se o DR LOPES VIEIRA, *Manual de medicina legal*, pag 419; LOMBROSO, *Lezioni di medicina legale*, 2 ª edição, pag 222, KRAFFT-EBING, *Trattato de psicopatologia forense*, traducção BORRI, Torino, 1897, pag 527

incapacidade absoluta para os alienados, é susceptivel de larga critica e está reclamando urgente reforma.

Quando os individuos são interdictos em virtude de doenças mentaes, suppre-se a sua incapacidade pela tutela, que os substitue no exercicio dos direitos civis que não sejam meramente pessoaes, considerando-se todos os actos e contractos por elles praticados, desde que a sentença de interdicção seja registada e publicada, nullos de direito, se a dicta sentença passou em julgado (art. 334 °).

Em relação aos surdos mudos, o codigo não estabelece o principio da incapacidade absoluta, devendo determinar se na sentença de interdicção a extensão e limites da tutela, conforme o grau da sua incapacidade (art 338 °). Os prodigos só podem ser privados da administração dos seus bens, quer em geral, quer em relação a certos e determinados actos, os quaes deverão ser especificados na sentença de interdicção (art. 344.°)

As incapacidades accidentaes simplesmente determinam a nullidade do acto praticado durante essa incapacidade (art. 353.°)

79. *Condemnação penal.* No codigo civil, e em harmonia com as disposições do codigo penal de 1852, vigente ao tempo em que elle foi publicado, os individuos que fossem condemnados a certas penas eram interdictos dos direitos civis, sendo-lhes dado um curador, cujos poderes eram maiores ou menores conforme a natureza dos direitos interdictos (artt. 355.°-358.°).

Hoje não ha interdicção civil em virtude de sentença penal, tendo sido revogados os artigos do codigo civil e do codigo de processo civil que a suppunham

As penas só produzem os effeitos que se acham especificados nos artigos 74 °-83 ° do codigo penal, os quaes devem

confrontar-se com os artigos 81 °–87 ° da Nova reforma penal de 1884, que não foram fielmente reproduzidos (1).

80 *Estado de fallencia.* Os commerciantes em relação aos quaes seja declarada a fallencia ficam civilmente interdictos pelo que respeita aos seus bens havidos ou que de futuro lhe advenham, sendo a incapacidade do fallido supprida pelo administrador, que o fica representando em juizo ou fóra delle para todos os effeitos. Quanto ao exercicio dos seus direitos que não tenham caracter patrimonial, como as relações de familia, o fallido conserva, como o prodigo, a sua capacidade (cod. comm., art. 700 °, e cod. de proc. comm., art 198 ° e § 1.°) (2).

§ 20 — *Do domicilio*

Conselheiro Dias Ferreira, *obr cit*, tomo I, commentario aos artigos 40 °–54 °, *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXIII, pag 327; Demolombe, *Cours de code Napoléon*, tomo I, pag 529, Chironi e Abello, *Trattato*, tomo I, pag 137

81. *Noção de domicilio Sua divisão.* Para que as relações de direito sejam regulares, estaveis e se tornem effectivas, é necessario que o homem se repute sempre presente num determinado logar, estabelecendo-se assim uma relação ou vinculo

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol XXXV, pag 178

(2) Tractamos das condições mais importantes em relação ao estado e á capacidade civil Outras ha, alem das que especificamos, que exercem influencia sobre a susceptibilidade de determinados direitos e obrigações, a que nos referiremos nos logares competentes

juridico entre o individuo e um determinado logar para o exercicio de direitos ou cumprimento de obrigações. É o que se chama *domicilio.*

Ordinariamente essa relação dá-se com o logar onde o individuo tem a sua residencia ou morada habitual, e dahi o declarar o legislador que *domicilio* é o logar onde o cidadão tem a sua residencia permanente (art 41.°).

Necessario é, porém, não confundir a *residencia,* relacão de facto, com o *domicilio,* relação de direito. Assim, o individuo póde ter mais do que uma residencia, onde viva alternadamente, e ter domicilio só numa dellas (art. 43.°), póde ter a sua residencia permanente num logar e o seu domicilio noutro, como, por exemplo, o menor que, não vivendo em companhia dos paes, mas em casa doutra pessoa, não tem o mesmo domicilio que esta, mas o dos paes (artt 47.° e 50 °)

A relação de domicilio é estabelecida pela lei, que, tendo em consideração o facto da presenca habitual ou permanente num determinado logar e a intenção de ahi residir, póde permittir não só que se fixe, para certos effeitos, domicilio em outro logar, mas ella mesma o estabelece em logares diversos do da residencia habitual, tornando por essa fórma mais geral e segura a fixação da séde juridica das pessoas

As disposições que regulam o domicilio são, attento o seu fim, de interesse e ordem publica.

O domicilio civil póde ser *voluntario* e *necessario, geral* e *especial* (3)

Domicilio *voluntario* é o fixado livremente pelo individuo, e *necessario* o que é imposto por disposição legal (art. 42.°).

(3) Além do domicilio civil, ha outros domicilios que são fixados para o exercicio de direitos e obrigações de caracter publico Assim, ha domicilio politico para o exercicio do direito eleitoral, domicilio para o effeito do recenseamento militar

Domicilio *geral* é o que respeita a todos os direitos e obrigações não exceptuados por lei ou convenção, e *especial* o que se refere a factos juridicos determinados.

82 *Domicilio geral voluntario.* Têem domicilio geral voluntario todas as pessoas maiores ou emancipadas que não sejam exceptuadas por lei

Para fixar ou adquirir domicilio é sufficiente a residencia permanente, e esse domicilio conserva se, emquanto haja a intenção de residir, que se manifesta quer por meio de declaração da vontade de residir, quer pelo proprio facto da residencia, quer pela causa que o determina, como uma arte, emprego, etc (art. 41.º). O individuo que tiver residencia permanente num logar não pode ter domicilio geral noutro (art. 44.º § unico)

No caso em que não haja residencia permanente, vivendo o individuo alternadamente em diversas habitações, será considerado como domiciliado naquella onde se achar, salvo se houver preferido qualquer dellas para domicilio e assim o declarar perante a camara municipal do concelho onde essa morada estiver situada (art. 43.º) (1).

Deixando o cidadão de ter residencia temporaria no logar onde fixou o seu domicilio, fica, tendo diversas residencias, sujeito á disposição do artigo 43.º, considerando-se domiciliado naquella onde se encontrar, e, tendo uma só residencia, será esta o seu domicilio (art 41.º). A morada é uma condição indispensavel para que o individuo possa ter domicilio numa determinada localidade (art. 44.º § unico).

O individuo que, tendo diversas residencias e havendo escolhido para domicilio uma dellas, o queira transferir para outra, só o póde fazer mediante as seguintes condições:

1) Manifestando essa intenção perante as camaras municipaes dos concelhos donde e para onde transfere a residencia,

2) Transferindo-a realmente, pelo estabelecimento de morada no logar que preferir para seu domicilio (art. 44.º)

Estas condições são cumulativas. Não basta só a intenção manifestada, e tambem não é sufficiente a transferencia, sem que se prove a intenção pelas declarações feitas perante as respectivas camaras municipaes.

Em nossa opinião não é necessario, quando de modo inequivoco se fixe por transferencia a residencia permanente num logar, fazer perante as camaras municipaes a declaração a que se refere o artigo 44.º. Desde que o individuo tenha residencia permanente num logar, o seu domicilio é, por força do artigo 41.º, essa residencia, quer elle faça, quer não, a declaração a que se refere o artigo 44.º, pois nem sequer lhe é permittido ter outro domicilio (1)

Quando o cidadão não tenha residencia permanente nem temporaria, considerar se-ha domiciliado no logar onde se encontrar (artt. 45.º e 47.º).

83. *Domicilio necessario.* Têem domicilio necessario. *a*) os menores não emancipados, os maiores sujeitos a tutela e a mulher casada, que não esteja judicialmente separada de pessoa e bens, *b*) os maiores que servem ou trabalham habitualmente em casa doutrem, *c*) os empregados publicos que exercem as suas funcções em logar certo; *d*) os militares arregimentados,

(1) Accordãos da Relação do Porto e da de Lisboa de 26 de março de 1874, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol X, pagg 507 e 590

(1) Vejam-se em diverso sentido, os accordãos da Relação do Porto de 27 de outubro de 1871, no *Direito*, vol IV, pag 16, de 21 de novembro do mesmo anno, no *Direito*, tomo cit, pag 159, e de 23 de fevereiro de 1875, id, vol VII, pag 238 Na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIII, pag 327, segue-se a doutrina exposta no texto.

os maritimos com praça na armada e os que pertencem á tripulação de navios de commercio ou de barcos costeiros; *e*) os condemnados a prisão, desterro ou degredo.

O domicilio necessario não depende em alguns casos da residencia nem da intenção de residir, que podem existir ou não, sendo esse domicilio determinado em taes casos por outras considerações

a) Os menores não emancipados, os maiores sujeitos a tutela e as mulheres casadas têem respectivamente, aquelles pelo facto de serem representados no exercicio dos direitos civis, e estas pela obrigação que têem de acompanhar o marido, por domicilio o do pae, e, na sua falta, o da mãe, o do tutor e do marido, vivam ou não em companhia delles (artt. 47.º–49 º) Assim, se um menor e uma mulher casada viverem habitualmente em casa doutrem, não têem por domicilio o da pessoa a quem servem, mas o do pae ou do marido (art 50.º).

A mulher e os filhos do condemnado a degredo, que não o acompanhem para o logar do cumprimento da pena, não têem por domicilio o do marido e do pae, mas a mulher o proprio e os filhos o da pessoa que fique substituindo o pae (art 53 º § 2.º) O domicilio da mulher nesse caso é voluntario, se, por outro motivo, não fôr necessario, e determina-se em harmonia com as normas legaes respectivas. Além do caso referido, a mulher tambem tem domicilio voluntario, quando o marido va para país estrangeiro, ahi fixe domicilio e ella o não acompanhe (art 1186.º), e quando esteja ausente em parte incerta

Estando o marido interdicto e sendo a mulher tutora, terá como domicilio o della.

Havendo separação judicial de pessoas e bens, até no caso em que seja decretada provisoriamente (cod. de proc civ , art. 469.º), a mulher fica, pelo facto de cessar para ella a obrigação de cohabitar com o marido, com domicilio proprio (art 49 º), que será determinado segundo as regras geraes.

b) Os maiores ou menores emancipados que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem têem por domicilio o da pessoa a quem servem, se com ella habitar em (art 50.º). O domicilio necessario coincide neste caso com o voluntario, pois da-se a residencia permanente ou temporaria, nos termos dos artigos 41.º e 43.º Se o individuo que trabalha em casa de outrem não habitar com elle, tera domicilio voluntario, se, por outro motivo, o não tiver necessario.

c) Os empregados publicos, que exercem as suas funcções em logar certo, têem ahi o seu domicilio, que é determinado pela posse do emprego ou pelo exercicio das respectivas funcções (art 51.º) Se o emprego não é exercido em logar certo, o empregado terá domicilio voluntario, que será determinado em harmonia com as regras geraes (art. 51 º § unico)

O domicilio do empregado publico considera-se transferido desde que se verifique qualquer dos seguintes factos posse de novo emprego, ou exercicio effectivo das funcções em logar certo e diverso.

d) Os militares arregimentados, isto é, os que servem nos corpos, consideram-se domiciliados no logar onde estes estão de guarnição Os não arregimentados, isto é, os que prestam serviço de inspecção ou de commissão sem estarem ligados a um corpo, consideram-se domiciliados no logar onde exercem as suas funcções Se, porém, tiverem algum estabelecimento ou morada permanente, ahi se considerarão domiciliados (art. 52.º).

Os maritimos com praça na armada têem o seu domicilio em Lisboa. Os que pertencem á tripulação de navios de commercio, ou de barcos costeiros, têem domicilio, attenta a constante mobilidade a que os obriga a sua profissão, nas povoações a que pertencem os dictos navios ou barcos, se, por outra causa, como, por exemplo, se forem menores, não tiverem domicilio differente (art. 52.º § unico).

e) Os condemnados a prisão, desterro ou degredo têem por

domicilio o logar onde estão cumprindo a pena que lhes foi imposta, e, emquanto não forem transferidos para o logar onde houverem de cumprir a pena, terão por domicilio o logar onde se acharem retidos (art. 53 ° e § 1.°).

Quanto ás obrigações contrahidas antes do crime, conservam, para não se aggravar a situação do credor, o antigo domicilio, se tiverem tido residencia permanente ou temporaria (art. 53.°).

Afigura se-nos que, tanto em relação aos empregados publicos como aos militares arregimentados e aos condemnados a prisão, desterro ou degredo, o domicilio necessario que a lei estabelece é só para o caso em que não tenham, pelo facto de serem menores, o domicilio dos paes ou tutores. O exercicio do poder paternal e da tutela não cessa pelo facto de os menores exercerem um emprego publico, serem militares ou soffrerem uma condemnação, e, como são os paes e tutores que representam os menores no exercicio dos direitos civis, era o domicilio delles que deveria preferir-se, mesmo que se não podesse invocar o argumento da analogia (artt. 50.° e 52 ° § unico).

O domicilio necessario, que é independente da vontade das pessoas, sendo determinado por considerações de interesse geral, cessa desde o momento que cessa o facto de que depende (art. 54 °). Póde a pessoa ficar tendo domicilio no mesmo logar, mas fica sendo voluntario Assim, os menores que attinjam a maioridade ou se emancipem, os maiores que deixem de servir habitualmente em casa de outrem, os empregados publicos que sejam demittidos ou exonerados dos seus empregos ficam tendo domicilio voluntario, que será determinado em harmonia com as regras expostas (1)

84 *Domicilio especial.* Tendo sempre domicilio goral, as

(1) Veja-se o accordão ao Supremo Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 1892, na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXXIV, pag. 42.

pessoas podem escolher ou estipular domicilio particular para o cumprimento de actos determinados, quando a lei não haja estabelecido coactivamente outro domicilio para esses actos (art 46.°). Como pela fixação desse domicilio são subtrahidos ao domicilio geral os actos que neste deviam realizar-se, a lei exige que a estipulação de domicilio particular só possa fazer se em documento authentico ou authenticado, documento em que devem ser especificados os actos e determinado o logar em que ou a pessoa perante a qual esses actos devem ser cumpridos, não podendo essa determinação ficar no arbitrio de outrem (art. 46 °).

A estipulação de domicilio particular só produz effeito em relação aos actos especificados, e, quando se haja especialmente fixado o logar do domicilio geral da pessoa que é obrigada a praticar esses actos, deverá entender-se, se o contrario não resultar do proprio contracto, que essa estipulação tem como effeito que a mudança do domicilio geral não obstara a que esse acto tenha de ser cumprido no logar aprazado.

Sendo o domicilio especial constituido no interesse duma pessoa, esta póde renunciar a esse domicilio, mas quem se obriga a praticar o facto não póde deixar de respeitar o contracto, emquanto a outra parte não consentir na mudança desse domicilio (art 702.°)

O domicilio especial, ao contrario do geral, póde ser multiplo, tem de ser expressamente estipulado e so pode ser mudado por consentimento das partes, e, como respeita a determinados direitos e obrigações e fica assim fazendo parte integrante delles, transmitte-se, por morte dos estipulantes, para os seus herdeiros, quando não tenha havido declaração em contrario (art. 46.° § unico).

85. *Effeitos do domicilio* Quanto aos effeitos do domicilio, o codigo declara que o exercicio dos direitos e o cumprimento

das obrigações são, em diversos casos previstos na lei, determinados pelo domicilio (art. 40.º).

A este respeito notaremos que o domicilio não exerce propriamente influencia sobre a capacidade civil, podendo as pessoas exercer os seus direitos civis em qualquer logar onde se encontrem.

A importancia do domicilio consiste em haver certos actos juridicos para cuja realização ha um logar determinado. Assim, o domicilio do menor fixa o logar onde será installada a tutela (art. 188 º); o domicilio do defuncto determina o logar da abertura da herança, sendo ahi que devem realizar-se todos os actos relativos á sua liquidação e partilha (art. 2009 º § 1.º); é no logar do domicilio do devedor que, em geral e quando não haja estipulação em contrario, tem de ser cumprida a obrigação de prestação de cousas (art. 744.º).

Em processo civil tem o domicilio mais importancia que em direito civil, pois é pelo domicilio do reu que, em regra, se determina a competencia dos tribunaes (Cod. do proc. civ., art. 16.º)

86 *Vizinhança* De alguns artigos do codigo civil (276 º, 440.º, 469 º, 473.º, 1206.º § 1 º, 2482.º, 2483.º), vê-se que o facto da vizinhança é origem de direitos e obrigações

Nas Ordenações, livro II, titulo LVI, determinaram-se as condições necessarias para que um individuo se podesse considerar vizinho Assim, eram vizinhos dum logar. 1) os que nelle nasciam e tinham residencia; 2) os que, não tendo nascido no logar, ahi haviam residido quatro annos; 3) o perfilhado no logar do perfilhante; 4) o que casou num logar, se tivesse a intenção de permanecer nelle (1).

Hoje deve considerar-se como facto fundamental para a

1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo I, § 99 º

determinação da vizinhança a residencia na localidade, ou a qualidade de morador, devendo ter-se em consideração os direitos e obrigações de que se tracta para determinar, em cada caso, o sentido preciso que o legislador ligou a essa palavra, quanto á determinação da area territorial dentro da qual existe a relação de vizinhança É assim que, se num determinado logar não houver as pessoas necessarias para constituir o conselho de vizinhos de que tracta o artigo 276 º, terá de recorrer-se aos logares mais proximos (1).

§ 21 — *Da ausencia*

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr cit*, tomo I, commentario aos artigos 55 º-96 º, *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol I, pagg 259 e 274, e vol III, pagg 281, 313, 328 e 361, DEMOLOMBE, *Cours*, tomo II, BAUDRY LACANTINERIE, *Precis de droit civil*, 7 ª edição, pag 138, *Code civil allemand*, traduit et annote par BUFNOIR, CHALLAMEL, etc, tomo I, notas aos artigos 14 º-19 º, LAURENT, *Principes de droit civil*, tomo II, pag 144, CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag 253, PLANIOL, *Traite elementaire*, 3 ª edição, tomo I, pag 220, DR DIAS DA SILVA, *Processos especiaes, civis e commerciaes*, tomo I, pag 103

87. *Noções preliminares* Com a materia do domicilio está directamente relacionada a da ausencia, de que o legislador tractou no titulo immediato (parte I, tit. VIII, artt. 55.º-96 º), pois que a determinação do facto da ausencia assenta nos conceitos de domicilio ou residencia.

Neste titulo a palavra *ausencia* significa não só a não pre-

(1) Para o effeito da divisão por aforamento dos baldios que não sejam necessarios para logradouro commum, consideram se vizinhos todos os chefes de familia que ha mais dum anno sejam compartes na fruição delles, segundo os usos e costumes estabelecidos (cod adm, art 429 º § 1 º)

sença do individuo no logar do seu domicilio ou residencia, mas ainda o facto de não haver noticias delle, ignorando-se portanto se é vivo ou morto (art. 55.º) É este o sentido juridico technico da palavra *ausencia*, cumprindo-nos notar que em alguns artigos do codigo a referida palavra significa apenas a não presença dum individuo no seu domicilio ou residencia ou ainda num logar determinado (artt. 390 º, 551.º n º 4.º, 1536.º n º 3 º), e, noutros, tanto significa a não presença dum individuo no logar do seu domicilio ou residencia havendo noticias delle, como não havendo (artt. 139 º, 1116 º, 1117 º § unico, 1190.º) (1).

A simples não presença do individuo no logar do seu domicilio ou residencia produz alguns effeitos juridicos, são, porém, muito mais importantes os que resultam da ausencia em sentido proprio.

Não deve confundir-se com a ausencia o facto de uma pessoa haver *desapparecido,* em seguida a um crime ou desastre, em virtude dos quaes deva ter perecido. Nesse caso, quando não appareça o cadaver, ou não seja possivel identificá-lo, não sera lavrado, no primeiro caso, o assento de obito, e não se poderá por elle provar, no segundo, emquanto se não reconheça a identidade do morto, o facto da morte (art 2485 º § unico). Podera, porém, provar-se em juizo que essa pessoa falleceu (2).

(1) Sobre a significação da palavra *ausencia* nos artigos citados houve graves duvidas na nossa jurisprudencia, mas, confrontando as diversas disposições do codigo, vê-se ser verdadeira a doutrina que expomos. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXIV, pag 261.

(2) No codigo civil italiano ha um processo adequado para a verificação judicial do facto da morte, nos casos em que, sem essa verificação, se devia presumir a ausencia (vejam-se os artt 306 º e 391 º) Na Austria, em seguida a um incendio que causou muitas victimas, foi publicada a lei de 16 de fevereiro de 1883, em que se providenciou sobre o mesmo assumpto (*Annuaire de legislation etrangere*, vol XIII, 1883, pag 334) Em França foi

O legislador ligou toda a importancia ao facto da ausencia sem noticias, e portanto á falta de certeza da vida ou morte do individuo, attentos os direitos e interesses que a elle estão ligados Assim, o ausente póde ser casado, ter filhos, e necessario era providenciar, em beneficio da familia, acerca dos seus bens, o patrimonio do ausente pode, não sendo administrados os bens que o constituem, soffrer grandes prejuizos; os credores do ausente não poderiam exercer os seus direitos contra elle, se não se determinasse na lei quem o deve representar; e o proprio interesse publico reclama providencias sobre os bens do ausente, pois que a depreciação desses bens, em consequencia do abandono, constitue uma diminuição da riqueza publica.

88 *Periodos de ausencia.* Nas providencias que adoptou, partindo do principio que, a medida que augmenta o tempo de ausencia, mais se firma a presumpção de morte, o legislador admittiu tres periodos:

1) Ausencia não excedente a quatro annos, se o ausente não deixou procurador bastante, ou a dez, se o deixou, contando-se sempre esses prazos desde o desapparecimento do ausente do logar do seu domicilio ou residencia, ou da data da expedição das ultimas noticias que delle houver (art. 64.º);

2) Ausencia excedente a quatro annos ou a dez, mas não a vinte (art 78.º n.º 4.º), se o ausente não deixou filhos, ou a dez, se os deixou, relativamente aos bens que a estes fiquem pertencendo (art 91.º);

3) Ausencia por mais de vinte annos (1).

publicada a esse respeito a lei de 8 de junho de 1893 (Veja-se PLANIOL, *Traité*, vol I, 3ª edição, pag 186)

Entre nos tambem deveria estabelecer-se um processo adequado para se verificar judicialmente o facto da morte, quando qualquer pessoa desappareça em virtude de crime ou desastre.

(1) O nosso legislador attendeu unicamente á duração da ausencia,

Em qualquer destes periodos ha a incerteza sobre a vida do ausente, mas, decorrido o prazo de vinte annos, o legislador estabeleceu a presumpção de morte, e tambem se dá essa presumpção, logo que o ausente complete noventa e cinco annos de idade.

Aos periodos referidos correspondem respectivamente as seguintes instituições.

1) *Providencias conservatorias e curadoria provisoria* dos bens do ausente, que, dada apenas a presumpção de ausencia, tem o caracter de mera administração dos bens;

2) *Curadoria definitiva,* em que, havendo a certeza da ausencia e levantando-se já sérias duvidas sobre a vida do ausente, o legislador não curou só dos interesses delle, attribuindo aos seus herdeiros presumidos alguns direitos sobre o seu patrimonio,

3) *Posse definitiva dos bens do ausente,* em que são investidos os seus herdeiros em virtude da presumpção de morte

não tomando em consideração os factos que a precedem. Diversamente procedeu, e a nosso vêr com melhor criterio, o legislador allemão, que, fixando dum modo geral (cod civ, art 14°) o prazo de dez annos para que o ausente possa ser declarado morto, estabeleceu (artt 15°-17°) 1) o prazo de tres annos para o caso do desapparecimento durante a guerra das pessoas que nella hajam tomado parte, contando-se esse prazo desde a conclusão da paz, ou, se a não houver, desde que termine a guerra, 2) o prazo dum anno para as pessoas que hajam desapparecido durante a viagem por mar dum navio que se perca no mar Baltico, de dois annos para as pessoas que hajam desapparecido nas mesmas condições em viagem nos outros mares da Europa, comprehendendo todas as partes do Mediterraneo, do mar Negro e do mar d'Azof, e de tres annos para quaesquer outros mares, contando-se esses prazos desde que o navio não chegue ao porto de destino, ou, quando não haja destino fixo, desde que começou a viagem, 3) para as pessoas que, fóra dos casos referidos, se tenham encontrado em perigo de morte e em seguida desappareçam, que a morte pode ser declarada decorridos tres annos desde que se dê o perigo

Pelo projecto do codigo civil suisso de 28 de maio de 1904 a declaração de ausencia corresponde á presumpção de morte, podendo pedir-se essa declaracão decorrido que seja o prazo dum anno, quando a pessoa haja desapparecido em perigo de morte, e o de cinco annos no caso de não haver parte della (artt. 36°-39°)

O prazo de vinte annos, que o nosso codigo estabelece para presumpcão de morte, é exaggerado no estado actual dos meios de communicação e de publicidade

89 *Quando tem logar a curadoria provisoria.* Para que se institua a curadoria provisoria não basta o facto da ausencia sem noticias (1), sendo necessarias além disso as seguintes condições: que o ausente não tenha deixado procurador ou quem legalmente o represente e que seja necessario providenciar acerca da administração ou conservação dos seus bens (art. 55°)

(1) Sustentou-se que a curadoria provisoria havia sido instituida não só para o ausente em sentido proprio, mas ainda para o *não presente,* pelas seguintes razões 1) a sociedade lucra em que sejam bem administrados não só os bens do ausente de que não ha noticias, mas ainda os daquelles cuja existencia e conhecida e que os abandonou, 2) a curadoria provisoria não é incompativel com a ausencia quando haja noticias, como se vê do artigo 78° § unico Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* tomo I, pag 259, Manuel Maria da Silva Bruschy, *Manual de direito civil,* tomo I, § 57°, nota 47

Estes argumentos não procedem O legislador não teve em vista, na curadoria provisoria, o ausente de que haja noticias, como claramente se deprehende do artigo 55° e ainda do artigo 63°, em que se determina que a curadoria provisoria termina pela certeza da vida ou pela volta do ausente, e, tractando-se de providencias relativas á condicionalidade juridica das pessoas, não podem ampliar-se a circumstancias e factos diversos daquelles para que o legislador estabeleceu essas providencias O facto de o curador provisorio conservar a administração dos bens até que o ausente, no caso de haver a certeza da sua existencia, regressa, nada prova, pois apenas se tracta da conservação de medidas já tomadas Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* tomo I, pag 260 e o dr Dias da Silva, *Processos especiaes, civis e commerciaes,* vol. I, pag 106

Ao contrario do que se dava no nosso antigo direito (1), a curadoria provisoria póde ser deferida logo que se prove o facto da ausencia, não se tornando necessario que esta se dê durante um determinado prazo

Quando o ausente haja completado noventa e cinco annos de idade, ou, quando, não se tendo requerido a curadoria provisoria, hajam decorrido mais de quatro ou de dez annos, conforme o ausente houver deixado ou não procurador bastante, já não deve installar-se a curadoria provisoria. Dada a primeira destas hypotheses, são os herdeiros do ausente investidos na posse definitiva dos bens, e, quando se verifique a segunda, installar-se-ha a curadoria definitiva

Tendo a curadoria provisoria por fim só a conservação do patrimonio do ausente, claro é que não devia instituir-se desde que haja quem, por mandato ou disposição da lei, administre os seus bens, ou quando não seja necessario promover a conservação destes.

Quando o procurador nomeado pelo ausente não tenha poderes bastantes para a administração de todos os bens, falleça, renuncie ao mandato ou lhe seja impossivel exercê-lo, deve instituir-se a curadoria provisoria, no primeiro caso, para a administração dos bens que não se comprehendam no mandato, e, nos tres ultimos, para todos, embora, para a installação da curadoria definitiva se conte, nos tres ultimos casos, o prazo de dez annos. Passados tres annos de ausencia e se houver receio de insolvencia do procurador, de modo que não possam tornar-se effectivas as responsabilidades que haja contrahido, os herdeiros presumidos do ausente poderão requerer que elle preste caução sufficiente, e, se não puder ou não quiser prestá-la, ser-lhe-hão cassados os poderes (art. 64.º

(1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo I, § 394.º

§ unico), devendo estabelecer se curadoria provisoria (1). Quando se dê opposição de interesses entre o procurador do ausente e este, deve nomear-se um curador especial (artt. 60.º e 153.º).

Os administradores legaes a que se refere o artigo 55.º são: os paes (artt. 137.º e 139.º), o tutor (art. 185.º), o administrador dos bens do prodigo (art. 351.º), o conjuge (artt. 1117.º § unico, 1189.º, 1190.º), o socio relativamente aos bens da sociedade (art. 1270.º n.º 1.º), o comproprietario (art 2179.º), o parceiro (art. 2191.º).

Quanto a necessidade da conservação dos bens do ausente, notaremos que só num caso se não podera dar: o de pertencer ao ausente a propriedade dos bens de que seja usufructuario um terceiro, emquanto durar esse usufructo.

Em todos os outros casos, como quando se deva receber juros de capitaes mutuados, dividendos ou juros de papeis de credito, rendas de predios, é necessaria a curadoria provisoria para arrecadar esses rendimentos e os collocar convenientemente

A doutrina de que, havendo quem voluntariamente se incumba da administração dos bens do ausente, não é necessario prover acerca da conservação delles e portanto não deve installar-se a curadoria provisoria, não é acceitavel. O administrador dos bens deve ser nomeado pelo juiz competente segundo as normas estabelecidas na lei, e devem tomar-se, para garantir os direitos do ausente ou de seus herdeiros, as

(1) Afigura-se-nos que é pela disposição referida que deve resolver-se a questão, já ventilada entre nos, se pode instituir-se a curadoria provisoria, quando o procurador do ausente administre mal Esse procurador é responsavel por perdas e damnos (art 1336.º) e os herdeiros presumidos do ausente so podem, quando haja receio de insolvencia, exigir caução passados tres annos Veja-se o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, 1.ª edição, tomo V, pag 249 e a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol III, pag. 314.

providencias que a mesma lei estabelece, isto é, Inventario ou arrolamento dos bens e caução (art. 58.º e cod. de proc civ.. art. 686.º).

90. *Quem pode requerer a curadoria provisoria, a quem deve ser deferida e sua organização* A curadoria provisoria póde ser requerida pelo curador dos orphãos e por todos aquelles que tenham interesses de ordem patrimonial na conservação dos bens do ausente (art 56 º, e cod de proc civ , art. 685.º), afigurando-se-nos que não póde ser deferida officiosamente pelo juiz, porque a lei não lhe confere essa attribuição (1).

Para o curador dos orphãos, attento o fim que têem as providencias estabelecidas na lei — a protecção do ausente, constitue um dever requerer as medidas que julgar opportunas (art. 62 º), podendo o juiz communicar-lhe para esse effeito quaesquer factos de que tenha conhecimento

Para curador provisorio deve ser nomeado pelo juiz, attenta a natureza da curadoria provisoria, o mais idoneo dos herdeiros presumidos, e, na falta delles ou quando nenhum seja idoneo, o interessado na conservação dos bens do ausente que tambem seja mais idoneo (art. 57 º e cod. de proc civ., art 685 º § 3.º).

O curador provisorio recebe os bens do ausente por inventario (art 58.º), que tem de fazer-se no proprio processo da curadoria, se os bens ja se não acharem descriptos noutro inventario (cod. de proc. civ., art. 685 º §§ 6 º e 7 º), e tem

(1) O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA affirma que os herdeiros instituidos em testamento publico não podem requerer a curadoria provisoria por não haver ainda vantagens a repartir com elles (*obr cit*, tomo I, pagg 71 e 72)

Esta doutrina é, em nosso parecer, insustentavel, pois que os herdeiros presumidos são tanto os legitimos como os instituidos em testamento e os interesses duns e doutros são os mesmos

de prestar caução sufficiente por meio de hypotheca, deposito ou fiança (cod de proc civ , art 686 º § unico) pela importancia dos bens mobiliarios e do rendimento liquido dum anno dos bens immobiliarios (art 58.º). Se o curador nomeado não puder prestar a referida caução, o juiz fará consignar em deposito os valores mobiliarios que utilmente se pudérem conservar, e os demais serão vendidos em leilão, e assim o seu producto como os outros capitaes serão empregados em valores productivos que offereçam sufficiente segurança (art 58 º § unico)

Os poderes do curador provisorio limitam-se aos actos de mera administração, da qual dara contas annualmente, competindo-lhe representar o ausente em juizo em todas as acções contra elle intentadas, devendo propor as acções conservatorias que não possam retardar-se sem prejuizo do ausente, e póde pedir auctorização judicial para alienar, hypothecar ou por qualquer modo obrigar os bens do ausente (art 59 º e cod. de proc civ., art 659.º) No caso de não haver sido installada a curadoria provisoria ou de não haver representante legal do ausente e de se intentar em juizo algum pleito contra elle, ser-lhe-ha nomeado um curador especial, devendo essa nomeação recaír em advogado ou procurador (art 60.º e cod de proc. civ , art 13 º)

O curador provisorio haverá cinco por cento da receita liquida que realizar (att. 61 º).

91. *Termo da curadoria provisoria* A curadoria provisoria, fundando-se na presumpção da ausencia, acaba (art 63 º):

1) Pelo regresso do ausente ou certeza da sua existencia, devendo, neste ultimo caso e logo que conste em juizo o logar onde reside, mandá-lo o juiz notificar de que os bens estão em curadoria provisoria a fim de elle providenciar, e, emquanto o não fizer, continuara a mesma curadoria provisoria. No caso de regresso do ausente, a curadoria provisoria so termina,

quando, julgada a identidade do ausente, o juiz manda entregar os bens, ou, emquanto não o seja, prestando o ausente caução (cod. do proc. civ., artt. 687.º e 688.º),

2) Pela comparencia de procurador bastante, ou de quem legalmente represente o ausente;

3) Pela certeza da sua morte;

4) Pela declaração da ausencia, em virtude da qual se installa a curadoria definitiva.

92 *Quando se installa e quem pode requerer a curadoria definitiva.* Na curadoria definitiva não se attende aos interesses do ausente mas aos dos seus herdeiros, do conjuge presente e doutros interessados nos bens do ausente, em virtude de, pela certeza da ausencia, se ir firmando a presumpção de morte.

Só os herdeiros, tanto os legitimos, entre os quaes figura a fazenda nacional (art. 1969.º n º 6 º), como os testamentarios, é que podem requerer esta curadoria, decorrido que seja o prazo de quatro annos contados desde a ausencia ou da data das ultimas noticias, se o ausente não deixou procurador bastante, ou de dez, se o deixou. Neste caso e para o effeito da installação da curadoria definitiva, é indifferente que o procurador haja fallecido ou renunciado ao mandato. A lei não faz distincção, sendo o facto de o ausente *ter deixado procurador bastante,* ou, por outras palavras, com poderes para administrar os seus bens, o que determina a fixação desse prazo, talvez em consideração de que o individuo que providenciou acerca da administração dos seus bens presumia estar mais tempo ausente sem dar noticias.

Quando haja testamento cerrado, poderá ser este aberto, com as formalidades exigidas por lei, a requerimento do ministerio publico, do seu possuidor ou de qualquer pessoa que se considere interessada na successão (cod. do proc. civ., art. 411.º) Quando o testamento não haja sido aberto para o

effeito de se requerer a curadoria definitiva, deve-lo-ha ser para o seu deferimento (cod. civ., art. 66.º).

Como o ausente se presume fallecido no momento em que delle deixou de haver noticias ou desde o facto do desapparecimento, os herdeiros das pessoas que teriam de succeder ao ausente podem, embora ellas hajam fallecido antes de decorrido o prazo necessario para que se pudesse requerer a curadoria definitiva, requerê la como representantes dessas pessoas.

As pessoas que, por morte do ausente, tenham direito fundado a bens delle, poderão requerer, se os herdeiros não pedirem a curadoria, a justificação da ausencia, no prazo declarado no artigo 64 º, afim de que esses bens lhes sejam entregues (cod. de proc civ., art. 413 º).

Entre as formalidades necessarias para a justificação da ausencia notaremos a dos editos citando o ausente, que são de seis mêses (art. 65.º e cod. de proc. civ., art. 406.º § 2 º), não podendo ser proferida a sentença que defira a curadoria sem que haja decorrido esse prazo, e não podendo ser executada sem que decorram quatro mêses depois da sua publicação, a qual deve fazer-se pela mesma fórma que a dos editos a citar o ausente (art. 65.º e cod. de proc. civ., art. 407.º § 2.º).

93 *Pessoas a quem deve ser deferida a curadoria definitiva e direitos que ficam tendo.* Relativamente ás pessoas a quem deve ser deferida a curadoria e aos direitos que ficam tendo, necessario é distinguir entre *a*) ausente solteiro ou viuvo sem filhos; *b*) ausente solteiro ou viuvo com filhos; *c*) ausente casado sem filhos, *d*) ausente casado com filhos.

O codigo só regula expressamente os casos de o ausente ser solteiro, casado sem filhos e com filhos tanto legitimos como perfilhados, e o da ausencia simultanea ou successiva de ambos os conjuges, que tenham filhos. Teremos de supprir, recorrendo á analogia, as deficiencias do codigo.

1) *Ausente solteiro ou viuvo sem filhos* A curadoria definitiva deve ser deferida aos herdeiros presumidos do ausente ao tempo do desapparecimento ou a data das ultimas noticias, porque o legislador presume que o ausente falleceu no proprio momento em que desappareceu ou á data da expedição das ultimas noticias

Esta presumpção cessa, porém, logo que se averigue precisamente a epocha da morte do ausente, e, se a esse tempo outros fossem os seus herdeiros, a estes deverão ser entregues os bens, se o seu direito ainda não houver prescripto (artt. 80.º e 81 º) Se, depois de deferida a curadoria definitiva, apparecer algum herdeiro que na ordem da successão deva excluir aquelle a quem a curadoria foi dada, poderá usar dos meios competentes para que seja tirada a este, e deferida a quem de direito pertencer (art 68 º).

Pelo que respeita aos direitos e obrigações dos curadores definitivos, estes ficam na posse provisoria dos bens do ausente, tendo de prestar caução para garantir os direitos do ausente a esses bens, caso não seja fallecido. A caução tem de ser sufficiente, garantindo-se por ella a importancia dos bens mobiliarios e dos rendimentos que os curadores não façam seus (art. 69 º) Se os herdeiros não prestarem caução, continuará a administração provisoria, em relação aos bens que deviam ser entregues ao herdeiro que a não prestou, emquanto esta fôr necessaria (art 70.º) (1)

(1) O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA diz que, terminando a curadoria provisoria pela installação da curadoria definitiva (art. 63 º n º 4 º) e sendo incompativel com esta, a administração provisoria pertence aos curadores definitivos (*obr cit*, 2 ª edição, nota ao art 70 º)

Esta doutrina é, em nosso parecer, insustentavel O artigo diz que *continuará* a administração provisoria, sendo portanto evidente a referencia a uma administração já constituida e que só termina pela entrega dos bens aos curadores definitivos Se fôr um só o curador definitivo e não prestar caução, não póde haver duvida alguma sobre a subsistencia da curadoria provisoria, que, não se constituindo a curadoria definitiva pela entrega dos bens, não póde ser incompativel com ella No caso de haver mais do que um curador definitivo, a lei não lhes reconhece direito algum aos bens dos que não prestem caução, devendo esses bens continuar portanto na curadoria provisoria, até que os curadores a quem deviam ser entregues prestem caução, ou haja decorrido o prazo necessario para que entrem na posse definitiva dos bens

Se a doutrina do conceituado commentador fosse verdadeira, como os curadores definitivos ficavam sendo meros administradores, necessario seria excluir pelo menos dessa administração os que não fossem idoneos, circumstancia a que se não attende para a curadoria definitiva, em virtude da natureza desta

Os curadores têem o goso desses bens nas seguintes condições (art. 73 º).

a) Desde o dia da sua entrega, pela constituição da curadoria definitiva, farão sua a quarta parte dos rendimentos, se o ausente ou outros herdeiros apparecerem dentro de dez annos contados desde o dia do desapparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias que delle houver,

b) Se o ausente apparecer dentro do prazo de dez a vinte annos, farão sua a metade desses rendimentos;

c) Se elle apparecer passados vinte annos farão seus todos os rendimentos

Em qualquer destes dois ultimos casos, afigura-se-nos que o prazo dentro do qual os curadores definitivos fazem sua a metade ou a totalidade dos rendimentos se conta tambem desde o dia da constituição da curadoria definitiva. não tendo portanto que capitalizar-se, para serem entregues ao ausente ou aos seus herdeiros, se o não forem os curadores definitivos, a parte dos rendimentos que os curadores definitivos não façam seus durante o primeiro e o segundo periodo A declaração de que os curadores definitivos *farão seus todos os rendimentos,* se o ausente apparecer passados vinte annos, só assim se póde

explicar, pois nenhuma duvida podia haver de que os rendimentos que receberem depois de presumida a morte do ausente lhes pertencem todos (1).

O curador definitivo, que não preste caução, não tem direito ao rendimento dos bens do ausente. excepto se deixar de a prestar por falta de meios, caso em que, justificando essa falta, poderá requerer que se lhe adjudique metade dos rendimentos que haveria, tomando conta dos dictos bens (art. 70.º).

Quaes são os bens que devem ser entregues aos curadores definitivos?

O legislador faz distincção (artt 71.º e 72 º) entre os bens que já pertenciam ao ausente ao tempo do desapparecimento ou das ultimas noticias, ou que lhe advieram posteriormente, mas não dependiam da condição da sua existencia, e os bens que lhe advieram posteriormente ao momento do desapparecimento ou á data das ultimas noticias e cuja adquisição dependia da condição da sua existencia. Os curadores definitivos só têem direito a que lhes sejam entregues os bens que já pertenciam ao ausente ao tempo das ultimas noticias, ou do seu desapparecimento, e os que lhe sobrevieram, mas não dependiam da condição da sua existencia, pois que o legislador presume que o ausente falleceu no momento da ausencia ou á data em que expediu as ultimas noticias.

Como exemplo destes bens, citaremos os que advenham ao ausente por accessão natural (artt 2290 º e segg), os que adquira em virtude duma condição contractual que só se verifique posteriormente a ausencia, pois que, verificada ella, o contracto considera-se perfeito desde a sua celebração (art. 678.º).

Os bens e direitos que eventualmente sobrevierem ao ausente

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXVI, pag 195.

desde que desappareceu ou desde a data das ultimas noticias e que sejam dependentes da condição da sua existencia, passam áquelles que seriam chamados a succeder nesses bens, se o ausente houvesse fallecido (1). Taes são os bens que advenham ao ausente por successão legitima ou testamentaria, em que a capacidade de succeder é a que o individuo tem ao tempo da morte do auctor da herança Relativamente a esses bens, os curadores definitivos, ou, na sua falta, o ministerio publico, têem o direito de requerer que sejam inventariados, e aquelles que retiverem e arrecadarem os dictos bens têem de prestar caução sufficiente, que só durará pelo espaço de dez annos contados desde que os dictos bens lhes advieram (art. 72 º § 1.º)

Além do goso dos bens pertencentes ao ausente, nas condições que deixamos referidas, os curadores definitivos têem o direito de administrar esses bens e compete-lhes representar o ausente. Assim, têem o direito de pedir contas aos curadores provisorios, não o tendo sido elles mesmos ou não tendo as dictas contas sido prestadas devidamente, recebem os fructos e rendimentos que existirem da anterior administração, e podem demandar e ser demandados como legitimos herdeiros do ausente (art. 74 º). Como herdeiros presumidos que são, não estão obrigados a prestar contas da sua administração, excepto ao ausente ou a seus herdeiros, se outros se habilitarem (art. 75.º) Sendo só administradores, não podem alienar bens immobiliarios ou mobiliarios, excepto se doutro modo se não puder solver qualquer divida do ausente, evitar a deterioração e ruina de alguma propriedade, custear as bemfeitorias necessarias ou uteis de que carecerem os bens do ausente ou occorrer

(1) No artigo 72 º, que regula a hypothese do que acabamos de fallar, ha um erro na parte em que diz *succeder-lhe*. Devia dizer-se somente *succeder*, ou *succeder nesses bens*

a outra urgente necessidade, precedendo auctorização do juizo competente (cod. civ., art. 76.º e § unico, e cod do proc. civ., art. 659.º)

2) *Ausente solteiro ou viuvo com filhos* São tambem os herdeiros presumidos, os filhos e ainda outros, se o ausente tiver disposto em testamento da quota disponivel da herança, que têem direito a curadoria definitiva

Os filhos, porém, ao contrario do que succede com os outros herdeiros, tanto legitimos como instituidos em testamento, fazem seus todos os rendimentos dos bens e podem alienál-os decorrido que seja o prazo de dez annos, contados desde o desapparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias (artt 91 º-93 º, por analogia).

3) *Ausente casado, não havendo filhos* Pelo que respeita aos bens do ausente casado que não deixou filhos, o conjuge presente tem acerca delles os mesmos direitos e obrigações dos curadores definitivos, sendo obrigado a prestar caução e administrando esses bens, mas pertencem-lhe todos os fructos e rendimentos (art 85.º)

Estes direitos terminam decorrido que seja o prazo de vinte annos contados desde o tempo do desapparecimento ou das ultimas noticias havidas delle, completando o ausente noventa e cinco annos de idade, ou pela certeza da sua morte (artt 83.º e 85 º), e os bens passam para os herdeiros do ausente, tendo o conjuge presente, neste caso, o direito de apanagio nos termos do artigo 1231 º (art 87.º e § unico).

Se o conjuge presente fallecer antes de haver terminado o prazo durante o qual a lei lhe concede o goso e a administração dos bens do ausente, serão estes entregues aos seus herdeiros, que serão considerados como curadores definitivos, levando-se-lhes em conta, pelo que respeita ao termo da curadoria definitiva e direitos que lhes competem, o tempo de administração do conjuge fallecido (art 88.º)

Regressando o conjuge ausente antes de findo o prazo de

vinte annos ou de haver completado noventa e cinco de idade, continuará a sociedade conjugal nos termos em que tiver sido constituida; regressando depois desse prazo, recuperara os seus bens na forma declarada no artigo 80 º, mas, se o conjuge presente fôr ainda vivo, não se entenderá por isso que fica restabelecida a communhão de bens, se por ventura tiver existido, salvo se os conjuges assim o convencionarem de novo por escriptura publica (artt 86 º e 89 º).

A declaração de ausencia e consequente constituição da curadoria definitiva produz ainda effeitos quanto aos direitos que o conjuge do ausente fica tendo em relação aos bens que, pelo inventario e partilha, se forem communs, ou pela separação, se forem proprios ou dotaes (art 82.º), lhe ficarem pertencendo É assim que, em relação a esses bens, o conjuge presente fica tendo os mesmos poderes que se não fôra casado (art 84 º), não se tornando necessaria para a mulher a auctorização do marido, attenta a impossibilidade de a obter, nem para o marido a outorga da mulher, quanto aos actos que so poderiam ser realizados mediante essa auctorização ou outorga ou o seu supprimento judicial. Logo que regresse, porém, o ausente, ou haja a certeza da sua existencia, cessa para o conjuge presente a livre disposição dos seus bens, embora esses factos tenham logar depois da presumida morte do ausente O facto de se não entender restabelecido neste caso o regimen da communhão, se tiver existido, o que deve considerar-se, pelo menos em parte, razão justificativa da modificação que se dá no regimen de bens no matrimonio, não altera os direitos que, no regimen da separação de bens, e quanto a administração e disposição destes, ficam tendo os conjuges.

4) *Ausente casado, havendo filhos.* Neste caso, o conjuge presente tem acerca dos bens que, segundo o regimen de bens no matrimonio, lhe tocarem pelo inventario e partilha ou separação, os mesmos direitos que no caso de não haver filhos, visto que a unica differença que o legislador estabeleceu entre

as duas hypotheses foi a de subdividir pelos filhos os bens que pertencem ao ausente (art. 90 °)

Esta sub-divisão é feita por todos os filhos do ausente, sejam ou não do leito commum, isto é, havidos do conjuge ausente e do presente, ou daquelle e doutra pessoa, e legitimos ou perfilhados (art. 93 °) Todavia, pelo que respeita á porção de bens que devem receber, os direitos dos filhos legitimos não são os mesmos dos perfilhados (art 1785 °)

Ha, além disso, a distinguir tambem entre filhos menores e maiores ou emancipados, ficando estes com a administração e goso dos bens, e pertencendo essa administração e o usufructo ao conjuge presente relativamente aos primeiros, emquanto não attingirem a maioridade (artt. 91.°, 92 ° e 145.°).

Os filhos só podem alienar os bens decorrido o prazo de dez annos desde o desapparecimento do ausente ou da data das ultimas noticias. salvo nos casos em que podem ser alienados pelos curadores definitivos do ausente solteiro (art 91.°). Tambem podem ser alienados, antes do prazo de dez annos, os bens sujeitos a perecer ou a depreciar-se e os de dispendiosa conservação, precedendo auctorização judicial, mas o preço da venda deve ser empregado productivamente (art 91.° § unico).

5) *Ausencia simultanea ou successiva dos conjuges* No caso de ausencia simultanea dos conjuges, se não deixarem filhos, deve proceder-se a inventario e partilha ou separação dos bens do casal, segundo o regimen de bens, a fim de os herdeiros presumidos de cada um dos conjuges ausentes entrarem na curadoria definitiva dos bens que a cada um desses conjuges ficarem pertencendo. Quando a ausencia seja successiva, decorrido que seja o prazo de quatro annos relativamente a cada um dos conjuges, póde requerer-se a curadoria definitiva, e para se determinarem os bens que pertencem ao conjuge ausente, cuja curadoria definitiva fôr instituida, tem de proceder-se a inventario e partilha dos bens do casal. Os curadores definitivos ficam tendo os mesmos direitos que têem os do ausente solteiro ou viuvo sem filhos Esta doutrina representa a applicação das disposições respeitantes á curadoria definitiva do ausente solteiro, pois o legislador só se refere expressamente á hypothese da ausencia simultanea ou successiva dos conjuges, havendo filhos

Neste caso, se os filhos forem maiores, tomarão, justificada a ausencia nos termos do artigo 64 °, conta dos bens dos paes precedendo inventario, podendo accordar-se entre si quanto á sua partilha e administração, ou, quando não haja accordo, fazendo-se a partilha judicialmente, e tomando cada um delles conta dos bens que lhe tocarem, que ficarão administrando livremente, mas que só poderão alienar decorrido que seja o prazo de dez annos, salvo nos casos em que podem ser alienados para o seu producto ser applicado productivamente (art. 95.°)

Se forem menores, procede-se sempre a inventario e partilha, sendo organizada a tutela para a administração desses bens, acerca dos quaes, e salvo o regimen da tutela, os filhos ficam com os mesmos direitos que se fossem maiores (art. 96 °)

94 *Quando póde a fazenda nacional requerer a curadoria definitiva.* Vimos que a fazenda nacional podia, na qualidade de herdeiro legitimo (artt 1969 ° n ° 6.° e 2006.° a 2008.°), requerer a curadoria definitiva, sendo-lhe esse direito expressamente reconhecido no artigo 412 ° do codigo de processo civil A fazenda nacional só pode, porém, requerer a curadoria definitiva, se, decorridos quatro annos da duração da curadoria provisoria, não vierem a juizo requerê-la os herdeiros presumidos do ausente.

Se, portanto, não houver sido estabelecida a curadoria provisoria ou esta não houver durado quatro annos, o que, em relação aos outros herdeiros, se não exige para a installação da curadoria definitiva, não póde a fazenda nacional requerer

que lhe seja deferida esta curadoria, doutrina que, em nosso parecer, se não pode justificar, pois o facto de se deferir a curadoria definitiva á fazenda nacional não obstava a que os outros herdeiros fizessem valer os seus direitos

Quando não haja sido requerida a curadoria provisoria, poderá o agente do ministerio publico requerê la na qualidade de curador geral dos orphãos, se accumular essas funcções, ou solicitar, caso se não dê essa accumulação, que esse curador a requeira.

A fazenda nacional é representada pelos agentes do ministerio publico (cod. de proc civ., art. 10 °), sendo elles que devem requerer a curadoria definitiva (cod de proc. civ , art. 412.°), e tendo o Estado, na qualidade de curador definitivo, os mesmos direitos e obrigações que têem os curadores definitivos do ausente solteiro sem filhos, exceptuada a caução, a que não é obrigado (cod. de proc civ., art. 412.° § unico).

95. *Direitos e obrigações dos legatarios e outros interessados em bens determinados* Como vimos, as pessoas que tenham fundado direito a alguma parte dos bens do ausente, ou, antes, a bens certos e determinados, como os legatarios instituidos em testamento pelo ausente, as pessoas que tenham de succeder nos bens que eventualmente sobrevierem ao ausente depois do seu desapparecimento ou da data das ultimas noticias, podem requerer, como os herdeiros presumidos, a justificação da ausencia, e, feita essa justificação, ser-lhes-hão entregues os bens por meio de inventario e caução

Os legatarios ficam, pelo que respeita aos seus direitos e obrigações em relação aos bens que lhes forem entregues, na mesma situação que os herdeiros do ausente solteiro ou viuvo sem filhos (artt. 69 °, 70 °, 73 ° e 80 °) Os presumidos herdeiros dos bens que sobreviverem ao ausente ficam numa situação muito diversa. Têem de prestar caução, mas esta só durará pelo prazo de dez annos contados desde que taes bens lhes

advieram (art 72 ° § 1 °), isto é, desde que succederiam nesses bens se o ausente houvesse fallecido, e só têem obrigação de restituir esses bens ao ausente, se elle apparecer decorrido esse prazo, emquanto não houver decorrido o prazo da prescripção em conformidade das regras geraes, prescripção que se dá tanto contra o ausente como contra os herdeiros e legatarios, e fazem seus, sendo possuidores de boa fé, todos os rendimentos dos bens que lhes sejam entregues, incluindo os que hajam sido recebidos durante a curadoria provisoria (art 72.° § 2 °). Se estiverem de má fé, isto é, se souberem que o ausente vivia ao tempo em que se deu a transmissão dos bens, são obrigados não só á restituição dos bens e dos fructos que hajam percebido, desde que começou a má fé, mas ainda á indemnização de perdas e damnos, em harmonia com as regras geraes applicaveis aos possuidores de má fé (artt 72.° § 2 °, 496.° e 497 °).

O direito a essa restituição pertence tanto ao ausente, no caso de regressar, como aos seus herdeiros, mas prescreve em harmonia com as regras geraes.

96. *Termo da curadoria definitiva* A curadoria definitiva termina (art. 78 °)

1 ° Pela volta do ausente;

2 ° Pela noticia da sua existencia,

3 ° Pela certeza da sua morte,

4 ° Pelo lapso de vinte annos;

5.° Contando o ausente noventa e cinco annos de idade.

Nos tres primeiros casos deixa de existir a ausencia em sentido proprio, pois ha a certeza da vida ou da morte do ausente.

Pela volta do ausente, este deve requerer, para que se considere terminada a curadoria definitiva, a citação dos curadores definitivos para lhe entregarem os bens ou negarem a sua identidade (cod. de proc civ , art 415.°). Com a noticia da

vida do ausente, a curadoria passa de definitiva a provisoria, nomeando o juiz curador provisorio o que era definitivo, e, quando haja mais do que um curador definitivo, o que fôr mais idoneo (cod de proc civ., art. 417 °) Dada a certeza da morte, os curadores definitivos ficam sendo os herdeiros do ausente, mas o facto da morte tem de ser provado em juizo pelo competente processo (1).

Quando tenham decorrido vinte annos de ausencia, relativamente ao ausente que não tenha filhos, e de dez, relativamente ao que os tenha, contados tanto num como noutro caso desde o desapparecimento ou da data das ultimas noticias, os curadores definitivos são investidos na posse definitiva dos bens. porque o legislador presumiu que, sendo vivo o ausente, não deixaria de haver noticias delle durante o periodo de vinte annos, e, quando tenha filhos, que o amor paternal o levaria a pedir noticias delles antes de haver decorrido o prazo de dez annos Para se considerar, porém, terminada a curadoria definitiva pelo lapso de vinte annos, o ausente deverá ser novamente citado, por editos de noventa dias e annuncios nos termos dos §§ 2 ° e 3.° do artigo 406.° do codigo de processo civil (cod de proc. civ , art. 416.°).

Quando não haja sido deferida a curadoria definitiva antes de decorrer o periodo de vinte annos, os herdeiros ou interessados terão de requerer a justificação da ausencia para a successão ou entrega dos bens, fazendo-se essa justificação nos termos dos artigos 406 ° e seguintes do codigo de processo civil (cod. de proc civ , art 414 °)

Contando o ausente noventa e cinco annos de idade é de presumir, attendendo á média da vida humana, que tenha fallecido. Se tiver sido constituida a curadoria definitiva, juncta ao respectivo processo a certidão de obito, o juiz declarara

(1) Veja-se o DR DIAS DA SILVA, *Processos especiaes, civis e commerciaes*, vol I, pag 137

terminada essa curadoria (cod de proc. civ., art 416.° § 1.°). Se não houver sido constituida essa curadoria, tem de fazer-se a justificação da ausencia (cod. de proc civ , art. 414 °).

Os curadores definitivos passam a ser considerados como herdeiros, quando hajam decorrido os prazos referidos, em virtude duma presumpção, que póde ser elidida por prova em contrario.

Se o ausente ainda vive e regressa depois de haver terminado a curadoria definitiva, tem direito a que lhe sejam restituidos os bens existentes no estado em que se acharem, os subrogados no logar delles e o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquelle tempo, mas não o preço consumido, isto é, que já não faça parte do seu patrimonio (art. 80.°).

Quando os curadores definitivos sejam filhos do ausente, podem dispôr livremente dos bens, como já vimos, decorrido que seja o periodo de dez annos desde o momento em que o ausente desappareceu, ou da data das ultimas noticias, e se, após esse tempo, o ausente regressar, só poderá recuperar os bens que effectivamente existirem ainda em poder dos filhos e os subrogados ou comprados com o producto dos alienados (art 94 °)

O direito do ausente a haver os seus bens nas condições referidas não esta sujeito á prescripção, em virtude de se não verificar a presumpção de morte.

Outro tanto não succede com os seus herdeiros Quando, após o termo da curadoria definitiva, se venha a verificar que os herdeiros do ausente não eram os que foram instituidos curadores definitivos, estes devem entregar aos herdeiros do ausente os bens que possuirem nas mesmas condições em que o deveriam fazer, se o ausente regressasse, mas póde a prescripção libertá-los dessa obrigação, e o tempo da prescripção varia conforme se tracte de herdeiros legitimarios e legitimos ou testamentarios (artt. 80 ° § unico, 81.° e 89 ° § unico). Assim,

o direito dos primeiros prescreve pelo lapso de dez annos desde o termo da curadoria definitiva, seja qual fôr o facto que o determina, e o dos outros decorrido que seja o prazo de vinte annos desde o desapparecimento do ausente ou das ultimas noticias (1)

É applicavel, por analogia, aos herdeiros não legitimarios do ausente casado, que appareçam depois do termo da curadoria definitiva, o que no artigo 81.° se dispõe acerca dos herdeiros do ausente solteiro, e consideramos tambem applicavel esta disposição aos interessados em bens certos e determinados

As alienações que os curadores definitivos hajam feito dos bens do ausente não se podem annullar em qualquer dos casos referidos, nem os onus que hajam sido constituidos sobre esses bens, visto que os herdeiros presumidos do ausente ficam, terminada a curadoria definitiva, possuindo os bens a titulo de proprietarios O legislador apenas os obriga a restituir, attento o caracter eventual que, por se fundar numa presumpção, tem

(1) No projecto primitivo não se distinguia entre herdeiros legitimarios e legitimos ou testamentarios, dizendo-se no artigo 83.° «Constando com certeza a epocha da morte do ausente, e acontecendo que, a esse tempo, outros fossem os seus herdeiros, só poderão estes reclamar os bens do ausente, não sendo decorridos os vinte annos declarados no artigo 80.° n.° 4.° (art 78.° n.° 4.°)».

A commissão revisora alterou esta disposição em sessão de 20 de maio de 1860, sem duvida no intuito de favorecer os herdeiros legitimarios Ha casos, porém, em que a obrigação que os presumidos herdeiros do ausente ficam tendo de restituir os bens aos herdeiros legitimarios prescreve, antes de prescrever em relação aos outros herdeiros

Assim, se o ausente completar noventa e cinco annos depois de quinze annos de ausencia, a prescripção em relação aos herdeiros não legitimarios dar-se-ha na prazo de cinco annos

Possuindo os curadores definitivos em nome do ausente, parece que a prescripção so deveria começar, em qualquer hypothese, desde o termo da curadoria definitiva

o seu direito, tudo aquillo com que se locupletariam á custa do ausente ou dos seus herdeiros.

§ 22 — *Termo do direito de personalidade*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo I, §§ 70.° e 72.°, SAVIGNY, *obr cit*, § 63.°, CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, pag 178

97 *Quando acaba a personalidade.* O direito de personalidade das pessoas singulares termina no momento da morte.

Quem reclama um direito que depende da existencia duma pessoa deve provar que essa pessoa vivia quando o direito se transmittiu, e quem pretende um direito que está dependente da morte de outra pessoa deve provar este facto

O facto da morte prova-se pelos meios estabelecidos na lei, e, no caso de ausencia, em que se ignora se o individuo é vivo ou morto, presume-se a morte desde que, como vimos, o ausente haja completado noventa e cinco annos de idade ou vinte de ausencia continua, contados desde o momento em que se deu o desapparecimento do logar do ultimo domicilio ou residencia ou da data da expedição das ultimas noticias.

A presumpção da morte em virtude de ausencia cede perante a prova de que o ausente existe, tendo este direito a rehaver os seus bens nos termos ja referidos, e subsistindo as relações de familia Assim, se a mulher dum ausente, que se presumia morto, houver contrahido segundas nupcias, estas serão nullas, embora, tendo sido contrahidas de boa fé, produzam os mesmos effeitos juridicos relativamente aos conjuges e aos filhos, que se fossem validas (artt 1091.° e 1092.°) (1).

(1) Sustenta o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA a doutrina de que o conjuge presente não pode contrahir segundas nupcias, embora hajam decorrido

98. *Doutrina sobre a prioridade da morte das pessoas fallecidas no mesmo desastre ou dia.* Suscitam-se por vezes difficuldades em determinar o momento preciso da morte e portanto se uma pessoa falleceu antes ou depois doutra, como quando morrem muitas pessoas no mesmo desastre, naufragio, incendio, inundação, e, como a determinação da ordem por que a morte se dér póde ser duma grande importancia para se fixarem os direitos de successão, tem-se formulado regras em que, tomando-se por base a idade, o sexo, a robustez, o estado de pae e de filho e ainda outras circumstancias, se estabelecem presumpções de sobrevivencia

O nosso legislador, attendendo sem duvida a que não havia fundamento plausivel para essas presumpções, sanccionou a doutrina de que, não sendo possivel averiguar quaes foram as pessoas que no mesmo desastre se finaram primeiro, reputar-se-hão todas fallecidas ao mesmo tempo (art 1738 °) Esta doutrina está além disso de harmonia com o principio de que tem de provar o facto da morte, e portanto a prioridade

vinte annos de ausencia sem noticias ou o ausente tenha completado noventa e cinco annos de idade, «porque sem a certaza real da morte não se julga dissolvido o matrimonio, nem as providencias destes titulos respeitam senão aos bens (*obr cit*, tomo I, 2 ª edição, pag 81)».

Não se nos afigura admissivel esta doutrina Estabelecida legalmente a presumpção de morte, essa presumpção deve produzir todos os seus effeitos, e não ha disposição alguma em que se prohiba que a mulher do ausente contraia segundas nupcias

É provavel que o conceituado commentador do codigo civil se deixasse influenciar pela jurisprudencia franceza, mas em face do codigo civil francês a questão não póde ser discutida do mesmo modo (veja-se LAURENT, *Traite*, vol II, pagg 310 e segg)

Em nosso parecer, o legislador deveria ter em especial consideracão a situação do conjuge do ausente, pondo para esse effeito de lado o principio da indissolubilidade do matrimonio e permittindo-lhe que contrahisse segundas nupcias decorrido que fosse um determinado prazo.

della sobre a doutra pessoa, quem pretende um direito que está dependente desse facto Tractando-se dum desastre, a prova de que uma pessoa falleceu primeiro que outra será difficil, e só poderá fazer-se por meio de testemunhas ou de peritos

Tractando-se de pessoas que falleceram no mesmo dia, essa prova poderá fazer-se tambem pelo assento de obito, donde deve constar a hora (art 2183 ° n ° 1 °) A presumpção de que morreram ao mesmo tempo as pessoas fallecidas no mesmo dia, que se acha tambem estabelecida no citado artigo 1738.°, será portanto mais facil de destruir do que tractando-se dum desastre.

§ 23 — *Do registo do estado civil*

DR NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, pagg 195 e segg , CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr cit*, tomo V, commentario aos artigos 2441 °-2458 °; DR COELHO DA SILVA, *Manual do direito parochial*, 3 ª edição, pag 203, COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 57 °, 71 ° e 226 °.

99. *Como se provam os actos de estado civil.* A necessidade que ha, para a devida segurança e certeza nas relações da vida social, em se determinar o estado ou situação juridica das pessoas, fez com que os legisladores estabelecessem os meios de prova que julgaram mais adequados para demonstrar a existencia dos principaes elementos constitutivos do estado, instituindo para esse fim o *registo do estado civil* É este o meio de prova especialmente estabelecido pela lei para demonstrar os factos do nascimento, casamento e obito (art 2441.°), sendo so na falta de registo, ou no caso de se não acharem registados os factos mencionados, ou de o não estarem na

devida fórma, que poderá admittir-se, salva a ordem estabelecida nos artigos 114.º e 118.º e o que se dispõe no artigo 1084.º, qualquer outra especie de prova (art. 2442.º) (1).

Como disposição transitoria preceitua-se (art 2443.º) que os nascimentos, casamentos e obitos, occorridos anteriormente á publicação do codigo civil e ao estabelecimento do registo por elle ordenado, poderão provar-se pelos mesmos documentos que até então eram admittidos para prova desses factos. Onde ainda não está em vigor, para os cidadãos portuguêses catholicos, o registo civil a que se refere o artigo 2441.º, e anteriormenté a instituição deste, esses factos têem de provar-se pelos meios que para esse fim se achavam estabelecidos, não se podendo portanto recorrer á prova testemunhal, excepto quando não haja registo, ou não se ache registado o facto mencionado, ou não o esteja na devida forma (2).

Para completarmos a materia relativa á personalidade das pessoas singulares tractaremos do registo do estado civil, que se acha regulado, dum modo geral, na parte IV, livro II, titulo I, capitulo IV, secção III.

(1) Quanto á prova do casamento, dispõe o artigo 1083.º que o casamento contrahido no reino só póde provar-se por certidão extrahida do livro competente, salvo provando-se a perda deste, porque em tal caso é admissivel qualquer especie de prova Esta disposição deve completar-se com a consignada no artigo 2442.º, admittindo-se qualquer outra especie de prova, nos termos deste artigo, quando não haja registo, ou o acto se não ache registado, ou não o esteja na devida fórma

(2) É esta a doutrina que, em nosso parecer, resulta da combinação dos artigos 2441.º-2443.º, e a que se admittia no direito anterior ao codigo civil, como pode ver-se em COELHO DA ROCHA, *Instituições,* §§ citados Em alguns accordãos tem-se seguido, porém, a opinião de que os nascimentos e casamentos anteriores ao codigo civil se provam por documentos ou testemunhas Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de abril de 1889, na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol XXX, pag 345

100. *O registo do estado civil entre nós* A palavra *registo* (1) é tomada em direito na significação de assento, nota, copia ou extracto feito em livros publicos para isso destinados, designando tambem os proprios livros em que se fazem esses assentos, notas, copias ou extractos.

Ha diversas especies de registo, conforme a natureza dos actos que nelle são descriptos ou transcriptos. Assim, temos no direito civil o *registo predial,* que o nosso codigo designa apenas pela palavra *registo,* o *registo do estado civil,* que o codigo designa apenas pelas palavras *registo civil,* e o registo das tutelas, ha no processo civil o registo dos articulados, das acções e das sentenças (cod do proc civ., artt 208.º, 354.º a 356.º), ha o registo commercial (cod. comm., artt. 45.º e segg.); ha o registo administrativo dos testamentos (cod. adm., art 277.º n.º 17.º), etc.

O que o codigo chama *registo civil* respeita aos factos do nascimento, casamento, obito, perfilhação e legitimação, e, sendo a gravissima importancia que esses factos têem no estado das pessoas que levou o legislador a estabelecer para elles uma prova especial, torna-se obvio que esse registo deve denominar-se *registo do estado civil,* tanto mais que o registo predial é, como o dos nascimentos, casamentos e obitos, registo civil

Attentos os effeitos civis que derivam do estado e sendo para prova dos factos que principalmente o constituem que se instituiu o registo, este não póde deixar de considerar-se como um acto civil, competindo ao Estado regular os serviços respectivos em todas as suas modalidades. Este principio, que ja se encontra firmado no decreto n.º 23 de 16 de maio de 1832, que confiou (artt. 68.º § 2.º, 69.º e 70.º) aos provedores

(1) A palavra *registo* deriva de *res* e *gerere,* ou, antes, de *res* e *gestum,* que significa *feito pela segunda vez*

dos concelhos a redacção e conservação do registo civil, ainda não foi realizado dum modo uniforme e definitivo.

É assim que, pretendendo-se após a victoria das idéas liberaes executar o referido decreto, e tanto que no decreto de 18 de julho de 1835 (artt. 65.°, 72.° e 73.°) foram reproduzidas aquellas disposições, não foi possivel vencer as difficuldades que a isso se opposerem, e no codigo administrativo de 1836 (artt. 131.° e 132.°) dispôs-se que o registo civil continuasse a ser feito pelos parochos, emquanto se não regulasse por fórma adequada a transferencia desse servico para as auctoridades administrativas (1).

No codigo administrativo de 1842 determinou-se (art. 255.° e § unico) que o administrador do concelho era tambem official do registo civil, devendo ser determinadas em regulamento especial as attribuições que sob esse ponto de vista lhe pertenciam Esse regulamento, porém, não foi publicado até a promulgação do codigo civil, e, em vez delle, foram publicados os decretos de 19 de agosto de 1859 e 2 de abril de 1862, pelos quaes se regulou o modo por que os parochos deviam fazer o registo do estado civil Para as provincias ultramarinas foi publicado sobre o mesmo assumpto o decreto de 9 de setembro de 1863.

No codigo civil (art. 2457.°) preceituou-se que a parte organica das repartições do registo, as obrigações dos funccionarios encarregados do registo, e a forma deste serão determinadas em regulamentos especiaes, ficando assim, nos termos do artigo 4.° da lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo civil, dependente desses regulamentos a força obrigatoria das disposições respeitantes ao registo do estado civil.

(1) O registo civil ficou existindo nos Açores em virtude das referidas providencias Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXIII, pag 229, e a portaria de 29 de maio de 1844

O codigo administrativo de 21 de julho de 1870 (artt. 150.° n.° 5.° e 281.° n.° 3.°) e o de 6 de maio de 1878 (artt 127.° n.° 5.° e 206.° n.° 4.°) imposeram aos administradores de concelho a obrigação do registo do estado civil, mas esses preceitos não foram executados por falta de regulamentos adequados.

A permissão do casamento civil aos não catholicos tornou necessaria a publicação dum regulamento em que se determinasse o modo por que devia effeituar-se o registo desse contracto, sendo a isso devido o regulamento de 28 de novembro de 1878, em que se determinam as auctoridades a quem pertence e o modo por que deve ser feito o registo dos nascimentos, casamentos e obitos dos cidadãos portuguêses não catholicos e dos estrangeiros que o requererem (regul. cit., art. 20.°). Para a população não catholica de Macau e de Timor foi publicado o decreto de 15 de junho de 1887. Para as outras provincias ultramarinas, a excepção de Angola, foi publicado o decreto de 17 de setembro de 1901, que manda applicar em todas ellas o regulamento do registo civil de 28 de novembro de 1878, devendo os governadores das provincias formular, ouvidas as estações competentes, e submetter á approvação do governo regulamentos privativos para o registo civil, com as modificações que as circumstancias especiaes da respectiva provincia aconselharem a introduzir no referido regulamento (decr. cit, artt. 1.° e 2.°) Na provincia de Angola ficou vigorando o regulamento approvado por portaria provincial de 22 de agosto de 1882 (decr. cit, art. 2.° § unico). Esse regulamento, em que se introduziram illegalmente algumas modificações no decreto de 28 de novembro de 1869, que tornou extensivo o codigo civil ás provincias ultramarinas (1),

(1) Veja-se a este respeito a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXIII, pag 183

declara que todos os individuos domiciliados na provincia de Angola, sem distincção de religião, são obrigados ao registo civil, conforme as disposições desse regulamento, e que, sem prejuizo do registo civil, continúa em vigor para todos os subditos portuguêses catholicos o regulamento do registo parochial decretado em 9 de setembro de 1863 (regul cit, publicado no *Supplemento do Boletim official do governo geral da provincia de Angola,* de 29 de agosto de 1882, artt. 1.º e 3.º) Por decreto de 12 de julho de 1902 foi approvado o regulamento privativo para o registo civil no Estado da India dos não christãos.

Relativamente ao registo do estado civil temos, pois, em vigor, no continente do reino e para os catholicos, o decreto de 2 de abril de 1862, e, para os não catholicos, o decreto de 28 de novembro de 1878, em Angola está em pleno vigor o regulamento approvado pela portaria provincial de 22 de agosto; em Macau e Timor o regulamento de 15 de junho de 1887 para os subditos portuguêses e estrangeiros, não catholicos, sendo facultativo tanto para uns como para outros (1) Para os catholicos de Macau e Timor e das outras provincias ultramarinas está em vigor o decreto de 9 de setembro de 1863 Para os cidadãos portuguêses não catholicos e para os estrangeiros que o requererem está em vigor, nas provincias ultramarinas, a excepção de Angola, de Macau e Timor e da India, o regulamento de 28 de novembro de 1878

101 *Disposições geraes acerca do registo dos actos de estado civil.* 1) *O official do registo* O registo civil não parochial está, no continente e nas provincias ultramarinas a excepção de Angola e da India, a cargo dos administradores dos concelhos

(1) Veja-se, em relação ao official do registo civil em Timor, o officio de 17 de fevereiro de 1905, na *Collecção de legislação novissima do Ultramar.*

(regul de 28 de novembro de 1878, art 2.º, e de 15 de junho de 1887, art. 4 º), em Angola dos administradores dos concelhos e regedores das parochias (regul cit, art 3 º), na India dos regedores nas parochias e aldêas e dos respectivos chefes nos commandos militares de Satary e Sanguém e no concelho de Nagar-Avely (dec de 12 de julho de 1902, art 1.º), e o registo civil parochial está a cargo dos parochos ou dos ecclesiasticos que para esse fim legitimamente os substituam (decr. de 2 de abril de 1862, art 1 º, e de 9 de setembro de 1863, art. 1 º) (1)

2) *Actos que o registo abrange* O registo civil abrange (art 2445 º) 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 Relativamente ao registo parochial, a unica differença que se nota é em se chamar

(1) Pelo artigo 2 º deste decreto são considerados como parochos para os effeitos do registo

1 º Os capellães dos hospitaes civis e militares, quando por uso, costume ou disposição positiva o respectivo parocho nelles não exercer jurisdicção,

2 º Os capellães militares dos presidios ou praças, onde não houver igrejas parochiaes,

3 º Os capellães da armada a bordo dos navios do Estado;

4 º Os capellães do exercito em campanha ou expedição, em ponto onde não haja parochia

Estes capellães não ficam, porem, auctorizados a assistir ao matrimonio, sem que para isso se achem munidos das precisas faculdades concedidas pela competente auctoridade ecclesiastica

Os substitutos do parocho, para o effeito do artigo 1 º do decreto de 2 de abril, são os coadjutores O presbytero que administre um baptismo ou assista a um matrimonio por commissão do parocho, do coadjutor ou do ordinario não pode lavrar o respectivo assento, porque não substitue o parocho para esse effeito Quando seja o ordinario que ministre o baptismo ou assista ao casamento, tambem e o parocho ou o coadjutor que deve lavrar o assento

registo dos baptismos o dos nascimentos (decr. de 2 de abril de 1862, art 4 °, e de 9 de setembro de 1863, art 3 °), sendo esta differença devida a que o registo parochial dos nascimentos se faz quando se ministra o sacramento do baptismo

Pelo decreto de 15 de junho de 1887 ha, além dos registos mencionados, o das adopções entre os chinas (regul cit , art 3 ° n ° 5.°), e tambem ha este registo para os hindus gentios pelo regulamento de 12 de julho de 1902 (artt. 2.° n ° 4 ° e 30 °)

3) *Livros do registo; quem os fornece* Para cada especie de registo ha livros proprios em duplicado, sendo os do registo não parochial fornecidos pelas camaras municipaes, numerados e rubricados pelos respectivos presidentes, e terão termo de abertura e de encerramento por elles escripto e assignado (regul de 28 de novembro de 1878, artt 7 ° e 8 °, do registo de Angola. art 8.°, e cod adm , art 81 ° § 1.° n ° 30 °) Os livros para o registo civil da população não catholica de Macau e Timor são fornecidos pela fazenda publica, numerados e rubricados pelo governador da provincia ou por quem suas vezes fizer, e terão termo de abertura e de encerramento por elle escriptos e assignados (decr de 15 de junho de 1887, artt 12 ° e 15 °) Na India os livros serão ministrados aos officiaes encarregados do registo pelas camaras e commissões municipaes, e em Satary pela fazenda, e serão numerados e rubricados pelos administradres dos concelhos ou governadores dos districtos, ou pessoas por elles auctorizadas (decr de 12 de julho, art. 3 ° §§ 1 ° e 2.°)

Os livros do registo parochial são fornecidos aos parochos pelas respectivas juntas de parochia, exceptuando o caso em que haja irmandade ou outra qualquer corporacão que tenha a seu cargo a despêsa da fabrica, e serão numerados e rubricados pelo provisor ou vigario geral, ou por quem fôr por elles auctorizado, sob a sua responsabilidade (decr. de 2 de abril de 1862, art 3 °, de 9 de setembro de 1863, art 4.° §§ 1 ° e 2 °, e

cod. adm , art 199 ° § 1.° n ° 5 °). Para o registo que seja feito pelos capellães dos hospitaes civis e militares, pelos capellães militares dos presidios ou praças e pelos da armada e do exercito em campanha, os livros serão fornecidos pelo Estado, ou pelas misericordias nos hospitaes por ellas mantidos (decr. de 9 de setembro de 1863, art. 4 ° § 2.°). Estes livros são tambem numerados e rubricados pelo provisor ou vigario geral, ou por ecclesiastico por elles auctorizado

Os livros do registo civil não parochial devem ter no fim um indice alphabetico dos nomes das pessoas a quem se referem os registos, com a indicação do numero de ordem, da data dos assentos e das folhas do livro em que se acham, devendo este trabalho estar concluido até 15 de janeiro de cada anno (regul de 28 de novembro, art. 9 °, de 15 de junho de 1887, art 13 °, e do registo de Angola, art 10.°) Para os livros do registo parochial esse indice é facultativo, e tambem não é exigido pelo decreto de 12 de julho de 1902

4) *Como devem ser escripturados os assentos* Em cada registo, os assentos são acompanhados por um numero de ordem, que recomeçara todos os annos, e que, com o numero de ordem dos documentos e nomes das pessoas a quem o registo respeita, será lançado numa columna á esquerda do assento (art 2446 °, regul. de 28 de novembro, artt. 5 ° e 11 °, de 15 de junho de 1887, artt 7 ° e 19 °, do registo de Angola, art. 6.°, decr. de 12 de julho de 1902, artt. 3.° § 4.° e 10 °, decr de 2 de abril de 1862, artt 5 ° e 12 °, e de 9 de setembro de 1863, artt 5 ° e 11 °).

Em todos os assentos de registo civil deve mencionar-se (art 2448 °) 1 ° o logar onde são feitos, e a hora, dia, mês e anno em que são escriptos, 2.° os nomes, appellidos, estado, profissão, naturalidade e residencia das partes e das testemunhas que nelles intervêem; 3 ° quaesquer outras declarações exigidas por lei com relação a cada uma das especies dos re-

feridos assentos. Nos regulamentos e decretos relativos ao registo civil parochial e não parochial, é a proposito de cada registo que se mencionam todas as declarações que nelle se devem fazer, tanto as geraes como as especiaes de cada um

Nenhum assento deve conter mais ou menos declarações do que as determinadas na lei E 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 (art. 2449 °, regul. de 28 de novembro, art. 14.°, de 15 de junho de 1887, art 24 °, do registo de Angola, art. 16 °, regul de 12 de julho de 1902, art. 9 °, decr. de 2 de abril de 1862, art. 11.°, e de 9 de setembro de 1863, art. 10.°). Esta disposição, que tem por fim evitar a confusão que resultaria de ficar no arbitrio do official publico respectivo mencionar nos registos as declarações que lhe aprouvesse, não obsta, relativamente ao registo parochial, a que nelle se façam as declarações exigidas pelo ritual romano ou pelas constituições diocesanas, visto que este registo tem não so effeitos civis, mas ecclesiasticos tambem.

Os assentos do registo civil serão redigidos conforme os modelos que acompanham os respectivos regulamentos, lançados por extenso, sem que possa usar-se de abreviaturas ou algarismos, nem sequer nas datas, e seguir-se hão uns aos outros com intervallo duma linha, que será coberta por um traço (regul de 28 de novembro de 1878, artt. 14 ° e 15.°, de 15 de junho de 1887, artt 18 ° e 24 °, do registo de Angola, art 12.°, regul. de 12 de julho de 1902, art 4 °, decr. de 2 de abril de 1862, art 6 °, e de 9 de setembro de 1863, art 6 °).

Nenhuma declaração, emenda, rectificação, additamento ou alteração, seja de que natureza fôr, podera ser feita nos assentos do registo civil, depois de assignados, senão em virtude de sentença passada em julgado, proferida pelos tribunaes

judiciaes, salvo no caso de se tractar da annullação do casamento, a qual, sendo proferida no juizo ecclesiastico, será executada pela auctoridade civil, a quem sera officialmente communicada, competindo á auctoridade ecclesiastica transmittir ao parocho, perante quem tiver sido celebrado o casamento, uma certidão da sentença para ser averbada a margem do respectivo registo (art 2450 °)

No regulamento de 28 de novembro de 1878, determinando-se que os riscos, emendas, rasuras, entrelinhas ou outra qualquer cousa que possa occasionar duvida, devem ser resalvados pela mesma letra e antes das assignaturas, fazendo-se disso especial mencão antes de encerrar-se o registo, sob pena de nullidade, declara-se que, reconhecendo-se depois de concluido e assignado o registo e em acto consecutivo, a necessidade de se proceder á sua rectificação, esta se fará por uma declaração escripta em seguida e na mesma columna, por quem lançou o registo, sendo esta declaracão assignada por todos os que tiverem assignado o registo Assignado o assento, nenhuma declaração, emenda, rectificacão additamento ou alteração poderá ser feita senão em virtude de sentença passada em julgado, proferida nos tribunaes judiciaes (regul. cit., artt 10.° § unico, 13 ° e 16.°) Disposições correspondentes se encontram no regulamento de 15 de junho de 1887, artigos 21.° e 22.°, do registo de Angola, artigos 15.° e 18.° e no regulamento de 12 de julho de 1902, artigos 5 ° e 8.°.

Quanto ao registo civil parochial, os decretos de 2 de junho de 1862, nos artigos 7 ° e 16 °, e de 9 de setembro de 1863, artigos 7 ° e 21 °, contêem disposições iguaes á do regulamento de 28 de novembro pelo que respeita ás resalvas de riscos, rasuras, etc , e as rectificações feitas em acto continuo depois de assignado o registo Quanto as posteriores, determina o decreto de 1862, no artigo 17 °, e o de 1863, no artigo 22 °, que nenhuma póde ser feita sem ordem do respectivo prelado baseada em sentença civil ou ecclesiastica, segundo fôr de direito,

proferida em juizo contencioso, a qual virá acompanhada da mesma sentença (1)

As rectificações que tenham de fazer se em virtude de sentença serão lançadas á margem dos respectivos assentos em 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 (art 2450 º § unico, regul. de 28 de novembro, art 16 º § 1 º, de 15 de junho de 1887, art 22.º § 1.º, e do registo de Angola, art 18 º § 1.º) (2).

Pelo que respeita ao registo civil parochial, ha disposições especiaes nos §§ 1 º, 2 º e 3 º do artigo 17 do decreto de 2 de abril de 1862 e no artigo 23.º do de 9 de setembro de 1863 (3)

(1) Quando tractarmos do registo dos nascimentos e baptismos veremos o modo por que deve fazer-se nos assentos a nota respectiva, tanto relativamente ao registo não parochial como ao parochial

(2) No regulamento de 12 de julho de 1902 determina-se (artt 31 º e 32 º) que, fóra do caso previsto no artigo 8 º, nenhuma rectificação será feita sem ordem do respectivo administrador ou governador, baseada em sentença civil, passada em juizo contencioso, e acompanhada da certidão da mesma sentença, e que, sendo o registo do mesmo anno em que a rectificação fôr feita, o official do registo abrirá um novo assento em seguida ao ultimo que houver no livro respectivo, e lançará á margem do assento primitivo uma nota em que declare ficar rectificado pelo outro, que designará pelo numero de ordem e pelas folhas respectivas, sendo, porem, o registo do anno anterior, cujo livro já esteja encerrado e o duplicado depositado no archivo, a rectificação será feita nos livros do anno corrente, e a nota lançada ao lado do assento primitivo declarará, alem do numero de ordem, o anno em que é feito o novo regísto Neste caso, o official do registo communicará ao presidente da camara municipal o occorrido, para se fazer o averbamento no livro correspondente, declarando 1 º o anno a que pertence o livro em que se lançou a nota 2 º o numero de ordem do registo junto do qual a lançou, 3 º o conteúdo da nota, 4 º o numero de ordem dos documentos, em virtude dos quaes fez a rectificação

(3) No artigo 17 º do decreto de 1862 e no artigo 23 º do decreto de 1863 preceitua-se que nenhuma rectificação poderá ser feita sem ordem do respectivo prelado, baseada em sentença civil ou ecclesiastica, segundo fôr de direito, proferida em juizo contencioso, a qual será acompanhada

O registo será feito em duplicado (art 2452 º) O artigo 6.º do regulamento de 28 de novembro e o artigo 7 º do regulamento do registo de Angola preceituam que o registo será feito em duplicado, havendo para cada especie de registo dois livros, em um dos quaes se reproduzirão os assentos lançados no outro, e no artigo 6 º do regulamento de 15 de junho de 1887 accrescenta-se que se têem de conferir os autographos na presença das pessoas que têem de os assignar e das testemunhas, contendo identica disposição o regulamento de 12 de julho de 1902, no artigo 6 º. Relativamente ao registo civil parochial, estão consignadas disposições correspondentes no artigo 2 º do decreto de 2 de abril de 1862 e no artigo 4 º do decreto de 9 de setembro de 1863.

Os assentos, antes de assignados, serão sempre lidos na presença das pessoas, que tiverem de os assignar, do que se fará expressa menção (art 2447.º, regul de 28 de novembro de 1878, art 12 º, de 15 de junho de 1887, art 20 º, do registo de Angola, art 14 º, regul de 12 de julho, art 9 º, decr de 2 de abril de 1862, art. 8 º e de 9 de setembro de 1863, art 8.º)

5) *Logar onde se devem lavrar os assentos* Os logares onde devem ser lavrados os assentos do registo civil não parochial são as respectivas repartições publicas; todavia, quando as partes interessadas assim o requeiram aos officiaes do registo civil, podem ser lavrados esses assentos na resi-

de uma copia da mesma sentença Nos §§ citados dos artigos referidos faz-se, como no regulamento de 12 de julho de 1902, quanto ao modo por que deve fazer-se a rectificação, distincção entre assentos do mesmo anno e do anno anterior, cujo livro já esteja encerrado e o duplicado depositado na camara ecclesiastica No primeiro caso abre-se novo assento em seguida ao ultimo que houver no respectivo livro, lançando se no primitivo a nota de que está rectificado por outro, cujo numero de ordem se indicara, no segundo caso, lavra se novo assento no livro respectivo do anno corrente, devendo remetter-se a camara ecclesiastica copia authentica com as mesma declarações exigidas no regulamento de 12 de julho de 1902

dencia das partes referidas (art. 2455 °, reg. de 28 de novembro, art. 19.°, de 15 de junho de 1887, art 8.°, do registo de Angola, art. 21.°, regul. de 12 de julho de 1902, art. 12 °).

Relativamente ao registo civil parochial, não ha nos decretos respectivos disposição alguma a este respeito. Em geral, quanto aos baptismos e casamentos, quando estes se realizam na igreja, e na sachristia que são lidos e assignados os assentos respectivos

6) *Transcripção dos actos de registo feitos fóra do domicilio das partes interessadas.* Todos os actos do estado civil, que forem feitos fóra do domicilio das partes interessadas, poderão, a requerimento destas, ser transcriptos no registo civil dos seus domicilios, á vista de certidões authenticas passadas por quem para isso fôr competente (art. 2454 °, regul. de 28 de novembro, art. 18.°, de 15 de junho de 1887, art 25 °, e do registo civil de Angola, art. 26 °) No regulamento de 12 de junho de 1902 exige-se (art. 11.°), para que esses assentos possam ser transcriptos, despacho do administrador.

No decreto de 2 de abril de 1862 não ha disposição alguma a este respeito, observando-se todavia a transcripção facultativa No decreto de 9 de setembro de 1863 é este assumpto regulado nos artigos 13.°, 15 ° e 18 °, em que se preceitua que, sendo lavrados os assentos de baptismo, de casamento ou de obito em parochia diversa da do domicilio do baptizado, dos contrahentes ou do fallecido, deve ser enviada officiosamente ao parocho respectivo uma certidão authentica do assento, para ser transcripta no livro competente

No regulamento de 15 de junho de 1887 dispõe-se expressamente (art 26.°) que são admissiveis a registo os factos a elle sujeitos occorridos em territorio estrangeiro, quando constarem de documentos que tenham a força de authenticos Segundo o codigo civil esse registo é obrigatorio para os casamentos nos termos do artigo 2479 °, e entendemos que qualquer registo effectuado em territorio estrangeiro póde, a requerimento das

partes interessadas, ser transcripto no registo do seu domicilio, em harmonia com o que se dispõe no artigo 2454 °

7) *Registo civil dos estrangeiros* Os actos do estado civil dos estrangeiros residentes em Portugal poderão ser lancados no registo civil, se elles o requererem, segundo as disposições do codigo na parte em que lhes forem applicaveis (art 2456 °, regul. de 28 de novembro, art 20 °, de 15 de junho de 1887, art. 1.°, do registo de Angola, art 1 °, e regul. de 12 de julho de 1902, art. 14 °) Os decretos de 2 de abril de 1862 e de 9 de setembro de 1863 não têem disposição sobre este assumpto, mas não póde haver duvida de que, sendo ministrados a estrangeiros os sacramentos do baptismo e do matrimonio, ou sendo sepultados em harmonia com as leis da igreja, se devem lavrar os respectivos assentos no registo parochial.

8) *Documentos apresentados para o registo.* Todos os documentos apresentados, que devem considerar-se parte complementar do assento a que respeitam, serão rubricados pelo official do registo civil e emassados com o numero de ordem correspondente ao do respectivo registo (art. 2451 °, regul. de 28 de novembro, art. 17 °, de 15 de junho de 1887, art 23 °, do registo de Angola, art 19 °). No regulamento de 12 de julho, art 7 ° §§ 1 ° e 2 °, determina-se que os documentos serão rubricados em todas as folhas pelo apresentante, e, quando este não souber escrever, por alguma pessoa grave das que interferirem no acto

O artigo 10 ° do decreto de 2 de abril de 1862 determina tambem que os documentos apresentados para serem lavrados os assentos serão rubricados em todas as suas folhas pelo apresentante e pelo parocho, sendo dispensados da rubrica do apresentante so aquelles documentos que, tendo uma folha, sejam por elle assignados No artigo 9.° § unico do decreto de 9 de setembro de 1863 reproduz-se a mesma disposição

9) *Guarda dos livros do registo.* Quanto á guarda dos livros do registo, determina a lei que, logo que algum livro de registo

tenha sido encerrado, o seu duplicado será remettido á camara municipal do respectivo concelho, onde será archivado (art 2453 °) Esta disposição não é applicavel ao registo civil da população não catholica de Macau e Timor, e ao dos habitantes de Angola, cujos duplicados devem ser remettidos para o archivo da secretaria geral do governo, ficando os originaes archivados na repartição respectiva (regul de 15 de junho de 1887, art. 14 °, e do registo de Angola, art. 11 °), e na India ao de Satary, onde o duplicado ficara archivado no commando militar (regul cit , art 33 ° § 1.°), nem ao registo civil parochial, sendo um dos exemplares de todos os livros de registo do anno antecedente e o masso dos documentos respeitantes ao mesmo registo enviados ao secretario da camara ecclesiastica da respectiva diocese, onde ficarão archivados, e os duplicados são archivados e guardados pelo respectivo parocho sob sua responsabilidade (decr. de 2 de abril de 1862, artt 21 ° e 22 °, e de 9 de setembro de 1863, art 27.°).

10) *Penas contra os transgressores das disposições relativas ao registo civil* Para assegurar o cumprimento das disposições relativas ao registo civil, determina o codigo que as penas, que deverão ser impostas ás transgressões, por parte dos funccionarios publicos ou de quaesquer outros cidadãos, das regras estabelecidas para o registo civil, serão as decretadas na respectiva legislação penal (art 2458 °) O regulamento de 28 de novembro de 1878 determina (art. 50 °) que os administradores de concelho ou bairro, que por qualquer modo transgredirem as normas desse regulamento, incorrerão pela primeira vez na pena de multa até 10$000 reis, pela segunda vez até 20$000 reis, e ficarão responsaveis pelos prejuizos que causarem a parte interessada Relativamente aos cidadãos, sujeita aquelles que, sendo obrigados a declarar qualquer nascimento ou obito, o não fizerem, a multa de 2$000 até 10$000 reis, e as pessoas que, devendo requerer que a margem dos respectivos assentos de nascimento se averbem as legitimações e

reconhecimentos, o não fizerem, á multa de 2$000 reis e, no caso de reincidencia, ao dobro dessa quantia (regul cit , artt. 51 ° e 52 °) Salva a diversidade quanto á pena de multa, cujo minimo, para os cidadãos, é de 5$000 reis, encontram-se as mesmas disposições no regulamento do registo de Angola (artt 51.° e 52 °) O regulamento de 12 de julho de 1902 estabelece (artt 48 °-50 °), respectivamente, as penas de 25 até 250 rupias e de 5 até 25 para os regedores e para as pessoas obrigadas a prestar declarações ou a requerer averbamentos, tendo estas penas em dobro no caso de reincidencia, e ficando aquelles tambem sujeitos á indemnização de perdas e damnos. No mesmo sentido providencia, estabelecendo a mesma pena que o decreto de 28 de novembro, mas só pelo que respeita aos officiaes do registo civil, em virtude deste ser facultativo, o decreto de 15 de junho de 1887 (art. 69 °).

As penas applicaveis aos funccionarios civis tambem o são aos parochos em virtude do disposto no artigo 26 ° do decreto de 2 de abril de 1862 e no artigo 32 ° do decreto de 9 de setembro de 1863.

Os officiaes do registo civil que no exercicio das suas funcções commetterem alguma falsificação que prejudique terceira pessoa, as testemunhas que intervierem no acto e tiverem conhecimento da falsidade e as pessoas que fizerem declarações falsas ficam sujeitas as penas comminadas pelo codigo penal (1).

11) *Certidões do registo* Nas certidões que forem passadas dos livros do registo civil deverão sempre incluir-se os averbamentos e notas marginaes (art. 2444 °, regul de 28 de novembro, art 30 °, de 15 de junho de 1887, art 40 °, do registo de Angola art 31 °, e regul de 12 de julho, art. 43 °) Relativamente ao registo civil parochial, não ha disposição que mande incluir nas certidões os averbamentos e notas margi-

(1) Veja-se o codigo penal, artigos 218 °, 221 °, 242 ° e 341 °

naes, mas nenhuma duvida póde haver a tal respeito, porque esses averbamentos e notas fazem parte dos respectivos assentos.

As certidões dos assentos do registo civil não parochial são passadas pelos respectivos administradores dos concelhos, independentemente de despacho, e so na hypothese de se terem perdido os livros do registo e não estarem ainda reformados se poderão extrahir certidões dos duplicados (regul. de 28 de novembro art 29 ° e § unico); as dos assentos da população não catholica de Macau e Timor podem ser passadas pelo official do registo ou pelo secretario geral do governo provincial, devendo, neste caso, preceder despacho do respectivo governador (decr de 15 de junho de 1887, artt 38 ° e 39 °), as do registo de Angola pelos administradores e regedores, e so na hypothese de se terem perdido os livros do registo e não estarem ainda reformados, se poderão extrahir dos duplicados (artt 30 ° e 51.°). Na India, as certidões são passadas pelos regedores, e so na hypothese de se terem perdido os livros do registo, e de não estarem ainda reformados, se poderão extractar dos duplicados, sendo sempre passadas sem precedencia de despacho (regul de 12 de julho, artt. 42.° e 44.°).

As certidões do registo civil parochial são passadas pelo respectivo parocho, ou pelo escrivão da camara ecclesiastica da respectiva diocese nos casos previstos no artigo 22 ° § unico do decreto de 2 de abril de 1862 e no artigo 28 ° do decreto de 9 de setembro de 1863 Os escrivães das camaras ecclesiasticas não podem passar certidões independentemente de despacho do respectivo prelado Quanto aos parochos, não é uniforme a pratica seguida a este respeito, havendo todavia algumas certidões, como as que se pedem para fundamentar reclamações e recursos eleitoraes (lei de 26 de julho de 1899, art. 37 °), que devem ser passadas independentemente de despacho

102 *Do registo dos nascimentos.* 1) *Tempo e logar em que deve ser feito.* Sobre o tempo em que deve ser feito o registo dos nascimentos, dispõe o codigo que, quando occorrer algum nascimento em territorio português, o recemnascido sera apresentado, no prazo para isso assignado no regulamento do registo civil, ao official deste, para se fazer o respectivo assento (art. 2459.°) No caso de doença do recemnascido, 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 recemnascido estiver e lavrar ahi o assento do nascimento (art 2459.° § unico, regul. de 28 de novembro, art 32 ° § unico, de 15 de junho de 1887, art. 41 °, e do registo de Angola, art. 33 ° § unico). O regulamento de 12 de julho de 1902 não exige que o recemnascido seja apresentado ao official do registo civil.

A respeito do prazo para o registo do nascimento, dispõe o regulamento de 28 de novembro de 1878 (art 32 °) que o recemnascido será apresentado para esse effeito dentro de trinta dias da data do nascimento ao administrador do concelho. Relativamente a população não catholica de Macau e Timor, dispõe o regulamento de 15 de junho de 1887 (art 41.°) que o registo do nascimento póde fazer-se no prazo de sessenta dias da data do nascimento, sendo para esse effeito apresentado o recemnascido na repartição competente O regulamento do registo civil de Angola marca o mesmo prazo que o de 28 de novembro de 1878 O regulamento de 12 de julho de 1902 fixa o prazo de quinze dias (art. 20 °), e determina que, se o nascimento houver tido logar em territorio estrangeiro, as declarações serão feitas dentro dos oito dias seguintes a chegada do recemnascido a territorio português (art 20.° § 3 °).

Quanto ao registo civil parochial, não ha nos decretos organicos respectivos disposição alguma sobre o tempo e logar em que devem ser feitos os assentos de baptismo Pelo que respeita ao tempo, não é a mesma a pratica seguida nas diffe-

rentes dioceses, havendo algumas em que a creança deve ser apresentada para o baptismo dentro de oito dias desde o nascimento, não podendo o parocho, fóra desse prazo, ministrar o baptismo sem licença do ordinario Quanto ao logar, o baptismo é, em regra, ministrado na respectiva igreja parochial e o assento lavrado na sachristia

2) *Pessoas que devem fazer a declaração do nascimento, e a quem.* As pessoas obrigadas a fazer as declarações dos nascimentos são. em primeiro logar, o pae, na sua falta ou impedimento, a mãe, na falta ou impedimento de ambos, o parente mais proximo do recemnascido, 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 dona da casa onde occorrer o nascimento, quando este tenha sobrevindo fora do domicilio da mãe (art 2460.º, e regul de 28 de novembro. art 33.º) Se o nascimento acontecer em algum estabelecimento ou edificio publico ou pertencente a alguma corporação, a pessoa, a cujo cargo estiver a direcção do estabelecimento, é tambem, subsidiariamente e em ultimo logar, sujeita a obrigação de fazer a declaração do nascimento (art 2460.º § unico, e regul. de 28 de novembro, art 33 º § unico).

No regulamento do registo civil de Angola reproduz-se (art. 34 º e § unico) a mesma doutrina com a seguinte modificação na falta ou impedimento da mãe, é obrigado a fazer a declaração de nascimento o tio materno e depois delle o parente mais proximo do recemnascido No regulamento de 12 de julho de 1902 preceitua se que, na falta do pae, a declaração sera feita pelo bramane que tiver tirado o horoscopo, na falta de bramane, pela daia ou parteira, ou outras pessoas que tiverem assistido ao parto (art 20 º § 1 º) Quando a mãe dér á luz o filho fóra do seu domicilio, fara a declaração a pessoa em cuja casa tiver occorrido o parto, correndo tambem essa obrigação as pessoas ja nomeadas (art. cit, § 2 º).

Relativamente ao pae, notaremos que só impende a obrigação de fazer declarações acerca do nascimento do filho ao que esteja casado, pois que só relativamente a esse existe a presumpção de paternidade Póde, porém, o pae illegitimo reconhecer o filho no assento do nascimento e, neste caso, deve fazer as respectivas declarações Quanto a mãe, sendo o filho illegitimo, tambem só pode legalmente ser considerada como tal desde que haja o reconhecimento voluntario ou judicial, podendo aquelle ser feito, como o do pae, no assento do nascimento, mas, neste caso, é necessario que a mãe se apresente pessoalmente ou por meio de mandatario a fazer as respectivas declarações (art. 2467 º)

Quanto ao registo civil parochial não ha no decreto de 2 de abril de 1862 nem no de 9 de setembro de 1863 disposição alguma sobre a pessoa que deve fazer as declarações do nascimento.

A declaracão da existencia dos expostos e recemnascidos abandonados sera 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 apresenta los ao official do registo civil com os vestidos e com quaesquer outros signaes com que forem encontrados art 2461.º (1).

O regulamento de 28 de novembro não previne esta hypothese (2), sem duvida pela razão de ser applicavel somente aos

(1) Esta disposicão do codigo não está em harmonia com a legislação em vigor Ao tempo em que foi publicado o codigo civil, havia ainda as *rodas* dos expostos (decr de 20 de março de 1868) Extinctas as *rodas*, deixou de haver *expostos* no sentido que a esta palavra ligava o codigo civil Nos hospicios, que substituiram as rodas, não ha liberdade de exposição (regul de 5 de janeiro de 1888, artt 7 º e segg)

(2) Nota-se a mesma falta, o que é para extranhar, no regulamento do registo civil de Angola.

filhos de paes não catholicos. No regulamento de 5 de janeiro de 1888, relativo aos expostos e menores desvalidos ou abandonados, determina se (art. 7.º) que a pessoa que encontrar uma creança exposta ou abandonada deverá conduzí-la ou fazê-la conduzir á auctoridade administrativa ou policial mais proxima, dentro do concelho, onde a creança fôr encontrada, a qual a enviara á ama provisoria mais vizinha ou á casa hospicio, e preceitua-se (art. 19 º n.º 3 º) que as amas provisorias levem as creancas ao baptismo, logo que recebam a ordem e a guia do modelo C, donde deveriam constar todos os esclarecimentos que acerca da creança houvesse

Para receber as declarações é competente o official de registo civil do logar onde a creanca houver nascido, ou onde fôr exposta ou achada, ou seus paes forem domiciliados, quando estes forem conhecidos (art 2462 º)

Esse official é, relativamente ao registo civil não parochial, o competente para este (regul. de 28 de novembro, art 33 º, de 15 de junho de 1887, art 4.º, do registo civil de Angola, art. 34.º, regul de 12 de julho, art. 20 º), e, quanto ao parochial, o parocho da freguesia onde se derem os factos especificados no artigo 2462.º.

3) *Declarações que devem fazer-se no assento* Nos assentos de nascimento, além das declarações que devem fazer-se em todos os assentos relativos ao registo do estado civil, tem de especificar-se (art 2464.º, regul de 28 de novembro de 1878, art 35 º). 1 º a hora, dia, mês, anno e logar do nascimento; 2 º o sexo do recemnascido, 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 avos houverem de ser declarados, e os das testemunhas; 5 º se o recemnascido é filho legitimo ou illegitimo

No caso de nascimento de gemeos, lavrar-se-hão assentos separados para cada um delles, seguindo-se a ordem da numeração, conforme a prioridade do nascimento dos mesmos gemeos (art 2464 º § 1 º).

Se o recemnascido tiver, ou tiver tido, um ou mais irmãos do mesmo nome, declarar-se-ha a sua ordem na filiação (art 2464 º § 2 º)

No regulamento do registo civil de Angola exige-se (art. 36.º), além das declarações mencionadas, o appellido da familia, a raça a que pertence o recemnascido e os paes, mães e avós, e se foi baptizado catholicamente e por quem. No regulamento de 15 de junho de 1887 determina-se (art 44 º) que a indicação do tempo seja feita segundo a chronologia christã e a da nacionalidade dos paes, e, em relação aos filhos legitimos de chinas, qual a graduação da mãe na familia quanto ao numero de mulheres. No regulamento de 12 de julho exige-se a declaração da casta e religião (art 19 º).

Relativamente ao registo civil parochial, o decreto de 2 de abril de 1862 exige as mesmas declarações, exceptuando a da profissão, naturalidade e domicilio dos avós, que o codigo civil, e, além dellas, a do anno, mês e dia em que se ministrou o sacramento do baptismo, a da parochia, concelho e diocese a que pertence o baptizado, com a da igreja, capella ou logar onde se ministrou o sacramento, e menção do diploma que concedeu licença, quando fôr ministrado fora da igreja parochial, e a da pessoa que ministrou o sacramento (decr cit., art 13 º) Não providencia este artigo para o caso do nascimento de gemeos, devendo observar-se o disposto no codigo civil e no regulamento de 28 de novembro.

No decreto de 9 de setembro de 1863 determina-se (art. 12.º § 3 º) que, havendo gemeos a baptizar, se declarará no assento qual delles nasceu primeiro e que não se lhes poderá pôr o mesmo nome Quanto ás outras declarações, reproduz este decreto, no artigo 12 º, o artigo 13 º do decreto de 2 de abril.

Nos assentamentos de nascimento dos expostos deve fazer-se menção (art. 2465 º). 1.º do dia, hora e logar em que

fôr encontrado o exposto; 2.º da sua idade apparente, 3 º de qualquer signal, ou defeito de conformação, que o distinga; 4 º de qualquer declaração que o acompanhe, 5 º dos vestidos ou roupas, em que estiver ou tiver estado envolto; 6.º de qualquer outro indicio que se encontre. Nada dispõe a este respeito, pela razão ja sabida, o regulamento de 28 de novembro de 1878.

Quanto ao regulamento do registo civil parochial, tracta do assumpto, no artigo 13.º § 3.º, o decreto de 2 de abril, determinando que, se o individuo baptizado fôr exposto, declarar-se-ha o anno, mês, 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 fôr encontrado e que possam em qualquer tempo fazê-lo reconhecer. O decreto de 9 de setembro de 1863 reproduz (art 12.º § 1 º) a mesma disposição (1)

Além das declarações que a lei exige especialmente para o assento de nascimento ou de baptismo dos expostos, deve ainda mencionar-se o seu sexo e o nome que lhes foi posto

Se fôr apresentado o cadaver de algum recemnascido, que se diga haver fallecido depois de nascer, o official do registo civil fará lavrar o assento de nascimento, com todas as declarações prescriptas no codigo, declarando, porém, nelle, que a creança lhe fôra apresentada sem vida Em acto continuo, abrir-se-ha, no livro competente, assento de obito (art. 2466.º e § unico, regul. de 28 de novembro, art 36 º e § unico, de 15 de junho de 1887, art. 45.º, do registo civil de Angola,

(1) Na guia que e entregue ás amas dos expostos, segundo o disposto no artigo 19 º n º 3 º do regulamento de 5 de janeiro de 1888, apenas tem de se declarar, segundo se vê do respectivo modelo, o logar onde foi encontrado o exposto e por quem Sendo, porém, em face dessa guia que se lavra o assento de baptismo, deviam constar della todos os esclarecimentos exigidos pelo artigo 2463 º do codigo civil

art. 37 º) No regulamento de 12 de julho de 1902 determina se (art. 21.º e § unico) que, no caso de fallecimento do recemnascido logo depois de nascer, se especificara no assento que a creança está sem vida, não tendo de se apresentar o cadaver ao official do registo.

A declaração de que o recemnascido morreu depois de nascer, ou, por outras palavras, que nasceu com vida, esta sujeita a impugnação

Não ha disposição alguma especial sobre este assumpto no decreto de 2 de abril de 1862 nem no de 9 de setembro de 1863; mas, se tiver sido ministrado o baptismo, parece que se deve lavrar o respectivo assento, sendo o cadaver apresentado ao parocho para este effeito

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 a assignarem (art 2466.º) (1).

Sendo o filho nascido na constancia do matrimonio, ou dentro de tresentos dias depois da sua dissolução, presume-se legitimo, e não póde ser admittida no registo civil declaração em contrario, ainda que a mãe diga que o filho não é de seu marido, salvo havendo separação judicial que date, pelo menos, de tresentos dias antes do nascimento (artt 101 º, 102 º e 2468.º, regul de 28 de novembro de 1878, art 37 º, de 15 de junho de 1887, art 46.º, e do registo civil de Angola, art. 28 º)

(1) No regulamento de 12 de julho de 1902 preceitua-se (art 19 º) que, sendo o filho illegitimo, não se declarara o nome do pae, sem que este expressamente o consinta, devendo neste caso assignar o assento, ou juntar titulo anthentico de consentimento. mas, sendo espurio, não se fara essa declaração, nem se permittirá ao pae que assigne o assento, ainda que elle assim o queira

Estas disposições constituem um complemento das que determinam as declarações que devem fazer-se no assento de nascimento Neste não póde fazer-se declaração de paternidade ou maternidade illegitima, quando o pae ou a mãe não a façam pessoalmente, ou por bastante procurador, e a assignem elles proprios ou uma pessoa a rogo delles. A perfilhação, nos casos em que a lei a permitte, só pode fazer-se, contra a vontade dos paes, judicialmente. Não pode, pois, o official do registo civil declarar no assento quem é o pae ou a mãe do recemnascido, mesmo que elle e as testemunhas o saibam, e, se o fizer, essa declaração não produzirá effeito algum, considerando-se não escripta.

Quando os filhos sejam espurios, nem os proprios paes podem fazer a declaração de paternidade e de maternidade, e, se a fizerem, a perfilhação ficará sem effeito, quando seja judicialmente impugnada (artt 122 °, 124 ° e 125 °).

No decreto de 2 de abril de 1862 preceitua-se, artigo 13 ° § 2 °, que, sendo o individuo baptizado filho illegitimo, não se declarará o nome do pae, salvo se este expressamente consentir, devendo nesse caso assignar o assento ou juntar titulo authentico de consentimento, e o de 9 de setembro de 1863 reproduz essa disposição (art. 12.° § 2 °), acrescentando que, sendo o filho de coito damnado, não se fara a declaração de paternidade, nem se permittira ao pae que assigne o assentamento, ainda que elle assim o queira.

Mas poderá o parocho declarar no assento de baptismo o nome da mãe, nos casos em que não seja defesa a perfilhação, quando ella não faça pessoalmente, ou por bastante procurador, a declaração de maternidade? No caso affirmativo, que valor tem essa declaração?

A jurisprudencia, que se mostrou hesitante a principio na resposta a estas perguntas, tem-se pronunciado no sentido de que, sendo a mãe conhecida, se póde declarar no assento de baptismo o nome della, e que esse assento deve considerar-se como documento authentico de perfilhação (1). Basêa-se esta jurisprudencia em que, não estando em vigor, por força do disposto no artigo 4 ° da lei de 1 de julho de 1867, o artigo 2467 ° do codigo civil relativamente ao registo civil parochial, e dispondo o § 2 ° do artigo 13 ° do decreto de 2 de abril de 1862 e o § 2 ° do artigo 12 ° do decreto de 9 de setembro de 1863 que não póde declarar-se no assento de baptismo de filho illegitimo o nome do pae, sem que este o consinta, dahi se conclue que não é prohibida a declaração do nome da mãe, devendo observar-se a este respeito o que dispunham as constituições dos bispados, e a pratica seguida anteriormente á publicação dos referidos decretos Ora essas constituições, que prohibiam, em geral, que o parocho declarasse no assento de baptismo de filho illegitimo o nome do pae, permittiam que se declarasse o nome da mãe, sendo conhecido ou notorio o nome della.

Esta jurisprudencia é, a nosso vêr, inacceitavel.

A perfilhação feita no assento de nascimento ou de baptismo só póde produzir effeitos civis, quando se dêem todos os requisitos exigidos pelo codigo Ora este determina (art 123 °) que a perfilhação póde ser feita por ambos os paes de commum accordo, ou por qualquer delles separadamente, com tanto que o seja no registo do nascimento, ou em escriptura, testamento ou auto publico, e o artigo 2467.° não fez mais do que tornar effectiva esta disposição, não admittindo no registo civil declaração de paternidade ou maternidade illegitima, salvo quando o pae ou a mãe, pessoalmente ou por seu bastante procurador, fizerem essa declaração e a assignarem Julgamos, portanto, esta disposição igualmente applicavel ao registo civil parochial e ao

(1) Veja-se a este respeito a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXII, pag 118, e a *Revista dos Tribunaes*, anno XXI, pag 328

Veja-se tambem o accordão do Supremo Tribunal de Justica de 26 de maio de 1903 (*Collecção official*, pag 304)

não parochial, pois que se tracta duma disposição meramente regulamentar doutra, que de fórma alguma admitte a distincção. A declaração do nome da mãe, feita pelo parocho, nunca podera considerar-se uma perfilhação feita por ella voluntariamente. E ninguem attribuira ás declarações feitas pelo parocho a mesma força que a uma sentença judicial proferida numa acção de investigação de maternidade illegitima, sendo certo que, perante a lei civil, só ha duas especies de perfilhação. a judicial e a voluntaria E escusado sera notar que o codigo civil revogou toda a legislação anterior que recaír sobre as materias que abrange, e portanto as constituições dos bispados e quaesquer costumes relativos a materia sujeita

Quanto aos filhos nascidos ou concebidos na constancia do matrimonio, exceptuando, relativamente a este ultimo caso, os que nasçam tresentos dias depois da separação judicial de pessoas e bens, não se admitte, em virtude da presumpção de paternidade estabelecida nos artigos 101 ° e 102.°, que se declare que o filho é illegitimo ou havido de outrem que não seja o marido. Por vezes ha, porém, a certeza, como no caso de ausencia, que o marido não é o pae do recemnascido, e os parochos ou officiaes do registo civil podem ter repugnancia, e aquelles têem-na tido, em declarar que o filho é legitimo. Em virtude da presumpção estabelecida por lei, e contra a qual so os interessados podem adduzir as provas que a lei faculta, é essa, todavia, em nosso parecer, a sua obrigação (1)

(1) Alguns parochos declaram que o recemnascido é filho de , casada com , e não dizem se o filho é illegitimo ou legitimo, ao que a lei alias os obriga Outros, com menos ou mais escrupulos, têem declarado que o filho e de , adulterino E, apesar das declarações dos parochos, esses filhos têem de considerar-se legitimos até que seja proferida sentença judicial que os declare adulterinos, sendo ainda de notar que, como adulterinos, não podem ser perfilhados pela mãe e portanto não se devia declarar o nome della

4) *Por quem deve ser assignado o assento de nascimento e de baptismo* O registo de nascimento deve ser assignado pelo official publico, pelo declarante e por duas testemunhas. Quando o declarante não souber escrever, assignara a seu rogo mais uma testemunha (art. 2463 °, regul. de 28 de novembro, art. 34.° e § unico, de 15 de junho de 1887, art. 43 °, e do registo de Angola, art. 35 ° § unico). No regulamento de 12 de julho de 1902 apenas se declara que o assento de nascimento será lavrado sem dilação, logo que forem recebidas as declarações, perante duas testemunhas idoneas, tendo de fazer-se expressa menção (art 4.°), caso não assignem, de que não sabem ou não podem escrever

O assento de baptismo é assignado pelo parocho ou pessoa que legitimamente o substituir e pelos padrinhos, devendo declarar-se no corpo do assento os seus nomes e appellidos e a profissão do padrinho Se os padrinhos não souberem escrever o seu nome, declarar-se-ha que não assignam por não saberem escrever (decr de 2 de abril de 1862, art. 13 ° n.os 10 ° e 11 °).

O reconhecimento do filho no assento de baptismo só produz effeito em virtude do disposto na lei civil, e dahi se conclue que o assento em que o pae perfilhe um filho illegitimo deve ser assignado por elle ou a seu rogo e por duas testemunhas.

5) *Notas de legitimação, perfilhação, rectificação e de sentenças proferidas em acções de filiação.* A legitimação dos filhos por subsequente matrimonio dos paes, e o reconhecimento dos illegitimos, feito por escriptura publica, testamento, ou qualquer outro auto solemne, serão notados a margem dos respectivos assentos de nascimento, precedendo, porém, despacho do juiz que assim o determine Da mesma fórma serão averbadas todas as sentencas proferidas em acções de filiação em um summario, que deve conter o numero do julgado, a data da sentença, e a indicação do juizo onde esta foi proferida e

do cartorio onde correu o processo (art 2469 °, regul de 28 de novembro, art. 38 ° e § 1 °, de 15 de junho de 1887, art 47 ° e § unico, do registo civil de Angola, art 39 °, e regul. de 12 de julho, artt 28 ° e 30 ° § 4 °)

Estes averbamentos serão feitos na mesma columna em que se tem de mencionar o numero de ordem do registo, o nome das pessoas a quem elle respeita, o numero de ordem dos documentos e qualquer nota das que devem averbar-se (1).

O decreto de 2 de abril de 1862 (art 12 ° n ° 4 °) contém quasi a mesma disposição, que foi reproduzida no artigo 11.° n ° 4 ° do decreto de 9 de setembro de 1863.

A differença que existe respeita á especificação das notas que devem lançar-se e que, segundo os citados artigos, são só o reconhecimento, legitimação e rectificação Esta enumeração, se nas rectificações não comprehendermos as sentenças em que seja annullada a perfilhação ou o casamento, é incompleta, e não abrange além disso a mudança de nome, que póde fazer-se por occasião do chrisma (decr. de 9 de setembro de 1863, art 24.°).

Para que no registo civil parochial se façam os averbamentos das perfilhações e legitimações, é necessario que preceda despacho do ordinario respectivo. Quando o individuo, porém, seja legitimado no assento de casamento e haja sido baptizado na mesma freguesia em que é celebrado o casamento, o parocho lançara, independentemente de despacho do ordinario, a nota respectiva no assento de baptismo (decr. de 2 de abril de 1862, art 19 °, e de 9 de setembro de 1863, artt. 19 ° § unico e 20 °)

Qualquer interessado pode requerer o averbamento das perfilhações e legitimações, a obrigação de o requerer incumbe (art. 2469 ° § 2.°, regul de 28 de novembro de 1878, art 38.° § 2.°, e do registo civil de Angola, art 39 ° § 2 °)

1.° No caso de legitimação por subsequente matrimonio, ao marido, sendo a este respeito indifferente que o reconhecimento do filho seja anterior ao casamento, ou se dê no assento deste, ou posteriormente por meio de escriptura ou qualquer outro acto authentico. Se o reconhecimento de ambos os paes fôr anterior ao casamento, o filho passa de perfilhado a legitimado pelo casamento, independentemente de qualquer declaração a esse respeito no assento de casamento, e o marido, logo que este se effeitue, deve requerer o averbamento da legitimação Se o reconhecimento de ambos os paes ou de um delles é posterior ao casamento, é por força deste que a legitimação se opéra, e o pae é obrigado da mesma fórma a requerer o averbamento. Na falta do pae incumbe á mãe essa obrigação;

2.° No caso de reconhecimento por escriptura publica ou por qualquer outro acto solemne, ao perfilhante (1);

3 ° No caso de reconhecimento por testamento, ao filho reconhecido, se fôr maior, ou, sendo menor, ao seu tutor ou ao pae ou mãe, se um delles ja o houver perfilhado e exercer o poder paternal;

4 ° Nas acções de filiação, ao auctor ou ao seu tutor, e ao pae ou mãe no caso do numero antecedente

Nos decretos de 2 de abril de 1862 e de 9 de setembro de 1863 não se impõe a obrigação de requerer o averbamento das legitimações. perfilhações e das acções de filiação No regulamento de 12 de julho de 1902 impõe-se pena a quem não requerer o averbamento, mas não se declara sobre quem

(1) No regulamento de 12 de julho de 1902 especificam-se (art 10 ° n ° 4 °) as notas de perfilhação, legitimação (art 30 ° § 4 °), adopção, e quaesquer rectificações Alem dessas notas ha os summarios das sentenças em acções de filiação, a que o citado regulamento se não refere

(1) O codigo (art. 2469 ° § 2 ° n ° 2 °) não diz *perfilhante* mas *legitimador* O erro torna se evidente confrontando esse numero com os n°s 1 ° e 2 ° do mesmo artigo O regulamento do registo civil de Angola e o de 28 de novembro de 2878 reproduzem o mesmo erro

impende a obrigação, devendo, salvas normas especiaes, observar-se o disposto no codigo civil.

6) *Disposições especiaes* As disposições que acabamos de expôr acerca do registo dos nascimentos e baptismos são communs Para alguns casos especiaes, como o nascimento nos lazaretos, em viagem de mar nos navios de guerra ou mercantes e em viagem por terra, acham-se consignadas no codigo civil disposições especiaes, cumprindo-nos desde já notar que não ha nos decretos relativos ao registo civil disposição alguma a esse respeito.

Relativamente aos nascimentos que occorram nos lazaretos, determina o artigo 2470 ° e § unico que os inspectores, ou directores desses estabelecimentos, abrirão, dentro de 24 horas, o respectivo assento de nascimento, guardando, em tudo aquillo a que forem applicaveis, as disposições do codigo O assento será lavrado em um livro de registo, tirando-se uma copia authentica, que, no prazo de 24 horas, será officialmente remettida ao official do registo civil do logar onde o lazareto estiver situado, para o fazer registar immediatamente.

Se o nascimento occorrer em viagem de mar, a bordo de navio português, o escrivão, nos navios de guerra, e o capitão ou mestre, nos mercantes, lavrarão, dentro de 24 horas depois do parto, na presença do pae, se estiver a bordo, assento de nascimento em duplicado, com todas as formalidades e declarações exigidas no codigo, accrescentando-se a da altura em que o nascimento tiver occorrido, e qualquer outra circumstancia que succeda dar-se (art 2471.°).

Quando o navio entrar em porto estrangeiro, onde resida agente diplomatico ou consular português, o commandante do navio lhe entregará um dos autographos e outro ao competente official do registo civil do primeiro porto nacional onde entrar Se o navio entrar primeiro em porto nacional, ou se no porto estrangeiro, onde houver tocado, não existir agente diplomatico ou consular português, os dois autographos serão entregues ao official do registo civil do primeiro porto nacional onde entrar, que transcreverá immediatamente o autographo ou um delles no competente livro, archivando o com o respectivo numero de ordem (artt 2472.° e § unico e 2473.°)

O codigo commercial dispõe (art 503.°) que no *diario de navegação* se lance o assento dos nascimentos que occorram a bordo, e, quanto aos navios do Estado, o decreto de 9 de setembro de 1863 considera (art. 2 ° n.° 3 °) os capellães da armada como parochos para os effeitos do registo, e são portanto elles que devem lavrar o assento de baptismo.

Se o nascimento occorrer durante alguma viagem por terra, o registo será lavrado pelo official do primeiro logar, onde a mãe do recemnascido se demorar por espaço de 24 horas (art 2474.°).

Não está regulado este artigo no decreto de 28 de novembro de 1878 nem no de 15 de junho de 1887, mas o administrador do concelho deverá lavrar o assento logo que lhe seja apresentado para esse effeito o recemnascido, e os interessados podem fazer transcrever esse assento no registo do domicilio dos paes (regul. de 28 de novembro, art 18 °). Relativamente ao registo civil parochial, o assento de baptismo deverá ser lavrado por quem ministrar esse sacramento.

103 *Do registo dos casamentos.* 1) *Perante quem deve contrahir-se o casamento e quem deve lavrar o assento* Admitte o nosso codigo civil o casamento civil, que, como vimos, tanto póde ser contrahido pelos não catholicos como pelos catholicos, e o casamento catholico. Conforme o casamento se effeitua por uma ou outra das fórmas, são diversas as formalidades que devem observar-se desde que o registo civil, nos termos em que foi instituido pelo codigo, esteja em pleno vigor, e, emquanto não estiver, ha para os casamentos civis o registo civil não parochial e para os casamentos catholicos o registo civil parochial.

O official competente para assistir ao casamento civil e lavrar o assento é o do logar onde elle fôr realizado (artt 1081.º e 2475.º)

Esse official é o administrador do concelho (regul. de 28 de novembro, art 2.º. e de 15 de junho de 1887, art. 4 º), cuja competencia é territorial, sendo de notar que os nubentes tanto podem realizar o matrimonio no concelho onde estiverem domiciliados como naquelle em que residirem (art 1075.º), podendo neste caso os respectivos assentos ser transcriptos, a requerimento dos interessados, no registo civil do seu respectivo domicilio (regul. de 28 de novembro de 1878, art. 18 º, e de 15 de junho de 1887, art. 40 º).

Relativamente ao casamento catholico, que deve ser celebrado, para produzir effeitos civis, em harmonia com as leis canonicas recebidas neste reino ou por elle reconhecidas (art 1069 º), é o respectivo parocho, ou quem legitimamente o substituir, que deve lavrar o assento, sendo de notar que, nos termos do decreto de 9 de setembro de 1863, os capellães militares não estão auctorizados a assistir ao matrimonio, sem que para isso se achem munidos das precisas faculdades concedidas pela competente auctoridade ecclesiastica (decr de 2 de abril de 1862, art 1 º, e de 9 de setembro de 1863, art 2 º § unico)

Quando esteja em pleno vigor o registo civil instituido pelo codigo e o casamento fôr celebrado perante o parocho, sera por este transmittida ex-officio, no prazo de 48 horas, a acta do contracto ao official do registo civil, e por este registada, archivando-se o original Quando, por determinação da auctoridade ecclesiastica, o matrimonio religioso fôr celebrado por um sacerdote não parocho, a acta do contracto sera exarada e remettida, nos termos referidos, pelo parocho de um dos contrahentes (art. 2476 º e § unico).

Sendo o casamento celebrado perante o administrador do concelho, lavrará este o assento do contracto, que será assignado pelos contrahentes e por duas testemunhas, além do official publico. Quando algum dos contrahentes, ou ambos, não souberem escrever, acrescera, por parte de cada um, mais uma testemunha, que assignara a seu rogo (art 2477 º e § unico, regul de 28 de novembro, art 39.º e § unico, e de 15 de junho de 1887, art 55.º).

Em Angola está, como já notámos, em pleno vigor o registo civil, determinando-se, relativamente ao casamento catholico, que o seu registo se fara em vista da declaração authentica do padre que o tiver celebrado, a qual ficará archivada (art 40 º) Quanto ao casamento dos gentios, esse regulamento, não respeitando o decreto 18 de novembro de 1869, que tornou extensivo o codigo civil ás provincias ultramarinas, dispõe que elle se fara pela forma prescripta no codigo civil (art 41)

No regulamento de 12 de julho de 1902 determina-se (art 23 º e §§ 1 º e 2 º) que o bramane, cagi ou ministro do culto respectivo, que celebrar o matrimonio, fara dentro de oito dias declarações delle ao official do registo civil, e, caso as não faca, que são obrigados a fazê-las, dentro dos outros oito dias seguintes, os esposos, os maiores da familia e duas testemunhas. As declarações de matrimonio de subdito ou subditos portuguêses em territorio estrangeiro devem fazer-se dentro de oito dias, desde que os esposos se recolherem ao territorio português, em presença de duas testemunhas maiores, e que sejam graves na casta dos esposos

Esse regulamento não se refere expressamente ao casamento de não catholicos que não sejam hindus gentios, os quaes deverão celebrar o casamento perante o official do registo civil, observando-se as formalidades estabelecidas no codigo civil.

2) *Declarações que devem fazer-se no assento.* O assento de casamento deve especificar, além das declarações geraes do registo civil, as seguintes circumstancias (art 2478 º, reg.

de 28 de novembro, art. 40.º, e decr. de 15 de junho 1887, art. 56 º).

1 º A hora, dia, mês, anno e logar do casamento, 2 º se foi celebrado em edificio publico ou particular, designando-se este, 3.º se os contrahentes são filhos legitimos, illegitimos ou expostos, e o seu estado civil anterior; 4 º os nomes, appellidos e naturalidades dos paes e mães, avôs e avós dos contrahentes, sendo conhecidos

O regulamento do registo civil de Angola exige, além disso, relativamente ao casamento dos gentios, que se declare a raça dos nubentes e dos seus ascendentes (art 41 º). O regulamento de 12 de julho de 1902 prescreve que se declare a casta dos nubentes, e, sendo o varão já casado, o nome da outra ou outras mulheres (art. 22 º n.º 3.º).

No codigo civil (art 2478.º § 1.º) determina-se que, havendo dispensa de publicação dos editaes ou de idade, se fará menção da apresentação dos diplomas de taes concessões No regulamento de 28 de novembro de 1878 supprimiu-se (art. 40.º § 1 º) a parte que respeitava á dispensa da publicação, deixando-se ficar a respeitante a dispensa de idade Ora a verdade é que deviam ser supprimidas ambas. No casamento civil não pode dispensar-se a publicação dos editaes a que se referem os artigos 1076 º e 1077 º do codigo civil; só no casamento catholico é que pode haver dispensa dos banhos ou proclamas, e aquelle regulamento é applicavel só ao casamento civil

E tambem no casamento civil não póde haver dispensa de idade. Os menores de 14 annos, sendo do sexo masculino, e de 12, sendo do feminino, não podem contrahir casamento (art 1073.º n º 4 º).

A unica dispensa que para o casamento civil póde conceder-se é a do impedimento proveniente da parentesco no terceiro grau da linha collateral (art. 1073.º n º 3 º), a qual é da competencia do governo e deve ser dada nos termos do decreto de 26 de dezembro de 1878.

Sendo o contrahente menor, far-se-ha menção no registo do casamento do diploma do consentimento, ou, sendo dado pelos paes e pelos avós, de que foi prestado no acto do casamento (art 2478.º § 2.º, regul. de 28 de novembro, art 40 º § 2 º, decr. de 15 de junho de 1887, art 56 º § 2 º, regul do registo civil de Angola, art 42.º § 2 º, e cod. do proc civ, art 773.º § unico)

Se algum dos contrahentes fôr viuvo, deve declarar-se no registo do casamento o nome do conjuge fallecido e o logar onde falleceu (art 2478.º § 3 º, regul. de 28 de novembro, art 40 º § 3 º, decr. de 15 de junho de 1887, art 56 º § 3 º, regul. do registo civil de Angola, art 42 º § 3 º, e regul. de 12 de julho de 1902, art. 22.º n º 6 º).

Os assentos de casamento catholico devem declarar (decr. de 2 de abril de 1862 art 14 º).

1.º O anno, mês e dia em que teve logar o casamento; 2 º a parochia, concelho e diocese a que pertencem os nubentes, com a designação da igreja, capella ou logar da celebração do casamento e menção do diploma que concedeu licença, quando não fôr celebrado na igreja parochial; 3 º o ecclesiastico que assistiu ao casamento, 4 º o nome, appellidos, idade, profissão, estado, naturalidade, morada e freguesia dos nubentes, e a freguesia onde foram baptizados; 5 º se os nubentes são filhos legitimos, naturaes ou expostos; 6.º o nome, appellidos e naturalidade dos paes dos nubentes; 7.º havendo dispensa de proclamas, ou de qualquer impedimento, o diploma de qualquer dessas concessões; 8.º sendo algum dos nubentes menor, o consentimento do superior legitimo, ou diploma do seu supprimento legal, 9 º o nome, appellidos, profissão, morada e freguesia das testemunhas; 10 º se alguma das pessoas que figuraram no assento não assignou por não saber escrever.

Se algum dos conjuges fôr viuvo, declarar-se-ha o nome do conjuge fallecido e a freguesia e diocese onde falleceu.

No caso de menoridade de algum dos nubentes, o superior legitimo, que dér o seu consentimento, assignará o assento, ou juntará documento authentico desse consentimento No caso de supprimento judicial, juntar se-ha sempre o alvara que o concedeu.

4) *Registo de matrimonio contrahido em país estrangeiro* Todo o português que contrahir matrimonio em país estrangeiro deverá, no prazo de tres mêses contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar no registo civil do logar onde estiver domiciliado o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo documento authentico, pelo qual prove que o casamento foi legitimamente celebrado (art 2479 °)

Abrange esta disposição tanto o casamento celebrado em país estrangeiro entre portuguêses somente como entre português e estrangeira, sendo conveniente notar que a mulher portuguêsa, que case com um estrangeiro, perde, por esse facto, a nacionalidade portuguêsa, excepto se não adquirir a do marido O registo do casamento de portuguêses celebrado no estrangeiro so pode fazer-se em face de documento authentico, e, se no país onde se effeituar o casamento este contracto não estiver sujeito a registo regular e authentico, só depois de se obter um documento authentico, como uma justificação judicial, é que se poderá fazer o respectivo registo no reino

O português que não cumprir a obrigação de fazer registar o casamento no reino não tem pena de multa, mas fica sujeito á sancção comminada no artigo 1202.°

Os decretos organicos do registo civil tanto parochial como não parochial não se referem ao registo do casamento effeituado por portuguêses em país estrangeiro, á excepção do decreto de 9 de setembro de 1803, que preceitua a este respeito (art 15 ° § unico) que, se o matrimonio fôr celebrado em país estrangeiro, o parocho dos contrahentes lavrará no livro respectivo, precedendo despacho do ordinario da diocese,

a certidão devidamente authenticada pelo agente diplomatico português que lhe fôr apresentada pelos contrahentes, e do regulamento de 12 de julho de 1902, no qual se determina (art 23 ° § 2 °) que as declarações de matrimonio de subdito ou subditos portuguêses em territorio estrangeiro devem fazer-se dentro de oito dias, desde que os esposos se recolherem ao territorio português, em presença de duas testemunhas maiores, e que sejam graves na casta dos esposos.

5) *Nota de annullação do casamento.* Tanto os casamentos civis como os catholicos podem ser annullados, e, se o forem, dever-se-ha, para que não subsista a prova dum acto que legalmente deixou de existir, averbar a respectiva sentença ao lado do assento, declarando-se a sua data, o juizo onde foi proferida e o cartorio por onde correu o processo (art 2480.°, regul de 28 de novembro de 1878, art 40.°, decr de 15 de junho de 1887, art 57 °, que amplhou o disposto no codigo civil ao caso de repudio da mulher entre os chinas, e regul do registo civil de Angola, art 44 °).

104 *Do registo dos obitos* 1) *Quem deve participar o obito, como e a quem.* Preceitua o codigo civil (artt. 2481.° e 2482 °) que nenhum cadaver podera ser sepultado sem que primeiro se tenha lavrado assento de obito no livro do registo, e que, logo que alguma pessoa fallecer, o seu mais proximo parente, ou, na falta ou ausencia de parentes, os seus familiares, ou, em ultimo caso e na falta destes, os seus vizinhos, farão declaração do obito ao official do registo civil do logar, onde o obito houver acontecido ou estiver o cadaver.

O regulamento de 28 de novembro de 1878 reproduz (artt 43 ° e 44 °) estas disposições, determinando que a declaração de obito será feita ao administrador do concelho ou bairro onde o obito houver acontecido, ou estiver o cadaver; e estatue (art 45 °) que a declaração poderá ser feita verbalmente, ou por escripto, assignada e datada pelo declarante,

e que será authenticada, sempre que fôr possivel, com a declaração escripta e assignada por medico ou cirurgião, designando a causa da morte, e o dia, hora e logar onde o obito occorreu, e, na falta desta declaração, com um attestado do regedor, que pessoalmente tiver verificado o obito. O regulamento do registo civil de Angola reproduz (artt 44.°-46 °) as mesmas disposições, e o de 15 de junho de 1887 (art 60 °) manda supprir o attestado do medico com attestação da auctoridade que haja pessoalmente verificado o obito ou por justificação julgada pelo tribunal competente No regulamento de 12 de julho de 1902 ha as mesmas disposições (artt. 25 °-27 °), relativamente as pessoas que devem fazer a declaração do obito e a forma e tempo em que deve ser feita, que no regulamento de 28 de novembro, excepituando o que diz respeito ao attestado do regedor, que não é exigido na falta da declaração do medico, por ser elle o official do registo civil.

Nos decretos relativos ao registo civil parochial não ha disposição alguma a este respeito, sendo praxe seguida que as pessoas que tenham a seu cargo cuidar do funeral participem ao parocho o fallecimento e cumpram as outras obrigações referentes ao caso Tambem nesses decretos se não fixa o tempo dentro do qual se deve fazer o assento, assumpto que se acha regulado em algumas constituições diocesanas (1)

2) *Declarações que devem constar do assento de obito e por quem deve ser assignado* O assento de obito deve conter, além de todas as circumstancias mencionadas no artigo 2448.°, as seguintes, quando fôr possivel obtê-las (art 2483 °, regul. de 28 de novembro, art 47.°).

1 ª O dia, hora e logar do fallecimento; 2 ª o nome, sexo, appellido, idade, profissão e domicilio do fallecido, 3.ª os nomes, domicilio, naturalidade e profissão dos paes e avos do

(1) Veja se o DR. COELHO DA SILVA, *Regulamento do registo parochial annotado*, pag 95, nota (*a*).

fallecido, se disso houver noticia, 4 ª o nome do outro conjuge, se o fallecido tiver sido casado ou viuvo; 5 ª a molestia ou causa da morte, sendo conhecida

Se o fallecido tiver deixado testamento, far-se-ha mencão desta circumstancia, bem como da pessoa em poder de quem ficou o testamento. Além disso o regulamento de 15 de junho de 1887 determina (art 61 ° n ° 2 °) que a indicação do tempo do fallecimento se faça segundo a chronologia christã e a da nacionalidade do fallecido, e o do registo civil de Angola (art 48 ° n.°s 4 ° e 5.°) que se diga qual a raça do fallecido e a dos seus paes e avos. No regulamento de 12 de julho de 1902 exige-se tambem (art. 24 °) a declaração de filiação legitima ou illegitima e do logar da sepultura, nas regiões e castas em que é uso sepultarem-se os cadaveres.

No decreto de 2 de abril de 1862, em que se preceitua (art. 13 °) que, além das declarações referidas, sejam mencionadas outras circumstancias — declaração da parochia e diocese do fallecido e se recebeu os sacramentos, apenas se exige o nome do fallecido, não havendo porem duvida alguma de que tambem se deve escrever o appellido, para mais facilmente se determinar a identidade do fallecido. Não exige esse decreto que se declare a doença que determinou a morte, mas alguns parochos, sempre que a conhecem, declaram-na. O decreto de 9 de setembro de 1863 preceitua (art 19.°) que se declare se a morte foi natural ou violenta, e, neste caso, qual a causa

No registo não parochial o assento de obito deve ser assignado pelo respectivo official do registo, pelos declarantes, e, na falta ou no impedimento destes, por duas testemunhas, escolhidas de preferencia entre os parentes ou vizinhos do fallecido (regul. de 28 de novembro, art. 46.°; do registo civil de Angola, art 41.°; do regul de 15 de junho de 1887, art 61 ° § 1.°) O regulamento de 12 de junho de 1902 não contém nenhuma disposição especial a este respeito

No registo civil parochial so se exige a assignatura do parocho ou de quem suas vezes fizer.

3) *Do registo de obito em casos especiaes* Quando nos hospitaes civis ou militares, nas cadêas, nos hospicios de expostos, ou nos lazaretos, fallecer alguma pessoa, os directores ou administradores desses estabelecimentos farão abrir assento de obito, com todas as declarações exigidas neste codigo, que fôr possivel obter, em livros que ahi deve haver para esse effeito, e, no prazo de 24 horas depois de lavrado o assento, remetterão copia authentica do dicto assento ao official do registo civil do logar onde estiver situado o hospital, cadêa, hospicio ou lazareto, para que seja lançado no respectivo registo Estes documentos serão archivados com o respectivo numero de ordem (art 2484 º e § unico)

Nos regulamentos do registo civil não parochial não ha referencia aos casos previstos neste artigo, e, pelo que respeita ao parochial, o decreto de 9 de setembro determina (art 18 º e § unico) que os capellães civis e militares desempenharão as funcções de parochos, e que, se o fallecido não fôr da parochia onde é dado á sepultura e o parocho tiver conhecimento do seu ultimo domicilio, deve enviar officialmente ao respectivo parocho, dentro de tres dias, uma certidão do assento, declarando a margem deste que assim o cumpriu O parocho do domicilio do fallecido, logo que receba a certidão, lançá-la-ha por copia no livro competente e archivá-la-ha

Se apparecer o cadaver de alguem, cuja identidade não seja possivel reconhecer, o assento de obito deverá declarar (art. 2485.º e § unico): 1.º o logar onde foi achado o cadaver; 2.º o estado delle, 3.º o sexo e a idade que representa, 4 º o vestuario que tinha e quaesquer outras circumstancias ou indicios que se encontrarem.

Quando depois se reconheça a identidade do morto, completar-se-ha o assento, escrevendo-se a margem delle os esclarecimentos de novo obtidos.

Nos decretos organicos do registo civil não parochial nada se dispõe a este respeito, exceptuando o de 12 de julho de 1902, em que se reproduz (art. 28 º) substancialmente o citado artigo do codigo civil e se determina que (art 29.º), se o individuo assim encontrado morto não fôr da aldeia e o official do registo tiver conhecimento do seu ultimo domicilio, enviará dentro de tres dias a auctoridade deste logar aviso da morte, declarando á margem do assento como assim o cumpriu. A auctoridade local remetterá aquelle aviso ao official do registo da respectiva aldêa, e este o lançará por copia no competente livro e o archivará (art 39 º § unico)

Relativamente ao registo civil parochial, os decretos de 2 de abril de 1862 (art 13 º § 1 º) e de 9 de setembro de 1863 (art. 17 º) prescrevem que se declare o logar onde o cadaver fôr encontrado, e, sempre que não seja conhecido, a idade que se attribuir ao fallecido, a estatura, posição, vestuario e quaesquer signaes por onde se possa chegar a conhecê-lo.

Occorrendo em viagem de mar algum fallecimento, proceder-se-ha, nos termos dos artigos 2471 º, 2472 º e 2473 º, em tudo aquillo a que forem applicaveis (art. 2486 º). O assento de obito deve ser lançado no *diario de navegação* (cod. comm., art. 503 º).

Occorrendo o fallecimento durante alguma viagem por terra, o assento de obito sera lavrado ou pelo official do logar onde o fallecimento occorrer, ou pelo do logar onde o cadaver fôr sepultado, quando este logar seja diverso daquelle (art. 2487 º)

Não ha nos decretos relativos ao registo civil, tanto parochial como não parochial, nenhuma disposição respeitante aos assentos de obito das pessoas que falleçam em viagem por mar ou por terra, exceptuada a do decreto de 9 de setembro de 1863 pelo que respeita aos assentos que devem ser lavrados pelos capellães do exercito e da armada, nos casos em que se consideram como parochos para esse effeito.

105. *Do registo dos reconhecimentos e das legitimacões.* 1) *Casos em que deve lavrar-se assento dos reconhecimentos e legitimações e dentro de que prazo* Preceitua o codigo civil que haja um livro especial para os assentos de reconhecimento e legitimação (art. 2488 °) A palavra *reconhecimento* significa neste artigo o mesmo que *perfilhação,* mas devemos observar que o reconhecimento do filho por ambos os paes constitue uma condição necessaria para a legitimação, a qual se da em virtude do casamento subsequente ao nascimento (art 119 °)

O reconhecimento dos filhos illegitimos pode fazer-se no proprio assento de nascimento ou de baptismo, em testamento, escriptura ou qualquer outro acto solemne, e por meio de sentença judicial (artt 119 ° n °s 1.° e 2 °, 123 ° 130 °–133 °, decr de 2 de abril de 1862, art. 13 ° § 2 °, e de 9 de setembro de 1863, art. 12 ° § 2 °) Relativamente á legitimação, o reconhecimento pode dar-se antes ou depois do casamento, contando se sempre os effeitos della desde o casamento (art. 119 ° n ° 1.° e § 3 °)

No livro do registo não parochial destinado para os reconhecimentos e legitimações lançar-se-hão os assentos de todos os reconhecimentos e legitimações que se effeituem por qualquer dos modos indicados, a excepção dos reconhecimentos que sejam feitos no proprio assento de nascimento, os quaes tanto podem ser de perfilhação como de legitimação (art 2489 °)

Nos regulamentos do referido registo civil não se reproduz esta disposição do codigo civil, limitando-se a determinar as declarações que devem conter os assentos de legitimação e de perfilhação

Pelo que respeita ao registo civil parochial, o decreto de 2 de abril de 1862 preceitua no artigo 18 ° quando, acompanhada de despacho do respectivo prelado, se apresentar ao parocho 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 archivara, fazendo no respectivo assento de baptismo a nota correspondente

Ao tempo em que foi publicado este decreto, só era permittida a perfilhação, sem auctorização regia, dos filhos naturaes de pae peão, sendo esse o motivo por que no artigo transcripto se fala em carta de perfilhação (1) Essa parte do artigo está hoje revogada pelo codigo civil, devendo lançar-se no livro das perfilhações e legitimações os assentos de todas as que se effeituem, fora do assento de baptismo, pelos meios que a lei admitte, precedendo despacho do prelado

Em face do disposto no artigo 19 ° do decreto de 2 de abril de 1862 parece que, sendo feita a legitimação, quer o reconhecimento do filho se faça no assento de matrimonio dos paes, quer tenha sido feito anteriormente, não é necessario lavrar outro assento, devendo apenas lançar-se a nota respectiva no assento de baptismo do filho. O decreto de 9 de setembro de 1863 dispõe todavia no § unico do artigo 19 ° e no artigo 20 ° 31
que, no caso de legitimação, o assento será feito com referencia ao do casamento dos paes, e que, feito o assento, o parocho lançará ao lado do respectivo assento de baptismo a nota correspondente

2) *Declarações que devem conter os assentos de perfilhação e legitimação* Os assentos de reconhecimento e de legitimação devem conter, além das declarações que se exigem em todos os registos de estado civil (art 2490 °, regul de 28 de novembro, art. 48 °, e de 10 de junho de 1887, artt 63.°–65 °)

1 ° Os nomes, appellidos, estado civil, naturalidade e domicilio dos legitimadores e perfilhadores,

(1) Vejase Coelho da Rocha, *Instituições,* tomo I, § 298 °

2 ° Os nomes, appellidos, estado civil, naturalidade e domicilio, sendo conhecido, do legitimado ou perfilhado,

3 ° Declaração do documento pelo qual a legitimação ou perfilhação foi feita.

No caso de legitimação por subsequente matrimonio, indicar-se-ha o livro onde está lançado o assento de casamento e o numero de ordem deste Se o dicto assento estiver em diversa repartição do registo civil, ou em outro anterior á creação deste, será a dicta repartição ou o dicto registo designado, e far-se-hão aquellas indicações a vista da respectiva certidão, que ficará archivada (art 2490 ° § 1 °)

Se o reconhecimento ou perfilhação fôr feito por testamento, declarar-se-ha o logar onde está registado, se fôr por escriptura, o cartorio do tabellião onde foi feita; se fôr por algum outro auto publico, o tribunal ou repartição publica onde foi exarado (art. 2490 ° § 2 °).

No regulamento do registo civil de Angola exige-se que se declare tambem a raça a que pertence o perfilhado ou legitimado (art. 20 ° n.° 5 °).

Quanto ao registo civil parochial, nem o decreto de 2 de abril de 1862 nem o de 9 de setembro de 1863 determinam as declarações que nos assentos de reconhecimento e de legitimação se devem fazer, limitando-se a dizer que o assento contera a summa do documento em face do qual se fizer. Cumpre portanto aos parochos observar o disposto no codigo civil.

3) *Averbamento dos assentos de reconhecimento e de legitimação* O averbamento dos assentos de reconhecimento e de legitimação sera feito nos termos do artigo 2469 ° (art 2491 °)

O regulamento de 28 de novembro de 1878 determina (art. 49 °) que o averbamento será feito no prazo de dois mêses a contar do dia em que se tiver ultimado o acto da legitimação ou da perfilhação, ou daquelle em que tiver passado em julgado a sentença de filiação O regulamento de 15 de junho de 1887 marca o prazo de um mês (art 68.°), e o do registo civil de Angola o de seis mêses (art. 50.°) (1).

SECÇÃO III

DAS PESSOAS COLLECTIVAS

§ 24 — *Classificação das pessoas collectivas*

MICHOUD, *La theorie de la personalite morale*, parte I, capitulo II, CHIROM e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag 138, RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Simbaldo dei Fisechi e in Federico Carlo di Savigny*, OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, tomo IV, pag 256, DERNBURG, *Pandette*, traducção de CICALA, tomo I, pag 172, VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, 3.ª parte

106. *Idéas preliminares* A noção que démos de personalidade collectiva (§ 14) illumina-se e determina-se pela classificação das organizações sociaes dotadas dessa personalidade, ou que o devem ser As vantagens dessa classificação são reconhecidas por todos os jurisconsultos e publicistas, não so sob esse ponto de vista. mas ainda sob o ponto de vista pra-

(1) Relativamente ao registo civil do nascimento, casamento e obito do rei e pessoas da familia real, vejam-se os decretos de 14 de abril de 1869, de 26 de junho de 1876 e de 23 de dezembro de 1897

Nos regulamentos do registo civil acha-se determinado o modo por que se devem reformar os livros inutilizados ou perdidos Podem vêr-se os artigos 22 °–28 ° do decreto de 28 de novembro de 1878, os artigos 30 °–37 ° do decreto de 15 de junho de 1887, os artigos 23 °–26 ° do regulamento do registo civil de Angola e os artigos 35.°–41 ° do regulamento de 12 de julho de 1902

tico, e as gravissimas difficuldades que essa classificação offerece acham-se hoje em grande parte removidas, mercê dos importantissimos trabalhos que a esse assumpto têem sido consagrados

Cumpre-nos todavia signalar que na classificação das pessoas collectivas, e seja qual fôr a base em que essa classificação assente, os caracteres, por que se define cada grupo, não podem applicar-se com a mesma nitidez e precisão a todas as pessoas collectivas que nelle devam ser incluidas, pois ha organizações intermedias que participam dos caracteres dum ou mais grupos Necessario é, em relação a essas pessoas, ter em consideração o elemento que nellas domina

As pessoas collectivas foram classificadas por SAVIGNY, tomando para fundamento a sua organização, em *corporações (universitates personarum)* e *fundações (universitates bonorum)*, segundo eram formadas pela associação dum certo numero de individuos, ou por um patrimonio que fosse constituido para um fim determinado

Na doutrina de SAVIGNY tanto as corporações como as fundações representavam uma ficção, mas esta não era da mesma natureza Na corporação, o conceito de personalidade assentava não nos membros considerados singularmente e ainda collectivamente, mas num conjuncto ideal, na fundação, o conceito de personalidade representava uma abstracção, um fim humanitario, que devia realizar-se em certo logar, por modo prefixado e com meios determinados (1)

Para SAVIGNY, o conceito de personalidade collectiva pertencia exclusivamente ao direito privado No regimen absolutista, em que se accentua a distincção entre o direito publico e privado, só se admittem relações entre o Estado e os seus membros na esphera do direito privado Sempre que os interesses communs do Estado, geridos pelos seus representantes, revestiam caracter patrimonial ou pecuniario, constituia-se para esses interesses uma pessoa collectiva de caracter privado, com a designação de *fisco* ou de *fazenda publica* O que se deu em relação ao Estado, succedeu tambem com as autarchias locaes, municipios ou communas, que se consideravam pessoas collectivas apenas nas suas relações de caracter privado.

(1) *Traite de droit romain*, traducção GUENOUX, tomo II, pag 240

Actualmente, o conceito de que a personalidade collectiva tinha só caracter privado esta definitivamente abandonado O Estado e as autarchias locaes são considerados como pessoas tanto em relação as funcções soberanas como as de gestão e patrimoniaes. O que ainda se discute, e, a nosso vêr, sem motivo plausivel, é se o Estado soberano deve considerar-se como pessoa distincta do Estado sob o ponto de vista patrimonial, ou se constitue uma unica personalidade, devendo consequentemente considerar-se o Estado soberano, sempre que nessa qualidade offenda direitos privados, responsavel pelos prejuizos que causar, questão que póde ventilar-se tambem, e deverá ter a mesma solução, relativamente ás autarchias locaes

Fixado o principio de que a personalidade collectiva tanto existe no direito privado como no publico, e sendo certo que entre as pessoas de direito publico e de direito privado existem differenças importantes, dahi resultou a necessidade de remodelar a classificação de SAVIGNY em corporações e fundações, que se tornara tradicional, estabelecendo alguns jurisconsultos, como classificação fundamental das pessoas collectivas, a distincção entre pessoas de direito publico e de direito privado

Em cada ramo desta classificação, as pessoas collectivas dividem-se, attendendo-se ao modo da sua constituição, em corporações e fundações, sendo todavia de notar que, em relação as pessoas de direito privado e attendendo ao alar-

gamento que nas legislações modernas se tem dado ao conceito de personalidade, a designação de corporação não póde applicar-se correctamente a algumas pessoas collectivas, em que ha a união de pessoas para interesses de ordem privada.

Referimo-nos ás sociedades civis e commerciaes, que, segundo o que no nosso codigo commercial se preceitua (art 108 °), gosam do direito de personalidade quando se constituam segundo a fórma nelle estabelecida, e das quaes algumas especies existem com que de modo algum se coaduna o conceito de corporação e o de personalidade collectiva

A necessidade, que reconhecemos, de esclarecer devidamente esta materia, leva-nos a estabelecer, como fundamental, a distincção entre as pessoas de direito publico e de direito privado, que, se não attendessemos ao estado do nosso direito, talvez considerassemos secundaria.

Classificaremos, pois, as pessoas collectivas em *pessoas de direito publico* e de *direito privado,* subdividindo aquellas em *corporações* e *fundações,* e estas em *corporações* e *fundações de utilidade publica* e *sociedades* Além desta classificação, que tem por base a constituição das pessoas collectivas, ainda scindiremos estas, attendendo ao seu fim, em pessoas collectivas de *instituição ecclesiastica* e de *instituição civil,* e, quanto a duração, em *perpetuas* e *temporarias.*

107. *Pessoas collectivas de direito publico.* Nas pessoas collectivas de direito publico entram todas as organizações sociaes que têem por fim a administração publica.

Entre essas pessoas occupa o primeiro logar o Estado, a quem pertence, no territorio nacional, o poder supremo, competindo-lhe não so a tutela da ordem juridica, mas promover a realização de todas as condições de progresso social que, constituindo interesses communs dos associados, não possam ser efficazmente asseguradas por estes.

O Estado, tendo uma organização por meio da qual se representam esses interesses, é uma pessoa collectiva, quer o consideremos em relação ao exercicio do poder publico, quer sob o ponto de vista patrimonial. Os fins da actividade do Estado determinam, porém, aspectos diversos sob que póde considerar-se a sua personalidade, sendo assim, como sujeito de direito, regulado por differentes normas juridicas

É assim que, quanto ás suas relações de ordem patrimonial, ou, para nos servirmos das palavras do legislador, em questões de propriedade e de direitos individuaes, o Estado fica sujeito ás normas de direito privado, e, sempre que a lei não faça excepção, nas mesmas condições que os cidadãos considerados como meros particulares (artt. 3 °, 34 °, 38 °, 382 ° § unico, 516 °).

E neste sentido que o nosso legislador declara que o Estado é havido por pessoa moral (art 37.°)

O Estado, designadamente quando tenha uma organização representativa, pela qual os cidadãos intervêem na administração publica, deve considerar-se como uma corporação ou associação politica, que, distincta dos outros Estados, se desenvolve num determinado territorio

Dentro do territorio do Estado, e subordinadas a elle, existem outras pessoas collectivas de direito publico. Têem, sem duvida, esse caracter os municipios e as parochias (art. 37.° e cod administr , art 416 °) Compete a essas pessoas, que tambem revestem a forma corporativa, a administração e promoção dos interesses communs a uma determinada circumscripção territorial No exercicio das suas funcções, os municipios e as parochias podem considerar-se sob os mesmos aspectos que o Estado, ficando tambem sujeitos ao direito civil no que respeita ás suas funcções de gestão ou de caracter patrimonial.

As pessoas collectivas a que acabamos de nos referir são pessoas de população e territorio, pois que se consideram como

associados, e ficam sujeitos ao seu poder, todos os cidadãos que residam dentro duma determinada circumscripção.

Não são, porém, so estas as pessoas collectivas de direito publico.

Os Estados, já para assegurarem a determinados serviços da administração publica mais amplos meios de acção, attrahindo, pela autonomia que attribue a esses serviços e pela certeza que assim fica havendo de que serão destinadas a esses serviços quaesquer doações ou deixas com que sejam contemplados, ja para garantir mais efficazmente os interesses dos beneficiarios pelo caracter independente que se dá á vontade que representa esses interesses, têem creado estabelecimentos ou institutos publicos, a que reconhecem o direito de personalidade A corrente que nesse sentido se tem estabelecido em alguns Estados estrangeiros, com reconhecida utilidade para certas categorias de serviços publicos, manifesta-se já entre nos em algumas instituições, como no decreto de 23 de agosto de 1902, que organizou as commissões de patronato, e na bem elaborada proposta para a organização dos serviços superiores de instrucção publica, apresentada a camara dos deputados em sessão de 28 de fevereiro de 1907, em que se attribue (art 36 °) capacidade civil ou direito de personalidade aos estabelecimentos de ensino superior — Universidade, Escolas medicas de Lisboa e Porto, Escola polytechnica, Academia polytechnica e Curso superior de letras, para adquirir a titulo gratuito os bens que lhes sejam transmittidos para uso do ensino a seu cargo e para os applicar quando sejam immediatamente destinados aos usos do ensino, ou para applicar o seu producto e bem assim quaesquer dotações do Estado destinadas ao respectivo material, diversas despesas e pessoal assalariado, e ainda outras verbas especificadas na referida proposta (1).

(1) Entre nós são poucos os estabelecimentos publicos que gosam do direito de personalidade É assim que não gosam do direito de personalidade a Academia real das sciencias, os Hospitaes de S José e os da Universidade (portarias de 4 de setembro de 1875 e 16 de fevereiro de 1877)

Têem-se constituido fundos com administração especial para certos serviços, dando-se a essas administracões uma certa autonomia, mas não se tem reconhecido aos respectivos institutos o direito de personalidade É assim que pela lei de 21 de abril de 1892 se constituiu um fundo com administracão especial destinado á adquisição de material de soccorros a naufragos e pagamento do respectivo pessoal de conservacão e uso, mas nem nessa lei, nem no decreto de 9 de junho de 1892, que regulou a sua execucão, se considera como tendo o direito de personalidade o instituto de soccorros a naufragos Qualquer quantia que seja doada ou deixada para esse fim tem portanto de ser acceita pelo Estado, que é tambem quem representa em juizo, pelos respectivos agentes do ministerio publico, o referido instituto

Está nas mesmas condições o fundo para a instrucção primaria, que póde ser contemplado com heranças, doacões ou legados (lei de 18 de março de 1897, art 57 ° n ° 4.°), e o fundo de beneficencia dos alienados, instituido pelo artigo 8 ° da lei de 4 de julho de 1889, não se achando estabelecido sequer a respeito deste o governo dos estabelecimentos a que a mesma lei se refere.

O fundo especial de beneficencia publica, para a defesa sanitaria contra a tuberculose, instituido pela lei de 17 de agosto de 1899, é destinado a subsidiar a associação nacional de assistencia aos tuberculosos, que é um instituto de direito privado.

Nos estabelecimentos ou institutos a que nos estamos referindo ha não só a constituição dum patrimonio ou de determinadas fontes de receita para um serviço publico, mas attribue-se a esses institutos o direito de adquirirem quaesquer bens, segundo as formalidades estabelecidas na lei, que tenham por fim a dotação desses serviços

Sendo este o caracter fundamental dos institutos publicos personalizados, podem revestir tambem a fórma de corporações

Quando tractarmos da constituição e representação das pessoas collectivas, veremos as differenças que existem entre as duas formas.

108 *Das pessoas collectivas de direito privado.* Em relação a estas pessoas, cumpre-nos accentuar em primeiro logar que o codigo civil apenas considera *pessoas moraes* as associações, corporações ou fundações que sejam constituidas por algum fim ou motivo de utilidade publica ou de utilidade publica e particular conjunctamente (art 32 °) Não entram, pois, no grupo das pessoas moraes as associações que tenham por fim a mera utilidade privada, em relação ás quaes se declara que são regidas pelo contracto de sociedade (art 39 °)

Discutindo-se, antes da publicação do codigo commercial, se as sociedades civis gosavam do direito de personalidade, essa questão está hoje formalmente resolvida pelo que respeita as sociedades civis que se constituam pela forma estabelecida na lei commercial, as quaes se attribue, do mesmo modo que as sociedades commerciaes e sem que entre ellas se faça distincção alguma, o direito de personalidade (cod. comm., artt 105 ° e 108 °) Dizemos que a questão está *formalmente* resolvida, porque é opinião nossa que não póde reconhecer-se o direito de personalidade a todas as fórmas de sociedades civis e commerciaes.

Nenhuma duvida ha, porém, de que existem associações ou sociedades, que, sendo de utilidade privada, gosam do direito de personalidade, e, como são diversas as normas que as regulam, teremos de fazer distincção, quanto as pessoas collectivas de direito privado, entre *pessoas collectivas de utilidade publica* e de *utilidade privada*

As pessoas collectivas de utilidade publica podem, do mesmo modo que as pessoas collectivas de direito publico, revestir a fórma de corporação ou de fundação

No primeiro caso, ha um grupo de individuos que se associam para a realização dum fim de utilidade publica, sendo a personalidade, que a corporação é attribuida, constituida em attenção a elles, e podendo o fim para que a corporação existe representar interesses ideaes dos proprios membros da corporação ou ser constituido em beneficio de pessoas estranhas á corporação Entram neste grupo as irmandades, confrarias, as associações de beneficencia, scientificas, de recreio e quaesquer outras que se não proponham um fim lucrativo, mas a realização de interesses ideaes, que se consideram de utilidade publica.

Na fundação ou instituto ha um patrimonio constituido em favor de grupos determinados de pessoas, não sendo todavia pela vontade destas que se representa esse patrimonio, ou, por outras palavras, não sendo o direito de personalidade constituido em relação a ellas, mas em relação ás proprias pessoas que promovem a existencia da fundação ou instituto, ou que posteriormente para elle contribuem, pois é pela attribuição do direito de personalidade á associação que se garante a realização da sua vontade, a qual é imposta á fundação.

Assim, um individuo póde deixar todo o seu patrimonio ou uma parte delle para a fundação dum hospital, devendo nesse caso constituir-se, em harmonia com as condições por elle determinadas, uma organização que tenha a seu cargo a representação desse patrimonio, que deverá ter o destino indicado pelo fundador O interesse do fundador consiste em garantir dum modo efficaz e permanente a applicação dos rendimentos do patrimonio por elle deixado, sendo pela constituição duma personalidade collectiva que se estabelece essa garantia

Neste sentido, póde dizer-se que a personalidade das fundações tem como destinatarios os individuos que promovem a sua constituição, visto que é por essa personalidade que se assegura não só a realização da sua vontade, que, para assim dizer, se perpetúa na fundação, mas contribue-se ainda para o seu engrandecimento, pois essa fundação póde constituir um estimulo para a beneficencia, havendo quem mais tarde venha tomar parte na obra do fundador, contemplando-a com doações ou deixas Tambem para estes representará, do mesmo modo

que para o fundador, uma garantia a personalidade da fundação.

É assim que, fundado um hospital, póde ser contemplado posteriormente com doações, legados e heranças, que tenham o mesmo destino que o patrimonio deixado pelo fundador do hospital, ou um destino especial. Neste caso, haverá outro instituto, cuja administração póde aliás pertencer, sem modificação alguma, á mesma administração a quem estavam confiados os interesses do hospital

Esta administração póde ter a fórma corporativa É assim que as misericordias, sendo irmandades e portanto corporações administrativas, podem ter institutos especiaes, isto é, patrimonios especialmente destinados para certos fins.

Póde até a administração dos institutos de iniciativa particular ser confiada ao Estado ou ás autarchias locaes É assim que, se aos hospitaes da Universidade fôr legada uma quantia para por ella se crear e manter uma enfermaria de maternidade, esse patrimonio representará um instituto, devendo ter o destino indicado pelo auctor do legado

Quando a uma pessoa collectiva já constituida se doa ou deixa um patrimonio para um fim especial, não haverá o que nos chamamos propriamente uma *fundação,* um instituto personalizado, mas uma doação, herança ou legado, com uma clausula modal.

Nas corporações que, como as de beneficencia, se constituam para fins completamente desinteressados, ou, por outras palavras, em que os seus membros não se proponham um proveito proprio, deve distinguir-se tambem entre as pessoas para quem existe a pessoa moral, isto é, que administram o seu patrimonio e promovem a realização dos fins para que a pessoa collectiva se constituiu, e os destinatarios do patrimonio collectivo, isto é, os individuos em favor de quem seja constituido esse mesmo patrimonio

O que distingue as fundações e corporações de utilidade

publica, a que acabamos de nos referir, dos institutos publicos personalizados. é serem estes constituidos por iniciativa do Estado e das autarchias locaes, e aquelles por iniciativa dos cidadãos, por uma vontade privada.

Tem-se discutido se deve permittir-se á iniciativa privada a fundação de institutos de utilidade publica, havendo quem veja em taes institutos um acto de vaidade, cujos fins, apparentemente humanitarios, são ou podem tornar-se prejudiciaes É assim que, na opinião de TURGOT, a fundação de institutos tendentes a proteger os pobres terá como consequencia multiplicar o seu numero, diminuindo o estimulo para o trabalho e o espirito de economia e de previdencia, e que, embora taes institutos sejam uteis no momento da sua fundação, essa utilidade póde attenuar-se e até desapparecer completamente, já pela negligencia das administrações a quem sejam confiados, já pela baixa do valor do dinheiro, que pode levar a converter em favor dos funccionarios dos institutos o que deveria redundar em beneficio dos desprotegidos da fortuna, já pelo faustoso luxo das grandes fundações E necessidades ha, como são as de alimentação e educação, a que o homem deve prover de per si mesmo, e outras para cuja satisfação são preferiveis as associações de caracter particular (1)

Na actual organização economica dos Estados, a extincção dos institutos de utilidade publica, com fins completamente desinteressados para as administrações ou corporações que os representam, e a prohibição de doações e deixas a seu favor, determinaria a impossibilidade de prover a muitas necessidades sociaes Não póde deixar de attribuir-se ao Estado, visto que se trata de serviços de utilidade publica, cuja coordenação lhe compete, a superintendencia em taes institutos, e o direito de os extinguir ou transformar, quando elles não correspondam ás necessidades sociaes, para que foram consti-

(1) *Enciclopedie*, v° *Fondation*

tuidos e auctorizados Não póde, porém, o Estado, emquanto pelos institutos dessa natureza se prover a necessidades sociaes para cuja satisfação elle é impotente, extinguir ou prohibir os institutos de utilidade publica, e não deve até deixar de acatar, sempre que por essa forma não sejam prejudicados os interesses do Estado, a vontade dos fundadores ou bemfeitores de taes institutos, pois, se assim não proceder, os sentimentos de philantropia e de caridade estancar-se-hão.

Tambem são consideradas pela nossa legislação como corporações ou associações de utilidade publica as que, embora sejam instituidas no interesse dos socios, não tenham caracter economico, fins lucrativos É assim que são havidas como pessoas moraes as associações de recreio, os gremios litterarios e recreativos, os clubs de caçadores, as associações litterarias.

São estas as associações que no codigo civil allemão se denominam associações de *fim ideal*, para as contrapor ás que têem fim economico ou lucrativo.

Nas associações referidas, os destinatarios da pessoa collectiva e do patrimonio social confundem-se, emquanto a associação subsistir

Com as associações de utilidade publica têem estreita analogia as associações de previdencia, como são as associações que têem por fim os soccorros mutuos, prestando auxilio aos socios doentes ou temporariamente impossibilitados de trabalhar e dando pensões aos que se inhabilitarem permanentemente e aos seus herdeiros, e as de seguro para os operarios, cujo fim seja indemniza-los, em caso de risco ou accidente no trabalho, dos prejuizos que hajam soffrido

Em qualquer destas associações, pelas quotas e joias que os socios pagam não se tem em vista a partilha de lucros, não podendo portanto considerar-se associações de caracter especulativo. O fim para que ellas se constituem representa, quando se verifiquem as condições em que são concedidos os soccorros e as indemnizações, um beneficio economico para os socios,

mas a associação não tem, como tal, por fim auferir lucros para os partilhar entre os socios, nem o patrimonio que lhe pertence faz parte do patrimonio de cada um dos socios, que apenas têem o direito de exigir, emquanto a sociedade subsistir, os soccorros ou indemnizações a que a sociedade fica obrigada pela sua lei organica.

Verificam-se, pois, nestas associações as condições para que lhes seja reconhecido o direito de personalidade, havendo um patrimonio destinado a satisfação de interesses communs dos associados, interesses que são distinctos dos de cada socio individualmente considerado e podem estar até em opposição com elles.

Essas associações podem até considerar-se como sendo de utilidade publica, pois interessa directamente ao Estado o desenvolvimento das instituições de previdencia, pelas quaes se attenuará ou reduzirá a necessidade dos institutos publicos e dos institutos de utilidade publica que tenham para os seus fundadores fins completamente desinteressados, e assim se explicam não só as prerogativas que pela nossa legislação são concedidas ás associações de soccorros mutuos, mas ainda as providencias especiaes que nella se acham estabelecidas pelo que respeita a sua constituição e administração

As corporações de utilidade publica podem, em relação a certos serviços, revestir o caracter de associações de soccorros mutuos. É assim que nas misericordias e irmandades póde haver um hospital só para os irmãos ou a obrigação de lhes fazer o funeral, contribuindo elles com joias ou quotas já para os serviços que a misericordia ou irmandade lhes presta, já para quaesquer outros fins a que se destinam essas corporações.

Nos institutos, corporações e associações de que temos falado, o fim para que se constituem não é especulativo, sendo que até nas associações de soccorros mutuos não ha uma empresa destinada a obter lucros para repartir pelos seus socios.

O contrario succede com as empresas collectivas em que se põem em commum bens e industria ou só industria com o fim de repartir os lucros, a que se dá propriamente o nome de *sociedades* (art 1240 °) Nessas empresas o fim dos associados é economico, meramente lucrativo, representando a communhão de bens e a associação de industria um meio de maior productividade para o capital ou para o trabalho

São diversas as fórmas que podem revestir as sociedades, e essa diversidade de forma não póde deixar de determinar regimens juridicos diversos tambem.

Aqui apenas nos cumpre notar que as empresas collectivas se podem constituir com pessoas certas e invariaveis, sendo a communhão de bens que por essas empresas se constitue um patrimonio que não póde considerar-se distincto do de cada um dos socios, que ficam illimitadamente responsaveis pelas dividas da sociedade, como succede nas sociedades em nome collectivo (cod comm., art. 105 ° § 1.°), ou podem constituir-se sob a forma anonyma, limitando os socios a sua responsabilidade á quota dos seus bens com que contribuam para o capital social (cod comm , art 105.° § 2 °) Em qualquer dos casos, o patrimonio social é destinado para um fim determinado, mas as relações que ficam existindo entre esse patrimonio e os socios e entre estes e terceiros não são as mesmas.

No primeiro caso, sendo os socios sempre os mesmos, e tanto que a sociedade se dissolve por morte de qualquer delles e, quando seja por tempo indeterminado, pela simples vontade de um dos socios (cod comm., art. 120.° § 1.°), o patrimonio social, quer se considere sob o ponto de visto activo, quer passivo, representa sempre em relação aos socios uma quota parte do seu patrimonio, revertendo directamente em beneficio ou perda dos mesmos socios os resultados das operações da sociedade, e ficando os socios responsaveis pelos seus proprios bens pelas dividas que nessa qualidade hajam contrahido

Nas sociedades anonymas as alterações que se dão ou podem dar-se nos socios pela transferencia dos direitos representados pelas acções, alterações que nenhuma influencia têem na vida da sociedade, e o facto de os socios so responderem pelo valor com que subscrevem pelas obrigações que a sociedade assumir, não podem deixar de levar-nos a considerar o patrimonio social independente do patrimonio de cada um dos socios. Estes, salvos os direitos que, em relação á administração social, lhes sejam reconhecidos pelos estatutos da sociedade ou pela lei, e o caso de dissolução da sociedade, que póde ser resolvida por accordo dos socios (cod comm , art. 120 ° n ° 6 °), apenas têem direito aos dividendos que sejam distribuidos, e, podendo dar-se em epocha remota os resultados das operações da sociedade, podem esses resultados reverter em proveito ou prejuizo de socios diversos daquelles que existiam ao tempo em que se effectuaram essas operações

Das considerações que acabamos de fazer resulta que, havendo fórmas de sociedades em que o patrimonio social é independente do de cada um dos socios, se póde e deve attribuir a essas sociedades o direito de personalidade, pelo qual ellas ficarão sendo consideradas como uma individualidade distincta da de cada um dos socios. A attribuição do direito de personalidade ás sociedades em que são invariaveis os socios e ha responsabilidade illimitada pelas dividas, não tera fundamento algum admissivel, pois que nessas sociedades não existem, como é obvio, interesses communs que sejam independentes dos interesses individuaes dos socios, e levará a consequencias inadmissiveis. É assim que, se as sociedades em nome collectivo constituissem um sujeito de direito diverso do dos socios, seria logico admittir que estes, do mesmo modo que os socios das sociedades anonymas, pudessem testemunhar em actos relativos as mesmas sociedades

Póde o legislador, ja no intuito de assegurar a realização do fim para que se constitue uma sociedade desta natureza,

já para facilitar a sua administração e ainda para garantir mais efficazmente os direitos de terceiros, dar ao patrimonio social uma certa autonomia e á sociedade uma administração unitaria, não facultando, por exemplo, aos credores individuaes dos socios o direito de executarem a sua parte nos bens sociaes, para que a vida da sociedade não fique assim á mercê desses credores; dando aos credores da sociedade, em relação aos bens desta, o direito de preferencia; considerando a sociedade devidamente representada em juizo pelo socio administrador e não se tornando portanto necessario citar para esse fim todos os socios, assignando a sociedade um domicilio diverso do destes Não póde, porém, sem contrariar a natureza das cousas, reconhecer á sociedade uma individualidade diversa da dos socios

As garantias a que nos referimos podem obter-se, já pela constituição do patrimonio social sob uma fórma autonoma em relação ao patrimonio de cada um dos socios, autonomia que se explica pelo fim da sociedade, ja pela unidade da administração. É assim que, em relação á sociedade conjugal, onde não existe, sob o ponto de vista patrimonial, uma individualidade diversa da de cada um dos conjuges, o nosso legislador não permittiu, attendendo ao fim a que devem ser destinados os bens communs do casal, que esses bens pudessem ser executados para pagamento das dividas que hajam sido contrahidas pelo marido sem outorga da mulher, no caso em que essas dividas se não communiquem, senão depois de dissolvido o matrimonio ou da separação judicial de pessoas e bens (art. 111§ 1.º §§2.º) Ora essa disposição que, representando uma applicação da theoria da propriedade collectiva, que tão felizmente tem sido desenvolvida na Allemanha, e que parece haver sido desconhecida pelo nosso legislador ao permittir (cod comm , art. 10.º) que os credores do marido por dividas commerciaes pudessem exigir o seu pagamento pela meação delle nos bens communs antes de dissolvido o matrimonio, poderá ser ampliada, como

já o tem sido em alguns paises, ás sociedades civis e commerciaes. Não dando, porém, essa autonomia ao patrimonio social, o nosso legislador reconheceu, quanto a esse patrimonio, preferencia aos credores da sociedade em relação aos credores pessoaes de cada um dos socios, e só permitte aos credores sociaes que se paguem pelos bens particulares dos socios depois de se achar excutido o capital social (art 1274.º, cod comm , art 137.º, e cod de proc. comm , artt 346.º e 347.º)

A separação que, pelo caracter de autonomia attribuido ao patrimonio social, se da nas sociedades entre este patrimonio e o individual dos socios, e a administração unitaria que nas sociedades existe, fez com que o nosso legislador attribuisse as sociedades commerciaes individualidade juridica differente da dos associados (cod comm , art 108.º) Note-se, porém, qu eessa individualidade juridica só existe em relação a terceiros.

É nestes precisos termos que ás sociedades commerciaes se reconhece no artigo citado individualidade juridica, significando-se assim que nas relações dos socios entre si e com o patrimonio não existe, ou, melhor, póde deixar de existir um sujeito de direito diverso do de cada um delles (1).

Seria realmente incompativel com o conceito duma individualidade juridica differente da de cada um dos socios, não só quanto a terceiros, mas ainda em relação aos proprios socios, a responsabilidade illimitada pelas dividas da sociedade que a

(1) Cumpre-nos notar que a expressão *individualidade juridica* é em geral usada na nossa legislação para significar o mesmo que sujeito de direito, ente que gosa do direito de personalidade. Veremos, porém, quando desenvolvermos a doutrina relativa ás sociedades, que essa expressão não e usada no codigo commercial no seu sentido rigoroso, o que aliás já se depreliende do proprio artigo 108.º, pois que, se as sociedades commerciaes constituissem um sujeito de direito, diverso da pessoa de cada um dos socios em relação a terceiros, sê-lo-hiam tambem em relação aos socios

estes é imposta nas sociedades em nome collectivo, de modo que a fallencia da sociedade tem como consequencia a de cada um dos socios (cod de proc comm , art. 340 °), e difficilmente poderia explicar-se a dissolução da sociedade pela morte ou interdicção dum dos socios.

A individualidade juridica attribuida ás sociedades commerciaes significa em principio, segundo o nosso parecer, que o patrimonio commum dos socios, pela constituição da sociedade, se separa do patrimonio individual de cada um delles, no sentido de que fica sendo uma propriedade collectiva, que, pelo fim a que é destinada, gosa duma certa autonomia

Como veremos, quando tractarmos do contracto de sociedade, explicam-se pela theoria da propriedade collectiva as relações que se dão entre o patrimonio social e cada um dos socios, e entre estes e terceiros, sem que tenha de recorrer-se ao principio da personificação, que de modo algum póde acceitar-se para todas as formas de sociedades (1).

(1) Os jurisconsultos allemães têem identificado algumas sociedades, e designadamente as sociedades por acções, com as corporações que gosam de personalidade, e alguns ha que pretendem attribuir tambem a personalidade collectiva ás sociedades em nome collectivo A maioria desses jurisconsultos não vê, porem, nestas sociedades pessoas collectivas, pois o patrimonio dessas sociedades pertence a pessoas certas e determinadas, a favor de quem revertem todos os lucros e perdas que resultam das operações sociaes, explicando-se pela administração unitaria que nessas sociedades existe o facto de poderem ter uma firma, de adquirirem bens em nome della e de poderem estar em juizo como se fossem só uma pessoa Veja-se DERNBURG, *Pandette*, vol I, pag 179, e ULISSE MANARA, *Delle società e delle associazioni commerciali*, parte geral, vol II, secção I, pag 68

A questão da personalidade das sociedades tambem tem sido muito debatida na Italia Lêa-se a este respeito MANARA, *obr* e vol cit , e VIGHI, *La personalita giuridica delle societa commerciali*

E o mesmo succede na França, onde MICHOUD e VAREILLES SOMMIERES sustentam que deve fazer-se distincção entre as sociedades anonymas e em nome collectivo, admittindo o primeiro o direito de personalidade e o

Ha empresas ou sociedades a quem são feitas concessões publicas e que ficam, em virtude dessas concessões, em relações especiaes com o Estado ou autarchias locaes e exercendo poderes de administração publica Taes são entre nós as com-

segundo o regimen personificante só em relação ás sociedades anonymas ou de pessoal variavel Veja-se MICHOUD, *obr cit*, pagg 178-181, VAREILLES-SOMMIÈRES, *obr cit*, pagg 512-530 Póde vêr-se ainda sobre o assumpto BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblees generales dans les societes par actions*, pagg 9-76, onde se encontra desenvolvida noticia das theorias que têem sido apresentadas

Entre nos levantou-se, a proposito do uso do direito de remissão e de preferencia por parte do conjuge dum socio duma sociedade em nome collectivo, cuja fallencia foi declarada (accordão da Relação de Lisboa de 19 de novembro de 1904, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol XVIII, pag 652), a questão da personalidade collectiva das sociedades commerciaes, julgando-se que «se é certo que por uma ficção da lei (cod. comm , art 108 °) a individualidade juridica duma sociedade é diversa da individualidade juridica dos socios que a constituem, e é ella, essa ficção, que não póde ter conjuge, nem descendentes ou ascendentes, a executada, não é menos certo que essa entidade moral, abstrahindo dos socios que a formam, é uma pura abstracção, que não pode ter vida juridica nem servir de fundamento a coisa alguma real, porque são os socios que lhe dão vida positiva, e são elles, que podem ter conjuge, descendentes ou ascendentes, quem real e positivamente ficava privado dos bens arrematados, se não se concedesse ó direito de remissão ás pessoas indicadas, porque são elles quem positiva e realmente e executado E em direito o que não é positivo não é nada»

Basta ler este considerando, para se vêr o conceito que entre nos existe acerca de personalidade collectiva e sobre se deve applicar-se ás sociedades em nome collectivo Quem pretenda mais desenvolvimentos a esse respeito, e vêr como, a par duma erudição em que parece revelar-se um conhecimento profundo do assumpto pela leitura dos seus melhores tractadistas, se confundem noções elementaes sobre a personalidade collectiva, pondo-se no mesmo plano as sociedades em nome collectivo e as corporações e institutos publicos e de utilidade publica, veja-se o advogado AZEVEDO E SILVA, *A individualidade juridica das sociedades commerciaes* nos *Estudos de direito commercial*

panhias ou sociedades anonymas que têem por fim a exploração do exclusivo dos tabacos e dos phosphoros, as dos caminhos de ferro e as concessionarias de terrenos em algumas das nossas possessões ultramarinas.

O fim para que essas emprêsas se constituem é essencialmente economico ou especulativo, pois a concessão feita pelo Estado representa para os concessionarios um meio de applicar productivamente os seus capitaes ou o seu trabalho Não podem, portanto, essas companhias ser comprehendidas nas corporações publicas ou de utilidade publica, devendo ser consideradas como sociedades e attribuir-se-lhes portanto ou não o direito de personalidade collectiva conforme a sua natureza

A circumstancia de exercerem funcções publicas, sujeitando-as a um regimen especial nas suas relações com o Estado e com os cidadãos, não influe sobre a natureza do patrimonio social, sobre as relações que ha entre esse patrimonio e o patrimonio individual de cada um dos socios, e é por essas relações que temos de determinar se existe ou não a personalidade collectiva.

109. *Corporações e fundações de instituição ecclesiastica e de instituição civil; temporarias e perpetuas* Além das differentes especies de pessoas collectivas de que temos tractado, não podemos deixar de referir-nos ainda a distincção entre pessoas collectivas que têem fins religiosos e as que têem fins civis, e entre pessoas de duração perpetua e temporaria, attenta a importancia que tem no nosso direito essa distincção, quer pelo que respeita a sua constituição, quer á sua capacidade

Consideram-se associações de caracter religioso ou de instituição ecclesiastica as que têem por fim interesses espirituaes ou suffragios pelas almas e que, em tudo o que respeita ao espiritual, ficam directamente subordinadas as auctoridades ecclesiasticas.

Pelo decreto de 28 de maio de 1834 foram extinctos todos os conventos, mosteiros, collegios, hospicios e quaesquer casas de religiosos de todas as ordens regulares, qualquer que fosse a sua denominação, instituto ou regra, havendo ja sido prohibidos, pelo decreto de 5 de agosto de 1833, todas e quaesquer admissões a ordens sacras e noviciados monasticos de qualquer natureza ou instituto que fossem, despedindo-se dos conventos ou mosteiros todos os individuos que se achassem no noviciado, que tinham de voltar a classe da sociedade a que pertenciam antes da sua entrada

Não ficaram, porém, extinctas pelo decreto de 28 de maio, nem são prohibidas pela nossa legislação, as corporações ou fundações de caracter religioso ou de instituição ecclesiastica, em que não haja clausura, praticas de noviciado e profissões, como são os cabidos, seminarios, mitras No codigo civil considera-se como pessoa moral a *igreja* e sob essa designação e a de *corporações religiosas* abrange a lei de 4 de abril de 1861, artigo 5 °, os conventos de religiosos existentes ou que de futuro existirem, as mitras, cabidos, collegiadas, seminarios e as suas fabricas

Afigura-se-nos que na palavra *igreja* se comprehendem tambem as parochias consideradas como associações religiosas constituidas sob a direcção dum pastor espiritual, que têem um ou mais edificios para a pratica do culto — igrejas, capellas ou ermidas, tendo essas associações um patrimonio destinado para esse culto, patrimonio que é administrado pela junta de parochia ou por irmandades, que se chamam *fabriqueiras* (cod. administr., art 176.° n.os 1 ° e 3.°). Essas corporações podem receber doações ou deixas, e deve entender-se que são para essas corporações quaesquer legados com que sejam contemplados os santos que na respectiva igreja ou capella se veneram (1).

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justica de 8 de março de 1907, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol XXXIX, pag. 587

No decreto de 18 de abril de 1901 reconhece-se até o direito de personalidade a communidades ou congregações religiosas que gerirem ou administrarem institutos de beneficencia ou caridade, de educação, de ensino (1).

Na nossa jurisprudencia têem sido consideradas como corporações de instituição civil as que embora tenham, como as confrarias e irmandades, por fim principal suffragar as almas dos mortos, estejam directamente sujeitas ás auctoridades civis (2). Na mesma situação devem considerar-se, relativamente aos institutos por ellas fundados, as associações ou communidades religiosas que hajam sido auctorizadas pelo governo, pois esses institutos ficam directamente subordinados á auctoridade civil (decr. de 18 de abril de 1901, artt. 1.º e 2.º).

Attendendo ao tempo da sua duração e ainda ao seu fim, as pessoas collectivas dividem-se em *temporarias* e *perpetuas*, pertencendo a estas não só as que tenham tempo illimitado de duração, mas ainda as que, tendo tempo limitado, não tenham por objecto interesses materiaes (art. 35.º § 2.º n.ºs 1.º e 2.º).

Os interesses materiaes, que rigorosamente deviam contrapôr-se aos espirituaes, confundem-se no artigo referido com os interesses economicos, isto é, os respeitantes á adquisição e administração da riqueza, considerando-se como não tendo por objecto interesses materiaes todas as pessoas collectivas que se proponham um fim ideal ou de utilidade publica.

110. *Denominações legaes das pessoas collectivas.* Não ha na

(1) Veja-se o DR. MARNOCO E SOUSA, *Regimen legal das associações de caracter religioso*, nos *Estudos juridicos*, vol. I, pagg. 119 e 120.

(2) Vejam-se os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1886, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXVIII, pag. 446, e da Relação do Porto de 22 de novembro de 1901, na *Revista dos Tribunaes*, anno XX, pag. 196.

nossa legislação uma technologia rigorosa quanto ás pessoas collectivas. No codigo civil chamam-se *pessoas moraes* todas as que tenham por fim a utilidade publica ou a utilidade publica e particular conjunctamente, comprehendendo-se assim nessa designação tanto as pessoas collectivas de direito publico, como as de direito privado que tenham por fim a utilidade publica ou interesses ideaes, como os gremios recreativos (artt. 32.º, 1679.º e 1781.º). A expressão *pessoas moraes* é tomada no mesmo sentido no codigo de processo civil (artt. 143.º, 815.º n.º 1.º, 848.º § 4.º), na lei de 13 de maio de 1896 (art. 41.º n.º 3.º), no codigo administrativo (art. 416.º), etc. Na lei de 26 de abril de 1880 parece considerar-se (art. 5.º n.º 4.º) a expressão *pessoa moral* como synonima de *pessoa juridica*

Esta expressão abrange, porém, quaesquer pessoas collectivas, usando todavia o nosso legislador da expresão *individualidade juridica* e não *personalidade juridica* para traduzir a idêa de que as associações ou sociedades são sujeitos de direito (cod. comm., art. 108.º, lei de 4 de abril de 1861, art. 4.º, decr. de 2 de outubro de 1896, artt. 2.º e 13.º n.º 1.º).

Pelo codigo administrativo todas as corporações, associações e instituições de piedade e de beneficencia sujeitas á inspecção do governador civil são denominadas *corporações administrativas* (art. 253.º § unico). Em alguns artigos applica-se tambem esta designação aos *corpos administrativos*, que, pelo mesmo codigo, são o districto, o municipio e a parochia (artt. 4.º, 51.º n.º 10.º, 277.º n.ºs 7.º e 20.º, 417.º, 434.º).

As associações que tenham fins ideaes, mas que não sejam de piedade ou de beneficencia, têem os nomes de *associações, gremios, sociedades*, sendo este termo usado de preferencia para significar as que se propõem fins lucrativos.

§ 25 — *Constituição das pessoas collectivas*

CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 149; MICHOUD, *La théorie de la personalité morale*, pag. 262; OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, pag. 278; VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, pag. 395.

111. *Constituição das pessoas collectivas de direito publico.* Pertence ao direito politico e administrativo a constituição das pessoas collectivas de direito publico.

O estado e as autarchias locaes que tenham a administração dum patrimonio commum são, uma vez constituidos, considerados pessoas moraes (art. 37.º) e ficam sujeitos ás disposições do codigo civil em tudo o que respeita a questões de propriedade ou a direitos meramente individuaes.

Os institutos publicos, exercendo uma parte da administração publica, só podem ser creados por lei ou por um acto administrativo, quando na lei se achem determinadas dum modo geral as condições em que esses institutos poderão constituir-se. Só podem, portanto, considerar-se pessoas collectivas os institutos que como taes e individualmente hajam sido constituidos por lei ou que, havendo sido creados por um acto administrativo, gosem, em virtude de normas geraes, do direito de personalidade. Essas normas geraes, em que se reconheça o direito de personalidade a determinados institutos, só têem applicação quando se verifiquem todas as condições de que se torna dependente a creação desses institutos.

Quando as corporações ou institutos publicos são creados por lei, é nesta que se determina a sua constituição, isto é, o seu fim, destinatarios e organização, se essa constituição não se acha já regulada por normas geraes de direito.

112. *Pessoas collectivas de direito privado.* As corporações e institutos de utilidade publica só gosam do direito de personalidade, quando se achem legalmente auctorizados (art. 33.º).

A auctorização legal a que este artigo se refere não significa que essas corporações e institutos hajam de ser creados por lei, mas que a sua constituição deve effeituar-se em harmonia com as disposições da lei e ser approvada pelas competentes auctoridades administrativas, para que fiquem sendo considerados individualidades juridicas.

É assim que, em relação ás associações e institutos de recreio, instrucção publica, educação, protecção ás pessoas ou animaes, piedade ou beneficencia, hospitaes, asylos ou hospicios, compete ao governador civil a approvação dos seus estatutos e regulamentos organicos e dos estabelecimentos que administram (cod. administr., art. 252.º n.º 8.º).

Approvados os estatutos, em que se determinam os fins, a organização e os destinatarios do patrimonio das corporações ou institutos, ficam estes tendo susceptibilidade de direitos e obrigações.

Segundo a nossa legislação, o principio relativo á constituição das pessoas collectivas de utilidade publica ou que tenham fins ideaes é o de que deve haver um reconhecimento especial dessas pessoas pela auctorização da sua constituição, auctorização que se considera virtualmente concedida pela approvação dos seus estatutos (1).

(1) Sobre a constituição e organização das associações, irmandades e confrarias, veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXIV, pagg. 81, 97, 145 e 160.

Pelo disposto no artigo 282.º do codigo penal, toda a associação de mais de vinte pessoas, ainda mesmo dividida em secções de menor numero, que, sem preceder auctorização do governo, com as condições que elle julgar convenientes, se reunir para tractar de assumptos religiosos, politicos, litterarios ou de qualquer outra natureza, será dissolvida, e os que a admi-

Não faz o nosso legislador distincção entre corporações e institutos quanto ás condições de que fica dependente o direito de personalidade. Em algumas legislações, e designadamente no codigo civil allemão, não se torna dependente de previa approvação a constituição das corporações de fim ideal, sendo para esse effeito sufficiente a sua inscripção no registo do tribunal do bailio respectivo (art. 21.º), ao passo que as fundações só gosam do direito de personalidade, quando hajam sido approvadas pelo Estado confederado em cujo territorio devem ter a sua séde (art. 80.º).

A diversidade de regimen a que se têem sujeitado as corporações e fundações basêa-se em que, sendo a personalidade destas constituida em beneficio das pessoas a quem pertence a sua iniciativa ou que vêem augmentar o seu patrimonio por meio de heranças, legados e doações, e sendo portanto pela vontade dessas pessoas que se determinam os fins, a administração e os destinatarios do patrimonio commum, essa vontade subsiste, produzindo effeitos juridicos, emquanto existir a fundação, constituindo esta um compromisso para as gerações futuras (1).

nistrarem serão punidos com a prisão de um a seis mêses e os outros membros até um mês. Pela lei de 14 de fevereiro de 1907 (art. 1.º), todos os cidadãos no goso dos seus direitos civis podem constituir-se em associação, para fins conformes ás leis do reino, sem dependencia de licença ou de approvação dos seus estatutos pela auctoridade publica, sempre que essa auctorização não seja exigida por lei; uma vez que previamente participem ao competente governador civil a séde, o fim e o regimen interno da sua associação.

Estas associações só gosam, porém, do direito de personalidade, quando tenham estatutos approvados pela competente auctoridade.

(1) Não se acha entre nós devidamente regulado, como está em algumas legislações estrangeiras e designadamente no codigo civil allemão, o modo por que devem constituir-se as fundações ou institutos personalizados de utilidade publica e iniciativa particular.

No artigo 1902.º preceitua-se que, se o testador houver encarregado o

O systema legislativo em virtude do qual ficam sujeitos á auctorização legal para que gosem do direito de personalidade

testamenteiro de empregar o producto de certa parte da herança em alguma fundação, será o testamenteiro obrigado a proceder a inventario e á venda dos bens em hasta publica, referindo-se esta disposição sem duvida á hypothese de ter de criar-se, em virtude de disposição testamentaria, um instituto que deva ser personalizado, e não á de ser contemplada qualquer pessoa collectiva já constituida, quando a esta não seja imposta, como executora das disposições testamentarias, a obrigação de fundar um instituto autonomo personalizado.

Não póde suscitar-se, portanto, entre nós a questão se por testamento póde constituir-se um patrimonio para uma fundação directamente, pois no artigo referido previne-se o modo por que deve effeituar-se a liquidação desse patrimonio, para que seja applicado ao fim a que o testador o destinou. A fundação, porém, só existe desde que sejam approvados os seus estatutos pelo governador civil, e é á pessoa que seja incumbida pelo testador de executar o testamento que cumpre promover essa approvação. Ao governador civil compete, quando sobre o assumpto não hajam providenciado os seus instituidores, regular, com approvação do governo, a fundação e administração de estabelecimentos de instrucção, de beneficencia ou outros de utilidade publica (cod. adm., art. 252.º, n.º 9.º).

As fundações podem tambem constituir-se por acto entre vivos. Assim, póde uma pessoa construir um edificio para asylo de creanças abandonadas ou de cegos e provê-lo dos meios necessarios para a sua sustentação. Esse acto, porém, só se tornará irrevogavel quando o asylo constitua, pela approvação dos seus estatutos, uma pessoa collectiva, pois é só por esse meio que o patrimonio do asylo fica tendo, como tal, um sujeito. Até que sejam approvados os estatutos e reconhecida assim ao asylo individualidade juridica, os bens que o seu fundador destinou para essa obra de beneficencia fazem parte do seu patrimonio, podendo dar a esses bens qualquer outra applicação.

Pelo codigo civil allemão (artt. 80.º–85.º) as fundações, sempre sujeitas á auctorização do governo, podem constituir-se por actos entre vivos ou de ultima vontade.

A fundação entre vivos faz-se por uma declaração unilateral da vontade por escripto, em que se manifesta a pretensão de crear uma pessoa collectiva, que deve individualizar-se pelo seu fim e organização. Essa declaração é revogavel emquanto não fôr obtida auctorização, mas produz

tanto as corporações como os institutos de utilidade publica funda-se em que é ao Estado que compete a coordenação dos serviços desta natureza.

Para algumas corporações de utilidade publica existem disposições especiaes pelo que respeita á sua constituição. É assim que os syndicatos agricolas, que têem por fim principal estudar, defender e promover tudo quanto importe aos interesses agricolas geraes e aos particulares dos associados, se constituem por escriptura publica, em que se comprehendem os estatutos, que deverão ser approvados pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, considerando-se tacitamente approvados os estatutos sobre os quaes, no prazo de dois mêses contados desde que as copias da escriptura e dos estatutos sejam entregues na estação telegrapho-postal, não haja recaido resolução governativa. É desde que os estatutos sejam ou se considerem approvados, que os syndicatos agricolas podem começar a funccionar e têem individualidade juridica, podendo exercer todos os direitos relativos aos legitimos interesses do seu instituto e demandar e ser demandados (decr. de 5 de julho de 1894, artt. 1.º, 2.º, 4.º e 6.º).

As associações de caracter religioso, exceptuando as que, sendo constituidas em harmonia com o direito ecclesiastico reconhecido no reino, são consideradas como pessoas moraes pelo artigo 37.º do codigo civil, as quaes não necessitam de auctorização do governo, só podem constituir personalidades

effeito se, anteriormente a ella, o declarante morre ou se torna incapaz. Desde a auctorização, a fundação fica tendo um direito de credito sobre o fundador, que é obrigado a transferir para ella os bens que, segundo a declaração da sua vontade, devem constituir o patrimonio da fundação.

A fundação por acto de ultima vontade deve conter a designação do seu fim e a sua dotação por legado ou herança.

No projecto do codigo civil suisso contêem-se (artt. 90.º e segg.) disposições identicas, exigindo-se que a manifestação da vontade se faça por documento authentico.

collectivas quando sejam auctorizadas, exigindo-se para essa auctorização: *a*) que os seus estatutos sejam approvados pelo governo, devendo ser publicados na folha official; *b*) que a associação se destine a actos de beneficencia ou caridade, de educação e ensino, ou á propaganda da fé e civilização no ultramar; *c*) que não haja, na associação, clausura, praticas de noviciado, nem profissões ou votos prohibidos por lei; *d*) que se subordine a associação, em tudo o que respeita ao espiritual, ás auctoridades ecclesiasticas ordinarias portuguêsas; *e*) que se sujeite, em tudo o que respeita ás suas funcções temporaes, ás leis do país e á superintendencia do Estado; *f*) que seja formada com cidadãos portuguêses a direcção superior da associação, excepto se esta fôr constituida só por cidadãos estrangeiros (decr. de 18 de abril de 1901, art. 1.º § 1.º). Os institutos de beneficencia ou caridade, de educação e ensino, ou de propaganda, que forem estabelecidos por essas associações, não podem ser abertos nem funccionar sem estatutos approvados pelo governador civil (decr. cit., art. 2.º).

As associações de classe, que devem ser compostas de mais de vinte individuos que exerçam a mesma profissão ou profissões correlativas e que têem por fim o estudo e a defesa dos interesses economicos, industriaes, commerciaes ou agricolas que lhes são communs, e em cujos estatutos póde ser auctorizada a creação de créches, enfermarias, escolas e bibliothecas, só podem constituir-se mediante prévia approvação dos estatutos pelo governo, dada pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, sendo desde a publicação na folha official do despacho que approva os estatutos que gosam de individualidade juridica (decr. de 9 de maio de 1891, artt. 1.º–4.º). As associações de classe, quando tenham mais de um anno de existencia legal, podem crear, nos termos da legislação respectiva, associações de soccorros mutuos, caixas economicas ou sociedades cooperativas, se o numero dos seus socios fôr superior a duzentos em Lisboa e Porto e a

cento e vinte em todas as outras povoações do reino (lei de 1 de agosto de 1899, art. 1.º, e portaria de 28 de julho de 1905).

As associações de soccorros mutuos, que não podem constituir-se com menos de quinhentos socios em Lisboa e no Porto, de quatrocentos nos concelhos de primeira ordem e de duzentos e cincoenta nos de segunda, dependem de previa approvação dos estatutos pelo ministerio das obras publicas commercio e industria, sendo desde essa approvação e da publicação do respectivo despacho que ficam constituindo uma individualidade juridica differente da dos socios (dec. de 2 de outubro de 1896, artt. 2.º, 3.º e 13.º n.º 1.º, e portaria de 28 de julho de 1905). As sociedades que se constituam para alguns dos fins indicados ás associações de soccorros mutuos, mas que adoptarem na sua organização qualquer das fórmas prescriptas no codigo commercial, não serão consideradas associações de soccorros mutuos, para os direitos prescriptos ou concedidos no citado decreto (decr. cit., art. 1.º § 3.º).

As pessoas collectivas que tenham por fim a utilidade particular ou intuitos especulativos constituem-se independentemente de auetorização. Quando tractarmos do contracto de sociedade, veremos o modo por que podem constituir-se essas pessoas collectivas.

113. *Representação das pessoas collectivas.* Constituida a pessoa collectiva, esta fica tendo, pela organização que pela lei ou pelos estatutos lhe é dada, uma vontade que representa os interesses communs, a cuja realização a pessoa collectiva é destinada. Assim, no Estado os seus representantes são os detentores do poder supremo, nos municipios as camaras municipaes, nas parochias as respectivas juntas, nos institutos publicos e de utilidade publica as respectivas direcções ou administrações.

Os individuos que pela lei ou pelos estatutos representam a pessoa collectiva, e que podem proceder quer individualmente, quer por commissões ou conselhos, quer por assembléas geraes, formam os seus representantes *constitucionaes*.

Aos representantes constitucionaes das pessoas collectivas tem-se dado a designação de *orgãos*. O uso desta palavra simplesmente se poderá justificar, em linguagem metaphorica, para significar que a vontade da pessoa collectiva se manifesta por meio dos seus representantes. Não póde, porém, sustentar-se, em nosso parecer, que exista nas pessoas collectivas, seja qual fôr a sua especie, intelligencia, vontade e consciencia naturaes.

Basta uma rapida analyse para verificar que, em qualquer organização social, só pensam, sentem e querem realmente os individuos que a constituem. A intelligencia, a vontade e a consciencia das pessoas collectivas são a intelligencia, a vontade e a consciencia das pessoas singulares que a formam. A propria organização social presuppõe que ha nestas pessoas idéas, sentimentos e volições que são communs, pois sem essa communidade tornar-se-hia completamente impossivel a existencia de agregados corporativos, tendo por fim a realização de interesses communs. O facto, porém, de se socializarem ou tornarem communs as idéas, sentimentos e volições de modo algum significa que deixem de ser individuaes, para, por assim dizer, se substantivarem num ente collectivo. A intelligencia, a vontade, a consciencia são sempre individuaes. O grau de instrucção dum Estado, a sua moralidade, o seu valor, é sempre a resultante da instrucção, dos meritos e energias individuaes dos seus cidadãos.

Não concordamos, pois, com os jurisconsultos e publicistas que vêem nas pessoas collectivas uma vontade natural, nem admittimos a distincção que Chironi e Abello fazem entre corporações e fundações, considerando aquellas como pessoas naturaes, por haver nellas uma vontade real, que se não confunde com a dos seus membros, e estas uma ficção.

A unica distincção que a este respeito se nos afigura admis-

sivel entre corporações e fundações é a seguinte: nas corporações, a vontade dos seus membros é, dentro dos limites da lei, a vontade da propria corporação, sendo em regra soberana a reunião ou assembléa geral desses membros quanto ás deliberações que tome sobre os destinos da corporação; nas fundações tem de respeitar-se a vontade que lhes foi imposta, e, embora na sua constituição tenham a fórma de associação, as corporações têem de exercer as suas funcções, em relação aos patrimonios que hajam sido destinados para determinados fins, em harmonia com a vontade das pessoas que constituiram esses patrimonios.

A differença que notamos entre as corporações e as fundações foi traduzida nas expressões «immanencia da vontade» e «transcendencia da vontade», dando-se a primeira nas corporações e a segunda nas fundações.

Os representantes das corporações e fundações de fórma corporativa são ordinariamente constituidos por eleição, sendo o corpo eleitoral formado por todos os membros da corporação, ou por alguns desses membros, em harmonia com a sua idade, sexo, haveres, moralidade, situação social. Nas fundações que não sejam de fórma corporativa são nomeados pelo governo e auctoridades administrativas, ou constituidos por outra fórma, determinada na sua lei organica.

As funcções dos representantes das pessoas collectivas ou a sua competencia acham-se reguladas nessa lei, sendo considerados como factos praticados pela propria pessoa collectiva todos os que sejam praticados pelos seus representantes como taes e dentro dos limites das suas funcções.

É indifferente, a tal respeito, que a representação se dê por todos os membros da corporação reunidos em assembléa, por direcções ou conselhos e ainda por membros singulares. Os representantes constitucionaes duma pessoa collectiva são sempre representantes della e não das pessoas que os elegeram ou nomearam. A eleição ou nomeação nada mais

significa do que uma designação em virtude da qual os nomeados ficam, como membros da corporação e em virtude das disposições consignadas na sua lei organica, com o direito de a representarem, realizando em nome della todos os factos que estejam em harmonia com o fim para que se constituiu a pessoa collectiva. Aos representantes constitucionaes das pessoas collectivas chamam os allemães *membros de direito reforçado*.

Além dos representantes da pessoa collectiva ha outras entidades que nella exercem determinadas funcções. É assim que nos municipios ha, além da camara municipal, empregados e salariados; numa misericordia ha, além da respectiva direcção, empregados e salariados tambem.

Não nos cumpre determinar aqui a natureza das relações existentes entre a pessoa collectiva e os seus empregados e salariados. Notaremos todavia que essas relações são de natureza especial — mandato ou prestação de serviços, e não de representação geral, e que a distincção entre os representantes das pessoas collectivas e os seus empregados ou salariados é importantissima não só nos dominios da legislação administrativa, mas nos do proprio direito civil. É assim que, em materia de responsabilidade civil, a pessoa moral não fica adstricta, como veremos, do mesmo modo pelos factos illicitos praticados pelos seus representantes e pelas pessoas que desempenhem qualquer mandato, serviço ou commissão.

§ 26 — *Capacidade civil das pessoas collectivas*

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado*, tomo I, notas aos artigos 32.º e 35.º; CHIRONI e ABELLO, *Trattato* tomo I, pag. 155; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, pag 152.

114. *Principios relativos á capacidade das pessoas collectivas.* Constituida a pessoa collectiva, fica tendo uma individualidade distincta da dos membros que a compõem, e póde realizar por intermedio dos seus representantes todos os actos conducentes ao fim para que se formou e o Estado a reconheceu. Dentro desses limites, podem as pessoas collectivas exercer todos os direitos civis de que por sua natureza são susceptiveis, isto é, os direitos de ordem patrimonial, e, relativamente á familia, os de tutela, ficando sujeitas ás mesmas disposições que as pessoas singulares, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario. A lei geral e os compromissos, estatutos ou regulamentos e titulos constitutivos das pessoas collectivas, approvados pelas competentes auctoridades, quando essa approvação seja necessaria, é que determinam as suas funcções proprias, e, relativamente a terceiros, até onde se estendem os poderes dos seus representantes.

Em relação ás pessoas moraes, de que tractamos aqui especialmente, cumpre-nos ainda notar que, para o exercicio dos direitos que lhes são attribuidos, estão os seus representantes sujeitos á legislação administrativa, que determina os actos que podem ser praticados sem previa auctorização, os que della necessitam e as auctoridades por quem deve ser concedida. A superintendencia do Estado nas pessoas collectivas basêa-se não só no principio de que é ao Estado que compete

a manutenção da ordem juridica, manifestando-se, sob este aspecto, em actos que têem por fim evitar que essas pessoas contrariem os interesses communs garantidos pelo direito, mas tem ainda por fim a protecção do patrimonio collectivo, sendo os actos mais importantes relativos a esse patrimonio submettidos a auctoridades tutelares.

Esta ultima fórma de superintendencia do Estado, a que, por pretendidas analogias com o instituto da tutela dos menores e interdictos, se tem dado, mas impropriamente, o nome de *tutela*, exerce-se em relação ás corporações e fundações de direito publico e ás de direito privado que, sendo de utilidade publica, tenham por fim actos de beneficencia ou de piedade. Na nossa legislação dá-se, porém, a denominação de *tutela* á superintendencia do Estado no seu conjuncto, considerando-se tambem como funcção de tutela administrativa actos que não têem por fim a defêsa dos proprios interesses da corporação ou fundação, mas a protecção dos interesses geraes, a defêsa e segurança do Estado.

As relações juridicas de caracter patrimonial entre as pessoas collectivas e terceiros são, salva a tutela administrativa e as excepções que se acham expressamente formuladas na lei, reguladas pelo direito commum, tendo sido supprimidos pelo codigo civil alguns privilegios de que essas pessoas gosavam. Entre esses privilegios havia o da restituição *in integrum*, a que se refere o artigo 38.º, que consistia no beneficio concedido aos menores e pessoas a elles equiparadas de poderem annullar quaesquer actos, aliás validos, ou reclamar contra quaesquer omissões, por que fossem lesados durante a menoridade. As pessoas equiparadas aos menores eram os interdictos, o Estado, a igreja, os municipios, misericordias, confrarias e irmandades (1).

(1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 385.º-392.º.

Ficando nas suas relações civis sujeitas ao direito commum, as pessoas collectivas, ao contrario do que se dá com as pessoas singulares, que são susceptiveis de quaesquer interesses garantidos pela ordem juridica, só podem exercer, como já dissémos, os direitos patrimoniaes que sejam relativos aos interesses legitimos do seu instituto. Tem, portanto, de se attender ao fim para que se constituem para se determinar, pelo conteúdo da sua finalidade, a capacidade das pessoas collectivas. É o que, em linguagem technica, se chama *especialidade* da pessoa collectiva, significando-se por esse termo que ella só existe para determinados interesses, e portanto que só em relação a elles é reconhecida a sua capacidade juridica.

A especialização dos poderes comprehendidos na capacidade juridica da pessoa collectiva deriva do reconhecimento que dessa personalidade é feito pelo Estado, ou, dum modo mais geral, pela ordem juridica. Esse reconhecimento involve, por sua propria natureza, a limitação da capacidade da pessoa collectiva, pois é o interesse para que a pessoa collectiva se constitue que legitima os poderes que por lei lhe são reconhecidos (art. 34.º).

Do criterio que estabelecemos acerca da capacidade das pessoas collectivas conclue-se que não deverá reconhecer-se o direito de adquirir a titulo gratuito ás que tenham um fim meramente especulativo.

Attribuindo ás pessoas collectivas capacidade para todos os actos que estejam em harmonia com os interesses legitimos do seu instituto, a lei reconhece por esse facto e tutela todas as condições que para esse effeito se tornam necessarias. É assim que as pessoas collectivas têem, como as singulares, o direito de integridade moral, de liberdade, de apropriação, de legitima defesa, e ficam sujeitas ao direito privado quanto ás relações de natureza civil respeitantes a esses direitos, parecendo-nos que é a essas relações que se refere o artigo 3.º do codigo civil nas palavras «direitos puramente individuaes».

115. *Restricções que, relativamente á adquisição de bens, ha para as pessoas moraes.* A capacidade civil das pessoas moraes soffre, pelo que respeita á adquisição de bens, algumas restricções relativas ás pessoas moraes perpetuas e de instituição ecclesiastica.

As pessoas moraes perpetuas, que tenham fins de beneficencia ou de piedade, de recreio, educação, protecção ás pessoas ou animaes, os asylos e hospitaes, só podem adquirir a titulo oneroso os bens immobiliarios que sejam necessarios para o exercicio das suas funcções, como edificios, jardins, passeios e quaesquer terrenos, precedendo auctorização do governo (lei de 12 de outubro de 1871, que, suscitando a observancia do n.º 1.º do § 2.º do art. 10.º da lei de 22 de junho de 1866, revogou a primeira parte do art. 35.º do codigo civil), e os que adquirirem por titulo gratuito devem ser convertidos em fundos consolidados dentro dum anno, sob pena de os perderem para a fazenda nacional, exceptuando os que forem necessarios para o exercicio das suas funcções. Sendo associações e institutos meramente scientificos ou litterarios, ou que tenham por fim unico e exclusivo promover o desenvolvimento de qualquer ramo de instrucção, podem, quando se achem legalmente constituidos, adquirir por titulo gratuito ou oneroso, independentemente de auctorização do governo, quaesquer bens indispensaveis para a sua installação, ou necessarios para a consecução dos seus fins, comprehendendo edificios com caracter de monumentos historicos, ruinas, inscripções, dolmens, terrenos proprios para estudos experimentaes e explorações archeologicas ou de qualquer outra natureza meramente scientifica ou litteraria, nos termos e em conformidade dos seus estatutos (lei de 21 de junho de 1889, art. 1.º). O governo póde compellir as referidas associações ou institutos a alhear

dentro do prazo dum anno os immoveis que tiverem adquirido por qualquer titulo, que sejam applicados a fins diversos dos da respectiva instituição, sob pena de os perderem para a fazenda nacional (lei cit., art. 1.º § unico) (1).

As autarchias locaes estão, salvas as disposições especiaes respeitantes aos baldios, comprehendidas no artigo 35.º do codigo civil (cod. administr., art. 429.º e lei de 22 de junho de 1866, artt. 7.º-11.º).

As associações de soccorros mutuos e as de classe só podem possuir, com previa auctorização do governo, os predios urbanos indispensaveis para os seus escriptorios, administração e dependencias (decr. de 9 de maio de 1891, art. 4.º n.º 2.º e de 2 de outubro de 1896, art. 13.º n.º 2.º).

Os syndicatos agricolas não podem possuir bens immobiliarios além dos que forem absolutamente indispensaveis ás suas reuniões, museus, bibliothecas, confrarias, cursos e campos de experiencia, cuja área não poderá exceder um hectare. Os bens immobiliarios adquiridos pelos syndicatos por qualquer titulo, e que excedam os limites indicados, serão convertidos em bens mobiliarios no prazo dum anno, e, os que o não forem, serão vendidos judicialmente, revertendo vinte por cento para a fazenda nacional(decr. de 5 de julho de 1894, art. 7.º e §§ 1.º e 2.º).

As associações e fundações de instituição ecclesiastica não podem adquirir a titulo de herdeiras ou de legatarias mais que o terço da terça do testador (art. 1781.º § unico). Esta disposição deve, porém, relacionar-se com a que se acha consignada no artigo 1775.º, sendo applicavel sómente nos casos em que a

(1) Nesta lei declara-se (art. 2.º) que ficam alteradas as disposições do artigo 35.º e § 1.º do codigo civil, o que é menos exacto. O artigo 35.º, na parte a que a lei de 21 de junho se refere, já estava alterado pela lei de 12 de outubro de 1871, e o § 1.º não foi modificado pela lei de 21 de junho.

uma corporação de instituição ecclesiastica seja deixada, sem destino especial, ou para suffragar as almas, mais do que o terço da terça do testador. Quando a herança ou o legado tenha applicação para qualquer instituto de beneficencia ou de instrucção, que estejam a cargo duma corporação de instituição ecclesiastica, já não póde applicar-se a referida disposição. É assim que a nossa jurisprudencia tem intendido o § unico do artigo 1781.º, tendo-se julgado tambem que, embora a corporação tenha fins religiosos, se não considera de instituição ecclesiastica, desde que esteja directamente subordinada ás auctoridades civis.

§ 27 — *Domicilio das pessoas collectivas*

Conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tomo I, commentario ao artigo 41.º; *Codigo de processo civil annotado*, tomo I, commentario aos artigos 10.º e 11.º.

116. *Domicilio das pessoas collectivas.* O domicilio tem para as pessoas collectivas a mesma importancia que para as singulares, determinando o codigo civil que, com relação ás associações ou corporações, a séde da sua administração substitue a da residencia (art. 41.º § unico).

Para os effeitos da competencia judicial, dispõe o codigo de processo civil nos artigos 18.º e 19.º que os corpos collectivos serão demandados no juizo onde estiver a séde da sua administração; que o juizo do domicilio das succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes de bancos, sociedades ou companhias, é competente para conhecer das causas contra elles intentadas, quando disserem respeito a contractos celebrados ou obrigações contrahidas pelas mesmas succursaes, agencias ou estabelecimentos filiaes, sendo esta disposição applicavel ás agencias, succursaes ou estabelecimentos de qualquer socie-

dade que tiver a sua séde em país estrangeiro, por quaesquer actos ou contractos feitos em Portugal; e que o Estado será demandado na comarca onde se tiver realizado o acto juridico, ou tiver occorrido o facto, em que se fundar a causa.

§ 28 — *Da extincção das pessoas collectivas*

OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, tomo IV, pag. 334; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, § 56.°; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 162.

117. *Considerações geraes acerca da extincção das pessoas collectivas.* As pessoas collectivas podem constituir-se por tempo determinado ou indeterminado.

As que se constituem por tempo determinado, extinguem-se logo que expire o prazo fixado para a sua duração, quer se tracte de pessoas collectivas em que se torna necessario para a sua existencia o reconhecimento do Estado, quer de pessoas collectivas que apenas dependam da vontade dos associados.

Quanto ás corporações e fundações que hajam sido constituidas por tempo indeterminado, torna-se necessario, para estabelecer os principios relativos á sua extincção, distinguir entre pessoas collectivas de direito publico e de direito privado.

As pessoas collectivas de direito publico, exercendo funcções de administração publica e devendo a sua existencia a uma lei ou a um acto administrativo, só por lei ou por um acto administrativo podem ser supprimidas. Assim como deve haver, porém, condições estabelecidas na lei para que possa constituir-se por um acto administrativo uma pessoa collectiva de direito publico, tambem só deve permittir-se que o governo decrete a extincção duma pessoa collectiva de direito publico, quando se dêem certas e determinadas condições, que devem ser especificadas na lei. Coarctar-se-ha assim a acção do poder executivo garantindo-se a existencia das pessoas collectivas, cuja creação póde ser devida a graves motivos de interesse publico, mas que de modo algum corresponderão ao fim para que forem constituidas, quando a sua existencia revista um caracter precario pela faculdade que o governo fique tendo de as extinguir por mero arbitrio.

Quanto ás pessoas collectivas de direito privado, temos de distinguir as fundações e corporações de beneficencia e de piedade, isto é, as pessoas collectivas que se propunham um fim completamente desinteressado para os seus representantes, os quaes apenas administrem o patrimonio da pessoa collectiva em beneficio de determinados grupos de pessoas, das que tenham por fim o interesse dos proprios membros da corporação, e em que portanto se confundam os destinatarios do direito de personalidade com os do patrimonio.

Em relação a estas, o principio que domina a materia relativa á extincção das pessoas collectivas, quer ellas se considerem de utilidade publica, quer de utilidade privada, é a vontade dos seus membros, que podem deliberar livremente sobre a extincção da associação ou sociedade. Em geral acham-se especificados nos respectivos compromissos, estatutos, titulos de constituição, os casos em que, por maioria dos associados, se póde resolver a extincção da pessoa collectiva, havendo tambem na lei geral disposições a esse respeito, que variam conforme a natureza da pessoa collectiva, e podendo, em virtude dessas disposições, limitar-se o direito de dissolução por vontade dos associados, como succede em relação ás associações de soccorros mutuos (decr. de 2 de outubro de 1896, art. 24.° n.° 1.° § 1.°).

Independentemente da vontade dos associados, as pessoas collectivas de que estamos tractando deixam tambem de subsistir, podendo ser ordenada a sua suppressão pelas respe-

ctivas auctoridades, quando faltem algumas das condições que a mesma lei requer para a sua existencia, ou quando se tornem prejudiciaes á ordem publica.

Assim, no decreto de 2 de outubro de 1896 determina-se (art. 33.º e § unico) que a approvação dos estatutos das associações de soccorros mutuos póde ser retirada por decreto real, publicado no *Diario do governo*, ás que se desviarem do fim para que foram instituidas, não cumprirem ficlmente os seus estatutos, ou cujas direcções deixarem, em dois annos successivos, de apresentar, nos prazos marcados, os documentos de que tracta o artigo 19.º; e que será retirada a approvação dos estatutos ás associações de soccorros mutuos para os casos de deficiencia de receita, e ás que deixarem de satisfazer pontualmente os subsidios promettidos aos socios, quando não requeiram no prazo de sessenta dias a reforma dos estatutos no sentido de augmentar as receitas ou diminuir os encargos.

Quanto ás fundações e ás corporações de beneficencia e de piedade, a acção do Estado tem uma interferencia muito mais directa no que respeita á sua extincção ou dissolução, attento o fim a que essas fundações ou corporações se destinam. Em geral, essas pessoas collectivas só se extinguem, quando se verifique alguma das seguintes condições: *a*) por vontade do Estado, que póde manifestar-se por uma lei ou por um acto administrativo, nas condições previstas na mesma lei; *b*) quando se verifique o termo prefixado para a sua duração, ou qualquer condição de que ficasse dependente a sua existencia; *c*) quando falte alguma das condições que sejam necessarias para a existencia da fundação ou corporação.

a) Devendo a fundação ou corporação a sua existencia, como pessoa ou sujeito de direito, ao seu reconhecimento pelo Estado, não póde haver duvida alguma de que ao mesmo Estado compete, quando se veja que a fundação ou corporação está em antagonismo com os interesses collectivos, determinar a

sua extincção. Tem o poder legislativo faculdades discricionarias a esse respeito, mas póde e deve limitar-se a acção do poder executivo, consignando-se na lei, em normas precisas, os casos em que lhe compete decretar a extincção ou dissolução duma pessoa collectiva. É assim que no nosso codigo administrativo se preceitua (art. 253.º n.º 2.º) que para o governador civil extinguir as irmandades, confrarias e corporações de piedade e de beneficencia, é necessario que não tenham pelo menos o dobro do numero de irmãos ou associados necessarios para constituirem mêsa, ou estejam por elles abandonadas. No decreto de 18 de abril de 1901 preceitua-se (art. 3.º) que as associações religiosas constituidas nos termos desse decreto serão immediatamente dissolvidas se contravierem ao que nelle se acha disposto, ordenando-se o prompto encerramento de quaesquer institutos que hajam estabelecido.

b) No proprio titulo constitutivo da pessoa collectiva podem prever-se hypotheses, dadas as quaes a corporação ou fundação se extinga. Sendo o reconhecimento legal concedido nesses termos, a existencia da pessoa collectiva fica assim subordinada a uma condição, extinguindo-se logo que se verifique a condição prevista no seu acto constitutivo. Se, por exemplo, houver sido fundado um hospital com administração propria e na sua lei organica se declarar que esse hospital será entregue á irmandade da misericordia logo que se constitua na respectiva localidade, deixará, verificando-se esta condição, de existir o hospital como fundação ou instituto personalizado, para ficar pertencendo á irmandade da misericordia como um dos institutos por ella administrados.

c) Ha requisitos que a existencia da pessoa collectiva necessariamente presuppõe e cuja falta não póde deixar de determinar portanto a sua extincção.

Assim, na fundação ha-de existir um patrimonio destinado para certos fins. Logo que se perca total ou parcialmente esse patrimonio, de modo que a fundação não possa satisfazer

••

os fins para que foi destinada, esta deixará de ter razão de existencia. Não basta, porém, esse facto para que a fundação deixe de ter personalidade. Para esse effeito é necessario, em nosso entender, que haja sido declarada legalmente a sua extincção, por isso que, emquanto não se fizer essa declaração, subsiste a capacidade juridica, podendo até a fundação, por doações ou deixas com que venha a ser contemplada, adquirir de novo as condições necessarias para preencher o seu fim.

Quanto ás corporações, é necessario que tenham certo numero de membros. Se estes deixarem de existir em absoluto, ou no numero que é exigido pela lei geral ou pela lei organica da respectiva corporação, esta deixará de ter existencia legal.

118. *Destino dos bens das pessoas collectivas, quando estas são extinctas.* Extincta a pessoa collectiva, se essa extincção não é devida á completa dissipação do seu patrimonio, é necessario determinar a quem ficam pertencendo os bens que tenham como sujeito essa pessoa.

Em relação a este assumpto, temos de fazer distincção, em primeiro logar, entre as pessoas moraes, isto é, as que têem um fim de utilidade publica, e as pessoas de interesse privado.

Quanto ás primeiras, dispõe-se (art. 36.º) que, se alguma corporação ou associação por qualquer motivo se extinguir, os seus bens serão encorporados na fazenda nacional, quando lei especial não lhes tenha dado outro destino.

Esta disposição applica-se, como expressamente se declara no artigo citado, ás pessoas moraes perpetuas ou que como taes são consideradas, não tendo a esse respeito que fazer-se distincção entre institutos publicos e de utilidade publica, entre corporações e fundações.

Se é certo, porém, que o artigo 36.º não faz distincção alguma, em principio, entre as pessoas moraes, attribuindo-se ao Estado direito ao seu patrimonio, quando sejam extinctas, seja qual fôr a natureza dessas pessoas, resalvam-se as disposições especiaes que dêem outra applicação, em caso de extincção, ao patrimonio das pessoas moraes. Citaremos, dessas disposições: a lei de 4 de abril de 1861, que manda applicar os bens pertencentes ás corporações religiosas á manutenção de outros estabelecimentos de piedade ou de instrucção e para a sustentação do culto e do clero; o artigo 253.º n.os 6.º e 7.º do codigo administrativo, em que se preceitua que os bens e valores das irmandades, confrarias, corporações ou institutos de piedade ou de beneficencia, que por lei não estejam immediatamente subordinados ao governo, sejam applicados em beneficio de algum estabelecimento de beneficencia do concelho ou da respectiva junta de parochia, mediante approvação do governo, bens e valores que não podem ser entregues a outro instituto ou corporação, ainda que se institua com a mesma denominação do extincto; o decreto de 5 de julho de 1894, segundo o qual (art. 11.º) o patrimonio dos syndicatos agricolas tem de ser partilhado em harmonia com o que se acha disposto nos estatutos, podendo determinar-se nestes que os valores sejam divididos pelos socios segundo a antiguidade e quotas recebidas e ainda segundo a categoria dos mesmos socios — benemeritos, fundadores, ordinarios, etc. (modelo de estatutos para os syndicatos agricolas, approvado por decreto de 14 de dezembro de 1894, art. 28.º); e o decreto de 9 de maio de 1891, em que se reconhece (art. 13.º) ás associações de classe o direito de determinarem o destino dos seus bens, no caso de dissolução, nos respectivos estatutos, devendo esses bens ser partilhados pelas associações de soccorros mutuos dos respectivos districtos, quando os estatutos sejam omissos a tal respeito.

Quando a lei não permitte expressamente que as associações de utilidade publica dêem nos seus estatutos, prevenindo a hypothese da sua extincção, o destino que lhes aprouver a seus bens, tem-se intendido que são illegaes quaesquer disposições que lhes dêem outra applicação que não seja a que se acha determinada no artigo 36.º do codigo civil, sendo recusada a

approvação superior a taes disposições. As portarias e officios (1) que sobre este assumpto têem sido expedidos pelo ministerio do reino revelam dum modo inequivoco que a disposição daquelle artigo contraría as pretensões dos individuos que tomam a iniciativa de constituir uma associação, e não vemos motivo algum plausivel para que, nas associações consideradas de utilidade publica, mas em que os destinatarios do patrimonio se confundam com os do direito de personalidade, os seus membros não dêem aos bens o destino que melhor lhes aprouver, no caso de a associação se dissolver.

A lei deveria limitar-se a indicar qual a applicação que esses bens deviam ter no caso de não haver na lei organica dessas associações disposição alguma a tal respeito. A exigencia do artigo 36.º não póde deixar de considerar-se ultra-fiscal, e não póde invocar-se, em sua defêsa, a consideração de que, pela extincção da associação, os seus bens ficam sem sujeito e devem reverter para o Estado, porque se tracta exactamente de determinar, visto que ás pessoas collectivas não é attribuido o direito de testar, quem deve ter direito a esses bens, quando a associação deixe de existir.

Em relação ás fundações e ás corporações de direito privado, que se proponham fins desinteressados ou de mera utilidade publica, intendemos que aos seus fundadores ou bemfeitores é permittido estabelecer quaesquer clausulas em virtude das quaes, quando se verifique a extincção da fundação ou corporação, ou estas não cumpram as obrigações que lhes hajam sido impostas, os seus bens devem passar para outra entidade. Tracta-se duma doação ou deixa modal ou sob condição, que a lei não prohibe, pois, como veremos, não póde considerar-se

(1) Vejam-se as portarias de 26 de agosto de 1873 e de 3 de janeiro de 1899, os officios de 4 de agosto de 1904, 17 e 28 de janeiro de 1905, de 6 de julho de 1905, de 10 e 29 de março de 1906, no *Annuario da administração politica e civil*, vol. XI, pag. 541, vol. XVII, pagg. 174, 226 e 235 e vol. XVIII, pagg. 201, 328 e 329.

fideicommissaria a clausula duma escriptura ou testamento, em que, prevendo-se um facto eventual, como é o da extincção duma pessoa collectiva perpetua, se declara qual o destino que os bens devem ter.

E o mesmo intendemos quanto ás doações ou deixas com que sejam contempladas quaesquer pessoas collectivas de direito publico. As clausulas ou condições que sejam impostas pelos doadores ou testadores têem de ser cumpridas, e quando, em virtude dellas, os bens devem ter um determinado fim, não póde dar-se-lhes outra applicação. Assim, se fôr feita uma doação ao Estado para uma escola, com a clausula de que, não a criando ou extinguindo-a, os bens doados passarão para uma determinada irmandade, esta, quando o Estado não crie ou extinga a escola, tem o direito de exigir esses bens.

Quando seja, porém, contemplada uma pessoa moral com doações ou deixas, não se estabelecendo clausula alguma modal ou não se determinando a applicação que os seus bens devem ter no caso da sua extincção, esses bens ficam definitivamente no patrimonio da pessoa collectiva, devendo ter o mesmo destino que elle.

Fica assim determinado o alcance da disposição consignada no artigo 36.º. Acrescentaremos ainda que essa disposição poderá justificar-se em relação aos institutos publicos personalizados, visto que, exercendo uma funcção de administração publica, o patrimonio para elles destinado não póde deixar de ficar pertencendo, logo que esses institutos se extingam ou deixem de ser havidos como pessoas, á communidade de que elles se destacaram. Sendo certo, porém, que a personalização dos serviços publicos obedece principalmente ao intuito de attrahir para elles donativos e legados, até em relação aos institutos publicos deveria preceituar-se que, no caso de extincção desses institutos, os seus bens seriam destinados a serviços da mesma natureza.

Quanto ás pessoas collectivas de direito privado e utilidade

publica, o principio que deve estabelecer-se na legislação é o respeito pela vontade dos fundadores ou associados, devendo tal vontade declarar-se nos estatutos ou lei organica, e, na falta de manifestação dessa vontade, dar-se a esses bens o destino que melhor se harmonize com o fim para que o patrimonio collectivo era destinado.

Nas pessoas collectivas que exercem uma funcção de previdencia, como as associações de soccorros mutuos, os seus bens devem ter, no caso de extincção, o destino que lhes seja dado pelo seu titulo constitutivo, e, na falta de clausula especial a esse respeito, têem de ser partilhados pelos socios ou por outras pessoas, em harmonia com as disposições da lei.

É assim que no decreto de 2 de outubro de 1896 se determina (art. 27.º) que, satisfeitas as dividas ou consignadas as quantias necessarias para o seu pagamento, os valores da associação de soccorros mutuos que hajam sido liquidados terão a seguinte applicação, se, em harmonia com os estatutos, se não tiver de fazer outra partilha: os socios effectivos existentes á data da dissolução serão embolsados das quantias com que houverem contribuido e respectivos juros a cinco por cento; o resto será dividido pelos individuos pensionados da associação, havendo-os, na proporção das suas pensões, e, não havendo individuos nessas condições, será distribuido pelas associações de soccorros mutuos do respectivo districto administrativo, na proporção do numero de socios que cada uma tivesse no dia 31 de dezembro do anno anterior.

Nas sociedades, o modo de partilha será, em tudo o que se não acha previsto no contracto social, regulado pelas deliberações tomadas em reuniões ou assembléas geraes dos socios, no que não fôr contrario ás disposições da lei (cod. comm., art. 130.º).

As pessoas collectivas cujos bens devam ser partilhados têem, para esse effeito, de proceder á liquidação, isto é, de apurar o seu patrimonio, exigindo os creditos, pagando as dividas e vendendo os bens immoveis e moveis.

A liquidação é um estado preparatorio da extincção da pessoa collectiva, ficando a actividade desta circumscripta a essa liquidação e não podendo portanto praticar quaesquer actos que não sejam conducentes a ella ou por ella reclamados.

119. *Transformações que se podem operar nas pessoas collectivas.* Nas pessoas collectivas tanto de direito publico como de direito privado podem dar-se modificações que alterem mais ou menos profundamente a sua constituição. Dessas modificações não nos referiremos ás que, como a associação ou incorporação, a união, a separação, o desmembramento, se podem dar no Estado e nas autarchias locaes; referir-nos-hemos apenas á *fusão* e á *mudança de fim.*

A *fusão,* em virtude da qual duas ou mais pessoas collectivas ficam formando uma nova pessoa, determina para as pessoas collectivas que se uniram, e que não cessam de modo absoluto, uma nova fórma de existencia. Desapparecendo as pessoas collectivas na sua vida autonoma e formando-se uma nova pessoa, exigem-se, para a constituição della, as mesmas formalidades que se requerem para a constituição das pessoas collectivas, tornando-se portanto necessario que a fusão seja approvada pelo governo ou pelas competentes auctoridades administrativas em relação ás pessoas collectivas de utilidade publica ou de fim ideal e ás de previdencia.

As pessoas collectivas, que se proponham a realização dum fim que não esteja de harmonia com os interesses collectivos, podem soffrer uma transformação em virtude da qual substituam esse fim por outro. Quando se verifique esta hypothese, ha mudança no objecto da pessoa collectiva, mas não na sua vida, que persiste.

A substituição do fim das pessoas collectivas só póde fazer-se, se essas pessoas forem de utilidade publica, quando seja superiormente approvada.

CAPITULO II

DO OBJECTO DO DIREITO

§ 29 — *Noções geraes*

Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 2.ª edição, pag. 140; Chironi e Abello, *Trattato*, tomo I, pag. 301; Adolfo Ravá, *Il diritto sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXI, pag. 289 e vol. XXXII, pag 1; Dernburg, *Pandette*, traducção de Cicala, tomo I, parte I, pagg. 54-57 e 134; Windscheid, *Diritto delle Pandette*, traducção de Carlo Fadda e Emilio Bensa, tomo I, pagg. 177 e 599-681; Dr. Teixeira d'Abreu, *Lições de direito civil português*, 1898, pag. 17; conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tomo I, commentario ao artigo 1.º; Henri Capitant, *obr. cit.*, pag. 166; Chironi, *Istituzioni*, tomo I, pag. 80; Mazzoni, *Istituzioni*, tomo II, pag. 186; Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, pag. 4.

120. *Noção do objecto do direito.* Alguns escriptores distinguem o *objecto* do *conteúdo* do direito e, devendo ser este constituido pelos fins ou interesses que o direito garante, definem *objecto do direito* as cousas que estão sujeitas ao nosso poder ou sobre as quaes a vontade póde exercer o seu dominio.

Esta noção de objecto do direito é rigorosa no que respeita aos direitos reaes, mas não póde applicar-se a todos os direitos subjectivos, sendo que nem em todos estes existe a relação de dominio.

Em qualquer relação juridica ha, para o sujeito activo dessa relação, uma faculdade ou poder, que elle póde exercer para com todas as pessoas ou em relação a pessoas determinadas,

Nos direitos reaes essas faculdades ou poderes exercem-se sobre cousas do mundo externo pela pratica de determinados factos, tendo o titular desses direitos a possibilidade de fazer valer perante todas as outras pessoas a sua liberdade em relação a essas cousas.

Neste grupo de relações juridicas, póde dizer-se objecto immediato do direito o conjuncto de factos que o sujeito póde praticar; mas, como todos esses factos se realizam sobre uma cousa determinada, diz-se que é esta que constitue objecto desses direitos.

Nas obrigações ha, para o credor ou sujeito activo, o poder de exigir um determinado facto do devedor ou sujeito passivo, sendo esse facto que constitue objecto da relação juridica. Assim, o credor duma quantia em virtude do contracto de usura não tem uma cousa determinada sobre que exerça o seu dominio, que esteja sujeita á sua vontade; o objecto dessa relação juridica é a prestação que elle póde exigir do devedor. Póde considerar-se como objecto do direito o proprio objecto da prestação; rigorosamente, porém, é o facto que o credor póde exigir do devedor que constitue o objecto das obrigações.

Nos direitos de familia, ha poderes ou faculdades que se exercem sobre as pessoas, sendo estas ao mesmo tempo objecto da relação juridica e sujeitos passivos dessas relações. É assim que, em virtude da obrigação que os conjuges têem de viver juntos, o marido póde exigir que lhe seja judicialmente entregue a mulher, e, quando esta haja sido abandonada pelo marido, póde requerer para que elle a receba em casa (cod. de proc. civ., artt. 665.º e 666.º). O direito que o marido tem sobre a mulher e o que a mulher tem em relação ao marido não representam uma idêa de dominio, nem significam um poder sobre uma cousa: nessas relações, é a propria pessoa sobre quem recae a obrigação que constitue objecto da relação juridica.

Póde, pois, dizer-se que o objecto do direito é constituido

immediatamente pelos factos que o titular dum direito subjectivo póde praticar, em virtude dos poderes ou faculdades que pelo direito objectivo lhe são attribuidos. Mas, como esses poderes se podem realizar sobre as cousas, ou têem por fim um certo facto ou prestação entre pessoas determinadas, ou se exercem sobre as proprias pessoas, póde considerar se como objecto final do direito as cousas, em que se comprehendem as prestações nas obrigações, e as pessoas sobre as quaes se exerce o direito.

Por outro lado, como o objecto do direito exprime sempre a idêa de bem ou de utilidade, embora esta não tenha sempre caracter economico, podemos considerar objecto do direito o proprio interesse em relação ao qual se exerce o poder ou vontade do sujeito; tendo, porém, esse interesse de se realizar sobre cousas ou pessoas, nas quaes incidem as acções por que o titular do direito exerce os poderes ou faculdades que formam o seu conteúdo, somos tambem assim levados a considerar as cousas ou pessoas como sendo o objecto do direito.

121. *Não ha direitos sobre a propria pessoa.* Tomando-se neste sentido a expressão *objecto do direito*, não póde ser objecto de direito a propria pessoa, como aliás sustentam alguns jurisconsultos, fundando-se em que o homem tem o direito de dispor da propria pessoa, em que são considerados crimes o homicidio, as lesões contra a integridade physica e moral, tendo as victimas desses crimes direito a ser indemnizadas dos damnos causados, e em que o homem póde dispor das partes que sejam destacadas do proprio corpo.

A propria pessoa não póde considerar-se como objecto que esteja sujeito ao seu poder ou sobre o qual exerça dominio, porque, se assim fosse, dar-se-hia um poder juridico da pessoa sobre si mesma, que viria a ser ao mesmo tempo sujeito e objecto na relação juridica. Nem póde, a nosso vêr,

evitar-se a contradicção que se daria confundindo-se no mesmo termo os dois elementos da relação juridica, objectivo e subjectivo, dizendo que o sujeito é a personalidade humana e que o objecto não é toda a pessoa, mas são as suas manifestações, as situações concretas que ella occupa no meio social. Como nota RAVÁ, a personalidade é a qualidade de ser pessoa, exprime um modo de ser da pessoa, não podendo portanto dizer-se que ha direitos de personalidade no sentido de que uma pessoa, que é sujeito de direito em virtude dos elementos que a formam, póde ser ao mesmo tempo sujeito juridico desses elementos considerados como entes juridicos especiaes. As posições concretas da pessoa nunca podem destacar-se da propria pessoa de fórma a constituirem um objecto a que a pessoa se contraponha como sujeito.

Não póde tambem evitar-se a referida contradicção, considerando como objecto de direito a pessoa no seu conjuncto, e isolando alguma das suas faculdades para a tornar sujeito dos direitos sobre a propria pessoa. É assim que não póde ver-se na vontade o sujeito desses direitos, porque uma faculdade de querer sem sujeito volitivo é, como diz MIRAGLIA (1), um conceito destituido de conteúdo. A pessoa não se fracciona em faculdades ou actividades independentes, sendo sempre uma.

Não havendo direitos que tenham por objecto a propria pessoa, ha nesta poderes ou faculdades, situações concretas, que representam bens on interesses garantidos e tutelados pelo direito. A vida, a liberdade, o bom nome, o estado, representando presuppostos ou condições do direito de personalidade, são interesses que o direito protege, e, neste sentido, constituem direitos. D'ahi o dizer-se que ha o direito de existencia, o direito de liberdade, o direito de apropriação, o direito de

)1) *Filosofia del diritto,* cit. em RAVÁ.

estado, pois a pessoa tem o poder de repellir qualquer lesão que injustamente seja feita aos elementos que formam a sua individualidade.

Esses elementos não constituem, porém, objecto do direito no sentido de que estejam sujeitos ao poder da propria pessoa. A lei, reconhecendo o direito de personalidade, reconhece e garante, contra todos, as condições e presuppostos desses direitos, mas não attribue, nem podia attribuir, á pessoa direitos sobre si mesma. É assim que havendo o direito de existencia, não ha o direito sobre a existencia, e portanto o direito de suicidio, o direito de matar quem nisso consinta, o direito de duello; havendo o direito de estado, não ha direito sobre o estado.

A lei reconhece poderes em relação aos interesses de caracter pessoal; mas esses poderes não se exercem sobre a propria pessoa, mas sobre as cousas ou outras pessoas, tendo estas de respeitar o livre desenvolvimento das actividades individuaes. Assim se explica o direito que o individuo tem de dispor das suas forças physicas e intellectuaes, o direito de usar dum nome, a um determinado estado. Todos esses elementos representam a propria individualidade, tal como ella existe e se manifesta na vida social; são direitos que ella póde fazer valer para com todos, porque o direito não póde deixar de a manter inviolavel nas suas legitimas manifestações, mas não são são direitos sobre a propria pessoa. A pessoa manifesta as suas forças physicas e intellectuaes, gosa de determinadas situações, mas não exerce poder ou dominio sobre ellas.

122. *Direitos sobre as pessoas.* Representando a vida social a cooperação e troca de serviços, constituem-se assim relações juridicas entre pessoas e necessario se torna determinar se, e até onde, as pessoas podem ser objecto do direito.

Reconhecendo o direito moderno a qualidade de pessoa ao homem só pelo facto de existir, e não lhe permittindo que

aliene a personalidade, não póde o homem tornar-se objecto de direito no sentido de que outro exerça sobre elle um poder em virtude do qual se anniquile a sua liberdade. É assim que a lei declara inalienaveis os chamados direitos originarios, (art. 368.º), que não permitte o contracto perpetuo de prestação de serviço domestico (art. 1371.º).

Nas obrigações, em que ha um vinculo pelo qual uma pessoa fica adstricta a dar, fazer ou não fazer alguma cousa, não é a propria pessoa que constitue objecto do direito, mas o facto ou prestação. No direito moderno a pessoa não fica, pelo facto de não cumprir a obrigação, sujeita ao poder do credor. Este póde tornar a obrigação effectiva contra os bens, mas não por actos que exerça sobre a propria pessoa.

Ha, porém, relações juridicas em que o objecto do direito não é uma determinada prestação, mas a propria pessoa, sobre a qual essas relações envolvem um poder. É assim que os direitos pessoaes dos conjuges envolvem a propria pessoa, e do mesmo modo a envolvem as relações entre o pae e o filho menor, ficando este sujeito ao poder daquelle.

Nestas relações, que suppõem uma dada organização social, a sujeição da pessoa nunca é completa, respeitando-se sempre o direito de personalidade, de modo que a pessoa, pelo facto de ser objecto de direito, não perde a sua qualidade de sujeito de direito.

123. *Noção de cousas. Cousas corporeas e incorporeas.* É sobre as cousas do mundo externo que o homem exerce o seu dominio, sendo ellas que principalmente representam o objecto do direito.

O nosso legislador definiu *cousa* tudo aquillo que carece de personalidade (art. 369.º). Neste sentido, que é o mais amplo, é cousa tudo o que, á excepção do homem, existe ou póde ser concebido pelo espirito, seja ou não susceptivel de ser objecto de direitos e obrigações.

Em linguagem juridica, porém, *cousa* é tudo o que, tendo utilidade economica, sendo susceptivel de occupação e de quantidade limitada, póde ser objecto de direito ou é susceptivel de ser apropriado pelo homem, prestando-lhe alguma utilidade. Neste sentido a noção de cousa comprehende dois elementos: *a*) um objecto do mundo externo; *b*) a susceptibilidade de constituir objecto de direito.

Assim considerada, cousa é synonima de *bens*, significando-se por esta palavra todas as cousas susceptiveis de ser utilizadas pelo homem pelos poderes que sobre ellas exercer: *Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est, beatos faciunt; beare est prodesse* (D. L, 16, 49).

Não são portanto bens ou cousas em sentido juridico todos os objectos que não são susceptiveis de apropriação exclusiva pelo homem, como o ar, o mar alto, o sol.

E como a palavra *bens*, designando a utilidade de que uma cousa é susceptivel pelos poderes que o homem sobre ella exerce, e portanto uma qualidade do objecto, representa uma abstracção, pois que, embora os bens sejam as proprias cousas, estas só são consideradas como taes sob um aspecto especial — o da sua utilidade ou do valor que representam, daqui resulta que na palavra *cousas* tanto se comprehendem as cousas corporeas consideradas materialmente, como os direitos que sobre ellas se podem exercer, e que se chamam *cousas incorporeas*, sendo obvio que, quando pela palavra *cousa* se significa a utilidade do objecto, os direitos que sobre elle se podem exercer, não tem cabimento a distincção entre *cousas corporeas* e *incorporeas*, a qual, assim considerada, tem a seguinte explicação.

Como a propriedade representa o direito mais complexo que póde haver sobre uma cousa, pois é o dominio exclusivo sobre ella, alguns codigos, como o italiano (art. 406.º), definem *bens* as cousas que podem ser objecto de propriedade publica ou privada, e os jurisconsultos romanos, confundindo o direito

com o objecto, identificando o direito de propriedade com a cousa, consideravam o direito de propriedade representado materialmente na cousa, como ainda hoje succede. É assim que, em vez de se dizer — tenho o direito de propriedade sobre esta casa, campo ou livro, se diz — esta casa, este campo, este livro são meus.

Quando os direitos que ha sobre uma cousa não attribuem ao seu titular a posse exclusiva de todas as suas utilidades, designa-se expressamente as que lhe pertencem pelo direito correlativo. Assim, diz-se — tenho o direito de usufructo, de habitação, de uso, de hypotheca.

Quando a distincção entre *cousas corporeas* e *incorporeas* assente na extensão dos poderes que se exercem sobre a cousa, poderes que só são limitados pela propria natureza do objecto no direito de propriedade, o qual abrange o objecto na sua totalidade, e que, nas relações especiaes com a cousa, são limitados pelo conteúdo dessas relações, tal distincção só poderá referir-se ao patrimonio ou conjuncto de bens pertencentes a uma pessoa, e não ao objecto do direito, e é incorrecta, visto que a propriedade representa, como tal, um direito e portanto uma cousa incorporea.

Podem, porém, considerar-se os direitos sobre as cousas como sendo de per si objecto de direitos, como a hypotheca do usufructo, e ha por outro lado objectos de direito que, embora respeitem a cousas corporeas, representam um conjuncto ideal, como é a propriedade litteraria, artistica e dos inventos, a qual é um direito absoluto e tem existencia de per si, sendo transmissivel. Os direitos de auctor, a propriedade duma marca, dum invento, não são, ao contrario do que se dá com o nome individual, a integridade moral, direitos meramente pessoaes.

O nosso codigo comprehende na significação da palavra *cousa* tanto as cousas corporeas como incorporeas, pois usa dessa palavra tanto para significar as cousas materialmente

consideradas como os direitos sobre ellas, achando-se nelle sanccionada a doutrina de que a propriedade litteraria é considerada e regida, como qualquer outra propriedade movel, com as modificações que pela sua natureza especial a lei expressamente lhe impõe (art. 590.º), e que a propriedade dos inventos é regida pelas leis geraes que regulam a propriedade movel, salvas as declarações feitas na lei (art. 626.º).

124. *Noção de patrimonio.* O conjuncto de bens que pertencem a um individuo constitue o seu *patrimonio*. Considerando-se os bens como utilidades e sendo utilidades as proprias forças do individuo, as suas situações no meio social, no patrimonio entrariam tambem essas forças e posições concretas.

O patrimonio significa, porém, o resultado juridico-economico da actividade humana, podendo definir-se o complexo de relações de caracter pecuniario em que o individuo é sujeito activo e passivo. Neste sentido, não entram no patrimonio os bens pessoaes, em que se comprehendem as relações pessoaes de familia, e o patrimonio, embora represente o desenvolvimento da personalidade nas relações sociaes, não é unico nem inseparavel della.

Póde o patrimonio ter o caracter duma universalidade juridica, mas esse caracter provir-lhe-ha dos fins para que esse patrimonio é destinado, pois é em virtude desses fins que se imprime unidade ao patrimonio. É assim que, na acceitação duma herança a beneficio de inventario, os bens que constituem a herança se consideram como um todo distincto do patrimonio do herdeiro, que é todavia o sujeito a quem a herança pertence. Donde se conclue que, no sentido por nós ligado á palavra *patrimonio*, uma pessoa póde ter mais do que um.

A expressão *direitos patrimoniaes* está directamente relacionada com a noção de patrimonio, significando-se por ella

os direitos que têem valor pecuniario e, numa accepção mais restricta, os que o seu titular póde transmittir.

Não entram, nesta accepção, na categoria dos direitos patrimoniaes *os direitos meramente pessoaes,* em que se incluem não só os que estão de tal fórma connexos com a personalidade, individualmente determinada, que o seu titular nem para os herdeiros os póde transmittir, como são os direitos originarios ou de pessoa, os direitos de familia d'ordem pessoal; mas ainda os que, tendo valor pecuniario, só podem ser exercidos pela propria pessoa, de modo que não se transmittem para os herdeiros nem podem ser executados pelos credores, como é o direito de uso e habitação, o direito de alimentos devidos pela relação de familia (artt. 1556.º, 2258.º, e cod. de proc. civ., art. 815.º n.º 9.º).

No nosso codigo usa-se da palavra *bens, todos os bens, somma dos bens e creditos, bens presentes e futuros, todos os direitos e obrigações que não forem puramente pessoaes* para designar o patrimonio (artt. 830.º, 879.º, 1036.º, 1739.º, 2014.º) e designa-se pela expressão *direitos meramente pessoaes,* os que, embora tenham caracter pecuniario não são transmissiveis, nem constituem garantia dos credores (artt. 1038.º, 2014.º).

§ 30 — *Classificação das cousas*

Dr. Teixeira d'Abreu, *Lições* cit., pag. 22; conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado,* tomo I, commentario aos artigos 372.º–382.º; Chironi e Abello, *Trattato,* tomo I, pag. 304; Chironi, *obr. cit.,* tomo I, pag. 81; Fiore, *Il diritto civile italiano,* parte III, vol. unico, pag. 15; Demolombe, *obr. e vol. cit.,* pag. 15; Windscheid, *obr. cit.,* tomo I, parte II, pag. 5; Dernburg, *Pandette,* tomo I, parte I, pagg. 194; *Code civil allemand traduit et annoté par Duffnoir,* pag. 77.

125. *Idêas geraes.* As cousas são de differentes especies, tanto

consideradas na sua natureza ou composição intrinseca e nas relações entre ellas existentes, como em relação ás utilidades que, pela sua situação juridica, têem para as pessoas; e, como, em harmonia com essas qualidades e a sua situação juridica em relação ás pessoas, são diversas as suas normas reguladoras, dahi a importancia não só doutrinal mas legal da classificação das cousas.

O nosso codigo apresenta-nos, baseando-se na natureza das cousas e nos direitos que sobre ellas se podem exercer, a seguinte classificação:

1) Cousas no commercio e fóra do commercio (artt. 370.º–372.º); 2) moveis e immoveis (artt. 373.º–378.º); 3) publicas, communs e particulares (artt. 379.º–382.º).

Além destas especies outras ha, umas com valor meramente doutrinal e outras com valor doutrinal e legal, como a distincção em fungiveis e não fungiveis, consumiveis e não consumiveis, divisiveis e indivisiveis, principaes e accessorias, de que tractaremos neste logar.

126. *Cousas no commercio e fóra do commercio.* Cousas no commercio são as que podem ser objecto de apropriação e portanto de transmissão (art. 370.º). Havendo dado uma noção de cousa que comprehende tanto os objectos que podem ficar sujeitos ao poder duma pessoa como os que, por sua propria natureza, o excluem, o codigo declara que as cousas podem estar fóra do commercio *por natureza* ou por *disposição da lei* (art. 371.º). Estão fóra do commercio por natureza as cousas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente, e por disposição da lei aquellas que a mesma lei declara irreductiveis a propriedade particular (art. 372.º).

A primeira categoria de cousas fóra do commercio não entra na significação juridica da palavra *cousa,* e escusado era que o legislador se referisse a ella.

Quanto á segunda categoria notaremos que, sendo as cousas

em geral e pelo seu proprio destino susceptiveis de apropriação, só em virtude duma disposição especial da lei é que podem ficar fóra do commercio, e, logo que deixem de ter as qualidades em virtude das quaes a lei as considera fóra do commercio, entrarão neste. Assim, as estradas publicas são cousas que estão fóra do commercio, mas, logo que deixem de ter esse destino, serão susceptiveis de apropriação.

Ha cousas que, embora individualmente apropriadas, só podem ser utilizadas para fins especiaes. Assim, o terreno que se adquire para um jazigo ou para sepultura privativa, só póde applicar-se a esse fim, devendo observar-se a esse respeito os regulamentos policiaes e não podendo ser alienado (1).

As cousas podem num dado momento estar no patrimonio dum individuo *(res in patrimonio)* ou fóra do patrimonio *(res extra patrimonium)*. Estas são as chamadas *res nullius*.

Em geral todas as cousas que ha na natureza estão no patrimonio de alguem, mas, excepcionalmente, podem não estar, ou por não terem sido apropriadas, como as cousas que nunca foram aprehendidas, perolas, animaes selvagens, ou porque, tendo-o sido, foram abandonadas.

127. *Cousas moveis e immoveis.* A distincção das cousas em moveis e immoveis é importantissima, por serem muito diversas as normas juridicas applicaveis a umas e outras, sendo os immoveis rodeados de maiores garantias. Essa diversidade tem-se inspirado em parte no conceito *res mobilis, res vilis*, e, dado o extraordinario desenvolvimento da propriedade mobiliaria, que hoje tem sem duvida valor pelo menos igual

(1) Vejam-se as portarias de 13 de abril e de 22 de novembro de 1868, e de 19 de março de 1881, e a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXX, pag. 9, e vol. XXXII, pag. 100.

Os cemiterios, em quanto conservarem essa qualidade, são cousas que estão fóra do commercio. Veja-se a cit. *Revista*, vol. XXX, pag. 10.

ao da immobiliaria, devia já, em parte haver desapparecido (1).

Como o legislador apenas especifica os immoveis, considerando moveis os objectos que não se comprehendem naquella especificação, tractaremos em primeiro logar e com mais desenvolvimento dos immoveis, que o codigo classifica em tres categorias: *a*) immoveis por natureza; *b*) immoveis por acção do homem; *c*) immoveis por disposição da lei.

a) *Bens immoveis por natureza.* São immoveis por natureza, sendo tambem designados pela expressão *bens de raiz*, os predios rusticos. Por *predio rustico* intende-se uma determinada superficie de solo ou terreno com tudo o que está para baixo della em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação a minas, e com o espaço aereo correspondente ao mesmo solo na altura susceptivel de occupação (artt. 374.° e § unico, e 2288.°), sendo que nunca foi considerado predio o solo em toda a sua generalidade. O solo que faz parte dum edificio, sendo sempre considerado como predio, é, neste caso, parte componente dum predio urbano.

O terreno que fica contiguo a um predio urbano, embora não seja destinado para cultura, ou sirva apenas para jardim, é considerado predio rustico. É assim que no artigo 456.° se consideram *predios rusticos* as *quintas muradas* ou *quintaes, jardins, hortas* ou *pateos adjacentes a predios urbanos*. Rigorosamente, porém, a porção de terreno que fique contigua a um predio urbano e que seja destinada ao serviço permanente do predio, representando apenas uma commodidade ou recreio para os seus inquilinos, não é um predio independente, uma cousa com individualidade propria, mas uma pertença ou accessorio do predio urbano. E assim se explica que o artigo 2337.° fale de *pateos* e *quintaes de predios urbanos*.

(1) Veja-se CAPITANT, *obr. cit.*, pag. 170, e CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, 3.ª edição, pag. 180.

b) Immoveis por acção do homem. São immoveis por acção do homem os *predios urbanos,* e como taes se consideram quaesquer edificios ou casas encorporadas no solo, com certa permanencia, seja qual fôr a sua fórma, materiaes e destino ou fim (1). Quando o edificio não esteja encorpôrado, isto é, ligado ao solo directa ou indirectamente pelos alicerces, columnas, estacas, ou por qualquer outro meio, será considerado em si como cousa movel por natureza.

As diversas partes do edificio e os elementos que as compõem e que não possam delle separar-se sem que por esse facto se destrua ou fique improprio para o fim a que era destinado, formam um todo com o solo, constituindo o predio urbano, de que são *partes componentes.*

E na verdade o edificio é constituido tanto pelas paredes, como pelas escadas, vigamentos, soalhos, portas, janellas, telhados, claraboias; e todos os materiaes de que se formaram essas diversas partes, pedra, cal, ferro, madeira, vidro, de moveis que eram, tornaram-se, em virtude da acção do homem, immoveis, porque serviram para formar um todo no predio — *ad integrandum domum.*

Assim como se consideram predios rusticos, na terminologia do codigo, as porções de terreno adjacentes aos predios urbanos, tambem se consideram *predios urbanos* os edificios construidos num predio rustico e que não sejam destinados para habitação, mas para celleiros, adegas, arrecadações e outros fins mais ou menos directamente relacionados com a cultura do predio. Esses edificios são, porém, attento o seu fim, accessorios ou pertenças dos predios rusticos, considerando-se comprehendidos nestes. Dahi resulta que no artigo 2247.º

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de agosto de 1891, no *Boletim dos Tribunaes,* vol. VII, pag. 40.

se fala de *propriedade rustica de que faça parte o edificio destruido* (1).

Os edificios, sendo immoveis emquanto se acharem encorporados no solo, são, nos casos em que constituam, directamente e de per si, objecto de alienação, considerados moveis, salva a capacidade do proprietario para essa alienação. É assim que a venda dum edificio, sem o terreno, para ser demolido, se deve considerar como um contracto de venda duma cousa movel.

c) *Immoveis por disposição da lei.* Os immoveis por disposição da lei são (art. 375.º):

1.º Os productos e fructos, ou as utilidades de qualquer natureza dos predios rusticos, como metaes, carvão, arvores, laranjas, emquanto estiverem ligados directa ou indirectamente ao solo, com o qual formam um todo, ou são delle dependentes. Logo que se separem, ficam sendo moveis, pois adquirem uma individualidade propria; e tambem como taes são considerados em qualquer contracto, quando, em virtude delle, devem ser separados do solo, por ser esse o estado em que os contractantes os supposeram. É assim que o individuo que compra um pinhal para fazer lenha, adquire o direito de cortar os pinheiros, tendo assim esse contracto por objecto uma cousa movel distincta do solo, que deixa portanto desde esse momento de fazer parte deste (2).

(1) No nosso antigo direito consideravam-se *predios urbanos* os edificios destinados para habitação ou ainda para recreio, e *urbanos* todos os outros, incluindo os edificios destinados para a cultura, como os celleiros e os moinhos. Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições,* § 79.º, nota; LOBÃO, *Tractado das causas,* §§ 30.º e segg. A lei de 29 de julho de 1899 divide os predios, para o effeito da contribuição predial, em *urbanos, rusticos* e *mixtos,* definindo (art. 5.º) os predios urbanos e rusticos em harmonia com o nosso antigo direito.

(2) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 10 de fevereiro de 1872, na *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol. VI, pag. 332.

As partes integrantes dos predios rusticos e dos urbanos, ou as cousas que, sendo moveis por natureza e não representando um elemento componente do predio, estão todavia ligadas a elle ou são destinadas pelo proprietario para a sua utilidade economica, de fórma que constituem uma pertença ou accessorio do predio, ou, para nos servirmos das proprias palavras da lei, não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar. São partes integrantes dum predio rustico os muros de vedação, os engenhos de tirar agua, e dum predio urbano a canalização da agua e do gaz, o pára-raios. Para que as partes integrantes dum predio deixem de ser consideradas como immoveis, não basta o facto de serem distrahidas; é necessario que o sejam pelo proprio dono (1).

(1) No nosso antigo direito havia os immoveis *por destino*, considerando-se taes todas as cousas moveis por natureza que se achavam na dependencia dum immovel pelo uso a que o proprietario as destinava, como os animaes de cultura, as ferramentas de lavoura, as sementes, os estrumes, as colmeias, os toneis. Essas cousas consideravam-se immobilizadas, não pelo facto de se acharem ligadas ao predio, mas pela relação economica em que estavam com o predio, relação em virtude da qual se tornavam como accessorio deste, e, emquanto subsistisse essa relação, perdiam a qualidade de moveis para assumirem a da cousa principal, a cujo uso eram destinadas.

Segundo a nossa jurisprudencia, o codigo não deu aos proprietarios o direito de immobilizarem os moveis senão pela sua ligação com o predio, fundando-se nas palavras — *partes integrantes* e *que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar*.

Parece-nos discutivel esta jurisprudencia.

Pelo projecto primitivo (art. 394.º n.º 3.º) considerava-se immovel «tudo o que fôr affixado ou unido em permanencia ao predio rustico e urbano». Na commissão revisora foi apresentada uma proposta em que se considerava immovel não só «tudo o que fôr annexado ou encorporado permanentemente no predio rustico, na mina ou no predio urbano, como parte integrante, bemfeitoria ou embellezamento», mas tambem «os animaes, instrumentos aratorios, utensilios, etc., e todos os objectos que, podendo deixar de ser permanentes no predio ou na mina, são comtudo indispensaveis para o serviço actual do mesmo predio ou mina; as sementes dadas aos rendeiros ou colonos parciarios; as machinas, instrumentos, utensilios e materias primas necessarias á laboração de qualquer fabrica publica ou officina fabril publica».

Ora é de notar que, tendo o auctor dessa proposta votado contra a substituição apresentada pelo auctor do projecto na parte em que considerava cousas immoveis os direitos inherentes á propriedade, se mantivesse silencioso no que respeita á immobilização dos animaes, instrumentos aratorios, etc., se não julgasse essa immobilização comprehendida na substituição apresentada por SEABRA (*Actas das sessões da commissão revisora*, pagg. 68, 69 e 76).

E, significando a expressão *parte integrante*, como póde significar, *accessorio* ou *pertença*, e a palavra *distrahir* a applicação a um fim diverso daquelle a que as cousas eram destinadas, tendo sido eliminadas as palavras do projecto primitivo *affixado* ou *unido em permanencia*, e significando o verbo *separar, afastar, pôr distante*, parece-nos poder sustentar-se que o nosso codigo civil ainda considera immoveis os objectos que, sendo moveis por natureza, sejam destinados ao serviço util dum predio rustico ou urbano, quer estejam unidos quer o não estejam a esse predio, sendo esses moveis havidos como pertenças do mesmo.

Notaremos ainda que a nossa jurisprudencia considera comprehendido no n.º 1.º do artigo 375.º o machinismo duma fabrica, não podendo deixar de haver-se como immoveis, visto que a fabrica constitue um todo, as partes desse machinismo que não estejam unidas ao predio. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XIX, pag. 4, e o accordão da Relação de Lisboa de 11 de março de 1903, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. XVI, pag. 748.

3.º Os direitos inherentes aos predios rusticos e urbanos. Estes direitos, como incorporeos que são, não são moveis nem immoveis, sendo considerados como taes pelo legislador conforme a cousa a que estão inherentes. Alguns desses direitos, como o de usufructo, tanto podem recair sobre um movel como sobre um immovel; outros, como o de emphyteuse, só podem recair sobre immoveis, e finalmente outros, como o penhor, só podem ter por objecto cousas moveis.

4.º Os fundos consolidados que se acharem immobilizados perpetua ou temporariamente. Dos nossos titulos de divida

publica fundada só as inscripções com assentamento na junta de credito publico é que, pelas clausulas do averbamento, podem ser immobilizadas, ou perpetuamente, como as das instituições de beneficencia e de piedade, ou temporariamente, como as que façam parte dum dote.

A palavra *immobilizados* não significa directamente a *inalienabilidade* dos titulos, como se tem sustentado (1), mas a sua applicação a um fim especial, em virtude da qual esses titulos ficam tendo garantias especiaes tambem, e designadamente a de só poderem ser alienadas nos casos e com as formalidades prescriptas na lei. Não sendo a inalienabilidade caracteristica dos bens immoveis, o uso da palavra *immobilizados,* como synonima de *inalienaveis,* seria injustificavel.

E o § unico do artigo 374.º, declarando que o disposto neste artigo não exclue as *immobilizações,* decretadas por lei especial para *certos e determinados fins,* revela-nos que a palavra *immobilizado* tem o sentido que lhe ligamos (2).

É assim que as inscripções averbadas a favor de menores, de interdictos e de camaras municipaes não são fundos que, só por esse facto, devam considerar-se, como o têem sido, immobilizados perpetua ou temporariamente. Se, por exemplo, as inscripções averbadas a uma camara municipal não houverem sido applicadas para um asylo administrado por ella, não tendo, como não têem as dos menores e interdictos, um fim certo e determinado donde resulte a immobilização, poderão, como as dos menores e interdictos, ser alienadas com a devida auctorização da competente estação tutelar, não havendo disposições legaes que restrinjam essa alienação só a certos e determinados casos, como succede em relação ás inscripções que hajam sido averbadas com o onus dotal, as

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXXI, pag. 328, e o *Direito,* vol. XIII, pag. 43.

(2) Vejam-se as *Actas,* pag. 80.

quaes se consideram immobilizadas emquanto subsistir o matrimonio, para cujos encargos são destinadas, só podendo ser alienadas, com auctorização judicial, em casos especiaes, e ás que façam parte de qualquer fundação ou corporação de piedade e de beneficencia, as quaes se consideram applicadas aos fins da fundação ou corporação e só podem ser alienadas, pelo facto de se acharem immobilizadas, com auctorização do governo.

As inscripções que hajam sido legadas com o encargo duma prestação successiva, temporaria ou perpetua, a favor de indigentes, para dote de raparigas pobres ou a favor de qualquer corporação ou fundação de utilidade publica, consideram-se, desde que esse encargo conste do averbamento, immobilizadas perpetua ou temporariamente.

128. *Cousas moveis.* São moveis por natureza todos os objectos corporeos que não estão comprehendidos nos artigos 374.º e 375.º, e por disposição da lei todos os direitos, á excepção dos especificados no artigo 375.º. Os direitos de credito, salvas as garantias desses direitos que, como a hypotheca e o penhor, representem um direito que fica inherente á cousa immovel ou movel, não podem ser considerados como cousas immoveis, mas moveis. Assim, as acções dos bancos, os titulos de credito, são cousas moveis (art. 376.º).

129. *Bens ou cousas immobiliarias e mobiliarias.* Como norma interpretativa, dispõe o artigo 377.º que, quando na lei civil ou nos actos e contractos se usar da expressão *bens ou cousas immobiliarias,* sem outra qualificação, comprehender-se-hão nella, tanto os que são immoveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando, se usar simplesmente da expressão *immoveis, cousas ou bens immoveis,* esta expressão significará só os que o são por natureza ou mediante a acção do homem. Da mesma

sorte a expressão *bens ou cousas mobiliarias* abrangerá tanto os moveis por natureza, como os que o são por disposição da lei; e pelas palavras *moveis, cousas ou bens moveis,* intender-se-hão só os objectos materiaes, que por natureza são moveis.

Nem sempre o legislador se manteve fiel á terminologia juridica que adoptou no artigo 377.º, havendo disposições, como a deste artigo de caracter interpretativo tambem, em que as palavras *bens moveis e immoveis* se tomam na significação de cousas mobiliarias e immobiliarias (art. 1461.º), e outras de caracter coactivo, em que a palavra *immoveis* comprehende não só os que são por natureza, mas tambem por disposição da lei (art. 551.º n.º 3.º, comparado com o art. 1119.º).

Em materia de contractos e de testamentos deve, pois, ter-se sempre em vista qual fosse a intenção das partes e, uma vez determinada, ligar-se ás expressões de que usaram o sentido que mais consentaneo seja com ella, em harmonia com as regras de interpretação consignadas nos artigos 684.º, 1761.º e 1837.º; e, relativamente á lei, deve determinar-se a significação dessas palavras pelos processos de interpretação, que já conhecemos.

130. *Significação das palavras — moveis de tal casa ou predio.* Todas as vezes que nos actos e contractos se usar da expressão *moveis de tal casa ou predio,* comprehender-se-ha nella só o que se chama mobilia, utensilios ou alfaias, isto é, os moveis destinados ao uso ou ornato da casa ou predio ou que sejam de uso pessoal (1), salvo se do contexto do documento ou por outras circumstancias se averiguar que não foi essa a intenção das partes (art. 378.º). Quando esses moveis se encontrem accidentalmente fóra do predio, não deixam de se considerar, por esse facto, pertencentes a elle; e não devem considerar-se como pertencentes á mobilia dum predio as cousas que nelle se encontrem e que não sirvam para ornato delle ou para uso dos seus inquilinos. Como exemplo podemos especificar, no primeiro caso, um objecto que haja sido retirado de casa para concertar ou de emprestimo, e, no segundo, as cousas que estejam em deposito ou armazenadas numa casa.

(1) Sobre a significação da palavra *mobilia, alfaias* e *utensilios* diz a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXIX, pag. 294, depois de se referir ao sentido que essas palavras tinham na nossa jurisprudencia anterior ao codigo civil:

«A palavra — *mobilia,* que em nosso intender é o plural da fórma neutra do adjectivo latino — *mobilis mobile,* significa o que o artigo 534.º do codigo civil francês denomina *meubles meublants,* e comprehende os moveis destinados ao uso e ornato de casas, como tapeçarias, leitos, cadeiras, espelhos, relogios, mêsas, porcelanas e outros objectos desta natureza. São portanto excluidos o dinheiro, os creditos e acções, as joias e objectos de metal precioso, os livros, semoventes, equipagens, fructos arrecadados, provisões, roupas de cama e mêsa e os objectos de uso corporal das pessoas, porque todas estas cousas não têem por destino o uso e ornato de casas, mas o uso, goso, commodidade, recreio ou enfeite de pessoas.

«A palavra — *utensilios,* da latina — *utensilia,* tem uma significação mais restricta, comprehendendo propriamente as cousas destinadas a um mister especial, como os instrumentos para a fabricação de alguma cousa ou para o exercicio duma arte ou industria, e assim se diz *utensilios da lavoura, da cosinha, da adega,* etc.

«*Alfaias* são as roupas, os objectos feitos de metaes preciosos e os de uso pessoal, como escovas, navalhas de fazer a barba, etc.».

É neste sentido que se usa da palavra *alfaias* no artigo 882.º n.º 2.º

131. *Cousas consumiveis e não consumiveis.* São *cousas consumiveis* as que não podem satisfazer o fim para que são destinadas sem a destruição da sua integridade material, ou sem sairem do patrimonio da pessoa a quem pertencem. Donde se conclue que ha uma duplice categoria de cousas consumiveis: *a*) cousas que não se podem usar sem que isso importe a sua

destruição, como o azeite, o vinho, o trigo; *b*) cousas que não podem usar-se sem que esse facto determine a sua alienação, como o dinheiro que, neste sentido, se consome com o uso a que é destinado. Este consumo chama-se *civil* e o outro *natural*.

Tambem se consideram consumiveis as cousas que façam parte dum fundo de mercadorias ou duma universalidade de cousas, e cujo uso, tal como resulta do seu destino, consista na alienação dos individuos que os compõem para exploração agricola, commercial ou industrial.

Cousas não consumiveis são as que não deixam de existir nem physica nem civilmente com o uso a que são destinadas, embora se deteriorem com esse uso como um gramophone, um livro. Estas cousas chamam-se *deterioraveis*.

132. *Cousas fungiveis e não fungiveis.* Esta classificação, que tanto na doutrina como na lei se tem muitas vezes confundido com a distincção entre cousas consumiveis e não consumiveis, basêa-se não só na qualidade das cousas em virtude da qual costumam determinar-se nos actos juridicos pelo genero a que pertencem, podendo ser individualmente substituidas por qualquer cousa desse genero, motivo por que se chamam *cousas de quantidade (res quae pondere, numero, mensurâ constant)*, mas na vontade expressa ou tacita das partes contractantes, sendo consideradas como *fungiveis* as cousas que, no pagamento que dellas tem de se fazer, podem ser substituidas por outras do mesmo genero, e como *não fungiveis* as que têem de ser restituidas em especie (1).

(1) Ás cousas fungiveis tambem se chama cousas de *genero*, ás não fungiveis de *especie*. Assim, se o objecto da relação juridica é uma cousa singularmente determinada, de fórma que se tem de pagar a propria cousa, diz-se *especie;* quando a cousa é indicada genericamente pelo grupo a que pertence, diz-se *genero*. Tanto no direito romano como no nosso codigo tambem se usa da palavra *especie* no sentido de cousa designada genericamente (artt. 716.º, 1805.º, 2142.º).

É neste sentido que a expressão *objecto* e *cousa fungivel* se emprega nos artigos 765.º n.º 3.º, 1636.º e 1637.º, tendo a distincção entre cousas fungiveis e não fungiveis importancia para se determinar se se dá ou não a compensação e se ha o contracto de *mutuo* ou de *commodato* (art. 1507.º).

O mutuo é um contracto pelo qual uma das partes cede qualquer cousa, com a obrigação de lhe ser restituida outra do mesmo genero, qualidade e quantidade, tornando-se o mutuario, desde o momento em que a cousa lhe seja entregue, proprietario da cousa e correndo por sua conta todo o risco (artt. 1523.º e 1524.º).

Pelo contrario, no commodato a cousa é designada individualmente e assim tem de ser restituida, ou, por outras palavras, o commodatario tem de restituir a mesma cousa que recebeu, e se a cousa emprestada perecer ou se deteriorar no uso a que é destinada, ou por acontecimento fortuito ou força maior, não sendo empregada em uso differente daquelle a que era destinada, a perda della é por conta do dono, salvo se no contracto outra cousa se houver estipulado (artt. 1510.º e 1516.º).

A doutrina que acabamos de expôr é auctorizada pelos mais abalizados jurisconsultos, cumprindo-nos todavia notar que o nosso legislador nem sempre a teve em vista. É o que succede no artigo 2209.º, onde se determina que, se o usufructo abranger *cousas fungiveis*, póde o usufructuario consumi-las, sendo obrigado a restituir o seu valor, findo o usufructo, se foram estimadas, ou, se o não foram, a restituir outras do mesmo genero, qualidade e quantidade, ou do valor destas ao tempo em que terminar o usufructo.

A expressão *cousas fungiveis*, de que neste artigo se usa, significa *cousas consumiveis*, porque, quer se tracte de cousas cujo uso tenha por consequencia a destruição da sua integridade material, quer de cousas que, pelo seu destino, tenham de ser alienadas, póde deixar de dar-se, pela qualidade das

cousas e em attenção aos usos do commercio, a substituição ordinaria por cousas do mesmo genero, que é o que caracteriza as cousas fungiveis.

Esta confusão deriva do facto de, nos contractos, as cousas consumiveis serem ordinariamente consideradas como fungiveis, e, reciprocamente, as cousas não consumiveis como não fungiveis. Certo é, porém, que as partes podem dar a uma cousa consumivel o caracter de não fungivel, e vice-versa, a uma cousa não consumivel o caracter de fungivel, sendo que a qualidade de consumiveis e não consumiveis deriva sempre da propria natureza das cousas, ao passo que a fungibilidade ou não fungibilidade póde derivar tambem da vontade das partes, e por esta uma cousa consumivel póde ter de se restituir individualmente e uma cousa não consumivel em genero, qualidade ou quantidade, como quando eu cedo um livro a um individuo com a obrigação de me restituir outro igual.

133. *Cousas divisiveis* e *indivisiveis.* As cousas consideram-se assim conforme são ou não susceptiveis de se fraccionarem physica ou intellectualmente. A divisão chama-se physica, quando cada uma das partes em que a cousa se fracciona fórma um todo separado *(pro diviso)*; intellectual ou arithmetica, quando cada comparticipante tem uma quota parte ideal *(pro indiviso)*.

A divisão, em virtude da qual a parte duma cousa fica sendo considerada como cousa distincta sobre que recaem direitos especiaes, póde corresponder ou não á cessação da união material. Assim, divide-se realmente um immovel *(res dividua pro parte)* quando por meio de marcos, de muros ou outros meios se fracciona em varias partes, cada uma das quaes fica sendo considerada como um predio distincto.

Temos a divisão ideal ou juridica *(partes pro indiviso)* quando uma cousa movel ou immovel pertence a varias pessoas, tendo cada uma dellas uma parte, que não é propriamente da

cousa, mas do direito sobre ella, fixando-se, pela indicação da medida que na cousa pertence ao titular do direito, a parte das utilidades dessa cousa que lhe pertence, da propria cousa no caso de divisão desta, e a parte com que deve contribuir para as despesas que têem de effeituar-se com a cousa.

A divisão ideal dá-se num estado de communhão ou de compropriedade *(communio pro indiviso)*, podendo essa communhão recaír sobre cousas physicamente indivisiveis.

Ás cousas que não podem ser, por sua propria natureza, divididas em substancia, são equiparadas, para os effeitos legaes, as que o não podem ser sem detrimento (artt. 2128.º e 2145.º). A indivisibilidade resulta neste ultimo caso do facto de ser prejudicado, pela divisão, o valor economico da cousa.

134. *Cousas principaes e accessorias ou pertenças.* Em linguagem juridica, a distincção entre *cousas principaes* e *accessorias* basêa-se não só numa relação de preeminencia ou dependencia, mas no seu destino, considerando-se *accessorias* as que, sem serem partes constitutivas, estão ligadas a outra ou relacionadas permanentemente com o seu uso, de fórma que se consideram nella comprehendidas nos usos ordinarios da vida.

Assim, são cousas accessorias as partes integrantes dos predios rusticos, as partes integrantes dos predios urbanos, as diversas partes do machinismo duma fabrica. Neste sentido se toma a palavra *accessorios* no artigo 1843.º.

No sentido em que tomamos a expressão *accessorios*, estes confundem-se com as *pertenças*, termo de que o codigo civil usa em algumas disposições, e a importancia desta categoria de cousas consiste em que, emquanto a cousa accessoria fôr destinada ao serviço permanente da principal, fica comprehendida nas mesmas relações juridicas. A expressão *cousas accessorias*, quando por ella se exprima apenas a idêa de dependencia, é mais generica do que *pertenças*, comprehendendo os fructos, o thesouro, etc.

Quando, pela *accessão*, cousas que pertençam a diversos proprietarios se unam e encorporem (art. 2289.º), de modo que não seja possivel separá-las sem se destruirem ou soffrerem notavel detrimento, as cousas que se unem ficam formando um todo de caracter unitario, ficam sendo partes componentes e não accessorias ou integrantes, não tendo assim applicação o conceito de cousas accessorias, e sendo em regra pelo valor que tem de determinar-se a quem fica pertencendo o todo (artt. 2299.º, 2301.º, 2302.º § 1.º, 2306.º § 1.º).

135. *Fructos.* Pelas palavras *fructo, producto, rendimento,* exprime-se, dum modo geral, o producto normal das utilidades que constituem o patrimonio e que não são destinadas á satisfação immediata e directa das necessidades. Essas utilidades destinadas á producção de novas utilidades formam o que, dum modo geral tambem, se póde chamar *capital*.

Em linguagem juridica e segundo a doutrina tradicional e ainda dominante, a palavra *fructos* designa os productos organicos duma cousa ou as utilidades que della resultam periodicamente sem diminuição da sua substancia *(quidquid ex re nasci et renasci)* e que determinam o seu valor economico. Tomados neste sentido, os *fructos* distinguem-se dos *productos*, em que nestes entra qualquer utilidade que a cousa seja destinada a produzir, haja ou não diminuição da sua substancia. São fructos tanto as utilidades que a cousa produz directamente como as que produz indirectamente, desde que essas utilidades se reproduzam periodicamente. É assim que, não podendo considerar-se fructos as vinhas, olivaes e quaesquer arbustos fructiferos, devem assim considerar-se as devêsas de talhadia, as plantas de viveiro e quaesquer arvores destinadas a córtes regulares.

Pelas palavras *rendas, lucros, juros* designam-se propriamente as utilidades que não são produzidas pela propria cousa directamente, mas em virtude duma relação juridica de que

ella é objecto. Taes são as rendas dos predios urbanos, os juros dum capital.

No nosso codigo civil a palavra *fructos* é tomada, no capitulo em que tracta desta categoria juridica (parte II, liv. I, tit. IV, cap. I), na accepção generica, comprehendendo o producto de quaesquer bens. É assim que, dividindo os fructos em *naturaes, industriaes* e *civis* (art. 495.º), define *fructos naturaes* os que a cousa produz espontaneamente, *industriaes* os que produz mediante a industria do homem e *civis* as rendas ou interesses provenientes da mesma cousa (art. 495.º § 3.º).

Em geral, porém, a palavra *fructos* é tomada no seu sentido tradicional, e, sendo certo que ha uma tendencia accentuada para fazer corresponder a noção juridica de fructos á noção economica, considerando como fructos quaesquer utilidades que se adquiram por meio dum capital, essa noção terá necessariamente de se modificar em harmonia com as situações juridicas, pois que a determinação da pessoa a quem os fructos pertencem depende dessas situações. E, sob este ponto de vista, é importante a distincção entre fructos *separados* ou *colhidos* e *pendentes*, conforme estão destacados das plantas ou do solo que os produziu, ou formam parte delles *(fructus pendentes pars fundi sunt)*.

A distincção que no nosso codigo se faz entre fructos *naturaes* e *industriaes* apenas tem importancia historica.

136. *Universalidades de cousas e de direitos.* Para diversos effeitos juridicos, varias cousas singulares, simples ou compostas, podem ser consideradas como formando um conjuncto, uma *universalidade*, que seja, como tal, objecto de direito, formando assim um todo distincto de cada uma das cousas que o formam, de modo que esse todo subsiste, embora nessas cousas haja substituição, emquanto existir a universalidade.

As universalidades podem ser constituidas por um conjuncto natural de cousas, como um rebanho (art. 2225.º), e de direitos,

como a *herança*. Esta é o conjuncto de todos os direitos patrimoniaes tranmissiveis, sendo assim uma universalidade que se compõe de direitos reaes e de obrigações, e que o nosso codigo considera indivisivel (art. 2015.º). Tanto nas universalidades de cousas como de direitos ha, pelas relações, de caracter economico ou com um determinado fim, que se dão entre as cousas singulares, uma universalidade de facto, que se torna juridica sempre que a lei considera essa universalidade como um todo, que fica sendo, independentemente dos elementos que o constituam, objecto de direito. Donde resulta que a distincção entre *universalidades de direito* e *de facto* é pouco rigorosa, devendo talvez substituir-se pelas expressões *universalidade de direitos* e *universalidade de cousas*.

As cousas comprehendidas na universalidade não perdem a sua existencia como cousas singulares, e podem portanto ser objecto dum direito especial e diverso do que, como componentes dum todo, as regula.

137. *Cousas ou bens presentes e futuros.* No codigo faz-se distincção entre *bens presentes* e *futuros*. Assim, no artigo 1452.º define-se doação o contracto por que se transfere a outrem gratuitamente uma parte ou a totalidade dos *bens presentes*, e declara-se (art. 1453.º) que a doação não póde abranger *bens futuros*.

Nestes artigos, a expressão *bens presentes* significa as cousas que, ao tempo da doação, já pertencem ao patrimonio do doador; *bens futuros* aquellas que ainda não estão no seu patrimonio.

Em geral, porém, as palavras *cousas futuras* significam as que ainda não existem *in rerum naturae*, mas podem existir de futuro, e *presentes* as que já têem existencia real.

138. *Cousas publicas, communs e particulares; fundamento desta distincção.* O nosso legislador adoptou para base da classificação das cousas em *publicas, communs* e *particulares* não as pessoas a quem a sua propriedade pertence, como aliás o indica a epigraphe do titulo II, do livro I, da parte II, mas o diverso regimen a que as cousas apropriadas ficam sujeitas. Como é muito importante esta classificação, e, por outro lado, ha graves divergencias na nossa jurisprudencia sobre a propriedade das cousas publicas e communs, trataremos desta materia com algum desenvolvimento.

139. *Noção de cousas publicas.; a quem pertence a propriedade dellas.* Por *cousas publicas* intende-se aquellas cuja propriedade e administração pertencem ao Estado ou a corporações publicas e o seu goso directo a todos, quer nacionaes quer estrangeiros, que dellas podem utilizar-se com as restricções impostas por lei ou pelos regulamentos administrativos (art. 380.º) (1).

Que o nosso legislador attribuiu a propriedade das cousas publicas ao Estado ou ás corporações publicas vê-se: 1) das palavras *apropriadas ou produzidas pelo Estado e corporações publicas* empregadas neste artigo, pois não podem considerar-se cousas *nullius*, e a sua propriedade não póde attribuir-se ás pessoas que dellas directamente se utilizam, quando não se considerem representadas pelo Estado ou corporações publicas de que são membros, porque as cousas publicas são insusceptiveis de propriedade privada, emquanto conservarem essa natureza; 2) do facto de «pertencer nestas cousas ao Estado e ás corporações publicas o direito de exclusão e de defêsa, o direito de restituição e de indemnização, a faculdade de dispôrem dellas como proprias logo que percam a qualidade de publicas» (2), e a de se aproveitarem das utilidades que

(1) Veja-se sobre este artigo as *Actas*, pagg. 77, 176 e 499.

(2) *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XIII, pag. 146.

essas cousas produzem e não entram no uso publico. Notaremos ainda que o decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 attribue expressamente ao Estado o terreno das margens dos lagos, lagôas, canaes e correntes de agua navegaveis e fluctuaveis destinado aos serviços hydraulicos e da navegação ou fluctuação, o qual não póde deixar de considerar-se como uma cousa publica.

Sendo inalienaveis e imprescriptiveis ou excluidas do commercio, o Estado e as corporações publicas têem, relativamente ás cousas publicas, limitações ou restricções, que não são todavia incompativeis com o conceito de propriedade, sendo que a faculdade de gosar e de dispôr das cousas póde ser condicionada pelo fim a que as cousas são destinadas. Ora as cousas publicas não estão fóra do commercio por serem por sua propria natureza insusceptiveis de apropriação, mas em virtude de, por sua propria natureza ou destino, serem consagradas ao uso commum das gerações presentes e das futuras, de que constituem patrimonio, sendo este administrado pelo Estado ou por corporações publicas que sobre elle, como representantes dessas gerações, têem dominio. Achando-se apropriadas, é evidente este direito, cuja conservação e defêsa pertence ao Estado ou ás corporações publicas.

As cousas publicas estão portanto no dominio publico, no sentido de que todos os cidadãos podem directamente utilizar-se dellas, e não porque lhes pertença a propriedade.

É susceptivel de larga discussão a natureza da relação juridica entre o Estado e as cousas publicas, e designadamente se é uma relação de direito publico ou de direito privado. É assim que alguns jurisconsultos, fundando-se em que o destino das cousas publicas para o uso de todos é immanente, se dá na propria cousa, deriva do seu proprio conceito, consideram as cousas publicas como constituindo propriedade publica. Mas, quando a propriedade publica não corresponda ao uso publico, esses mesmos jurisconsultos concordam em que as cousas publicas ficam sendo objecto de propriedade privada, em que se

transforma a propriedade de direito publico, logo que cesse o uso publico. O que se nos afigura, porém, é que o regimeu das cousas publicas se póde explicar pelo conceito de propriedade privada e pelo destino ao uso publico que limita essa propriedade (1).

As cousas que o Estado e as corporações publicas apropriam ou produzem e que não podem ser directamente utilizadas pelos cidadãos constituem o seu *patrimonio* ou *bens patrimoniaes*. Como pessoas collectivas, não póde o Estado gosar desses bens nem as corporações publicas, mas os cidadãos; esse goso, porém, não lhes pertence *uti singuli*, mas *uti universi*, não é directo, mas indirecto. É assim que os bens patrimoniaes ou são destinados, como os quarteis, as fortalezas, os edificios das côrtes, dos ministerios, a um serviço publico, ou a satisfazer, pela sua troca por outros bens, necessidades publicas, como os edificios que o Estado dê de arrendamento ou destine ao exercicio de industrias que monopolize (2).

Do fim ou destino das cousas que o Estado e as corporações publicas apropriam ou produzem, deriva o considerarem-se como cousas do dominio publico ou patrimoniaes, ficando por esse facto sujeitas a diverso regimen juridico. É assim que as cousas patrimoniaes não são inalienaveis nem imprescriptiveis, e o Estado e as corporações publicas são, pelo que respeita á propriedade dessas cousas, considerados como particulares (artt. 382.º § unico e 516.º)

Sendo no uso publico directo que está o caracter essencial das

(1) Veja-se DUGUIT, *Manuel de droit public français*, I, *Droit constitutionnel*, 1907, pagg. 107-112.

(2) Algumas legislações estrangeiras consideram como pertencentes ao dominio publico os bens destinados a um serviço publico, e como patrimoniaes os que, pela troca com outros, são destinados a satisfazer os encargos do Estado. Veja-se MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. II, parte I, pagg. 3 e seg.

cousas publicas, vê-se que é com esse uso effectivo que uma cousa entra no dominio publico, e que sae deste logo que o uso cesse. Não basta, pois, a criação duma estrada e a expropriação que para esse fim se faça do terreno necessario, para que este deva considerar-se no dominio publico; este só começa quando a estrada estiver construida e seja aberta ao publico, e, logo que, pela mudança de directriz, seja abandonada, o terreno della ficará no patrimonio do Estado ou da corporação publica a quem ella pertencia, sendo, desde esse momento, susceptivel de prescripção.

O uso das cousas publicas está sujeito a restricções que o interesse collectivo imponha, no sentido de que todos possam aproveitar-se dellas convenientemente, sendo por meio de leis ou de regulamentos administrativos que se determina o regimen a que ficam sujeitas (art. 380.º).

Concluiremos estas idêas geraes acerca de cousas publicas, dizendo que, em nosso parecer, se comprehendem na expressão *corporações publicas,* de que se usa nos artigos 380.º e 381.º, não só os institutos publicos e os corpos administrativos, mas ainda as *corporações administrativas,* no sentido que a esta expressão se liga no codigo administrativo.

Podem estas corporações ter bens que sejam destinados ao uso directo e immediato de todos os individuos, como as igrejas e capellas, e ainda outros bens que, segundo a vontade da propria corporação ou pelos fins especiaes para que lhes foram doados ou deixados, tenham esse destino. Assim, dever-se-ha considerar cousa publica uma bibliotheca que seja deixada a uma misericordia com a condição de a ter aberta ao publico.

O que caracteriza as cousas publicas é o fim para que são destinadas; em harmonia com esse fim é que têem de ser incluidas nessa categoria, quer a sua administração pertença ao Estado e ás autarchias locaes, quer a outras pessoas collectivas que se proponham fins desinteressados. Essas pessoas têem a propriedade das cousas publicas e a sua administração

como representantes de collectividades a quem o uso dellas pertence (1).

O Estado e as autarchias locaes podem fazer concessões de bens que estejam no dominio publico, já limitando por essa fórma o uso directo desses bens, já confiando a determinadas emprêsas a sua administração, quando assim o reclamem interesses de ordem economica ou financeira. É assim que se têem constituido por meio de contractos de concessão companhias exploradouras de caminhos de ferro, de viação electrica, de pontes, etc., as quaes administram, em virtude desses contractos, cousas de que todos se podem aproveitar directamente nos termos dos respectivos regulamentos.

Não nos compete determinar a natureza desses contractos, que se denominam *contractos de direito publico,* deixando apenas aqui expressa a idêa de que as cousas do dominio publico tanto podem ser administradas directamente pelo Estado e corporações publicas, como por sociedades que, com fins lucrativos, se constituam, mediante previa concessão do Estado, para administrar cousas, que, pelo seu destino, estejam no dominio publico.

140. *Bens que têem o caracter de publicos.* A enumeração que o codigo faz de cousas publicas é exemplificativa e não taxativa. É assim que elle não se refere aos caminhos de ferro, tanto aos administrados pelo Estado como por companhias concessionarias, que todavia não podem deixar de considerar-se como pertencentes ao dominio publico, pois que todos delles se podem aproveitar directamente, não representando a taxa ou preço do transporte de pessoas ou de mercadorias um

(1) COELHO DA ROCHA considerava *estabelecimentos publicos* as igrejas, mosteiros, hospitaes, misericordias e irmandades. *Instituições,* vol. I, § 88.º. No mesmo sentido é essa expressão usada em alguns artigos do codigo (artt. 516.º, 906.º n.º 1.º).

verdadeiro aluguer, mas um onus imposto ao uso publico (decr. de 31 de dezembro de 1864, art. 1.º). Os templos destinados ao culto e que pertencem ao Estado ou a corporações administrativas, os cemiterios que não sejam privativos duma irmandade, tambem são cousas publicas.

Apresenta-nos o codigo civil tres categorias de cousas publicas:

1.ª As estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas publicas, municipaes ou parochiaes (art. 380.º n.º 1.º) (1). Tambem são publicas as pontes que, como a de Santarem, tenham sido construidas e sejam exploradas por uma emprêsa concessionaria;

2.ª As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, portos artificiaes, docas, fozes, rios, esteiros, e seus respectivos leitos, caes e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar de aguas vivas (cod. civ., art. 380.º n.º 2.º, e decr. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.º n.º 1.º).

A agua, considerada na sua totalidade e como tal *(aqua fluens)*, não é, do mesmo modo que o ar, susceptivel de apropriação. Recolhida ou separada do curso ou reservatorio, é cousa movel, que pertence ao primeiro occupante. Considerada no curso ou reservatorio é cousa immovel, e é do regimen juridico de aguas assim consideradas que aqui tractamos.

Pelo que respeita ao mar, admittido em direito internacional, como dominio maritimo dos Estados, o mar litoral ou o que banha as suas costas até ao alcance maximo da artilharia,

(1) Veja-se sobre a classificação das estradas as leis de 15 de julho de 1862, artigos 1.º-4.º, e de 6 de junho de 1864, artigo 1.º. O codigo administrativo fala de *caminhos parochiaes, caminhos vicinaes* e de *atravessadouros e serventias publicas* (artt. 52.º n.ºs 1.º e 9.º, e 176.º n.º 25.º), sendo necessario, para determinar se são publicos, attender ao destino desses caminhos, atravessadouros e serventias, alguns dos quaes, sendo gosados apenas pelos habitantes duma circumscripção, entram na categoria das cousas communs.

salvos os tractados ou leis especiaes em que se fixe, dum modo geral, ou para fins especiaes, outro limite, o direito interno considerou o leito do mar e os seus accessorios e partes substanciaes, portos com todas as suas obras, enseadas, bahias, docas, fozes, como pertencentes ao dominio publico, abandonando-se a tradição commum que considerava o leito do mar, do mesmo modo que este, uma cousa *nullius*, e que portanto era, logo que fosse abandonado pelas aguas, do primeiro occupante. Sendo considerado hoje do dominio publico, o leito do mar pertence, quando seja abandonado pelas aguas, ao Estado.

3.ª Os lagos, lagôas, canaes, vallas e correntes de agua navegaveis e fluctuaveis com seus respectivos leitos e margens, e as fontes publicas (cod. civ., art. 380.º n.º 3.º, e decr. cit., art. 1.º n.º 2.º).

Intende-se por *corrente navegavel* a que é ou vier a ser accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção ou dimensões; e por *corrente fluctuavel* aquella por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou a que de futuro fôr declarada tal pela auctoridade competente (cod. civ., art. 380.º § 1.º, e decr. cit., art. 1.º § 1.º). Quando o rio não fôr todo navegavel ou fluctuavel, mas só parte delle, a esta parte unicamente pertencerá a competente classificação (cod. civ., art. 380.º § 2.º, e decr. cit., art. 1.º § 2.º).

Intende-se por *leito* ou *álveo* a porção de superficie que a corrente cobre, sem trasbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto (cod. civ., art. 380.º § 3.º). Nos lagos, lagôas, rios, vallas, esteiros e mais correntes de agua, a margem, incluindo os comoros, motas, vallados e diques, consistirá em uma faxa de terreno adjacente, juncto á linha de agua, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hydraulicos, de policia ou accessorios da navegação e fluctuação. Nos navegaveis e fluctuaveis as margens terão geralmente de 3 a 30 metros, e excepcionalmente até 50 metros de

largura, a contar da linha que limita o leito ou alveo, conforme a importancia e necessidades da via fluctuavel ou navegavel. Este terreno, cuja superficie deverá conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietario do terreno, pertencerá ao Estado, e, quando não haja entrado legitimamente no dominio publico, serão indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade publica, os respectivos proprietarios, pela expropriação ou servidões impostas no referido terreno (decr. cit., art. 4.º §§ 2.º e 3.º) (1).

Nas lagôas e correntes de agua de menos consideração poderão ser supprimidas as margens, attendendo ao seu uso, antigos costumes e regimentos; não podem, porém, neste caso os respectivos proprietarios oppor-se ou obstar a que pelo seu terreno juncto á corrente de agua em solo enxuto passem os agentes administrativos das respectivas circumscripções, em execução do serviço publico a seu cargo (decr. cit., art. 4.º § 1.º).

141. *Noção de cousas communs.* As cousas communs distinguem-se das publicas em ser limitado o seu uso directo aos individuos comprehendidos numa certa circumscripção administrativa ou que façam parte duma certa corporação publica (art. 381.º). Essas cousas, do mesmo modo que as publicas, não estão individualmente apropriadas no sentido de que, attento o seu destino, ninguem póde usufruir exclusivamente as utilidades dessas cousas, e o legislador limitou-se no artigo citado a esta declaração, não determinando a que collectividade

(1) Pelo disposto no artigo 380.º § 4.º do codigo civil, as faces ou rampas, e os capellos dos comoros, vallados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou alveo da corrente, nem estão no dominio publico, se á data da publicação do codigo civil não houvessem entrado nesse dominio.

a sua propriedade pertence. Não ha, porém, duvida alguma de que essas cousas estão apropriadas (1) e que não podem considerar-se bens patrimoniaes das respectivas circumscripções administrativas ou corporações publicas, porque são utilizadas directamente e não indirectamente, pela sua applicação a um serviço publico ou por troca.

Sendo diversos os usos que uma cousa póde ter, succede que uma cousa commum sob certos aspectos é, sob outros, publica. É assim que o direito de pescar nas aguas communs não pertence só aos individuos que residam numa determinada circumscripção administrativa, mas a todos, e que só os vizinhos do respectivo municipio ou paroehia podem occupar as substancias vegetaes produzidas nessas aguas, salvo havendo permissão da camara municipal ou antigo uso e costume em contrario (artt. 395.º e 469.º).

142. *Enumeração das cousas communs.* A enumeração das cousas communs é, como a das publicas, exemplificativa, considerando o codigo como taes:

1) Os terrenos baldios municipaes ou parochiaes (art. 381.º n.º 1.º).

Os terrenos baldios ou maninhos que, achando-se ordinariamente incultos, por antigos usos e costumes, que se prendem na antiga organização da propriedade territorial, só podem ser aproveitados pelos vizinhos dos logares onde forem situados e que os tenham possuido, consideram-se, conforme esses vizinhos sejam da parochia ou do municipio, municipaes ou parochiaes, pertencendo a sua propriedade ao municipio ou á parochia (2). As duvidas que havia em se determinar o que se

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XIII, pag. 161.

(2) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XIII, pagg. 161 e 177.

intendia por *vizinhos* pará este effeito foram resolvidas pelo codigo administrativo de 1896, que considerou com direito á divisão dos baldios por aforamento todos os chefes de familia que ha mais dum anno sejam compartes na fruição delles, segundo os usos e costumes estabelecidos (art. 429.º § 1.º), declarando-se nas instrucções de 7 de julho de 1900 que só têem direito a quinhão na partilha dos baldios quem seja *sui juris*, constitua familia, fogo ou casa propria, vivendo sem dependencia (1).

Os baldios, como cousas communs, estão fóra do commercio, mas entram neste, passando á categoria de cousas patrimoniaes ou particulares, desde que deixem legitimamente de ser logradouro commum dos vizinhos do logar.

Notaremos ainda que os baldios municipaes e os parochiaes podem ser alienados, já por meio de divisão pelos moradores, já por meio de aforamento em hasta publica, é segundo as leis da desamortização, continuando a vigorar a este respeito, emquanto não houver o inventario dos baldios a que o governo deve mandar proceder nos termos do artigo 429.º § 1.º do codigo administrativo, as disposições anteriores a este codigo, e designadamente a lei de 28 de agosto de 1869, a lei de 26 de julho de 1850, as instrucções approvadas por decreto de 25 de novembro de 1869 e o alvará de 27 de novembro de 1804 (2).

(1) Veja-se a resolução do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de fevereiro de 1901, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIX, pag. 532.

(2) Veja-se a portaria de 22 de setembro de 1900 e a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVI, pag. 311 e vol. XXXVII, pag. 524.

No regulamento de 24 de dezembro de 1905, para a execução do regimen florestal estabelecido por decreto de 24 de dezembro de 1901, declara-se (art. 223.º) que, emquanto não tenha sido reconhecido por arrolamento se qualquer matta ou terreno de corpo ou corporação administrativa tem de ser sujeita ao regimen florestal, o respectivo corpo ou corporação não poderá alienar, aforar ou arrendar a longo prazo o mesmo terreno ou matta nem realizar córtes no respectivo arvoredo sem auctorização do ministerio das obras publicas, commercio e industria pela direcção geral da agricultura, considerando-se nullos, em harmonia com o disposto no n.º 5.º do artigo 31.º do codigo administrativo, os actos realizados em contravenção dessa disposição.

Esta disposição não tem, porém, que ser acatada, pois o governo não póde, em disposições de caracter regulamentar, limitar o direito de propriedade. Veja-se a *Revista* cit., vol. XXXVIII, pag. 381

Se os baldios ou maninhos forem cultivados e estiverem na posse exclusiva, por actos que não possam considerar-se facultativos, de algum individuo, parece que deviam perder essa qualidade, não podendo ser reivindicados, se houver decorrido o tempo de posse necessario para a prescripção. A qualidade das cousas que estão fóra do commercio por disposição da lei depende não só do destino dos bens, mas do seu uso effectivo em harmonia com esse destino, e, logo que o uso commum cesse, os baldios deixam de ser logradouro commum, ficando sujeitos ao regimen ordinario da propriedade. A *Revista* cit. segue esta doutrina no vol. XIII, pag 400. Da lei de 26 de julho de 1850, artigo 11.º, parece, porém, deprehender-se o contrario, e no accordão da Relação do Porto de 19 de dezembro de 1872, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XVIII, pag. 123, seguiu-se por maioria doutrina contraria, sem se citar aquella lei.

2) Os canaes, vallas e correntes (1) de agua não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de agua publica ou commum, os lagos, lagôas ou pantanos sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, ou circumdados por differentes predios particulares, ou por terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes; e os reservatorios, fontes e poços construidos á custa dos concelhos ou parochias (art. 381.º n.º 2.º, e decr.

(1) Para os effeitos legaes, as aguas assumem o caracter de *corrente* apenas saem do predio onde nascem, abandonadas pelo proprietario ao seu decurso natural. Emquanto não saem do predio onde nascem, constituem uma *nascente*. Veja-se o DR. ASSIS TEIXEIRA, *Das correntes não navegaveis nem fluctuaveis segundo o direito civil moderno*, pag. 87; e *Das fontes e nascentes*, pag. 22.

cit., de 1 de dezembro de 1892, art. 2.º). Em relação, porém, ao uso da agua para beber estes reservatorios, fontes e poços são publicos (1).

A corrente navegavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á navegação, passará á categoria de corrente fluctuavel; e a corrente fluctuavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação, ficará incluida na categoria das correntes de uso commum, sendo estas disposições applicaveis aos lagos naturaes de agua doce (cod. civ., art. 381.º, §§ 1.º, 2.º e 7.º) (2).

Relativamente aos leitos ou alveos das correntes de uso commum, consideram-se, mas incoherentemente, visto formarem um todo com a corrente, publicos, communs ou particulares, conforme a categoria a que pertencer o terreno que atravessarem (3). Assim, o leito ou alveo da corrente de uso commum, que atravessa um predio particular, ou nelle se ajuncta

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XIII, pag. 162, nota 1, e o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguêz annotado*, tomo I, 2.ª edição, pag. 312.

(2) Foi em virtude do disposto nestes §§ que no decreto de 1 de dezembro de 1892 se preceituou que a classificação e demarcação das bacias hydrographicas, a que deve proceder-se em harmonia com o disposto nos artigos 7.º-9.º do referido decreto, fosse revista de cinco em cinco annos (decr. cit., árt. 12.º e relatorio que o precede). Feita a classificação dos differentes lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes de agua, é por ella que tem de determinar-se a sua natureza, e, emquanto se não fizer, terão a mesma classificação de que gosavam á data da publicação do decreto. Por iniciativa do governo ou dos directores das circumscripções hydraulicas podem fazer-se classificações e demarcações parciaes (decr. cit., artt. 9.º § 2.º e 10.º-12.º). O decreto de 24 de setembro de 1898, que remodelou os serviços hydraulicos, extinguiu as direcções dus circumscripções hydraulicas, passando as suas attribuições para as direcções das obras publicas e mantendo-se alguns serviços hydraulicos.

(3) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVI, pag. 321.

ou nasce, fórma parte integrante do dicto predio (art. 384.º § 3.º). A propriedade do leito ou alveo de qualquer corrente de uso commum, que passa entre dous ou mais predios, é attribuida a estes, pertencendo a cada um o tracto do leito ou alveo, comprehendido entre a linha marginal e a linha media do dicto leito ou alveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas, caindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha media (art. 381.º §§ 4.º e 5.º).

Os tractos dos leitos ou alveos das correntes ou lagos de uso commum, que são considerados partes integrantes dos predios marginaes, ficam sujeitos a todas as limitações e servidões expressas no codigo civil e ás que lhes imposerem os regulamentos de policia geral, para a conservação, desobstrucção e limpeza dos mesmos leitos ou alveos (art. 381.º §§ 4.º e 6.º) (1).

As disposições relativas ao leito ou alveo das correntes e as que respeitam á sua classificação de navegaveis e de fluctuaveis são applicaveis aos lagos naturaes de agua doce, quando sejam compativeis com a natureza das suas aguas (art. 381.º § 7.º).

143. *Cousas particulares.* São particulares as cousas cuja

(1) Para os serviços hydraulicos e de policia, haverá nos lagos e correntes de uso commum uma margem fixa de terreno juncto á linha d'agua, que se conserva ordinariamente enxuta, a qual terá dum a tres metros de largura a contar dessa linha, conforme a importancia e uso da corrente, podendo até deixar de existir, em virtude desse uso e dos antigos costumes e regimentos. Nestes casos, porém, os proprietarios não podem oppôr-se a que pelo seu terreno juncto á corrente passem, em solo enxuto, os agentes administrativos ou dos serviços hydraulicos, em execução do serviço publico a seu cargo. A superficie do terreno constitutivo da margem nunca póde ser cultivado pelo proprietario, mas fica-lhe pertencendo, sendo elle indemnizado de servidão imposta (decreto de 1 de dezembro de 1892, artigo 4.º, n.º 2.º e §§ 2.º e 5.º).

propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas e de que ninguem póde tirar proveito senão essas pessoas ou outras com o seu consentimento (art. 382.º).

Os bens patrimoniaes do Estado, do municipio e da parochia estão sujeitos, salvas as normas especiaes relativas á sua alienação e administração, ao regimen do direito commum, sendo considerados como propriedade particular (art. 382.º § unico). Esses bens estão no commercio, sendo susceptiveis de alienação e de prescripção.

Todas as cousas são particulares, á excepção das publicas ou communs, das que não sejam por sua propria natureza susceptiveis de apropriação, e das que, sendo-o, nunca foram apropriadas, ou, tendo-o sido, foram abandonadas. Não tinha, pois, o legislador que enumerar as cousas particulares.

No decreto de 1 de dezembro de 1892 declara-se, porém, quaes são as aguas particulares, considerando-se taes as que nascem num predio particular e por elle correm em quanto não ultrapassem os limites do mesmo predio; e as que, ultrapassando esses limites e correndo por predios particulares, são consumidas antes de se lançarem em outra corrente publica ou commum. Desde que se lancem numa corrente desta natureza, deixarão de ser particulares apenas ultrapassem os limites do predio onde nascem. São tambem particulares os lagos ou lagôas situados em um só predio particular e por elle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum (decr. cit., art. 3.º e § unico).

Na denominação de *predio particular* entram não só as propriedades pertencentes a particulares, mas ainda as que pertençam ao Estado e ás corporações publicas e que tenham o caracter de patrimoniaes. É esse o motivo por que no referido decreto, definindo-se os lagos de uso commum, se declara que são assim considerados os que forem circumdados por terrenos incultos do Estado, do municipio ou da parochia (1), excluindo-se portanto os que sejam circumdados por terrenos cultivados do Estado, do municipio ou da parochia, os quaes, quer estejam arrendados, quer sejam cultivados sob á administração do proprio Estado ou corpos administrativos, não estão no dominio publico ou commum, isto é, não podem ser directamente aproveitados por todos, nem pelos habitantes duma determinada circumscripção.

(1) No decreto fala-se em *terrenos publicos*, *municipaes* ou *parochiaes*, donde se vê que a palavra *publicos* significa que esses bens pertencem ao Estado, e nem outro sentido se lhe podia dar, pois que, sendo publico o terreno, publico é tambem o lago.

CAPITULO III

DOS FACTOS JURIDICOS

SECÇÃO I

IDÊAS GERAES

§ 31 — *Noção de facto juridico; suas especies*

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, obr. cit.*, vol. I, parte I, pag. 253; DERNBURG, *Pandette,* trad. cit., vol. I,parte I, pag. 230; CHIRONI e ABELLO, *Trattato,* tomo I, pag. 351; MAZZONI, *Istituzioni,* tomo II, pag. 216; HENRI CAPITANT, *Introduction á l'étude du droit civil,* pag. 205; VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto,* pag. 153; MELUCCI, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile,* pag. 291.

144. *Noção de adquisição, modificação e extincção de direitos.* Quando se diz que um direito se adquire, modifica ou extingue, quer-se significar um facto pelo qual e em virtude da ordem juridica se deu vida ao direito, estabelecendo-se uma situação concreta relativa á existencia ou não existencia dum direito subjectivo, ou ao seu diverso modo de ser. Os factos pelos quaes se estabelecem estas situações, convertendo-se assim em relações da vida social os poderes abstractamente determinados na lei, são chamados, attenta a sua efficacia, *juridicos,* representando esses factos o momento ou estado de facto que faz nascer, supprimir ou modificar um direito subjectivo.

O direito subjectivo nasce no momento em que começa a existir em relação a uma pessoa, que fica sendo o sujeito delle, quer esse direito não tivesse anteriormente existencia objectiva, quer já tivesse esta existencia, havendo apenas mudança ou substituição do seu titular. A expressão *adquisição de direito* comprehende tanto o caso em que o direito tem existencia objectiva anterior como aquelle em que a não tem, significando o facto de o direito ficar pertencendo a uma determinada pessoa, embora rigorosamente se devesse dizer que o direito *nasce*, quando se constitue tanto objectiva como subjectivamente.

A *extincção* ou *perda* dum direito tambem tanto se póde dar dum modo objectivo como subjectivo, deixando o direito de ter existencia de per si, ou deixando apenas de existir em relação á pessoa que delle era sujeito, pela transferencia para outra. Propriamente, ha no primeiro caso a *extincção* e no segundo a *perda* do direito.

Um direito *modifica-se*, quando se dá qualquer alteração no seu conteúdo ou em relação ao seu elemento subjectivo, de modo que a substancia do direito fique sendo a mesma e se possa assim tornar effectivo em relação aos elementos que não soffram modificação. A modificação no conteúdo do direito póde ser quantitativa ou qualitativa, dando-se a modificação quantitativa quando o objecto da relação juridica tem augmento ou diminuição, como no caso de se formarem nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis mouchões e aterros, os quaes ficarão pertencendo aos proprietarios marginaes (art. 2295.º), ou no de ser paga parte dum credito, e dando-se a modificação qualitativa quando o objecto da relação juridica é substituido por outro de natureza diversa, como se houver um incendio num predio hypothecado e este se achar no seguro, caso em que o credor hypothecario tem o direito de se pagar pelo valor do seguro, que de direito se substitue ao predio.

A modificação subjectiva do direito dá-se sempre que, mantendo o sujeito do direito essa qualidade, a um sujeito singular se substitue uma pluralidade, ou vice-versa (1).

A modificação do direito póde dar-se ainda em relação á sua efficacia, havendo circumstancias em virtude das quaes como que se paraliza a acção do direito, que readquire a sua efficacia normal, logo que essas circumstancias cessem. É o que se dá no caso da confusão de direitos, que, desapparecendo, faz reviver o direito no seu estado anterior (art. 801.º).

145. *Adquisição originaria e derivada, alienação e successão.* Quando se adquire um direito que não tinha anteriormente existencia objectiva, ou que, se a tinha, não foi transmittido pelo seu titular, a adquisição chama-se *originaria*. Quando a adquisição do direito se effeitua por meio de successão, isto é, quando a adquisição se dá em relação a um direito já existente e que é transmittido pelo seu titular, diz-se *derivada*. A esta adquisição pertence a dum direito que, embora anteriormente não tivesse existencia autonoma, foi desmembrado dum direito doutra categoria, como no caso de o proprietario dum predio rustico constituir nesse predio uma servidão de aqueducto em proveito doutro predio. A adquisição derivada pela qual se dá existencia objectiva a um direito, que anteriormente se comprehendia noutro direito, chama-se *constitutiva;* aquella por que o direito se transmitte com o mesmo conteúdo que tinha chama-se *translativa*.

Na adquisição originaria o direito entra no patrimonio do individuo por facto proprio, independentemante da vontade doutrem: occupação, posse e prescripção, trabalho. Na adqui-

(1) Alguns jurisconsultos tambem consideram modificação do direito a mudança do sujeito, como no caso de na mesma obrigação se substituir o credor. Neste caso não ha, porém, uma modificação no direito, mas uma successão no direito, o qual se extingue para o antigo credor. Veja-se WINDSCHEID, *obr.* e vol. cit., pagg. 254 e 255.

sição derivada ou se dá o concurso da pessoa que adquire o direito e da pessoa a quem elle pertencia, ou um facto realizado só por esta, ou uma contingencia prevista pela lei.

Na adquisição derivada translativa o direito é, pelo que respeita ao seu conteúdo, o mesmo, dando-se apenas substituição no sujeito do direito, e não podendo portanto o direito adquirido ser mais amplo ou mais restricto que o transmittido; e tanto na adquisição translativa como na constitutiva domina o principio: *nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet.*

A perda do direito correspondente á adquisição derivada dá-se apenas para a pessoa que o transmitte, chamando-se em sentido proprio *alienação.* No conceito de *alienação,* tomando-se esta palavra no sentido lato, entra tambem a *renuncia,* pela qual se póde perder um direito que por esse facto se extingue objectivamente ou deixa de ter existencia autonoma, como no caso de o credor perdoar a divida ou renunciar á hypotheca e de o proprietario do predio dominante renunciar a uma servidão, ou deixar de adquirir um direito, como a renuncia duma herança, ou abandonar materialmente uma cousa, com a intenção de deixar de ter quaesquer direitos sobre ella.

Ao facto da transmissão dum direito do patrimonio duma pessoa para o de outra dá-se o nome de *successão,* a qual é a titulo *universal,* se se verifica a transmissão de todo o patrimonio ou de uma quota parte delle sem determinação de valor ou de objecto, e a titulo *singular* ou *particular,* quando só se opéra a transmissão duma cousa determinada. A pessoa que transmitte o direito chama-se *auctor,* a pessoa para quem se transmitte *representante* e, na transmissão por morte, sendo a titulo universal *herdeiro* e a titulo particular *legatario* (art. 1736.º).

146. *Effeitos dos factos juridicos; quando se produzem.* Quando se verificam todas as circumstancias que pelo direito objectivo se exigem para a adquisição, modificação ou extincção dum determinado direito, estabelece-se uma relação juridica. E, como esta resulta dos factos, como é da existencia destes que se tem de deduzir praticamente a existencia dos direitos, qualquer controversia juridica tem de recair, em primeiro logar, sobre a existencia dos factos productores do direito, verificando-se em seguida o modo por que este se acha abstractamente definido na lei.

Provindo a efficacia dos factos juridicos directamente da lei, esta não determina nem póde determinar arbitrariamente esses effeitos. sendo das necessidades da coexistencia social, em que se funda a ordem juridica, que elles primeiramente derivam, pois que o direito apenas deve reconhecer as forças immanentes creadoras do direito que se desenvolvem e manifestam na vida social.

Em geral, logo que se realizem os factos de que a ordem juridica faz depender determinados effeitos, como o matrimonio, a troca, o arrendamento, esses effeitos produzem-se immediatamente. Casos ha, porém, em que a efficacia do acto juridico fica dependente de condição, produzindo os seus effeitos quando se verifique um determinado facto, e outros em que a efficacia do facto juridico se retrotrahe, começando a produzir effeitos antes de se haverem verificado todas as circumstancias de que depende a constituição duma determinada categoria juridica. É assim que, se num testamento fôr deixada uma herança a um nascituro, essa herança fica dependente da condição de que o herdeiro nasça com vida, sendo neste momento que o testamento produz todos os seus effeitos. Verificado, porém, o nascimento, os effeitos do facto juridico retrotrahem-se, e, antes de se realizar o nascimento, a herança condicional produz já certos effeitos, sendo estabelecidas na lei providencias conservatorias (art. 1824.º).

Para se determinar o momento em que os effeitos dum facto juridico se produzem, é necessario verificar se se tracta

dum facto creador de direitos ou que produza uma determinada relação juridica, ou dum facto que apenas venha confirmar ou declarar uma relação juridica já constituida. É dos factos geradores do direito, ou que representam condições da sua existencia, que se deduzem os effeitos dos actos juridicos.

147. *Especies de factos juridicos.* Entre as diversas classificações que se tem feito de factos juridicos, exporemos aqui as que, tendo em attenção o modo por que se produz a constituição do direito, divide os factos juridicos em: *a*) acções ou factos das pessoas; *b*) factos ou contingencias previstas na lei.

Comprehender-se-ha o alcance desta distincção, attendendo-se a que ha factos juridicos por que se manifesta a autonomia da vontade, constituindo-se o homem em relações juridicas, tornando-se sujeito de direitos ou de obrigações, porque assim o quis, e factos juridicos que se produzem dum modo necessario, sem que o homem haja contribuido sequer para determinar a sua existencia ou para os modificar.

Os effeitos que derivam desta ultima categoria de factos juridicos assentam fundamentalmente nas necessidades da vida social, ficando as pessoas, só pelo facto de se acharem em determinadas situações de facto, sujeitas a uma determinada situação juridica. É assim que um individuo, só pelo facto de haver nascido em territorio português, fica cidadão português e sujeito a todas as obrigações que desse estado derivam; que, pelo facto da procreação no matrimonio, se estabelece a filiação legitima; que das relações de vizinhança entre proprietarios derivam direitos e obrigações.

Relações juridicas ha que, dependendo da vontade pelo que respeita á sua constituição, representam, uma vez formadas, um conjuncto de direitos e obrigações independentes em grande parte da vontade. E o que succede no matrimonio, em que o estado de casado, representando um acto de vontade na sua

constituição, se torna, pelo que respeita á sua subsistencia, e em harmonia com as exigencias da vida social, independente della.

As acções humanas por que se podem constituir relações juridicas podem ser *licitas* e *illicitas*, conforme ha nellas a manifestação directa da vontade, para, em harmonia com a disposição da lei, adquirir, modificar ou extinguir um direito, ou representam a violação ou lesão dum direito, constituindo assim o seu auctor na obrigação de reparar o damno causado.

Ao primeiro grupo de acções dá-se a denominação de *actos juridicos propriamente dictos*, de *factos licitos* ou de *negocios juridicos*, e ao segundo grupo a de *factos illicitos*.

A distincção entre estas duas categorias de factos juridicos é importantissima, motivo por que expomos em secções proprias a doutrina relativa a cada uma dellas.

Quanto aos factos ou contingencias previstas na lei, são de ordem tão multiplice e variada que não se póde expor acerca delles uma theoria geral.

Pela influencia que o tempo tem em relação aos factos juridicos, constituindo não só o decurso do tempo, em determinadas condições, um facto juridico, mas tendo uma connexão intima com os outros factos juridicos, exporemos, antes de tractarmos do negocio juridico e do facto illicito, algumas considerações acerca do valor juridico do tempo.

§ 32 — *Do tempo em relação aos factos juridicos*

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, tomo II, nota ao artigo 562.º; WINDSCHEID, *obr.* e tomo cit, pagg. 411 e 1055; CHIRONI e ADELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 365; DERNBURG, *obr.* e tomo cit., pag. 258; PUGLIESE, *Trattato della prescrizione adquisitiva nel diritto civile italiano*, introd; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 609.

148. *Influencia do tempo sobre as relações juridicas.* Os direitos subjectivos soffrem a influencia do tempo, que actua

sobre a sua adquisição, modificação ou extincção. Se é certo que o simples decurso do tempo não é sufficiente para constituir relações juridicas, estas desenvolvem-se no tempo, são por elle limitadas, e o simples decurso do tempo é por vezes sufficiente para extinguir a sua efficacia: *quamquam nihil ex tempore fit, tamen nihil nisi in tempore fit.*

As tentativas até hoje feitas para reduzir a categorias determinadas e precisas os modos por que o tempo exerce a sua influencia nos direitos subjectivos não têem resistido á critica. Sem intuito de classificar as diversas fórmas por que o tempo se manifesta nas relações juridicas, indical-as-hemos genericamente.

Ha direitos temporarios, em que o tempo serve de medida dos effeitos do facto juridico productor desses direitos, como no usufructo vitalicio ou por tempo determinado, no arrendamento e no commodato; ha direitos ou faculdades que só podem ser exercidos dentro de certos prazos, sendo nesse caso o tempo a medida da duração da possibilidade do exercicio dos direitos, por meio do qual se podem constituir determinadas situações juridicas ou annullar as que se achem constituidas, como são os prazos fixados nos artigos 107.º-109.º, 353.º, 688.º-690.º; ha situações de facto em que, pelo decurso dum determinado periodo de tempo, se estabelece a presumpção de que cessa um direito e se constituem determinadas relações juridicas, como succede em relação á ausencia; ha situações subjectivas que, pelo facto de não haverem sido exercidos durante o tempo fixado na lei os respectivos poderes ou faculdades, se extinguem, já em virtude de se haver tornado inefficaz o direito, como succede com a prescripção extinctiva ou dum direito de credito, já por se haver constituido outra situação subjectiva, em que o mesmo direito fica pertencendo a outra pessoa, destruindo-se assim a anterior situação juridica, como se dá na prescripção dos direitos reaes ou adquisitiva; o tempo constitue uma causa de modificação da capacidade civil.

A diversa funcção que o tempo exerce sobre a vida das relações juridicas em harmonia com a natureza destas, só póde ser devidamente determinada no estudo de cada uma dessas relações. Notaremos, porém, desde já que no nosso codigo civil se usa do termo *prescrever*, tanto em relação aos direitos que só podem ser exercidos durante um prazo determinado, cessando, logo que expire esse prazo, a possibilidade de se constituirem determinadas relações juridicas ou de se annullarem as que apparentemente se achem constituidas em harmonia com as normas juridicas, como em relação aos direitos já adquiridos e que, em virtude do seu não exercicio, deixem de ter efficacia. Apesar do uso dessa linguagem, julgamos que a efficacia do tempo não é a mesma.

149. *Determinação, divisão e contagem do tempo.* Os momentos ou periodos de tempo podem ser designados em relação ao calendario, indicando-se o ponto delle que marca o momento ou o decurso do periodo de tempo, como se para o pagamento duma divida se fixar o dia 25 de março ou se declarar que o arrendamento é feito por um anno. Nos exemplos dados, intende-se que o pagamento se póde fazer em qualquer momento daquelle dia e que o arrendamento dura até que expire o ultimo momento do ultimo dia do anno, salvo se outra fôr a intenção das partes.

A fixação do mesmo tempo póde fazer-se tambem em relação a um determinado periodo de tempo, indicando-se o momento em que esse periodo começa, como se fôr sacada uma letra a tres mêses da data.

A determinação do tempo é feita pela lei, por vontade dos contractantes ou disponentes e pelo costume. Quando é feita pela lei e baseada em considerações de interesse geral e não para supprir a falta de manifestação da vontade das partes, não póde ser derogada por estas.

A divisão do tempo faz-se ordinariamente por annos, mêses

e dias, achando-se tambem fixados na lei, em casos especiaes, a hora, a semana, o semestre, a estação.

Os annos contam-se pelo calendario gregoriano (art. 560.º § 1.º, cod. de proc. civil, art. 68.º § 5.º, cod. comm , art. 311.º).

Os mêses, quando o periodo não conste de um ou mais annos, ou de semestres, são em geral de trinta dias (art. 560.º § 2.º; cod. de proc. civil, art. 68.º § 5.º; cod. comm.. art. 311.º; os dias são de vinte e quatro horas e começam a contar-se da primeira hora depois da meia noite (art. 562.º e cod. comm., art. 311.º).

Quando o tempo é fixado em relação a um determinado periodo, indicando-se o momento em que elle começa, pelos dias de que esse periodo consta não se devem intender lapsos de tempo de vinte e quatro horas, dias moveis, em que o momento inicial seja aquelle em que se verifica o facto a contar do qual começa o periodo, de fórma que o prazo termine no momento correspondente do ultimo dia do prazo, mas lapsos de tempo que vão da meia noite a outra meia noute. Foi esta a norma que no direito romano disciplinou os termos solemnes e que foi seguida pela nossa legislação, fundando-se na impossibilidade de verificar, na maioria dos casos, o momento preciso em que se realiza um determinado facto. Como não existe, porém, no direito civil uma disposição geral em virtude da qual devam contar-se assim os dias, quando conste dum modo authentico a hora em que o facto se dá, como nos nascimentos e nos obitos, intendemos que os dias são moveis. Tractando-se de actos que devam effeituar-se em repartições publicas, os dias têem menor duração, terminando o dia em que o acto se realiza no momento em que a respectiva repartição se feche para esse effeito.

Contando-se os dias de meia noute a meia noute, é necessario determinar se entra no prazo o dia em que se verifica o facto a contar do qual começa o periodo de tempo, ou em que tem logar o momento inicial do tempo, ou se esse dia

é excluido do prazo, devendo este ter o seu inicio no dia seguinte.

É obvio que, incluindo-se no prazo o dia em que se realiza o momento inicial, o computo civil será maior que o natural, sempre que esse momento não tenha logar na primeira hora depois da meia noute. Daqui resulta não se incluir no prazo o dia em que tem logar o momento inicial — *dies a quo non computatur in termino*.

Esta regra, que já se achava formulada nas Ordenações (liv. III, tit. XIII), que foi reproduzida na lei de 16 de junho de 1855 (art. 30.º), que a applicava a todos os termos judiciaes, acha-se consignada no codigo do processo civil (art. 68.º § 3.º) e no codigo commercial (art. 311.º § unico), e deve ser observada sempre que da propria disposição da lei ou da manifestação da vontade das partes não resulte que o dia em que se dá o momento inicial do termo deve ser incluido neste. É assim que, em materia de prescripção, o codigo preceitua (art. 562.º) que o dia em que começa o correr a prescripção conta-se por inteiro, mas que deve ser completo o dia em que a prescripção finda.

Os prazos são continuos, contando-se os annos, mêses ou dias sem interrupção, mas quando o ultimo dia fôr feriado ou sanctificado, ou esteja comprehendido em ferias e o acto de que se tracta não possa, por sua natureza, praticar-se nesse dia, o prazo só terminará no primeiro dia util (cod. de proc. civil, art. 68.º § 4.º). É assim que, sendo feriado o ultimo dia da prescripção, esta só se considera finda no primeiro dia seguinte não feriado (art. 563.º) (1).

(1) São feriados os dias de entrudo e a quarta feira de Cinza, os dias de grande gala, e os que forem declarados feriados por decreto especial (cod. de proc. civil, art. 66.º § 1.º). São de ferias os dias que decorrem desde domingo de Ramos até domingo de Paschoela, desde a vespera de Natal até dia de Reis, e o mês de setembro (cod. de proc. civil, art. 66.º § 2.º).

Ha casos, porém, em que não se incluem nos termos fixados por lei todos os dias, não se contando aquelles em que a pessoa interessada não póde, por incapacidade, realizar os actos a que o termo respeita, ou em que se verificam outras circumstancias que tornam impossivel ou perigosa a realização desses actos. É assim que o prazo da prescripção não corre contra os menores, quando estes não tenham quem os represente; que a prescripção não corre entre casados. As disposições em que se determina a suspensão dos prazos são de caracter excepcional.

SECÇÃO II

DOS ACTOS JURIDICOS PROPRIAMENTE DICTOS

§ 33 — *Noção, requisitos e especies do acto juridico*

WINI SCHEID, *obr. cit.*, vol. I, parte I, pagg. 264 e 869; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 369; DERNBURG, *Pandette*, vol. I, parte I, pag. 268; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, tomo II, pag. 249; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 94.º; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 291; LÉON DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte jurisdictionnel*, na *Revue du droit public*, tomo XXIII, pag. 413.

150. *Noção de acto juridico.* Sob a designação de *actos juridicos propriamente dictos* comprehendemos todos aquelles factos em que ha a declaração ou manifestação directa da vontade para a constituição de relações da vida social ou situações subjectivas, disciplinadas e garantidas pelo direito. Nesta expressão generica entram tanto os negocios da vida diaria, como são os contractos de compra e venda, de troca, de arrendamento, de aluguer, a apropriação duma cousa pela occupação,

o abandono duma cousa, como a feitura dum testamento, a perfilhação, o casamento (1).

Apesar da grande diversidade dos actos juridicos, e de haver normas adequadas para cada uma das categorias em que elles se scindem, que lhes imprimem caracteristicas proprias, ha principios que são communs a todos elles, sendo portanto possivel formular uma theoria geral dos actos juridicos, em que especialmente tem de se estabelecer os principios fundamentaes respeitantes á capacidade para a realização desses actos, aos seus elementos constitutivos, aos casos em que póde ser annullada a sua efficacia, á theoria da representação e ás formalidades para que produzam effeito em relação a terceiros.

No nosso codigo civil não se encontram systematizadas as

(1) Os jurisconsultos allemães deram a designação de *negocio juridico* á declaração da vontade privada destinada a produzir effeitos juridicos ou a crear, modificar ou extinguir direitos subjectivos. A palavra *privada* tem por fim excluir do dominio dos negocios juridicos a declaração da vontade collectiva do Estado por meio da lei, decretos e regulamentos ou pela sentença do juiz. As palavras *constituição de relações da vida social ou situações subjectivas* são sufficientes para que taes declarações se não possam considerar negocios ou actos juridicos, pois que a lei não cria de per si uma situação subjectiva, tornando-se necessario um facto para a constituição desta, e, quando esse facto é a manifestação da vontade, temos o acto juridico. Pela sentença civil, verifica-se a existencia duma situação subjectiva pela applicação do direito objectivo, tutelando-se essa situação, não podendo portanto a sentença considerar-se acto juridico. (Veja-se Rocco, *La sentenza civile*, pagg. 30 e segg.).

Considerando-se o *negocio juridico* uma *declaração* da vontade destinada a produzir effeitos juridicos, não deviam rigorosamente haver-se como negocios juridicos aquelles em que, como na occupação e no abandono duma cousa, apenas ha um facto por que se revela ou manifesta a vontade. Até estes actos, porém, têem sido incluidos nos negocios juridicos, expressão que tem sido adoptada pela jurisprudencia franceza e italiana, e de que tambem usaremos, considerando-a synonima de actos juridicos propriamente dictos.

disposições geraes relativas aos actos juridicos propriamente dictos, sendo principalmente no titulo I do livro II da parte II que se acham exaradas as noções geraes sobre este importantissimo assumpto.

Representando esses actos uma manifestação da vontade para a adquisição, modificação ou extincção de direitos, sendo por meio delles que na vida do direito se affirma a autonomia da vontade, essa autonomia não representa o arbitrio, nem pelo que respeita á realização dos actos juridicos, nem aos effeitos destes. Na realização dos actos juridicos são as pessoas determinadas por um conjuncto de necessidades, de interesses da vida social, e os effeitos desses actos acham-se definidos nos respectivos institutos juridicos, sendo por força do direito objectivo que do negocio juridico derivam determinados effeitos.

Póde succeder que, ao realizar um acto juridico, o seu auctor não tenha em vista os effeitos que, segundo a ordem juridica, delle dimanam, não se estabelecendo assim uma relação immediata entre a vontade e as consequencias do acto juridico, que podem ser até diversas das que o agente quis. Existe, porém, sempre a intenção de se estabelecer uma relação de facto que seja garantida pelo direito.

Os actos juridicos tanto podem ser realizados por pessoas singulares como collectivas, sendo a vontade destas a dos seus representantes, dentro dos limites da sua competencia.

151. *Requisitos dos actos juridicos.* Nos actos juridicos ha os seguintes requisitos: *a*) capacidade dos interessados e, para os representantes das pessoas collectivas, competencia; *b*) vontade; *c*) manifestação dessa vontade; *d*) conteúdo ou objecto.

Conforme se verificam ou não todos estes requisitos, observando-se, em relação a qualquer delles, as disposições da lei, assim o acto juridico produz ou não os effeitos que, segundo o direito objectivo, delle derivam. Se ha falta de qualquer dos

requisitos que por lei sejam exigidos como condição essencial para a existencia do acto juridico, de modo que este apenas tenha existencia apparente, não produzindo effeito algum juridico, diz-se que esse acto é *inexistente* ou *absolutamente nullo*, e, se existem todos os requisitos essenciaes, *existente*; se faltam alguns requisitos que, não sendo essenciaes para a existencia do acto, são necessarios para que elle produza plena efficacia juridica, de fórma que, embora o acto constitua fundamento de relações juridicas, estas podem ser annulladas emquanto, por factos supervenientes, não adquirem a sua efficacia normal, diz-se que o acto juridico é *rescindivel* ou *relativamente nullo*.

Quando o acto juridico foi realizado em harmonia com todas as condições exigidas por lei, chama-se *valido* (1).

152. *Differentes especies de actos juridicos.* Os actos juridicos dividem-se em *unilateraes* e *bilateraes*, *gratuitos* e *onerosos*, *principaes* e *accessorios*, *entre vivos* e de *ultima vontade*.

A distincção dos actos juridicos em *unilateraes* e *bilateraes* consiste em que nos actos juridicos unilateraes a declaração da vontade é feita por uma só pessoa, ou ainda por mais do que uma pessoa, mas na mesma direcção, e nos bilateraes é feita pelo concurso de duas ou mais pessoas, em sentido opposto e de fórma que venham a encontrar-se. São actos juridicos unilateraes o abandono duma cousa, a renuncia a um direito, a apropriação duma cousa *nullius*, o testamento; são actos juridicos bilateraes o contracto de compra e venda,

(1) Cumpre notar que a terminologia do nosso codigo sobre a nullidade dos actos juridicos é muito defeituosa, confundindo-se a inexistencia com a simples nullidade ou rescindibilidade. A terminologia que adoptamos estabelece a verdadeira doutrina relativa á efficacia do acto juridico e della usaremos, dando, todavia, noticia das duvidas que sobre a natureza duma nullidade se possam levantar em face do codigo. Quando não haja duvidas, substituiremos as palavras da lei pelas que precisam o caracter da nullidade, sem novos esclarecimentos, pelos julgarmos desnecessarios.

a doação. Nestes contractos ha, por parte do vendedor ou doador, a vontade de transferir a propriedade duma cousa, e, por parte do comprador ou donatario, a vontade de a adquirir, sendo só no momento em que essas vontades se encontram que fica perfeito o acto juridico.

Os actos juridicos unilateraes ou produzem os seus effeitos para com todos ou só em relação a determinadas pessoas. Assim, pela apropriação duma cousa *nullius*, pela mudança de domicilio, constitue-se immediatamente uma relação juridica, não se tornando necessaria para esse effeito a declaração da vontade de outras pessoas; pelo testamento, pela revogação ou renuncia dum mandato, realiza-se um acto que, embora dependa só da declaração da vontade do agente, tem de produzir effeitos em relação a determinadas pessoas, e só os produz quando se realizam todas as condições que a lei exige para esse fim, entre as quaes póde tornar-se necessaria uma unilateral declaração da vontade por parte dessas pessoas. É assim que, embora a declaração da vontade feita pelo testador seja sufficiente para que o testamento tenha, como tal, plena efficacia juridica, se torna necessaria a acceitação por parte do herdeiro ou do legatario, que é uma declaração unilateral da vontade.

Os actos juridicos chamam-se *contractos, pactos* e *convenções*, e dividem-se tambem em *bilateraes* e *unilateraes*, mas tomando-se estas palavras em sentido diverso do que têem em relação aos actos juridicos em geral.

O contracto, no que respeita á declaração da vontade, é sempre um acto juridico bilateral, pois ha nelle o *accordo* por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação (art. 641.º). Pelo contracto podem, porém, ficar todos os outorgantes adstrictos a obrigações ou só algum delles, de fórma que se constituam reciprocamente credores e devedores, ou um delles fique sendo só devedor e o outro só credor. No contracto de compra e venda,

de sociedade, ha obrigações reciprocas para o comprador e para o vendedor, para todos os socios; no contracto de doação, de mutuo, de deposito, de mandato, ha obrigações apenas para o doador, para o mutuario, para o depositario, para o mandatario. Os primeiros chamam-se *unilateraes*, estes *bilateraes*.

Nos contractos unilateraes ha promessa e acceitação, nos bilateraes ha promessa e acceitação reciprocas (art. 642.º).

Os contractos, conforme delles resultam ou não para ambas as partes reciprocas vantagens economicas, chamam-se *gratuitos* e *onerosos*. No artigo citado, o nosso codigo confunde os contractos *unilateraes* com os *gratuitos* e os *bilateraes* com os *onerosos*, quando é certo que constituem categorias distinctas. Os contractos bilateraes são sempre onerosos, mas não podem considerar-se sempre gratuitos os contractos unilateraes.

É assim que o contracto de usura (art. 1636.º), sendo unilateral, pois que por elle só se constitue em obrigação quem recebe o dinheiro ou objecto fungivel, não é um contracto gratuito, porque o devedor não fica apenas obrigado ao pagamento do que recebeu, tendo de dar certa retribuição em dinheiro ou em cousas de outra especie.

Nem póde dizer-se que este contracto seja bilateral, pelo facto de o credor ceder o dinheiro ou outra cousa fungivel ao devedor, porque, emquanto não se verifica a entrega do dinheiro, não ha o contracto de usura, mas apenas uma promessa de tal contracto. Ora, sendo pela entrega do dinheiro que o contracto se considera existente, é evidente que o credor não fica constituido em obrigação alguma para com o devedor. Salva a retribuição a que o credor fica com direito no contracto de usura, as relações que se dão entre elle e o devedor são as mesmas que no contracto de mutuo (art. 1507.º), e nenhuma duvida ha de que este contracto é unilateral. Fazemos este confronto para que se veja que o facto de o credor não poder

exigir o dinheiro ou cousa fungivel antes de findo o prazo fixado não póde considerar-se como uma obrigação do credor que torne o contracto bilateral (artt. 1524.º e segg.), sendo apenas um direito do devedor, que deriva da propria natureza do contracto.

O contracto tanto se considera oneroso, quando são as proprias partes que reciprocamente auferem vantagens, como quando estas se dão em beneficio não duma das partes mas de terceiros, porque neste caso existe uma obrigação de que se dispõe antecipadamente em beneficio doutrem.

Os contractos bilateraes e onerosos podem ser *commutativos* ou *aleatorios,* conforme haja equivalencia entre as vantagens e sacrificios resultantes do contracto, fixando-se no proprio momento em que se realiza o contracto as prestações reciprocas dum modo certo, determinado, ou não existe ou póde deixar de existir essa equivalencia, ficando dependente dum facto incerto a prestação devida por uma das partes ou por ambas reciprocamente. Neste caso, é o acontecimento incerto que vem determinar as vantagens ou sacrificios de cada um dos contractantes, sendo a incerteza a esse respeito existente no momento em que se realiza o contracto que faz com que este se deve considerar oneroso, pois que ha para ambas as partes a possibilidade de uma prestação futura, a que ficam adstrictas em virtude do contracto.

Os actos juridicos são *principaes* ou *accessorios* conforme subsistem de per si, em virtude do seu proprio conteúdo e independentemente de qualquer outra relação juridica, como o contracto de doação, de compra e venda, ou suppõem necessariamente outro acto juridico, outra relação, onde têem a sua razão de ser, como a fiança, o penhor, a hypotheca. Os actos juridicos accessorios seguem, salvas as excepções expressamente consignadas na lei, a sorte dos principaes, sendo considerados nullos, se aquelles assim forem declarados.

A distincção entre *actos juridicos entre vivos e de ultima*

vontade funda-se no tempo em que se constitue a relação juridica a que são destinados. Os actos de ultima vontade ou *mortis causa* são os que têem por fim constituir uma relação juridica só em tempo posterior á morte do declarante, sendo no proprio momento da morte que essas declarações adquirem efficacia juridica. Antes desse facto, podem essas declarações ser livremente revogadas.

Os actos entre vivos produzem immediatamente effeitos juridicos, embora a sua execução só se dê por morte. Assim, feita a doação dum predio com reserva do usufructo durante a vida do doador, o contracto de doação produziu immediatamente efficacia juridica, transferindo-se a propriedade do predio para o donatario no proprio momento da doação; se se contrahe uma divida, declarando o devedor que seria paga depois da sua morte, o credor adquiriu immediatamente o direito de exigir o seu pagamento.

Os actos juridicos de ultima vontade são os testamentos (art. 1739.º), revestindo essa natureza as doações que tenham de produzir os seus effeitos por morte do doador, exceptuando as que sejam feitas para casamento (art. 1457.º e § unico). A nomeação de tutor pelos paes aos filhos menores, que é um acto juridico de ultima vontade, póde ser feito, porém, em qualquer documento authentico entre vivos (art. 193.º).

§ 34 — *Da capacidade para os negocios juridicos*

CIMBALI, *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio;* MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 355; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 378; WINDSCHEID, *Pandette*, ediç. cit., tomo I, parte I, pag. 890; MAZZONI, *Istituzioni*, tomo II, pag. 223; FERRARINI, *Capacità legale di agire*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XV, pag. 44; *Code civile allemand traduit et annoté* par Bufnoir, etc., tomo I, pag. 99; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tomo XXIV, n.os 80 e segg.; LAURENT, *Principes*, tomo V, n.os 305 e 323.

153. *Aspectos sob que póde ser considerada a capacidade.* No artigo 643.º declara-se que, para um contracto ser valido, devem dar-se as condições seguintes:

1.º Capacidade dos contrahentes;

2.º Mutuo consenso;

3.º Objecto possivel.

Sendo o mutuo consenso e o objecto possivel condições necessarias para a existencia do negocio juridico denominado contracto, parece que tambem assim deve considerar-se a capacidade dos contrahentes. Esta doutrina não é verdadeira, quando á palavra *capacidade* se ligue o sentido em que ordinariamente é empregada no codigo civil.

A capacidade dos contrahentes póde considerar-se, como já vimos (n.º 64.º) em relação aos poderes que derivam dum determinado estado, sendo neste sentido *incapaz* a pessoa a quem não sejam attribuidos esses poderes, quer pelo que respeita ao seu goso, quer ao exercicio, e póde tomar-se no sentido de susceptibilidade do exercicio pessoal de direitos, sendo neste caso *incapaz* a pessoa que tem a faculdade de realizar os interesses que são garantidos pelo direito, mas que os não póde realizar pessoalmente. Quando a lei declara que o menor de quatorze annos e a pessoa que esteja ligada

por um casamento não dissolvido não podem contrahir matrimonio (art. 1073.º n.os 4.º e 5.º), e que as mulheres não podem, em regra, afiançar (art. 819.º), estabelece uma incapacidade da primeira especie; quando a lei se refere, por exemplo, aos incapazes em virtude de menoridade ou de interdicção, temos uma incapacidade da segunda especie.

Ora os contractos, como qualquer negocio juridico, realizados por uma pessoa a quem não sejam attribuidos poderes para a sua realização, são inexistentes ou absolutamente nullos. Assim, considerar-se-ha absolutamente nullo o testamento que seja feito por um menor de quatorze annos (art. 1764.º n.º 3.º). Não são, porém, absolutamente nullos ou inexistentes, os contractos ou negocios juridicos que sejam feitos por um menor ou por um interdicto, quando respeitem a interesses que elles possam realizar por intermedio de seus representantes, como um contracto de compra e venda, de arrendamento. Nestes casos, a incapacidade considera-se um vicio da vontade, determinando a nullidade relativa do acto juridico, nullidade que só póde ser invocada pelos incapazes ou pelos seus representantes dentro dos prazos fixados na lei (artt. 298.º e 687.º e segg.).

A incapacidade das partes contractantes póde ser portanto considerada como condição de existencia do negocio juridico, ou constituir apenas um vicio que affecte a sua efficacia.

Parece-nos que no n.º 1.º do artigo 643.º a palavra *capacidade* se deveria tomar principalmente no primeiro sentido, pois no titulo em que o codigo se occupa dos contractos em especial a especificação dos incapazes é feita em relação aos que nem por si nem por meio de representação podem realizar os contractos. O que dizemos acerca dos contractos, é applicavel tambem aos testamentos que, sendo um acto de natureza exclusivamente pessoal, não póde ser realizado por meio de representação, constituindo assim as incapacidades especificadas no artigo 1764.º incapacidades de goso e de exercicio,

e a quaesquer actos juridicos unilateraes, de que uma pessoa não seja susceptivel. A incapacidade de exercicio pessoal de direitos é tractada dum modo geral na parte I, em que o codigo se occupa dos menores, interdictos e da incapacidade accidental. O principio, porém, que acerca da capacidade para contractar se estabelece no artigo 644.º, em que se declara que são habeis para contractar todas as pessoas não exceptuadas por lei, abrange tanto a não susceptibilidade do poder como a do seu exercicio pessoal, e é neste sentido que a palavra incapacidade é tomada nos artigos 687.º e 688.º, em que se tracta da acção de rescisão por nullidade resultante da incapacidade dos contrahentes. E parece-nos até que foi principalmente este o sentido que o legislador ligou á palavra capacidade no n.º 1.º do artigo 643.º, tomando-se assim a palavra *valido*, que neste artigo se lê, no seu sentido rigoroso, visto que a capacidade do exercicio pessoal de direitos não determina a inexistencia do contracto.

Seja, porém, qual fôr o sentido em que a palavra capacidade se deva tomar no n.º 1.º do artigo 643.º, o que é necessario ter sempre em vista é que só a incapacidade de gosar um direito pela pratica dum determinado acto juridico determina a inexistencia deste, sendo a incapacidade de exercicio pessoal causa de nullidade relativa.

154. *Incapacidade de direito e de facto.* A incapacidade do exercicio pessoal de direitos póde ser considerada, em relação aos negocios juridicos, de facto e de direito. Como os negocios juridicos são declarações da vontade, todas as pessoas que não tenham discernimento em virtude da idade ou do estado physico-mental, são naturalmente incapazes de os realizar. Ha pessoas, porém, que, embora tenham discernimento, não têem capacidade legal para realizar actos juridicos propriamente dictos, como são os menores de mais de sete annos, os interdictos em virtude de alienação mental que tenham intervallos lucidos, os prodigos.

A incapacidade legal póde dar-se junctamente com a natural, ou não. É assim que a alienação mental póde ser anterior á sua declaração judicial, em virtude da qual se dá a interdicção do alienado e consequentemente a incapacidade legal, desde que a sentença seja registada e publicada (art. 334.º).

Sempre que haja incapacidade natural, de modo que não possa manifestar-se convenientemente a vontade, faltará o elemento dominante do negocio juridico — a determinação da vontade, parecendo assim, em face dos principios, que os actos praticados por uma pessoa que não seja susceptivel de discernimento, ou que estiver delle privada momentaneamente quando pratica o acto juridico, quer essa incapacidade se ache, quer não, legalmente reconhecida, se devem considerar inexistentes, ou absolutamente nullos, e não rescindiveis. E, posta a questão em face do nosso codigo, se se attender a que para a validade do contracto se exige, além da capacidade, o mutuo consenso e que este só se póde dar quando haja a possibilidade de querer conscientemente, parece que devem considerar-se inexistentes os contractos em que uma das partes esteja completamente privada, no momento em que o realize, de discernimento. Em tal caso não haverá um vicio de determinação da vontade, mas a falta absoluta dessa determinação e portanto de consentimento.

Se tivermos, porém, em vista as disposições consignadas nos artigos 298.º, 299.º, 334.º, 336.º, 353.º, 688.º, 695.º e 696.º, teremos de reconhecer que na theoria do nosso codigo acerca da validade dos negocios juridicos, e postas por ora de lado as gravissimas duvidas que se podem suscitar em virtude da defeituosa terminologia do codigo sobre a inexistencia e rescindilidade do acto, a incapacidade de exercicio dos auctores do acto juridico determina sempre uma nullidade relativa, quer essa incapacidade seja natural quer legal.

Até no caso em que um contracto seja realizado por um menor de este annos, por um alienado sem intervallos lucidos

ou por um individuo num momento de delirio, não póde o outro contrahente invocar a nullidade desse acto, o que não poderia deixar de admittir-se se a nullidade fosse absoluta, e esses contractos considerar-se-hão ratificados ou validados, adquirindo toda a sua efficacia juridica, desde que pelos incapazes ou pelos seus representantes não seja pedida a sua rescisão dentro dos prazos fixados na lei.

A rescisão em virtude de incapacidade, seja qual fôr a falta de discernimento que haja no incapaz, só póde ser invocada por este ou pelos seus representantes, não podendo assim a outra parte contractante valer-se dessa incapacidade para annullar o acto juridico.

Outra é a doutrina que se acha consignada no codigo civil allemão, em que se declara (art. 103.º) plena a incapacidade de exercicio pessoal de direitos para os menores até completarem sete annos, para os que se achem num estado de perturbação mental de caracter pathologico que exclua qualquer livre determinação da vontade, desde que esse estado não seja por sua natureza transitorio, e para os interdictos em virtude de doença mental, motivando essa incapacidade, do mesmo modo que o estado de inconsciencia ou de perturbação mental no momento da declaração da vontade, a inexistencia do acto juridico (art. 105.º), ao contrario do que succede com a incapacidade restricta, que apenas dá logar á rescisão nos termos estabelecidos no mesmo codigo (artt. 106.º e segg.).

Pela doutrina sanccionada no nosso codigo protegem-se mais efficazmente os direitos de terceiros, attentos os prazos dentro dos quaes se póde rescindir um negocio juridico que seja nullo em virtude de incapacidade.

155. *Regras relativas á determinação da capacidade.* A capacidade de direito constitue, em relação ás pessoas singulares, a regra, podendo assim essas pessoas realizar quaesquer negocios juridicos facultados por lei, desde que nesta não haja

uma disposição expressa que disso as inhiba, as quaes são de interpretação restricta (artt. 7.º, 11.º, 26.º, 644.º).

Quanto á incapacidade legal do exercicio pessoal de direitos, essa incapacidade tem caracter geral em relação aos menores (art. 299.º); é absoluta para os interdictos por demencia (art. 335.º) e tambem o póde ser em relação aos interdictos por surdo-mutismo no que respeita aos bens (artt. 337.º a 339.º).

Quanto aos prodigos, a sua incapacidade póde ser geral pelo que respeita aos bens, salvas as disposições de ultima vontade, ou abranger só alguns actos respeitantes a elles (art. 344.º), tendo assim de determinar-se a sua capacidade pela respectiva sentença de interdicção. É tambem geral a incapacidade da mulher casada pelo que respeita aos bens, dando-se ainda essa incapacidade em relação a actos de caracter mais ou menos pessoal (artt. 1187.º, 1189.º, 1190.º, 1192.º–1202.º).

Quanto á capacidade das pessoas collectivas, deve attender-se, para verificar os poderes que lhes são attribuidos, ao fim para que se constituem, e, quanto ás pessoas a quem competem esses poderes, á respectiva lei organica, e, na falta de disposição especial, ás disposições que se acham consignadas na lei geral.

Quando haja uma incapacidade de caracter geral, é necessario verificar se o negocio juridico de que se tracta está ou não comprehendido nessa incapacidade.

A incapacidade natural dá-se sempre que no momento em que se realiza o acto juridico a pessoa se ache privada do uso da razão. Os effeitos dessa incapacidade e o modo de os tornar effectivos são os que se acham sanccionados nos artigos 335.º e 353.º.

§ 35 — *Manifestação da vontade. Simulação*

SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pagg. 1-11; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, pag. 388; WINDSCHEID, *Pandette, cit.*, tomo I, parte I, pag. 257; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, parte I, pagg. 281 e 288; SCIALOJA, *Volontà e responsabilità nei negozi giuridici*; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 327; FRANCESCO FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*; IHERING, *De la culpa in contrahendo*, trad. de Meulenaere, nas *Oeuvres choisies*, tomo II, pag. 1.

156. *Effeitos da manifestação da vontade.* O negocio juridico produz effeitos, em virtude da ordem juridica, pela manifestação da vontade. Emquanto o agente apenas tem a idêa ou a intenção de realizar um determinado acto juridico, essa idêa ou intenção é destituida de qualquer valor juridico, sendo só no momento em que elle revela ou declara essa idêa com o fim de constituir uma relação juridica ou situação subjectiva, que esta se produz.

Nos negocios juridicos bilateraes a manifestação da vontade, para que por ella se constitua a relação, deve ser dirigida a uma determinada pessoa e recebida por esta, e tambem assim succede em alguns actos juridicos unilateraes, como no testamento. Noutros actos juridicos unilateraes basta, para que se adquira, extingue ou modifique o direito, que a vontade se manifeste por qualquer fórma, como na occupação, no abandono, tornando-se apenas necessario que essa manifestação seja feita de modo que possa ser conhecida por quaesquer interessados.

Quando a manifestação da vontade é dirigida a uma determinada pessoa, chama-se propriamente *declaração* da vontade, mas esta expressão é usada tambem em geral para significar a manifestação da vontade com o fim de estabelecer uma

relação da vida social, adquirindo efficacia juridica e tornando-se assim irrevogavel a vontade, manifestação que tanto se póde realizar expressamente como tacitamente, e que póde ser dirigida ou não a uma pessoa individualmente determinada.

A declaração da vontade, filiando-se num movimento psychologico, como que adquire na vida juridica uma existencia autonoma.

157. *Vontade real e vontade declarada.* Póde, porém, não haver correspondencia entre a vontade declarada e as idêas ou motivos que para essa declaração realmente actuaram em quem a fez, tornando-se assim necessario, sempre que não haja coincidencia entre a vontade real e a declarada, de fórma que esta exprima uma vontade apparente, determinar se a relação juridica assim constituida deve subsistir ou não.

Partindo do principio de que a vontade apenas adquire efficacia juridica por meio da sua declaração, de que é por esta que se póde reconstituir o processo psychico que determinou o agente, o qual representa, em relação á declaração, a causa efficiente, ha jurisconsultos que sustentam a doutrina de que não deve fazer-se distincção entre a vontade real e a declarada. Acrescentam ainda que, se aos auctores dum negocio juridico fosse facultado provar por quaesquer meios que a declaração da vontade não corresponde á vontade effectiva, deixariam de ser estaveis as relações juridicas, não haveria na convivencia social a necessaria boa fé, confirmando assim sociologicamente as conclusões que a analyse psychico-juridica da declaração da vontade já legitimava.

Na doutrina tradicional faz-se, porém, distincção entre a vontade e a sua declaração, admittindo-se que esta não corresponda áquella, e alguns jurisconsultos sustentam que, embora a declaração se torne necessaria para que se constitua o negocio juridico, é pela vontade que esse effeito se produz, de modo que, quando a manifestação não corresponda ao acto volitivo,

á intenção do seu auctor, ficará a manifestação sendo uma mera apparencia, que de modo algum póde justificar a existencia do acto juridico.

Nas legislações modernas a tendencia é para limitar o principio de que só se deve attender á vontade, pela applicação da doutrina que faz derivar a efficacia do negocio juridico da declaração da vontade, estabelecendo-se que, embora em principio se deva fundamentar a efficacia do acto juridico na vontade (artt. 643.º n.º 2.º, 684.º e 1761.º), a não coincidencia entre a vontade e a declaração é causa de nullidade relativa e não absoluta, podendo o negocio juridico ser ratificado (art. 696.º), não se permittindo que invoque o erro ou coacção quem para elles haja contribuido (art. 695.º) e determinando-se especificadamente, em relação ao erro, os casos em que póde ser pedida a rescisão dos contractos, de fórma que não se illuda a boa fé, offendendo-se legitimos interesses. É assim que, conforme os casos, se deve attender ao proprio conteúdo da declaração, ás circumstancias em que foi feita, ás pessoas a quem foi dirigida, á natureza do negocio juridico, para admittir a sua rescisão pela falta de correspondencia entre a declaração e a vontade, e dá-se uma certa autonomia á declaração, não se facultando a producção de quaesquer provas para demonstrar que ella não corresponde á vontade. Mas permitte-se a rescisão do negocio juridico em certos casos, como no de resultar da propria declaração da vontade, das circumstancias em que foi feita e que deviam ser conhecidas da pessoa a quem ella foi dirigida, que não houve a intenção de fazer tal declaração, e que esta não podia tomá-la a serio ou devia saber os motivos que levaram a outra parte contractante a declarar a sua vontade pela fórma por que o fez e que não correspondia á realidade, de modo que, se tivesse exacto conhecimento desta, não faria tal declaração.

Na limitação que se faz do principio do absoluto dominio da vontade real, attribuindo efficacia juridica á vontade declarada, tem-se em vista, por um lado, os interesses sociaes, não podendo a subsistencia das relações juridicas ficar dependente da determinação da correspondencia que possa haver entre as declarações por que se constituem essas relações e a intenção que as determinou, e, por outro lado, este principio, cujo valor juridico, é incontestavel: o de que a pessoa, que faz ou acceita uma declaração da vontade com o fim de constituir uma relação juridica, deve fazê-lo com o necessario cuidado e diligencia, ficando portanto responsavel por essa declaração sempre que, não correspondendo á vontade, essa falta de correspondencia seja devida a culpa da sua parte.

O conceito de responsabilidade vem assim fundamentar a attribuição de efficacia juridica á declaração da vontade em que não haja effectiva correspondencia com esta, considerando-se existente o negocio juridico, em vez de tornar responsavel pelos prejuizos causados a parte que, em virtude de culpa, não manifestou a sua intenção á outra parte, de fórma que pudesse produzir-se o effeito juridico que da declaração devia derivar.

Nos dominios do negocio juridico, a lei protege, em primeiro logar, a autonomia da vontade; essa protecção não póde, porém, ultrapassar os limites dentro dos quaes os interesses collectivos permittem o livre desenvolvimento dessa autonomia, justificando-se por estes interesses, que tambem são garantidos pela ordem juridica, a subsistencia de situações subjectivas, em cuja constituição o elemento da vontade é dominante, embora a declaração não coincida com a vontade, sendo esta apparente.

Do que fica dicto resulta que a *reserva mental*, pela qual uma das partes intencionalmente declara que quer o que realmente não quer com o fim de enganar a outra, não póde ser invocada para rescindir um acto juridico, e tambem não póde constituir fundamento para a annullação do acto juridico o facto de se haver declarado a vontade *causa ludendi*, quando

a pessoa a quem essa declaração é dirigida não tenha motivo para suppor que a declaração não é seriamente feita.

158. *Da simulação.* Na reserva mental a falta de correspondencia entre a vontade e a declaração é intencional, mas essa intenção existe só numa das partes, é unilateral. Ha casos, porém, em que o negocio juridico, tal cómo resulta das declarações da vontade, não representa o fim que as partes tiveram em vista ao realizá-lo, sendo intencionalmente apparente a correspondencia entre a declaração e a vontade, e occultando as partes a sua verdadeira intenção com o fim de fazerem suppor a existencia dum negocio juridico que realmente não existe, ou que é diverso do que por ellas foi realizado. É o que se chama *simulação*, definindo o nosso codigo acto ou contracto *simulado* aquelle em que as partes declaram, ou confessam falsamente alguma cousa, que na verdade se não passou, ou que entre ellas não foi convencionada (art. 1031.º § unico), e tractando da annullação ou rescisão desses actos por terceiros, mas não da efficacia juridica desses actos ou contractos entre as proprias partes, se, como opinamos, não fôr applicavel á simulação a disposição que se acha consignada no artigo 692.º (1).

A simulação tem ordinariamente por fim, já lesar os direitos de terceiros, como no caso de se simular uma venda, para que os bens apparentemente alienados não possam ser executados pelos credores do vendedor, ou de se declarar um preço diverso do real, quando sobre o preço da venda recaia a contribuição de registo, para prejudicar o Estado, ja realizar um negocio juridico que a lei prohibe, como na hypothese de não

(1) A simulação distingue-se das declarações que sejam feitas *ludendi causa*, em que nestas não ha a intenção de enganar, e da *dissimulação*, em que nesta occulta-se o que realmente existe, evitando-se o seu conhecimento.

se poder fazer directamente uma doação a uma determinada pessoa e ser feita apparentemente a um terceiro (interposta pessoa), ou no caso de ser prohibida a venda, como succede entre os conjuges, e se fazer apparentemente uma doação. Tendo, porém, a simulação ordinariamente esses fins, a intenção das partes póde ser licita, havendo motivos legitimos para que ellas não revelem a terceiros, independentemente de qualquer intuito de os prejudicar, a verdadeira natureza do acto realizado.

A simulação é *absoluta*, quando pela declaração da vontade apenas se pretende realizar apparentemente um negocio juridico, sendo intenção das partes não realizar acto algum, e é *relativa*, quando ha realmente a intenção de realizar um negocio juridico, mas este ou é de natureza diversa do que realmente se pretende constituir, ou não é realizado entre as mesmas pessoas, ou não consta dos mesmos elementos.

Quanto á simulação absoluta, estando os auctores della, como effectivamente estão, conscientes de que o acto simulado não deve produzir effeitos alguns juridicos, a lei não póde nem deve attribuir-lhos. Não póde fundamentar-se a existencia juridica dum negocio simulado na vontade real, a qual não existe, e tambem não póde invocar-se a favor della a theoria da declaração, pois que, tractando-se de negocios juridicos simulados, as razões em que essa theoria se fundamenta não são applicaveis, salvo em relação a terceiros, que de boa fé hajam contractado com alguma das partes, cujos direitos devem ser garantidos, mantendo-se, em relação a elles, a efficacia do acto juridico. Sempre que, portanto, uma das partes que entraram na simulação pretenda tornar effectiva a relação juridica apparentemente constituida, deve reconhecer-se á outra ou a seus herdeiros o direito de provar que o acto é simulado, não produzindo consequentemente effeitos alguns juridicos. Doutrina contraria levaria ao locupletamento duma das partes a expensas da outra, o que de modo algum póde justificar-se.

No artigo 692.º dispõe-se, porém, que, se o contracto tiver por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado, em que ambos os contrahentes sejam conniventes, nenhum delles será ouvido em juizo acerca de tal contracto; mas que, se só um dos contrahentes fôr de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver promettido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado. E acrescenta-se no § unico que, sendo, na primeira hypothese, a causa ou fim do contracto um facto, qualquer recompensa dada ou promettida será perdida em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar.

Sendo a simulação um crime quando seja feita em prejuizo de terceiros ou do Estado (cod. pen., art. 455.º), ha quem sustente que a disposição consignada no artigo 692.º se applica aos contractos em que haja simulação, donde resultaria que esses actos produziriam os seus effeitos juridicos, sempre que pelo acto simulado se houvesse constituido uma situação de facto, visto que tal situação só pela annullação desse acto poderia desapparecer. Parece-nos, porém, que o artigo referido não se applica, do mesmo modo que a maxima de que elle é traducção — *nemo auditur turpitudinem propriam allegans,* aos actos simulados.

Estes actos não podem considerar-se, independentemente da intenção das partes, criminosos ou reprovados por lei. Quando por elles se pretenda encobrir um acto verdadeiro, mas que seja criminoso ou reprovado pelas leis, é esse acto que constitue crime, representando a simulação um véo por meio do qual se pretende occultá-lo.

Dado até que a simulação seja feita em prejuizo de terceiros ou do Estado, não póde dizer-se que a simulação tenha por causa ou fim um facto criminoso ou reprovado pelas leis. Em tal caso, é a propria simulação que constitue um crime, não havendo um facto que constitua objecto desse contracto ou que forme o seu conteúdo, pois que o contracto é simulado,

apenas tem existencia apparente. E do artigo 692.º deprehende-se claramente que o contracto a que elle se refere tem por objecto um facto a realizar por qualquer das partes, devendo ainda notar-se que uma dellas póde estar de boa fé, quando esta é incompativel com a simulação.

A allegação que as partes façam em juizo da simulação dum contracto não póde considerar-se como allegação da propria torpeza, ou de um facto criminoso ou reprovado pela lei, mas de que a declaração não corresponde á vontade por accordo das partes, e portanto da inexistencia do acto juridico.

É esta a doutrina que, em principio e no que respeita á simulação absoluta, nos parece acceitavel, devendo todavia ter-se em consideração que o legislador póde restringir a prova da simulação, quando o acto simulado conste de documento authentico ou de documento particular legalizado (1).

Quanto á simulação relativa, quando ella tenha por fim occultar um acto verdadeiro, mas que seja prohibido por lei, nenhuma duvida póde haver sobre a nullidade, a qual será da mesma natureza que a do acto verdadeiro, que se pretendeu encobrir pela simulação, pois não póde praticar-se indirectamente o que a lei directamente não permitte. Assim, se fôr feita uma doação a A., tendo o doador a intenção, acceita por A., de transmittir a cousa doada a B., pessoa a quem o doador realmente quer beneficiar, e se B. não puder receber a doação por ser inhabil, esta dever-se-ha considerar nulla. A. não póde considerar-se donatario, porque não foi intenção do doador beneficiá-lo, e B. não o póde ser tambem, porque a lei o prohibe (art. 1481.º).

Se a simulação relativa não occulta, porém, um acto verdadeiro que seja prohibido pela lei ou por meio do qual se vão offender direitos de terceiros, em principio é ao acto verdadeiro

(1) Veja-se a este respeito a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XL, pagg. 161 e 177.

que deve attribuir-se efficacia juridica e não ao acto simulado, pois que sendo intenção das partes produzir um determinado effeito juridico, é este o que deve subsistir, tornando-se indifferente a simulação. Assim, se fôr feita uma doação, mas, de accordo entre o doador e o donatario, se declarar que o contracto é de compra e venda, o que deve valer é a doação e não este contracto. Póde, porém, dizer-se que nesse caso não é possivel, por falta de manifestação adequada da vontade, considerar-se existente o contracto de doação, porque as partes declararam que faziam um contracto de compra e venda. Esta doutrina não é, porém, exceptuando os casos em que a lei exija formalidades especiaes, acceitavel, porque as partes, como a propria simulação suppõe, combinaram realmente entre si um contracto de doação. Quando a lei exija formalidades especiaes para o negocio juridico, parece-nos que se deverão observar as disposições legaes relativas ás formalidades que se requerem para o acto verdadeiro e não para o apparente. É assim que, exigindo-se escripto para o contracto de doação de cousas mobiliarias, quando não haja a tradição da cousa doada (art. 1458.º § 2.º), se deverá considerar nulla a doação que, sob a apparencia de venda, seja feita verbalmente sem a tradição da cousa (1).

Attendendo-se ao acto verdadeiro e não ao simulado, todos os direitos que ficam portencendo ao adquirente e as obrigações em que fica constituido devem determinar-se em harmonia com os effeitos do acto verdadeiro. Se, por exemplo, fôr feita uma doação sob a apparencia de venda, o comprador ficará sendo considerado como donatario e sujeito consequentemente á rescisão ou reducção da doação, nos casos em que a lei as admitte. Quanto a terceiros que de boa fé realizem qualquer contracto com o adquirente, é pelo acto simulado, porém, e

(1) Veja-se FERRARA, *obr. cit.*, pagg. 174-193.

não pelo verdadeiro, que devem determinar-se as relações que ficam constituidas entre elles e os auctores da simulação e seus herdeiros ou representantes.

Pela simulação relativa tem-se ordinariamente em vista lesar direitos de terceiro ou do Estado, como succede na fixação do preço nos contractos de compra e venda, por causa da contribuição de registo ou do uso do direito de preferencia. Em tal caso, para verificar se o acto é nullo ou não, deve attender-se á sancção que, para taes fraudes, se achem estabelecidas na lei. Assim, no caso de se simular o preço verdadeiro da venda dum predio, o contracto não será nullo, ficando os contrahentes sujeitos a uma multa (regul. da contribuição de registo de 23 de dezembro de 1899, art. 99.º § 1.º). Quando a simulação recaia não sobre o quantitativo do preço mas sobre a natureza do contracto, como se fôr feita uma doação sob a apparencia de venda, o contracto será nullo e os contrahentes ficarão ainda sujeitos a uma multa (lei de 30 de junho de 1860, art. 14.º, e regul. cit., art. 99.º). Quando se simule o preço da venda, augmentando-o, para que um comproprietario não use do direito de preferencia, o contracto não é nullo, podendo o comproprietario provar a simulação e usar do seu direito pelo preço verdadeiro, e ficando os contrahentes sujeitos á lei penal.

§ 36 — *Vicios da vontade: erro, dolo e violencia*

SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pagg. 12-72; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 333; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 465; DERNBURG, *obr. cit*, tomo I, parte I, pag. 296; WINDSCHEID, *obr. cit.*, tomo I, parte I, pagg. 312 e 920; DR. PAIVA PITTA, *Estudo sobre a ignorancia ou erro de direito*; DR. LOPES PRAÇA, *Rescisão do contracto de compra e venda por lesões e vicios redhibitorios*; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 100.º-102.º.

159. *Razão d'ordem. Conceito geral da nullidade proveniente de vicios da vontade.* No nosso codigo civil, do mesmo modo

que nos codigos estrangeiros que tiveram por fonte principal o codigo civil francês, não se acha formulada uma theoria geral sobre os vicios da vontade nos actos juridicos, tractando-se desta materia em relação aos contractos em geral (artt. 656.º-668.º), e em disposições especiaes relativas a alguns actos juridicos e designadamente aos testamentos (artt. 1719.º, 1745.º, 1748.º, 2036.º e 2413.º).

Sendo a materia relativa aos vicios da vontade bastante complexa, e dependendo em alguns casos da natureza do negocio juridico a influencia desses vicios sobre a sua efficacia, tractaremos em primeiro logar dos vicios de consentimento ou da determinação da vontade quanto aos contractos, e exporemos em seguida a influencia que os mesmos vicios exercem nos actos juridicos unilateraes.

Cumpre-nos notar, porém, antes de tractarmos especificadamente de cada um dos vicios da vontade, que a falta de correspondencia entre o que os auctores do negocio juridico declararam e o que realmente quiseram, em virtude de erro, dolo ou violencia, é devida á falta de um conhecimento exacto do verdadeiro estado das cousas ou a um estado de necessidade e portanto de falta de livre determinação, de modo que a vontade declarada não deixa de ser uma vontade realmente existente, mas não é a verdadeira vontade do declarante, porque, se não fôra o erro, o dolo ou a violencia, a vontade não se teria assim manifestado. Os vicios da vontade não excluem portanto dum modo absoluto a vontade nem o mutuo consenso; se o excluem, não haverá um vicio da vontade, a vontade originada numa idêa erronea ou num estado de necessidade, mas a falta de vontade ou de mutuo consentimento, e estaremos assim na theoria do mutuo consentimento e não dos vicios da vontade.

Attento, porém, o modo por que no nosso codigo são regulados os vicios de consentimento, não temos só a considerar os motivos determinantes da vontade, mas ainda a falta de

vontade, havendo assim casos em que a falta de mutuo consentimento não determina a inexistencia do acto, mas a sua rescindibilidade. Para o nosso legislador, a efficacia do acto juridico provém, em geral, da declaração ou manifestação da vontade, dando-se essa efficacia emquanto o acto juridico não fôr annullado pelo facto de na propria declaração ou no processo volitivo, e portanto anteriormente a ella, haver qualquer vicio ou perturbação da intelligencia ou da liberdade, em virtude da qual os auctores do negocio juridico declararam o que realmente não teriam querido, se tal perturbação não se désse, e ainda o que não quiseram.

Quando se verifiquem estes factos, o legislador, tendo por um lado em consideração os interesses e exigencias da vida social, e, por outro, os interesses de quem declarou que queria o que realmente não teria querido ou não quis, ou mantém a efficacia do negocio juridico, a validade das relações juridicas, ou declara o acto juridico rescindivel, protegendo o auctor delle cuja vontade não se determinou conscientemente ou livremente.

Do que deixamos dicto resulta que a nullidade proveniente de vicios de vontade só póde ser pedida por quem delles haja sido victima.

160. *Erro.* 1) *Idéas geraes.* Um dos vicios da vontade, em virtude do qual póde deixar de haver correspondencia entre a declaração e a vontade, é o *erro*. Ao *erro*, falsa idêa dum objecto, é equiparavel a *ignorancia*, falta absoluta de conhecimentos acerca delle, pois que é identica a sua influencia sobre a determinação da vontade, e, se o nosso legislador tracta apenas do erro, não se referindo á ignorancia, foi isso devido sem duvida a que não é provavel a realização dum negocio juridico sobre cujo conteúdo as partes tenham completa iguorancia.

O erro póde ser de *facto* ou de *direito* (art. 658.º), conforme respeita a uma norma de direito objectivo, ou aos factos, suas

condições e combinações. Tanto o erro de facto como o de direito póde ser *essencial* e *accidental* ou *incidental*, considerando-se *essencial* o que annulla o negocio juridico em virtude de haver desviado a vontade do fim que, se fosse normal, haveria tido em relação aos elementos que formam o acto e que foram essenciaes na determinação da vontade, e *accidental* o que não tem essa efficacia (1).

O erro determina a nullidade do negocio juridico não directamente, como um effeito positivo que derive da sua existencia, mas como causa da falta de correspondencia entre a vontade real e a declarada, sendo em virtude dessa falta de correspondencia que o negocio juridico é rescindivel. O erro não tem, pois, que ser apreciado só objectivamente; tem de o ser tambem em relação á influencia que exerceu sobre a vontade no acto juridico e portanto subjectivamente, pois póde succeder que, apesar do erro, o auctor do acto juridico o houvesse realizado, não se verificando assim a condição de que fica, em virtude do erro, dependente a sua inefficacia.

O erro póde dar-se na propria declaração da vontade, quando esta é feita por palavras que não exprimem fielmente a idêa ou a intenção dos auctores do negocio juridico, como se declaro vender o predio A., quando a minha intenção era vender o predio B., e póde dar-se no processo psychologico da formação da vontade, como se resolvi vender o predio B. por suppor que ia ser expropriada uma parte desse predio, quando essa expropriação se tinha de dar na propriedade A. Na primeira hypothese, existe a vontade real, mas essa vontade não é a declarada; na segunda hypothese, a minha vontade está viciada em virtude do erro, deixando assim de haver correspondencia entre a vontade que eu manifestaria, se não fôra esse erro, e a que effectivamente manifestei.

(1) Savigny dividiu ainda o erro em *proprio* e *improprio*, considerando proprio o que era fundamento positivo de um determinado effeito juridico, como, por exemplo, o erro sobre a existencia duma divida, que dá logar á repetição do indevido, a posse de boa fé, que dá direito aos fructos, e improprio o erro que motiva a não correspondencia entre a vontade e a declaração (*Traité de droit romain*, traducç. Guenoux, tomo III, app. VIII).

Esta distincção não foi acceita, porque o erro nos negocios juridicos não póde deixar tambem de se considerar proprio.

O erro póde, porém, como nos exemplos referidos, representar uma condição de adquisição e exercicio de direitos (artt. 495.º e 758.º).

Para verificar se o erro, quer elle se dê na declaração da vontade, quer no processo da formação desta, é essencial ou accidental, o principio geral que em face do nosso codigo poderá estabelecer-se em relação aos contractos será o de que o erro determina a sua nullidade relativa, sempre que da propria declaração da vontade ou do proprio conteúdo do contracto resulte que este se não haveria effeituado, se não fôra o erro. É este o criterio geral para verificar se o erro é ou não causa de nullidade. Necessario se torna, porém, examinar cada uma das disposições em que se determinam os effeitos do erro, preenchendo as lacunas que a esse respeito existem no codigo.

Neste considera-se em especial o erro de direito sobre a causa do contracto, e, quanto ao erro de facto, o que recaia sobre os motivos do contracto, sobre o objecto do contracto ou sobre as qualidades desse objecto, e sobre a pessoa com quem se contracta ou por causa de quem se contracta.

Tractaremos em primeiro logar do

2) *Erro de direito*. No artigo 659.º declara-se que o erro de direito acerca da causa produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario.

A palavra *causa* tanto póde significar o motivo que determinou a realização do contracto, como a razão juridica do proprio acto, ou os effeitos que delle immediatamente derivam. Neste caso, a causa está no proprio conteúdo do negocio juridico, ao passo que o motivo é extranho a elle. Assim, se

compro um objecto para o offerecer a uma pessoa, esta intenção é o *motivo*, e a *causa* juridica é o dominio do objecto.

Confrontando-se o artigo 659.º com o artigo 660.º, vê-se que a palavra *causa* se toma naquelle artigo no sentido de *motivo*, parecendo assim que só póde annullar-se um contracto por erro de direito, quando este se dê nas causas determinantes da realização do acto (1). Deve notar-se, porém, que o erro que representa o motivo determinante da vontade póde derivar de erro de direito sobre o seu proprio conteúdo ou objecto. Assim, se uns herdeiros fazem um contracto de partilhas em que não incluem um prazo de vidas por julgarem que, extincta a terceira vida do prazo, este recairá no senhorio directo, esse contracto póde annullar-se por erro de direito, visto que foi esse erro a causa determinante de no contracto de partilhas não se haver incluido o prazo (2).

O erro de direito póde portanto dar-se, embora o codigo o não declare expressamente, em relação ao conteúdo do negocio juridico, sendo causa de nullidade sempre que as partes hajam contractado em razão desse erro, e que a lei não disponha o contrario. É assim que em relação á confissão judicial e á transacção não se admitte a rescisão por erro de direito (artt. 1719.º e 2413.º).

Devemos observar, porém, que a distincção entre o erro de direito e o erro de facto é, attenta a presumpção de que todos conhecem a lei, importante, pois que, não se admittindo hoje o principio de que a ignorancia da lei a ninguem aproveita, na prova do erro de direito deve haver mais rigor do que na prova do erro de facto. Essa prova tem de ser adduzida por

(1) Nos artigos 736.º, 737.º e 738.º do projecto de 1863 empregava-se a palavra *motivo* em vez de *causa*, sendo feita a substituição pela Commissão revisora em 4 de fevereiro de 1865 (*Actas*, pag. 586).

(2) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 15 de novembro de 1873, na *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol. IX, pag. 187.

quem allega o erro, e fica no prudente arbitrio do juiz, que deve verificar, tendo em attenção todas as circumstancias, se o erro de direito foi a causa determinante da vontade.

3) *Erro de facto sobre a causa*. Quanto ao erro de facto sobre a causa ou motivos que determinaram o agente a declarar a vontade, sendo esse erro extranho ao conteúdo do acto, salvo o caso em que expressamente hajam sido declarados os motivos, só neste caso, quando uma parte declare que effeitua o contracto só em razão dessa causa e que essa declaração seja expressamente acceita pela outra parte, é que se póde rescindir o contracto. É esta a doutrina que se acha sanccionada no artigo 660.º, da qual resulta que, em materia de contractos, o erro sobre os motivos só póde determinar a nullidade do contracto, quando haja a esse respeito uma clausula accessoria.

E com razão se estabeleceu esta doutrina, pois que os motivos em virtude dos quaes uma pessoa realizou um contracto podem ser varios e não são ordinariamente conhecidos das outras partes contractantes, não devendo portanto ficar dependente a efficacia do acto juridico de qualquer erro sobre esses motivos, facto de que para ellas podiam resultar graves prejuizos.

4) *Erro sobre as pessoas*. O erro sobre a pessoa com quem se contracta ou em consideração da qual se realizou o contracto determina a nullidade deste nas seguintes condições (art. 662.º): se o erro é relativo á pessoa com quem se contracta, só produz nullidade havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circumstancias do contracto, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contractara; se o erro disser respeito a um terceiro que não figure no contracto, é necessario que o enganado haja declarado expressamente que só em razão dessa pessoa contractara, e que essa declaração tenha sido acceita pela outra parte.

O erro sobre a pessoa tanto póde recaír sobre a sua identidade como sobre as suas qualidades, e, para a correcta applicação do artigo 662.º, necessario se torna, no que respeita ás *circumstancias* do contracto, ter em attenção a natureza deste e designadamente se é a titulo gratuito ou oneroso, pois dessa natureza depende o dever-se considerar essencial ou accidental o erro. É assim que numa doação a causa determinante é a intenção de beneficiar uma determinada pessoa, e, não sendo o donatario a pessoa que o doador desejava contemplar, constando da doação qual é esta pessoa e que o donatario conhecia essa intenção, o doador póde rescindir a doação. Nos contractos que se inspiram em sentimentos particulares, como, por exemplo, o de sociedade, que assenta na confiança reciproca entre os socios, o erro sobre a identidade da pessoa não póde deixar de determinar tambem a nullidade do contracto, quando das circumstancias deste resulte qual a pessoa com quem se desejava effeituar esse contracto. Ha outros contractos em que, como no contracto de compra, no de arrendamento, a identidade da pessoa é em geral indifferente, não podendo annullar-se um contracto desses por causa de erro sobre a identidade da pessoa, quando da propria manifestação da vontade, ou das circumstancias que a acompanharam, e que devem ser conhecidas da outra parte, não resulte dum modo inilludivel que esses contractos foram realizados por especial consideração para com determinadas pessoas, sobre cuja identidade houve erro.

O nosso legislador, não admittindo a doutrina de alguns jurisconsultos para os quaes o erro sobre a identidade das pessoas não representa um vicio da determinação da vontade, mas um facto que obsta ao mutuo consenso, pois a pessoa que contracta suppõe ter conhecimento da identidade da pessoa com quem contracta e é para ella que a sua vontade se dirige, considerou do mesmo modo o erro sobre as qualidades da pessoa, tendo assim de determinar-se segundo os mesmos criterios se o erro é essencial ou accidental. Um contracto de prestação de serviços, em que se tenham em consideração especial as aptidões profissionaes da pessoa com quem se realiza, poderá ser rescindido em virtude de erro, se essas aptidões não se derem na pessoa com quem se faz o contracto. Do mesmo modo, se se fizer um contracto de doação, declarando o doador que o faz em virtude de ser seu parente o donatario, esse contracto poderá ser rescindido, se entre o doador e o donatario não houver parentesco algum.

5) *Do erro quanto ao objecto do contracto.* O codigo preceitua (art. 661.º) que, recaindo o erro sobre o objecto do contracto, ou sobre as qualidades do mesmo objecto, só produz nullidade havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circumstancias do mesmo contracto, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contractara.

O erro sobre o objecto póde, do mesmo modo que o erro sobre as pessoas, ser relativo á identidade do objecto, como se vendo o predio A., quando queria vender o predio B., e o comprador realiza o contracto na persuasão de que o seu objecto era esta propriedade, ou dar-se em relação á substancia do objecto, como se vendo uma pipa de vinagre, na convicção de que é de vinho, e o comprador labora no mesmo erro. Neste caso, o objecto do contracto sobre que recae o consentimento é o mesmo; no primeiro, o objecto é diverso, e, sendo assim, não ha o *in idem placitum*, não se verifica o accordo das vontades, pois que, sendo o objecto do contracto diverso, as vontades dos dois contractantes nunca podem encontrar-se.

Daqui a distincção que, em relação ao erro quanto ao objecto do contracto, se tem feito entre erro que constitue nullidade por vicio da vontade, e erro que obsta ao mutuo consentimento.

O nosso codigo não estabelece esta distincção, e portanto

póde considerar-se comprehendido nas palavras *erro sobre o objecto do contracto*, tanto o erro que recaia sobre a identidade do objecto, como o que se dê em relação á sua substancia. Embora assim seja, se da declaração feita pelos contractantes, interpretada em harmonia com o que se dispõe no artigo 684.º, resulta que o objecto sobre que elles quiseram contractar não é o mesmo, não haverá evidentemente um erro que annulle o contracto nos termos do artigo 661.º, mas em virtude da falta de mutuo accordo, pois que este não se dá, nem realmente, nem apparentemente; se a declaração da vontade foi feita, porém, de modo que o objecto do contracto é, segundo essa declaração, o mesmo, o erro, embora determine realmente um mutuo dissentimento, parece que só annullará o contracto nos termos do artigo 661.º. Neste caso existe um accordo apparente, e, quando se pretenda annullar esse accordo, é necessario provar, pelas circumstancias do contracto, que tambem sejam conhecidas da outra parte, que uma das partes contractantes não tivera a intenção de realizar o contracto sobre o mesmo objecto, de modo que, se não estivera em erro, não o haveria effeituado. Assim, se é feito o arrendamento dum predio urbano e do confronto entre a proposta e a acceitação resulta que o proprietario tinha a intenção de arrendar um predio diverso do que o acceitante tinha em vista, havendo assim erro por parte de ambos sobre o objecto, não se formou o contracto, sendo pelos meios normaes da sua interpretação que se determina a sua inexistencia. Se a proposta foi feita em termos tão ambiguos que se não póde determinar o predio, o contracto será nullo em virtude do disposto no artigo 684.º e não no artigo 661.º. Se é vendido, porém, um cavallo, e o proprietario deste declara que o vende por certo preço attendendo a um defeito que esse cavallo tem, e esse defeito não se dá no cavallo que foi individualizado no contracto mas noutro, o contracto póde ser annullado em virtude do disposto no artigo 661.º.

Quanto ás qualidades do objecto, o erro sobre ellas é tambem essencial ou accidental, conforme as declarações feitas pelas partes e as circumstancias em que se realiza o contracto, sendo por ellas que se tem de verificar se foi em virtude do erro que se realizou o contracto. É o elemento subjectivo que determina essa nullidade, sendo portanto indifferente, salva a influencia que póde ter para reconstituir a razão determinante do contracto, a importancia que, objectivamente consideradas, as qualidades do objecto possam ter. Assim, se um individuo compra um cavallo para apparelhar com outro, e o vendedor, conhecendo esta circumstancia, lhe vende um cavallo que tem côr ou configuração diversa do que o comprador já possuia, esse contracto poderá ser annullado.

Da interpretação dada ao artigo 661.º resulta que é á propria declaração da vontade e ás circumstancias em que é feita, conhecidas de ambas as partes, que se tem de attender para determinar se um contracto é nullo em virtude de erro sobre o objecto, verificando-se não só a existencia do erro, mas se este foi a razão determinante da vontade, em face dessa declaração e circumstancias; e que o contracto se deve considerar inexistente e não nullo, quando da propria declaração das partes e das circumstancias em que é feita se veja que não ha identidade de objecto (1).

(1) No codigo civil allemão (art. 119.º) não se exige, para a annullação dum contracto em virtude de erro, que as circumstancias pelas quaes se revela a existencia dum erro determinante da vontade sejam conhecidas da outra parte, estabelecendo-se como criterio, para verificar se o erro é essencial ou accidental, uma apreciação racional da situação em harmonia com a pratica normal.

Esta doutrina é muito mais acceitavel do que a sanccionada no nosso codigo. Deve todavia ter-se em consideração que o juiz, a quem compete determinar a influencia do erro sobre a vontade, póde decidir pelas circumstancias do contracto não só se a parte conhecia, mas se devia conhe-

Além do erro sobre o objecto e sobre as suas qualidades ha o erro sobre a quantidade. No nosso codigo, o erro sobre a quantidade da cousa vendida acha-se regulado, pelo que respeita ás cousas que forem vendidas em razão de certo numero, peso ou medida, no artigo 1576.º, que dá ao comprador o direito de rescindir o contracto, quando haja na entrega falta consideravel ou excesso, que não possa separar-se sem prejuizo da cousa.

Quanto ao erro sobre o valor do objecto, dispõe o artigo 1582.º que o contracto de compra e venda não poderá ser rescindido com o pretexto de lesão, salvo os casos em que a lesão envolva vicio que annulle o consentimento, nos termos declarados nos artigos 656.º–668.º e 687.º a 701.º. O mesmo principio é applicavel a todos os contractos commutativos, nos quaes haverá lesão todas as vezes que uma das partes não adquira o equivalente do que dá.

A lesão só poderá ser portanto invocada para annullar o contracto, quando se dê em virtude de erro sobre o objecto ou sobre as suas qualidades, ou seja devida a má fé ou a violencia. Permitte-se, porém, a rescisão do contracto de aprendizagem (art. 1426.º), quando o aprendiz se tenha obrigado a trabalhar por tanto tempo, que o seu trabalho viria a valer mais do que o dobro da retribuição que razoavelmente deveria dar ao mestre, pagando este o ensino a dinheiro.

6) *Erro sobre a natureza do contracto.* O erro póde recair sobre a propria natureza do contracto, como se, pretendendo fazer um contracto de arrendamento, declaro que vendo.

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA diz que o erro sobre a *causa* comprehende o erro sobre a natureza do contracto, como a doação na idêa de que era venda, e que «só produz nullidade,

cer, a razão determinante do contracto, podendo assim recorrer, para rescindir o contracto, ás normas que na pratica ordinaria se observam, em harmonia com a boa fé que deve existir nas relações sociaes.

havendo o contrahente declarado expressamente que só em razão dessa causa contractara, e tendo sido expressamente acceita pela outra parte a declaração» (1).

Esta doutrina não é verdadeira.

O erro sobre a natureza do contracto, isto é, sobre a sua razão juridica ou fim directo e immediato, compenetra-se no proprio conteúdo do contracto. É assim que, sendo a causa do contracto de venda o preço do objecto alienado, que representa para o vendedor o objecto da obrigação que, pelo contracto, assume, quando haja, em virtude de erro, doação em vez de venda, o conteúdo do contracto não será o mesmo. Não é, pois, pelo artigo 660.º que têem de determinar-se as condições de que resulta a nullidade do contracto em virtude de erro sobre a sua natureza, mas pela disposição consignada no artigo 661.º, relativa ao objecto do contracto, sendo, como veremos, pelo systema do nosso codigo, incluida a *causa*, que alguns codigos consideram em separado do conteúdo dos negocios juridicos, no objecto dos contractos (artt. 669.º–671.º).

Parece até que, havendo erro sobre a natureza do contracto, este se devia considerar inexistente e não rescindivel, visto que esse erro não vicia a vontade, exclue o mutuo consentimento. Nos negocios bilateraes, desde que as vontades não se objectivam num fim unico — o conteúdo do negocio juridico, relacionando-se assim uma com a outra, não haverá mutuo consenso. Como é, porém, á declaração da vontade que se tem de attender para verificar se existe ou não o mutuo consentimento, quando as declarações da vontade sejam harmonicas, é pela theoria do erro que tem de determinar-se a nullidade do contracto. Só quando entre as declarações da vontade haja divergencia é que, no systema do nosso codigo, se dará a falta de mutuo consentimento, que determinará a inexistencia e não a rescindibilidade do contracto.

(1) *Codigo civil português annotado*, 2.ª ediç., tomo II, pag. 12.

7) *Erro commum e geral e de calculo arithmetico.* O erro commum e geral, como vicia igualmente todas as vontades, não produz nullidade (art. 664.º) (1).

Tambem não determina a nullidade do contracto o simples erro de calculo arithmetico, ou de escripta, que apenas dá direito á sua rectificação (art. 665.º). Assim, se num contracto de venda dum predio rustico, em que se fixar o preço por metro quadrado, houver erro, em virtude de qualquer operação, quanto ao numero de metros ou ao preço total, esse erro não determinará a rescindibilidade do contracto, salva a disposição consignada no artigo 1576.º, devendo apenas rectificar-se o erro (2).

161. *Dolo e má fé.* Intende-se por *dolo* nos contractos qualquer suggestão ou artificio, que se empregue para induzir em erro ou manter nelle qualquer dos contrahentes; e por *má fé* a dissimulação do erro do outro contrahente (art. 663.º § unico). A palavra *dolo* tambem póde significar, contrapondo-se á falta de diligencia ou á culpa, a intenção de causar um damno ou

(1) Esta disposição parece ser apenas applicavel, attento o logar em que foi consignada, aos contractos e sob o ponto de vista de vicios do consentimento; mas a nossa jurisprudencia tem-na julgado applicavel, embora a este respeito haja divergencias, ás proprias formalidades que se requerem para a pratica dos actos juridicos, considerando, por exemplo, valido um documento em que seja testemunha um estrangeiro que, por erro commum e geral, se considera português. Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de fevereiro de 1901, no *Direito,* vol. XXXIII, pag. 150, e da Relação do Porto de 20 de março de 1900, na *Revista dos Tribunaes,* vol XVIII, pag. 343. Veja-se tambem a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. IV, pag. 231, e vol. XVI, pag. 498, o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de junho de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. VII, pag. 285, e da *Relação do Porto* de 24 de abril de 1877, na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XIII, pag. 58.

(2) Veja-se a *Revista* cit., vol. XV, pag. 421, e o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de fevereiro de 1900, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. XIII, pag. 503.

prejuizo, comprehendendo neste caso o dolo propriamente dicto a *má fé,* isto é, tanto as hypotheses em que, por meio de falsas affirmações ou artificios, se induz uma pessoa em erro, como o silencio, a inacção, nos casos em que haja o dever de elucidar a outra parte sobre qualquer erro em que ella labore, para que não se realize em prejuizo desta o locupletamento de quem com ella contracta. Assim, se um individuo declara vender a outro um objecto de prata dourada, e este sabe que esse objecto não é de prata mas de ouro, tem o dever de o prevenir de que está em erro. Se o não fizer, o contracto poderá ser rescindido em virtude da sua má fé.

Como se vê da propria noção que o legislador dá de dolo e de má fé, estes determinam a nullidade do contracto por serem causa de erro. O dolo e a má fé têem, todavia, uma funcção propria, especifica, na annullação ou rescindibilidade dos negocios juridicos, sendo este o motivo por que o legislador os considerou em separado do erro. É assim que, se o erro proveniente de dolo ou má fé reune as condições necessarias para que produza a nullidade do contracto em harmonia com as disposições consignadas nos artigos 659.º–662.º, o dolo ou má fé não podem considerar-se causa determinante da nullidade do acto juridico, pois que essa nullidade se dá independentemente delles. Neste caso, o dolo e má fé têem como effeito proprio, directo, constituindo um facto illicito, sujeitar os seus auctores á indemnização de perdas e damnos resultantes da realização do contracto. Se o erro proveniente de dolo ou má fé não reune as condições necessarias para determinar a nullidade do acto juridico, como se elle recae sobre o motivo do contracto e o contrahente enganado não houver declarado que só em virtude desse motivo contractara, tendo esta declaração sido expressamente acceita pela outra parte, a nullidade do acto dá-se em virtude do dolo ou da má fé. Neste caso, o erro, que se produzisse espontaneamente, não

teria como effeito a nullidade do contracto, dando-se esta em virtude de o contrahente, em relação ao qual existe o erro, haver sido mantido nelle ou enganado, *ex capite doli*, e não em virtude do erro, *ex capite erroris*. Assim, se um individuo compra uma casa num local onde estava projectado um mercado, e o vendedor sabia que esse projecto estava posto de lado e que a casa só era comprada em virtude de o comprador estar convicto de que era levado a effeito o referido projecto, o contracto é rescindivel.

Para se determinar a influencia especifica do dolo e da má fé em relação á nullidade dos contractos, necessario é verificar quem induz ou mantém em erro um dos contrahentes. O artigo 663.º apenas considera como causa de nullidade o erro proveniente de dolo ou má fé que tenha como auctores um dos contrahentes ou um terceiro que tenha interesse directo no contracto, isto é, em beneficio do qual revertam, no todo ou em parte, as utilidades que formam o seu conteúdo, ou que aufira alguns lucros pela sua realização. Se portanto o terceiro que usar do dolo ou da má fé não tiver interesse directo no contracto, ou se, em virtude de combinação feita entre elle e um dos contrahentes, se não dever considerar como um instrumento de que este se serviu para a realização dos seus fins, ou ainda se, tendo conhecimento dos factos realizados por terceiro, não prevenir o outro contrahente, caso em que deve considerar-se cumplice, o contracto não poderá ser annullado, se o erro não reunir as condições que para esse effeito são necessarias, considerado independentemente do dolo ou má fé.

O nosso legislador seguiu, de harmonia com a doutrina tradicional, em relação ao dolo ou má fé um principio diverso daquelle por que se orientou em materia de violencia, como resulta do confronto entre os artigos 663.º e 666.º, tendo sem duvida em consideração que é mais grave o facto da violencia. Attendendo, porém, a que são os mesmos effeitos, em relação

ao contrahente que haja sido enganado ou violentado, provenientes da validade do contracto, e a que a indemnização de perdas e damnos póde ser exigida de terceiro por qualquer dos contrahentes, poderia estabelecer-se a mesma doutrina para o caso de erro proveniente de dolo ou má fé que para o de violencia, tanto mais que será em muitos casos difficil provar se ha ou não interesse directo para o terceiro na realização do contracto, se entre elle e um dos contrahentes houve ou não qualquer combinação a tal respeito, ou se este tinha conhecimento do erro em que o outro contrahente havia sido induzido ou mantido (1).

No artigo 667.º preceitua-se que as considerações vagas ou geraes, que os contrahentes fazem entre si sobre os proveitos, ou prejuizos, que naturalmente possam resultar da celebração ou não celebração do contracto, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção. As considerações a que este artigo se refere, e que constituem o chamado *dolus bonus*, são geraes ou ordinarias nos contractos, em que cada uma das partes defende o melhor que póde os seus interesses, ainda em prejuizo das outras. É natural que o vendedor faça sobresair o valor e as boas qualidades do objecto, e que o comprador procure fazer avultar os seus defeitos, como é natural tambem que contra taes expedientes todos estejam prevenidos, em virtude da sua normalidade, não

(1) Cumpre-nos notar que o codigo civil allemão tambem admitte a distincção entre o dolo e a violencia, quando seja auctor delles um terceiro, tendo sido este assumpto largamente discutido nos trabalhos preparatorios. Nesse codigo declara-se (art. 123.º) que, sendo um terceiro auctor do dolo e tractando-se duma declaração de vontade que respeite directamente a outra pessoa, tal declaração só é annullavel, se esta pessoa conheceu ou devia conhecer o dolo; e que, se além da pessoa a quem a declaração era dirigida, outra qualquer adquira directamente um direito em virtude dessa declaração, esta poderá ser annullada a seu respeito, se conheceu ou devia conhecer o erro. Veja-se SALEILLES, *obr. cit.*, pagg. 61 e segg.

devendo consequentemente attribuir-se efficacia juridica ao uso delles, até no caso em que uma das partes haja sido prejudicada pelo contracto.

Para se verificar, portanto, se ha dolo ou má fé que determine a nullidade do acto, devem ter-se em consideração todas as circumstancias, incluindo o grau de discernimento da pessoa que delle foi victima, verificando-se, em harmonia com estas circumstancias, se, em virtude da influencia das suggestões ou artificios de que uma das partes usou, houve erro que viciasse a vontade de fórma que, se não fôra esse erro, não se teria realizado o contracto.

162. *Coacção.* No artigo 666.º declara-se que é nullo o contracto, sendo o consentimento extorquido por coacção, ou esta provenha dos contrahentes ou de terceiro; e define-se *coacção,* no § unico do artigo citado, o emprego de força physica ou de quaesquer meios, que produzam damnos, ou fortes receios delles, relativamente á pessoa, honra ou fazenda do contrahente ou de terceiros.

Desta noção, vê-se que não entra nos dominios da coacção, como causa determinante da rescindibilidade dum contracto, a violencia physica que reduza a pessoa á mera condição dum instrumento. Assim, se uma pessoa pegar na mão doutra e a forçar a assignar um titulo, não lhe extorquirá o consentimento por meio de coacção, pois que a pessoa, assim violentada physicamente, não manifesta a sua vontade, sendo esse consentimento prestado sob a pressão material do auctor da violencia, e sendo portanto um acto deste e não da pessoa que materialmente o realizou. Um contracto celebrado nestas condições não é apenas rescindivel, é inexistente, porque lhe falta a declaração da vontade duma das partes, a qual é um elemento essencial.

O emprego da força physica, a que o § unico de artigo 666.º se refere, não é portanto o que reduz um dos contrahentes á

situação dum automato, e afigura-se-nos até que do emprego da força physica contra as pessoas, maltractando-as para que façam uma determinada declaração da vontade, deveria resultar a inexistencia do negocio juridico, sanccionando-se a doutrina que se acha consignada noutros codigos, que, como o francês e italiano (art. 1112.º) e o allemão (art. 123.º), apenas consideram como violencia, quanto á rescindibilidade dos negocios juridicos, as ameaças, sendo para a jurisprudencia desses paises causa de nullidade absoluta a violencia physica.

A coacção, quando esta consista em ameaças que produzam na pessoa ameaçada fortes receios de que se tornarão effectivas, collocará a pessoa ameaçada num estado de necessidade, em virtude do qual ella deixará de manifestar livremente a sua vontade. Assim, se ella não manifesta a vontade no sentido que lhe é indicado sob a pressão dessas ameaças, terá o fundado receio de que estas se realizem e de que venha a soffrer graves damnos. Não representando a declaração assim feita um acto livre, deixará de haver coincidencia entre ella e a vontade, e o legislador devia facultar, a quem realizou o contracto sob a pressão dessas ameaças, a sua rescisão.

Não são sufficientes para este effeito quaesquer ameaças. É necessario que produzam damnos ou que haja forte receio delles, de fórma que a declaração da vontade tenha a sua razão no mal causado ou no receio delle. Para se verificar se o receio é grave e fundado, necessario se torna ter em consideração não só as ameaças sob o ponto de vista objectivo, mas ainda o effeito que, em attenção á pessoa a quem as ameaças foram dirigidas, estas deviam produzir. Sob o primeiro aspecto, só poderão considerar-se graves e fundadas as ameaças que devam produzir effeito num homem normalmente constituido. Sob o segundo, uma ameaça, que, objectivamente considerada, não teria valor algum e se deveria considerar infundada, póde ser realmente a causa determinante da declaração da vontade. Assim, o effeito que uma ameaça produz

em relação a uma mulher não é, em geral, o mesmo que produz sobre um homem, o que ella produz em relação a um timido, não é o mesmo que se dá num homem que seja energico.

Esta doutrina, que se acha expressamente consignada no artigo 1112.º dos codigos civis francês e italiano, não póde deixar de considerar-se tambem verdadeira em face do nosso.

O que determina a nullidade do contracto, quando a declaração da vontade seja extorquida por meio da coacção, é o facto de a vontade não se haver manifestado livremente. Ora este facto só se verifica quando a ameaça colloque a pessoa no fundado receio de soffrer o mal de que é ameaçada, não podendo assim rescindir-se o contracto quando não haja esse receio, e este não seja tão forte que, embora a declaração represente a vontade, esta se deva considerar coacta.

Além dos requisitos a que nos acabamos de referir, outro ha que não póde deixar de considerar-se tambem exigido pelo nosso codigo para que o contracto se possa rescindir em virtude de coacção, e a que o codigo civil allemão se refere expressamente — o de as ameaças constituirem um facto illicito, não representando portanto o exercicio dum direito. Se as ameaças respeitam a males que a pessoa que as faz póde livremente causar, não haverá motivo para annullar o contracto. Assim, se fôr ameaçado um devedor de que será judicialmente citado para pagar uma divida se a não garantir por meio de hypotheca, esta ameaça não determinará a nullidade dessa garantia, visto que o credor estava no direito de executar os bens do devedor. Do mesmo modo, se a pessoa que haja soffrido um furto ameaçar o auctor deste de que participará o crime em juizo, ou de que procederá immediatamente contra elle, se não lhe restituir o objecto do furto ou não lhe garantir essa restituição, não haverá motivo para considerar essa ameaça como circumstancia que determine a nullidade de qualquer contracto que seja feito sob a sua influencia, visto que os males de que

o auctor do furto era ameaçado representavam um direito da victima do furto.

Necessario é, porém, ter a este respeito em consideração que a lei não póde de modo algum auctorizar que, ainda mesmo que a ameaça represente o exercicio dum direito, se use della para fins que não podem considerar-se licitos. É assim que, tendo uma pessoa conhecimento de que outra praticou um crime, não tem o direito de, sob a ameaça de que a denunciará em juizo, lhe extorquir qualquer declaração de vontade em virtude da qual se locuplete á custa della. Qualquer contracto que assim seja effeituado, não póde deixar de considerar-se como immoral, e a ameaça que para tal fim seja feita não representa o exercicio dum direito, é illicita.

Dum modo geral póde affirmar-se que a ameaça dum mal, que em si seja justo, representa uma injustiça sempre que, sob a pressão dessa ameaça, se pretenda levar uma pessoa a collocar-se numa situação patrimonial peior, em relação a outra, do que aquella em que ficaria, se não houvesse essa ameaça (1).

Uma pessoa póde encontrar-se, independentemente de coacção, em estado de necessidade, como num caso de inundação, de incendio, de naufragio, sendo atacada por ladrões, etc., e fazer em tal estado propostas para que a salvem, ou ser até constrangida a fazê-las sob a ameaça de que nenhum auxilio lhe será prestado, propostas que de modo algum faria, se não se encontrasse em tal estado.

Dever-se-hão considerar validos os contractos realizados em taes condições?

No codigo civil allemão acha-se sanccionada a doutrina, eminentemente social, de que um acto juridico por meio do qual se offendam os bons costumes é nullo, e que é nullo, em

(1) Veja-se DEMOLOMBE, *Cours*, tomo XXIV, n.os 147 e 148.

particular, um acto juridico pelo qual alguem, explorando a necessidade, a leviandade de espirito ou inexperiencia doutrem, se locupleta á custa dessa situação, promettendo-lhe ou assegurando-lhe este de qualquer maneira, a elle ou a um terceiro, por uma prestação que lhe seja feita, vantagens de caracter patrimonial, que excedam o valor da prestação que foi feita de tal modo que, tendo-se em consideração todas as circumstancias, as vantagens que formam o equivalente estejam, em relação a essa prestação, numa frizante desproporção.

Uma promessa ou contracto feito nas condições referidas, não poderá portanto considerar-se, em face do referido codigo, nullo em virtude de violencia, pois que esta, até no caso figurado do ataque dos ladrões, não é feita com o fim de extorquir a declaração da vontade. É nullo, porém, em virtude de se considerar offensivo, pelo seu conteúdo, dos bons costumes, sendo essa nullidade, pelo disposto no codigo allemão, absoluta, ao passo que a proveniente de violencia é relativa. Naquelle caso attende-se ás condições do contracto, ao seu conteúdo, e neste só a um vicio de consentimento.

No nosso codigo, attenta a noção que nelle se dá de coacção, tambem não póde considerar-se nullo, em virtude de violencia, o contracto que seja realizado na imminencia dum perigo, embora este consista em ameaças, desde que estas não sejam feitas por um terceiro no intuito de extorquir uma declaração da vontade.

Não póde, porém, haver duvida alguma de que um contracto realizado em taes condições não é livre para a pessoa que se encontra em perigo imminente, e, no caso em que a promessa por ella feita não o seja espontaneamente, mas sejam impostas condições por quem presta o seu auxilio para que tal promessa seja completamente desproporcionada ao risco que corre quem presta esse auxilio, essas condições não podem deixar de considerar-se immoraes, representando uma violencia exercida sobre a pessoa que se acha em perigo, o locupleta-

mento a expensas della. Deve ainda notar-se que, nos termos dos artigos 2368.º e 2369.º, se alguem fôr aggredido com violencias, que possam lesar os seus direitos primitivos, ou esbulhá-lo do goso dos seus direitos adquiridos, ou perturbá-lo por qualquer fórma nesse goso, cabe áquelles, que presenciarem taes aggressões, auxiliar o aggredido, não excedendo os limites da justa defêsa deste, ficando, se não forem agentes da segurança publica, no caso em que não corram risco e deixem de obstar ao maleficio, subsidiariamente responsaveis por perdas e damnos; e, se forem encarregados de vigiar pela segurança publica, ficam, embora corram perigo, solidariamente responsaveis com os perpetradores do delicto por perdas e damnos.

Parece-nos, pois, que as pessoas que presenciem uma aggressão e possam, sem que corram risco, evitar as suas consequencias, praticam um acto illegal, quando imponham condições á victima dessas aggressões para lhe prestarem auxilio. Se forem agentes da segurança publica, não podem recusar-se á prestação do serviço, embora corram perigo. Quando a pessoa que presta o serviço acceita uma promessa feita espontaneamente, sem que haja recusado o seu auxilio, ou, no caso em que corra perigo, quando imponha condições desproporcionadas ao perigo a que se expõe, prestando-o, intendemos que o contracto não deve ter plena efficacia, reduzindo-se a retribuição pelo serviço prestado ás suas justas proporções. O contracto realizado por quem se acha em perigo grave e pede auxilio não póde considerar-se livre, e seria immoral que pudésse exigir-se o seu integral cumprimento.

Encontramos uma applicação da doutrina exposta no artigo 684.º do codigo commercial, em que se preceitua que todos os contractos feitos emquanto dura o perigo do naufragio podem ser reclamados por exaggeração e reduzidos pelo juizo competente, determinando-se no artigo 685.º do mesmo codigo os criterios por que, na falta de convenção, se devem fixar os salarios de salvação e assistencia, disposições que devem

generalizar-se a todos os casos em que os serviços sejam prestados a qualquer pessoa que se encontre em estado de necessidade.

163. *Os vicios da vontade nos negocios juridicos unilateraes.* Ao consignar no codigo as disposições dos artigos 656.º e seguintes sobre o erro, o dolo e a violencia, o seu auctor apenas teve em vista os contractos, como consta da epigraphe do respectivo capitulo e da propria letra dos artigos. Sendo, porém, applicadas litteralmente só aos contractos e adequadas á natureza delles, não póde haver duvida de que essas disposições constituem principios geraes de direito relativos aos vicios de determinação da vontade, e que são portanto applicaveis a todos os actos juridicos propriamente dictos, com as modificações que, em virtude da natureza especifica desses actos, sejam introduzidas pelo proprio legislador.

É assim que, constituindo a confissão uma declaração unilateral da vontade, a lei só admitte que a confissão judicial seja annullada por erro de facto (art. 2413.º), não o podendo ser por erro de direito. Em relação aos testamentos, ha normas especiaes em virtude das quaes podem ser annulladas as disposições testamentarias feitas em virtude de erro sobre a causa, se do proprio testamento resultar que o testador não teria feito tal disposição, se conhecesse a falsidade da causa (art. 1745.º), e se considera nullo o testamento que haja sido extorquido por violencia ou captado por dolo ou fraude (art. 1748.º). A acceitação duma herança e o repudio, que tambem são negocios juridicos unilateraes, podem ser annullados, a primeira no caso de violencia, de o herdeiro haver sido induzido dolosamente á acceitação, e de simples erro, quando a herança se ache absorvida em mais de metade em consequencia de testamento desconhecido ao tempo da acceitação (art. 2036.º), e o repudio tambem póde ser annullado em virtude de violencia ou de dolo (art. 2037.º).

Nos actos juridicos unilateraes, como a efficacia da declaração da vontade não fica dependente da sua acceitação ou recepção por determinadas pessoas, o dolo constitue causa da sua annullabilidade, sem que para isso se torne necessario que o auctor do dolo seja directamente interessado no negocio juridico, e o erro simples sobre a causa tambem produz nullidade, quando da propria declaração resulta que, se não fôra o erro, ella não haveria sido feita.

Notaremos ainda que nos actos juridicos unilateraes os motivos determinantes da vontade se compenetram no proprio conteúdo do negocio juridico, podendo assim considerar-se como erro sobre a causa o erro sobre a pessoa, o qual, constando da propria declaração da vontade como causa da declaração, annulla o negocio juridico. Assim, se num testamento se deixar um legado a um individuo por elle ser parente do testador, e elle o não fôr realmente, esse legado é rescindivel (1).

(1) No estudo que fizemos acerca do erro, tivemos só em vista a influencia que elle, como vicio da vontade, exercia sobre a efficacia dos negocios juridicos. Não tivemos portanto em consideração o erro, quando elle recaia sobre requisitos ou elementos que se tornem necessarios para a existencia ou validade dos actos juridicos, como o erro sobre a capacidade das pessoas, sobre a existencia de direitos ou factos que representem um presupposto da declaração da vontade, sobre a existencia do objecto da prestação que tem de se realizar em virtude do negocio juridico ou sobre o poder que o auctor do negocio juridico tem de dispor desse objecto, sobre a legalidade do negocio juridico, isto é, sobre a conformidade entre o seu conteúdo e a ordem juridica.

Em qualquer destas hypotheses, o erro é, no que respeita á efficacia do negocio juridico, salvas disposições especiaes, indifferente, sendo o acto nullo, relativa ou absolutamente, conforme fôr essencial ou não o requisito ou elemento, cuja falta as partes não conheciam.

O legislador póde, porém, principalmente por motivos de equidade, attribuir aos negocios juridicos realizados nessas condições certos effeitos, indo estes assim filiar-se no erro (boa fé). Nestes casos é o erro e não o

§ 37 — *Modos de manifestação da vontade*

CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 382; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 442; DERNBURG, *Pandette*, ediç. cit., vol. I, parte I, pag. 282; WINDSCHEID, *Pandette*, ediç. cit., vol. I, parte I, pagg. 276 e 895; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, tomo III, 5.ª ediç., pag. 152; GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, tomo I, pag. 109; DEMOLOMBE, *Cours*, tomo XXIV, n.os 54 e segg.; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado*, tomo II, nota ao artigo 686.º.

164. *Differentes modos de manifestação da vontade.* Para que a vontade produza effeitos juridicos, é necessario que se manifeste dum modo idoneo e sufficiente, ou que, como em relação aos contractos se declara no artigo 647.º, seja claramente manifestada. Se a vontade se não revela ou exterioriza de modo que por essa manifestação se possa conhecer qual fosse a intenção do auctor do acto juridico, este considerar-se-ha inexistente.

É assim que, em relação aos contractos se declara (art. 684.º) que são nullos ou inexistentes sempre que dos seus termos, natureza e circumstancias, ou do uso, costume ou lei, se não póde deprehender qual fosse a intenção ou vontade dos contrahentes sobre o objecto principal do contracto, por isso que, produzindo-se o negocio juridico pela vontade, e sendo pela declaração que tem de se determinar o seu conteúdo, não se constitue objectivamente o negocio juridico sempre que seja

negocio juridico, quando este seja considerado inexistente, que motiva os effeitos que delle derivam, como succede em relação ao casamento (artt. 1091.º e 1092.º).

Póde lêr-se sobre esta materia, GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I, pagg. 23-41.

impossivel essa determinação; e que no artigo 1837.º se dispõe que, havendo equivoco do testador a respeito da pessoa do legatario, ou da cousa legada, o legado se deverá considerar nullo, se não puder mostrar-se claramente qual era a intenção do testador.

No artigo 648.º declara-se que a manifestação do consentimento póde ser feita de palavra, por escripto, ou por factos donde elle necessariamente se deduza, sendo esta disposição applicavel, em principio, á manifestação da vontade em quaesquer negocios juridicos e não só nos bilateraes.

Em alguns artigos, declara o codigo que a vontade se póde manifestar *expressamente* ou *por factos de que se deduza necessariamente* (artt. 771.º, 778.º, 1241.º); noutros contrapõe á manifestação *expressa* a *tacita* (artt. 1281.º, 2027.º, e em relação a alguns actos juridicos declara que a manifestação da vontade deve ser *expressa* (art. 803.º).

A distincção entre manifestação *expressa* e *tacita* da vontade é geralmente adoptada, denominando-se ainda a manifestação expressa *directa, immediata, explicita*, e a tacita *indirecta, mediata, implicita*, mas não ha harmonia entre os jurisconsultos sobre os criterios por que deve distinguir-se a manifestação expressa da tacita.

Em face do artigo 648.º, confrontado com os artigos 771.º, 778.º, 1241.º, 1281.º, etc., parece que só se deveria considerar manifestação expressa a que é feita por palavras ou por escripto. A verdade, porém, é que a vontade não se manifesta directamente, immediatamente, só por esses meios, havendo não só a linguagem mimica, signaes e acenos, mas ainda outros meios pelos quaes, segundo os usos ordinarios do commercio, na pratica commum, se póde manifestar directamente a vontade; e póde ainda, em virtude de previo accordo entre as partes, um determinado facto, incluindo o proprio silencio, significar do mesmo modo essa manifestação. Daqui resulta que a doutrina commummente acceita para distinguir a manifestação expressa da vontade

da tacita, considerando *expressa* a que se realiza por meio da linguagem falada, escripta e por signaes, e *tacita* a que resulta de factos, está sendo abandonada pelos mais abalizados jurisconsultos, que definem manifestação *expressa* a que exterioriza a vontade por aquelles meios que, segundo os usos do commercio ou em virtude de especial determinação, são destinados a declarar a vontade e sufficientes para esse effeito, e *tacita* a que se deduz dos factos em que está implicita, revelando-se por esses factos, que podem consistir em actos ou palavras, sempre que estes, embora tenham um fim diverso do da manifestação da vontade, presuppõem esta, ou, segundo as relações ordinarias da vida, fazem-na presuppor. Assim, se, fallecendo um individuo, o seu herdeiro pagar uma divida, que elle havia contrahido, a pedido do credor, intende-se que acceita a herança.

Sendo esta a significação que damos ás expressões *manifestação expressa* e *manifestação tacita*, necessario se torna todavia, em relação a actos juridicos determinados, e quando a lei exige em relação a elles a manifestação *expressa* da vontade, verificar qual o sentido que á palavra *expressa* se deve ligar, pois póde por essa palavra exigir-se a manifestação verbal ou por escripto, excluindo-se até a manifestação por monosyllabos ou signaes (art. 1751.º).

165. *Actos formaes ou solemnes.* Em geral, os negocios juridicos não dependem de formalidades especiaes, podendo a vontade ser declarada por qualquer dos meios que sejam para isso idoneos. O principio, que o nosso codigo admitte a este respeito, acha-se formulado, em relação aos contractos, no artigo 686.º, em que se declara que a validade dos contractos não depende de formalidade alguma externa, salvo daquellas que são prescriptas na lei para a prova delles, ou que a lei, por disposição especial, declara substanciaes. Este principio é, porém, applicavel a quaesquer negocios juridicos unilateraes,

não ficando taes negocios dependentes de formalidade alguma especial, quando a lei assim o não declare.

Podendo designar-se pela expressão *fórma* (1) qualquer dos modos por que se exterioriza a vontade, em sentido proprio dá-se a designação de *fórma* ás formalidades que são exigidas por lei para um determinado acto juridico, de modo que a existencia deste fique dependente da realização dessas formalidades. Em tal caso, a fórma é uma condição necessaria para que a manifestação da vontade produza effeitos juridicos — *forma dat esse rei*, não se verificando estes, apesar de haver a declaração da vontade, emquanto se não realizarem essas formalidades. Assim, exigindo o codigo (art. 1590.º) para o contracto de compra e venda escripto particular ou escriptura publica, conforme o valor dos bens, não ha o contracto de compra e venda, embora haja determinação do objecto e fixação do preço, emquanto o accordo não fôr reduzido a escripto, mas um contracto promessa de compra e venda (art. 1548.º).

No nosso antigo direito fazia-se distincção entre formalidades necessarias para a *prova* e para a *solemnidade* do acto, sendo só a falta das formalidades que se exigiam para a solemnidade do acto que determinava a sua inexistencia, e podendo, em relação ás que se exigiam para a prova, ser suppridas essas formalidades pelos meios estabelecidos na lei (2). No codigo civil, e em relação ás formalidades que nelle se exigem para os negocios juridicos, nenhum cabimento tem tal distincção, sendo

(1) No nosso codigo civil usa-se da expressão *fórma externa* para distinguir as formalidades *extrinsecas* do acto das *intrinsecas*, sendo estas as que formam o conteúdo do proprio acto e ainda as respeitantes á capacidade. Tal linguagem, porém, é impropria, pois estas condições e elementos não constituem formalidades dos actos juridicos, e por isso designamos as formalidades que para os actos juridicos se exigem só pela palavra *fórma*.

(2) Veja-se o DR. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, pagg. 143–145.

indifferente que, nos termos da lei, uma formalidade se declare *substancial* ou necessaria para a prova do acto, pois que, não havendo as formalidades necessarias para a prova, os effeitos juridicos que desse acto deviam resultar não poderão ser judicialmente exigidos.

Podem, porém, as partes, embora pela lei não sejam exigidas formalidades especiaes para a prova dum determinado negocio juridico, reduzi-lo a escripto. Assim, para o contracto de arrendamento não exige a lei formalidades especiaes, podendo portanto esse contracto ser feito verbalmente ou por escripto. Neste caso, o escripto do arrendamento representa um meio de prova e não uma formalidade que se torne necessaria para a existencia do contracto.

Póde, pois, ainda hoje dizer-se que ha formalidades necessarias para a existencia do negocio juridico, e formalidades que só têem por fim, preconstituindo a prova, assegurar ou facilitar esta. Perante a lei, porém, e quando por ella sejam exigidas formalidades especiaes para um determinado acto juridico, tal distincção não tem importancia alguma, e poderá levar a consequencias erroneas.

Se é certo que as formalidades especiaes que a lei exige em relação a alguns actos podem ter directamente por fim, attenta a gravissima importancia desses actos, como succede em relação ao testamento e ao casamento, garantir a livre manifestação da vontade, e não preconstituir a prova, o effeito da falta dessas formalidades é exactamente o mesmo que o da omissão das que se requerem como meio de prova. Tanto se considera inexistente o contracto de hypotheca de valor inferior a cincoenta mil réis, quando não haja escripto particular com os requisitos exigidos por lei (art. 912.º), como o contracto de casamento civil, que não seja feito na presença do official do registo civil e de duas testemunhas.

As formalidades que a lei exige para os actos juridicos podem reduzir-se fundamentalmente ás seguintes: documento

particular, documento authenticado, a intervenção dum official publico que assista á declaração da vontade feita pelas partes, e a intervenção de maior ou menor numero de testemunhas. O official publico que em regra intervém nas declarações da vontade pelas quaes se adquirem, extinguem ou modificam direitos, é o notario publico, cujas funcções podem, em certos casos, ser exercidas por outros funccionarios, denominando-se os instrumentos que são exarados por elle, ou com a sua intervenção exigida por lei, *documentos authenticos extra-officiaes* (art. 2423.º § 3.º). Alguns actos juridicos ha, porém, que, como as emancipações por concessão dos paes, têem de ser realizados em juizo, e outros que, como os casamentos, têem de ser realizados na presença de outros funccionarios publicos.

Os negocios juridicos para que a lei exige formalidades especiaes chamam-se *formaes* ou *solemnes*, e, como já notámos, constituem uma excepção no direito moderno.

Nos actos juridicos para que a lei requer documento escripto, não tem que usar-se de determinadas formulas, podendo as partes exprimir a sua intenção pelas palavras que julgarem mais adequadas. Algumas das formulas usadas pelos nossos notarios são completamente desnecessarias.

Em relação aos documentos particulares, é necessario ter em consideração que a lei nem sempre estabelece em relação a elles as mesmas formalidades (artt. 912.º, 969.º, 1321.º, 1434.º, 1534.º, 1590.º § 1.º, 1643.º), tornando-se assim necessario ter em vista o negocio juridico de que se tracta. Quando a lei não prescreva essas formalidades, limitando-se a declarar que o acto tem de constar de documento escripto (art. 1458.º), deve-se attender ao que dispõem os artigos 2432.º e 2433.º, em que se determinam as formalidades necessarias dos escriptos particulares para que tenham força probatoria.

Documento authenticado é o documento particular passado nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º do codigo civil, ou nos

termos especiaes de qualquer outra disposição legal, authenticamente reconhecido, e *reconhecimento authentico* é o que o notario faz na presença das partes e de duas testemunhas (art. 2436.º § unico, e decr. de 14 de setembro de 1900, art. 83.º e § unico).

Nos documentos authenticos extra-officiaes, as formalidades que têem de observar-se tambem não são sempre as mesmas, havendo alguns negocios juridicos para que, como nos testamentos, se determinam formalidades especiaes, em virtude da importancia desses actos, e estabelecendo-se tambem formalidades especiaes em relação a algumas pessoas em virtude do seu estado physico ou de não conhecerem a lingua portuguêsa (regul. de 14 de setembro de 1900, artt. 74.º e 75.º) (1).

166. *A declaração da vontade nos contractos. Contractos entre ausentes.* Nos contractos, a vontade das partes traduz-se no *mutuo consenso* (art. 643.º n.º 2.º), que é a manifestação reciproca e harmonica de duas ou mais vontades sobre o mesmo objecto.

Nos contractos não basta, pois, o *acto interno* da vontade e o *acto externo* por que ella se manifeste, para que se forme o vinculo juridico. É necessario que a vontade manifestada por uma pessoa de se constituir devedora (proponente) para com outra seja acceita por esta, isto é, que manifeste a vontade de se tornar credora (acceitante), e que a vontade do proponente e do acceitante sejam harmonicas entre si.

O consentimento tem sempre um caracter bilateral, pois que, ainda quando em virtude do contracto só uma parte fique obrigada, é necessario que tanto o promittente como o acceitante manifestem a vontade de se constituirem aquelle devedor e este credor, pois doutro modo não ficará existindo entre elles uma relação de caracter contractual.

(1) No artigo 75.º § 1.º, onde se diz — o *surdo* ou *surdo mudo*, devia dizer-se o *mudo* ou *surdo mudo*. Veja-se TAVARES DE CARVALHO, *Serviços do notariado português*, pag. 159

Para que haja o mutuo consentimento, não é necessario que a manifestação das vontades se dê contemporaneamente. Entre a proposta e a acceitação póde mediar um largo espaço de tempo, mas é no momento em que a proposta é acceita que o contracto se fórma, que fica perfeito, quando não se torne necessaria mais alguma formalidade, que a lei exija, para que o contracto tenha existencia juridica (art. 649.º).

Os contractos podem ser portanto celebrados entre *presentes* ou *entre ausentes*.

Se os estipulantes estiverem presentes, a acceitação será feita no mesmo acto da proposta, salvo se entre si concordarem noutra cousa (art. 650.º). Se os estipulantes não estiverem presentes, a acceitação será feita dentro do prazo assignado pelo proponente (art. 651.º).

Na falta de prazo assignado, considerar-se-ha como não acceita a proposta, se a outra parte não responder dentro de oito dias, além do tempo necessario á ida e volta regular do correio publico, ou, não havendo correio, dentro do tempo que parecer razoavel, conforme as distancias, a facilidade ou a difficuldade das communicações (art. 652.º). É ao juiz que compete apreciar estas circumstancias, devendo todavia haver o lapso de oito dias para a resposta, além do tempo necessario para que esta e a proposta cheguem ao seu destino.

Quem faz a proposta para a conclusão dum contracto fica vinculado por ella, durante o prazo que fixou ou que está marcado na lei, emquanto não receber a resposta (art. 653.º), excepto se se houver obrigado condicionalmente. Se se retractar, portanto, antes de decorrerem os prazos referidos, terá o acceitante direito á indemnização de perdas e damnos (art. 653.º). A obrigação de manter a proposta fica até pesando, nos mesmos termos, sobre os herdeiros do promittente,

quando o contrario não resultar da natureza da convenção, se ao tempo da acceitação tiver fallecido o proponente, sem que o acceitante fosse sabedor da sua morte (art. 655.º).

Recebendo o proponente a resposta depois de haverem decorrido os prazos em que devia ter sido informado da acceitação, essa resposta deve, em nosso parecer, ser considerada como uma nova proposta. É o que dispõe o codigo allemão (art. 150.º) e o que se infere das disposições consignadas no nosso, pois que, sendo tardia a resposta, já o proponente não fica adstricto ao contracto.

Se, porém, por circumstancias accidentaes, e de que o proponente tenha conhecimento, a resposta, que devia ser recebida por elle em tempo util, o fôr tardiamente, parece-nos que, se não prevenir immediatamente o acceitante, ficará adstricto ao cumprimento do contracto ou terá de responder por perdas e damnos.

É, pelo menos, o que exige a equidade, devendo ainda notar-se que o codigo, exigindo que a acceitação seja communicada ao proponente, não o fez porque seguisse o systema da informação, que só considera o contracto perfeito no momento em que o proponente tenha conhecimento da resposta ou acceitação, porquanto, obrigando o proponente a manter a proposta dentro do prazo que fixou ou que está marcado na lei, não torna a formação do vinculo contractual dependente dessa informação. A participação da acceitação é exigida pelo nosso codigo apenas como uma garantia para o proponente, a fim de que não fique indefinidamente adstricto ao cumprimento da promessa feita, readquirindo a sua liberdade, logo que essa promessa não seja definitivamente acceita dentro de um certo prazo. Justo é, pois, que, na hypothese que formulámos, o proponente seja obrigado a prevenir o acceitante de que a sua resposta não chegou em tempo util e de que não mantem a sua proposta, a fim de evitar que este soffra prejuizos.

Quando a resposta envolver modificação na proposta, considerar-se-ha esta modificação como uma nova proposta (art. 654.º), porque, não sendo conformes a vontade do proponente e a do acceitante, torna-se impossivel o consentimento e portanto o contracto nos termos da primeira proposta.

167. *Contractos promessas.* Entre a proposta e o contracto definitivo póde haver a promessa e a respectiva acceitação de realizar o contracto, que as antigas escolas denominavam promessa *de contrahendo, sive de ineundo contractu*. Esta promessa, sendo acceita, representa um contracto preliminar ou que tem por objecto um contracto futuro, sendo, no seu genero, perfeito e obrigatorio.

A distincção entre o contracto promessa e o definitivo baséa-se em que ha nos contractos, além de requisitos communs, requisitos proprios, podendo portanto na promessa dum contracto verificar-se as condições geraes dos contractos, sem que se dêem as que são proprias dos contractos a que essa promessa respeita.

É assim que o contracto de compra e venda dum immovel, que só póde realizar-se por escripto, póde ser effeituado pelas partes, compromettendo-se a reduzí-lo a escripto dentro dum determinado prazo; o emprestimo, a usura, o penhor, o deposito são contractos que se não constituem sem a tradição das cousas que formam o seu objecto, mas póde realizar-se um contracto de futuro emprestimo, usura, penhor ou deposito, quando se faça a proposta e esta seja acceita.

Essas promessas *de contrahendo* constituem contractos unilateraes ou bilateraes, conforme fica obrigada á prestação só uma das partes ou ambas.

Quanto aos effeitos que produzem, diremos desde já que, traduzindo-se o cumprimento da promessa num facto pessoal, o devedor não póde ser, como succede na prestação de factos, compellido á prestação na fórma especifica, ficando todavia, se a não effeituar, obrigado á indemnização de perdas e da-

mnos. É assim que, relativamente, á promessa reciproca de compra e venda, preceitua o codigo que constitue, sendo acompanhada de determinação de preço e de especificação da cousa, uma mera convenção de prestação de facto, que será regulada nos termos geraes dos contractos (art. 1548.º).

168. *Propostas feitas por annuncios.* Por este meio podem fazer-se propostas a pessoas indeterminadas, tanto por jornaes como por annuncios affixados em logares publicos. O codigo allemão dispõe (art. 657.º) a este respeito que, promettendo-se por meio dum annuncio publico uma recompensa pela pratica dum acto, e especialmente para que se obtenha um determinado resultado, quem a fez é obrigado a satisfazer a recompensa promettida, até no caso de o individuo que praticou o acto não haver procedido em vista dessa recompensa.

Não havendo na promessa feita por annuncios a authenticidade devida, póde duvidar-se da legitimidade deste meio para a realização de contractos. Certo é, porém, que póde desmentir-se o annuncio publicado, e, em todo o caso, sempre que se prove que o annuncio não foi feito pela pessoa a quem é attribuido e que esta não fique portanto vinculada pela promessa feita, haverá na publicação do annuncio um facto illicito, cujo auctor ficará sujeito á indemnização de perdas e damnos.

169. *Contractos pelo telegrapho.* Acerca de contractos realizados pelo correio já expusemos as disposições consignadas no codigo, e escusado será notar que as cartas constituem documentos particulares.

Não nos fala, porém, o codigo dos contractos realizados pelo telegrapho e pelo telephonio, e, como não póde duvidar-se de que sejam realizaveis por este meio contractos civis, pois nenhuma disposição ha que o prohiba, necessario é que se determine as normas por que devem regular-se.

Relativamente aos contractos realizados pelo telegrapho, são applicaveis aos contractos civis (art. 16.º) as disposições exaradas no codigo commercial, o qual preceitua (art. 97.º) que a correspondencia telegraphica será admissivel em commercio nos termos e para os effeitos seguintes: os telegrammas, cujos originaes hajam sido escriptos e assignados, ou sómente assignados ou firmados pela pessoa em cujo nome são feitos, e aquelles que se provar haverem sido expedidos ou mandados expedir pela pessoa designada como expedidor, terão a força probatoria que a lei attribue aos documentos particulares; o mandato e toda a prestação de consentimento, ainda judicial, transmittidos telegraphicamente com a assignatura reconhecida authenticamente por notario publico, são validos e fazem prova em juizo; qualquer erro, alteração ou demora na transmissão de telegrammas, será, havendo culpa, imputavel, nos termos geraes de direito, á pessoa que lhes deu causa; presumir-se-ha isento de toda a culpa o expedidor dum telegramma que o haja feito conferir nos termos dos respectivos regulamentos; a data do telegramma fixa, até prova em contrario, o dia e a hora em que foi effectivamente transmittido ou recebido nas respectivas estações.

A troca de telegrammas, em proposta e resposta, póde, em virtude das disposições que reproduzimos, valer nos contractos civis, como se estes fossem realizados por meio de cartas, não se consignando no codigo civil disposição alguma a este respeito sem duvida porque, sendo ainda muito recente a descoberta do telegrapho ao tempo da sua publicação, não se achava determinada a respectiva theoria juridica, sobre a qual existe actualmente uma rica bibliographia (1).

170. *Contractos pelo telephonio.* Foi talvez o mesmo o mo-

(1) Veja-se GIORGI, *obr.* e tomo cit., pag. 182.

tivo por que o codigo commercial nada dispôs acerca dos contractos celebrados pelo telephonio, sobre cuja disciplina juridica, por não estar ainda bem determinada a natureza desse meio de communicação, existem divergencias. Assim, alguns jurisconsultos sustentam que os contractos celebrados por este meio, sem a intervenção de officiaes telephonicos, se devem considerar entre presentes, emquanto outros affirmam que esses contractos se devem reputar celebrados entre ausentes, pois que com a simultaneidade da recepção da proposta e da acceitação não se dá a presença das duas partes contractantes (1).

O codigo civil allemão dispõe (art. 147.º) que a proposta feita a uma pessoa presente deve ser acceita immediatamente, e que esta regra se applica especialmente á proposta feita por uma pessoa a outra por meio do telephonio.

Parece-nos que é esta a verdadeira doutrina, pois não podem existir, relativamente aos contractos celebrados pelo telephonio, as duvidas que se dão nos contractos entre ausentes, quanto ao momento em que devem considerar-se perfeitos e á possibilidade de retractação da proposta. Não ha essas duvidas nos contractos entre presentes, porque não existe intervallo entre a proposta e a acceitação, e o mesmo succede, apesar da distancia a que materialmente podem encontrar-se as partes, nos contractos celebrados pelo telephonio.

171. *Manifestação tacita da vontade. O silencio nos negocios juridicos.* A manifestação *tacita* da vontade póde dar-se por meio de factos positivos ou negativos, e, sendo no principio da contradicção que se funda a sua efficacia como manifestação da vontade, é necessario ter em consideração todas as circumstancias que acompanham esses factos, para se verificar se devem ser considerados como manifestação da vontade.

(1) GIORGI, ibid., pag. 191.

Assim, quem entra num americano e nelle toma logar, conclue por esta fórma um contracto de transporte; quem recebe antecipadamente os juros de dois annos manifesta deste modo que só póde exigir o capital decorrido que seja esse prazo.

O legislador baseia algumas presumpções legaes no consentimento tacito. É assim que a restituição da cousa empenhada presuppõe a remissão do direito ao mesmo penhor, se o credor não provar o contrario (art. 871.º); que a nomeação de um novo procurador, para o mesmo e unico objecto, equivale á revogação da primeira procuração, sendo noticiada pelo constituinte ao anterior mandatario (art. 1365.º).

Os factos negativos, dos quaes deva inferir-se a manifestação actual do consentimento ou da vontade, reduzem-se ao silencio, nos casos em que é necessario, em virtude de disposição da lei ou das regras observadas na pratica, e possivel, manifestar expressamente a recusa do consentimento. A este respeito, o principio do direito romano *qui tacet non utique fatetur* e o do direito canonico *qui tacet consentire videtur* foram considerados como demasiadamente absolutos, sendo substituidos pelo seguinte: *qui tacet, quum loqui potest et debet, consentire videtur*, significando se assim que o silencio deve ser voluntario, e que, não havendo obrigação de falar, não se exprime por meio delle a vontade.

No codigo civil ha algumas disposições pelas quaes se presume o consentimento em virtude do silencio. Nos termos do artigo 1730.º, quem tiver conhecimento de que alguem se intromette voluntariamente nos seus negocios e não se oppozér á gestão, será havido por *consentidor;* segundo o disposto nos artigos 1618.º, 1624.º e 1629.º dá-se a relocação tacita dos predios quando o senhorio não despeça o arrendatario ou este se não haja despedido no tempo e pela fórma prescriptos no costume da terra ou na lei.

E intendemos que o silencio póde, além dos casos em que

por lei é assim considerado, constituir uma presumpção de manifestação da vontade, quando a pessoa a quem é feita uma proposta deva considerar-se responsavel, em virtude do seu silencio, da interpretação que o proponente haja dado ao silencio como significando a acceitação dessa proposta. Em geral, porém, não póde ver-se no silencio uma manifestação da vontade.

É assim que, tendo sido feita entre presentes uma proposta, e conservando-se silencioso aquelle a quem é dirigida, não fica por esse facto obrigado, salvo se, pela natureza do contracto, por costume ou qualquer outra circumstancia, desse silencio se deprehenda a acceitação, como se, por exemplo, um operario perguntar a um empreiteiro se o admitte na obra, e, mantendo-se este silencioso, fôr trabalhar. Neste caso, não sendo despedido, tem direito ao salario.

Entre ausentes, é necessario ter sempre em consideração que a pessoa a quem é dirigida a proposta não é obrigada a responder, e portanto que não basta o silencio para que a proposta se considere acceita. É assim que, se me enviarem um livro ou um jornal, com a declaração de que a não devolução delles significará a sua acceitação, não fico por esse facto, embora não os devolva, obrigado a pagá-los mas apenas a restituí-los, quando me seja exigido o pagamento.

(1) Veja-se sobre esta materia FUBINI, *Questioni di diritto civile*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLII, pag. 271.

§ 38 — *Da representação nos negocios juridicos*

TARTUFARI, *Della representanza nella conclusione dei contratti;* WINDSCHEID, *Pandette*, tomo I, parte I, pagg 280 e 907; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag 411; MELUCCI, *obr cit*, pag 459; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, parte I, pag 351; TARTUFARI, *Dei contratti a favore dei terzi;* BARASSI, *La ratifica del contratto annullabile;* LAURENT, *Principes de droit civil*, tomo XXVII, pag. 373; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, tomo I, 2.ª edic., pag. 289.

172. *Conceito e especies de representação.* A declaração da vontade nos negocios juridicos tanto póde, em principio, ser feita pelo proprio interessado, como por um terceiro. É assim que, em relação aos contractos, declara o nosso codigo civil (artt. 645.º e 646.º) que elles podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa devidamente auctorizada, e que os contractos feitos em nome doutrem, sem a devida auctorização, produzem o seu effeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retracte. E no artigo 1332.º estabelece-se o principio de que póde qualquer mandar fazer por outrem todos os actos juridicos, que por si póde praticar, e que não forem meramente pessoaes.

O terceiro que intervem no negocio juridico póde ser um mero transmissor da vontade do interessado *(nuntius)*, limitando-se a communicar a vontade deste; e póde declarar a sua propria vontade, constituindo por essa declaração um negocio juridico de que fica sendo sujeito, em relação a todos os direitos que delle derivam, a pessoa em cujo nome elle fez a declaração. No primeiro caso, ha uma manifestação mediata da vontade, representando a pessoa que realiza a communicação um meio ou instrumento, e sendo portanto á propria declaração do interessado que se tem de attender, do mesmo modo que nos contractos realizados pelo telegrapho ou pelo

telephonio, para se determinar a constituição e a efficacia do negocio juridico. No segundo caso, em que o terceiro faz uma declaração de vontade, é que se dá propriamente o instituto da *representação,* em virtude da qual a declaração da vontade feita pelo representante produz os mesmos effeitos juridicos que produziria, se fôra feita pelo proprio representado ou pela pessoa em cujo nome se fez essa declaração (1).

A constituição e efficacia do negocio juridico depende portanto, nos negocios juridicos em que ha a declaração da vontade do representante, da declaração feita por este, sendo a elle que tem de se attender para verificar qual a fórma que para o acto se exige e para determinar se ha ou não correspondencia entre essa declaração e a vontade. Assim, se o representante fôr cego ou surdo, têem de se observar as formalidades espe-

(1) CHIRONI, distinguindo entre *representação de modo geral ou generico* e *representação verdadeira e propria ou em sentido especifico,* considera *representantes* quaesquer pessoas que effeituem uma prestação de serviços no interesse ou em nome doutrem, e attribue a esta especie de representação effeitos especiaes em materia de responsabilidade civil. Veja-se *La colpa extra contrattuale,* tomo I, cap. VI, tomo II, cap. X, e *La colpa contrattuale,* cap. VIII. Criticaremos a sua doutrina quando nos occuparmos dos factos illicitos, limitando-nos aqui a notar que, na theoria dos negocios juridicos, só se dá a representação, quando existe a declaração da vontade por interposta pessoa para a constituição dum negocio juridico, assumpto que nada tem com a realização de quaesquer outros actos ou prestações de serviços no interesse ou em nome doutrem.

A distincção entre os casos em que ha verdadeira representação e aquelles em que o terceiro procede como mero instrumento da manifestação da vontade doutrem, offerece graves difficuldades. Em geral o que póde affirmar-se é que o *nuntius* se limita a substituir o interessado na declaração, ao passo que o representante o substitue na vontade. É assim que, se a vontade do interessado se acha completamente especificada no mandato em relação a um determinado objecto, o mandatario não póde considerar-se um verdadeiro representante, como succede na hypothese prevista no artigo 1068.º do nosso codigo civil.

ciaes que a lei exige para a declaração da vontade feita por elle em actos notariaes, e a rescisão do negocio juridico em virtude de erro, dolo ou coacção póde dar-se por haver sido viciada a vontade do representante.

A representação ou tem a sua origem na propria vontade do representado, constituindo um meio pelo qual este póde multiplicar a sua actividade juridica, ou se filia na organização juridica, sendo o meio por que esta suppre a falta de vontade, ou do discernimento necessario para as relações da vida civil nos sujeitos de direito. A primeira chama-se *voluntaria* e a segunda *necessaria* ou *legal.*

A representação voluntaria tem a sua principal origem no *mandato* ou *procuração,* que o nosso codigo define (art. 1318.º) o contracto pelo qual uma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa, por mandado ou em nome doutrem.

Cumpre-nos notar, porém, que o mandato só constitue uma fonte de representação quando alguem se encarrega de, em nome doutrem, realizar qualquer negocio juridico, declarando a sua vontade em nome do mandante, e que pelo mandato póde alguem ser encarregado de realizar um negocio juridico não em nome do mandante, mas em nome proprio, sendo todavia o negocio juridico realizado no interesse ou por conta do mandante. Neste caso, o mandatario contracta por si, em seu proprio nome, e não no do mandante, ficando assim o mandatario obrigado para com as pessoas com quem contracta, como se o negocio fosse seu, não tendo estas acção alguma contra o mandante, nem este contra ellas. É o que se chama *commissão,* que o codigo commercial considera, e com razão, como sendo uma fórma de mandato, e definindo este o contracto por que uma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de commercio por mandado doutrem (cod. comm., artt. 231.º, 266.º e 268.º).

Não deve, pois, confundir-se o mandato com a representação voluntaria, até no caso em que elle tenha por fim a pratica

dum acto juridico. Neste caso, para que haja representação, é necessario que o mandatario seja incumbido de realizar o negocio juridico em nome do mandante.

Quando a representação voluntaria tem a sua origem no mandato ou numa declaração precedente da vontade do representado, o acto juridico realizado pelo mandatario considera-se, dentro dos limites do mandato, como sendo realizado pelo representado, não podendo este consequentemente escusar-se de cumprir todas as obrigações que o mandatario haja contrahido em seu nome (art. 1345.º), e não se exigindo, em relação ao negocio juridico, capacidade no mandatario (art. 1334.º). Á representação assim constituida chama-se *originaria*.

Póde, porém, uma pessoa realizar um negocio juridico no interesse dum terceiro, sem prévia auctorização deste. Neste caso, ainda é necessario distinguir entre os contractos que sejam feitos em nome e por conta de terceiro, e os que sejam feitos no proprio nome da pessoa que contracta, mas em proveito de terceiros.

Na primeira hypothese, o contracto nenhum effeito produz em relação á pessoa em cujo nome foi feito, emquanto esta não approvar ou ratificar o negocio juridico, considerando como seu o acto praticado pelo representante.

A ratificação tem como consequencia attribuirem-se á pessoa, em nome de quem se fez o contracto, os effeitos que delle derivam e desde o momento em que o negocio juridico se realizou, sendo neste sentido que se diz que essa ratificação constitue uma *representação subsequente*.

Na segunda hypothese, o contracto produz immediatamente os seus effeitos em relação á pessoa que o fez em proveito de terceiro, subsistindo as obrigações que, em virtude do contracto, se estabelecem entre ella e a outra parte contractante, e sendo por um acto especial de transmissão que o contracto produz os seus effeitos em relação á pessoa no interesse da qual se fez o contracto. Nesta hypothese não tem applicação

o conceito de representação, porque a pessoa no interesse de quem se faz o contracto, exclusivamente ou accessoriamente, não se substitue á parte que contractou no interesse della. Assim, se A. fizer um contracto com B., em virtude do qual este fique obrigado a dar uma pensão a C., A. adquire em relação a B. o direito de exigir o pagamento dessas pensões, cuja prestação constitue a causa do contracto para elle, e póde, emquanto C. não acceitar a pensão que em proveito delle foi estipulada, retractar a sua proposta, como expressamente se declara no artigo 646.º, que se me afigura especialmente applicavel a este especie de contractos.

Nos contractos celebrados em nome proprio, mas em proveito de terceiro, não fica, pois, sendo estranha ao contracto a pessoa que fez a proposta, estabelecendo-se immediatamente relações entre ella e a outra parte contractante e estendendo-se essas relações a terceiro desde que se verifique a acceitação por parte deste, ao passo que, na representação, o representante não fica constituido em relação alguma com a pessoa com quem contractou.

A representação *legal* dá-se a favor dos incapazes e interdictos e existe tambem para as pessoas collectivas, constituindo tal representação o meio por que se suppre a falta de vontade dessas pessoas, para que assim possam realizar os interesses garantidos pelo direito objectivo. A vontade do representante é, em virtude da organização juridica, a vontade do representado, sendo assim attribuidos a este os effeitos que derivam da manifestação da vontade do representante, dentro dos limites da representação.

Não deve confundir-se com a representação legal a intervenção de certas e determinadas pessoas exigida por lei para a realização de alguns actos juridicos, quando é o proprio interessado que nestes manifesta a sua vontade. Assim, a lei exige, dum modo geral, a auctorização do marido, ou o supprimento judicial dessa auctorização, para que a mulher casada

possa validamente realizar negocios juridicos de que resultem obrigações de caracter patrimonial; os menores de vinte e um annos, que não hajam sido emancipados, não podem casar sem consentimento de seus paes, ou de quem, na falta delles, os represente. Neste e noutros casos analogos, a manifestação da vontade é feita pelo proprio interessado e não pelas pessoas que intervêem no negocio juridico, e que portanto não podem considerar-se, em relação a esses actos, como representantes, sendo a sua intervenção um requisito necessario para a validade do acto juridico.

173. *A representação tem caracter normal.* A doutrina que, em relação á susceptibilidade da representação convencional nos negocios juridicos, póde dum modo geral formular-se em face do nosso codigo, é a de que se podem realizar todos os actos juridicos por meio dum representante, quando não haja a esse respeito expressa prohibição da lei, ou a representação não seja excluida pela propria natureza do acto, por este ser exclusivamente pessoal (art. 1332.º).

Para se verificar se um acto é, para o effeito de excluir a representação, de natureza exclusivamente pessoal, necessario se torna attender não só aos principios que informam cada instituto juridico, mas ainda ás disposições especiaes que por lei hajam sido estabelecidas, em virtude das quaes póde ser admittido o mandato em relação a actos que não podem deixar de se considerar de natureza exclusivamente pessoal.

Não ha duvida alguma de que nas relações de familia, já por serem de ordem pessoal, já por nellas dominarem principios de interesse e ordem publica, se não admitte, em regra, a representação convencional. Esta não é, porém, excluida dum modo absoluto, sendo até em alguns casos expressamente facultada pela lei, quando o mandato seja especial, ou, antes, quando o proprio representado declare a sua vontade, caso em que o mandatario exerce uma mera funcção de instrumento.

É assim que o codigo civil admitte o mandato para a celebração do matrimonio (art. 1068.º), e que na emancipação dos menores, tanto estes como os paes podem ser representados por procuradores com poderes especiaes (cod. de proc. civil, artt. 770.º § 1.º e 771.º § 2.º).

Exigindo-se para a representação convencional, em relação aos actos que têem de realizar-se por modo authentico ou solemne, ou para cuja prova é exigido documento authentico, procuração publica ou havida por publica (art. 1327.º), e sendo nessa procuração expressamente declarada a vontade do mandante, não ha motivo algum para que, em relação a todos os negocios respeitantes ás relações de familia, e apesar do caracter pessoal delles, se exclua o mandato, que, como já notámos, não tem propriamente, em taes casos, o caracter de representação.

Actos de natureza exclusivamente pessoal são o testamento (art. 1740.º), a confissão judicial em depoimento de parte (art. 2411.º n.º 1.º e cod. de proc. civil, art. 223.º), o juramento tanto decisorio como suppletorio (art. 2520.º). Em relação ao testamento, este não poderia deixar de considerar-se como um acto de natureza exclusivamente pessoal, embora o legislador não o houvesse declarado expressamente, attentas as formalidades que a lei requer para as declarações de ultima vontade; quanto ao juramento e á confissão em depoimento de parte, esses actos estão directamente relacionados com a consciencia e a moralidade das pessoas que os realizam.

Quanto á representação legal, os actos que por meio dos representantes se podem praticar são os que se acham comprehendidos dentro dos limites das suas attribuições. Em relação aos incapazes, os seus representantes não poderão praticar quaesquer actos que sejam de natureza exclusivamente pessoal, ou para os quaes se exija a manifestação da vontade do incapaz. É assim que a representação legal se não admitte em relação ao casamento e a quaesquer outros actos relativos

á familia, ao testamento, ao juramento e á confissão em depoimento de parte. Os representantes das pessoas collectivas podem, porém, realizar quaesquer actos de que essas pessoas sejam susceptiveis, e podem consequentemente prestar juramento como meio de prova e confissão em depoimento de parte (cod. de proc. civil, art. 221.º).

174. *Limites da representação.* Na representação voluntaria, sendo pelo mandato que se estabelecem não só as relações de caracter obrigatorio entre o mandante e o mandatario, mas se determinam os poderes que este fica tendo, em relação a terceiros, para realizar negocios juridicos em nome do mandante, segue-se que é pelo proprio contracto de mandato que se ha de verificar qual a responsabilidade do representado quanto aos actos praticados pelo representante, devendo esse contracto ser interpretado em harmonia com as regras relativas á interpretação dos negocios juridicos (art. 684.º) (1). É assim que o mandatario é obrigado a cumprir o seu mandato nos termos e pelo tempo por que lhe foi conferido (art. 1335.º), ficando responsavel, caso exceda os seus poderes, pelas perdas e damnos que causar, tanto para com o constituinte, como para com qualquer terceiro com quem haja contractado (art. 1338.º); que são nullos em relação ao constituinte, se este os não ratificou tacita ou expressamente, todos os actos que o mandatario praticar fóra dos limites expressos do mandato (art. 1351.º), sendo havidos por não auctorizados, embora

(1) Acha se na lei estabelecido, como criterio para a determinação dos poderes do mandatario, quando a este seja passada procuração geral, isto é, sem especificar actos (art. 1324.º), que esta procuração só póde auctorizar actos de mera administração. Aos actos de administração contrapõem-se os de disposição, sendo necessarios para estes poderes especiaes, que podem todavia ser conferidos numa procuração geral, que fica sendo tambem especial.

sejam da mesma natureza dos auctorizados, os actos que forem evidentemente contrarios ao fim do mandato (art. 1353.º).

Na representação legal, os representados ficam constituidos em responsabilidade para com terceiros por todos os actos que, como taes, e dentro dos limites da representação, sejam praticados pelos representantes. Essa responsabilidade estende-se, como veremos, quanto aos representantes das pessoas collectivas e em relação aos effeitos civis, aos proprios factos illicitos que por esses representantes sejam praticados, quando a lei não disponha o contrario.

175. *Ratificação.* Quando uma pessoa realiza actos juridicos em nome doutrem sem previa auctorização, o que póde dar-se não só quando, sem mandato, alguem se intrometta voluntariamente nos negocios doutrem, mas ainda quando, havendo mandato, se excedam os poderes que neste hajam sido conferidos, é a pessoa que contracta que fica directamente responsavel para com a pessoa em nome de quem contracta, e para com aquelles com quem em nome della contractou (artt. 1351.º e 1723.º). Póde, porém, a pessoa, em nome de quem se effeituou o negocio juridico, ratificá-lo, ratificação que, em qualquer dos casos, produzirá os mesmos effeitos que produziria o mandato expresso (artt. 1351.º e 1726.º).

A *ratificação* é uma declaração subsequente da vontade pela qual se approva e reconhece, como se houvesse sido realizado effectivamente em proprio nome, o negocio juridico realizado pelo gestor ou pelo mandatario fóra dos limites do mandato (1). Em virtude da ratificação, a manifestação da vontade é attribuida ao *dominus negotii,* desapparecendo, em

(1) A palavra *ratificação* significa tambem a confirmação dum negocio juridico em que falte algum dos requisitos que se exijam para a sua validade (art. 696.º). Tractaremos desta ratificação a proposito da nullidade dos negocios juridicos.

virtude do effeito retroactivo da ratificação, a differença existente entre a representação estabelecida pela ratificação e a representação originaria.

Emquanto se não dá a ratificação, o negocio juridico fica pendente, não produzindo effeitos nem entre o gestor e terceiro, visto aquelle não o haver realizado em proprio nome, salvo no caso em que haja assumido a responsabilidade da ratificação, nem entre o terceiro e o *dominus negotii*, pois não póde attribuir-se a este uma declaração de vontade que não auctorizou.

A ratificação não representa a acceitação duma promessa, pois o direito do ratificante não deriva dum contracto realizado entre elle e o terceiro com quem contractou o gestor ou o mandatario fóra dos limites expressos do mandato, mas do contracto effeituado entre estes (artt. 1351.º e 1726.º), não havendo assim dois contractos successivos, mas um contracto só. Donde resulta: *a*) que se faz a ratificação por uma declaração unilateral da vontade, não se tornando necessario que esta seja acceita pelo gestor, por isso que não effeituou o negocio juridico em seu nome; e tambem não tem de ser acceita pelo terceiro com quem o gestor contractou, visto que, se este sabia que o outro estipulante não estava auctorizado a contractar em nome do *dominus negotii*, não póde deixar de considerar-se vinculado para com este, logo que seja sanado o vicio em virtude do qual o contracto se mantinha em estado de pendencia, e, se julgava que o gestor ou mandatario estava auctorizado a effeituar o contracto, da ratificação apenas resultará a efficacia juridica, que, em virtude da vontade por elle declarada, o contracto devia ter; *b*) que a ratificação póde effeituar-se depois da morte da pessoa que contractou em nome de terceiro, e até da morte deste, quando o contracto não exclue por sua propria natureza ou em virtude de qualquer clausula a ratificação pelos seus herdeiros.

Deve notar-se, porém, que a pessoa em nome de quem se

contracta só pela ratificação fica sendo sujeito dos direitos que constituem o conteúdo do contracto, e que este conserva portanto, até á ratificação, o caracter de revogabilidade, não podendo a ratificação, se no proprio contracto foi fixado prazo dentro do qual devia dar-se, ter logar posteriormente, e, se não foi fixado prazo, o contracto não póde ser ratificado desde que, por accordo entre o gestor e o terceiro, haja sido revogado.

A ratificação póde ser *tacita* ou *expressa* (art. 1351.º). A ratificação é expressa, quando ha a manifestação directa da vontade para tal fim, reproduzindo-se nella em substancia o conteúdo do contracto; é tacita, quando resulta de factos praticados pelo *dominus negotii* que este considera como sua a declaração da vontade feita pelo gestor.

O artigo 1351.º não attende á natureza do acto praticado pelo mandatario fóra dos limites expressos do mandato, parecendo assim que é sufficiente a ratificação tacita, para que o mandante fique vinculado para com as pessoas com quem o mandatario haja contractado em nome delle; mas, como os negocios juridicos realizados pelo mandatario fóra dos limites expressos do mandato não podem deixar de considerar-se actos de gestão, e a ratificação da gestão produz os mesmos effeitos que produziria o mandato expresso (art. 1726.º), parece que, sempre que para o contracto realizado entre o gestor e terceiro se exijam determinadas formalidades, essas formalidades devem ser observadas na ratificação, para que o contracto adquira efficacia em relação ao *dominus negotii* (art. 1327.º).

§ 39 — *Do objecto dos negocios juridicos*

MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 361; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 399; WINDSCHEID, *Pandette*, tomo I, parte I, pagg. 323 e 940; FERRARA, *Teoria del negocio illicito nel diritto civile italiano*; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. III, pag. 350.

176. *Conteúdo dos negocios juridicos; causa.* No artigo 669.º declara-se nullo o contracto cujo *objecto* não é physica e legalmente possivel.

A palavra *objecto* não é empregada no sentido de cousas que sejam concreta ou mediatamente objecto de contracto, significando o mesmo que *conteúdo* do contracto, isto é, o fim juridico que as partes têem na intenção realizar, as relações juridicas que por elle se formam. O fim juridico que as partes têem intenção de realizar constitue, considerado no processo psychico que precede a declaração da vontade, a *causa* desta, vindo assim praticamente a identificar-se o objecto, conteúdo ou fim dos negocios juridicos, com a *causa juridica*, visto que, se não póde realizar-se o fim que as partes se proposeram realizar, o negocio juridico nenhuns effeitos produz, ficará sem objecto. Se é vendida uma cousa publica, como não póde verificar-se o fim que as partes tiveram em vista — a transferencia da propriedade dessa cousa, esse contracto não terá objecto.

Foi sem duvida por esta consideração que o nosso legislador, afastando-se do codigo civil francês (art. 1108.º) não considerou a *causa licita* na obrigação como um dos requisitos necessarios para a validade dos contractos.

Um negocio juridico considera-se inexistente, não produzindo effeitos alguns juridicos, sempre que o seu objecto, pela ordem natural das cousas ou em virtude da ordem juridica, não seja possivel.

Dá-se a impossibilidade do conteúdo dos negocios juridicos, pela ordem natural das cousas, quando não existem realmente as cousas que devem formar esse conteúdo, como se vendo um cavallo que já tinha morrido ou uma cousa que não seja, por sua propria natureza, susceptivel de apropriação, ou quando não é absolutamente possivel a prestação em relação ao seu objecto e não á pessoa que se obriga (art. 670.º), como um contracto que tenha por objecto esvasiar o mar.

O objecto não é possivel em virtude da ordem juridica (art. 671.º):

1.º Se as cousas sobre que o negocio juridico recae estão fóra do commercio por disposição da lei; 2.º Se as cousas ou actos não se podem reduzir a um valor exigivel, como se me comprometto a entregar um animal ou trigo, obrigação que poderia ser satisfeita entregando um mosquito ou um grão de trigo, e que por isso não se póde considerar séria; 3.º Se a especie das cousas não é ou não póde ser determinada, isto é, se as cousas não são pelo menos designadas pela indicação da especie, ou dum genero limitado e principalmente caracterizado pela descendencia commum, como se vendo um mammifero. Considerar-se-ha valido, porém, o contracto de venda dum boi ou dum cavallo, embora não sejam individualmente determinados; 4.º Se os actos forem contrarios á moral publica ou ás obrigações impostas por lei, como um contracto perpetuo de prestação de serviços, a renuncia á herança duma pessoa viva, a obrigação que uma mulher assuma de se prostituir, a doação que seja feita com o fim de o donatario diffamar um terceiro.

Nos ultimos exemplos é illicita a causa da doação, e, se ella fizer parte do conteúdo do contracto, isto é, se entre o doador e o donatario se houver convencionado a diffamação, a doação considerar-se-ha inexistente. E para que o contracto seja annullado por tal motivo não é necessario que do proprio documento por que elle se prova conste a causa, sendo admissivil qualquer

meio de prova para demonstrar que um acto juridico teve por fim ou causa um facto illicito, prova que será sempre difficil e terá de basear-se principalmente em presumpções.

É a esta especie de contractos que se refere o artigo 692.º, em que se admitte que a causa ou fim do contracto póde ser illicito para ambas as partes contractantes ou só para uma dellas, estando a outra de boa fé. No caso de estarem ambas de má fé, nenhuma dellas será ouvida em juizo, não podendo assim exigir o cumprimento do contracto, e, se elle foi voluntariamente cumprido por alguma dellas, a que o haja cumprido não poderá provar que o contracto é, em virtude da sua causa, inexistente, pois não seria justo que a lei protegesse os maus costumes; mas se a causa ou fim do contracto fôr um facto, qualquer recompensa dada ou promettida será perdida em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar (art. 692.º § unico), deixando assim de ter plena applicação o principio: *ubi dantis et accipientis turpitudo versatur, possessorem potiorem esse.* Se uma das partes estiver de boa fé, o contracto não deixa de ser inexistente, mas a lei protege o contractante de boa fé, facultando-lhe exigir o que houver prestado, sem que fique obrigado a cumprir o que houver promettido, nem a restituir o que houver recebido.

Nos testamentos, a invocação duma causa contraria á lei, embora seja falsa, produz sempre a nullidade da disposição (art. 1746.º).

Entre as causas de nullidade dos actos juridicos em razão do seu conteúdo, não especifica o codigo a que resulta de se dispor duma cousa a que as partes não têem direito. Em varios contractos ha referencia a essa condição nas disposições relativas á capacidade, mas um negocio juridico assim realizado não póde deixar de considerar-se nullo em virtude do seu conteúdo. Assim, será nulla a venda ou arrendamento dum predio alheio, que o ~~comprador~~, em virtude de erro, suppunha que lhe pertencia.

A nullidade destes negocios juridicos funda-se em que ninguem póde transferir para outrem direitos que não tem. Esses negocios não podem considerar-se, porém, pela organização juridica, absolutamente nullos ou destituidos de qualquer efficacia juridica. É assim que, se a pessoa que dispôs do objecto como seu, no caso referido, vier a adquirir posteriormente, por qualquer titulo, a propriedade do objecto, não poderá annullar o negocio juridico, que fica revalidado (artt. 1054.º e 1555.º § unico). Podem tambem esses negocios juridicos ser ratificados pelo proprietario, ficando assim do mesmo modo revalidados.

Tracta-se, pois, duma nullidade relativa.

177. *Elementos que formam o conteúdo dos negocios juridicos.* Os negocios juridicos, individualmente considerados e taes como se acham definidos na lei, têem elementos proprios ou especificos, que os caracterizam e distinguem entre si, e que as partes não podem alterar sem que, em virtude dessa alteração, deixem de praticar o negocio juridico que se acha abstractamente regulado. Assim, o elemento especifico do contracto de compra e venda é a transferencia da propriedade dum objecto por um certo preço. Se faltar qualquer desses elementos, o contracto não será de compra e venda, embora as partes lhe dêem essa designação. Transferindo-se a propriedade duma cousa mediante a entrega doutra cousa que não seja moeda, haverá, embora as partes denominem esse contracto de compra e venda, um contracto de troca; se fôr transferido o uso e a fruição temporaria duma cousa por certo preço, o contracto será de locação.

Os elementos que, entrando no conteúdo do negocio juridico, constituem, na sua organização typica estabelecida por lei, a sua essencia e o caracterizam, chamam-se *essenciaes (essentialia negotii).*

Podem as partes, por erro ou ignorancia do direito objectivo, dar a um contracto uma designação diversa da que por direito

devia ter. Em tal caso, o que vale é o negocio juridico que as partes tiveram a intenção de realizar, se o conteúdo delle não dever considerar-se illicito, e a fórma fôr a que por lei é exigida para este negocio juridico, e não para o que as partes declaram realizar.

Em harmonia com a natureza especial dos negocios juridicos, estabelece a lei certos elementos que entram, na falta de estipulação das partes, no conteúdo desses negocios, cujas consequencias têem de determinar-se em harmonia com esses elementos.

Estes elementos não caracterizam o negocio juridico, cujos effeitos peculiares se dão, embora as partes substituam por clausulas expressas esses elementos, cuja determinação legal obedece unicamente ao intuito de dirigir convenientemente as partes e de facilitar a pratica dos negocios juridicos, não coarctando a liberdade ou autonomia individual. Assim, nos contractos onerosos, a prestação de garantia no caso de evicção dá-se independentemente de estipulação das partes, mas é livre para estas renunciarem a essa garantia no proprio contracto (artt. 1046.º e 1051.º n.º 1.º). A gratuidade é um elemento do contracto de mandato, excepto se o seu objecto fôr daquelles que o mandatario tracta por officio ou profissão lucrativa (art. 1331.º), e é o tambem do contracto de deposito (art. 1432.º), mas as partes podem convencionar que os serviços prestados pelo mandatario e pelo depositario sejam retribuidos. No contracto de usura, o juro será de cinco por cento na falta de estipulação (art. 1640.º § unico); na falta de estipulação tambem, o comprador tem de entregar o preço no momento em que é entregue a cousa vendida (art. 1583.º § 1.º).

Os elementos que, por determinação da lei e na falta de convenção das partes, ficam fazendo parte do conteúdo dos negocios juridicos, chamam-se *naturaes (naturalia elementa)*.

Além dos elementos referidos ha clausulas em virtude das quaes as partes, afastando-se do modo por que os negocios

juridicos se acham normalmente constituidos, mas sem os mudarem ou substituirem, introduzem no conteúdo do negocio juridico elementos que apenas dependem da sua vontade, e em relação aos quaes a lei enuncia, dum modo geral, a doutrina que as partes podem ajuntar aos seus contractos as condições ou clausulas que bem lhes parecerem, as quaes ficam fazendo parte dos mesmos contractos, e se governam pelas mesmas regras (art. 672.º). Este principio é igualmente applicavel aos negocios juridicos unilateraes em que, como nos testamentos, ha uma declaração da vontade, achando-se fixados na lei os casos em que, em virtude de considerações de interesse publico, não podem estabelecer-se elementos accessorios; e actos juridicos ha que, por sua propria natureza, excluem as clausulas accessorias. Assim, o matrimonio, a perfilhação, não são susceptiveis de condição ou de termo; não póde fazer-se designação do tempo, em que deve começar ou cessar o effeito da instituição de herdeiro (art. 1747.º).

Os elementos que, em virtude da vontade das partes, entram no conteúdo dos negocios juridicos, chamam-se *accidentaes (accidentalia negotii)*, pelo facto de dependerem do arbitrio das partes, e chamam-se *clausulas* ou *determinações accessorias*, pelo facto de terem, em relação a esse conteúdo, uma importancia secundaria, visto que o negocio juridico podia existir, em relação ao modo por que se acha typicamente formulado no direito objectivo, sem esses elementos. É, porém, de notar que esses elementos determinam o conteúdo dos negocios juridicos, uma vez constituidos, do mesmo modo que os elementos essenciaes e naturaes, ficando todos esses elementos a formar um todo indivisivel e sendo igualmente obrigatorios para as partes.

O negocio juridico produz, dentro dos limites estabelecidos pela ordem juridica, effeitos pela declaração da vontade, e é a essa declaração que deve attender-se para determinar o conteúdo do negocio juridico, integrando nella todas as dispo-

sições da lei que tenham por fim supprir a falta de declaração expressa, isto é, em que se determinem as consequencias naturaes que derivam dum determinado negocio juridico. Não consideramos, portanto, acceitavel a doutrina que apresenta os elementos accidentaes ou clausulas accessorias dos negocios juridicos como uma *autolimitação* da vontade das partes, o que poderia levar a presuppor que as partes quiseram primeiramente o negocio juridico tal como se acha disciplinado por lei e que num momento successivo introduziram nesse negocio modificações, havendo assim duas declarações de vontade que se relacionavam directamente uma com a outra, quando o que realmente se dá é uma só declaração da vontade, pela qual as partes determinam o conteúdo do negocio-juridico, de modo que os seus elementos ficam constituindo um todo indivisivel. Num negocio condicional, a vontade das partes é una como num negocio simples.

É obvio que não podem ter cabimento na parte geral das instituições de direito civil os elementos essenciaes e naturaes dos negocios juridicos. Póde e deve, porém, apresentar-se nesta parte a theoria dos elementos accidentaes ou clausulas accessorias, visto que esses elementos se podem dar em qualquer acto juridico, desde que a lei o não prohiba, ou que a propria natureza do acto os não exclua.

§ 40 — *Clausulas accessorias dos negocios juridicos*

MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 374; MAZZONI, *Istituzioni*, tomo II, pag. 145; WINDSCHEID, *obr. cit*, tomo I, parte I, pagg. 345 e 944; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, parte I, pag. 313; CHIRONI e ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 431; BORGNA, *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giuridici*; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, tomo IV, 5.ª ediç., pag. 327; BUFNOIR, *Théorie de la condition*; LAURENT, *Principes de droit civil*, tomo XVII, pag. 33.

178. *Terminologia do codigo civil.* O codigo civil chama aos

elementos accidentaes dos negocios juridicos, dum modo geral, *clausulas e condições*. Ora se a palavra *clausula* não exprime de per si rigorosamente a idéa de elemento accidental, pois significa qualquer disposição que se ache exarada num negocio juridico ou que faça parte do seu conteúdo, a palavra *condição* ainda é mais inadequada para significar qualquer clausula accessoria dos negocios juridicos. Este termo tem no direito uma significação technica, e o conceito que representa é de importancia capital para determinar a efficacia do negocio juridico, devendo por isso ser sempre usado para traduzir esse conceito, de modo que não se confunda com quaesquer outros elementos accidentaes dos negocios juridicos. Não procedeu assim o nosso legislador, que toma por vezes a palavra *condição* como synonima de *clausula penal* (art. 674.º), outras vezes emprega essa palavra para significar o *termo* (artt. 678.º e 1810.º), etc.

É necessario ter sempre em vista esta terminologia do codigo, para não cairmos em graves erros de doutrina, vendo uma condição, onde realmente existe uma clausula de tempo ou de modo, erros que já se têem dado na nossa jurisprudencia (1).

Os tractadistas de direito civil classificam os elementos accidentaes dos negocios juridicos em *condição, termo* e *modo*, mas não existe harmonia entre elles sobre as expressões a adoptar para designarem dum modo geral essas clausulas. As expressões preferidas são *determinações, disposições* e *clausulas accessorias*, sendo de notar que a palavra *accessorias* não significa um elemento secundario em relação á efficacia ou conteúdo do negocio juridico, ou que possa destacar-se do elemento principal, pois

(1) Num accordão do Supremo Tribunal de Justiça considerou-se *condição* a clausula em virtude da qual uma devedora ficou obrigada a pagar depois da sua morte, e considerou-se essa condição impossivel, «porque defuntos não pagam dividas».

que não só essas clausulas formam um todo com os elementos que caracterizam o negocio juridico ou fazem naturalmente parte do seu conteúdo, mas até dessas disposições póde ficar dependente a efficacia do negocio juridico, como na condição. As expressões *clausulas accessorias, elementos accidentaes,* indicam os elementos que, segundo o conceito do negocio juridico, não são essenciaes, comprehendendo assim todas as modificações que as partes nelle introduzam sem alterarem a sua essencia, quer essas modificações representem, quer não, a substituição dum elemento natural.

179. *Conceito de condição. Condição* é a declaração da vontade em virtude da qual o negocio juridico fica dependente, pelo que respeita aos effeitos que delle devem derivar, da verificação dum facto futuro e incerto. Tambem se chama *condição* a este facto, e têem a designação de *acto juridico condicional, contracto condicional, herança* ou *legado condicional,* etc., os negocios juridicos que ficam dependentes de condição.

Pela condição o negocio juridico fica, quanto ás relações que por elle se pretendem estabelecer, pendente durante o tempo que medêa entre a declaração da vontade e a realização do facto, sendo essa declaração feita de modo que, não havendo incerteza sobre a vontade de que se produzam os effeitos do negocio juridico, esses effeitos só podem produzir-se, em virtude da propria vontade, quando se realize o facto de que ficaram dependentes. A vontade condicionada não é portanto uma vontade incerta, uma vontade dependente; essa vontade fica existindo desde o momento em que se declarou. Incerto é o negocio juridico que por essa vontade se produz, em virtude da condição de que fica dependente.

Da noção que acabamos de dar de condição resulta que não podem considerar-se condicionaes os negocios que, embora por declaração das partes fiquem dependentes dum facto,

produzam definitivamente os seus effeitos, ou deixem de os produzir, no proprio momento em que se faz a declaração da vontade, e portanto:

1) Não constituem condição os factos passados ou que se dão ao mesmo tempo que se realiza o negocio juridico, por isso que o negocio fica tendo, ou não, immediatamente existencia objectiva, embora haja a incerteza subjectiva, em virtude de as partes desconhecerem a existencia desse facto. Assim, se faço uma doação sob a condição de que um determinado paquete entre no porto de Lisboa dentro dum mês, e, ao tempo em que faço a doação, elle já tiver entrado neste porto, a doação produzirá immediatamente os seus effeitos, não ficará pendente; se o paquete já houver naufragado ao tempo em que se fez a doação, o facto de que esta ficou dependente tornou-se impossivel, a condição não se póde verificar e a doação não produzirá effeito algum.

Um facto passado só póde constituir uma condição propriamente dicta, quando não se tenha ainda verificado a existencia desse facto ou de qualquer das suas condições, e a efficacia do negocio juridico fique dependente dessa verificação, a qual constituirá um facto futuro.

2) Não podem considerar-se condições os factos que, embora sejam futuros, se tenham de dar, pela ordem natural das cousas, necessariamente. Assim, não será condicional a doação que eu faça a Pedro, se Antonio fallecer. Se a vontade das partes fosse a de que a doação devia produzir os seus effeitos dado esse facto, teriamos um contracto a termo incerto e não condicional; se o contracto devia deixar de os produzir quando se verificasse esse facto, ficaria sendo um contracto nullo ou não existente (art. 683.º), visto ser impossivel que Antonio não fallecesse.

Um facto necessario póde, porém, em relação a outro e quanto ao tempo da sua realização, revestir a natureza de condição. Assim, no exemplo referido, se a efficacia da doação

ficasse dependente da morte de Antonio antes da morte do doador ou do donatario, haveria um facto futuro e incerto e portanto uma verdadeira condição.

3) Os factos impossiveis, isto é, os que, segundo a ordem natural das cousas, em virtude dos principios em que assenta a ordem juridica ou das disposições da lei, não podem realizar-se, tambem não tornam o negocio juridico pendente. Dada essa impossibilidade, a condição ou annulla os effeitos juridicos que della se tornaram dependentes, ou se considera não escripta, sendo em qualquer dos casos o negocio juridico inexistente ou existente, desde que se realiza ou torna efficaz a declaração da vontade.

Nos actos juridicos entrevivos, a condição que, por impossibilidade physica ou legal, seja nulla, produz a nullidade da obrigação que essa condição dependia, *vitiat et vitiatur* (art. 683.º), sendo assim considerado inexistente o negocio juridico; nos negocios juridicos de ultima vontade, a condição impossivel, absoluta ou relativamente, ou contraria á lei, tem-se por não escripta, e não prejudica os herdeiros, ou os legatarios, ainda que o testador disponha o contrario, dizendo-se que a condição *vitiatur sed non vitiat* (art. 1743.º § unico). Em qualquer dos casos, não ha um negocio juridico pendente, e portanto condicional.

A distincção que, relativamente á efficacia dos negocios juridicos no caso de condição impossivel, se faz entre negocios entrevivos e de ultima vontade, e que havia sido já formulada no direito romano, é difficil de justificar, e tanto que não tem sido acceita em alguns codigos modernos, pelo menos nos termos em que é geralmente sanccionada. Ficando o negocio juridico, em virtude da vontade, dependente dum facto, quando este seja impossivel, quer essa impossibilidade seja conhecida, quer não, de quem faz a declaração, parece que essa vontade nenhum effeito deveria produzir, salvo se das circumstancias em que a declaração é feita resultasse claramente

que, se não fôra o erro, teria sido feita uma disposição pura e simples.

Esta restricção, em que deve filiar-se a distincção entre a efficacia das condições nos actos entre vivos e de ultima vontade, não justifica a doutrina sanccionada no nosso codigo, nos termos em que se acha formulada. É assim que a impossibilidade da condição nas disposições de ultima vontade, e quer essa impossibilidade fosse conhecida, quer não, do testador, tem sempre como effeito que a condição se considera não escripta, embora do testamento se deprehenda que o testador não haveria feito tal disposição, se soubesse que a condição se não podia verificar.

A impossibilidade da condição que resulta da propria natureza das cousas póde ser absoluta, ou relativa á pessoa que tem de a realizar. E a este respeito não tem que fazer-se distincção entre as disposições entre vivos e de ultima vontade, pois que se o artigo 1743.º se refere expressamente ás condições relativamente impossiveis, o artigo 683.º não faz a tal respeito restricção alguma, como, em relação ao objecto dos contractos, é feita no artigo 670.º. É necessario, porém, que a impossibilidade se dê no momento em que se faz a declaração da vontade, porque, sobrevindo posteriormente, a condição já não se considera impossivel, mas como não podendo verificar-se; e, quando seja impossivel ao tempo em que se declara a vontade, mas essa impossibilidade não seja permanente, de modo que possa mais tarde ser cumprida a condição, e se veja da declaração da vontade que se teve em consideração essa possibilidade, tractar-se-ha duma condição propriamente dicta.

Para se determinar se uma condição é ou não juridicamente impossivel, é necessario não só ter em vista os principios em que assenta a ordem juridica, sendo contraria a ella e não podendo portanto realizar-se qualquer condição em virtude da qual se offendam esses principios, como seriam as condições contrarias ao direito de liberdade, ao direito de apropriação,

ás disposições relativas á legitima, ás leis que têem por fim a protecção dos incapazes, os actos offensivos da moral publica, mas é necessario ainda attender ás disposições que se acham estabelecidas na lei a esse respeito, e designadamente em relação aos negocios juridicos de ultima vontade, onde trataremos deste assumpto com o devido desenvolvimento.

Póde haver-se dado já ao tempo em que a declaração da vontade se faz um facto em virtude do qual a condição se não póde verificar, como se se tornou dependente da entrada dum navio no porto de Leixões um legado, e, ao tempo em que o testador fez o testamento ou falleceu, esse navio já havia naufragado. Neste caso a condição tem de considerar-se, não como impossivel, mas como não verificada (art. 678.º), visto que a impossibilidade da sua realização não resultou da propria natureza das cousas ou de circumstancias peculiares a uma determinada pessoa, mas dum facto de natureza contingente, que o testador sem duvida teve em consideração, quando condicionou a declaração. Essa condição só poderá considerar-se impossivel, se, ao tempo em que fez o testamento, o testador soubesse que o navio havia naufragado, caso em que deverá applicar-se o § unico do artigo 1743.º.

4) Os factos que, constituindo uma presupposição necessaria do negocio juridico são conhecidos pela designação de *conditiones juris*, tambem não podem considerar-se como condições propriamente dictas. Assim, se um individuo fôr instituido herdeiro com a condição de acceitar a herança, se se venderem duzentos decalitros de azeite duma determinada propriedade, com a clausula de que a venda só se tornará effectiva se ella os produzir, ou se se declarar numa escriptura antenupcial que esta só produzirá effeito se se realizar o matrimonio, a efficacia do negocio juridico não ficará, em qualquer dos casos referidos, dependente duma declaração da vontade, pois a incerteza relativa a essa efficacia provém da propria natureza do negocio juridico, e portanto é completamente indifferente

qualquer clausula do negocio juridico a esse respeito. Donde resulta que, nesses casos, a clausula não produz os mesmos effeitos que produziria a condição. Assim, em relação á instituição de herdeiro, a clausula de que elle só o ficará sendo pela acceitação, não altera a natureza da instituição, e, se elle fallecer antes da acceitação, mas depois do testador, a herança transmitte-se para os seus herdeiros, ao contrario do que succederia se essa clausula constituisse uma verdadeira condição (art. 1759.º n.º 2.º); nos outros casos, o negocio juridico não tem, verificado o facto de que dependia a sua efficacia, effeito retroactivo.

5) Quando a realização dum contracto fique apenas dependente da mera vontade duma das partes, compromettendo-se a outra a effeituá-lo, se ella quiser, ha o que os jurisconsultos chamam uma *condição meramente potestativa*, mas que não é uma condição propriamente dicta. Se eu, por exemplo, declaro que emprestarei uma certa quantia a um determinado individuo, se elle quiser, dentro do prazo dum anno, fico constituido para com elle na obrigação de effeituar esse emprestimo, e, se o não effeituar, de responder por perdas e damnos. Em relação ao individuo que acceitou essa declaração não se constitue, porém, vinculo algum juridico, pois não declarou que effectuava o emprestimo, ficando no seu arbitrio realizá-lo ou não, conforme lhe convier, e sendo só no momento em que declara que quer, que se constitue em obrigação para comigo. Do mesmo modo, se fôr vendida uma determinada quantidade de vinho, no caso de o comprador gostar delle, a venda só se torna effectiva quando o comprador, provando o vinho, declare que quer realizar o contracto. Antes deste facto, apenas existe uma promessa unilateral de venda, não ficando assim a efficacia do contracto dependente dum facto futuro e incerto, mas da propria vontade do comprador.

Quando a condição meramente potestativa respeite ao devedor, como se eu declaro que faço uma doação, se quiser,

que vendo uma casa, se o intender conveniente, ou que pagarei uma determinada quantia, quando me aprouver, é obvio que não se estabelece vinculo algum, que não existe negocio juridico, e não póde portanto este considerar-se condicionado.

Da condição derivam os effeitos do negocio juridico, o que se não verifica na condição meramente potestativa.

6) O não cumprimento, nos contractos bilateraes, das obrigações resultantes dos mesmos contractos, embora possa ter como consequencia a rescisão do contracto, pois a obrigação que uma das partes tem de os cumprir fica sempre dependente de que a outra os cumpra tambem (art. 709.º), motivo por que se diz que nesses contractos ha uma *condição resolutiva tacita*, não póde considerar-se uma condição propriamente dicta. E tambem o não são os factos que determinam, por disposição da lei, a revogação ou rescisão dos contractos. Em qualquer destes casos, a rescisão do negocio juridico dá-se em virtude duma declaração da vontade posterior á constituição do mesmo negocio, e não tem para com terceiros, como veremos, os mesmos effeitos que a condição propriamente dicta.

180. *Especies de condições.* Os jurisconsultos costumam dividir as condições em *casuaes, potestativas* e *mixtas; affirmativas* e *negativas,* e em *suspensivas* e *resolutivas.* Esta ultima classificação é a mais importante, e nella basearemos o estudo desta materia, limitando-se a importancia das primeiras, uma vez determinado o conceito de condição e delimitados os factos a que deve applicar-se, á resolução de algumas duvidas que se podem suscitar sobre se uma condição se realizou ou não. Para não interrompermos a exposição das idéas acerca dos effeitos das condições suspensivas e resolutivas, daremos já a noção de condições casuaes, potestativas e mixtas, affirmativas e negativas.

Condições casuaes são as que consistem num acontecimento

fortuito, em que se comprehende a vontade ou facto duma terceira pessoa. Não se consideram portanto condições casuaes as que fiquem dependentes de um facto voluntario dos sujeitos do negocio juridico. Quando se dê esta dependencia, a condição chama-se *potestativa*.

Esta distingue-se da *meramente potestativa*, em que a efficacia do negocio juridico fica dependente da realização dum facto, que, embora seja voluntario, constitue uma circumstancia determinante da vontade, pela importancia que póde ter em relação ao individuo. Assim, quem acceita uma doação com a condição de fazer uma viagem de estudo pela America, não acceita sob a condição duma simples e pura declaração successiva da vontade, pois essa viagem representa para elle um facto duma certa gravidade. Se o facto de que se torna dependente a efficacia do negocio juridico fôr completamente indifferente, como se consiste em o individuo dar um passeio, ou em sair de gravata preta num determinado dia, essa condição não poderá deixar de considerar-se meramente potestativa, ficando apenas vinculada juridicamente a pessoa que fez a promessa. Na condição potestativa entra o facto da possibilidade do cumprimento duma determinada obrigação (art. 743.º § unico). Condição *mixta* é a que consiste, conjunctamente, num caso fortuito ou dependente da vontade de terceiro e num facto dependente da vontade dos sujeitos do negocio juridico ou de um só delles.

Affirmativa é a condição que torna os effeitos do negocio juridico dependentes dum facto positivo, e *negativa* a que consiste em que um determinado facto se não verifique, para que o negocio juridico adquira efficacia.

A condição é *suspensiva* ou *resolutiva*, conforme della fique dependente a definitiva existencia e efficacia do negocio juridico, ou a dissolução do negocio juridico, produzindo este os seus effeitos, até que a condição se verifique. No primeiro caso, os effeitos do negocio juridico só se realizam, quando

se dá a condição, como se em testamento é imposta ao herdeiro a obrigação de dar um certo predio a uma determinada pessoa, se ella tiver filhos, dando-se assim, entre a declaração da vontade e a realização do facto futuro e incerto, a suspensão dos effeitos que dessa declaração deviam resultar. No segundo caso, os effeitos do negocio juridico produzem-se, como se este não fôra condicional, mas esses effeitos ficam dependentes da realização do facto futuro e incerto, e deixam de produzir-se, considerando-se não effeituado o negocio juridico, no momento em que esse facto se verifica, como se um individuo fôr instituido legatario, com a condição de não casar com uma certa e determinada pessoa. Se esse casamento se verificar, perderá o legado.

Por vezes é difficil determinar se a condição é suspensiva ou resolutiva, devendo ter-se em consideração principalmente, para resolver as duvidas que a esse respeito podem suscitar-se, se o negocio juridico produziu de facto, ou, segundo a intenção das partes, deve produzir ou não immediatamente os seus effeitos. Essa difficuldade provém de que a condição resolutiva tambem é suspensiva.

Assim, no exemplo de condição suspensiva que démos, quando o individuo a quem foi deixado o legado morra sem descendentes, esse legado ficará pertencendo ao herdeiro do testador, sendo assim a condição suspensiva para o legatario resolutiva para o herdeiro, a quem os bens deixariam de pertencer no caso de o legatario ter descendentes. No exemplo que démos de condição resolutiva, a pessoa a quem os bens ficarão pertencendo, no caso de se verificar a condição, acha-se instituida sob condição suspensiva.

Considerada a condição suspensiva como um estado de pendencia, esse estado resolve-se no momento em que a condição se verifica; do mesmo modo, significando a condição resolutiva um estado provisorio em virtude de ficar dependente de um facto futuro e incerto, essa condição suspende a dissolução desse estado. Em relação, porém, aos effeitos do negocio juridico, a condição é, nos termos já expostos, suspensiva ou resolutiva.

Alguns jurisconsultos modernos, e designadamente GIORGI, orientando-se pela tradição romanista, sustentam que só póde considerar-se condicional o negocio juridico que fica dependente de condição suspensiva, devendo haver-se como puro o negocio resolutivamente condicionado: *purum sed sub conditione resolvitur*. «Mas, como nota MELUCCI, dizer que um negocio é *purum, sed sub conditione resolvitur*, é, quando não se faça mera questão de palavras, dizer que o negocio é *condicionado resolutivamente;* porque desde a sua constituição esse negocio foi querido pelo agente com o elemento consubstancial da possibilidade de se dissolver ou deixar de produzir effeitos em virtude de um determinado facto, o que de modo algum se coaduna com o caracter de negocio *purum,* pois este só existe, quando desde a sua constituição fique assegurada a sua definitiva e irrevogavel existencia e efficacia, em conformidade do seu conteúdo typico e normal».

A diversa natureza attribuida á condição suspensiva e á resolutiva funda-se principalmente em considerar a condição resolutiva como uma clausula ou convenção accessoria que destroe o effeito da convenção principal, havendo, para assim dizer, dois momentos successivos na declaração da vontade. Este conceito é, porém, inadmissivel, reconhecendo os proprios defensores da doutrina de que o negocio juridico sob condição resolutiva se não deve considerar condicional, que não ha dois contractos, mas um contracto só, representando a condição resolutiva não um novo accordo de vontades, «mas uma modificação accidental de um contracto já perfeito em todos os seus elementos essenciaes» (1).

(1) *Obr.* e tomo cit., pag. 351.

Ora essa modificação não é accidental considerada em relação á efficacia do negocio juridico. Verificada a condição, tanto se dissolve o negocio juridico, se a condição é resolutiva, como se constitue, se é suspensiva. Tanto num caso como noutro existe um estado de pendencia em virtude da propria declaração da vontade, a qual tem de considerar-se, como realmente é, indivisivel.

Quem vende uma casa ao ausentar-se para o Brasil, com a condição de que, se em virtude do seu estado de saude fôr obrigado a regressar ao reino dentro do prazo dum anno, fica com o mesmo direito de propriedade sobre a casa, com que, se a venda houvesse sido effeituada sob condição suspensiva, ficaria, verificada a condição, o comprador condicional. O proprio GIORGI reconhece que, em relação aos direitos reaes, se dá a convertibilidade das duas condições.

Em face do nosso codigo, é indubitavel que a condição resolutiva não póde deixar de considerar-se como tendo a natureza duma verdadeira condição, attribuindo-se-lhe effeito retroactivo (art. 680.º) e sendo-lhe applicavel, como veremos, a disposição consignada no artigo 682.º. E é sufficiente esta simples referencia para se vêr que não é uma questão meramente doutrinal a da natureza da condição resolutiva, derivando da solução que se lhe der importantes consequencias praticas.

É assim que, se o negocio realizado sob condição resolutiva se devesse considerar puro; se, correspondendo á condição resolutiva, não houvesse uma condição suspensiva, não deveria haver em relação á pessoa que, pela verificação da condição resolutiva adquirir um direito, a faculdade de exercer todos os actos necessarios para a conservação desse direito e até a de dispôr delle, considerando-o, como realmente é, de natureza eventual. Ora esta doutrina é, como vamos vêr, inadmissivel em face das disposições consignadas no nosso codigo.

181. *Effeitos da condição suspensiva.* Para a determinação dos effeitos da condição suspensiva, necessario é attender ás situações que dessa condição derivam: o periodo de pendencia, emquanto se não verifica o facto futuro e incerto, e a verificação positiva ou negativa desse facto. Estudaremos, portanto os effeitos da condição suspensiva: *a*) no estado de pendencia; *b*) quando se verifique a condição; *c*) quando esta se não verifique ou não se possa verificar.

a) *Condição suspensiva pendente.* Durante o tempo que medêa entre a declaração da vontade e a verificação positiva ou negativa da condição, ha um estado de pendencia do negocio juridico, que constitue uma situação especial regulada pelo direito, derivando desse estado direitos para o sujeito do direito condicional e obrigações para quem ficou onerado com a condição. Não se tracta duma mera expectativa, porque, verificado que seja o facto de que dependem os effeitos do negocio juridico condicional, esses effeitos produzem-se, como se a condição se houvesse verificado no proprio momento em que houve a declaração da vontade. Esta, sendo condicionada, é certa, sendo apenas incerto o facto de que ficou dependente a efficacia dessa declaração.

Daqui resulta, em primeiro logar, que os pactuantes, cujos contractos dependem de alguma condição, podem, ainda antes de esta se verificar, exercer os actos licitos necessarios á conservação do seu direito (art. 682.º), e o mesmo podem fazer as pessoas a quem, por um negocio juridico unilateral, pertence um direito condicional. Assim, tendo effeituado a compra dum predio sob condição suspensiva, posso fazer registar o titulo de adquisição na conservatoria; o legatario que seja instituido sob essa condição póde exigir caução para segurança do legado (art. 1849.º); quando o herdeiro seja instituido debaixo de condição suspensiva, a herança será posta em administração até que se cumpra a condição ou haja a certeza de que não póde cumprir-se (art. 1822.º).

Como o negocio juridico condicional produz effeitos garan-

tidos pelo direito, como o estado de pendencia delle resultante tem consistencia juridica, não representando uma simples expectativa, segue-se que os direitos condicionaes podem ser transmittidos tanto por actos entre vivos como *mortis causa*, sempre que por lei, ou por clausula do negocio juridico, a condição não deva verificar-se durante a vida da pessoa a quem pertence o direito condicional. Assim, se me pertencer um credito condicional em virtude dum contracto, posso ceder esse credito; se, em virtude duma doação condicional, me pudér vir a pertencer a propriedade dum predio, posso aliená-lo ou hypothecá-lo. O adquirente do credito e o comprador do predio ficarão exactamente nas mesmas condições em que eu me encontrava, só adquirindo o direito de credito ou de propriedade, quando se verifique a condição.

Em relação aos testamentos, dispõe-se no artigo 1759.º n.º 2.º que as disposições testamentarias caducam, e ficam sem effeito em relação aos herdeiros e aos legatarios, se a instituição de herdeiro ou o legado estiver dependente de condição, e os herdeiros ou os legatarios fallecerem antes que esta se verifique. Esta disposição constitue uma excepção ao principio por nós formulado, e, se não obsta a que o herdeiro ou o legatario transmittam o legado ou a herança em que sejam constituidos condicionalmente, essa transmissão só se torna effectiva no caso de a condição se verificar em vida do herdeiro ou do legatario (1).

(1) A disposição referida foi estabelecida no direito romano, e MELLO FREIRE e COELHO DA ROCHA já se haviam pronunciado contra ella. Eis o que diz COELHO DA ROCHA: «Nas leis romanas, o direito eventual dependente da condição suspensiva transmittia-se aos herdeiros, se era fundada na condição, L. 57. D. de *verb. oblig.*, § 25.º *Inst. de inut. stip.*: não assim nas disposições de ultima vontade. L. 4 e 5 § 1.º D. *quando dies legat.* Não é possivel descobrir a razão justa e satisfactoria desta differença: talvez se presumisse que nas instituições e legados o testador só quís beneficiar a pessoa do herdeiro, ou legatario, em attenção ao conhecimento, que della tinha. O citado MELLO adoptou a regra geral do direito romano de que se transmitte aos herdeiros e legatarios o direito eventual; a qual tambem se acha no *Cod. da Pr. cit.*, *Instituições*, § 700.º, nota. Veja-se MELLO FREIRE, *Institutiones juris civilis lusitani*, liv. III, tit. VI, § 13.º.

A razão que póde adduzir-se para justificar a doutrina sanccionada no n.º 2.º do artigo 1759.º é a de que o testador, na instituição de herdeiro ou de legatario, quer beneficiar as proprias pessoas e não os seus herdeiros, sendo assim as disposições de ultima vontade eminentemente pessoaes. A não transmissibilidade do direito hereditario dependente de condição suspensiva funda-se portanto na natureza desse direito e não da condição. No codigo civil allemão dispõe-se (art. 2074.º) que se o testador fizer uma disposição de ultima vontade sob condição suspensiva, em caso de duvida a disposição só deve ter effeito, se o instituido sobrevive á realização da condição.

b) *A condição suspensiva verifica-se.* No momento em que a condição se realiza, desapparece o estado de pendencia do negocio juridico, o qual se considera como um negocio puro desde o momento em que se realizou, e não desde que se verificou a condição. É assim que no artigo 678.º se dispõe que, se o contracto ficou dependente de alguma condição, se considera perfeito desde a sua celebração.

Verificada a condição, dá-se-lhe portanto effeito retroactivo. A este respeito dizia o auctor do codigo: «Falando a jurisconsultos (assim se exprime DUVERGIER) não será preciso dizer-lhes, que... quando um direito é subordinado a uma condição, e esta se consegue, o seu effeito se retrotrahe, no tempo em que o germen do direito se constituir. É a mesma doutrina que, entre nós, tambem ensinavam Portugal (Donat., part. I, § 2.º, n.º 3.º, e Phebo, 1.ª P. decis. 83, n.º 2.º) com as leis romanas, e muitos auctores que citam» (1).

O effeito retroactivo que se attribue á condição só póde justificar-se considerando ter sido essa a intenção das partes,

(1) *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho*, n.º 2, pag. 40. No artigo 771.º do projecto primitivo, correspondente ao artigo 678.º, dizia-se *consumado* em vez de *perfeito*. *Actas*, pag 587.

que, tornando dependentes de um facto futuro e incerto os effeitos do negocio juridico, quiseram que esses effeitos se produzissem desde o momento em que houve a declaração da vontade, logo que se verificasse o facto de que ficaram dependentes esses effeitos. Sendo esta a justificação do principio da retroactividade em materia de condições, vê-se que essa retroactividade póde ser excluida pelas partes, em relação a alguns effeitos do acto juridico, como expressamente o declara o codigo no artigo 680.º, que, embora respeite á condição resolutiva, contém doutrina igualmente applicavel á condição suspensiva.

E não é necessario, para que á condição não deva attribuir-se effeito retroactivo, que isso conste duma clausula especial do negocio juridico. Basta que a vontade haja sido declarada de modo que, em harmonia com as regras de interpretação normal dos negocios juridicos, a retroactividade da condição seja excluida.

Sendo retroactiva a condição, quaesquer actos que hajam sido praticados pela pessoa que se acha gravada com essa condição, e cujos effeitos estejam dependentes da sua não verificação, nenhuns effeitos produzem, desde o momento em que se verifique. Assim, se fôr vendido um predio sob condição suspensiva, e o proprietario, que está de posse do predio e que a elle tem direito emquanto se não verificar a condição, o alienar, hypothecar ou constituir nelle alguma servidão durante o estado de pendencia, esses actos, que eram, do mesmo modo que o direito do proprietario condicional, resoluveis, não terão effeito algum desde que a condição se verifique.

Do effeito retroactivo que á condição se attribue, resulta tambem que os fructos ou rendimentos que a cousa condicionalmente alienada haja produzido durante o estado de pendencia ficarão pertencendo ao adquirente, logo que a condição se verifique. A esta doutrina não tem até que fazer-se restricção alguma no que respeita aos herdeiros que sejam instituidos sob condição suspensiva, visto que os bens assim deixados são entregues a uma administração (artt. 1822.º e 1823.º), a qual terá de prestar contas. Tractando-se, porém, de actos entrevivos e de legados, necessario será ter em consideração as clausulas do contracto e a natureza deste, e, quanto aos legados, a disposição testamentaria, para se verificar se deve ou não attribuir-se á condição suspensiva, em relação aos rendimentos ou fructos que a cousa haja produzido, effeito retroactivo. É assim que, se se effeituar a venda dum predio sob a condição de que essa venda só produzirá os seus effeitos, se, dentro de tres annos, as inscripções attingirem uma determinada cotação, e o preço da venda só tiver de ser pago no momento em que se verifique a condição, intendemos que não podem ser exigidos pelo comprador os fructos ou rendimentos do predio, embora deva considerar-se, em harmonia com a disposição consignada no artigo 678.º, que a transferencia da propriedade se effeituou no momento em que se realizou o contracto. É tambem desde esse momento que se suppõe que é devido o preço, compensando-se assim os rendimentos da quantia, que devia ter sido entregue pelo comprador, com os rendimentos que o vendedor haja recebido. Em geral, o adquirente condicional por acto entrevivos ou por legado não terá direito aos fructos e rendimentos que a cousa produzir emquanto se não verificar a condição, derivando, sob esse ponto de vista, os mesmos effeitos da condição suspensiva que do termo.

Sobre o risco é que podem suscitar-se graves duvidas em face do nosso codigo.

Suppunhamos que foi vendido, sob condição suspensiva, um determinado objecto, e que, antes de se verificar a condição, esse objecto pereceu. Por conta de quem se dá o risco, desde que a condição se verifique: do vendedor ou do comprador?

No codigo civil francês (art. 1182.º) e no italiano (art. 1163.º

n.º 1.º) ha disposições expressas a esse respeito, attribuindo-se o risco ao vendedor. Parece que essas disposições se filiam no conceito de que, havendo perecido o objecto do negocio juridico, falta um dos requisitos necessarios deste, e que portanto, quando a condição se verifica, o negocio juridico já não subsiste e nenhuns effeitos póde produzir.

Um momento de reflexão convencer-nos-ha, porém, de que esse conceito não é exacto.

Dada a retroactividade da condição, considerando-se perfeito o negocio juridico, desde a sua celebração, logo que a condição se verifique, e, sendo certo por outro lado que a vontade não fica dependente da condição, dando-se esta dependencia apenas quanto aos effeitos do negocio juridico, segue-se que só devemos attender ao momento em que o negocio juridico se realiza, para verificar se nelle se dão ou não todos os requisitos que por lei se requerem para sua existencia ou validade. E nesses requisitos entra o objecto, que, existindo ao tempo em que se effeituou o contracto, mas perecendo posteriormente, parece que deve perecer por conta do adquirente, pois que, verificada a condição, como seu se considera desde o momento em que o contracto se realizou.

E julgamos que, em harmonia com a disposição consignada no artigo 678.º, é esta a doutrina que deve considerar-se sanccionada no codigo, não deixando de ser significativo o facto de nelle não se haver reproduzido a disposição consignada no artigo 1182.º do codigo civil francês, e ainda o de se equiparar, em relação ao tempo em que o contracto se considera perfeito, o contracto a termo e o contracto sob condição suspensiva, pois nenhuma duvida póde haver, em relação ao primeiro, que o risco corre por conta do adquirente.

Escusado será notar que, se o risco fôr devido a culpa, dar-se-ha a responsabilidade civil, ficando a pessoa, a quem o risco seja imputavel, responsavel por perdas e damnos, em harmonia com os principios geraes.

c) *Effeitos da condição suspensiva, quando se não verifica.* Se a condição se não realiza, o negocio juridico nenhuns effeitos produz, considerando-se como não effeituado desde o momento da sua celebração. Quaesquer actos que, em relação ao objecto desse negocio, hajam sido realizados pelo sujeito do direito condicional, ficarão immediatamente destituidos de qualquer efficacia juridica. É assim que, se elle houver alienado ou hypothecado esse objecto, tanto a alienação como a hypotheca não produzirão effeito algum.

183. *Effeitos da condição resolutiva.* a) *Durante o estado de pendencia do negocio juridico.* Quando o negocio juridico fica dependente de condição resolutiva, os seus effeitos começam a produzir-se no proprio momento em que o negocio se realiza, consistindo o estado de pendencia, determinado pela condição, em que, logo que a condição se verifique, o negocio juridico se haverá por desfeito, tendo cada um dos interessados de ser restituido aos direitos que tinha no momento do negocio juridico, se não houver qualquer estipulação em contrario (art. 680.º).

Durante o estado de pendencia, o adquirente póde, sendo considerado como proprietario ou credor condicional, realizar não só actos de administração, mas ainda de disposição, alienando ou onerando os bens e cedendo os creditos. É assim que, quem possue condicionalmente, ou com direito resoluvel, póde hypothecar debaixo das mesmas condições.

As pessoas para quem, no caso de se verificar a condição, tenham de passar os bens ou direitos, podem exercer todos os actos licitos necessarios á conservação do seu direito. É assim que se preceitua (art. 1848.º) que, se a herança ou legado fôr deixado sob a condição de que o herdeiro ou legatario não dê ou não faça tal cousa, poderão ser obrigados os dictos herdeiro ou legatario, a requerimento dos interessados, a prestar caução de que assim o cumprirão.

Tendo essas pessoas um direito eventual, tambem se nos afigura que podem dispor delle.

b) *No caso de se verificar o facto.* Como, verificando-se a condição resolutiva, o negocio juridico não só deixa de produzir effeitos, mas cada um dos interessados tem de ser restituido nos direitos que tinha ao momento do contracto, se outra cousa não tiver sido estipulada, segue-se que todos os actos de disposição que hajam sido effeituados pelo adquirente condicional ficarão sem effeito, no proprio momento em que a condição se realizar. Assim, se houver sido legado um predio com a condição, nos casos em que esta é admissivel, de que o legatario não case, e este houver alienado ou hypothecado esse predio, esses actos considerar-se-hão inexistentes logo que o legatario case, por isso que a pessoa, a quem o predio fica pertencendo no caso de se verificar a condição resolutiva, considerar-se-ha proprietaria desde o momento em que falleceu o auctor da herança, e não desde que se verifica a condição, sendo representante daquelle, e não do adquirente condicional.

É esta a doutrina que se acha claramente consignada no artigo 680.º, do qual se poderia inferir, combinando-o com o artigo 678.º, por isso que se dá, em relação á pessoa a quem os direitos ficam pertencendo no caso de se verificar a condição resolutiva, uma condição suspensiva, que os fructos ou rendimentos que o predio legado houvesse produzido deviam pertencer, no caso de se verificar a condição, á pessoa a quem o predio fica pertencendo.

É necessario, porém, ter a este respeito em consideração que não só póde haver clausula expressa em contrario, mas que, embora a não haja, se póde deprehender e em geral se deprehenderá do proprio negocio juridico que não foi essa a intenção das partes ou dos disponentes. É assim que, se num testamento fôr deixado um predio a uma pessoa, emquanto ella se conservar no estado de solteira ou de viuva, se deverá intender

que os fructos ou rendimentos desse predio lhe ficarão pertencendo emquanto não casar, por isso que o intuito do testador foi beneficiá-la, emquanto ella se conservasse no estado de solteira.

Em geral, e designadamente no que respeita a disposições testamentarias, é ao adquirente condicional que ficarão pertencendo os fructos ou rendimentos que hajam sido recebidos durante o estado de pendencia creado por uma condição resolutiva.

É pelos effeitos que da condição resolutiva propria derivam, que ella principalmente se distingue da condição resolutiva tacita ou legal. Esta condição não produz os seus effeitos em virtude duma vontade que se manifeste no proprio momento em que se realiza o negocio juridico e que torne os effeitos desse negocio de tal modo dependentes dum determinado facto, que, logo que este verifique, o negocio juridico se considere, em virtude dos proprios elementos que o formam, desfeito; a condição tacita ou legal fica dependente da vontade dos interessados, a qual tem de se manifestar, propondo a acção competente, quando se verifica o facto em virtude do qual se póde dar a rescisão do negocio juridico.

Assim, se um donatario não houver cumprido as obrigações que num contracto lhe foram impostas, ou se se dér algum facto mediante o qual e em virtude das disposições da lei a doação possa ser revogada, como a superveniencia de filhos do doador, quando este já seja casado ao tempo da doação, ou um acto de ingratidão por parte do donatario, o doador póde pedir a revogação da doação. Essa revogação não terá, porém, effeito retroactivo em relação aos actos que, quanto aos bens doados, hajam sido realizados entre o donatario e terceiros É assim que, se o donatario houver alienado ou hypothecado um predio ou constituido nelle uma servidão, todos esses actos ficarão subsistindo, no caso de a doação ser revogada (artt. 1484.º e 1489.º).

E não podia deixar de assim succeder, pois que de outro modo não se assegurariam devidamente os direitos de terceiros. Se, porém, no proprio contracto forem estabelecidos como condição factos que, em virtude da disposição da lei, determinariam a sua rescindibilidade, manifestando assim as partes, no proprio momento em que realizam o contracto, a vontade de que, pela verificação desses factos, o negocio juridico deixe de produzir effeitos, essa condição retroagirá ao momento em que o contracto se realizou, e os bens passarão para o transmittente, ou para a pessoa por elle determinada, livres de quaesquer encargos que nelles hajam sido impostos durante o tempo em que estiveram em poder da pessoa a quem pertenciam sob condição resolutiva.

Quando esses bens pereçam em virtude de caso fortuito ou de força maior, parece que a applicação do artigo 680.º leva a attribuir esse risco, quando se verifique a condição, á pessoa a quem, em virtude da dissolução do negocio juridico, os bens deveriam pertencer. Sendo cada um dos contrahentes restituido aos direitos que tinha no momento do contracto, o comprador sob condição resolutiva, quando os bens hajam perecido por facto que lhe não seja imputavel, terá direito ao preço, e o vendedor, se as cousas houverem perecido em virtude de culpa do comprador, terá direito a indemnização de perdas e damnos.

c) *No caso de não se verificar a condição resolutiva.* Neste caso, o negocio juridico considera-se definitivamente efficaz, ficando validados todos os actos que hajam sido praticados pelo adquirente condicional desde o momento em que o negocio juridico se realizou, e considerando-se insubsistentes os que tenham sido praticados pelo transmittente ou pelas pessoas a quem os bens ficariam pertencendo no caso de se verificar a condição.

183. *Quando se considera verificada a condição.* Quer a condição seja casual, quer potestativa ou mixta, considera-se verificada, sendo affirmativa, no momento em que se realiza o facto previsto pelos auctores do negocio juridico e nas circumstancias por elles fixadas, e considera-se não verificada no caso contrario. Entre as circumstancias em que o facto se ha de produzir, deve ter-se em especial consideração o tempo. Quando este seja determinado, a verificação da condição em tempo posterior ao fixado não produz effeito algum. Assim, se houver vendido um predio sob a condição de que essa venda ficará sem effeito se, durante um anno, receber os bens duma herança em litigio, decorrido que seja o anno, a condição considera-se não verificada, ficando o contracto definitivo. Se a condição é negativa, verifica-se pela não realização do facto. Se é fixado tempo, a realização do facto só póde dar-se, para que tenha effeitos em relação ao negocio juridico, durante esse tempo.

Quando não haja sido fixado prazo para a realização ou não realização do facto, a condição póde, em regra, verificar-se a qualquer tempo, mas haver-se-ha por não verificada, logo que haja a certeza de que se não póde verificar (art. 678.º). Assim, se forem deixados bens a uma mulher no caso de ella ter filhos, logo que se verifique, pela sua idade, ou por exame feito por peritos, que ella os não póde ter, essa condição considerar-se-ha não verificada.

Em relação ás condições estabelecidas em testamento é necessario ter em consideração a disposição consignada no artigo 1759.º n.º 2.º, em virtude da qual a condição se considera como não verificada, quando se verifique posteriormente ao fallecimento do herdeiro ou do legatario instituido. E nos proprios negocios entrevivos casos ha em que a condição deve, embora não haja sido fixado tempo, verificar-se em vida dos interessados, o que succede ordinariamente nas condições potestativas ou mixtas. É necessario, porém, até em relação a estas condições, verificar se a intenção das partes foi de que o facto fosse ou não, conforme a condição é affirmativa ou

negativa, realizado por uma determinada pessoa. Assim, quem se obrigue a pagar uma determinada quantia, se fôr tapada a pedra e cal uma janella dum predio, póde constituir-se nessa obrigação de modo que tenha de pagar essa quantia ao representante do proprietario do predio com quem realizou o contracto. Quando as condições casuaes consistam num facto de terceiro, é necessario verificar tambem se as partes tiveram em consideração uma determinada pessoa.

A respeito destas condições dispõe-se (art. 681.º) que, se a realização do contracto depender de terceiro e este fôr induzido dolosamente a resolvê-lo, julgar-se-ha não resolvido. Como as partes, tornando a resolução do contracto dependente de terceiro, o fizeram em virtude do juizo que acerca delle formavam, sempre que elle não proceda por iniciativa propria, mas em virtude de quaesquer artificios que para esse fim se usem, o facto não se realiza nas condições previstas pelas partes, e portanto a condição deve considerar-se como não verificada, sendo indifferente que o dolo tenha como auctores as proprias partes ou um terceiro, embora este não tenha interesse algum em que a condição se verifique.

No artigo 679.º preceitua-se que se julgará preenchida a condição que não se verificar por facto daquelle que se obrigou condicionalmente, salvo se este obrar nos limites do seu direito. Esta disposição, que havia sido estabelecida já no direito romano, funda-se em que os contractos têem de ser pontualmente cumpridos (art. 674.º), devendo na sua execução os contrahentes proceder em harmonia com as regras da boa fé. Manifestando as partes a vontade de que se dêem certos effeitos juridicos, logo que se verifique um facto futuro e incerto, quando a parte, que se haja obrigado sob condição, obste por qualquer fórma a que esse facto se realize, não cumprirá o contracto.

A disposição referida applica-se principalmente ás condições potestativas e mixtas, mas póde applicar-se tambem ás meramente casuaes. É assim que, se o proprietario dum navio se constituir na obrigação de dar a quantia de cem mil réis no caso de elle chegar ao porto de Lisboa dentro de certo prazo, e dér ordem ao commandante para que se demore num determinado porto, sem que tal demora fosse necessaria, e em virtude disso o navio dér entrada no porto depois do prazo fixado, a condição considerar-se-ha verificada. Quando, porém, o proprietario do navio justifique a ordem que deu, mostrando-se, em vista dos factos por elle allegados e provados, que a haveria dado embora não se houvesse obrigado a entregar a referida quantia, a condição considerar-se-ha como não verificada.

Nas condições potestativas, para se verificar se a condição deve ou não considerar-se preenchida por facto de quem se obrigou condicionalmente, é necessario attender principalmente aos termos em que a condição foi posta. Se eu me obrigo a vender um predio por um determinado preço, quando realize a compra doutro predio, e deixo de comprar este predio, porque o não quís comprar, e do contracto se vê que eu devia empregar para essa compra todas as diligencias, a condição dever-se-ha haver como preenchida, nos termos do artigo 679.º. Se, porém, o contracto fôr feito em termos que ficou completamente no meu arbitrio comprar ou não comprar o predio, já a condição se não póde considerar preenchida pelo facto de eu o não comprar, porque tinha, em virtude do contracto, completa liberdade a tal respeito e procedi portanto dentro dos limites do meu direito.

A condição póde considerar-se tambem preenchida, quando a pessoa, a favor de quem a condição haja sido estabelecida, renuncie a ella.

Assim, se eu vendo um predio sob a condição de que um meu vizinho me dê servidão de passagem por um predio delle para a minha casa, e renuncio mais tarde a essa servidão, a condição considerar-se-ha verificada.

184. *Termo. Termo (dies)* é a declaração em virtude da qual o negocio juridico produzirá effeito ou deixará de o produzir num momento prefixado.

O termo distingue-se da condição em que os effeitos da declaração da vontade não são incertos. Esses effeitos verificam-se, sendo apenas differida ou adiada a execução do negocio juridico, se pelo termo o negocio juridico só deve produzir os seus effeitos decorrido que seja um certo prazo; e, se esses effeitos se produzem immediatamente, mas deverem terminar num momento prefixado, até este momento o negocio juridico tem toda a sua efficacia.

Se se determina o momento em que a relação juridica começa a ser exercida, o termo chama-se *primordial, inicial* ou *suspensivo (dies a quo, in diem)*; se é fixado o momento em que o exercicio da relação juridica cessa, o termo denomina-se *final, extinctivo* ou *resolutivo (dies ad quam, ad diem)*.

O termo póde ser fixado com referencia ao calendario, como se é designado um dia, ou o prazo dum anno, podendo essa referencia dar-se em relação ao calendario e a outro facto, como se é fixado um anno depois que morreu uma determinada pessoa: *dies certus an, certus quando*. O termo póde ser fixado em relação a um facto futuro, cuja verificação é certa, mas incerto o momento em que se dará, como no caso de se designar o dia da morte de João: *dies certus an, incertus quando*. Póde o termo ser fixado com referencia a um facto, que póde deixar de dar-se, mas que, a verificar-se, terá logar num determinado momento do calendario, como se fôr deixado um legado a Pedro quando elle attingir a maioridade: *dies incertus an, certus quando*. Póde finalmente o termo ser indicado em relação a um facto, cuja verificação não só seja incerta, mas seja incerto tambem o momento do calendario em que se dará, como se João se obriga a entregar um objecto no dia do seu casamento: *dies incertus an, incertus quando*.

Só o momento fixado com referencia ao calendario ou a um facto cuja verificação é certa, se póde chamar propriamente termo. Quando é incerto o facto, e quer essa incerteza se dê só na sua verificação quer em relação a esta e ao momento em que terá logar, póde deixar de haver o termo e haver uma condição, e é esta até a hypothese que ordinariamente se verificará. Assim, deixando-se num testamento um legado a Antonio, quando elle attingir a maioridade, o que deve deprehender-se de tal disposição é que o testador o quis contemplar com esse legado, se elle attingir a maioridade.

Póde, porém, resultar do testamento que o testador apenas quís indicar o momento em que o legado devia ser entregue, e, neste caso, não se applicará a disposição consignada no artigo 1759.º n.º 2.º, mas no artigo 1810.º, pois que, fixando-se apenas pelo dia da maioridade o tempo em que deve executar-se a disposição, o direito ao legado foi adquirido no proprio momento em que o testador falleceu, e transmittiu-se aos herdeiros do legatario. Só o uso das palavras *se* ou *quando* não é sufficiente para precisar qual fosse a intenção do testador, pois que tambem se póde exprimir uma condição pelo adverbio *quando*.

O que dizemos em relação aos testamentos, applica-se do mesmo modo aos actos entrevivos. Assim, quem se obrigou a uma determinada prestação no dia do seu casamento, deve intender-se que assumiu essa obrigação sob a condição de contrahir matrimonio.

O termo póde resultar da propria natureza do negocio juridico ou do modo como elle deve ser cumprido, havendo então o que se chama termo *tacito* ou *implicito* (art. 743.º). Assim, se fôr vendido o azeite dum determinado predio, ou se tiver de ser cumprido um mandato no Brazil, intende-se que o azeite só póde ser exigido quando houver sido preparado, e que para a execução do mandato se deu o tempo necessario.

O termo é, na falta de estipulação das partes, fixado por lei ou pelo costume, e factos ha em virtude dos quaes, em-

bora haja sido fixado prazo para o cumprimento duma obrigação, esta póde ser exigida antes de haver decorrido esse prazo (art. 741.º).

Relações juridicas ha para as quaes não póde ser fixado termo. É assim que no artigo 1747.º se declara que a designação do tempo em que deve começar ou cessar a instituição de herdeiro, se haverá por não escripta. Essa fixação produzirá assim os mesmos effeitos que uma condição impossivel.

185. *Modo.* Além da condição e do termo, ha ainda outra clausula accessoria que, embora tenha uma natureza diversa daquellas, é em geral designada no nosso codigo pelas palavras *condição* e *encargo,* e que na linguagem dos jurisconsultos se chama *modo.* Esta clausula accessoria, que é propria das doações e dos testamentos, isto é, das disposições a titulo gratuito, consiste nas restricções que são impostas ao donatario, herdeiro ou legatario, restricções que podem respeitar ao uso ou destino que devem ter as cousas doadas ou deixadas, ou consistir em prestações que, em beneficio de determinadas pessoas, incluindo o proprio doador, tenham de ser pagas por quem recebe a liberalidade.

Nos contractos a titulo oneroso não existe esta clausula accessoria, porque, constituindo as obrigações assumidas por uma das partes a causa das obrigações que ficam pesando sobre a outra, a rescisão do contracto, quando uma das partes não cumpra, resulta do proprio conteúdo do contracto, e não representa uma clausula accessoria, em virtude da qual se póde dar a revogação duma liberalidade, como consequencia do não cumprimento das obrigações ou restricções que á pessoa por ella contemplada sejam impostas.

O modo representa uma reducção no valor economico da liberalidade, podendo até absorver completamente esse valor, e, no que respeita á sua efficacia juridica, esta póde desenvolver-se sob um duplo aspecto: *a)* os interessados podem

exigir o cumprimento das obrigações, que ao donatario, herdeiro ou legatario hajam sido impostas, e, quando se tracte de prestações que sejam feitas no interesse publico, esse cumprimento póde ser exigido pelas entidades, que especialmente hajam sido indicadas para esse effeito, ou pelas auctoridades competentes; *b)* no caso de não cumprimento do modo, podem os interessados pedir a revogação da liberalidade.

Sendo feita a restricção da liberalidade em beneficio de terceiro, este póde exigir o cumprimento das obrigações que hajam sido acceitas pelo donatario ou legatario, antes que o doador ou os herdeiros do testador proponham a acção de revogação. Essas obrigações resultam dum negocio juridico em proveito de terceiro, que, pela acceitação deste, produziu todos os seus effeitos. É necessario ter em vista este aspecto especial do modo, para verificar praticamente se é ou não admissivel a acção de revogação da liberalidade.

Da efficacia juridica do modo resulta que elle se distingue da condição, em que no modo, ao contrario do que nesta se dá, não fica suspensa ou incerta a existencia do negocio juridico, e que se distingue do termo, em que por elle não é differido ou finaliza o exercicio dos direitos que derivam do negocio juridico.

O modo não póde até considerar-se como uma condição resolutiva, no caso em que seja permittida a revogação da liberalidade, porque essa revogação, quando tenha por fundamento o não cumprimento das obrigações impostas, não tem, como a condição resolutiva, effeito retroactivo em relação a terceiros, nem o devia ter, pois não resulta da declaração da vontade pela qual se constituiu o negocio juridico.

O modo confunde-se por vezes com a condição, sendo em alguns casos difficil determinar, pelo conteúdo do negocio juridico, se o auctor da liberalidade tornou ou não dependente a sua efficacia da realização de determinados factos. Quando haja duvidas a este respeito, parece que a clausula deverá

considerar-se antes modal do que condicional, porque aquella harmoniza-se mais com a efficacia normal do negocio juridico.

Quando o cumprimento do modo se torne impossivel, aquelle a quem elle fôr imposto não fica obrigado a satisfazê-lo, sem que por esse facto possa ser revogada a liberalidade; e quando apenas haja conselhos ou recommendações no proprio interesse da pessoa a quem é feita a liberalidade, o modo não dará logar á formação de nenhum vinculo juridico.

186. *A presupposição.* WINDSCHEID, vendo no modo um conceito economico e não juridico, porque apenas envolve uma autolimitação da vontade pela diminuição do valor da liberalidade originaria, substituiu a esse conceito o de *presupposição*, que representa uma nova categoria de determinações accessorias, por elle creada.

Para WINDSCHEID, *presupposição* é uma condição não desenvolvida, ou uma limitação da vontade que não chega a revestir a fórma de condição. Na condição, a vontade manifesta-se de modo que os effeitos do negocio juridico ficam dependentes dum facto; na presupposição não se estabelece formalmente essa dependencia. Donde resulta que os effeitos juridicos subsistem, embora a presupposição, isto é, o estado de facto que representa a verdadeira e propria vontade do auctor do negocio juridico, não se verifique, ficando assim formalmente justificada, mas não substancialmente, a razão dessa subsistencia.

A presupposição póde, segundo WINDSCHEID, ser expressa ou tacita, constando duma clausula accessoria ou resultando do conjuncto das declarações da vontade.

Como nos negocios juridicos a vontade tem sempre um fim, com a designação deste exprime-se necessariamente uma presupposição, por isso que, se o fim do negocio juridico não se realiza ou não se póde realizar, os effeitos que do negocio juridico derivam não correspondem á verdadeira vontade dos seus auctores. Assim, se pago uma determinada quantia por-

que julgo, em virtude de erro, que a devo, quando realmente o individuo a quem a paguei não seja meu credor, deixará de existir a presupposição em virtude da qual effeituei o pagamento e deve ser-me reconhecido o direito de repetir o que haja pago.

Quando nos negocios juridicos se estabelece um onus para quem recebe uma cousa, o cumprimento desse onus representa uma presupposição da vontade, pois que, estando esse onus inherente á attribuição da cousa, quando elle não seja cumprido, a attribuição não deve subsistir. Assim, quem deixa um legado com a obrigação para o legatario de dar annualmente uma certa quantia aos pobres duma determinada localidade, intende-se que, se não é cumprida essa clausula, não quer que elle seja legatario.

A presupposição póde resultar ainda de circumstancias concomitantes da declaração da vontade, ou que se deprehendam della, sem que sejam expressamente declaradas, mas devendo ser conhecidas, ou podendo sê-lo, se o negocio juridico é entrevivos, pela parte em cuja vantagem se fez a declaração da vontade; e, se o negocio é de ultima vontade, é necessario que se verifique que o testador só quís na presupposição de um determinado estado de cousas, devendo a declaração da sua vontade ser considerada efficaz ou inefficaz logo que se possa provar que, se o testador houvesse conhecido o verdadeiro estado das cousas, teria feito ou não uma determinada disposição. Assim, se o testador, ignorando que tinha filhos, houver instituido outrem herdeiro, essa instituição não deve considerar-se subsistente, caducando de direito (art. 1814.º). O doador que seja casado ao tempo da doação e não tenha filhos, deve intender-se que faz a doação na presupposição de que os não venha a ter, attribuindo-se-lhe portanto o poder de revogar essa doação pela superveniencia de filhos, e tambem deve attribuir-se a faculdade de a revogar ao doador, quando o donatario pratique certos actos de ingratidão para com elle,

por isso mesmo que, se o doador previsse a ingratidão, não a haveria feito (artt. 1482.º, 1483.º e 1488.º).

A presupposição póde, como a condição, ser licita ou illicita, devendo os effeitos da presupposição illicita nas declarações de ultima vontade ser considerada como não escripta, não annullando a disposição.

No nosso codigo civil não ha disposição alguma, da mesma maneira que em relação ao modo, onde se formule a theoria da presupposição, a qual tem sido vivamente criticada, e o nosso legislador nem sequer usou dessa designação. Afigura-se-nos todavia possivel integrar o conceito do modo num conceito juridico mais amplo, que seja applicavel tanto aos negocios juridicos unilateraes como aos bilateraes, e ha sem duvida no nosso codigo civil disposições em que, como as consignadas nos artigos 741.º, 860.º n.º 4.º, 901.º, 1482.º, 1513.º, 1607.º n.º 2.º, 1814.º, se dá ou póde dar a revogação ou resolução dos negocios juridicos, em virtude de circumstancias pelas quaes deixou de existir a situação de facto ou de direito que a conformação do negocio juridico, tal como resulta da manifestação tacita ou expressa da vontade, leva a presumir que as partes consideraram como elemento decisivo da vontade, no momento em que esta se manifestou para a constituição do negocio juridico. Nestes casos, se o negocio juridico conservasse a sua efficacia, esta deixaria de ser conforme á vontade, pois esta manifestou-se em certas circumstancias de facto ou de direito, ou na convicção de que ellas se haviam dado ou dariam, e portanto, desde que essas circumstancias faltem, não se póde intender que a vontade subsista.

Sendo esta a nossa opinião, devemos notar que o modo por que WINDSCHEID expõe a theoria da presupposição póde levar a confundir esta theoria com a da causa dos negocios juridicos, a qual, sendo elemento essencial, não póde entrar de modo algum no conceito das determinações accessorias, pois que a falta de causa ou o seu caracter illicito determina a inexistencia

do negocio juridico. Devemos observar ainda que a theoria do erro, como vicio da vontade, entra no conceito de presupposição tal como é definido por WINDSCHEID, e se, para determinar a influencia do erro na annullação dos negocios juridicos, se deve attender á vontade declarada, garantindo-se assim os interesses sociaes, na presupposição tambem deve attender-se só á declaração expressa da vontade e ás circumstancias que se deprehenda do proprio conteúdo do negocio juridico haverem determinado a vontade de quem realiza esse negocio, devendo ainda resultar do proprio conteúdo delle ou das circumstancias, quando seja bilateral, que a presupposição era ou podia ser conhecida da outra parte.

A sancção do principio de que podem ser rescindidos quaesquer negocios juridicos, sempre que a realidade das cousas não seja conforme ao que os seus auctores presupposeram, e a admissibilidade de qualquer prova a esse respeito, incluindo as presumpções, póde dar logar a graves arbitrariedades por parte do poder judicial, e teria sem duvida alguma os mesmos inconvenientes que o systema da vontade real para a annullação dos negocios juridicos em virtude do erro.

Nos termos referidos poderia acceitar-se, porém, a theoria da presupposição, de que os artigos que citámos não representariam mais do que uma applicação.

187. *Da clausula penal.* O codigo civil tracta da *clausula penal* no mesmo capitulo em que se occupa das *condições* e *clausulas dos contractos,* e por isso, embora a clausula penal não constitua uma *clausula accessoria,* mas um *negocio juridico accessorio,* daremos aqui a noção de clausula penal e determinaremos os seus effeitos.

A *clausula penal* é uma convenção accessoria pela qual se estipula certa prestação para o caso do não cumprimento do contracto, ou de este não se realizar no tempo prefixado (artt. 673.º e 676.º § 2.º). A clausula penal tem por fim reforçar

o vinculo contractual, estabelecendo-se, para o caso do seu não cumprimento, uma indemnização convencional, cujo quantitativo póde ser maior que os damnos resultantes do não cumprimento.

Sendo um pacto accessorio, não póde subsistir se o contracto fôr nullo, e da sua nullidade não póde resultar a nullidade do contracto (art. 673.º). Esta disposição, que está em harmonia com a natureza da clausula penal, tem ainda por fim evitar que produzam effeitos juridicos os contractos que são nullos, e que se illudam assim as disposições legaes por que essa nullidade é comminada.

A clausula penal é estabelecida por livre vontade das partes, da qual fica dependente a sua importancia (art. 674.º), e não póde ser por isso alterada pelo prudente arbitrio do juiz, salvo quando a obrigação contrahida haja sido realizada em parte, caso em que se póde judicialmente, tendo em consideração todas as circumstancias, reduzir proporcionalmente a pena (art. 675.º). Se as partes tiverem, porém, pactuado a pena para o caso de se não cumprir integralmente a obrigação, ou se a clausula penal tiver de se applicar em virtude da simples móra na execução do contracto, não tem logar essa reducção.

Quanto á clausula penal respeitante ao não cumprimento do contracto, é necessario distinguir, para se determinar os casos em que ella tem logar, as seguintes hypotheses: *a*) haver um dos pactuantes cumprido aquillo a que se obrigou; *b*) não haver nenhum dos pactuantes cumprido o contracto, e só um delles se prestar a cumpri-lo.

No primeiro caso, a parte que cumpriu aquillo a que se obrigou póde exigir da que não houver satisfeito não só a prestação que houver effeituado, ou a competente indemnização, mas tambem a pena convencional estipulada (art. 676.º).

No segundo, o pactuante que se prestar a cumprir o contracto póde exigir do outro ou só a execução do contracto ou a correspondente indemnização, ou só a pena convencional;

mas nunca uma e outra cousa simultaneamente (art. 676.º § 1.º) (1).

Neste caso, existe uma obrigação alternativa, pertencendo ao pactuante que se presta a cumprir o contracto a escolha do objecto da prestação.

A pena não póde tornar-se effectiva, se o que contrahiu a obrigação foi impedido de a cumprir por facto do credor, por caso fortuito ou força maior (art. 677.º). É necessario portanto, para que o contrahente que falta ao cumprimento do contracto, ou que o não cumpre no prazo prefixado, seja responsavel pela pena, que haja culpa ou negligencia da sua parte.

Tem estreita relação com a clausula penal o *signal*, que consiste numa quantia ou num objecto determinado que uma das partes dá antecipadamente á outra, para se assegurar o cumprimento do contracto, logo que este é concluido. O signal póde ser dado tambem como garantia duma promessa *de contrahendo* (art. 1548.º).

Se a parte que houver dado o signal não cumprir o contracto, perdê-lo-ha; e, se fôr a outra parte que o não cumpra, terá de restituir o signal em dobro, se este consistir em dinheiro, ou o objecto que recebeu e o preço correspondente, não se podendo exigir o cumprimento do contracto, sempre que pelas circumstancias em que este se realizou se verifique que, pela perda do signal, as partes ficam desligadas do seu cumprimento.

(1) Acerca do artigo 676.º e § 1.º foram votados pela commissão revisora os seguintes quesitos: «1.º Se um dos pactuantes satisfizer pela sua parte, póde exigir do outro, além do que prestou, a pena convencional? Decidiu-se que sim. 2.º Se um dos pactuantes se offerece pela sua parte a cumprir o contracto e o outro não quer satisfazer pela sua, póde o primeiro exigir sómente o valor da cousa, ou a pena, ou ambas simultaneamente? Decidiu-se que não póde exigir ambas. Se póde ter logar a pena convencional pela simples móra? Decidiu-se que sim». Vejam-se as *Actas*, pag. 86.

Desfazendo-se o contracto por mutuo accordo, ou tornando-se impossivel a sua execução sem culpa da parte de quem deu o signal, este tem de ser-lhe restituido. Cumprido o contracto, entender-se-ha que o signal foi um adiantamento por conta do preço.

§ 41 — *Da interpretação dos negocios juridicos*

CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 403; SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pag. 194; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 535; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, parte I, pag. 370.

188. *Considerações geraes.* Nos negocios juridicos domina o principio da autonomia da vontade. Dentro dos limites que ás actividades sociaes são impostas pela ordem juridica, podem estas constituir livremente as relações sociaes, conformando-se ou não com o modo por que essas relações se acham abstractamente reguladas no direito objectivo. O negocio juridico fica sendo a norma reguladora dessas relações, que, representando um producto da vontade, se tornam obrigatorias para as pessoas entre quem se constituem. É assim que no artigo 702.º se declara que os contractos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos, não podendo ser revogados ou alterados, senão por mutuo consentimento dos contrahentes, salvas as excepções especificadas na lei. Póde, pois, dizer-se que os contractos têem força de lei entre as partes.

Essa força deriva do direito objectivo, mas a causa immediata das relações que por este direito são garantidas é a vontade, que, havendo-se manifestado em condições de ser reconhecida pelo direito, cria uma situação subjectiva em virtude da qual não podem deixar de cumprir-se as obrigações que della resultam, sem o consentimento das pessoas para com quem hajam sido assumidas essas obrigações.

Sendo a vontade a fonte directa e immediata das relações sociaes que pelos negocios juridicos se formam, é pela declaração que ella se ha de reconstituir, e, quando a declaração não exprima dum modo claro e preciso o conteúdo do negocio juridico, é necessario recorrer a meios ou processos de interpretação para determinar esse conteúdo, ou o fim que as partes se proposeram realizar.

Para fixar os limites dentro dos quaes se póde investigar esse conteúdo, recordaremos que ha disposições legaes que têem por fim regulamentar, na falta de expressa ou especial estipulação das partes, os effeitos dos negocios juridicos, e que outras ha que, baseando-se na presumida vontade das partes, pelo sentido que geralmente se attribue a certas clausulas, declaram qual a significação que, em caso de duvida, deve ligar-se a essas clausulas. As primeiras são as leis suppletivas e estas as interpretativas.

Em relação ás leis suppletivas, estas não podem deixar de applicar-se sempre que, em relação ás consequencias que em harmonia com ellas derivam dos negocios juridicos, não haja uma clausula em virtude da qual o negocio juridico seja regulado pelos seus auctores de modo diverso do que o é pela lei. É assim que no artigo 704.º se declara que os contractos obrigam tanto ao que nelles é expresso, como ás suas consequencias usuaes e legaes, consequencias que têem de ser determinadas em harmonia com a lei em vigor ao tempo em que o negocio juridico adquire efficacia.

Quando para os negocios juridicos se exigem certas formalidades, a exclusão dos elementos que são da natureza desses negocios só póde fazer-se com essas formalidades, e, quanto aos negocios juridicos em que a vontade se póde manifestar por qualquer modo, é necessario que a vontade das partes haja sido declarada no sentido de se excluir a applicação das leis suppletivas, para que estas se não integrem no negocio juridico. Quando nos negocios juridicos haja completa omissão

a tal respeito, não póde o juiz investigar se as partes quiseram ou não conformar-se com as disposições da lei, recorrendo a quaesquer meios pelos quaes se reconstitua o processo psychico da manifestação da vontade; e, quando haja duvida, em virtude do modo por que se manifestou a vontade, sobre se os auctores do negocio juridico quiseram ou não modificar ou alterar os seus elementos naturaes, é em harmonia com estes elementos que se tem de determinar o conteúdo dos negocios juridicos, pois é de presumir que fosse intenção das partes conformarem-se com as disposições da lei.

Relativamente ás leis interpretativas, tendo ellas por fim evitar as duvidas que os negocios juridicos podem suscitar, o juiz só tem de as applicar quando não se convença, pelo modo por que se fez a declaração da vontade, e pela ponderação de todas as circumstancias que a possam esclarecer, que o sentido que as partes ligaram a essas clausulas não é o que se acha fixado na lei. Quando no seu espirito se haja formado tal convicção, é a vontade das partes que deve ser acatada, pois que as leis interpretativas têem principalmente por fim resolver as duvidas que os negocios juridicos podem suscitar, constituindo assim, no sentido de que se relacionam com uma vontade declarada, disposições de caracter subjectivo. É assim que, nos casos especificados nos artigos 378.º, 1461.º e 1714.º, dever-se-ha dar á declaração da vontade o sentido que a lei lhe attribue, quando do negocio juridico, considerado na sua complexidade, não resulte que foi outra a intenção dos seus auctores.

Considerando-se as normas suppletivas como fazendo parte integrante dos negocios juridicos, e fixados os limites dentro dos quaes, em virtude dos principios da ordem juridica, esses negocios podem produzir effeitos, a determinação destes effeitos deve fazer-se pela vontade dos seus auctores. A vontade, porém, a que tem de se attender é a declarada, sendo pelo momento em que ella se manifesta que se ha de reconstituir

a vontade real, e não sendo permittido, quando essa declaração tenha um sentido preciso, designadamente nos negocios bilateraes, em que ha a acceitação da outra parte, attribuir a essa declaração uma significação diversa da que, segundo o sentido commum das palavras, a natureza do negocio e as circumstancias, deve ter: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.*

É a esses elementos que, segundo o disposto no artigo 684.º, se deve attender para determinar qual fosse a intenção ou vontade dos contrahentes.

Nos negocios juridicos bilateraes não tem só que se verificar qual seja a intenção de cada uma das partes, mas se existe o *in idem placitum consensus*, devendo os contractos considerar-se nullos ou inexistentes, sempre que a proposta e a acceitação se não possam harmonizar entre si. Quando a proposta seja ambigua, e possa determinar-se, pelas circumstancias e natureza do contracto, que o sentido que o auctor da proposta lhe ligou era diverso do que o acceitante lhe attribuiu, e que não ha, para aquelle, responsabilidade alguma em este considerar o contracto como perfeito, esse contracto deverá tambem considerar-se inexistente.

Não tem, neste caso, cabimento a theoria do erro como vicio da vontade. Pela interpretação do contracto, verifica-se que falta um dos requisitos necessarios para a sua existencia juridica.

Quanto aos negocios juridicos unilateraes, tem que se attender só á vontade do seu auctor. É assim que no artigo 1761.º se declara que, em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria, observar-se-ha o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento.

Nestes negocios, como a declaração da vontade tem efficacia de per si, só tem que determinar-se qual fosse a intenção do auctor do negocio juridico e não a que a pessoa, em

relação á qual o negocio juridico deve produzir effeitos, lhe attribuiu.

189. *Regras de interpretação dos negocios juridicos.* Na interpretação dos negocios juridicos deve ter-se sempre em vista que é a intenção das partes que cumpre determinar, e que esta determinação deve fazer-se pela manifestação da vontade e em harmonia com os interesses que por ella se constituem. Na investigação da vontade dos auctores dum negocio juridico não se procura determinar directamente qual fosse a sua vontade psychica, mas a sua vontade juridica, objectivada na declaração e nos interesses por esta regulados. As regras que se acham fixadas na lei para essa interpretação não têem nem podem ter um valor absoluto, devendo ser applicadas de fórma que se adaptem ás circumstancia em que o negocio juridico se constitue, que são multiplices e variaveis.

Em primeiro logar é á significação das palavras, por que as partes exprimiram o seu pensamento, que se tem de attender para verificar qual fosse a sua intenção, e, para apurar essa significação, não é só o valor que essas palavras têem na linguagem que cumpre determinar, sendo necessario ter em consideração o uso dessas palavras conforme o logar e o tempo, e ainda o que seja especial das partes.

Quando não possa definir-se o conteúdo do negocio juridico pelas palavras de que usaram os seus auctores, em virtude da sua impropriedade ou de contradicções que por ventura haja entre as suas clausulas, dever-se-ha considerar o negocio juridico em toda a sua complexidade para, pelo confronto dessas clausulas, pela sua combinação, se esclarecer o sentido de cada uma dellas, harmonizando-as de fórma que venham a constituir um todo unitario.

Quando não seja possivel ainda assim determinar qual o sentido duma ou doutra clausula, como as partes, ao realizarem o negocio juridico, tiveram a intenção de conseguir um determinado fim, que constitue o objecto principal do negocio, este deve considerar-se existente, se esse fim póde ser determinado. Se as duvidas recaem, porém, sobre o proprio fim que as partes tiveram em vista ou sobre o objecto principal do contracto, este não póde deixar de considerar-se inexistente (art. 684.º).

Quanto ás clausulas accessorias, cujo sentido não possa ser reconstituido, preceitúa o artigo 685.º que devem observar-se as seguintes regras:

1.º Se o contracto fôr gratuito, resolver-se-ha a duvida pela menor transmissão de direitos e interesses;

2.º Se o contracto fôr oneroso, resolver-se-ha a duvida pela maior reciprocidade de interesses.

Fundam-se estas regras em que, sendo os negocios juridicos destinados a regular interesses, a natureza destes não póde deixar de ser tomada em consideração para determinar a vontade juridica das partes, presumindo-se que foram regulados em harmonia com as normas da equidade. Quando o contracto seja gratuito, não ha duvida alguma de que, tendo uma das partes por fim auferir lucros e a outra evitar prejuizos, aquella deve provar precisamente o seu direito: *semper in obscuris quod minimum est sequimur*.

A indole ou natureza do negocio juridico póde até revelar qual fosse a intenção das partes sobre os seus elementos essenciaes. Assim, effeituando-se um contracto de arrendamento por tres annos e fixando-se a renda de um conto de reis, sem se determinar o lapso de tempo a que essa renda respeita, deverá intender-se, em harmonia com a natureza do contracto, que a quantia fixada respeita a um anno, excepto se pelo rendimento do predio, pelo preço por que tem sido arrendado, ou por outras circumstancias, se verificar que a quantia fixada é relativa a todo o tempo do arrendamento.

§ 42 — *Da nullidade e ratificação dos negocios juridicos*

WINDSCHEID, *Pandette,* tomo I, parte I, pagg. 326 e 926; CHIRONI e ABELLO, *Trattato,* tomo I, pag. 491; MELUCCI, *obr. cit.,* pag. 434; SALEILLES, *De la déclaration de volonté,* pag. 302; DERNBURG, *Pandette,* tomo I, parte I, pag. 364; BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile;* CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado,* notas aos artigos 687.º-701.º.

190. *Nullidade e inefficacia dos negocios juridicos. Especies de nullidade.* Formado materialmente um negocio juridico, elle póde deixar de produzir effeitos em virtude da falta de qualquer requisito que a lei exige na sua constituição para a sua validade ou efficacia normal. Um negocio juridico assim constituido diz-se *nullo.*

O conceito de *nullidade* é portanto mais restricto que o de *inefficacia,* pois que um negocio juridico póde deixar de produzir effeitos, embora na sua constituição se tenham verificado todos os requisitos exigidos por lei. É o que succede nos actos juridicos condicionaes e nos que presuppõem um determinado estado de facto. Nestes casos, a efficacia do negocio juridico fica dependente de se realizarem ou subsistirem certos factos em virtude da vontade das partes declarada ou presumida, e não porque haja no negocio juridico qualquer vicio, quer em relação á determinação da vontade, quer ao objecto, quer ao modo por que a vontade se manifestou.

Como os requisitos que a lei exige para a validade ou efficacia normal do negocio juridico podem ser necessarios ou não para a sua existencia, a nullidade póde ter como consequencia a inexistencia juridica, caso em que o negocio juridico não produz effeitos alguns, ou, ficando esse negocio potencialmente efficaz, facultar aos interessados, em relação aos quaes o negocio juridico se acha viciado, que o façam annullar,

tornando-o assim inefficaz. A nullidade póde portanto ser absoluta ou relativa, sendo muito diversas as consequencias que resultam duma e doutra.

O nosso codigo usa da palavra *nullidade* para designar tanto os negocios juridicos que são completamente destituidos de effeito, como os que, produzindo effeitos, podem ser declarados inefficazes por vontade dos interessados. E não nos surprehende que a linguagem do nosso código a este respeito não seja rigorosa, pois ainda não se acha definitivamente fixada a terminologia em materia de nullidade dos negocios juridicos.

Alguns jurisconsultos fazem distincção entre negocios juridicos *inexistentes, nullos* e *annullaveis* ou *rescindiveis,* considerando *inexistentes* os actos juridicos em que não ha os elementos materiaes ou de facto que são necessarios para a sua constituição apparente; *nullos* os que, embora contenham esses elementos, não podem produzir effeitos em virtude da ordem juridica, e *annullaveis* ou *rescindiveis* os que, podendo deixar de produzir effeitos em virtude da falta de algum requisito necessario para a sua validade, têem todavia efficacia emquanto os interessados se não opposerem a ella.

A distincção entre actos *inexistentes* e *nullos,* que teria como fundamento o facto de, em virtude da sua apparente constituição, derivarem ou poderem derivar alguns effeitos dos actos *nullos,* havendo assim necessidade de se declarar judicialmente a sua inefficacia, não é acceita por alguns jurisconsultos, que consideram o acto juridico que não tem efficacia alguma em face do direito objectivo, como sendo, perante este, um acto inexistente. E afigura-se-nos ser esta a doutrina mais acceitavel.

A necessidade de se declarar judicialmente a nullidade dum negocio juridico, a qual se dará sempre que uma das partes queira compellir a outra ao cumprimento das obrigações que por elle assumiu, não justifica a doutrina em virtude da qual se pretende fazer a distincção entre actos nullos e inexistentes,

visto que a sentença, declarando a nullidade do negocio juridico, reconhece a sua inefficacia ou inexistencia (1).

Consideramos, portanto, como inexistentes os actos *nullos*, estabelecendo apenas distincção entre estes e os *rescindiveis* ou *annullaveis*, e designaremos os primeiros pelas palavras *inexistentes* ou *absolutamente nullos*.

Não é possivel, porém, formular nitidamente os caracteres que distinguem estas especies de nullidade em relação a todos os actos juridicos, pois alguns casos ha em que, parecendo tractar-se dum acto inexistente, existe um acto annullavel.

Assim, parece que deve considerar-se absolutamente nulla a venda duma cousa alheia, pois que não póde transferir o direito de propriedade quem o não tem, e na venda dá-se essa transferencia; e todavia não é nulla, mas apenas annullavel, a venda duma cousa alheia, podendo essa venda ser ratificada pelo proprietario da cousa, ficando validada logo que o vendedor adquira a propriedade della (art. 1555.º § unico), e não podendo este invocar essa nullidade.

O vendedor constitue-se na obrigação, vendendo a cousa alheia, de manter o comprador na posse della, e, se ha a nullidade do contracto pela impossibilidade de se dar a transmissão immediata do direito de propriedade, o contracto representa, no seu conjuncto, uma situação de que ainda póde derivar essa consequencia, não podendo assim considerar-se como um negocio juridico inexistente.

É necessario, pois, ter sempre em consideração, quando se tracte de nullidade dos negocios juridicos e para determinar a

(1) A distincção entre actos juridicos inexistentes e nullos póde admittir-se em relação ao casamento que, sendo nullo, mas contrahido de boa fé, produz effeitos, o que se não dá com o inexistente. Esses effeitos derivam do erro dos contrahentes e não do contracto, mas é necessario todavia que este reuna os elementos de facto necessarios para a sua existencia para que se dêem esses effeitos. Tracta-se, porém, dum caso excepcional.

natureza dessa nullidade, os effeitos que della derivam em harmonia com as disposições da lei.

Nas noções que vamos expôr, temos apenas em vista determinar, dum modo geral, as causas que produzem a nullidade absoluta e a rescindibilidade dos negocios juridicos, e os effeitos que dellas derivam.

191. *Inexistencia dos negocios juridicos.* A inexistencia dos negocios juridicos, ou a sua nullidade absoluta, tem como causa a falta de algum dos requisitos que por lei sejam necessarios para a sua constituição, os quaes podem resumir-se nos seguintes: declaração da vontade; um objecto possivel sobre que recaia a declaração; as formalidades que pela lei são exigidas em relação a esta, e a capacidade de direito por parte de quem faz a declaração. Assim, serão absolutamente nullos: o testamento dum menor de treze annos; a venda de bens immobiliarios feita verbalmente; a obrigação que tenha por fim a pratica dum crime.

Em qualquer dos casos referidos, o negocio juridico não póde produzir effeitos alguns que nelle tenham a sua origem. O comprador que adquiriu bens immobiliarios por um contracto verbal não tem a propriedade desses bens e só poderá vir a pertencer-lhe a propriedade delles, quando, tendo possuido esses bens em nome proprio, haja decorrido o tempo necessario para a prescripção. Antes desta se dar, esses bens poderão ser reivindicados pelo vendedor ou pelos seus herdeiros, não tendo o comprador titulo algum que lhes possa oppôr para ser mantido na posse delles.

Não tendo effeitos alguns o negocio juridico que seja absolutamente nullo, d'ahi resulta que, embora mais tarde as partes realizem o mesmo negocio nas condições exigidas pela lei, como, no exemplo que estamos analysando, se a venda fôr reduzida a escripto, haverá outro negocio juridico, pois que o anterior considera-se inexistente. E póde a qualquer tempo,

salvos os direitos que hajam sido adquiridos pela prescripção, ser pedida judicialmente a declaração da nullidade por qualquer dos interessados, não havendo a esse respeito, em regra, prazo fixado pela lei tanto para se deduzir a excepção de nullidade, como para se propor a competente acção: *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1).

Cumpre-nos notar, porém, que a nullidade póde deixar de affectar todo o acto juridico, dando-se apenas parcialmente. A regra — *utile per inutile non vitiatur* funda-se no conceito de que a nullidade que recaia especialmente sobre um dos elementos do negocio juridico não deve ampliar-se aos outros elementos do mesmo negocio que, em virtude da intenção dos seus auctores ou das disposições da lei, não tenham uma relação de connexidade tal com o elemento nullo, que devam considerar-se dependentes deste e portanto nullos tambem, e tem varias applicações no codigo civil. É assim que, prohibindo-se que a fiança exceda a divida principal ou seja contrahida em condições mais onerosas, se declara (art. 823.º) que a fiança que exceda a divida ou se contraia mais onerosa, não será nulla, mas sim reductivel aos precisos termos da divida afiançada.

O conceito em que se basêa a regra *utile per inutile non vitiatur* revela-nos que esta só póde applicar-se, fóra dos casos em que essa applicação se ache determinada na lei, quando da propria declaração da vontade das partes resulte que a nullidade duma das clausulas ou dos elementos do negocio juridico não deve invalidar os outros elementos. E como nos negocios juridicos bilateraes existe o accordo de vontades, é necessario que nenhuma das partes torne dependente do elemento nullo a validade dos outros elementos, para que estes se considerem como tendo vida autonoma.

(1) A acção de nullidade do testamento por falta de formalidades externas está sujeita a uma disposição especial (art. 1967.º).

Esta doutrina, que deriva logicamente do principio que o negocio juridico é um producto da vontade, acha-se assim formulada no codigo civil allemão (art. 139.º): quando sómente é nulla uma parte do acto juridico, este deve considerar-se completamente nullo, excepto nos casos em que deva admittir-se que o acto haveria sido realizado do mesmo modo, sem a parte que se considera nulla.

Casos ha em que, sendo declarado nullo um negocio juridico em virtude da falta de condições ou requisitos exigidos pela lei, esta, fundando-se na presumida vontade das partes, considera-o valido, substituindo esse negocio por outro, ou effeituando a sua conversão. É assim que, sendo em regra (artt. 1866.º e 1867.º) prohibidas as instituições successivas de herdeiros ou de legatarios de fórma que, por morte duns, os bens se transmittam, em duas ou mais vidas, para outros, a lei, declarando nullas taes substituições, que se chamam fideicommissarias, considera valida a instituição do primeiro herdeiro ou legatario, que ficará sendo proprietario e não mero usufructuario dos bens, embora pela disposição testamentaria devesse transmittir a um terceiro a propriedade da herança ou legado (art. 1869.º) (1).

Póde tambem um negocio juridico ser considerado, em relação á fórma, nullo sob certos aspectos e valido quanto a outros. É assim que, se um testamento fôr annullado por falta de alguma solemnidade ou formalidade externa, ficará todavia valida a disposição em que se revogue um testamento anterior,

(1) No codigo civil allemão dispõe-se (art. 140.º) que, se um acto juridico nullo reune as condições de validade doutro acto juridico, é valido a este titulo, quando haja razão para suppôr que, se as partes conhecessem a nullidade, teriam querido a substituição. Esta disposição funda-se em que as partes, ao realizarem um negocio juridico, têem em vista determinados interesses, sendo as formalidades exigidas pela lei apenas um processo technico para a consecução desse fim, e não tendo as partes, num grande numero de casos, competencia para escolher o processo adequado.

se elle puder valer como escriptura publica (art. 1755.º e § unico). E intendemos que igual doutrina deve seguir-se em relação a todos os actos juridicos que o testamento contenha e que não sejam disposições de ultima vontade; e que, se para um negocio juridico se exige apenas um escripto particular, a escriptura publica, que haja sido annullada por falta das formalidades que a lei exige, mas que possa valer como escripto particular, constitue prova sufficiente. Nestes casos não ha a chamada conversão dos negocios juridicos, pois dão-se os effeitos que as partes pretenderam produzir.

A inexistencia ou nullidade absoluta dos negocios juridicos póde ser declarada a requerimento de qualquer interessado; e, quando seja devida á impossibilidade do seu conteúdo, por este ser contrario á lei ou aos bons costumes, os juizes conhecem della officiosamente.

192. *Annullabilidade dos negocios juridicos.* A falta de efficacia normal do negocio juridico, em virtude da qual elle póde deixar de ter os effeitos que segundo o direito objectivo devia produzir, tem em geral as seguintes causas: incapacidade pessoal do exercicio de direitos em virtude de menoridade, de interdicção ou do casamento; não serem auctorizados devidamente para os negocios juridicos os incapazes, quando tenham de manifestar a sua vontade, ou os seus representantes; vicios da vontade determinados pelo erro, pelo dolo ou pela violencia. A falta de discernimento sufficiente para a declaração da vontade é, como já notámos, considerada tambem pelo nosso codigo como causa de annullabilidade do acto juridico, tendo que attender-se só á declaração da vontade para considerar esta como existente, e sendo attribuida á pessoa que, por falta de discernimento, não podia fazer tal declaração, o direito de reagir contra a efficacia juridica que de tal declaração deriva.

A annullabilidade ou rescindibilidade do negocio juridico é, ao contrario do que succede com a sua nullidade ou inexistencia, relativa, sómente podendo pedir a rescisão do negocio juridico annullavel as pessoas em relação ás quaes se dá a incapacidade ou o vicio da vontade (art. 695.º), e só a estas aproveitando essa rescisão, salvo o caso em que, por ser indivisivel o conteúdo ou objecto do negocio juridico (art. 700.º), este tenha de ser completamente annullado. Da natureza da annullabilidade resulta tambem que, produzindo o negocio juridico effeitos emquanto não fôr declarado inefficaz, a sua nullidade resulta desta declaração, podendo esse negocio juridico ser confirmado ou ratificado, e considerando-se irrevogavel se, tendo sido executado, a acção para a sua rescisão não fôr proposta dentro dos prazos que a lei fixa para esse effeito.

A declaração da nullidade só aproveita portanto, ao contrario do que parece deprehender-se do artigo 700.º, a quem a haja requerido, e não aos incapazes que, podendo requerê-la, a não requeiram, salva a excepção especificada no referido artigo.

A protecção dos incapazes, principio em que se inspiram as disposições em que se lhes faculta a rescisão dos negocios juridicos e que é de interesse publico, e o caracter illicito do dolo e da violencia, não permittem que se renuncie previamente á nullidade proveniente dessas causas (artt. 668.º e 696.º), sendo nulla tal renuncia; mas, como a rescisão do negocio juridico representa interesses de caracter privado, fica no arbitrio das pessoas a favor de quem é estabelecida a annullabilidade, e logo que haja cessado a incapacidade e a violencia ou seja conhecido o dolo, propôr ou não a competente acção. E, sendo esses interesses de ordem patrimonial, esse direito pertence tanto aos incapazes e ás pessoas cuja vontade haja sido viciada, como aos seus herdeiros (artt. 694.º e 1200.º), e tambem podem requerer a annullação os fiadores, salvo no caso em que esta tenha como fundamento a incapacidade pessoal (artt. 694.º, 822.º § 1.º e 854.º).

Representando a confirmação ou não confirmação do negocio

juridico unilateral uma manifestação da vontade dos interessados, parece que deveria permittir-se a este a sua rescisão por meio duma notificação feita ás pessoas em relação ás quaes o negocio juridico deva produzir effeitos, doutrina que já se acha sanccionada no codigo civil allemão (art. 143.º).

Segundo o systema do nosso codigo, a rescisão só póde ter logar, salvo accordo dos interessados, por meio de sentença judicial, tendo de verificar-se se ha ou não as condições de que essa rescisão depende.

Em relação aos actos juridicos em que intervêem interdictos por demencia, surdo-mutismo ou prodigalidade, a rescisão dá-se em quaesquer circumstancias, não podendo sustentar-se a validade dos contractos por elles realizados. É o que, em nosso parecer, significam as palavras *nullos de direito* que se lêem nos artigos 334.º e 349.º. Quanto aos menores, ha casos em que são validos os actos por elles praticados e o mesmo se dá em relação á mulher casada (artt. 299.º, 1116.º, 1127.º, 1128.º, 1189.º, 1433.º).

193. *Modos por que póde ser sanada a nullidade relativa dos negocios juridicos.* Tendo os negocios juridicos um vicio em virtude do qual podem ser annullados, mas dependendo essa annullação da vontade dos interessados a quem esse vicio respeita, o poder que a estes é reconhecido de impugnar a validade dos negocios juridicos annullaveis cessa, logo que o negocio juridico, em virtude da manifestação da vontade dos interessados ou de haver decorrido o prazo fixado na lei para ser proposta a acção de rescisão, seja havido como validamente constituido.

Tractaremos, em primeiro logar, do tempo em que póde ser proposta a acção de rescisão dos negocios juridicos annullaveis.

O codigo faz, a este respeito, distincção entre os vicios provenientes da falta de capacidade do exercicio pessoal de

direitos, do erro e da coacção, no capitulo em que tracta especialmente da rescisão dos contractos.

Para a acção de rescisão em virtude de incapacidade fixa a lei o prazo de cinco annos, os quaes principiam a contar-se (art. 688.º): 1.º no caso de incapacidade por menoridade, desde o dia em que o incapaz chega á maioridade ou se emancipa; 2.º no caso de incapacidade por interdicção, desde o dia em que ella cessa.

Quanto á incapacidade accidental, declara-se (art. 353.º) que os actos e contractos celebrados por pessoas que accidentalmente se acharem privadas, ao tempo delles, de fazerem uso da sua razão por algum accesso de delirio, embriaguez ou outra causa semelhante, poderão ser rescindidos, se, dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento essas pessoas protestarem perante algum tabellião, na presença de duas testemunhas, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes. Esta acção só poderá aproveitar aos herdeiros das pessoas mencionadas, fallecendo ellas sem recobrarem a razão, ou antes que hajam decorrido os dez dias em que devem protestar, comtanto, porém, que seja proposta dentro dos vinte dias subsequentes ao fallecimento (art. 353.º § unico).

Relativamente aos actos juridicos que a mulher casada haja realizado sem auctorização do marido, ou sem o seu supprimento judicial, fixa-se o prazo dum anno, contado desde a dissolução do matrimonio, para os arguir de nullidade (artt. 701.º e 1201.º n.º 2.º).

Quanto ao erro e á violencia, estabelece-se (artt. 689.º e 690.º) o prazo dum anno, contado no primeiro caso desde o dia em que o enganado tiver conhecimento do erro, e, no segundo, desde o dia em que a coacção haja cessado.

Os prazos fixados na lei para que possa propor-se a acção de rescisão dos negocios juridicos annullaveis respeitam só ao caso em que estes hajam sido executados, tendo essa acção por fim destruir uma situação de facto que está em corres-

pondencia com a situação juridica creada pelo negocio juridico. Quando o negocio juridico não haja sido executado, quando se não haja constituido a situação de facto que as partes se proposeram realizar, os interessados a quem compete a acção de annullação podem oppôr-se, a qualquer tempo, por meio de excepção, a que esses negocios juridicos se considerem validos, dando-se-lhes execução.

É assim que no artigo 693.º se declara que a nullidade do contracto póde ser opposta, por via de excepção, a todo o tempo em que o cumprimento do contracto nullo fôr pedido.

Fixando prazos para a acção de rescisão dos negocios juridicos annullaveis, teve o legislador em vista evitar a incerteza que, com grave prejuizo da estabilidade das relações sociaes, resulta desses negocios. Ora quando o negocio juridico não é executado, não ha, entre as partes, relações de facto cuja estabilidade o legislador deva promover, e, por outro lado, as pessoas a quem compete invocar a nullidade do acto podem não ter interesse em que seja decretada essa nullidade.

As pessoas a quem, durante os prazos fixados na lei compete propôr a acção de rescisão, podem, por uma manifestação da sua vontade, reconhecer ou declarar valido o negocio juridico annullavel. Não faculta a nossa lei, como o faz o codigo federal suisso das obrigações (art. 32.º n.º 2.º), aos interessados capazes que se libertem da obrigação, se a ratificação se não dér dentro dum certo prazo, que póde ser fixado por elles ou pelas auctoridades competentes, direito que se lhes devia reconhecer, designadamente no caso em que não tivessem conhecimento da incapacidade do outro contrahente.

No artigo 696.º preceitua-se que o contracto nullo por incapacidade, erro ou coacção, póde ser ratificado, tendo cessado o vicio ou o motivo da nullidade, e não occorrendo outro, que invalide a mesma ratificação.

Sendo a ratificação um negocio juridico, exigem-se para ella os mesmos requisitos por parte do ratificante que para o negocio juridico annullavel. É necessario, pois, não só que haja cessado o vicio ou motivo que determina a nullidade deste, mas que não se dê qualquer outro vicio que invalide o novo acto juridico.

Assim, o menor póde, logo que seja emancipado ou attinja a maioridade, ratificar um contracto que haja realizado durante a menoridade; o interdicto por demencia ou prodigalidade póde, cessando a interdicção, ratificar os negocios juridicos que haja realizado durante o estado de interdicção.

Essa ratificação póde dar-se tambem por parte dos representantes dos menores e interdictos, quando nella sejam observadas todas as formalidades legaes que se exijam para o negocio annullavel.

Como pela ratificação não se realiza um novo contracto, mas apenas se valida um contracto rescindivel, não é necessario que por parte da pessoa que haja contractado com o incapaz se dê a acceitação da declaração da vontade pela qual foi validado o contracto, constituindo assim essa ratificação um negocio juridico unilateral, o que não obsta a que a ratificação se faça por meio dum contracto.

Relativamente á fórma da ratificação, a lei não estabelece a este respeito solemnidades especiaes. Essa ratificação póde portanto ser expressa ou tacita.

Na ratificação expressa é conveniente, para que não haja duvidas sobre o contracto a que ella respeita e sobre a sua confirmação, que este seja devidamente individualizado, se declare o vicio que nesse contracto existia e a intenção de o corrigir.

A ratificação tacita resulta principalmente do facto de, havendo cessado o vicio que determinava a annullabilidade do contracto, este ser voluntariamente executado. É necessario, porém, que essa execução tenha logar depois de haver cessado o vicio ou motivo da nullidade e que não seja devida ao facto de se pretenderem evitar quaesquer prejuizos que da não execução do negocio juridico podiam resultar.

Tambem se dá a confirmação tacita, quando ha a substituição da obrigação annullavel por outra (novação).

194. *Effeitos da rescisão.* Annullado o negocio juridico, cada um dos interessados haverá o que tiver prestado, ou o seu valor, se a restituição em especie não fôr possivel (art. 697.º). A sentença, em que seja declarada a nullidade, apenas reconhece que o negocio juridico não devia produzir effeitos em virtude do vicio que nelle havia, e portanto o negocio juridico, uma vez rescindido, considera-se como nunca havendo existido.

Os terceiros para quem hajam sido transmittidos os bens, ficam obrigados a restituí-los: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Torna-se, porém, necessario verificar se decorreu ou não o prazo necessario para que esses bens pudessem ser adquiridos pela prescripção, pois que, se houver decorrido esse prazo, não ficam os terceiros que os hajam adquirido constituidos na obrigação de restituir esses bens.

Quando o contracto seja rescindido por não estar auctorizado para o fazer o representante do incapaz, só haverá recurso contra o contrahente de boa fé, quando o incapaz não puder ser indemnizado pelos bens do seu representante; mas, ainda neste caso, poderá o contrahente optar pela indemnização ou pela restituição da cousa, e esse recurso não se dará contra os ulteriores adquirentes, salvo provando-se a sua má fé (art. 699.º e § unico). Parece-nos que esta disposição respeita apenas aos contractos que sejam feitos pelo representante do incapaz, pois constitue uma restricção ao principio de que os effeitos da rescisão do negocio juridico se retrotrahem.

Quando, nos casos em que se dê a rescisão em virtude de erro ou de incapacidade, não tenha havido dolo ou má fé por parte da pessoa que contractou com o incapaz ou com a pessoa que estava em erro, ou do terceiro que della haja adquirido os bens, os adquirentes serão considerados como possuidores de

boa fé, não ficando assim obrigados á restituição dos fructos ou interesses (art. 6~~49~~.º § 1.º e 495.º). Quando tenha havido dolo ou má fé, ficam obrigados, como possuidores de má fé e auctores dum facto illicito, não só á restituição dos fructos e rendimentos, mas a quaesquer outras indemnizações de perdas e damnos que hajam sido causados pelo facto illicito (art. 697.º § 2.º).

Se a nullidade do contracto proceder da incapacidade de algum dos contrahentes, este não é obrigado a restituir senão o que conserva em seu poder ou lhe tem servido de proveito (art. 698.º), disposição que se funda, por um lado, na protecção que a lei dá aos incapazes e em que se filia a propria acção de rescisão, e, por outro lado, no principio de que a ninguem é permittido locupletar-se á custa alheia.

§ 43 — *Dos actos juridicos em relação a terceiros. Noções geraes*

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* tomo I, 3.ª edic., pag. 113; MIRABELLI, *Il diritto dei terzi;* MELUCCI, *obr. cit.* pag. 546; CHIRONI E ABELLO, *Trattato,* tomo I, pag. 528.

195. *Efficacia dos negocios juridicos em relação a terceiros.* Os actos juridicos não têem, em geral, efficacia relativamente a terceiros, sendo os seus effeitos limitados ás pessoas que nelles intervêem e aos seus herdeiros e representantes. É o que exprime o adagio latino — *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest,* e que a propria natureza do acto juridico explica, pois que, derivando os seus effeitos da vontade das partes, esses effeitos não podem produzir-se em relação a terceiros, cuja actividade autonoma a lei garante.

Os negocios juridicos podem, todavia, pela natureza dos

direitos que delles derivam, isto é, quando tenham de ser reconhecidos por todos, exercer uma influencia indirecta e mediata em relação a terceiros, e ha actos juridicos que, pelo seu fim e consequencias que delles derivam, podem prejudicar pessoas que a elles sejam estranhas, tendo assim effeitos em relação a ellas.

Daqui resulta que as pessoas que não intervêem em certos actos juridicos podem ter interesse em conhecer a sua existencia, pelas consequencias que desses actos resultam; e o legislador, attendendo a este facto, restringiu o principio de que a manifestação da vontade se deve considerar só em relação ás partes, estabelecendo certas formalidades que têem por fim tornar publica essa declaração, e cuja não observancia tem como resultado a não efficacia dos actos juridicos em relação a terceiros.

O fim dessas formalidades é tornar conhecida a situação juridica das pessoas quanto ás suas relações de ordem patrimonial, para que não possam realizar actos juridicos sobre direitos que já hajam transferido para outrem, ou não lhes seja dado credito, confiando em garantias que não existem. Se é certo que as pessoas que intervêem num acto juridico devem conhecer reciprocamente a sua situação e soffrer as consequencias da sua ignorancia, salva sempre a responsabilidade nos casos em que o erro provenha de dolo ou má fé, a applicação rigorosa deste principio teria como resultado difficultar e tornar incertas as relações de ordem patrimonial, pela impossibilidade que haveria em muitos casos de conhecer a situação juridica duma pessoa.

Basêam-se, pois, no interesse publico as formalidades que têem por fim a publicidade dos actos juridicos, e, uma vez cumpridas essas formalidades, esses actos produzem os seus effeitos em relação a terceiros, embora delles não tenham conhecimento, por isso que a lei o presume, não admittindo prova alguma contra esta presumpção.

196. *Noção de terceiros.* Sob a designação de *terceiros* comprehendem-se as pessoas estranhas ao acto juridico donde emanam, em favor doutras, direitos que estão em collisão com os que ellas têem ou pretendem ter.

Os terceiros contrapõem-se em primeiro logar ao auctor ou auctores do acto juridico, ou ás partes, mas ha pessoas que, não sendo auctores do acto juridico, nem participando nelle, não são terceiros. E, por outro lado, a palavra *terceiro* não designa, em sentido juridico rigoroso, qualquer pessoa que seja absolutamente estranha ao acto juridico, mas a que tenha interesses relacionados com esse acto, e nelle não outorgue.

A noção de terceiro resulta portanto:

1) Da não participação directa ou indirecta no acto juridico;

2) De outro acto juridico no qual o terceiro seja parte com um dos sujeitos do primeiro e venha assim a constituir-se em relação com o outro.

1) O codigo, quando se refere aos effeitos dos actos juridicos em relação a terceiros, contrapõe a estes não só as *partes*, mas os seus *herdeiros* ou *representantes* (artt. 951.º, 2432.º, 2433.º, 2529.º). Na palavra *partes* comprehendem-se não só as pessoas que outorgaram no acto juridico, intervindo nelle materialmente, mas as que nelle foram representadas ou o ratificaram. *Herdeiros* são as pessoas que succedem na totalidade da herança, ou em parte della, sem determinação de valor ou de objecto (art. 1736.º), isto é, os successores a titulo universal, os quaes, substituindo-se ao auctor da herança no seu estado juridico patrimonial, ficam, em relação aos actos juridicos por elle realizados, na mesma situação. Os herdeiros são portanto, neste sentido, *representantes* do auctor da herança. Esta palavra tem, porém, uma significação mais lata.

A palavra *representante*, oppondo-se ao auctor do acto juridico ou ás partes, exprime a idêa da transferencia do direito duma pessoa para outra. A que transfere o direito chama-se *auctor;* aquella para quem elle é transferido, ou que o adquiriu,

chama-se *representante*. Podem, pois, definir-se *representantes* as pessoas que, não intervindo no acto juridico directamente ou por meio de representação, succedem a uma das partes ou aos auctores nos direitos que derivam do acto juridico em virtude doutro acto ou facto juridico.

Como a transferencia dos direitos se dá a titulo universal ou singular, assim ha representantes a titulo universal e singular, tendo os primeiros, como já vimos, o nome de *herdeiros*.

Os representantes a titulo singular são os que adquirem do seu auctor um ou mais objectos ou direitos individualmente determinados, adquisição que tanto se póde effeituar por actos entre vivos, como *mortis causa*, tendo estes successores a designação de legatarios (art. 1736.º).

O representante, substituindo-se ao auctor na relação juridica patrimonial respeitante a um objecto determinado, fica exercendo os mesmos direitos que elle e subrogado nos direitos e nas obrigações que o auctor tinha em relação a outras pessoas ao momento em que se deu a transferencia do direito. A qualidade de representante deriva, neste caso, da propria relação juridica, que se considera objectivamente.

2) O representante a titulo singular é conjunctamente terceiro, em relação a outros negocios juridicos que tenha realizado o auctor do negocio juridico em virtude do qual se constituiu representante. Assim, se A. vendeu um predio a B. e tinha constituido nesse predio em favor de C. uma hypotheca, B. é, quanto a este contracto, um terceiro, pois ficou, pelo facto de haver adquirido a propriedade do predio, sobre que recaia a hypotheca, relacionado com C.

Qualquer pessoa que não seja parte, herdeiro ou representante, é considerada terceiro em relação ao acto juridico; mas, para que tenha as garantias que a lei concede relativamente aos actos que, produzindo effeitos entre as partes, os não produzam em relação a terceiros emquanto se não observarem certas formalidades, é necessario que tenha adquirido

um direito que esteja em collisão com o acto juridico a que foi estranha e que portanto a póde lesar ou prejudicar. Assim, se eu tiver comprado um immovel e não houver feito o registo da transmissão, e, posteriormente, o mesmo predio houver sido concedido a outra pessoa estranha ao acto que eu realizei e esta houver effeituado o registo, esta será um terceiro que me póde oppôr o direito que adquiriu, pois que o acto realizado por mim, emquanto não fosse registado, só produzia effeito em relação ao vendedor e a seus herdeiros.

Os representantes a titulo singular são, pois, terceiros quanto aos direitos que hajam sido transferidos pelo auctor em relação á cousa que delles é objecto, mesmo que os actos hajam sido praticados anteriormente, se não forem efficazes em relação a terceiros. Só os actos que sejam efficazes em relação a terceiros é que obrigam o representante, que ficará sendo tambem o titular dos direitos que, antes da transmissão, o auctor houvesse constituido em favor da cousa. Assim, se eu tiver constituido uma servidão num predio meu em proveito dum predio de B., e este alienar o seu predio a C., a servidão subsiste, embora B. a não haja registado, visto que C. é representante de B. a favor do qual havia sido constituida a servidão. O contrario se daria se fosse eu que alienasse o predio e B. não houvesse effeituado o registo. Nesse caso C., meu representante, seria terceiro em relação a elle e poderia oppôr-se á servidão.

Realizada a transmissão, o alheador nada mais póde fazer contra o adquirente, o qual, desde que se operou a transmissão, fica possuindo por um titulo que exclusivamente lhe pertence, não se lhe podendo portanto oppôr os actos que sejam realizados pelo transmittente, pelos quaes se constituam direitos sobre a cousa, quando o adquirente haja realizado as formalidades necessarias para que a transmissão produza effeitos em relação a terceiros.

Relativamente aos actos sujeitos ao registo predial, consi-

deram-se como terceiros todos aquelles que tenham adquirido e conservado direitos sobre os immoveis, que seriam lesados, se o acto não registado produzisse effeito a respeito delles. Assim, tendo sido constituida uma hypotheca e havendo-se effeituado o registo della, esse onus ficará pesando sobre o predio e qualquer adquirente deste sujeito a esse encargo.

197. *Natureza das formalidades relativas a terceiros, e suas especies.* O fim que o legislador teve em vista ao estabelecer as formalidades necessarias para que os actos juridicos produzam effeito relativamente a terceiros — garantir a segurança nas relações juridicas, evitando que as partes sejam enganadas ou defraudadas, mostra-nos qual é o caracter dessas formalidades, a sua natureza juridica.

Essas formalidades, sendo cumpridas quando o acto juridico já produziu, pela realização das condições necessarias para que se manifeste a vontade das partes, effeito entre estas, não constituem um facto juridico nem prova legal delle, e não podem dar efficacia juridica a um acto que seja nullo. O effeito dessas formalidades consiste unicamente na presumpção de que os terceiros tenham conhecimento do acto realizado, desde que estejam cumpridas todas essas formalidades, dando-lhes existencia relativamente a elles.

Quando essas formalidades não hajam sido cumpridas, não são admissiveis quaesquer provas por que se pretenda demonstrar que o terceiro havia tido conhecimento do acto, e que portanto este deve produzir effeito em relação a elle; e, do mesmo modo, a ninguem é permittido allegar ignorancia desse acto, cumpridas que sejam as formalidades. Assim, a pessoa que haja sido testemunha num contracto de compra e venda dum immovel e que, posteriormente, haja comprado ao vendedor o mesmo predio, será considerada como terceiro, não podendo o primeiro comprador, fundando-se no conhecimento

que ella tinha da venda, oppôr-se a que fique na posse do predio, se não effeituou o registo antes della.

As formalidades necessarias para que os actos juridicos produzam effeito em relação a terceiros são de varias especies. Em geral, a manifestação da vontade, em harmonia com a lei, é sufficiente não só para que o acto juridico produza effeito entre as partes, mas ainda em relação a terceiros. Em alguns casos, porém, exigem-se para este effeito outras provas ou formalidades. É assim que o contracto de cessão só produz effeito, em relação ao devedor e a terceiros, desde que seja notificado ao devedor, ou por outro modo levado ao seu conhecimento, comtanto que o seja por fórma authentica (art. 789.º); o contracto de penhor só produz effeitos em relação a terceiros, quando conste de documento authentico ou authenticado a somma devida, e a especie e natureza do objecto do penhor (art. 858.º); o alvará de emancipação outorgada pelo conselho de familia só produzirá o seu effeito, em relação a terceiros, desde que fôr registado no livro das tutelas (art. 308.º § unico).

Das formalidades que se exigem para que os actos juridicos produzam effeito em relação a terceiros, a mais importante é a do registo predial, de que nos vamos occupar.

§ 44 — *Do registo predial*

Conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tomo II, notas aos artigos 749.º a 1004.º; Dr. Fernandes Vaz, *Dissertação inaugural*, pag. 23; Mazzoni, *Istituzioni*, tomo II, pag. 271; Planiol, *obr. cit.*, 3.ª ediç., tomo I, pag. 835; Laurent, *Principes*, tomo XXIX, pag. 8; Gabba, *Questioni di diritto civile*, tomo I, pag. 182.

198. *Noção e natureza do registo predial. Registo predial* é o instituto que tem por fim a publicidade de certos actos respeitantes á situação juridica da propriedade immobiliaria, de modo que todos os interessados delles possam ter conhecimento.

Sendo este o fim do registo, parece que elle deve ser considerado apenas como um meio de conservação de direitos, e é esse o conceito que geralmente se fórma acerca da natureza desta instituição juridica. Se se attender, porém, aos effeitos que derivam do registo, ver-se-ha que elle deve, sob certo ponto de vista, considerar-se como uma formalidade necessaria para a existencia do acto.

Nos termos do artigo 951.º, a falta de registo dos titulos e direitos a elle sujeitos não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes e os seus herdeiros ou representantes; mas, para com terceiros, os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registo.

Do systema de publicidade, como se acha organizado, resulta que, relativamente aos direitos que sejam sujeitos a registo, a sua adquisição entre as partes depende unicamente da manifestação do consentimento com as formalidades que a lei exige, emquanto que, relativamente a terceiros, esses direitos só se consideram adquiridos desde que se realiza o registo. Sendo assim, parece-nos que, relativamente a terceiros, o registo constitue uma formalidade necessaria para a existencia do acto, pois que o facto do registo não póde considerar-se, em relação a terceiros, como uma simples questão de conservação de direitos. Emquanto não se realizar o registo, o acto juridico não adquire plena efficacia, visto que não produz effeitos em relação a terceiros.

O registo não é um acto ou facto juridico, mas uma formalidade que respeita a um acto juridico, cujos vicios não póde sanar, tendo como unico fim torná-lo publico. Em relação, pois, ás partes e aos seus herdeiros e representantes, apenas conserva a efficacia dos actos juridicos, ou os direitos que delles derivam. E como a publicidade não se refere á substancia ou existencia do acto, tendo apenas por fim dar-lhe efficacia em relação a terceiros; como o direito preexiste, derivando do acto juridico que é registado ou por meio do qual foi exercido,

vê-se que o registo não é mais do que a prolongação do acto juridico a que respeita, dando-lhe, pela publicidade, existencia em relação a terceiros.

199. *Quando se produzem os effeitos do registo.* O registo, como resulta da propria natureza deste instituto, não tem effeito retroactivo. Esse effeito produz-se immediatamente, ou, como se declara ao artigo 951.º, só começa desde o registo, não retroagindo portanto ao momento em que o acto foi realizado, o que seria contradictorio com o fim do registo, que faz depender os effeitos do acto em relação a terceiros da sua publicidade.

Marcando o registo o momento em que os actos juridicos a elle sujeitos produzem effeito em relação a terceiros, vê-se que não podem produzir effeito algum contra o adquirente, que haja registado, os direitos que tenham sido transferidos anteriormente e que não hajam sido registados, embora essa transferencia produzisse todos os seus effeitos entre as partes ou seus herdeiros e representantes. Pela data do registo se dirimem os conflictos entre os adquirentes de direitos a elle sujeitos — *prior in tempore, potior in jure*, fixando-se por ella o momento em que, relativamente a terceiros, o direito transmittido sae do patrimonio do alheador para o do adquirente, perdendo aquelle o direito de dispôr delle, e entrando definitivamente no patrimonio deste, pois que, antes do registo, a transferencia do direito não produz effeito em relação a terceiros.

Como o registo não póde sanar a nullidade dos actos juridicos, a data delle de modo algum aproveitará a quem o haja effeituado, se o titulo não tiver os requisitos essenciaes para transferir ou constituir o direito que delle é objecto, salvo no que respeita á prescripção adquisitiva, quando a nullidade do acto juridico provenha de a transferencia do direito haver sido feita por quem não era titular delle.

200. *Objecto do registo.* O registo recae, como notámos, sobre a propriedade immobiliaria, comprehendendo os actos mais importantes relativos ao modo por que se constituem, modificam ou extinguem os direitos sobre immoveis, e sendo esse o motivo por que se chama *registo predial.*

A razão por que só existe o registo dos actos respeitantes á propriedade immobiliaria está, não tanto em se verificar só relativamente a esta categoria de bens a razão de interesse geral, que justifica as formalidades para que os actos juridicos produzam effeito em relação a terceiros — facilitar e assegurar a boa fé nos contractos, promovendo a circulação economica da propriedade e desenvolvendo o credito predial —, como na impossibilidade que haveria, em relação aos moveis, de organizar um systema de publicidade que garantisse, como nos immoveis, a boa fé nos contractos, e ainda nas consequencias que derivariam, relativamente á circulação dos moveis, da exigencia do registo.

Pela sua natureza especial, a propriedade mobiliaria, sendo constituida na sua maxima parte por cousas que são destinadas a produzir-se e reproduzir-se indefinidamente para a satisfação de necessidades ordinarias ou transitorias, reclama a maior simplicidade e celeridade na sua circulação, a que o registo opporia um obstaculo insuperavel. Além disso, não tendo os moveis situação fixa, tornar-se-hia completamente impossivel centralizar num logar unico as operações do registo dos moveis.

Pelo que respeita aos immoveis, longe de constituir um obstaculo á sua circulação, o registo promove-a, pois garante-se por esse meio o adquirente contra o perigo de uma venda anterior ou de ficar sujeito a encargos que hajam sido constituidos sobre elles, evitando-se assim o depreciamento da propriedade, que seria consequencia fatal de quaesquer incertezas a tal respeito.

O registo não tem só essa vantagem: facilita tambem o

recurso ao credito, pela constituição da hypotheca, e, por esse meio, o desenvolvimento da agricultura.

E foi pela necessidade de organizar devidamente o regimen hypothecario que se desenvolveu o registo predial, sendo talvez este o motivo por que o nosso codigo tracta do registo em seguida ás hypothecas.

201. *O registo predial entre nós.* O registo predial foi pela primeira vez estabelecido entre nós pelo decreto de 26 de outubro de 1836, e mandado pôr em execução pelo decreto de 3 de janeiro de 1837.

No decreto de 26 de outubro estabeleceu-se não só o registo das hypothecas, mas tambem o dos predios *litigiosos* e dos *doados* com reserva do usufructo. No decreto de 3 de janeiro só appareceram, porém, modelos para o registo das hypothecas, e, até sobre este assumpto, o decreto de 1836 era tão confuso e inintelligivel, que COELHO DA ROCHA diz que talvez acertaria «em abandonar esta doutrina, até que fosse legislada em fórma que se intendesse», recorrendo ao codigo civil francês e ao codigo da Sardenha para supprir as disposições em que o decreto referido se lhe afigurava inintelligivel e contradictorio, e que elle, por este motivo, considerava como não existentes.

CORRÊA TELLES publicou um breve commentario ao decreto de 26 de outubro, em que mais se propôs expôr idêas tendentes á reforma da doutrina, que a esclarecer as suas disposições.

Apesar da publicação dos decretos citados, subsistiram as antigas questões, e o registo por elles organizado pouco mais continha do que uma nova despêsa para o credor, e nova origem de difficuldades na decisão dos concursos de credores (1).

(1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil,* tomo II, nota E. E. ao § 645.º.

Anteriormente ao decreto de 26 de outubro de 1836, havia-se reconhe-

Impunha-se a necessidade de reformar essa legislação, e por decreto de 20 de setembro de 1854 foi encarregada uma commissão da elaboração de dois projectos de lei, um para a organização dos bancos ruraes, e outro para a reforma da legislação hypothecaria.

No anno (1858) em que foi publicado o projecto do codigo civil, FRANCISCO ANTONIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO apresentou á camara dos pares, em sessão de 12 de julho, um codigo regulamentar de registo predial. Em 29 de fevereiro de 1860, JOÃO BAPTISTA DA SILVA FERRÃO DE CARVALHO MARTENS, ministro da justiça, apresentou ao parlamento um projecto de codigo predial.

Sobre este projecto foram elaborados os de ALBERTO ANTONIO DE MORAES CARVALHO, em principios de 1862, e o de GASPAR PEREIRA DA SILVA, apresentado á camara dos deputados em 20 de dezembro de 1862.

Este projecto foi convertido na lei de 1 de julho de 1863, sobre a qual se baseou o trabalho da Commissão revisora do projecto do codigo civil na parte respeitante ao registo.

A lei de 1 de julho de 1863 não foi posta immediatamente em execução, sendo publicada antes disso a lei de 30 de junho de 1864, que alterou o disposto no n.º 1.º do artigo 33.º e o artigo 37.º da lei de 1 de julho. Em 4 de agosto de 1864 foi publicado o regulamento geral da lei hypothecaria, e a lei começou a vigorar em 1 de abril de 1867.

cido a necessidade do registo predial no alvará de 9 de junho de 1801, que creou os cosmographos do reino, um para cada comarca, com obrigação de levantar a carta geral da sua comarca e as particulares das villas e concelhos nella comprehendidos, debaixo da direcção dos encarregados de levantar a carta geographica e chorographica do reino. Os cosmographos deviam organizar um livro de registo geral, onde se registassem os titulos de cada uma das propriedades, e onde os novos possuidores deviam registar os seus titulos, sob pena de não lhes serem reconhecidos os direitos que tivessem a essas propriedades.

Publicado o codigo civil, no qual foram introduzidas algumas alterações á lei de 1 de julho, ficou revogada esta lei. Para executar as disposições do codigo civil sobre registo predial foi publicado o regulamento do registo predial de 14 de maio de 1868, no qual, segundo o disposto no artigo 987.º do codigo civil, se devia tractar da organização das conservatorias, e dos direitos e obrigações dos conservadores, que não houvessem sido regulados no codigo civil.

A necessidade de melhorar a organização do registo predial levou o governo a publicar um novo regulamento em 28 de abril de 1870, o qual foi em parte modificado pela lei de 24 de abril de 1873, pelo decreto de 23 de maio de 1873, pelo codigo de processo civil, pela lei de 16 de julho de 1885, e ainda por outros diplomas, o que tornava necessaria a publicação de um novo regulamento, a qual foi levada a effeito pelo decreto de 20 de janeiro de 1898, que approvou o regulamento do registo predial que está em vigor.

Em relação ás provincias ultramarinas, o governo foi auctorizado pela lei de 16 de maio de 1864, artigo 8.º, a tornar extensiva a essas provincias, ouvidas as estações competentes, a lei de 1 de julho de 1867, com as modificações que as circumstancias das referidas provincias reclamarem.

Por decreto de 17 de outubro de 1865 foi approvado o codigo de registo predial para as provincias ultramarinas, devendo esse registo ser installado (art. 5.º) no dia que fôr fixado por decreto especial, praticados os actos preparatorios a que se referia o artigo 6.º do citado codigo. Installado esse registo, cessava (art. 8.º n.º 2.º) o registo das hypothecas e outros estabelecidos pelos decretos de 26 de outubro de 1836 e de 3 de janeiro de 1837, e mais providencias correlativas.

O registo predial foi installado: em Cabo Verde no 1.º de setembro, em S. Thomé e Principe no 1.º de outubro e em Angola no 1.º de novembro de 1866 (decr. de 22 de junho de 1866); na India no 1.º de julho de 1867 (decr. de 6 de abril

de 1867) e em Macau em 2 de fevereiro de 1868 (decr. de 12 de outubro de 1867) (1).

Por portaria de 3 de fevereiro de 1868 mandou-se executar nas conservatorias do Ultramar, na parte respectiva, todas as resoluções do ministerio da justiça relativas ás conservatorias do reino, quando a isso se não opponha alguma disposição especial do codigo de credito predial.

O decreto de 18 de novembro de 1869 tornou extensivo ás provincias ultramarinas o regulamento do registo predial de 14 de maio de 1868, que devia começar a vigorar no 1.º de julho de 1870 (artt. 1.º e 2.º); mas em officios de 15 de setembro e de 5 de outubro de 1870 declara-se em vigor a legislação sobre registo predial anterior a 18 de novembro de 1869, emquanto as conservatorias não forem habilitadas para o novo systema pelo governo com os meios necessarios; e que, quando isto se houver effeituado, o governo resolverá qual dos dois regulamentos deve ser observado e com que modificações. Por officio de 8 de janeiro de 1890 vê-se que ainda continuava em vigor o codigo do registo predial.

No regimento da justiça das provincias ultramarinas de 20 de fevereiro de 1894 (artt. 40.º-48.º e 87.º) e no de Cabo Verde (art. 18.º) de 23 de dezembro de 1897 estabelecem-se providencias quanto á organização das conservatorias, e declara-se applicavel á ordem e fórma do serviço nas conservatorias o disposto no regulamento de 28 de abril de 1870 (regul. de 20 de fevereiro, art. 185.º).

O decreto de 24 de agosto de 1901 manda applicar no Ultramar as disposições do regulamento de 20 de janeiro quanto á ordem e fórma de serviço nas conservatorias, e bem assim no que respeita ás responsabilidades dos respectivos conservadores.

(1) Posteriormente foram creadas conservatorias pelos decretos de 30 de novembro e 28 de dezembro de 1876, de 13 de agosto de 1885, de 31 de março e 13 de agosto de 1887, de 8 de abril de 1891 e de 7 de maio de 1892.

Para a execução dos decretos que installaram o registo predial foram dadas instrucções nas portarias de 9 de julho de 1866 e de 11 de abril e 17 de outubro de 1867.

202. *Factos juridicos que estão sujeitos a registo.* Os actos que, sem registo, não produzem effeito relativamente a terceiros, são:

1) As transmissões de propriedade immovel ou de direitos immobiliarios, por titulo gratuito ou oneroso (artt. 949.º n.º 4.º e 1722.º);

2) A posse nos termos do artigo 524.º (art. 949.º n.º 5.º);

3) Os onus reaes, reputando-se como taes para este effeito: 1.º a servidão não apparente e o compascuo; 2.º o uso, a habitação e o usufructo; 3.º a emphyteuse e a sub-emphyteuse; 4.º o censo e o quinhão; 5.º o dote; 6.º o arrendamento por mais de um anno, havendo adeantamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo; 7.º a consignação e a adjudicação de rendimentos para pagamento de quantia determinada, ou por determinado numero de annos (art. 949.º n.º 2.º e § 2.º, decr. de 30 de junho de 1870, e cod. de proc. civil, art. 884.º);

4) As hypothecas (art. 949.º n.º 1.º);

5) A penhora e o arresto em bens immobiliarios (cod. civil, art. 949.º n.º 6.º, e cod. de proc. civil, artt. 370.º, 834.º n.º 2.º e 844.º n.º 2.º);

6) As acções reaes sobre designados bens immobiliarios, e quaesquer outras que se dirigem a haver o dominio ou a posse delles; as acções sobre nullidade do registo ou do seu cancellamento, e as sentenças proferidas e passadas em julgado sobre qualquer destas acções (art. 949.º n.º 3.º).

O registo do dominio, que abrange todos os predios adquiridos anteriormente a 1 de abril de 1867, foi declarado facultativo (art. 949.º § 1.º), adoptando assim a Commissão de legislação da camara dos deputados um meio termo entre os

que defendiam o registo obrigatorio do dominio e os que pretendiam que elle fosse inteiramente dispensado do registo.

A lei de 1 de julho de 1863 declarou obrigatorio este registo, e a lei de 30 de junho de 1864 adiara-o por cinco annos, a contar do estabelecimento definitivo das conservatorias. A razão deste adiamento, que explica tambem o haver sido declarado facultativo o registo do dominio, foi o embaraço em que se haviam de encontrar os proprietarios para registar o dominio, visto que muitos delles não tinham titulo, e as consideraveis despêsas que teriam de fazer para esse effeito.

Nas provincias ultramarinas continúa a ser obrigatorio (decr. de 18 de novembro de 1869, art. 5.º) o registo do dominio, em harmonia com o disposto no artigo 10.º n.º 1.º do codigo de registo predial, que sujeitava ao registo predial a propriedade immovel e a immobiliaria. No decreto de 7 de maio de 1892, que creou uma conservatoria na Beira, e delegações nos julgados de Andrade e Sena, declara-se obrigatorio (art. 9.º) o registo do dominio seis mêses depois da publicação do citado decreto.

O codigo civil, na parte respeitante aos actos sujeitos a registo, não só foi modificado pelo decreto de 30 de junho de 1870, pelo qual foi declarado facultativo o registo das servidões apparentes, e pelo codigo de processo civil, que sujeitou a registo a adjudicação de rendimentos e o arresto em bens immobiliarios, mas ainda pelo decreto de 17 de março de 1887, pelo qual, após a publicação de varios decretos e leis em que foi successivamente prorogado o prazo estabelecido no artigo 1023.º § unico para o registo dos onus reaes constituidos anteriormente ao codigo civil, se prorogou indefinidamente o registo, até que o governo proveja legal e definitivamente sobre o assumpto, dos onus reaes da emphyteuse, sub-emphyteuse, censo, quinhão e servidão.

No regulamento de 20 de janeiro de 1898 declara-se (art. 163.º n.º 4.º) que o decreto de 17 de março de 1887 respeita aos

onus constituidos antes de 1 de abril de 1867. Tendo-se, porém, em vista o disposto nesse decreto, e nos diplomas por que foi successivamente prorogado o registo desses onus, chegar-se-ha á conclusão de que o decreto de 17 de março de 1887 se refere aos onus que tenham sido constituidos anteriormente a 22 de março de 1868, data em que começou a vigorar o codigo civil.

Os onus reaes de compascuo, habitação, uso e usufructo, os de arrendamento por mais dum anno havendo adeantamento de renda e por mais de quatro não o havendo e o dote, estão sujeitos ao registo desde 22 de março de 1869; os outros onus reaes, que tenham sido constituidos anteriormente á data da publicação do codigo civil, ainda não estão sujeitos a registo, para que produzam effeito relativamente a terceiros (1).

1) As transmissões de bens immobiliarios não estão sujeitas a registo, quando se tracte de bens indeterminados (art. 951.º § unico). A este respeito dispõe-se (art. 955.º) que os actos, de que resulta modificação ou transmissão da propriedade, praticados por qualquer pessoa a favor de quem a transmissão della tenha sido feita, na fórma indicada no § unico do artigo 951.º, ou por seus herdeiros ou representantes, são nullos com relação a terceiros, se, achando-se determinados os bens, a transmissão não foi registada.

No regulamento do registo predial determina-se (art. 163.º n.º 2.º) que a transmissão de bens indeterminados produz effeito contra terceiros, independentemente do registo, emquanto por algum modo se não especificam e determinam.

O Conselheiro Dias Ferreira, commentando estas disposições, diz: «Não fica, porém, eternamente dispensado o registo da successão indeterminada porque o adquirente é impedido de hypothecar ou alienar esses bens indeterminados, bem como

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIII, pag. 467.

de os gravar com hypothecas ou com onus reaes em prejuizo de terceiro, logo que elles sejam determinados, sem registar primeiro aquella transmissão artigo 955.º, e regulamento do registo predial (de 28 de abril de 1870) artigo 87.º § unico e 152.º n.º 2.º».

As disposições referidas não respeitam a quaesquer actos praticados pelo adquirente que modifiquem ou transmittam a propriedade, os quaes, desde que esta se ache determinada, ficam sujeitos, no que toca ao registo, ás regras geraes; referem-se a actos praticados pelo transmittente ou pelos seus herdeiros ou representantes, pelos quaes transfiram ou onerem posteriormente os bens que já haviam sido transmittidos. Assim, se um herdeiro cedeu a sua quota parte nos bens immobiliarios da herança, o cessionario, emquanto se não determinarem por algum modo os bens que constituem essa quota, fará valer o seu direito contra quaesquer pessoas a favor de quem o ~~cessionario~~ haja transmittido posteriormente os mesmos bens ou parte delles, ou constituido qualquer onus sobre esses bens. Se, porém, não effeituar o registo logo que esses bens se especifiquem, e os adquirentes posteriores fizerem o registo antes delle, o cessionario não poderá annullar estes actos.

Estão sujeitos ao registo pelo artigo 949.º n.º 4.º os actos por que se *transmittem* bens immobiliarios. Não têem, portanto, de ser registados, para que produzam effeito em relação a terceiros, os actos que apenas tenham por fim confirmar ou ratificar a transmissão desses bens, quando o acto que se ratificou ou confirmou já se ache registado, e não estão do mesmo modo sujeitos a registo os actos por que se declarem direitos ou por que se renuncie a elles. Assim, tendo sido registada a compra dum immovel feita a um menor e celebrando-se posteriormente a ratificação dessa compra por uma escriptura, não é necessario o registo desta; havendo duvidas sobre a propriedade dum immovel e fazendo-se uma transacção em virtude

da qual o predio fique pertencendo á mesma pessoa que já estava na posse delle na qualidade de proprietario, não é necessario o registo dessa transacção; renunciando um herdeiro ou legatario á herança ou legado, tambem não é necessario o registo. Neste caso, a transmissão dá-se directamente do auctor da herança para os herdeiros, pois que se entende que o herdeiro ou legatario que renuncia nunca foi herdeiro ou legatario, retrotrahindo-se os effeitos da renuncia á data da abertura da herança (artt. 1759.º n.º 4.º, 1853.º, 1855.º, 2035.º e 2043.º); quando os actos apenas tenham por fim a declaração ou confirmação do direito e não a sua transferencia, delles não resulta em favor da pessoa que já exercia esses direitos nenhuma modificação na sua situação apparente, tornando-se apenas juridica ou mais consistente essa situação, e como o registo, attenta a sua natureza e fim, apenas respeita á existencia effectiva dos direitos e não á possibilidade da sua contestação pela fórma por que se effeituou, a publicidade desses actos não teria vantagem alguma.

2) O nosso codigo declara a posse sujeita a registo, para que possa ser invocada como prova da propriedade (art. 952.º).

Sendo a posse de bens immobiliarios um facto que se exerce publicamente, parece-nos que o seu registo não deveria exigir-se para que ella produzisse effeito em relação a terceiros. E o artigo 952º., declarando que, depois de registada a posse, o seu começo, para todos os effeitos legaes, deve ser contado em conformidade das disposições do codigo, parece dar ao registo effeito retroactivo, o que de modo algum se justifica, attento o fim desta instituição.

Acresce que, ao contrario do que parece inferir-se do artigo citado, se dá a prescripção positiva dos immoveis e direitos immobiliarios independentemente de registo (artt. 526.º-530.º), e, decorrido o prazo da prescripção, esta, e por isso mesmo a posse mediante a qual ella se opéra, póde ser invocada para prova da propriedade.

Em nosso parecer, o proprietario que, por inacção ou negligencia, deixa decorrer o prazo da prescripção, não póde considerar-se terceiro, como resulta da noção que démos a este respeito, devendo ainda notar-se que lhe incumbia exercer o seu direito, procedendo contra o possuidor, para que o não perdesse Sendo assim, a disposição do artigo 952.º sómente terá applicação ao caso em que o proprietario, contra quem se opéra a prescripção, transmitta a um terceiro a cousa ou um direito sobre ella e este faça registar o titulo da adquisição antes de o possuidor registar a sua posse. Em tal caso, se contra o possuidor fôr proposta a acção de reivindicação, este não poderá invocar a sua posse para prova da propriedade, se ainda não houver decorrido, relativamente ao adquirente, o tempo necessario para a prescripção.

Interpretado assim o artigo 952.º, desapparecerá a contradicção, que tão notada tem sido na nossa jurisprudencia e que se tem tentado resolver de diverso modo, entre o artigo citado e os artigos 526.º-530.º.

3) Entre os onus reaes sujeitos a registo, o nosso legislador incluiu não só os que representam um fraccionamento do direito de propriedade, mas ainda o dote, que não é um fraccionamento do direito de propriedade, mas uma restricção á faculdade de dispôr ou de alienar, inherente a este direito, e o arrendamento, que não dá ao arrendatario um direito real, ou um poder directo sobre a cousa, ficando o proprietario por esse contracto constituido numa obrigação (art. 1606.º).

O dote é sujeito a registo, para evitar que sejam defraudados terceiros, adquirindo bens de que os proprietarios não podem dispôr. Quanto ao contracto de arrendamento, se a renda é adeantada, o adquirente podia ser prejudicado na importancia das rendas já pagas, e, quando não seja adeantada, se o contracto produzisse effeito em relação a elle, poderia ficar sem a faculdade de utilizar o predio para o fim que teve em vista, ou ter sido effeituado o contracto de arrendamento em condições prejudiciaes para elle.

O codigo não sujeita a registo o contracto de sociedade universal ou particular, que tenha por objecto os fructos e rendimentos de immoveis (artt. 1243.º e 1249.º), tendo apenas de ser registada a escriptura por que se transmitte para a sociedade a propriedade dos immoveis. Como veremos, o contracto de sociedade não produz, salva a preferencia que aos credores sociaes á dada nos bens da sociedade, effeito em relação aos credores particulares dos socios, os quaes podem até penhorar e fazer execução na parte social do devedor (art. 1274.º). Sendo assim, o adquirente dum immovel, cuja fruição pertença, em virtude do contracto de sociedade, a varias pessoas, poderá exigir a entrega desse immovel, sendo este o motivo por que o legislador não sujeita esse contracto a registo.

Conveniente seria, porém, que o codigo regulasse o contracto de sociedade por outra fórma, dando-lhe effeitos em relação a terceiros, e, neste caso, deveria ficar sujeito a registo não só o contracto de sociedade por que se transmittisse a propriedade de bens immoveis, mas ainda o uso e fruição destes bens.

4) As hypothecas e a consignação e adjudicação de rendimentos são onus que acompanham o predio em certos casos e que, quando o não acompanham, dão ao credor o direito de se pagar pelo valor do predio de preferencia aos outros credores. Interessa portanto não só ao adquirente mas a quaesquer credores do proprietario, ter conhecimento destes onus.

5) Pela penhora e pelo arresto não só é dada ao credor que os faz a mesma preferencia que pelas hypothecas e pela consignação de rendimentos, mas fica o proprietario inhibido de dispôr dos predios.

6) As acções que se dirijam a haver o dominio ou a posse de designados bens immobiliarios, ou que tenham por fim a nulli-

dade do registo ou do seu cancellamento, podem modificar a situação juridico-patrimonial duma pessoa em relação a esses immoveis, prejudicando assim terceiros que, ignorando a existencia dessas acções, adquirissem taes bens. Dahi a necessidade de dar publicidade a essas acções, como a que tenha por fim a revogação duma doação, a rescisão duma venda por incapacidade do devedor.

O unico effeito que deriva da falta do registo é o acto juridico a elle sujeito ficar sem efficacia juridica em relação a terceiros. O registo é, pois, facultativo, no sentido de que não ha outra pena para quem o não effeitue, salva a indemnização de perdas e damnos nos casos em que, havendo a obrigação de registar em virtude do cargo que se exerce, se não effeituou o registo e resultou dahi um damno.

No artigo 954.º preceitua-se, porém, que a entrega e posse judicial dos bens immobiliarios, não exceptuados no § unico do artigo 951.º, em caso nenhum pode dar-se, sob pena de nullidade, sem que se tenha feito o registo do acto juridico em que o requerimento se funda.

203. *Onde deve ser feito o registo.* No artigo 950.º preceitua-se que o registo deve ser feito na conservatoria, em cujo territorio está situado o predio a que elle tem de se referir, e não em outra, sob pena de nullidade, e dispõe-se no § unico do mesmo artigo que, se o predio fôr situado em territorio de mais de uma conservatoria, o registo será feito em cada uma dellas. E no regulamento do registo predial determina-se (art. 90.º § 2.º) que se o acto levado a registo affectar differentes predios situados na area de diversas conservatorias, em cada uma dellas e na parte respectiva se effeituará o registo.

Em cada comarca do continente do reino e ilhas adjacentes haverá uma conservatoria privativa, com séde na cabeça da mesma comarca. Exceptuam-se as comarcas de Lisboa e Porto, em que haverá naquella tres e nesta duas conservatorias, com a

designação e circumscripção por freguesias constantes da tabella n.º 1 annexa ao regulamento do registo predial. Nas povoações das ilhas adjacentes, em que não houver meios faceis e regulares de transporte para a cabeça de comarca, poderá haver conservatorias privativas, se o justificar o respectivo movimento do registo e fôr grande a accumulação de serviço na conservatoria da comarca (regul. do registo predial, art. 2.º e §§ 1.º e 2.º). As conservatorias em que fôr grande a accumulação de serviço e se achar o registo atrazado, mas não accidentalmente, poderão ser divididas em secções, quanto possivel iguaes, por decreto especial do governo, havendo um conservador privativo para cada secção (regul. cit., artt. 5.º e 8.º).

No Ultramar ha tambem na séde de cada comarca uma conservatoria do registo predial de toda a area da mesma comarca (regim. de 20 de fevereiro de 1894, art. 40.º).

Os conservadores privativos de comarcas, cuja circumscripção tiver sido ou vier a ser alterada, não poderão effeituar acto algum de registo sobre predios situados em territorio, que houver sido desagregado da respectiva comarca para se annexar a outra, onde já houvesse ou fosse creada conservatoria privativa (regul. de 1898, art. 193.º).

Os conservadores de comarcas, ás quaes tiver sido ou vier a ser, por virtude da referida alteração, annexado territorio pertencente a comarca onde já houvesse conservatoria privativa, só poderão effeituar os actos de registo sobre predios sitos nesse territorio, quando se lhes apresente certidão de se achar ou não descripto na antiga conservatoria o respectivo predio. Achando-se o predio descripto, serão transcriptos, na certidão, de teor, a descripção, seus averbamentos e todos os actos de registo com respeito a ella effeituados, que se não achem cancellados ou extinctos, e as notas de apresentação para actos de registo sobre o respectivo predio ainda não effeituados. Não se achando o predio descripto, mas havendo com respeito a elle qualquer apresentação, será transcripta de

teor na certidão a respectiva nota. Sendo a certidão positiva, o conservador, só depois de haver trasladado nos livros competentes os actos assim certificados, poderá proceder ao registo requerido. Se da certidão constar haver alguma apresentação sobre o predio para acto, cujo registo ainda se não ache effeituado, o conservador requisitará officialmente a entrega dos respectivos documentos, para proceder ao registo na devida ordem (regul. cit., artt. 194.º e 195.º). Estas disposições não são applicaveis na hypothese de ser annexado territorio pertencente a uma comarca extincta, quando os conservadores tenham em seu poder os livros da conservatoria privativa desta (regul. cit., art. 195.º § 5.º).

Na porta externa do edificio em que funccionar a conservatoria será esta indicada ao publico em letras bem visiveis (regul. cit., art. 4.º).

204. *Dos livros do registo.* Haverá em cada conservatoria os seguintes livros para o registo predial (art. 957.º e regul. cit., art. 56.º):

1.º Diario (modelo A);
2.º Descripções prediaes (modelo B);
3.º Inscripções hypothecarias (modelo C);
4.º Inscripções diversas (modelo F);
5.º Inscripções de transmissões (modelo G);
6.º Indice real (livro D);
7.º Indice pessoal (livro E).

Os conservadores podem dispensar em qualquer occasião o modelo G, mas só depois de concluido o que então estiver servindo (regul. cit., art. 56.º § 1.º).

Nas conservatorias divididas em secções haverá livros e indices distinctos e separados para o futuro, ficando communs os livros, indices e mais papeis do antigo archivo, onde tiverem de se lançar cotas de referencia, fazer buscas ou praticar qualquer acto de serviço necessario ás diversas secções. Os

conservadores das novas secções organizarão indices pessoaes privativos para a area da sua circumscripção, servindo-se provisoriamente dos indices pessoaes communs. A guarda e conservação dos livros e papeis communs ficarão a cargo do conservador mais antigo, com obrigação de os facultar, sempre que preciso fôr, ao conservador mais moderno (regul. cit., artt. 56.º § 2.º e 67.º e §§).

O diario ou modelo A é destinado á nota especificada das apresentações de titulos para quaesquer actos de registo ou de requerimentos, á menção do livro e folhas em que se fez o acto requerido e á do despacho dos requerimentos (art. 957.º § 1.º, e regul. cit., art. 57.º).

O modelo B é destinado á descripção dos predios pela primeira vez submettidos a registo, aos averbamentos ás descripções e ás cotas de referencia a outros livros (art. 957.º § 2.º, e regul. cit., art. 58.º).

O modelo C é destinado ás inscripções hypothecarias e averbamentos que se lhes haja de fazer (art. 957.º § 4.º, e regul. cit., art. 59.º).

O modelo G é destinado ás inscripções de transmissão de bens immobiliarios operada depois de 1 de abril de 1867, e aos averbamentos que se lhes haja de fazer. Quando o modelo G seja dispensado, as respectivas inscripções e averbamentos serão lançados no modelo F (art. 957.º § 5.º, e regul. cit., art. 60.º e § 2.º).

O modelo F é destinado á inscripção dos mais actos admittidos a registo, e aos averbamentos que se lhes haja de fazer (art. 957.º § 3.º, e regul. cit., art. 61.º).

Os livros D e E são destinados respectivamente á indicação por freguesias dos predios já descriptos, e, pelas letras do alphabeto, dos nomes dos possuidores dos mesmos predios. A fórma de organizar estes indices fica ao arbitrio do respectivo conservador (regul. cit., art. 62.º e § unico).

Nas conservatorias haverá massos de papeis archivados,

organizados por fórma que seja facil a respectiva busca, tendo em vista a data em que foram apresentados (regul. cit., art. 66.º).

Os livros de registo e papeis archivados não sairão da conservatoria por motivo ou pretexto algum, salvos os casos de remoção por força maior, como incendio, inundação, guerra, sedição e outros semelhantes, devendo as diligencias judiciaes ou extrajudiciaes que exijam a sua apresentação effeituar-se na mesma conservatoria (regul. cit., art. 68.º).

205. *Da reforma dos livros inutilizados ou perdidos.* Se os livros do registo se inutilizarem ou descaminharem por incendio, roubo, ou por qualquer outra causa, se procederá á sua reforma em presença dos livros que porventura se conservarem, dos certificados, certidões, notas de registo, titulos e declarações que os interessados apresentarem (regul. cit., art. 69.º).

Na reforma dos livros, seja qual fôr a causa da sua perda, observar-se-ha o seguinte processo, estabelecido no artigo 70.º do regulamento do registo predial e no artigo 585.º do codigo de processo civil:

Os interessados serão, mediante officio do conservador ao delegado da comarca e promoção deste, citados por meio de editos para no prazo de sessenta dias apresentarem na conservatoria, além de quaesquer declarações, os certificados, certidões e titulos relativos ás descripções e inscripções feitas nos livros perdidos, devendo declarar-se nos editos o tempo em que as descripções e inscripções se fizeram. Findo esse prazo e julgada valida a citação por decisão definitiva do juiz respectivo, o conservador declarará no diario ter terminado o prazo das apresentações para a reforma, e procederá a esta. Feita a reforma e participada pelo conservador ao delegado, serão citados por meio de editos os interessados para apresentarem, no prazo de trinta dias, quaesquer reclamações, as quaes serão averbadas ao registo a que respeitarem, fazendo-se

provisoriamente qualquer inscripção contra cuja omissão se reclame, sendo essas reclamações remettidas ao juiz de direito com informação do conservador e fazendo-se os necessarios averbamentos, depois da sentença definitiva, com referencia a esta.

Depois de o conservador haver feito no diario a declaração de haver terminado o prazo para as reclamações, quem pretenda fazer lançar algum acto de registo no livro reformado como pertencente ao mesmo, só o poderá conseguir por meio de acção com processo ordinario contra aquelles a quem entenda dever preferir (regul. cit., art. 71.º). A acção referida não póde em caso algum prejudicar qualquer direito que, tendo sido inscripto antes do registo da mesma acção, não o tivesse já sido nos livros perdidos (regul. cit., art. 72.º), sendo portanto prejudicados por essa acção só os direitos inscriptos nestes livros posteriormente ao registo a que a acção respeita e, passada em julgado a sentença que mandar fazer o acto de registo, este será lançado no livro corrente, declarando-se no contexto quaes as inscripções a que se refere (regul. cit., art. 73.º).

Emquanto se não concluir a reforma dos livros inutilizados ou perdidos, fica suspenso todo o serviço, salvo o de apresentações e certidões (regul. cit., art. 74.º). Se a perda dos livros fôr total, recomeçar-se ha o serviço como se de novo se installasse a conservatoria, com a differença apenas de que primeiro se lançarão os registos reformados segundo a sua antiguidade; se a perda fôr parcial, os actos de registo reformados serão lançados em livros especiaes (art. 75.º).

206. *Do tempo de serviço e das apresentações.* As conservatorias estarão abertas ao publico, para o serviço do registo, cinco horas todos os dias, excepto os que forem sanctificados, a quinta, sexta feira e sabbado da semana santa, a segunda e terça feira do carnaval, a quarta feira de cinza, os dias de

grande gala e os que forem declarados feriados por decreto especial. As horas a que a conservatoria deve estar aberta estarão annunciadas na parte de fóra da porta da entrada, não podendo esse horario ser alterado senão por um novo aviso publicado, pelo menos, com um mês de antecedencia (regul. cit., art. 77.º e § unico).

Nas conservatorias, durante as horas de serviço, estarão sempre presentes os conservadores ou pessoas que os representem (regul. cit., art. 78.º).

Todos os actos resultantes de titulos apresentados em dias em que a conservatoria não deve estar aberta, ou fóra das horas fixadas no artigo 77.º, são nullos e os conservadores responsaveis por perdas e damnos, sem prejuizo das penas estabelecidas no codigo penal para o caso de haver falsidade. Fóra das horas marcadas no artigo 77.º podem os conservadores praticar os differentes actos de serviço do registo, mas nunca os de apresentação no diario (regul. cit., art. 79.º e § unico).

Os titulos para o registo serão apresentados ao respectivo empregado, e este, sem fazer exame nem reparo algum sobre os documentos apresentados, tomará a competente nota de apresentação (regul. cit., art. 80.º). Se na conservatoria recusarem annotar promptamente no diario as apresentações, poderão os interessados fazer immediatamente verificar, por declaração de duas testemunhas, o facto da recusa em auto exarado por qualquer notario publico ou escrivão para lhes servir de prova no processo competente (regul. cit., art. 81.º).

A nota da apresentação, que será lançada no diario pela fórma constante do artigo 57.º, será rubricada pelo apresentante, depois de lida ou ouvida ler por elle, devendo em seguida apontar-se nos documentos apresentados o numero de ordem, dia, mês e anno que lhes corresponderem. As indicações exigidas para a nota, que são precisamente as que constam do citado artigo 57.º, serão extrahidas do requerimento apresentado pela parte (regul. cit., art. 82.º e § 1.º).

Se a apresentação fôr simultanea, será primeiro em numero o acto mais antigo (1). Se para registos differentes o mesmo requerente apresentar diversos titulos, terão estes numeros seguidos. Se mais de um titulo fôr apresentado pelo mesmo requerente e para o mesmo fim, terão todos o mesmo numero de ordem. As declarações complementares terão o mesmo numero de ordem dos requerimentos a que se referirem (art. 82.º §§ 2.º-5.º).

As apresentações para registo devem ser feitas na propria conservatoria, como resulta dos artigos 78.º-80.º do regulamento. Quando os conservadores acceitem, pois, fóra da conservatoria titulos para registo, tal facto não lhes dá prioridade alguma relativamente a outros titulos que dêem entrada na conservatoria logo que esta se abra (2).

Chegada a hora de fechar a conservatoria, se lançará um traço por baixo da ultima apresentação no diario, de modo que não fique de permeio nenhuma linha em que se possa fazer nova apresentação naquelle dia. Quando em qualquer dia util não haja apresentação alguma, assim se declarará no diario (art. 83.º e § unico).

207. *Das pessoas legitimas para requerer o registo.* Os actos de registo ou a elle relativos não serão officiosamente praticados pelos conservadores, mas sim a requerimento especificado de pessoa legitima, directamente ou por mandatario (3). O mandato presume-se pela apresentação dos titulos, quando o

(1) Se os titulos forem de igual data e o conservador não puder verificar qual é o acto mais antigo, deverá fazer a apresentação sob o mesmo numero, declarando o motivo disso. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVIII, pag. 213.

(2) Veja-se a *Revista* cit., vol. XXXIII, pag. 266.

(3) Os actos de registo que o conservador tenha de requerer em seu beneficio devem ser feitos por quem legalmente o substitue. Veja-se a *Revista* cit., vol. XXXIII, pag. 516.

requerimento que os acompanhar fôr assignado pela pessoa legitima para requerer o registo e a assignatura desta reconhecida (regul. cit., art. 84.º e § 1.º).

As certidões do registo podem ser requeridas por qualquer pessoa, e os conservadores, quando haja sido repetida a descripção dos mesmos predios, ou quando commettam erros em qualquer acto de registo, procederão officiosamente nos termos dos artigos 128.º e 153.º do regulamento do registo predial (regul. cit., art. 84.º § 2.º).

Em geral é pessoa legitima para requerer os actos de registo quem tiver algum interesse, direito ou obrigação nos mesmos actos, ou os seus representantes legaes (regul. cit., art. 85.º).

Em especial são pessoas legitimas para requerer os diversos actos de registo (regul. cit., art. 86.º):

1.º Por parte do menor, ausente ou interdicto, os parentes, protutor, membros do conselho de familia, curador geral e ministerio publico;

2.º Por parte da mulher casada ou noiva, para o registo do seu dote ou hypotheca dotal, além da propria dotada, sem dependencia alguma de auctorização do marido, os parentes, os dotadores e os ex-tutores;

3.º Para o registo de hypotheca ou de onus á segurança de obrigações, cedulas ou escriptos de obrigação geral de sociedades ou particulares, de que tracta o n.º 6.º do artigo 49.º do codigo commercial, a sociedade ou particular que emittir esses titulos, ou o portador, dono ou mero detentor de qualquer numero delles, não podendo o registo ser feito á segurança de parte dos titulos emittidos e não amortizados, mas só da totalidade da emissão ainda não amortizada.

Fóra dos casos em que, pela apresentação dos titulos acompanhada de requerimento assignado e reconhecido, se presume o mandato, deverá ser apresentada procuração sufficiente, se não vier já transcripta no titulo; mas, se já tiver sido archivada na conservatoria e fôr sufficiente, por ella e com referencia ao masso onde estiver, que a parte indicar, se fará o novo registo. Se a procuração fôr revogada, nella se averbará a revogação a requerimento do mandante (regul. cit., art. 87.º e § unico).

Os conservadores devem recusar-se a fazer a apresentação de documentos a registo, se o apresentante não é o proprio requerente, e, sendo o requerimento apresentado por outrem, se não é assignado pelo requerente e a sua assignatura reconhecida por tabellião, ou se o requerimento é assignado e apresentado por procurador sem mandato legal. O artigo 166.º n.º 3.º quando diz que *feita e annotada a apresentação* os conservadores devem recusar-se a praticar os actos do registo requerido, se não forem legitimas as pessoas que requererem o registo, não contraria esta doutrina, porque diz respeito aos requerentes do registo, e não ás pessoas que apresentam os documentos na conservatoria (1).

Quem fizer registar qualquer acto, sem que este exista juridicamente, será responsavel por perdas e damnos, e, quando o fizer dolosamente, incorrerá nas penas comminadas ao crime de falsidade (art. 984.º). Na mesma responsabilidade civil e criminal incorrerá quem dér inexactas ou falsas declarações na conservatoria ou fóra della, para se effeituarem actos de registo, ou lavrarem documentos destinados á prova dos mesmos actos (regul. cit., art. 88.º § unico).

208. *Do registo definitivo e provisorio.* Feita a nota de apresentação, o conservador tem de examinar os documentos e verificar a legitimidade das pessoas que requerem o registo. Antes de tractarmos dos documentos admissiveis a registo, necessario se torna dar algumas indicações acerca da distincção entre registo definitivo e provisorio, visto que não são as

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXXIII, pag. 296.

mesmas as condições que se exigem para o registo definitivo e para o provisorio.

O registo definitivo e o provisorio têem de commum o constarem das mesmas operações — descripção do predio a que respeitam e inscripção do direito que sobre elle recae, e em ambos serem lançados nos mesmos livros, segundo a prioridade da apresentação dos titulos no diario (regul. cit., artt. 91.º e 92.º).

Distinguem-se em que os effeitos do registo definitivo subsistem emquanto não fôr cancellado ou não caducar por serem os effeitos do acto juridico de duração certa e determinada (art. 965.º e regul. cit., artt. 160.º e 162.º), ao passo que o registo provisorio, que no prazo de um anno contado da sua data não fôr convertido em definitivo, nem renovado como provisorio, nos casos em que a renovação é permittida, fica extincto de direito, exceptuados os casos estabelecidos na lei (art. 974.º e regul. cit., art. 161.º), e em que a inscripção do registo provisorio deve conter a declaração expressa de que o é (regul. cit., art. 137.º n.º 8.º).

O registo provisorio é especialmente destinado a garantir a situação juridica da propriedade sobre que se projecta a realização de actos sujeitos a registo, evitando fraudes. Assim, quem tenha de effeituar um emprestimo sobre hypotheca exigirá o registo provisorio della, se quiser ficar completamente garantido de que anteriormente ao registo da hypotheca não é constituido outro onus sobre a propriedade, ou de que o devedor a não aliene. Pelo registo provisorio tambem se garantem direitos definitivamente constituidos nos casos em que o conservador, já por duvidar da legalidade do acto, já da legalidade, sufficiencia ou authenticidade dos titulos, ou por outros motivos, tenha de recusar o registo definitivo.

Podem ter registo provisorio (art. 967.º):

1.º Todas as hypothecas voluntarias, e as legaes mencionadas nos n.ºs 3.º e 6.º do artigo 906.º, sendo esse registo

effeituado em presença de declarações feitas nos termos do artigo 969.º e do artigo 105.º do regulamento, e o da hypotheca para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e alfinetes em presença das certidões dos contractos antenupciaes (art. 971.º § 1.º e regul. cit., art. 107.º). É tambem permittido o registo provisorio de hypothecas estipuladas para pagamento de despêsas de construcção, reparo ou melhoramento de edificios, de arroteamento, plantação, enxugo ou esgotamento de predios rusticos, comtanto que se especifiquem os immoveis a que taes despêsas hão de ser applicadas, a importancia dellas, e o prazo estabelecido para o cumprimento do contracto, sendo esse registo feito em face do respectivo contracto (art. 976.º e § unico);

2.º Os onus reaes, sendo o registo do dote feito em face de certidão da escriptura antenupcial (art. 971.º) e os outros em face de declarações feitas nos termos do artigo 969.º e do artigo 105.º do regulamento;

3.º As transmissões por effeito de contracto, sendo esse registo feito em face das mencionadas declarações. Com a certidão de arrematação póde effeituar-se o registo provisorio da transmissão effeituada por esse meio (regul., art. 108.º);

4.º As acções, incluindo a de justificação de mera posse (art. 525.º), o qual será feito em presença de certidão que prove que a respectiva acção ou justificação está distribuida em juizo contencioso (art. 969.º § 1.º e regul. cit., art. 106.º);

5.º Em geral todos os factos mencionados no artigo 949.º, a que o conservador recusar o registo definitivo, nos termos do artigo 981.º, sendo o registo provisorio feito em presença da declaração de recusa do registo definitivo, se a pessoa que tiver requerido este assim o exigir (art. 969.º § 2.º).

O registo provisorio é, como o definitivo (1), em regra, facultativo, sendo apenas obrigatorio para os dotes, hypothecas

(1) Veja-se o *Codigo de processo civil*, artigo 834.º e § 2.º.

dotaes e alfinetes, no caso do artigo 929.º (art. 968.º), não podendo realizar-se o casamento sem que se haja effeituado esse registo. O artigo 968.º tambem declarava obrigatorio o registo das acções, mas foi revogado nessa parte pelos artigos 354.º e 356.º do codigo de processo civil (1).

209. *Titulos admissiveis a registo e condições a que, para esse effeito, devem satisfazer.* No regulamento do registo predial declara-se (art. 99.º) que são exclusivamente admissiveis a registo definitivo os documentos legaes e sufficientes para a prova dos actos cujo registo se requer, e no codigo civil especificam-se quaes são, em geral, os titulos admissiveis a registo definitivo.

Esses titulos são (art. 978.º):

1.º Cartas de sentença;

2.º Autos de conciliação;

3.º Certidões de deliberações do conselho de familia, ou de despachos do juiz, nos casos de sua competencia;

4.º Escripturas, testamentos, ou quaesquer outros documentos authenticos;

5.º Titulos de estabelecimentos de credito predial devidamente auctorizados;

6.º Escriptos particulares de contractos, cujo valor não exceda a cincoenta mil reis, nos casos em que o codigo os permitte, e tendo os requisitos que nelle são exigidos;

7.º Contractos de arrendamento de bens immoveis por mais de quatro annos, ou por mais de um, se tiver havido adeantamento de renda (2).

(1) Veja-se o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil annotado*, tomo I, pag. 450.

(2) Vejam-se, em relação ás provincias ultramarinas, o decreto de 18 de junho de 1896, em que se declaram authenticas as certidões extrahidas pelos respectivos officiaes sub-chefes do livro dos registos dos foros das

As cartas de sentença para titulo devem conter os articulados, a sentença final e os documentos que ella mencionar, as tenções e accordãos, os artigos de habilitação, havendo-os, e a sentença proferida sobre elles (cod. de proc. civil, art. 801.º).

Os autos de conciliação são admissiveis a registo, mas não quando respeitem á venda de bens immobiliarios de valor superior a cincoenta mil reis, pois que neste caso se exige a escriptura publica para prova do contracto (art. 1590.º n.º 2.º).

Os titulos de estabelecimentos de credito predial devem reunir as condições determinadas no decreto de 7 de janeiro de 1876, que o governo publicou no uso da auctorização que lhe foi concedida pela lei de 16 de abril de 1874.

Por meio de documentos particulares podem provar-se, não excedendo o valor de qualquer desses actos a cincoenta mil reis: a hypotheca, a doação, a compra e venda e a troca de bens immobiliarios (artt. 912.º, 1459.º, 1590.º § 1.º e 1594.º), e as servidões (artt. 2272.º e 2275.º).

Quanto a negocios juridicos effeituados em país estrangeiro, o codigo civil preceitua que o registo das hypothecas contrahidas em país estrangeiro, só póde ser feito no reino achando-se o respectivo titulo devidamente legalizado (art. 979.º), disposição que é applicavel a quaesquer outros actos juridicos.

No regulamento do registo predial determina-se (art. 120.º §§ 3.º e 4.º) que os titulos expedidos por auctoridades estrangeiras só serão admissiveis a registo definitivo ou provisorio depois de visados pelo agente diplomatico ou consular português na respectiva localidade, e, sendo sentenças, só depois de revistas nos termos do codigo de processo civil. Se os titulos forem exarados em lingua desconhecida do conservador, ou se este não conhecer as assignaturas do agente diplomatico

repartições de fazenda provinciaes, e o de 4 de setembro de 1904, artigo 7.º, em que se adoptam providencias para o registo dos terrenos conquistados ao mar em virtude das obras no porto de Lourenço Marques.

ou consular, poderá exigir a traducção e reconhecimentos respectivos.

Com excepção dos testamentos, nenhum documento destinado á prova de acto sujeito a registo deverá de futuro ser lavrado sem que nelle se declare o numero da descripção que o predio respectivo tem na conservatoria, ou se declare que o predio não está descripto. O conservador, depois de examinar os titulos sujeitos a registo, é obrigado a participar ás auctoridades competentes quaes os funccionarios de qualquer ordem que deixarem de cumprir o referido preceito (regul. cit., art. 100.º). Estas disposições têem por fim estabelecer a identificação dos predios, evitando-se a duplicação de descripções.

O conservador não póde recusar-se a fazer o registo, embora contra o disposto no artigo citado se não declare qual o numero da descripção que o predio tem na conservatoria respectiva ou que não está registado, devendo apenas participar a falta ás auctoridades competentes, para que o funccionario publico que lavrou o documento seja disciplinarmente punido (1).

Quando os documentos apresentados a registo forem insufficientes para por elles se fazer a descripção, ou houver alteração superveniente dos requisitos constantes do n.º 2.º do

(1) A portaria de 9 de dezembro de 1904, que foi declarada em vigor no Ultramar por decreto de 5 de dezembro de 1907, ordenou que, para mais exacto cumprimento do disposto no artigo 100.º do regulamento do registo predial, a declaração feita pelas partes outorgantes de que os predios não estão descriptos só póde ser exarada, nos documentos destinados á prova de actos de registo, quando fôr comprovada por certidão passada pela respectiva conservatoria, devendo ficar consignado nesses documentos o anno, mês, dia e numero da apresentação do requerimento em que foi pedida a certidão.

Esta portaria só tem a sancção do artigo 100.º quanto aos documentos authenticos, não sendo assim obrigatoria para os documentos particulares. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVIII, pag. 37 e vol. XXXIX, pag. 169.

artigo 122.º do regulamento, deve a parte apresentar declarações complementares. Igualmente é exigida declaração complementar quando o nome do possuidor do predio que não houver de figurar na inscripção não conste dos documentos (regul. cit., art. 102.º e § unico). Para a inscripção não se admittem declarações complementares (1).

No codigo civil dispõe-se (art. 980.º) que os titulos de que tracta o artigo 978.º do mesmo codigo não serão admittidos a registo, sem que se mostre que estão pagos ou assegurados os direitos, que pelo respectivo acto se devam á fazenda nacional; e, sendo divida hypothecaria com estipulação de juros, sem que se tenha feito o competente manifesto.

Este artigo, em que se não fazia distincção entre registo definitivo e provisorio, foi modificado no regulamento do registo predial, em que se determina (art. 119.º e § unico) que nenhum acto submettido a registo e sujeito a direitos devidos á fazenda nacional póde ser definitivamente registado sem que se mostrem pagos ou assegurados os respectivos direitos, e que da mesma fórma não podem ter registo definitivo as hypothecas, sem que se tenha feito o manifesto fiscal, quando haja logar.

Por esta disposição do regulamento, em que se conciliam os interesses da fazenda nacional com os das partes, os conservadores, depois de feita a nota de apresentação no diario, devem fazer provisoriamente o registo requerido como definitivo, se não estiverem pagos ou assegurados os direitos á fazenda nacional, ou se não tiver sido effeituado o manifesto fiscal (regul. cit., art. 167.º, n.º 4.º).

210. *Casos em que o conservador deve ou póde recusar o registo, e responsabilidade em que incorre recusando-o indevidamente.* No artigo 981.º determina-se que os conservadores podem

(1) Veja-se a *Revista* cit., vol. XXXVI, pag. 152.

recusar admittir a registo definitivo titulos manifestamente nullos ou illegaes, e, sendo escriptos particulares, tambem aquelles a que faltar o reconhecimento das assignaturas, quando as acharem duvidosas; e que, nesse caso, feita a declaração do motivo da recusa, o conservador fará o registo, mas provisorio.

Combinando esta disposição com as que se acham consignadas nos artigos 967.º n.º 5.º e 969.º § 2.º, parece-nos que o conservador, recusando o registo definitivo, só devia fazer o provisorio, se a pessoa que tivesse requerido o registo definitivo assim o exigisse.

O regulamento do registo predial modificou a doutrina consignada no artigo 981.º, estabelecendo que, feita e annotada a apresentação, os conservadores devem recusar-se a praticar o acto de registo requerido, se o titulo apresentado fôr absoluta e manifestamente insufficiente para prova do acto submettido a registo (cit. regul., art. 166.º n.º 4.º); e que devem fazer provisoriamente o registo, requerido como definitivo, se duvidarem da legalidade do acto cujo registo se requerer, ou da legalidade, sufficiencia ou veracidade do titulo apresentado, e, quando faltar o reconhecimento das assignaturas, se as acharem duvidosas (cit. regul., art. 167.º n.ºs 1.º e 2.º).

Os conservadores devem portanto recusar-se a admittir a registo, tanto definitivo como provisorio, os titulos que sejam absoluta e manifestamente insufficientes para prova do acto submettido a registo, e como taes devem considerar-se todos os que não tenham as formalidades que a lei exige para a prova desse acto. Assim, não poderá ser admittido a registo um titulo particular de venda de bens immobiliarios de valor superior a cincoenta mil reis; nem um titulo particular de hypotheca, para garantia duma divida inferior a cincoenta mil reis, que, tendo sido escripto a rogo do devedor, não esteja assignado por duas testemunhas e as assignaturas reconhecidas pelo tabellião.

Quando os conservadores tenham duvidas sobre a legalidade do acto submettido a registo, como, por exemplo, sobre uma disposição testamentaria, que julguem fideicommissaria, ou sobre a legalidade, sufficiencia ou authenticidade do titulo, devem fazer o registo provisorio.

Da doutrina exposta vê-se que os conservadores têem não só competencia para verificar se os titulos reunem as formalidades exigidas por lei para prova do acto cujo registo se requer e a authenticidade desses titulos, mas ainda a legalidade dos actos juridicos que esses documentos provam. Já o artigo 981.º do codigo civil, falando em actos manifestamente *nullos* ou *illegaes*, comprehendia tanto os titulos que como taes se deviam considerar por falta de formalidades externas, como por ser prohibido por lei o acto a que elles respeitavam, e o regulamento expressamente se refere á hypothese de o conservador ter duvidas sobre a legalidade do acto cujo registo se requer (1).

Se o conservador não tiver duvidas sobre a legalidade desse acto, mas a certeza de que elle é nullo, parece-nos que deve tambem fazer o registo provisorio. É essa a doutrina que resulta do codigo civil e que o regulamento do registo predial não modificou expressamente, pois que, embora se refira a duvidas do conservador quanto á legalidade do acto para fazer provisoriamente o registo requerido como definitivo, donde parece dever inferir-se que, se não tiver duvidas, mas a certeza de que o acto é illegal, até esse registo deve recusar, o n.º 4.º do artigo 166.º só o auctoriza a recusar o registo dum modo absoluto, quando o titulo apresentado seja absoluta e manifestamente insufficiente para prova do acto, palavras que se referem ás formalidades externas.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. IV, pag. 539 e vol. XXXVI, pag. 417.

Quando o acto cujo registo se requer não seja absolutamente nullo mas relativamente, como se fôr uma venda feita por um menor, a venda de bens immobiliarios feita pelo marido sem outorga da mulher ou a constituição duma hypotheca, o conservador não deve recusar o registo, pois não só não tem competencia para julgar da capacidade das partes, mas, tractando-se duma nullidade relativa, só as pessoas interessadas podem requerer a nullidade do acto, o qual produzirá effeito emquanto a nullidade não fôr julgada por sentença.

Além do caso referido da absoluta e manifesta insufficiencia do titulo para a prova do acto sujeito a registo, os conservadores devem tambem recusar-se a praticar o acto de registo requerido nos seguintes casos (regul. cit., art. 166.º): quando do diario não constem as indicações exigidas no artigo 57.º do regulamento; se o acto submettido a registo não fôr sujeito a elle; se não forem legitimas as pessoas que requererem o registo; quando o predio não fôr situado na area da conservatoria em que o registo fôr requerido; se, quando o titulo fôr insufficiente para a descripção, as partes não apresentarem as declarações complementares indispensaveis; se o predio sobre que tem de recair o registo não se identificar ou distinguir bem de outro já descripto; quando, tendo sido já feito registo provisorio por duvidas, estas se não mostrarem removidas; quando qualquer registo já effeituado obste a nova inscripção, nos termos do artigo 159.º.

Este artigo determina que, subsistindo uma inscripção, definitiva ou provisoria, a favor de uma pessoa, não será sem sua intervenção ou de seu legitimo successor admittida nova inscripção relativa ao mesmo direito, ou que por qualquer fórma o possa affectar, salvo se o acto a inscrever fôr consequencia de outro anteriormente inscripto, como, exemplificando, o registo dos juros no caso de se achar registada a hypotheca (art. 900.º § unico), ou tiver, independentemente do registo, effeito para com a mesma pessoa, como succede com os onus reaes constituidos antes de 22 de março de 1868 cujo registo se acha indefinidamente prorogado.

Em virtude desta disposição, se houver sido registado o dominio duma propriedade a favor duma pessoa, só por meio dum acto juridico em que ella intervenha, ou os seus herdeiros e representantes, poderá ser effeituado o registo do dominio ou de qualquer onus sobre essa propriedade a favor doutra pessoa. E, para as transmissões por morte ou a titulo universal, é necessario, se não houver testamento donde conste quem são os herdeiros, que em justificação avulsa ou inventario judicial sejam julgados como taes. Uma escriptura de partilha entre os herdeiros não será sufficiente para que o conservador faça o registo, porque não prova que as partes que nella intervieram sejam os legitimos herdeiros e representantes do auctor da herança.

Em qualquer dos casos referidos, se o conservador duvidar se deve recusar absolutamente o registo, póde abrir registo provisorio (regul. cit., art. 166.º § unico).

E deve abrir este registo não só no caso de duvidar da legalidade do acto ou do titulo e da sufficiencia ou authenticidade deste, mas ainda no caso de, tendo sido o acto de registo requerido por mandatario, faltar a procuração ou serem insufficientes os poderes desta; se não houverem sido pagos ou assegurados os direitos á fazenda nacional, e quando a parte se tiver recusado a fazer o preparo (regul. cit., art. 167.º).

Quando recusarem o registo ou o fizerem só provisoriamente, os conservadores darão ás partes verbalmente, ou por escripto sendo-lhes pedida, declaração dos motivos da recusa ou da duvida (regul. cit., art. 168.º).

Os interessados poderão apresentar novos documentos ao conservador para este, removidas as suas duvidas, praticar o acto recusado, ou converter em definitivo o registo provisorio, e da mesma fórma, sendo-lhe requerido, póde proceder o conservador, quando se tenha convencido da improcedencia

das duvidas; e poderão tambem as partes recorrer ao juiz de direito da respectiva comarca para resolver sobre a procedencia ou improcedencia das duvidas (art. 981.º §§ 1.º e 2.º, cod. de proc. civil, art. 788.º e regul. cit., art. 169.º).

No caso de provimento transitado em julgado, ou se fará o acto recusado ou se converterá em definitivo o registo provisorio com referencia á sentença, que ficará archivada, apresentando-se de novo todos os documentos, salvo se se tiver feito o registo provisorio e este ainda estiver em vigor (art. 981.º § 2.º e regul. cit., art. 170.º). Se o recurso não obtiver provimento e se tiver effeituado o registo provisorio, o escrivão, proferida decisão definitiva, remetterá logo officialmente uma certidão della ao conservador (cod. de proc. civil, art. 790.º).

Em caso algum póde o registo recusado, que por effeito de recurso haja de fazer-se, ter a data da primitiva apresentação, fazendo assim a recusa do registo caducar a nota da apresentação, nem póde, se já estiver extincto o registo provisorio, converter-se em definitivo este registo, contando-se assim os effeitos do registo que em virtude de recurso se haja de fazer, se o registo provisorio houver caducado, da data da nova apresentação (regul. cit., art. 170.º § unico) (1).

O conservador não incorre em responsabilidade pela recusa, ainda que o motivo della se não julgue procedente, excepto se se provar que houve dolo no seu procedimento (art. 982.º e regul. cit., art. 171.º).

No codigo civil preceituava-se (art. 983.º) que o titulo, que houvesse de ser registado, seria apresentado em duplicado ao conservador, o qual devia verificar a sua perfeita igualdade, excepto se o original ou copia authentica desse titulo existisse com permanencia em algum archivo ou cartorio publico. Essa

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXI, pag. 370.

disposição está, porém, modificada, dispondo-se no regulamento (art. 120.º e § 1.º), que os titulos, cujo original ou copia authentica deva estar de um modo permanente em qualquer archivo ou cartorio publico, serão restituidos á parte depois de feito o registo; e que os outros titulos ficarão archivados na conservatoria, salvo se forem apresentados em duplicado, o qual ficará archivado e deverá ser pelo conservador conferido com o original.

Se os titulos apresentados estiverem escriptos em letra que offereça grande difficuldade na leitura, o conservador póde, nos termos do artigo 214.º do codigo de processo civil, exigir que a parte apresente uma copia, que possa facilmente lêr-se (regul. cit., art. 120.º § 2.º).

211. *Das operações do registo em geral.* Feita a apresentação, verificada a legitimidade dos requerentes do registo, a legalidade do acto juridico, e a legalidade, sufficiencia e authenticidade do titulo, o conservador deve proceder ao registo, o qual consta das duas operações: *descripção predial* e *inscripção dos direitos*, as quaes serão sempre effeituadas á vista dos titulos (regul. cit., art. 91.º).

Os registos serão lavrados, por extracto, no livro competente (art. 958.º e regul. cit., art. 93.º), e serão feitos pela ordem inalteravel da apresentação dos titulos no diario, á excepção dos averbamentos, os quaes podem fazer-se sem se esperar pelo seu numero de ordem, salvo se estiver requerido outro qualquer acto que obste a que o averbamento se faça (art. 958.º e regul. cit., art. 94.º e § unico).

Os registos serão feitos sem rasura. As entrelinhas ou emendas, que forem indispensaveis e tiverem cabimento, serão resalvadas á margem da pagina fóra das columnas ou no fim do registo. Quando as entrelinhas ou emendas não tiverem cabimento, o registo se trancará com a simples nota de *inutilizado*, que o conservador rubricará (regul. cit., art. 95.º e §§).

As descripções e inscripções serão assignadas e os averbamentos rubricados pelo conservador (regul. cit., art. 96.º).

Nenhum acto poderá ser inscripto, nenhum predio descripto ou onerado, e em geral nenhum termo lançado nos livros do registo, sem que da respectiva nota de apresentação no diario conste haverem-se satisfeito as prescripções dos artigos 57.º e 82.º do regulamento do registo predial (regul. cit., art. 98.º).

212. *Da descripção e seus averbamentos.* A *descripção* é a individuação ou identificação do predio, e o systema de registo assenta essencial e invariavelmente na identificação dos predios sobre que recae a inscripção (regul. cit., art. 121.º).

O extracto da descripção, tendo unicamente por fim verificar a identidade dos predios, será lançado no livro B, conforme o respectivo modelo, e deverá conter (art. 959.º e regul. cit., art. 122.º): 1.º o numero de ordem, que será immediato ao da ultima descripção lançada no mesmo livro, ou no antecedente se estiver findo; 2.º a qualidade, situação por logares e freguesias, numeração policial e na sua falta confrontação, e, havendo-as, denominação e medição; 3.º o valor venal ou rendimento annual que constar dos titulos, ou que pelos interessados fôr attribuido aos predios; 4.º o numero e folhas do indice real, onde a descripção fôr annotada.

A menção dos titulos e declarações para a descripção, a da apresentação e a dos massos em que aquelles e estas ficam archivados, é a que constar da primeira inscripção. Nenhum dos requisitos enumerados deve ser omittido, ficando o conservador, quando omitta qualquer delles, sujeito á pena comminada no artigo 961.º, além de incorrer em responsabilidade civil pelas perdas e damnos que podem resultar da omissão (art. 961.º e regul. cit., art. 122.º §§ 1.º e 2.º).

A descripção predial será annotada immediatamente e com a mais escrupulosa attenção no indice real, comprehendendo a annotação o numero de ordem, livro e folhas, a qualidade,

situação, numeração policial ou denominação ou confrontações, além do mais que se julgar conveniente (regul. cit., art. 122.º § 3.º).

As descripções serão feitas á vista dos titulos apresentados para a inscripção e das declarações complementares, quando aquelles forem deficientes ou houver alterações supervenientes nos elementos da descripção (regul. cit., art. 123.º).

De cada predio se fará uma distincta e separada descripção (regul. cit., art. 124.º), e os averbamentos ás descripções terão um numero d'ordem correlativo ao da respectiva descripção, observando-se na parte applicavel o disposto no artigo 122.º (art. 125.º).

A descripção do mesmo predio nunca se repetirá; e, quando aconteça repetir-se por inexactidão dos titulos ou por qualquer outra causa, o conservador, logo que a repetição fôr reconhecida, ligará as duas descripções com referencia reciproca ao numero de ordem de cada uma, livro e folhas, tanto no livro B como no indice real, e mencionará, por averbamento a qualquer dellas, a data em que reconheceu a duplicação. A descripção de um dos predios duplicados declarar-se-ha inutilizada quando sobre ella não recaia inscripção alguma subsistente, ou quando houver accordo dos interessados (regul. cit., art. 128.º e § unico).

As descripções nunca podem ser cancelladas, mas por circumstancias supervenientes podem, por meio de averbamento, ser declaradas, rectificadas, restringidas ou ampliadas. A alteração só póde ser effeituada a requerimento ou com intervenção da pessoa a favor de quem se acha feito o ultimo registo do dominio, posse ou transmissão do predio (regul. cit., art. 129.º e § 1.º). Não havendo pessoa nestas circumstancias, a alteração póde ser feita a requerimento ou com intervenção de qualquer interessado inscripto (regul. cit., art. 129.º § 2.º).

Estando registado o dominio, posse ou transmissão do predio, póde qualquer interessado requerer a intimação do proprie-

tario ou possuidor inscripto, e o conservador requisitá-la, nos termos do n.º 1.º do artigo 150.º e dos artigos 154.º e 155.º do regulamento do registo predial, e se, dentro do prazo que fôr designado, não tiver recebido opposição dos interessados, poderá fazer a alteração (regul. cit., art. 129.º § 3.º).

As alterações nas descripções, quando provenham de superveniente mudança de numeração policial ou de denominação de vias publicas, podem ser feitas, a requerimento de qualquer interessado, no predio ou noutro que com elle se confunda, feita a prova da alteração (cit. regul., art. 129.º § 4.º).

As alterações de que temos tractado não prejudicam os direitos anteriormente inscriptos de quem nellas não interveio (regul. cit., art. 130.º).

Quando fôr submettido a registo algum predio formado de dois ou mais já descriptos, declarar-se-ha por averbamento a cada um delles que todos constituem um só predio, mencionando-se num dos averbamentos qualquer modificação nos elementos da descripção, resultante da união dos mesmos predios. Se da reunião e da annexação dos differentes predios resultar outra denominação ou difficuldade de reconhecer o novo predio pelo meio indicado, far-se-ha nova descripção com referencia ao numero de ordem das inutilizadas, ligando-se estas com a nova descripção por meio de averbamentos (regul. cit., art. 126.º e § 1.º).

Quando o novo predio fôr composto de algum ou alguns já descriptos, e de outros não descriptos, destes se fará nova descripção, em cujo contexto se mencionará a reunião, que será averbada áquelles; ou, se o novo predio fôr de pouca importancia e extensão, se mencionará por averbamento ao predio a que fica annexado. Se o predio submettido a registo fôr composto de uma parte separada de outro ou outros já descriptos, do novo predio se fará nova descripção, em cujo contexto se mencionará a desannexação, que será averbada áquelle ou áquelles. Quando a um predio já descripto fôr

annexada parte de outro predio, ou se ligará por averbamento com aquelle, ou se fará nova descripção da parte annexada, conforme a sua importancia e extensão, mencionando-se no contexto do averbamento, ou da nova descripção, a desannexação e annexação. Se tambem estiver já descripto o predio, do qual fôr separada a parte acima referida, nelle se averbará a desannexação (regul. cit., art. 126.º e §§ 2.º–6.º).

As annexações e desannexações serão notadas no indice real com respeito aos predios a que ellas se referem (regul. cit., art. 127.º).

Para cada descripção, seus averbamentos e cotas de referencia, será sempre destinada uma pagina, e, quando não chegue, continuar-se-ha nas seguintes ou no primeiro espaço em branco do mesmo livro ou de outro de igual modelo (regul. cit., art. 131.º).

213. *Da inscripção e seus averbamentos.* A *inscripção* é a declaração summariada do direito ou direitos sobre os predios descriptos, determinando-se por ella a situação juridica delles. A qualquer descripção corresponde sempre uma ou mais inscripções, as quaes serão lançadas, em harmonia com os respectivos modelos, nos livros C, F e G, conforme a sua natureza (regul. cit., artt. 132.º e 136.º), ligando-se a inscripção com a descripção ou descripções respectivas por cotas de referencia lançadas no livro das descripções conforme o modelo (regul. cit., art. 132.º § unico).

Antes de começar a inscripção, o conservador fará lançar na segunda columna do livro B a cota de referencia da inscripção á respectiva descripção ou descripções, tendo particular cuidado em não omittir este acto essencial. Totalmente cancellada ou caduca qualquer inscripção, poderá o conservador traçar e rubricar a cota de referencia, constituindo tal rubrica prova do cancellamento ou caducidade (regul. cit., art. 133.º e § unico).

Quando a inscripção recair em predio já descripto, o conservador verificará previamente a sua identidade, pela comparação da descripção offerecida com a já feita (regul. cit., art. 134.º).

A inscripção de dominio ou de transmissão de predio acompanhados de constituição de acto, sujeito a registo, a favor do transmittente, não poderá effeituar-se sem que immediatamente se haja requerido e se effeitue o registo desse acto, se ainda se não achar feito (regul. cit., art. 135.º). Assim, o comprador dum predio, que o hypothecou ao vendedor para garantia do preço, ou o donatario com reserva do usufructo em favor do doador, não poderão registar a transmissão, sem que se effeitue o registo da hypotheca e do usufructo.

O extracto das inscripções deve conter requisitos geraes, ou communs a quaesquer inscripções, e requisitos especiaes, ou peculiares a determinadas inscripções. A uns e outros se refere o codigo civil no artigo 960.º, tractando o regulamento do registo predial dos requisitos geraes e dos especiaes em artigos separados.

Os requisitos geraes são (regul. cit., art. 137.º): 1.º o numero de ordem especial; 2.º a data por anno, mês e dia, assim dos titulos como da sua apresentação no diario, incluindo o numero de ordem desta; 3.º o nome, estado, profissão e domicilio das pessoas que activa e passivamente figuram no acto a inscrever; 4.º a designação do mesmo acto; 5.º o numero de ordem, livro e folhas da descripção a que a inscripção respeita; e, quando não disser respeito a todo o predio, a parte especificada sobre que recae a inscripção; 6.º as condições suspensivas ou resolutivas que acompanharem o acto a inscrever; 7.º a designação dos documentos que ficam archivados ou a do cartorio ou archivo publico onde existe o original ou copia dos que devam ser restituidos; 8.º na inscripção provisoria a declaração expressa de que o é; e quando, além de ser requerida provisoriamente, deva ter esta natureza por

duvidas, assim se declarará expressamente; 9.º a indicação das folhas do indice pessoal em que fica lançado o nome do possuidor dos predios, ainda que não figure na inscripção, e o das pessoas inscriptas passivamente nos registos nos termos do artigo 140.º e seu § unico.

Os requisitos especiaes das inscripções acham-se designados no artigo 138.º do regulamento, tendo principalmente por fim, em harmonia com a natureza do acto juridico que é registado, a determinação precisa dos direitos que ficam recaindo sobre o predio.

Assim, na hypotheca legal a inscripção deve conter a divida assegurada nos termos dos n.ºs 1.º a 8.º do artigo 906.º do codigo civil, ou o credito privilegiado nos termos do artigo 907.º do mesmo codigo; e na voluntaria a quantia assegurada que seja certa e determinada, ao menos approximadamente, a taxa de juros e a origem ou causa da obrigação hypothecaria (art. 960.º § 3.º, e regul. cit., art. 138.º n.º 1.º); na acção e na sentença, o pedido e o julgado (regul. cit., art. 138.º n.º 2.º); na transmissão do dominio dos predios o valor, havendo-o, e a causa; e na transmissão de onus reaes tambem o mais que é exigido para a inscripção dos respectivos onus (regul. cit., art. 138.º n.º 3.º); na servidão o encargo do predio serviente a favor do dominante e a sua duração quando temporaria (1); no compascuo o encargo e o tempo de duração; na emphyteuse

(1) Quando o predio dominante não esteja situado na mesma comarca do serviente, faz-se, em harmonia com o disposto no regulamento do registo predial, artigo 90.º § 2.º, na conservatoria em que está situado o predio dominante, a descripção deste, e a inscripção do onus a seu favor, devendo declarar-se nesta o nome, situação e confrontação do predio serviente; e na conservatoria onde este predio estiver situado faz-se a sua descripção, e a inscripção do onus que sobre elle peza, mencionando-se nesta o nome, situação e confrontações do predio dominante. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIII, pag. 164.

e na sub-emphyteuse, o fôro, a epocha e logar do pagamento e o laudemio, havendo-o (regul. cit., art. 138.º n.ºs 5.º, 6.º e 8.º).

No artigo 962.º preceitua-se que das declarações, de que tracta o artigo 960.º, o conservador só é obrigado a fazer as que constarem do titulo registado, e que, se alguma fôr omittida, o procedimento, que houver de adoptar-se contra o conservador, graduar-se-ha pela gravidade da omissão, e pelo grau de culpa ou de dolo, que nella tiver havido.

Lançar-se-ha no indice pessoal o nome do possuidor do predio ou predios a que o registo se referir, salvo estando já lançado, caso em que se lhe addicionará a referencia ás folhas do livro da nova inscripção. Além do nome do possuidor dos predios, podem tambem ser lançados no indice pessoal os nomes das pessoas que figuram passivamente na inscripção (regul. cit., art. 140.º e § unico).

Quando um só e mesmo acto submettido a registo recair sobre diversos predios, far-se-ha uma unica inscripção com relação a todos (regul. cit., art. 141.º).

A inscripção provisoria converte-se em definitiva, e renova-se como provisoria, nos casos previstos no artigo 971.º e no § unico do artigo 975.º, por meio de averbamento á mesma inscripção (regul. cit., art. 142.º).

Os averbamentos devem conter um numero de ordem correlativo á inscripção, o numero e data por anno, mês e dia da apresentação dos respectivos titulos, a menção destes, o nome do apresentante, e, havendo-a, qualquer restricção da substancia da inscripção. Os averbamentos, que não forem para conversão ou para cancellamento, devem ainda conter as mais declarações que forem necessarias, tendo em vista os requisitos exigidos nos artigos 137.º e 138.º do regulamento do registo predial. Os averbamentos para cancellamento devem tambem conter a declaração expressa do conservador de que reconheceu a identidade da pessoa que requer o cancellamento ou a de duas testemunhas que a reconheçam, a legitimidade dessa pessoa

para requerer o registo, a qual tem de verificar em face do respectivo documento, e a especificação do numero de ordem do registo marginal a cancellar, intendendo-se que essa especificação importa por si só a designação da data e natureza delle e a declaração dos nomes de todos os interessados que nelle figuram (art. 998.º e regul. cit., art. 143.º e §§).

A substancia da inscripção não póde ampliar-se por averbamento, pois que a prioridade do registo se determina pelo numero da inscripção. Constando dos titulos apresentados para a conversão de registo provisorio em definitivo qualquer ampliação á substancia da inscripção, far-se-ha dessa ampliação nova inscripção, se fôr requerida, abreviada com referencia á outra (art. 956.º e regul. cit., art. 145.º e § unico).

As inscripções devem succeder-se sem espaço em branco; se vier a esgotar-se o espaço destinado aos averbamentos, aproveitar-se-ha o que fôr necessario na respectiva columna em seguida á ultima inscripção, feitas as necessarias remissões (regul. cit., art. 146.º).

214. *Da rectificação dos erros de qualquer acto de registo.* Os erros commettidos em qualquer acto de registo podem ser rectificados por iniciativa do conservador *ex-officio*, ou a requerimento de qualquer interessado, não se considerando errados os registos feitos em conformidade com os respectivos titulos e declarações complementares (regul. cit., art. 153.º e § unico).

O processo para a rectificação dos erros commettidos em qualquer acto de registo acha-se determinado nos artigos 154.º–156.º do regulamento, em que, estabelecendo-se que logo que se conheça qualquer erro a rectificar deverá o conservador declarar, por averbamento ao acto de registo, que este está pendente de rectificação, e requisitará do administrador do concelho ou bairro, que mande intimar os interessados para, sob pena de revelia, comparecerem em dia e hora certa na conservatoria, declarando-se-lhes o fim da convocação, se pre-

vinem as seguintes hypotheses: *a*) de todos os interessados requererem a rectificação e concordar nella o conservador, caso em que será apresentado o requerimento no diario e feita a rectificação por averbamento (art. 154.º § 4.º); *b*) de, tendo sido os interessados intimados para comparecer na conservatoria, concordarem entre si e com o conservador em que se faça a rectificação, caso em que esta será reduzida a termo, e este apresentado no diario, sendo feita a rectificação por averbamento (art. 154.º § 1.º). O accordo dos interessados presentes é obrigatorio para os que não comparecerem, se tiverem sido intimados do assumpto da conferencia (art. 154.º § 2.º); *c*) de se não poder verificar a intimação pessoal de algum dos interessados ou de seus representantes legaes, caso em que, sendo a impossibilidade da intimação devida a ausencia em parte incerta, verificada nos termos do artigo 194.º do codigo de processo civil, a residencia fóra do continente do reino ou das ilhas adjacentes, onde tiver logar a rectificação, ou a fallecimento sem haver representantes certos, serão citados editalmente os interessados nos termos do artigo 156.º e os que não comparecerem representados pelo delegado do procurador regio (artt. 155.º §§ 1.º e 2.º e 156.º e §§), com o qual se fará a conferencia, e, concordando todos os interessados e o conservador na rectificação, esta será reduzida a termo, que será apresentado no diario e feita a rectificação por averbamento. Se a impossibilidade da intimação pessoal fôr determinada por demencia, promover-se-ha a nomeação de curador, no caso de rectificação officiosa, a requisição do conservador e por intermedio do ministerio publico, e, no caso contrario, a requerimento dos interessados (regul. cit., art. 155.º § 3.º); *d*) de algum interessado ou o conservador não concordar em que se rectifique o registo, caso em que o juiz decidirá a questão (art. 154.º § 3.º).

As rectificações de erros de registo nunca poderão prejudicar as pessoas inscriptas em registos que respeitem ao mesmo

predio, que não houverem sido intimadas para a rectificação ou não a tiverem approvado, salvo se depois nella concordarem (art. 154.º § 5.º).

215. *Dos certificados, notas e certidões do registo.* No artigo 963.º dispunha-se que o conservador entregaria á pessoa que houvesse requerido o registo um certificado deste conferido com o original e assignado, o qual seria admittido em juizo como prova de ter sido feito o registo, disposição que foi interpretada no regulamento de 28 de abril de 1870 no sentido de que a entrega do certificado era obrigatoria (artt. 62.º e 180.º). Pela lei de 24 de abril de 1873 (art. 6.º) e decreto de 28 de abril do mesmo anno (art. 6.º) declarou-se que o certificado ficava sendo facultativo, sendo entregue á parte, se esta assim o houvesse requerido, e em harmonia com o disposto naquella lei declara-se no regulamento do registo predial (art. 179.º) que, concluido qualquer acto de registo, extrahir-se-ha delle certificado, e entregar-se-ha á parte, se esta o houver expressamente requerido.

O certificado conterá em todos os casos unicamente a copia da inscripção requerida, extrahindo-se da descripção respectiva apenas o numero de ordem e o bastante para identificação e reconhecimento do predio, e no averbamento a copia deste (regul. cit., art. 179.º § unico).

Se o apresentante não houver requerido certificado, o conservador só neste caso mandará lançar no documento principal dos apresentados, quando forem dos que têem de ser restituidos á parte, uma nota que será por elle rubricada, e da qual deve constar a indicação do acto registado, a designação do predio ou predios sobre que elle recair e os numeros de ordem das respectivas descripções, o nome das pessoas a favor de quem se fez a inscripção, a data da apresentação, e o numero de folhas do livro onde se fez o acto de registo (regul. cit., art. 180.º).

O certificado, e, na falta deste, a certidão, deve exigir-se sempre em juizo para prova do registo (lei de 24 de abril de 1873, art. 6.º § unico, e cit. regul., art. 181.º), tendo os conservadores, seus ajudantes e substitutos, tanto nas declarações e certificados que passarem, como nas declarações escriptas relativas a objectos da sua competencia, fé publica (regul. cit., art. 14.º).

As certidões podem ser requeridas por qualquer pessoa, e serão passadas geral ou restrictamente, de teor ou de narrativa (regul. cit., art. 172.º). Sempre que houver algum acto que por qualquer modo altere o que o conservador tiver de certificar, este mencionará na certidão essa circumstancia, sob pena de ficar responsavel pelas perdas e damnos resultantes da omissão (regul. cit., art. 173.º).

As partes poderão fazer os requerimentos para certidões em duplicado a fim de se lhes entregar um exemplar com a declaração de «apresentado» (regul. cit., art. 174.º). Os requerimentos para certidões devem ser feitos com toda a individuação precisa para facilitar a busca (regul. cit., art. 175.º).

Dos documentos archivados poderão tambem passar-se certidões, como dos livros de registo (regul. cit., art. 176.º).

Nas conservatorias em que o serviço se achar atrazado podem os conservadores, sendo-lhes requerido, certificar que qualquer acto já apresentado no diario está nas condições de ser registado (regul. cit., art. 177.º).

Para esse effeito devem os conservadores ter previamente procedido ás mesmas diligencias, como se houvessem de fazer logo o registo; e, verificando que este se póde fazer, formularão a respectiva minuta para o registo, a qual ficará junta aos titulos, e annotada na ultima columna do diario, e será opportunamente transcripta nos livros competentes (regul. cit., art. 177.º § 1.º) (1).

(1) Discutiu-se na nossa jurisprudencia se a certidão de apresentação no diario produzia os effeitos do registo, dominando a affirmativa.

216. *Duração dos effeitos do registo e prioridade dos direitos inscriptos.* Já sabemos que os effeitos do registo consistem na efficacia que este dá ao acto juridico relativamente a terceiros.

No regulamento declara-se (art. 157.º) que o registo definitivo de qualquer direito a favor de uma pessoa constitue presumpção juridica de que o mesmo direito lhe pertence. Esta disposição póde considerar-se um consectario do disposto no artigo 953.º do codigo civil, em que se declara que a inscripção no registo de um titulo translativo da propriedade sem condição suspensiva, involve, independentemente de alguma outra formalidade, a transmissão da posse, quando o seu alheador a tenha, para a pessoa a favor de quem essa inscripção foi feita, pois que a posse produz a presumpção de propriedade em favor do possuidor (art. 477.º).

Os effeitos do registo definitivo duram emquanto elle não fôr cancellado ou não caducar (art. 965.º e regul. cit., art. 160.º), transferindo-se para o adquirente do respectivo direito pelo novo acto de registo.

Os effeitos do registo de qualquer acto, cuja duração certa e determinada constar da inscripção ou seu averbamento, extinguem-se ou caducam pelo termo dessa duração (regul. cit., art. 162.º).

O registo provisorio, que no prazo dum anno contado da sua data não fôr convertido em definitivo, nem renovado como provisorio, nos casos em que a renovação é permittida, fica extincto de direito (art. 974.º e regul. cit., art. 161.º).

Exceptuam-se, se não tiverem sido registados tambem provisoriamente por duvidas: 1.º o registo provisorio das acções, que subsiste independentemente de renovação, nos termos do § unico do artigo 354.º do codigo de processo civil; 2.º o registo provisorio de que tracta o artigo 976.º do codigo civil, que se extingue se não tiver havido conversão até um mês

depois do prazo estipulado para o cumprimento do contracto (art. 976.º § unico e regul. cit., art. 161.º § unico).

O registo provisorio dos dotes, hypothecas dotaes e alfinetes, póde ser renovado, sem numero limitado de vezes, emquanto não fôr averbado de definitivo (art. 977.º). Feita a renovação, os effeitos do registo subsistem durante um anno.

A prioridade das inscripções é determinada pela data do dia em que são feitas; e consideram-se como feitas na mesma data todas as que são requeridas no mesmo dia (art. 956.º). Concorrendo diversas inscripções da mesma especie e da mesma data, a prioridade dellas será regulada pela ordem do numero que tiverem; sendo as inscripções da mesma data, mas de differentes especies, a prioridade dellas será regulada pela ordem da sua apresentação a registo, conforme o que constar do diario (art. 956.º § 1.º). Exceptuam-se das disposições referidas as inscripções hypothecarias concorrendo entre si, ás quaes, sendo registadas na mesma data, é applicavel o disposto no artigo 1017.º, isto é, o pagamento faz-se pela ordem da prioridade do registo, e, se a antiguidade delle fôr a mesma, o pagamento é feito *pro rata* (art. 956.º § 2.º).

Attendendo-se á regra formulada no artigo 956.º, vê-se que o § 1.º do mesmo artigo é que constitue excepção a essa regra, pois que, sendo a prioridade do registo determinada pela data, e considerando-se da mesma data os registos que são feitos no mesmo dia, a prioridade estabelecida pelo numero de ordem das inscripções, se se tractar de inscripções da mesma especie ou lançadas no mesmo livro, ou pelo numero de ordem da apresentação no diario, se as inscripções são de differentes especies ou lançadas em livros diversos não corresponde á data do registo (1).

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVI, pag. 449.

O registo provisorio, quando é convertido em definitivo, conserva a ordem de prioridade que tinha como provisorio (art. 973.º e regul. cit., art. 158.º).

217. *Do cancellamento do registo provisorio e definitivo.* O cancellamento consiste na declaração feita pelo conservador, á margem do respectivo registo, de como este fica extincto, em todo ou em parte (art. 989.º), tendo de observar-se as mesmas formalidades no cancellamento total e no parcial.

Os registos de inscripções podem ser cancellados por consentimento das pessoas a quem elles interessam, ou por disposição da lei (art. 988.º).

O cancellamento do registo definitivo póde ser requerido pela pessoa, em favor de quem foi constituido, ou ainda pela pessoa contra quem foi feito, ou por aquella que nisso tiver interesse, provando ellas, por documento authentico ou authenticado, a extincção completa da obrigação ou do encargo, ou a cessação do facto que deu occasião ao registo (art. 992.º). Os paes, como administradores dos bens de seus filhos, os tutores de menores e interdictos, e quaesquer outros administradores, ainda que habilitados para receber e dar quitação, só podem consentir no cancellamento da inscripção relativa a qualquer hypotheca de seus tutelados ou administrados, no caso de effectivo pagamento (art. 993.º).

O cancellamento póde, como qualquer outro acto de registo, ser requerido por meio de mandatario.

No regulamento de 28 de abril de 1870 estabelecia-se (artt. 68.º § 2.º e 147.º § unico) que para os concellamentos era necessaria sempre procuração especial. Esta disposição só se justificava no caso de o mandatario requerer o cancellamento, como representante da pessoa em cujo interesse elle houvesse sido feito, sem apresentar o titulo em face do qual esse cancellamento devia effeituar-se, devendo assim a declaração necessaria para esse effeito constar da propria procuração

ou do requerimento feito pelo mandatario. Ora para essa hypothese ainda hoje é necessaria a procuração publica ou havida por publica, pois que, tornando-se necessario para o cancellamento um documento authentico ou authenticado, só uma procuração nas condições referidas póde ser admittida para esse effeito (art. 1327.º).

Quando o mandatario apresente os titulos em face dos quaes tem de fazer-se o registo, basta procuração geral, e até se presume o mandato quando elles sejam acompanhados de requerimento nos termos do artigo 84.º § 1.º.

No artigo 111.º do regulamento predial determina-se que, para o cancellamento, são necessarios documentos pelo menos da mesma força que o foram para o registo a cancellar.

Já se tem interpretado esta disposição, sustentando que devem ser documentos da mesma natureza. Não se nos afigura, porém, que seja esse o sentido que deve ligar-se ás palavras da *mesma força*. Por ellas quer-se significar que esses documentos devem ter, pelo que respeita á extincção completa do encargo ou da obrigação, a mesma força probatoria, em face do codigo civil, que o titulo por que ella se constituiu. É assim que, se se tiver effeituado um emprestimo garantido por hypotheca de quantia superior a cincoenta mil reis mas inferior a quatrocentos, e se provar, por meio de recibo passado pelo credor na propria escriptura e que esteja legalizado, o pagamento da divida, o conservador deverá fazer o cancellamento em face desse documento, pois que se prova por elle a extincção da obrigação (1).

Ha quem sustente que o artigo 111.º sómente se applica aos devedores e a terceiros, podendo as pessoas a favor de quem foi inscripto o direito, e qualquer que seja a prova que

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXI, pag. 120.

para a sua extincção se requeira, cancellar o registo por meio dum escripto particular authenticado (1). Esta doutrina, que consideramos fundamentalmente verdadeira, não se póde basear numa pretendida distincção entre devedores ou terceiros e credores, a qual não é auctorizada pelo artigo 111.º do regulamento nem pelo artigo 992.º do codigo civil, mas no documento que se requer para prova da extincção da obrigação. É assim que, nos casos em que a renuncia possa provar-se por qualquer meio de prova, se admitte o titulo particular para cancellamento do registo.

O que se torna sempre necessario é que, embora para prova da extincção da obrigação se exija um documento particular, este seja authenticamente reconhecido.

Estabelecendo-se a disposição do citado artigo 111.º como norma geral, tanto no regulamento como no codigo ha algumas disposições especiaes relativas aos titulos necessarios para o cancellamento.

Se o registo fôr provisorio, poderá ser cancellado á vista de declaração authentica ou authenticada dos interessados, isto é, das pessoas a favor de quem o registo houver sido effeituado, feita nos termos do artigo 969.º, quando para o registo se exigir uma declaração com as mesmas formalidades (art. 990.º e regul. cit., art. 112.º).

Para o cancellamento do registo provisorio por duvidas é sufficiente o consentimento, prestado por fórma authentica ou authenticada, da pessoa a favor de quem o mesmo registo estiver feito, e da que o requereu, se por outrem fôr requerido (regul. cit., art. 113.º), e tal registo deve ser cancellado á vista de decisão definitiva do poder judicial, que julgue procedentes as razões que o conservador teve para a recusa do registo definitivo, da qual tem de ser remettida officialmente certidão ao conservador (art. 990.º § 2.º e cod. de proc. civil, art. 790.º).

(1) Veja-se o *Direito*, vol. XXXII, pagg. 225 e 226.

O registo provisorio de acção póde ser cancellado á vista de documento, que prove absolvição ou desistencia da mesma acção ou absolvição de instancia (art. 990.º § 1.º). O cancellamento do registo provisorio de acção, cujo processo haja sido annullado, só póde ser feito em presença de certidão dos autos, que contenha a data da intimação da sentença passada em julgado, quando tenham decorrido sessenta dias sem o auctor renovar o registo, como lhe faculta o § unico do artigo 975.º do codigo civil (regul. cit., art. 118.º).

Os registos provisorios de que tractam o artigo 108.º e seu § do regulamento do registo predial podem ser cancellados á vista de decisão, passada em julgado, em que o juiz do processo, onde se verificou a arrematação, assim o determine (regul. cit., art. 117.º).

O registo provisorio será cancellado por disposição da lei, quando tenha decorrido o prazo que esta concede para elle ser renovado ou convertido em definitivo, sem que tal renovação ou conversão haja sido devidamente requerida (art. 991.º).

Se o cancellamento do registo definitivo fôr requerido com fundamento na prescripção, só poderá verificar-se em presença de sentença passada em julgado, que tiver declarado prescriptos os direitos da pessoa a quem o registo aproveita (art. 994.º).

Quando, com falsidade ou indevidamente, se fizer qualquer registo, o seu cancellamento será feito por virtude de acção para esse fim intentada (art. 995.º). Para esta acção é competente o juizo em cuja jurisdicção estiver situada a conservatoria onde a inscripção tiver sido feita (art. 996.º). Pelo artigo 997.º, se a inscripção procedente do mesmo titulo tivesse sido tomada em diversas conservatorias, intentar-se-hia a acção no julgado onde estivesse situada a maior parte dos bens onerados, que seria onde desses bens se pagasse maior contribuição directa, ou no julgado do domicilio do registante, se ahi existissem alguns dos mencionados bens. Pelo codigo de processo civil (art. 21.º n.º 3.º e § 3.º n.º 1.º) as acções de registo e seu cancellamento, se os predios estiverem situados em mais duma comarca, hão de ser propostas no juizo de qualquer dellas a arbitrio do requerente, salvo se forem cumuladas ou deduzidas como consequencia de outro pedido, porque então serão propostas no juizo da questão principal.

O cancellamento do registo de penhora e arresto só póde fazer-se mediante prova authentica do consentimento do credor ou da extincção da divida, ou mediante decisão, passada em julgado, que assim o determine (regul. cit., art. 114.º).

Tendo havido arrematação ou adjudicação definitiva de propriedade, o cancellamento do registo de penhora ou de arresto, e de hypotheca não caduca nos termos do § unico do artigo 835.º do codigo de processo civil, póde ser feito á vista de decisão passada em julgado, em que o juiz, certificando-se de que foram legalmente feitas as citações aos credores inscriptos, mande cancellar os respectivos registos, especializando-os ou referindo-se á certidão da conservatoria (regul. cit., art. 115.º).

Os registos de hypothecas, penhoras ou arrestos feitos a favor do exequente podem cancellar-se á vista da carta de arrematação ou adjudicação definitiva da propriedade (regul. cit., art. 115.º § unico).

O cancellamento do registo de que tracta o n.º 3.º do artigo 86.º do regulamento do registo predial póde fazer-se á vista de certidão que prove o cancellamento da emissão na secretaria do tribunal do commercio (regul. cit., art. 116.º).

218. *Da nullidade dos actos de registo.* As irregularidades de qualquer acto de registo, não lhe faltando as condições indispensaveis para se reconhecer a substancia do acto inscripto ou a sua extincção, não importam nullidade (regul. cit., art. 164.º). Quando pela inscripção ou pelo cancellamento se

não possa verificar qual o acto ou direito inscripto ou extincto, o registo não póde produzir effeito algum. Se houver irregularidades no registo, mas puder determinar-se a substancia do acto inscripto ou a sua extincção, esse registo produz os seus effeitos em relação a terceiros, pois que o unico fim do registo é a publicidade dos actos a elle sujeitos.

A nullidade do registo dá-se, por ter sido feito indevidamente, quando o acto inscripto não esteja sujeito a registo, quando este não devesse effeituar-se em face dos documentos apresentados, quando não seja legitima a pessoa que o requereu, sendo feito fóra das horas fixadas. Quaesquer erros que haja no registo não determinam a sua nullidade, devendo fazer-se a rectificação pelo processo que já exposémos.

O registo tambem se annulla, quando o facto juridico a que respeita seja inexistente ou relativamente nullo. O annullamento do registo é uma consequencia da annullação desses actos, pois que pelo registo não se constituem relações juridicas. Tambem é nullo o registo em que o titulo seja falso ou putativo, o que se póde dar, por exemplo, quando seja registado um testamento que haja sido revogado.

Deve notar-se, porém, que o registo só deixa de produzir effeitos em relação a terceiros, no caso de nullidade, desde que seja registada a acção em que se pede a sua annullação, salva a excepção que, em relação ao cancellamento, se acha especificada no artigo 998.º, e que não foi, em nosso parecer, revogada pelo artigo 163.º do regulamento do registo predial, attenta a natureza deste regulamento.

Neste artigo dispõe-se que as nullidades do registo ou do seu cancellamento sómente desde a data do registo da competente acção de nullidade prejudicam a terceiros, que ao tempo desse registo não se achavam ainda inscriptos. Ora pelo codigo civil o cancellamento do registo definitivo é nullo, faltando-lhe algum dos requisitos especificados no artigo 998.º e no regulamento do registo predial, artigo 143.º § 2.º, que já referimos, e será declarado nullo o cancellamento (art. 999.º):

1.º Quando se julgar nullo ou falso o titulo em virtude do qual foi feito;

2.º Quando se dér erro que não possa ser emendado, ou quando se provar que houve fraude.

Tanto nos casos especificados no artigo 998.º como nos do artigo 999.º a nullidade do cancellamento tem de ser julgada por sentença. Ha, porém, a seguinte differença entre uns e outros: os effeitos da sentença que julgue nullo o cancellamento do registo definitivo por falta de qualquer dos requisitos do artigo 998.º retrotrahir-se-hão á data do registo, prejudicando terceiros posteriormente inscriptos, emquanto que os effeitos da sentença que julgue nullo o registo por algum dos factos especificados no artigo 999.º só se verificam desde a data do registo da competente acção (art. 999.º n.º 2.º).

Assenta na diversa natureza dos vicios que motivam a nullidade do cancellamento do registo a differença notada. Todos os interessados podem verificar se o cancellamento do registo se fez com os requisitos exigidos no artigo 998.º, e não devem limitar-se portanto a saber se se fez o cancellamento. Quando o cancellamento é nullo por algum dos factos enumerados no artigo 999.º, não podem os interessados verificar esses factos e não devem portanto soffrer as consequencias da annullação.

Notaremos ainda que a declaração da nullidade do registo não obsta de modo algum a que elle seja invocado nos casos em que tem como effeito encurtar o prazo para a prescripção. Esta doutrina resulta dum modo inilludivel das disposições do codigo em que se attribue ao registo, quando o negocio juridico ou o titulo é nullo, aquelle effeito, e funda-se na propria natureza do registo, que só tem por fim a publicidade.

219. *Da publicidade do registo e da responsabilidade dos conservadores.* Os conservadores são obrigados a deixar vêr os

registos a qualquer pessoa que o pretenda, e a passar as certidões positivas ou negativas que lhes sejam pedidas, tanto das descripções, como das inscripções e das notas existentes, relativas a quaesquer predios situados na area das respectivas conservatorias (art. 985.º e regul. cit., art. 10,º).

Os conservadores, seus ajudantes e substitutos, além das penas em que possam incorrer, são responsaveis pelos prejuizos que causarem no exercicio das suas attribuições e especialmente pelas perdas e damnos a que dêem causa (art. 968.º e regul. cit., art. 15.º § unico):

1.º Se recusarem ou retardarem a recepção dos documentos, que lhes forem apresentados para serem registados;

2.º Se não fizerem as descripções e as inscripções requeridas na fórma da lei;

3.º Se recusarem expedir promptamente as certidões, que lhes forem requeridas;

4.º Pelas omissões, que commetterem nas referidas certidões.

Nos casos dos n.os 1.º e 3.º os interessados farão immediatamente verificar, por declaração de duas testemunhas, o facto da recusa, em auto exarado por qualquer tabellião ou escrivão, para lhes servir de prova no processo competente (art. 968.º § unico).

Além da responsabilidade pessoal dos ajudantes, são os conservadores civil e subsidiariamente responsaveis por elles, excepto (regul. cit., art. 16.º § unico):

1.º Quando qualquer ajudante se achar substituindo o conservador por legitimo impedimento ou falta deste;

2.º Quando o ajudante tiver sido nomeado nos termos do § 2.º do artigo 254.º do regulamento de 28 de abril de 1870, quer este se ache substituindo o conservador, por qualquer motivo, quer se ache desempenhando cumulativamente com elle o serviço do registo.

SECÇÃO III

DOS FACTOS ILLICITOS

§ 45 — *Idéas geraes sobre responsabilidade civil*

DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 509; MELUCCI, *obr. cit.*, pag. 577; WINDSCHEID, *Pandette*, tomo I, parte I, pagg. 405 e 1054; GABBA, *Questioni di diritto civile*, tomo I, pag. 209; GONARIO CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto privato*; IHERING, *La faute en droit privé*; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, 3.ª ediç., pag. 278; COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII; SOURDAT, *Traité de la responsabilité*; BRUNETTI, *Il delitto civile*; TOSTI, *La colpa penale*, pag. 191; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile moderno*; SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité*; CHARMONT, *L'abus du droit*, na *Revue trimestrelle du droit civil*, anno 1902; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, *Estudo sobre a responsabilidade civil*, nos vols. XXXVII, XXXVIII e XXXIX; SICILIANI, *Responsabilità dello stato e degli enti pubblici*, na *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXVIII; ALFREDO MINOZZI, *Studio del danno non patrimoniale*; GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni*, tomo V, pag. 196; *Code civil allemand, traduit et annoté par Bufnoir*, etc., vol II, pag. 387.

220. *Responsabilidade civil e criminal.* Sendo os direitos subjectivos interesses garantidos pela lei, da propria natureza destes direitos resulta que aos seus titulares é attribuida a faculdade de reagir contra qualquer facto por que injustamente sejam violados ou lesados. O modo por que essa reacção se póde exercer acha-se determinada na lei, sendo no direito moderno admittida a defesa por auctoridade propria, ou o direito de repellir a força pela força, só em casos excepcionaes, e tendo que recorrer-se, para a defêsa dos direitos, ou, no

caso de lesão, para a reparação dos damnos causados, ao Estado (artt. 2535.º e 2536.º).

A violação dos direitos póde constituir uma offensa á sociedade na ordem moral, pelo abalo que causa na confiança publica, ou representar a lesão de um direito privado. No primeiro caso, dá-se a responsabilidade penal, e, no segundo, existe a responsabilidade civil. As duas responsabilidades coexistem, quando o facto attentatorio da segurança social offende tambem um direito privado. Existe apenas a responsabilidade penal, quando se não verifica este ultimo facto; e ha responsabilidade meramente civil sempre que o facto illicito, não sendo considerado pelo legislador como uma offensa á sociedade na ordem moral, aos sentimentos de segurança e confiança publica, mas apenas á confiança privada, causa um damno. Assim, quem furta um objecto ou commette um crime de ferimentos constitue-se em responsabilidade penal e civil; quem commette um crime contra a religião apenas incorre em responsabilidade criminal; quem, havendo contrahido um emprestimo, deixa de effeituar o pagamento no dia fixado, incorre apenas em responsabilidade civil (1).

A responsabilidade criminal e a civil representam, no estado actual do direito, instituições completamente distinctas, tendo a primeira o seu assento proprio no codigo penal e a segunda no codigo civil; ha todavia disposições relativas á responsabilidade civil connexa com a criminal que se acham consignadas no codigo penal, e estabelecem-se, em razão dessa connexidade, algumas disposições que são apenas applicaveis á responsabilidade civil que tem a sua causa num facto previsto e punido pelo codigo penal, e que respeitam especialmente á acção de indemnização de perdas e damnos.

(1) A doutrina exposta resulta das disposições consignadas nos artigos 2363.º–2365.º. Sobre as declarações feitas neste ultimo artigo — que a responsabilidade criminal é sempre acompanhada da civil e que os casos em que a responsabilidade criminal é acompanhada da civil estão especificados na lei, veja-se o DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, vol. I, pagg. 95 e segg.; DR. ABEL DO VALLE, *Annotações ao livro I do Codigo penal português*, vol. I, pagg. 203 e segg.; HINTZE RIBEIRO, *O caso julgado*, pagg. 75 e segg.; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. X, pag. 257; *Direito*, vol. III, pag. 241 e vol. VIII, pag. 362 e a *Revista dos tribunaes*, vol. IV, pagg. 225 e segg.

221. *Elementos que constituem a responsabilidade civil.* A responsabilidade civil presuppõe não só a lesão ou violação dum direito, ou, por outras palavras, um facto illicito objectivamente considerado, e que desse facto illicito resulte um damno ou a offensa dum direito privado, mas ainda que esse facto illicito tenha a sua causa na vontade consciente do seu auctor, ou, melhor, que seja um facto voluntario. Sempre que o facto illicito não represente um producto da actividade consciente, sendo assim illicito quando se considere objectivamente, mas não podendo haver-se como tal em relação ao seu agente, não haverá a responsabilidade civil, em harmonia com os principios que no moderno direito informam este instituto.

Quem materialmente viola ou lesa um direito não fica civilmente responsavel pelos damnos que dessa violação resultam, quando á relação de auctoria material não corresponda a de auctoria moral. É só neste caso que essa responsabilidade lhe deve ser imputada.

A responsabilidade civil representa uma garantia dos direitos subjectivos para os casos em que estes sejam voluntariamente lesados, impondo-se ao auctor da lesão a obrigação de reparar o damno causado ou de restituir o lesado ao estado anterior á lesão. Quando entre a lesão material e o seu auctor não haja uma relação de connexidade moral, em virtude da qual o facto lhe possa ser imputado, a garantia que a lei reconheça ao damnificado de pedir a reparação não deve ter a designação de responsabilidade civil.

Esta está inherente ao direito, representando uma sancção

para todos os casos em que elle seja voluntariamente lesado e dessa lesão resulte um damno. A garantia concedida ao damnificado, nos casos em que a lesão material do direito não seja moralmente imputavel ao seu auctor, ou é determinada pelo principio de que ninguem póde locupletar-se á custa alheia, como em relação ao possuidor de boa fé, ou obedece a considerações de caracter especial, como a indemnização que em muitos paises tem sido concedida aos operarios em virtude de accidentes de trabalho industrial, o direito attribuido á victima dum facto illicito que tenha como auctor uma pessoa sem discernimento de exigir deste a reparação do damno causado.

Nestes ultimos casos, e em harmonia com os principios sanccionados nas modernas legislações, o direito de reparação só existe quando a lei expressamente o reconhece.

Já no direito romano em que, pela theoria da culpa, se estabeleceu o principio de que só é responsavel pela lesão dum direito quem quis esse lesão, se admittia, em determinados casos, indemnização sem culpa, e manifestam-se no direito moderno tendencias para ampliar esses casos.

Parece-nos, porém, que nunca virá a estabelecer-se, como principio geral, em substituição do que actualmente fundamenta a responsabilidade civil, o direito de indemnização pela violação dum direito, sempre que essa violação seja o resultado da actividade duma pessoa, quer essa actividade seja voluntaria quer não.

As theorias que a este respeito têem sido formuladas, e em que se pretende eliminar dos dominios do direito civil o conceito de culpa substituindo-o pelo do risco ou do nexo causal, não têem sido acceitas pelo legislador, como o demonstra o codigo civil allemão, e a sancção dessas theorias constituiria não só um retrocesso, mas estaria em contradicção com o proprio conceito do direito.

Seria um retrocesso, porque a theoria da culpa, que se

desenvolveu no direito romano, veio tirar á idéa de pena o imperio exclusivo que até então havia exercido, deixando de se considerar sempre como auctor do facto o seu executor apparente, de se punir o facto material sem se attender ás condições em que se produziu, para se fundamentar a obrigação da indemnização no conceito de um facto damnoso voluntariamente realizado e que constitua a violação dum direito doutrem, estabelecendo-se assim um principio de justiça contra os impulsos da paixão e da vingança.

Contrariaria o proprio conceito do direito, porque, constituindo este uma lei não de causalidade mas de finalidade, presuppondo actividades conscientes, com determinação autonoma, não deve estabelecer-se uma garantia para a violação das suas normas, como sancção de caracter geral, quando essa violação não seja tambem o producto duma actividade consciente. Os damnos que não sejam o resultado dessa actividade, as lesões materiaes dum direito que não sejam moralmente imputaveis aos seus auctores, tambem lhes não devem ser juridicamente attribuidas, salvos, bem intendido, os casos em que a equidade assim o exija.

Taes lesões, que representam uma consequencia necessaria da convivencia social, devem ser consideradas em principio, do mesmo modo que os prejuizos causados por forças naturaes, irreparaveis. Estabelecer para ellas a responsabilidade civil seria contrariar os dictames da justiça, que na vida collectiva apenas póde limitar convenientemente, tornando assim possivel a coexistencia das actividades sociaes, as manifestações das liberdades individuaes.

As theorias objectivas não representam portanto um principio de solidariedade social, sendo contrarias ao sentimento da equidade, que representa, nos institutos juridicos, um dos principios em que elles devem inspirar-se.

Acceita a theoria tradicional da responsabilidade civil, que, como veremos, é a que, em principio, se acha sanccionada no

codigo civil, temos como elementos que constituem a responsabilidade civil: *a*) um facto que, objectivamente considerado, constitue a violação dum direito; *b*) um damno resultante da violação desse direito ou a lesão dum direito privado; *c*) a culpa ou a relação de connexidade moral entre o damno e o seu auctor material.

222. *Injuria objectiva* Ha lesão dum direito sempre que se offendem poderes ou interesses que sejam garantidos pela lei. Essa lesão involve o não cumprimento da obrigação de respeitar esses poderes ou interesses, e, conforme se tracta de obrigações de caracter geral, como são as correspondentes aos direitos absolutos, taes como os direitos de pessoa e os direitos reaes, ou de obrigações constituidas entre determinadas pessoas, assim temos a lesão dum direito de caracter geral ou relativo e preexistente.

Em qualquer dos casos, pela lesão constitue-se o seu auctor na obrigação de indemnizar o damno causado.

No primeiro, porém, sendo o direito de caracter geral, absoluto, só pela lesão é que a obrigação relativa se constitue, porquanto, anteriormente a ella, havia apenas a de respeitar o direito não o violando, obrigação que não respeita a pessoas determinadas, mas a todos. Assim, quem furta um objecto, fica adstricto, por esse facto, a restituir esse objecto e a indemnizar o proprietario delle dos prejuizos que sejam consequencia do furto. Antes desse facto não havia entre o proprietario do objecto e o auctor do furto uma obrigação relativa, em virtude da qual pudesse ser exigida deste qualquer prestação.

No segundo caso, a obrigação relativa, concreta, preexiste á lesão ou violação, e as consequencias que desta derivam acham-se directamente relacionadas com ella. Dá-se uma modificação objectiva na relação anteriormente constituida, temos elementos novos a considerar; mas a lesão respeita em todo

o caso a uma relação anterior, e este facto tem, como veremos, ao contrario do que opinam alguns jurisconsultos, grande importancia para a determinação da responsabilidade civil.

É por este motivo que admittimos a distincção entre a responsabilidade civil proveniente da infracção dum dever de caracter geral, que costuma denominar-se *responsabilidade extra-contractual*, e a responsabilidade civil proveniente da lesão duma obrigação relativa e preexistente, que, embora respeite a qualquer especie de obrigações e não apenas ás provenientes de contracto, é designada pelos jurisconsultos pela expressão *responsabilidade contractual*, por serem os contractos a mais importante fonte dessas obrigações.

A lesão dum direito tanto se póde verificar por meio de actos como por ~~omissões~~ acções.

A lesão dos direitos absolutos dá-se ordinariamente por meio de omissões. Casos ha, todavia, em que a lei impõe a obrigação de praticar factos positivos, como succede na hypothese do artigo 2368.º.

Não ha lesão do direito, quando o acto ou a omissão representam um direito de quem os pratica, embora do exercicio desse direito resulte um damno. Assim, quem, usando do direito de legitima defêsa, propria ou alheia, e dentro dos limites fixados na lei, cause um damno, não fica constituido na obrigação de indemnizar o lesado.

O nosso codigo civil e o codigo penal só admittem em principio, como veremos, a legitima defêsa propria e alheia, com isenção de responsabilidade civil e criminal, contra as aggressões que sejam feitas por pessoas, embora estas não estejam no uso da sua razão. Ha todavia algumas disposições em que, para se evitar um damno, se permitte destruir ou deteriorar cousas alheias. É assim que, segundo o disposto no artigo 392.º § unico, se permitte aos proprietarios ou lavradores destruir nas suas terras as aves domesticas, no tempo em que essas terras se acharem semeadas ou houver nellas cereaes ou outros

fructos pendentes em que possam causar damno, e que no artigo 2396.º se determina que, se, para evitar algum prejuizo imminente, que por outro modo se não possa evitar, se fizer algum damno em propriedade alheia, será esse damno indemnizado por aquelle em favor de quem fôr feito.

Nestes e noutros casos, que se achem especificados na lei, quem lesar, para evitar um damno proprio, um interesse doutrem, não pratica um facto illicito, ficando ou não sujeito á indemnização do damno causado conforme as prescripções da mesma lei, e devendo a indemnização ser determinada em harmonia com as regras nelle fixadas. Em taes casos, a applicação dos principios geraes relativos á responsabilidade civil não tem cabimento, porque esta presuppõe um facto illicito, e não pratica um facto illicito quem usa de poderes que a lei lhe attribue.

Quando tractarmos das normas que em geral regulam o exercicio dos direitos, veremos se este exercicio só deve ser limitado pelos interesses que a lei tutele em relação a outras pessoas, intendendo-se assim que não pratica um facto illicito quem nesse exercicio cause prejuizos que não representem a lesão dum interesse especificadamente reconhecido pela lei, ou se deve, por uma disposição de caracter geral, limitar-se o exercicio do direito em harmonia com os interesses a que elle respeita e com as normas da moral social, considerando-se consequentemente illicitos todos os actos pelos quaes se use dum direito só com o intuito de causar um prejuizo, ou por que se violem as normas da moral social.

Conforme as disposições que a este respeito se acharem sanccionadas no direito positivo, teremos ou não de considerar como representando um facto illicito, que constitua o seu auctor em responsabilidade civil, o acto pelo qual se exerce um direito só com o fim de causar um damno, e que se chama *abuso do direito*.

Na theoria da responsabilidade civil, que constitue uma

sancção de caracter geral contra os factos illicitos, apenas tem de se estabelecer o principio de que o facto é illicito, objectivamente considerado, quando por elle se lesa injustamente um interesse garantido por lei, sendo necessario, para determinar em cada caso concreto se existe ou não a lesão injusta dum direito, verificar em face das normas que regulam dum modo geral o exercicio dos direitos e das que respeitam a cada um dos institutos juridicos, se o damno foi causado contra as disposições da lei.

O principio que o nosso codigo estabelece a este respeito é o seguinte (art. 13.º): quem, em conformidade com a lei, exerce o proprio direito, não responde pelos prejuizos que possam resultar desse exercicio. Este principio já se achava assim formulado em harmonia com o direito romano: *qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.*

223. *Damno.* Para que a lesão dum direito constitua o seu auctor em responsabilidade civil, é necessario que haja um damno. O damno póde ser de ordem patrimonial ou moral, consistindo este na dôr causada pelo facto illicito, e aquelle nos prejuizos causados ao patrimonio da victima do facto illicito, quer esses prejuizos recaiam directamente sobre o patrimonio existente ao tempo em que o facto illicito se realiza, *damno emergente*, quer sobre quaesquer lucros que, em virtude do facto illicito, deixem de se realizar, *lucro cessante*.

A medida objectiva da responsabilidade civil é o *id quod interest*, ou o *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui* (1), quer essa responsabilidade resulte da infracção duma obrigação de caracter geral, quer duma obrigação relativa ou preexistente entre o lesante e o lesado.

O nosso codigo civil, em que se acha expressamente consignada (artt. 705.º–707.º, 2361.º e 2364.º) a doutrina exposta, usa

(1) D. XLVI, VIII, 13 e XIX, II, 33.

em geral da expressão *perdas e damnos* para designar o objecto ou conteúdo da responsabilidade civil (1).

Para que o auctor do facto illicito seja responsavel pelo damno é necessario que entre este e o facto illicito haja relação de causalidade, ou, melhor, que entre o prejuizo e o facto illicito haja uma relação de connexidade tal que, sem o facto illicito, o damno não se haveria produzido. É esta a doutrina que resulta das disposições consignadas nos artigos 707.º e 2361.º.

Na applicação pratica da doutrina exposta podem dar-se graves duvidas em virtude de se não poder sempre precisar, em face das circumstancias que um determinado facto illicito reveste, se os prejuizos resultaram ou não directamente delle.

O principio que deve ter-se sempre em consideração é o de que, se o facto illicito consiste numa acção, o seu auctor deve responder por todos os prejuizos que della resultam directamente e immediatamente, e, se é uma omissão, pelos damnos que desta são consequencia necessaria. Quando haja circumstancias que, dando-se ao mesmo tempo que o facto illicito ou posteriormente, venham determinar o damno ou o aggravem, é necessario verificar se essas circumstancias formam, com o facto illicito, um todo inscindivel, ou representam, segundo a ordem natural das cousas, uma consequencia necessaria desse facto, sendo nestes casos que ao auctor do facto illicito deve imputar-se a responsabilidade. Assim, quem lance uma pessoa num fosso onde ha objectos perfurantes, é, embora não tenha conhecimento da existencia desses objectos, responsavel pelos prejuizos que resultarem dos ferimentos causados por esses objectos, do mesmo modo que é responsavel pela morte dum

(1) Sobre a impropriedade da referida expressão veja-se o DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, tomo I, pag. 192, nota 2.

cavallo resultante da sua queda num precipicio a pessoa a quem elle houver sido entregue e que o abandonar.

Quanto aos prejuizos devidos a factos supervenientes, nos casos em que estes não possam considerar-se consequencia necessaria do facto illicito, mas em que todavia se não haveriam dado se não fôra o facto illicito, como se, havendo sido furtada uma cousa, esta perecer num incendio que casualmente houver na casa onde a collocaram, é necessario verificar, tendo em attenção as disposições especiaes relativas ao facto, se ha ou não responsabilidade por esses damnos, por isso que, em virtude das disposições geraes sobre a medida objectiva da responsabilidade civil, o auctor do facto illicito apenas é responsavel pelos prejuizos que delle sejam consequencia necessaria. Assim, no exemplo que citamos, a pessoa que haja subtrahido o objecto que pereceu no incendio é responsavel pelo valor delle nos termos do artigo 496.º, se se provar que, não tendo o incendio abrangido tambem a casa onde o objecto se achava antes do furto e devia achar-se ao tempo do incendio, elle não haveria perecido.

A doutrina mais justa seria a que tornasse o auctor do facto illicito responsavel por todos os prejuizos delle resultantes, no caso em que esses prejuizos, sendo devidos a causas fortuitas que não se possam considerar uma consequencia necessaria desse facto, não se haveriam dado se não fôra o facto illicito.

Os damnos resultantes do facto illicito tanto podem consistir numa offensa á integridade physica ou moral, como na violação de direitos adquiridos (artt. 2382.º e 2383.º), e, tanto num como noutro caso, póde haver, além de prejuizos de ordem material, damnos de ordem moral. No nosso codigo civil só se admitte, em principio, a indemnização pelos damnos de ordem patrimonial. É assim que, estabelecendo-se no artigo 2361.º o principio de que o auctor do facto illicito é responsavel por todos os prejuizos de que seja causa, quando se determina a responsabilidade civil connexa com a criminal (artt. 2384.º e segg.), isto é,

quando se estabelece a medida objectiva do damno pelos factos que maiores dôres moraes podem causar, o legislador só attendeu aos prejuizos de ordem patrimonial, e casos ha em que nem por todos estes reconhece direito a indemnização.

Como principio póde, pois, estabelecer-se a doutrina de que o nosso codigo apenas admitte a responsabilidade civil pelos prejuizos de caracter patrimonial, doutrina que é impugnada por abalizados jurisconsultos que, fundando-se em que para verificar a existencia dum damno se attende aos interesses que são garantidos por lei e não aos objectos sobre que recae o facto illicito, e em que a dôr representa um damno que póde ter as mais graves consequencias, sustentam que deve admittir-se a indemnização pelos damnos moraes.

Embora seja certo que não póde estabelecer-se equivalencia entre os damnos moraes e a indemnização, não o é menos que esta póde considerar-se como succedaneo pelos prazeres que o dinheiro proporciona e pelos quaes se vai compensar ou attenuar a dôr causada pelo facto illicito, afigurando-se-nos assim que é de justiça reconhecer direito á indemnização pelos damnos de caracter moral. A impossibilidade de estabelecer criterios precisos para a determinação das pessoas a quem deve ser attribuido esse direito e para a apreciação dos damnos e da sua indemnização, obsta, porém, a que se estabeleça a este respeito uma norma de caracter geral, devendo todavia o legislador, em casos especiaes, como nos de privação da liberdade, de diffamação, de ferimentos de que resulte algum aleijão ou deformidade, nos de attentados contra o pudor, dar direito a indemnização pelos damnos moraes, deixando essa indemnização dependente do prudente arbitrio do juiz dentro dos criterios estabelecidos na lei.

224. *Culpa.* O facto illicito, donde deriva a responsabilidade civil, é, como notámos, um facto voluntario, podendo a vontade manifestar-se dum modo intencional, com o fim de causar

damno, ou dar-se na propria pratica do facto illicito em virtude de negligencia ou falta do cuidado exigido pelo dever. Tanto numa como noutra hypothese, diz-se que a lesão do direito, o facto illicito considerado objectivamente, constitue tambem uma injuria subjectiva, no sentido de que é moralmente imputavel, pois que, até no caso em que o auctor do facto illicito não tenha a intenção de causar um damno, elle infringiu uma obrigação, quando podia e devia, se houvera procedido com a necessaria diligencia, não praticar essa infracção.

Em sentido lato, a palavra *culpa*, significando a violação imputavel dum dever, comprehende tanto a intenção directa de lesar, como a negligencia ou omissão voluntaria dum dever de que resultou um damno que se podia prever mas não se previu. Em sentido estricto, significa-se pela palavra *culpa* a negligencia imputavel, e pela palavra *dolo* a lesão intencional.

Tomada a culpa em sentido estricto, podemos considerá-la em dois momentos: *a)* em relação á lesão do direito, determinando o grau de diligencia necessario para evitar essa lesão; *b)* em relação ao estado psychico do auctor da lesão, verificando o grau de diligencia de que elle é susceptivel.

A culpa é, sob o primeiro aspecto, considerada objectivamente. Tendo-se em consideração o facto illicito e a diligencia que num determinado meio se costuma usar nas relações sociaes a que o facto illicito respeita, diligencia que se tem personificado num homem medio cuidadoso sob a designação de bom pae de familia, verifica-se se existe ou não a falta dessa diligencia, e consequentemente a culpa, pela possibilidade de se evitar o damno, prevendo-o ou prevenindo-o, se della se houvesse usado.

Como o conceito do bom pae de familia representa uma abstracção, a culpa assim determinada diz-se culpa *em abstracto*.

Sob o segundo aspecto, a culpa é considerada *em concreto*, em relação á diligencia de que o auctor do facto illicito é susceptivel ou costuma usar nos proprios negocios.

Dos diversos aspectos sob que a culpa se considera, resulta que póde haver culpa em abstracto e não a haver em concreto, o que se dá não só nos casos em que o auctor do facto illicito não seja, por falta de discernimento, susceptivel de cuidado ou diligencia, como succede com os menores de sete annos, com os alienados, com as pessoas que se achem accidentalmente privadas do uso da razão, mas ainda quando o auctor do facto illicito, sendo susceptivel de cuidado ou diligencia, não o é da que em especial se exigia para evitar um facto illicito determinado, pela difficuldade de prever as consequencias damnosas que delle derivariam.

Para se comprehender bem o alcance desta ultima affirmação, deve-se ter em consideração que a falta de diligencia ou de cuidado póde ser maior ou menor não só em relação á diligencia normal, mas ainda á que o auctor do facto illicito costuma usar, donde resulta a possibilidade de se graduar a culpa. É assim que a culpa tem sido classificada em *lata, leve* e *levissima,* conforme ha a falta de diligencia de que seria capaz a intelligencia mais limitada, ou da diligencia de que costuma usar-se normalmente, ou da que só um homem excepcionalmente cuidadoso costuma ter.

Qual é o grau de diligencia que se requer para que o auctor do facto illicito fique constituido em responsabilidade civil? Para base desta responsabilidade tomou o nosso legislador a culpa em abstracto ou em concreto?

Para responder a estas perguntas, torna-se necessaria a distincção, a que já nos referimos, entre culpa contractual e extra-contractual, porquanto, embora o conceito de culpa seja o mesmo, pois significa a imputabilidade do facto illicito, seja qual fôr a natureza deste, o modo por que a culpa tem de ser apreciada para a attribuição da responsabilidade civil não é o mesmo na culpa contractual que na extra-contractual.

Nesta, a culpa tem de ser apreciada em abstracto, sendo o facto imputavel ao auctor do facto illicito desde que elle seja

susceptivel de qualquer grau de diligencia ou de culpa, e havendo até casos em que essa responsabilidade lhe é attribuida sem que haja, por falta de discernimento, a susceptibilidade de culpa. É o que se dá com os menores que não tenham discernimento e com as pessoas que pratiquem o facto illicito em estado de completa embriaguez ou de demencia, que, nos termos dos artigos 2377.º e 2379.º do codigo civil, são responsaveis pelos factos illicitos que praticarem, quando não haja culpa por parte das pessoas a quem, segundo os artigos citados, cumpria vigiá-los.

Estas disposições têem, como veremos, caracter excepcional, applicando-se apenas á responsabilidade civil connexa com a criminal; mas são ainda assim sufficientes para nos revelarem a rigidez com que se tornam responsaveis os auctores de factos illicitos que representam a infracção dum dever de caracter geral.

E não podia deixar de succeder assim.

A responsabilidade civil pela infracção desses deveres representa uma sancção das normas juridicas em que assenta a coexistencia social, devendo essa responsabilidade ser attribuida a quaesquer pessoas que sejam susceptiveis de discernimento, quer essas pessoas sejam legalmente incapazes quer não.

É assim que, em relação aos factos illicitos que representam a infracção dum dever de caracter geral, não se exige, como em relação aos negocios juridicos, a capacidade legal dos seus auctores, para que estes fiquem constituidos em responsabilidade. Esta dá-se sempre que elles sejam susceptiveis de discernimento, e casos ha em que, como já notámos, nem este se exige para a imputação dessa responsabilidade.

Esta doutrina, que se não harmoniza com a theoria tradicional, que fundamenta a responsabilidade civil na culpa, representa em alguns casos, como veremos, uma garantia para a victima do facto illicito exigida pela equidade. Nem pelo nosso codigo, porém, nem por outros codigos em que, como no

allemão, estabelecendo-se como fundamento da responsabilidade civil a culpa, se consideram excepcionalmente responsaveis as pessoas a quem o facto illicito não póde ser moralmente imputavel, se determina a indemnização em harmonia com os mesmos principios que no caso da responsabilidade civil propriamente dicta. No nosso codigo declara-se que (art. 2378.º) em todos os casos em que deva haver reparação pelos bens de algum desassizado, serão sempre resalvados os necessarios alimentos conforme a condição e estado delle, e, no codigo allemão, em que se sanccionou a este respeito doutrina muito mais acceitavel, preceitua-se (art. 829.º) que a indemnização do damno causado sem culpa será fixada dentro dos limites que, segundo as circumstancias e em particular a situação do interessado, a equidade exigir, não havendo todavia a obrigação de indemnizar o damno causado, sempre que essa indemnização tivesse como consequencia privar o auctor do damno dos meios necessarios para os seus alimentos, em harmonia com a sua situação social, e para o cumprimento das suas obrigações alimenticias legaes.

Em harmonia com o principio, em que assenta a responsabilidade civil extra-contractual, a isenção desta só se dá, quando as pessoas que pratiquem o facto illicito sejam susceptiveis de discernimento, se o facto illicito fôr devido a caso fortuito ou de força maior e a culpa de terceiro ou da propria victima do facto illicito.

No caso fortuito ou de força maior não ha a vontade, porque o facto damnoso ou não se acha relacionado com a actividade humana, sendo devido á acção de forças naturaes, como se uma pessoa, que está trabalhando num muro, tiver uma syncope e cair, ferindo outra que se encontre junto delle, ou, quando o damno seja devido a um facto da actividade consciente, porque o auctor desse facto procedeu de modo que elle não póde ser attribuido a qualquer falta de cuidado ou diligencia da sua parte, como se, havendo-se deixado uma arma

carregada num quarto bem fechado, uma creança conseguir abrir a porta e disparar a arma. Este facto, embora não haja a impossibilidade absoluta de o prever, nem essa impossibilidade póde dar-se em relação a factos que tenham a sua causa na actividade consciente, pois apenas existe maior ou menor difficuldade na previsão, não póde considerar-se culposo.

O caso fortuito fixa o limite da responsabilidade civil pela infracção dum dever de caracter geral de que resultou um damno. Nos casos em que a responsabilidade civil é imputada a pessoas sem discernimento ou que pratiquem o facto illicito quando se acham accidentalmente privadas do uso da razão, não se dá essa imputabilidade sempre que esse facto deve ser attribuido a caso fortuito, ficando assim essas pessoas nas mesmas condições que as que têem discernimento.

Cumpre portanto verificar se existe ou não culpa em abstracto. Uma vez verificado que existiu essa culpa, é que se determina se a pessoa que praticou o facto illicito é ou não susceptivel della. Quando o seja, dar-se-ha a responsabilidade civil. Se o não fôr, e se estabelecer a culpa como fundamento da responsabilidade, esta não lhe poderá ser imputada.

Apesar de no artigo 2361.º se estabelecer o principio de que todo aquelle que viola ou offende os direitos de outrem constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuizos que lhe causa, não se exigindo, como no codigo civil francês, que essa violação ou offensa seja devida a culpa ou negligencia, o nosso codigo civil não sanccionou de modo algum a theoria da responsabilidade civil objectiva.

Para a imputação da responsabilidade civil, quando se tracta da infracção duma obrigação de caracter geral, é necessario que haja sempre a culpa em abstracto, não bastando portanto uma simples relação de causalidade material para que seja imputada a responsabilidade civil. É esta a doutrina que resulta das varias disposições do codigo em que se determina a responsabilidade civil connexa com a criminal (artt. 2385.º e segg.),

a responsabilidade meramente civil (artt. 2394.º e 2395.º) e a responsabilidade proveniente da inobservancia dos regulamentos ou por desleixo ou por imprudencia (art. 2398.º).

Para a imputação da responsabilidade civil proveniente da infracção duma obrigação relativa entre o lesante e o lesado, a culpa, em principio, não tem de ser determinada em abstracto mas em concreto.

É assim que, em virtude do que se preceitua no artigo 2393.º, essa culpa tem de ser apreciada em harmonia com o disposto no artigo 717.º § 3.º, em que se declara que a qualificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circumstancias do facto, do contracto e das pessoas.

É esta a diposição geral relativa á apreciação da culpa na responsabilidade civil de que estamos tractando (1). Ha outras disposições em que, por differentes palavras, se exprime a mesma idêa, fazendo-se consistir a culpa na *falta de cuidado ou de diligencia de que o individuo é capaz, que emprega nas proprias cousas* ou *negocios* ou *que nelle é ordinaria* (artt. 861.º n.º 1.º, 1336.º, 1435.º n.º 1.º).

Excepcionalmente, estabelece-se em algumas disposições a apreciação da culpa em abstracto (artt. 2221.º n.º 2.º e 2223.º); ha outras disposições, excepcionaes tambem, por que o legislador exige o dolo ou a má fé, isto é, a consciencia da lesão do direito, para imputar a responsabilidade (art. 1909.º), não se dando nestes casos a responsabilidade civil em virtude da

(1) O artigo 717.º respeita apenas ás obrigações de dar uma cousa certa e determinada, mas intendemos que a disposição consignada no § 3.º é applicavel tanto a essas obrigações como ás que tenham por objecto cousas indeterminadas e á responsabilidade pelo não cumprimento duma prestação de facto. No codigo civil francês ha a mesma falta de methodo e a jurisprudencia francêsa consideroú o artigo 1137.º como contendo uma disposição de caracter geral.

culpa em sentido estricto, e ha algumas em que se impõe a responsabilidade pelo damno causado, até no caso em que este seja devido a caso fortuito ou de força maior, já quando esse damno possa evitar-se, já no caso em que elle se não haveria dado se as cousas não estivessem em poder do devedor. É assim que se faz recair sobre o commodatario a responsabilidade pela perda da cousa emprestada, havendo caso fortuito ou de força maior, quando elle a pudesse salvar, não salvando o que era seu (art. 1516.º); e que se torna o mesmo commodatario responsavel por metade das perdas e damnos, se fôr obvio que o caso fortuito ou a força maior não se haveria dado estando a cousa em poder do dono (art. 1517.º).

Vê-se, em face das disposições referidas, que a distincção entre a culpa contractual e extra-contractual é, no que respeita á determinação da culpa, da maxima importancia, sendo necessario verificar qual o modo por que o legislador estabelece o criterio para a apreciação da culpa contractual em cada caso concreto, e, quando não haja disposição especial a esse respeito, ter em consideração todas as circumstancias, entre as quaes occupam o primeiro logar a natureza da obrigação em que se acha constituido o auctor do facto illicito e a diligencia de que elle costuma usar.

Na grande maioria dos casos constituimo-nos voluntariamente em relações juridicas com determinadas pessoas, cuja diligencia e cuidado nos proprios negocios devemos conhecer, não sendo portanto justo que, em geral, se lhes impute a responsabilidade civil por factos que só podem evitar, empregando uma diligencia que exceda a que costumam ter nas suas proprias cousas ou negocios.

A distincção entre a responsabilidade contractual e extra-contractual tem grande importancia ainda sob outros aspectos.

É assim que para a responsabilidade civil contractual se exige uma obrigação que haja sido validamente assumida, e que portanto essa responsabilidade não póde ser imputada

aos incapazes, salvo nos casos em que o negocio juridico os constitua em obrigação. Se se admittisse doutrina contraria, annullar-se-hia completamente a protecção que, pela rescindibilidade dos negocios juridicos, se concede aos incapazes.

A responsabilidade civil de natureza contractual póde, em relação aos negocios juridicos, ser previamente determinada entre as partes, o que se faz pela clausula penal, e podem até as partes, em principio, renunciar á indemnização de perdas e damnos.

Com a responsabilidade civil proveniente duma infracção de caracter geral já não succede o mesmo. Esta representa uma sancção do direito objectivo, o principio em que assenta tem por fim a defêsa dos interesses collectivos e não de pessoas determinadas, as disposições em que se estabelece são de ordem publica, e portanto não podem as partes renunciar previamente a essa responsabilidade ou fixá-la. O contracto por que o fizessem seria inexistente.

Uma vez realizado o facto, é que se póde dar essa renuncia e fixar-se o damno por accordo, pois então já se tracta dum interesse privado e não dum interesse collectivo (1).

225. *Responsabilidade civil por facto doutrem.* A responsabilidade civil póde dar-se, pela relação que haja entre determinadas pessoas, pelo facto illicito doutrem, quando elle seja praticado em virtude da culpa ou negligencia que houve na escolha do seu auctor para certos serviços ou commissões, ou em o vigiar ou dirigir.

É assim que, incumbindo aos paes, ou ás pessoas a quem haja sido confiado o encargo de vigiar e dirigir os menores

(1) No que respeita á responsabilidade civil connexa com a criminal ha ainda alguns casos em que a indemnização estabelecida por accordo entre as partes só póde ser exigida depois de verificado o facto criminoso (art. 2373.º).

sem-discernimento, a obrigação de procederem com a necessaria diligencia para que elles não causem damnos, serão responsaveis por estes, sempre que esses damnos sejam a consequencia do não cumprimento dessa obrigação. Do mesmo modo, devendo ser escolhidas para os serviços ou commissões de que sejam incumbidas, pessoas que os possam realizar sem causar damno, deve imputar-se a responsabilidade civil aos patrões ou committentes, sempre que estes não escolham essas pessoas com o devido cuidado. Deverá portanto considerar-se responsavel pelo ferimento causado por uma arma que se descarregou, quem a confie a uma pessoa que não tenha o discernimento ou os necessarios conhecimentos technicos para desempenhar, sem perigo, essa commissão.

Nestes casos é obvio que, embora o facto illicito tenha como auctor material uma pessoa diversa daquella a quem é imputada a responsabilidade civil, esta se fundamenta na culpa, applicando-se assim o principio tradicional.

Em relação aos factos doutrem não se observa, porém, sempre este principio no nosso codigo, havendo casos em que se dá a imputação da responsabilidade civil por facto illicito doutra pessoa, embora não haja culpa ou responsabilidade por parte da pessoa que a haja incumbido de certos serviços ou commissões.

E assim que, nos termos do artigo 2380.º, os patrões e os committentes são responsaveis pelos damnos que sejam causados pelos creados ou commissionados, embora não haja da parte delles culpa alguma, quer na escolha, quer nas ordens que hajam dado.

Esta disposição não se harmoniza com o fundamento da responsabilidade civil.

Tendo esta a sua causa na culpa, e sendo esta sempre um facto proprio, na responsabilidade civil por facto doutrem a culpa do auctor material do facto illicito devia ser apreciada independentemente da da pessoa a quem essa responsabilidade

póde ser imputada, em virtude de não haver cumprido a obrigação legal de vigilancia ou de uma escolha cuidadosa em relação ao auctor desse facto. É assim que póde haver culpa por parte do auctor material do facto e não a haver por parte de quem tinha obrigação de o vigiar ou dirigir ou de quem o incumbiu de qualquer serviço ou commissão, ou dar-se por parte deste e não daquelle.

Quando não haja culpa, abstractamente considerada, por parte do auctor do facto illicito, embora a haja por parte de quem tinha obrigação de o vigiar ou o escolheu, este não ficará responsavel pelo damno causado, porque a responsabilidade civil por facto doutrem só se dá, quando se verificam em relação a esse facto todos os elementos constitutivos da responsabilidade civil.

Assim, se um menor sem discernimento, que anda num telhado em reparação, deitar uma telha á rua, havendo junto da casa signaes que indiquem as obras que ha no telhado e portanto o risco que corre qualquer pessoa que passar junto do predio, não haverá responsabilidade civil pelo damno que a telha causar ferindo uma pessoa, embora haja imprudencia por parte da pessoa a quem competia vigiar o menor no facto de o deixar ir para o telhado, pelo risco que o menor podia soffrer. Se o facto, porém, se houver dado em circumstancias diversas, não havendo obras no predio, ou, caso as haja, se não houverem sido adoptadas as necessarias precauções, o facto de o menor não ter discernimento não releva da responsabilidade civil os seus paes ou as pessoas que estavam incumbidas de o vigiar.

O legislador, fundando-se em que a propria realização do facto damnoso por quem está sob a vigilancia legal doutrem ou foi incumbido de certos serviços ou commissões presuppõe, na maioria dos casos, a falta do cuidado devido por parte de quem tinha de cumprir a obrigação legal de vigilancia ou do patrão ou committente, póde estabelecer a presumpção legal

de culpa, sendo estes que têem de provar, verificado o facto illicito, que este não lhes póde ser juridicamente imputado em virtude de falta de culpa.

É esta a doutrina que se acha sanccionada no nosso codigo civil relativamente a algumas pessoas sobre as quaes impende a obrigação legal de vigilancia, como os paes em relação aos filhos menores, os tutores quanto aos menores e interdictos, as pessoas a cuja guarda e direcção os menores houverem sido confiados. Em relação a qualquer dessas pessoas, estabelece-se no nosso codigo a presumpção de culpa (artt. 2377.º e 2379.º), mas essa presumpção admitte sempre prova em contrario, sendo assim necessario que a pessoa que se acha sob a vigilancia legal dellas se encontre numa situação de facto em virtude da qual essa vigilancia pudesse ser exercida. Não se verificando essa hypothese, a responsabilidade civil não póde ser attribuida ás pessoas referidas, ficando subsidiariamente responsaveis os menores ou interdictos, nas condições já por nós expostas (1).

Outra foi a doutrina que, como já dissémos, se sanccionou em relação aos factos illicitos praticados pelos creados ou commissionados, ficando os patrões ou committentes solidariamente responsaveis por esses factos para com o damnificado (art. 2380.º). E o mesmo succede em relação aos albergueiros pelos factos illicitos que sejam praticados por qualquer pessoa que hajam recolhido ao agasalhado sem cumprirem os regulamentos policiaes (artt. 1421.º e 2381.º).

226. *Responsabilidade civil pelos damnos causados por cousas.* As cousas, em que se comprehendem os animaes, podem causar

(1) Em relação a quaesquer outras pessoas sobre as quaes impenda a obrigação de vigilancia, não se estabelece no codigo a presumpção de culpa, sendo assim necessario provar que ella se deu, para lhes ser imputada a responsabilidade civil.

prejuizos, ferindo pessoas ou damnificando outras cousas, e, quando ellas se achem apropriadas, esses prejuizos podem ser devidos á falta do cuidado devido em as guardar ou conservar e portanto a culpa ou negligencia. Assim, a pessoa que, por descuido, deixa fugir um animal feroz, ficará responsavel civilmente pelos damnos que elle causar; quem, tendo um edificio que ameaça ruina, não o reparar, responderá pelos prejuizos resultantes do seu desabamento.

Nestes casos, a responsabilidade civil pelos prejuizos causados pelas cousas, que deve ser attribuida á pessoa a quem as mesmas cousas pertencem ou a quem incumbe a sua guarda ou conservação, tem a sua causa num facto proprio dessa pessoa ou em facto doutra, quando esta della esteja dependente, fundando-se no conceito de culpa. E foi esta a doutrina que o nosso legislador, como se vê dos artigos 2394.º e 2395.º, sanccionou, estabelecendo a presumpção de culpa em relação aos prejuizos que sejam causados pelas cousas em geral, e não admittindo essa presumpção pelo desabamento de edificios.

Esta distincção não tem razão alguma plausivel, pois que o desabamento dum edificio, quando não seja devido a causas extraordinarias, como um terremoto, um furacão, ou a vicios de construcção, não póde deixar de ser imputado a culpa ou negligencia do proprietario ou usufructuario. Ora se, quanto aos desabamentos resultantes de vicios de construcção, se podem estabelecer normas especiaes, quanto aos que resultem de falta de reparos deveria estabelecer-se a presumpção de que são devidos a culpa ou negligencia da pessoa a quem o edificio pertence ou a quem tenha pertencido, se o novo possuidor não tiver tido o tempo sufficiente para effeituar esses reparos.

Na doutrina da culpa, a responsabilidade civil pelos damnos causados pelas cousas não póde ser imputada aos seus proprietarios, em harmonia com a doutrina que acabamos de expôr, quando esses damnos sejam devidos a caso fortuito ou de força maior e a facto de terceiro.

Alguns jurisconsultos, fundando-se no conceito de propriedade e no principio — *ubi commodum ibi incommodum*, affirmam que apenas se deve attender á relação de causalidade material, sendo assim imputaveis ao proprietario, ou a quem aufere as utilidades das cousas, os damnos por ellas causados em virtude de caso fortuito.

Esta doutrina não se nos afigura acceitavel.

A responsabilidade pelo damno que seja causado pelas cousas não deve considerar-se uma consequencia do direito de propriedade, mas do modo de proceder do proprietario, do proprio damnificado ou de terceiros. Se a obrigação de guardar, vigiar ou reparar as cousas constitue um incommodo resultante do facto de as possuir, de auferir as utilidades que ellas proporcionam, já assim se não podem considerar os prejuizos que ellas causem, quando esses prejuizos não sejam devidos ao não cumprimento da referida obrigação.

O conceito de culpa torna-se até absolutamente necessario para a imputabilidade dos damnos causados, sempre que haja damnos reciprocos entre cousas pertencentes a diversos proprietarios, pois em tal hypothese não poderia determinar-se a quem pertence a responsabilidade desses damnos, se apenas se attendesse ao conceito de propriedade ou de risco.

227. *Responsabilidade civil das pessoas collectivas.* Admittida a theoria tradicional da culpa, fundando-se a responsabilidade civil num facto voluntario, póde duvidar-se se deverá ser imputada essa responsabilidade ás pessoas collectivas, visto estas não terem uma vontade real, propria, que immediatamente se manifeste, sendo essa falta supprida por meio da representação.

Não tendo as pessoas collectivas uma vontade que immediatamente lhes pertença, não tendo uma consciencia propria, parece que não são susceptiveis de culpa e consequentemente de responsabilidade civil, só devendo em geral admittir-se, quanto

a esta responsabilidade, nas relações entre as pessoas collectivas, seus representantes e terceiros, os mesmos principios que, na responsabilidade civil de natureza contractual, se admittem entre o representado e o representante, na representação ordinaria, em que aquelle apenas fica responsavel pelos factos que sejam praticados pelo representante dentro dos limites da representação. É assim que, em harmonia com o disposto no nosso codigo (art. 1345.º), o constituinte não póde escusar-se de cumprir todas as obrigações que o mandatario houver cumprido em seu nome, dentro dos limites do mandato, e (art. 1338.º), se o mandatario exceder os seus poderes, será responsavel pelas perdas e damnos que causar, tanto para com o mandante como para com qualquer terceiro com quem haja contractado.

Em harmonia com estas disposições, salvo o caso em que o mandatario, em relação á responsabilidade civil extra-contractual, se deva considerar comprehendido no artigo 2380.º, caso em que ao committente é attribuida a responsabilidade civil dos damnos por elle causados no desempenho do mandato, se este fôr a causa ou occasião necessaria desses damnos, e de o mandato ter por fim um facto illicito, caso em que o constituinte será considerado como coauctor deste, o mandante não responde pelos factos illicitos que sejam praticados pelo mandatario.

E parece que, em relação ás pessoas collectivas, nem esta especie de responsabilidade civil se póde admittir, porquanto, sendo sempre os representantes dessas pessoas que escolhem os individuos que hão de effeituar qualquer prestação de serviços, a falta de cuidado ou de diligencia que possa haver nessa escolha nunca póde ser imputada á pessoa collectiva; e tambem lhe não póde ser imputada a responsabilidade civil, quando a propria prestação de serviços constitua um facto illicito, porque as ordens que a tal respeito sejam dadas pelos representantes das pessoas collectivas constituirão sempre um facto proprio desses representantes e não da pessoa collectiva,

que não tem vontade propria e só existe para os fins para que a lei a reconhece, não podendo assim praticar factos illicitos.

Nesta ordem de idêas, poderiamos chegar, embora contra a doutrina universalmente acceita e sanccionada, a não reconhecer a responsabilidade civil das pessoas collectivas pelo não cumprimento das obrigações que hajam sido licitamente assumidas pelos seus representantes, visto que esse não cumprimento não póde ser imputado a culpa das pessoas collectivas, mas dos seus representantes.

A doutrina exposta, que, em relação á responsabilidade extra-contractual tem sido defendida por alguns jurisconsultos e publicistas, e que poderá julgar sanccionada no nosso codigo civil, em relação ao Estado, quem faça uma analyse superficial das suas disposições, visto que os artigos 2399.º e 2400.º apenas tornam responsaveis, como simples cidadãos, os empregados publicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, pelas perdas e damnos que causarem no desempenho das obrigações que lhes sejam impostas por lei, quando excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, e que effectivamente parece haver sido sanccionada no codigo commercial em relação ás sociedades commerciaes, que são pessoas collectivas, não é acceitavel.

A representação constitucional, geral ou directa das pessoas collectivas constitue um elemento absolutamente necessario para a existencia dessas pessoas. É por meio dessa representação que se organiza a sua vontade, condição necessaria para que possam exercer os direitos ou promover os interesses collectivos para que se constituiram.

Nas pessoas collectivas não póde estabelecer-se, portanto, a distincção entre o representante e o representado, como na representação ordinaria, considerando-os como individualidades diversas em relação a terceiros. A representação constitucional da pessoa collectiva não póde destacar-se della; acha-se, para assim dizer, fundida nessa pessoa.

Não ha duvida alguma de que o representante da pessoa collectiva não deixa por esse facto de ser uma pessoa singular, sendo nesta qualidade susceptivel de direitos e obrigações para com a propria entidade que representa. Na qualidade de representante não póde, porém, constituir uma entidade autonoma; é como que um orgão da pessoa collectiva, no sentido de que é por elle que a consciencia e a vontade da pessoa collectiva se revela ou manifesta.

É assim que, correspondentemente á unidade sociologica estabelecida por interesses collectivos communs e por um conjuncto de forças que para esse fim se coordenam, se fórma a unidade juridica, constituindo-se as pessoas collectivas, que representam verdadeiras unidades sociaes dentro do Estado. A cada uma destas unidades sociaes é attribuido o poder de realizar um determinado conjuncto de interesses, que podem estar em opposição com os das outras unidades. Para a realização desses interesses, e por meio dos seus representantes, as pessoas collectivas procedem como as pessoas singulares, podendo desenvolver-se livremente dentro dos limites assignados por lei á sua acção. Daqui a possibilidade de que os seus representantes, como taes e dentro desses limites, offendam ou violem direitos privados.

E como não póde considerar-se o representante destacado da pessoa collectiva, como a consciencia e a vontade do representante são a consciencia e a vontade da pessoa collectiva, segue-se que não póde deixar de attribuir-se a esta a responsabilidade civil pelos factos illicitos que os seus representantes constitucionaes praticarem como taes e dentro dos limites das suas funcções. Estes não foram investidos nos poderes de representantes para praticar factos illicitos, mas podem praticá-los no exercicio desses poderes, e, como dentro dos limites fixados á sua acção as pessoas collectivas se desenvolvem livremente, são estas que têem de responder por esses factos illicitos para com os damnificados, salva sempre a responsabilidade dos representantes para com a pessoa collectiva na qualidade de pessoas singulares.

É esta a doutrina que se nos afigura verdadeira, e parece-nos tambem que é a que está sanccionada no codigo civil no que respeita ás funcções de caracter patrimonial das pessoas collectivas de utilidade publica, ou, na linguagem das nossas leis, das pessoas moraes.

Quanto aos direitos e obrigações civis, o principio que se acha consignado na nossa legislação é o de que as pessoas moraes são susceptiveis de todos os direitos civis relativos aos interesses legitimos do seu instituto (art. 34.º), ficando essas pessoas, incluindo o proprio Estado, os institutos publicos personalizados e as autarchias locaes, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, sujeitos ás normas ou preceitos por que, em relação ao exercicio desses direitos, se coordenam as relações dos cidadãos entre si, como meros particulares (art. 3.º).

Sendo assim, não podem deixar de applicar-se ás pessoas collectivas, quando exerçam a sua actividade dentro dos limites do direito privado, as mesmas disposições que se applicam ás pessoas singulares, salvas as restricções que a este respeito se achem expressamente estabelecidas na lei. Ora, em relação á responsabilidade civil, o principio consignado no artigo 2361.º não exclue as pessoas collectivas, e ha algumas disposições em virtude das quaes não póde deixar de lhes ser attribuida essa responsabilidade. É assim que a responsabilidade civil pelos factos especificados no artigo 2398.º não póde deixar de abranger as pessoas collectivas que sejam donos de estabelecimentos industriaes, commerciaes e agricolas, ou empresarios de viação por vapor ou por qualquer outro systema de transporte; não podem tambem deixar de abranger essas pessoas, que são susceptiveis de propriedade particular (art. 382.º), as disposições dos artigos 2394.º e 2395.º relativas á responsabilidade pelos damnos que sejam causados pelas cousas.

É igualmente applicavel ás pessoas collectivas a disposição consignada no artigo 2380.º, pelo qual os patrões e committentes respondem pelos factos illicitos que sejam causados pelos seus creados e commissionados no desempenho dos serviços de que forem incumbidos.

E assim se vê que as pessoas collectivas são susceptiveis não só de responsabilidade directa ou por facto proprio, mas ainda de responsabilidade indirecta ou por facto doutrem. Ha a responsabilidade directa sempre que o facto illicito é praticado pelos representantes constitucionaes dentro dos limites das suas attribuições. Ha a responsabilidade indirecta ou por facto doutrem, quando o facto illicito é praticado por qualquer commissionado ou mandatario da pessoa collectiva. Neste ultimo caso, a responsabilidade é attribuida á pessoa collectiva, quando para essa attribuição se exija a falta de diligencia ou de cuidado na escolha ou na vigilancia, em virtude de haver essa falta por parte dos representantes constitucionaes.

A distincção que no nosso codigo civil se faz entre o Estado soberano e o Estado pessoa moral no que respeita á responsabilidade civil, distincção que, como já notámos, é applicavel ás autarchias locaes e aos institutos publicos, que tambem desenvolvem a sua actividade nos dominios do direito publico e do direito privado, é, em nosso parecer, inacceitavel.

No Estado não ha duas personalidades, mas uma personalidade unica. Constituindo sociologicamente um agregado unitario, essa unidade, que tem a sua expressão juridica na personalidade, não deixa de existir pelo facto de as funcções do Estado serem multiplas e de natureza diversa, nem o patrimonio do Estado representa mais do que um meio para a realização dos interesses collectivos que são da sua competencia.

Ha funcções do Estado que, pela sua propria natureza, excluem o conceito de responsabilidade civil, pela razão de que não se podem offender direitos privados, mas só interesses, no exercicio dessas funcções. É assim que o Estado

não póde ser civilmente responsavel no exercicio da funcção legislativa. Nos Estados em que se não admitta a distincção entre a funcção legislativa ordinaria e a constituinte essa irresponsabilidade é absoluta; e, nos Estados em que se ache estabelecida essa distincção, nunca póde dar-se, pelo que respeita ao exercicio da funcção constituinte, a responsabilidade civil, e só poderá verificar-se em relação ao poder legislativo ordinario, quando este offenda interesses que sejam garantidos por disposições de caracter constitucional. É pelo poder legislativo que se estabelece a ordem juridica dentro da qual as actividades sociaes se desenvolvem, não podendo assim considerar-se illicita qualquer declaração que esse poder faça das normas a que essas actividades devem subordinar-se, embora por ellas se offendam quaesquer interesses. Estes deixam de ser garantidos pelo direito, logo que por este não seja reconhecida a sua legitimidade, faltando assim o fundamento da responsabilidade civil, que constitue uma sancção geral do direito.

Tambem não póde considerar-se civilmente responsavel o Estado pelas expropriações que, em vista da utilidade publica, faça dos bens que pertencem aos cidadãos. Essas expropriações realizam-se em geral por meio dum processo fixado nas leis, em que se determina a indemnização que deve ser dada ao expropriado. Mas casos ha em que ellas têem de dar-se immediatamente, não podendo fixar-se previamente essa indemnização, e não sendo até possivel em alguns, sem que isso importasse a ruina financeira do Estado, uma indemnização completa. É o que se dá quando, em virtude duma doença epidemica, se torna necessario queimar os predios em que se manifestam os primeiros casos, para evitar assim que ella se propague, em caso de inundação, em tempo de guerra, etc.

Os damnos que aos particulares sejam causados nestas e em identicas circumstancias não representam da parte do Estado um facto illicito, mas o exercicio dum direito, ou, melhor, o cumprimento duma obrigação.

Sendo, porém, os damnos assim causados determinados pelo interesse geral, e devendo todos os cidadãos contribuir para o Estado proporcionalmente á sua fortuna, segue-se que, nos casos em que esses damnos representem um sacrificio de caracter excepcional, o Estado deve, até onde lhe seja possivel, indemnizar esses damnos; e, quando estes aproveitem especialmente a uma determinada localidade ou a certas pessoas, estas devem contribuir para esses damnos em harmonia com os interesses que auferiram.

Esta doutrina já se acha em parte sanccionada no artigo 2397.º.

228. *A responsabilidade civil e o estado de necessidade.* Nos casos a que nos acabamos de referir, o damno é causado para evitar um mal maior; e, quando a lei reconheça o direito de, para evitar algum prejuizo imminente ou que de outro modo se não possa evitar, se lançar mão da propriedade alheia destruindo-a ou deteriorando-a, não haverá, como já dissémos, um facto illicito e consequentemente responsabilidade civil.

Nos casos, porém, em que a lei não reconheça esse direito e se dê um concurso de circumstancias em virtude das quaes, para se evitar um mal, se tenha de causar um damno, haverá responsabilidade civil?

Nestes casos, estamos nos dominios da injuria considerada sob o ponto de vista subjectivo, sendo necessario verificar se ha ou não culpa por parte da pessoa que, para evitar um mal, causou um damno.

O principio que a este respeito deve estabelecer-se, e que consideramos sanccionado nas nossas leis, é o de que a pessoa que, em estado de necessidade, pratica um facto illicito, causando um damno em relação a pessoas ou cousas que não hajam contribuido para esse estado de necessidade, deve considerar-se civilmente responsavel por esses damnos.

Circumstancias ha em que o estado de necessidade póde

determinar, pela gravidade excepcional do mal de que a pessoa é ameaçada, como, por exemplo, o de morte imminente, um certo estado de inconsciencia, defendendo-se a pessoa ameaçada instinctivamente.

Não póde, porém, estabelecer-se, ainda mesmo nesses casos, a irresponsabilidade pelo damno causado, se este não representa uma justa reacção contra o aggressor. Quando essa reacção se dê contra quem não haja contribuido para o estado de necessidade, deve attribuir-se a responsabilidade ao auctor do facto illicito.

Em pessoas de constituição normal, o impulso instinctivo da propria conservação ou da defêsa da propriedade nunca supprime de modo tal a consciencia e a liberdade de acção, que o auctor do facto damnoso não possa deixar de o praticar; e, em todo o caso, a lei não póde deixar de reconhecer a possibilidade de que o individuo, que se ache em estado de necessidade, proceda com a devida reflexão, escolhendo os meios mais idoneos para evitar o perigo, sem que vá lesar os direitos doutrem.

Os damnos praticados em estado de necessidade devem, em harmonia com a maxima — *coacta voluntas semper est voluntas,* attribuir-se á actividade consciente de quem os realiza.

Não consideramos acceitavel a doutrina dos jurisconsultos que, definindo estado de necessidade a situação em que o agente não póde, normalmente, proceder em relação á pessoa ou cousa de modo diverso do que procedeu, fundem no mesmo conceito o caso fortuito e de força maior e o estado de necessidade, distinguindo-os apenas em que o caso fortuito e de força maior actuam num facto unico, que exclue a vontade, e no estado de necessidade ha um facto proprio do agente, e declarando que a normalidade de proceder em harmonia com as circumstancias tira qualquer caracter illicito ao facto damnoso.

A distincção entre o caso fortuito e de força maior, assentando no modo de actuar do mesmo phenomeno, tem impor-

tancia que deve ser reconhecida juridicamente. No caso de força maior o damno é causado materialmente pelo agente, mas este representa um mero instrumento, podendo considerar-se tambem paciente. Dahi resulta que, até na theoria da responsabilidade civil objectiva, lhe não póde ser imputada a responsabilidade.

No estado de necessidade, a collisão em que o individuo se encontra, não supprimindo absolutamente a liberdade de proceder, só torna licito o facto quando a lei reconhece o direito de, para evitar um mal, se causar outro, devendo, ainda mesmo neste caso, dar-se reparação pelo mal causado nos limites fixados pela lei.

Não póde, por exemplo, considerar-se licito o facto de, sendo uma pessoa perseguida por uma fera, matar outra pessoa para se salvar, ou, vendo que um predio seu vai ser inundado, fazer desviar as aguas para outro, onde podem causar damno igual ou maior.

229. *A graduação da culpa e o damno.* Vimos que no conceito de culpa, em sentido lato, entrava o dolo ou a intenção de causar damno, e a má fé, ou consciencia desse damno; e que, ainda tomada a culpa no seu sentido proprio, havia a possibilidade de a graduar, conforme a falta de cuidado ou de diligencia se afaste mais ou menos da que teria um homem normalmente constituido ou da que costuma ter o auctor do facto illicito.

Deverá attender-se ao dolo e á graduação da culpa na medida objectiva do damno?

Constituindo a responsabilidade civil uma garantia dos interesses tutelados pela lei, essa responsabilidade deve ter como medida o damno causado, não podendo aggravar-se ou attenuar-se em harmonia com o grau de culpa. Qualquer excesso que, em relação ao damno, houvesse na determinação da responsabilidade civil, não representaria a indemnização do damno

causado, a restituição do lesado ao estado anterior á lesão, mas uma pena; e, se a indemnização fosse inferior ao damno causado, a garantia dos direitos seria inefficaz.

Póde admittir-se, nos casos de responsabilidade civil connexa com a criminal, e designadamente nos de damnos de ordem moral, que a reparação ás victimas dos delictos faça parte da pena, e que essa reparação não seja estabelecida em harmonia com as normas estrictas do direito civil, resalvando-se sempre ao lesado o direito de pedir que se complete a reparação do damno causado, quando a indemnização decretada na sentença penal seja inferior a esse damno. Em direito civil não podem, porém, estabelecer-se criterios diversos, conforme ha dolo ou simples negligencia, para a determinação objectiva da responsabilidade civil.

Desde que ha culpa, sendo o facto illicito imputavel, o seu auctor deve ficar responsavel por todos os prejuizos que delle sejam consequencia necessaria. Uma indemnização equitativa só póde ser fixada, independentemente da reparação dos damnos moraes, nos casos em que seja admittida, quando o facto apenas seja illicito considerado objectivamente, como succede no caso de elle ser praticado por pessoas que se achem privadas de discernimento.

230. *Quem é responsavel pelos damnos e quem tem direito á indemnização.* Praticado o facto illicito, os seus auctores ficam constituidos na obrigação de reparar os damnos por elle causados, sendo assim o facto illicito um facto juridico, pois que por elle se estabelece uma relação concreta entre o lesante e o lesado, ficando este credor daquelle.

Se forem varios os auctores do facto illicito ou os damnificados por elle, aquelles serão todos responsaveis pelos damnos causados, sendo essa responsabilidade solidaria quando a lei assim o determina e devendo ser rateada em proporção da culpa ou da negligencia de cada um delles (artt. 2372.º §§ 1.º

e 2.º e 2398.º § 2.º), e estes terão direito á indemnização pelo damno que a cada um delles haja sido causado.

Na responsabilidade civil por facto doutrem, para se determinar a ordem por que a responsabilidade póde ser exigida, é necessario verificar se essa responsabilidade é principal, como em relação aos paes ou tutores pelos factos illicitos que sejam praticados pelos menores sem discernimento e pelos interdictos em virtude de alienação mental (artt. 2377.º e 2379.º), ou se é subsidiaria, como a das pessoas que, presenciando uma aggressão e podendo, sem risco, evitá-la, o não fizeram (art. 2368.º), ou se é solidaria, como a dos funccionarios publicos encarregados de vigiar pela segurança publica, que, sendo prevenidos, deixarem praticar os attentados, e a dos committentes ou patrões pelos factos illicitos praticados pelos criados ou commissionados no desempenho dos serviços de que sejam incumbidos (artt. 2371.º e 2380.º).

Sendo a responsabilidade solidaria, tanto póde ser exigida a reparação do auctor material do facto illicito, como da pessoa a quem essa responsabilidade é, pela relação em que com elle se acha, attribuida; sendo subsidiaria, só póde ser exigida, quando essa responsabilidade não possa tornar-se effectiva contra o auctor do facto illicito. Em relação ás pessoas sem discernimento que pratiquem um facto illicito, a responsabilidade civil só lhes póde ser exigida, quando não haja culpa por parte das pessoas sobre quem recae a obrigação legal de vigilancia.

Como a responsabilidade civil representa uma relação de caracter patrimonial, transmitte-se para os herdeiros do auctor do facto illicito a obrigação de indemnizar, e para os herdeiros do damnificado o direito de exigir a reparação, excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario (art. 2366.º). Os herdeiros do damnificado só respondem, porém, pelo cumprimento da obrigação de reparar os damnos causados dentro das forças da herança (artt. 2019.º e 2375.º).

§ 46 — *Do locupletamento á custa alheia*

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, vol. I, §§ 18.º, 20.º e 157.º–159.º; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. II, pag. 229; SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand*, pag. 405; *Code civil allemand, traduit et annoté par Bufnoir*, etc., vol II, pag. 366; GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I, pag. 209.

231. *Em que consiste o locupletamento á custa alheia e factos de que póde resultar.* Pelas expressões *locupletamento* ou *enriquecimento á custa alheia*, *locupletamento* ou *enriquecimento sem causa*, e ainda *locupletamento* ou *enriquecimento sem causa á custa alheia*, exprime-se uma relação juridica em virtude da qual a pessoa que, illegitimamente e a expensas doutra, augmenta o seu patrimonio ou o conserva sem diminuição, é obrigada a restituir aquillo com que se locupletou ou que lhe tenha servido de proveito.

No locupletamento sem causa á custa alheia ha uma situação juridica illegitima, uma injuria objectivamente considerada; mas essa situação póde provir dum accidente natural, dum acto licito em si, ou que, sendo praticado de boa fé, não fundamente a responsabilidade civil, não havendo consequentemente nestes casos a obrigação de indemnização de perdas e damnos, mas apenas a de restituir ao lesado aquillo com que outrem se haja locupletado ou lhe tenha servido de proveito.

O locupletamento póde consistir no augmento do patrimonio, como quando se adquire a posse sobre uma cousa doutrem, um direito de propriedade, um direito de credito, a libertação dum onus que limitava a propriedade, ou no facto de não haver diminuição no patrimonio, como no caso de em cousa alheia se effeituarem despêsas de conservação ou bemfeitorias necessarias. E dá-se á custa alheia, em geral, quando do proprio

facto do locupletamento resulta uma diminuição correspondente no patrimonio doutra pessoa, como se alguem se torna proprietario duma cousa perdendo o proprietario anterior o seu direito de propriedade, se é paga por erro uma divida que não existia. O locupletamento póde dar-se tumbem, em alguns casos, sem que os bens hajam pertencido anteriormente ao patrimonio da pessoa a expensas de quem se verifica o locupletamento. É assim que, se um herdeiro, em virtude de dolo por parte dum terceiro, repudiar a herança, póde, annullando o repudio, exigir os bens que constituiam a herança da pessoa para quem ella, pelo facto da renuncia, se transmittiu, apesar de, em virtude do repudio, não haver adquirido esses bens (artt. 2035.º, 2037.º e 2043.º).

Quando ao augmento do patrimonio corresponde uma perda, só ha locupletamento na differença; e, do mesmo modo, quando á diminuição do patrimonio corresponde uma adquisição, o locupletamento a expensas doutrem só existe pelo excesso da perda sobre a adquisição.

O nosso codigo civil preceitua, em varios artigos, a restituição do que se adquire sem causa, ou do que, tendo-se adquirido com causa, se fica possuindo sem ella, pelo facto de se haver rescindido o respectivo acto juridico. Assim, ha locupletamento á custa alheia quando alguem, por erro de facto ou de direito, recebe o que realmente não lhe é devido (art. 758.º); quando, sendo annullado em virtude de incapacidade dum dos contrahentes um negocio juridico, elle haja tirado proveito do contracto ou conserve em seu poder o que do outro contrahente haja recebido (art. 698.º); quando, havendo-se rescindido por superveniencia de filhos ou por ingratidão uma doação, o donatario fica com os bens doados (artt. 1484.º e 1489.º); quando em cousa alheia, e sendo esta possuida como propria, quer de boa, quer de má fé, se realizam despesas de conservação ou uteis (artt. 498.º e 499.º); se, sob promessa de casamento, que se não realizou, alguem recebeu nesse intuito quaesquer donativos ou auctorizou qualquer despêsa (art. 1067.º § unico); nos casos de accessão industrial, isto é, quando por facto do homem, se confundem objectos pertencentes a diversos donos, ou quando se applica o proprio trabalho a cousa que pertence a outrem (artt. 2298.º e segg.); quando, sendo o ausente vivo ou outros os seus herdeiros, os curadores definitivos são investidos na posse definitiva dos bens (artt. 80.º, 81.º e 94.º).

Nos casos referidos, e noutros que se acham especificados no codigo, a obrigação de restituição basêa-se no principio de que ninguem se deve locupletar á custa alheia.

232. *Theoria do não locupletamento á custa alheia.* O principio, fundado na equidade, de que ninguem deve locupletar-se a expensas doutrem, já applicado no direito romano em disposições especiaes correspondentes a diversas hypotheses praticas, systema seguido pelo codigo civil francês e pelos que o tomaram como modelo, foi formulado pelo codigo civil allemão em disposições de caracter geral, que representam uma theoria applicavel a todas as hypotheses praticas, unificando-se e generalizando-se assim as disposições em que era reconhecido esse direito.

As vantagens deste systema são incontestaveis.

Como criterio para determinar os casos em que o locupletamento á custa alheia dá direito á pessoa, a expensas de cujo patrimonio se haja effeituado esse locupletamento, a exigir a restituição ou indemnização, estabeleceu o legislador allemão a *causa juridica,* ou o fim que pela prestação se propôs realizar quem a fez, preceituando (art. 812.º) que todo aquelle que, por prestação feita por outra pessoa ou de qualquer outro modo, realiza uma adquisição sem causa juridica a expensas doutrem, é obrigado á restituição. Considera-se sem causa juridica a adquisição cuja causa desapparece ulteriormente, ou em que se não realiza o fim que por meio d'uma prestação, tal como resulta do conteúdo da mesma, se tinha em vista, e

considera-se prestação o reconhecimento contractual da existencia ou da não existencia duma obrigação.

A não existencia ou o desapparecimento da causa juridica ou fim que determinou uma prestação dá-se, por exemplo, no facto de, por erro, se pagar o que se não deve, de se fazer uma prestação modal e não se cumprir o modo, de se fazer uma prestação em virtude dum contracto e este ser annullado, já em virtude de incapacidade, já em virtude de ser illicito ou immoral, já em virtude de se dispor de cousa alheia, de nesta se effeituarem bemfeitorias necessarias ou uteis.

Pelo codigo allemão não existe a obrigação de restituição (artt. 814.º, 815.º e 817.º), quando a prestação haja sido executada, reconhecendo-se o seu caracter não obrigatorio ou tendo por fim cumprir um dever moral ou de conveniencia, como se alguem dota uma filha, suppondo-se obrigado a dotá-la, ou paga uma divida de jogo, na persuasão de que essa divida é exigivel; quando se não obtenha o resultado que havia sido previsto por ser impossivel já ao tempo em que a prestação se realizou e quem a effeituou disso tinha conhecimeuto ou por se haver tornado impossivel por má fé do auctor da prestação, e quando a causa da prestação é illicita ou immoral por parte de quem effeituou a prestação, ou delle e de quem recebeu.

Determinados os casos em que se admitte a restituição, o legislador allemão fixa a extensão desta.

Em relação a este assumpto, o principio que nesse codigo se formulou é (art. 818.º) o de que a obrigação de restituir se estende a todos os lucros que hajam sido recebidos, assim como a tudo o que se ganhe com fundamento no direito que se adquiriu ou a titulo de indemnização pela destruição, deterioração ou subtracção do objecto que se adquiriu.

Quando a restituição não é possivel em razão da natureza do que se adquiriu, ou quando, por qualquer outra causa, quem recebeu a prestação não está em condições de effeituar a restituição, é obrigado a reembolsar o valor.

A obrigação de restituição ou indemnização não póde exceder, até que a acção respectiva seja proposta em juizo, aquillo com que se enriqueceu quem recebeu a prestação, excepto se este conhecia a falta de causa juridica, se pela acceitação da prestação commetteu uma contravenção a uma prohibição legal ou aos bons costumes, ou se, pela prestação, se visava a um resultado incerto. Em qualquer destes casos, a indemnização ou restituição é determinada como se a acção já houvesse sido proposta, em harmonia com as regras geraes.

Desde que a acção de restituição seja proposta, quem recebeu a prestação não fica apenas obrigado na medida daquillo com que se haja locupletado. Desde esse momento, tem de indemnizar o proprietario de todos os prejuizos que, por culpa sua, elle haja soffrido em virtude da deterioração ou perda do objecto, e deve restituir não só os fructos e rendimentos que a cousa produziu, mas tambem os que poderia produzir, se fosse bem administrada.

233. *O locupletamento á custa alheia e a responsabilidade civil.* A theoria do não locupletamento á custa alheia assenta, como acabamos de vêr, em principio diverso da responsabilidade civil.

Nesta, a obrigação de indemnização tem a sua causa num facto illicito considerado não só objectivamente mas subjectivamente, e a indemnização abrange todos os damnos que desse facto hajam sido consequencia, quer o lesante se haja locupletado, quer não, pelo facto illicito. A theoria do não locupletamento á custa alheia, fundando-se em principio na illegitimidade duma situação de facto objectivamente considerada, mas que não póde, pela falta de culpa, considerar-se subjectivamente um facto illicito, apenas obriga a restituir o que, havendo sido indevidamente recebido, alguem tenha em seu poder ou lhe haja servido de proveito, augmentando o seu patrimonio ou conservando-o.

É assim que não só não é obrigado quem recebe uma prestação sem causa a indemnização pela perda ou deterioração da cousa, quando não haja auferido com ellas algum proveito, mas que se consumiu ou utilizou o objecto adquirido, fazendo despêsas que não teria feito se não fôra a adquisição sem causa, tambem não é obrigado á restituição.

Desde que, porém, tenha a consciencia de que recebeu ou conserva em seu poder uma prestação sem causa, não haverá apenas uma adquisição illegitima objectivamente considerada, mas tambem subjectivamente (má fé), e daqui resultará a obrigação de indemnização de perdas e damnos, salvo se, como succede no codigo civil allemão (art. 852.º), se estabelecer um prazo mais curto para a prescripção da obrigação resultante dum facto illicito do que o fixado para a proveniente do enriquecimento a expensas doutrem, caso em que, extincta pela prescripção a obrigação de indemnização de perdas e damnos, apenas existe a obrigação de restituição ou de indemnização tomando-se como medida o enriquecimento.

A doutrina que acabamos de expor acha-se, em geral, sanccionada no nosso codigo civil nas disposições em que se admitte o direito de restituição ou de indemnização pelo facto de se haver recebido uma prestação que não era devida, de se possuirem de boa fé como proprias cousas alheias, de em cousa alheia se haverem effeituado despêsas uteis ou de conservação, nos casos de accessão industrial, etc.

Cumpre-nos notar, porém, que o nosso codigo não obriga, ao contrario do codigo civil allemão, a restituir os lucros ou rendimentos que a cousa haja produzido emquanto subsistir a boa fé, cessando esta só no momento em que a acção de reivindicação ou de restituição é proposta se, anteriormente, não houverem sido conhecidos os vicios do titulo de adquisição.

Se o objecto da prestação indevida, ou que, em virtude da rescisão do respectivo negocio juridico ficou sem causa, houver sido transmittido a terceiros de boa fé, estes, se a transferencia se faz a titulo oneroso, não são obrigados a restituir, ficando a pessoa a cujas expensas se faz o locupletamento com direito ao preço ou valor. Quanto aos adquirentes de boa fé a titulo gratuito, estes ficam, em certas condições, obrigados á restituição. Quando haja má fé por parte dos adquirentes, dá-se não só a obrigação de restituição, mas ainda a de indemnização de perdas e damnos (artt. 758.º § 1.º, 1502.º, 1504.º).

Quando alguem realiza uma prestação sabendo que não é obrigado a ella, ou tenha por fim cumprir um dever de honra ou uma obrigação de caracter moral, intendemos que não póde repetir o que haja pago. No primeiro caso, haverá uma doação, e, nos outros casos, como quando se paga uma divida de jogo que não seja de azar (art. 1542.º), quando o menor paga a quantia que lhe foi emprestada (art. 1535.º § unico), quando o pae dota uma filha, presume-se que o pagamento se deu não por erro (art. 758.º), mas em cumprimento dum dever, embora este não seja imposto pela lei.

CAPITULO IV

DO EXERCICIO, PROVA E EXTINCÇÃO DOS DIREITOS

SECÇÃO I

DO EXERCICIO DE DIREITOS EM GERAL

§ 47 — *Exercicio dos direitos; noções geraes*

MAZZONI, *obr. cit.*, tomo II, pag. 341; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 575; HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, pag. 329; BRUNETTI, *Il delitto civile*, pagg 173-265; JOSSERAND, *De l'abus du droit*; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, 3.ª ediç., pag. 283-289; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. I, pagg. 474 e 1168; CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, vol. II, 2.ª ediç., pag. 504; *Code civil allemand, traduit et annoté par Bufnoir*, etc., tomo I, pag. 334; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIX, pagg. 338, 353, 369 e 401.

234. *Exercicio de direitos.* Exercer um direito é usar dos poderes ou faculdades que formam o seu conteúdo, sendo pela pratica desses poderes que os direitos se tornam utilidades ou interesses.

Alguns direitos são susceptiveis de um exercicio duradouro, já, como succede com o direito de propriedade, por ser inexgotavel o seu conteúdo, já, como no poder paternal e na tutela, por dizerem respeito a relações que têem um certo caracter de permanencia. Assim, o dono duma casa póde, emquanto não a alienar, gosar de todas as vantagens que ella lhe proporciona, habitando-a ou alugando-a; os filhos têem,

emquanto durar a menoridade, o direito de ser alimentados pelos paes.

Outros direitos consomem-se com o seu exercicio. É o que se dá com os direitos de credito. Assim, effeituado o pagamento duma divida, extingue-se o direito.

O titular dum direito póde exercê-lo ou não como lhe aprouver, havendo todavia direitos que só podem ser exercidos dentro dum determinado prazo, como o de pedir a rescisão dum acto juridico em virtude de coacção, e outros que, pela prescripção, se perdem, não sendo usados durante um periodo mais ou menos longo, desde que, em virtude do seu não exercicio, cesse a obrigação que corresponde a esses direitos, ou se constitua, pelo exercicio desses direitos por parte de quem delles não é titular, uma situação juridica que esteja em contradicção com a do antigo titular. No primeiro caso dá-se a prescripção negativa e no segundo a positiva.

Quando um direito possa, como o de propriedade dum predio, ser exercido de varios modos, sem que se fraccionem os poderes nelle contidos, as vantagens que duma determinada fórma de exercicio derivem para outra pessoa não representam para esta um direito, sendo essa fórma de exercicio um acto facultativo.

A lei, reconhecendo um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio (art. 12.º). Assim, reconhecida a capacidade para contrahir matrimonio aos menores, a lei, só por esse facto, tambem lhes attribue a de estipularem livremente, antes da celebração do matrimonio, o que lhes aprouver relativamente aos seus bens.

Sobre o mesmo objecto podem coexistir muitos direitos, que, quando tenham conteúdo diverso, podem ser simultaneamente exercidos na sua integridade, regulando a lei o exercicio desses direitos de modo que não haja damnos reciprocos. Assim, sobre um predio póde haver um direito de servidão.

Quando varias pessoas tenham direitos sobre uma mesma

cousa ou contra o mesmo devedor e esses direitos não sejam independentes uns dos outros, ou não possam todos tornar-se effectivos, ou não estejam graduados de modo que o exercicio dum exclua necessariamente o exercicio doutro, dá-se o que se chama *concurso* de direitos, o qual a lei resolve, dum modo geral, determinando que os interessados cedam reciprocamente o necessario para que esses direitos produzam o seu effeito, sem maior detrimento duma que doutra parte (art. 15.º). Assim, se um individuo ficar insolvente e só tiver credores chirographarios, dar-se-ha o exercicio limitado para o direito de cada um delles, que serão pagos em proporção dos seus creditos.

Quando haja sobre o mesmo objecto direitos que tenham conteúdo igual e se torne impossivel o seu exercicio simultaneo ou commum, os criterios por que se devem resolver os conflictos não são sempre os mesmos. Assim, havendo varios credores solidarios, se um delles já tiver requerido judicialmente o pagamento da divida, o devedor não a póde pagar a nenhum dos outros; no caso de compropriedade ou de divisão de herança, estabeleceu-se o modo por que aquella se ha-de dividir e esta tem de ser partilhada (artt. 2140.º e segg. e 2181.º–2183.º).

O direito, quando não seja, por sua natureza ou pelas solemnidades que o seu exercicio requer, meramente pessoal, póde ser exercido pelo proprio individuo ou por outro em seu nome *(representação)*.

Póde até um direito ser exercido por quem não seja titular delle, dando-se assim o simples facto do exercicio dum direito, sem que este realmente exista. Assim, eu posso exercer o direito de propriedade sobre um objecto que me não pertence; esta apparencia produz effeitos juridicos, pela presumpção que desse exercicio deriva da existencia do direito (art. 477.º), sendo necessario que se prove que o objecto não é meu ou melhor posse para que eu deixe de exercer os direitos de proprietario.

O exercicio dos direitos representa, portanto, em relação á effectividade do direito, um simples facto, quando, embora haja

a consciencia de que se exercem poderes garantidos pela lei, não é titular desses poderes quem os exerce, sendo esse facto, porém, garantido pela lei, emquanto se não demonstrar que está em contradicção com o direito.

O exercicio apparente do direito póde dar-se em quaesquer relações juridicas, mas os seus effeitos são mais ou menos importantes conforme a natureza dessas relações, sendo só em relação aos direitos reaes que o seu simples exercicio fórma um instituto.

O instituto juridico que, abstrahindo da existencia real do direito, se fundamenta no seu exercicio, tem o nome de *posse*, que o nosso codigo define: a retenção ou fruição de qualquer cousa ou direito (art. 474.º).

235. *Limites do exercicio dos direitos. Abuso do direito.* No exercicio dos seus direitos a pessoa só tem as limitações que são impostas por lei. Desde que proceda em harmonia com esta e dentro dos limites do direito, não responde pelos prejuizos que causar (art. 13.º): *qui jure suo utitur nemini facit injuriam*. Se eu, construindo um muro, tiro as vistas ao predio do meu vizinho, não tenho de o indemnizar do prejuizo que soffre, porque pratiquei um acto licito.

As restricções que a lei impõe ao exercicio dos direitos basêam-se não só no interesse geral ou na utilidade publica, mas ainda na equidade. É assim que a pessoa que exerce um direito, tendo por fim interesses, deve em collisão e na falta de providencia especial, ceder a quem pretende evitar prejuizos (art. 14.º).

São estas as normas que, dum modo geral, limitam o exercicio dos direitos segundo o nosso codigo civil.

A regra formulada no artigo 13.º inspira-se no conceito de direito subjectivo formulado no artigo 2.º, segundo o qual esse direito representa a liberdade garantida pela lei. Para que não haja esta garantia, é necessario que a lei prohiba um determinado facto, pois que, não havendo essa prohibição, implicitamente se reconhece a faculdade de o praticar (carta constitucional, art. 145.º § 1.º).

Sendo assim, um direito não póde ter outros limites que não sejam os que resultam do seu proprio conteúdo e os que são estabelecidos por disposição da lei, que, fundando-se nos interesses collectivos, coordenando as diversas actividades sociaes, póde restringir expressamente esse conteúdo, como são as normas respeitantes ao uso das aguas, ás relações entre predios contiguos, ao exercicio das industrias incommodas, insalubres e perigosas, á concorrencia industrial. Quando o conteúdo dum direito é expressamente determinado pela lei, quando esta fixa os limites dentro dos quaes elle deve ser exercido, quem, excedendo esses limites, causar um damno, praticará um facto illicito, incorrendo em responsabilidade civil. Não havendo, porém, essas limitações, e não sendo o acto praticado prohibido dum modo geral pela ordem juridica, quem, exercendo um direito, causar um damno, e embora com tal exercicio só tenha por fim esse damno, não auferindo proveito algum, não é obrigado a reparar o damno causado.

A nossa lei não prohibe portanto os chamados actos emulativos. A disposição consignada no artigo 14.º não é applicavel a estes actos.

Este artigo respeita aos casos em que, para exercer um direito, se tem de lesar outro direito, pois só em tal caso haverá collisão. Esta, porém, desapparece logo que a lei, para se evitar um prejuizo imminente, que de outro modo se não possa evitar, auctoriza o exercicio do direito causando prejuizos em cousa doutrem, como nas hypotheses dos artigos 2396.º e 2397.º.

Uma verdadeira collisão de direitos, em que o titular dum procure interesses e o de outro evitar prejuizos, afigura-se-nos impossivel. Dentro dos limites em que cada um póde desenvolver livremente a sua actividade, não ha responsabilidade pelos prejuizos causados. Esses prejuizos não correspondem

a interesses que sejam garantidos pela lei, não ha a lesão dum direito e consequentemente responsabilidade civil, embora esses prejuizos hajam sido intencionalmente causados.

Será acceitavel a doutrina sanccionada no nosso codigo civil?

A maioria dos jurisconsultos ainda hoje se pronuncia contra a doutrina que considera illicitos os actos emulativos, fundando-se principalmente na impossibilidade de se estabelecer um criterio preciso por onde possa determinar-se, em cada caso concreto, se o exercicio do direito deve considerar-se legitimo ou illegitimo.

Nota-se, porém, uma tendencia accentuadissima para regular dum modo geral o exercicio dos direitos, no sentido que se não garanta esse exercicio sempre que por elle não se tenha em vista a realização de qualquer interesse legitimo, mas apenas causar um damno.

Esta tendencia filia-se no proprio conceito do direito subjectivo, em que já se não vê, como elemento fundamental, a vontade ou faculdade moral de proceder garantida pela lei, mas os interesses que pela vontade se podem realizar, sendo pela coordenação desses interesses, pela determinação da quota parte dos bens da vida que pertence a cada uma das actividades sociaes, que deve limitar-se e circumscrever-se a acção destas.

Os interesses representam, no actual conceito da ordem juridica, o elemento primario, a base em que assenta a propria organização social, considerando-se a liberdade um meio para a realização desses interesses.

Sendo assim, não devem considerar-se legitimos os actos pelos quaes só se tenha em vista causar damnos; taes actos não devem ser garantidos pelo direito.

E esta doutrina já se acha sanccionada em alguns codigos. Assim, no artigo 226.º do codigo civil allemão preceitua-se que não é permittido o exercicio dum direito, quando não póde

ter outro fim senão o de causar um prejuizo a outrem, e no artigo 826.º diz-se que «é obrigado á reparação quem, contrariamante aos bons costumes, causa intencionalmente um damno a outra pessoa».

No codigo civil suisso de 10 de dezembro de 1907, que deve começar a vigorar no 1.º de janeiro de 1912, declara-se (art. 2.º) que «todos são obrigados a exercer os seus direitos e executar as suas obrigações em harmonia com as regras da boa fé», e que «o abuso manifesto do direito não é protegido pela lei».

Por estas disposições, sanccionou-se a doutrina de que o abuso do direito é um facto illicito, de que o conteúdo do direito depende do conceito de solidariedade social, tornando-se responsavel quem use dum direito só com o fim de causar um damno.

Como deverá, porém, caracterizar-se o abuso do direito?

PLANIOL não admitte a theoria do abuso do direito. «Os jurisconsultos e legisladores modernos, diz elle, pronunciam-se no sentido de que o *uso dum direito* póde tornar-se um *abuso* e constituir portanto uma injuria... Esta nova doutrina assenta inteiramente numa linguagem mal estudada; «uso abusivo de direito» é uma logomachia, porque, se uso do meu direito, o meu acto é *licito*, e, se é *illicito*, é porque excedo o meu direito e procedo *sem direito, injuria*, como dizia a lei Aquilia. Negando o uso abusivo dos direitos, não é de modo algum intenção minha considerar permittidos diversos actos prejudiciaes que a jurisprudencia reprimiu sob esse nome; pretendo só fazer a observação de que todo o acto abusivo, por isso só que é *illicito*, não é o exercicio dum direito, e que o abuso do direito não constitue uma categoria distincta dos actos illicitos. Não nos deixemos illudir com palavras: *o direito cessa, onde o abuso começa*, não podendo haver «uso abusivo» de qualquer direito, pela razão irrefutavel de que um só e

mesmo acto não póde ser ao mesmo tempo conforme ao direito e contrario ao direito».

Para PLANIOL, a verdade da theoria do abuso do direito está em que quasi todos os direitos são limitados na sua extensão ou conteúdo, sendo regulado o seu exercicio por condições diversas. Quando estas não são observadas, ou se excedem os limites dentro dos quaes o direito se deve exercer, procede-se *sem direito*. A nova doutrina sobre o abuso do direito apenas representa para PLANIOL a transformação que se vai operando no conceito sobre a extensão dos direitos.

Reproduzimos a critica que PLANIOL faz da doutrina do abuso do direito, para que se veja bem o alcance desta theoria.

Nesta theoria não se procura fixar os limites e condições do exercicio de cada direito por disposição expressa da lei, pois é evidente que, em tal caso, quem excede esses limites ou não observa essas condições, procede sem direito. Na theoria do abuso do direito estabelece-se um principio geral relativo a todos os direitos, sejam quaes forem os limites e condições que por lei sejam impostas ao seu exercicio, em virtude do qual se não póde usar desses direitos só para causar um damno. A limitação do exercicio de direitos resultante da doutrina do abuso do direito não é portanto a que se acha expressamente sanccionada na lei em relação a cada direito.

Donde resulta que póde haver o exercicio dum direito que, não sendo limitado expressamente pela lei, constitua um abuso, e não póde haver duvida de que esse abuso não deve, attento o caracter eminentemente social do direito, ser garantido por este.

A difficuldade está em formular um criterio por que, excluindo-se o arbitrio por parte do poder judicial, se possam precisar os casos em que ha abuso do direito.

É assim que PLANIOL, declarando que a regra formulada no artigo 226.º do codigo civil allemão nos satisfaz á primeira

vista, diz que ella se tornará provavelmente de applicação difficil, se é que não está condemnada a ficar letra morta. «De facto, acrescenta, para que o uso do direito seja condemnavel como *anti-social,* é preciso que não tenha *nenhum outro fim* que não seja o de causar um prejuizo a outrem; desde que o auctor do facto possa delle auferir um proveito pessoal, o seu procedimento torna-se licito, e, se assim não fôra, o uso de qualquer direito seria impossivel; o commercio, a lucta pela vida, o progresso social, o desenvolvimento da actividade humana só assim se póde obter. Mas então o juiz será obrigado a perscrutar as consciencias, a conhecer e pesar os motivos; o lado psychologico torna-se dominante. É de recear que a legislação emprehenda assim uma obra superior ás suas forças».

Se, para sanccionar a doutrina do abuso do direito, fosse necessario estabelecer como criterio a intenção do agente, as observações feitas por PLANIOL não podiam deixar de considerar-se procedentes. E tanto que alguns jurisconsultos que seguem a theoria do abuso do direito reconhecem, como SALEILLES, que «nada ha mais perigoso, quando não fosse inutil, que a pretensão de attender unicamente á psychologia individual como criterio para definir o abuso do direito: não ha ninguem que tenha, em tal caso, a ingenuidade de confessar que não tinha outro fim senão o de prejudicar. E será sempre facil allegar um interesse individual».

A doutrina do abuso do direito não se funda, porém, na intenção do agente.

Sustentaram alguns jurisconsultos que, para considerar-se illegitimo o exercicio dum direito, não devia attender-se á utilidade que para o titular do direito derivava desse exercicio, mas á possibilidade de o direito se exercer sem causar prejuizo, deixando assim de ter-se em consideração o elemento subjectivo, para se attender ao exercicio do direito em si, e portanto a um elemento objectivo. E actualmente affirma-se que, para se

determinar a justa medida dos direitos individuaes, se deve attender ao fim economico e social desses direitos, considerando-se como abuso o exercicio do direito que seja contrario a esses fins.

Quando o codigo allemão declara que não é licito o exercicio dum direito, se esse exercicio não póde ter outro fim senão o de causar prejuizo a outrem, e quando no codigo suisso se preceitua que o abuso manifesto do direito não é protegido pela lei, não se attende á intenção do agente, mas ao exercicio do direito considerado em si e em relação ao modo por que os homens costumam proceder em harmonia com as regras da boa fé ou com as normas da moral social.

O elemento subjectivo ou a intenção do agente não é, portanto, o elemento a que se attende para determinar se no exercicio do direito houve ou não a intenção de causar prejuizo. Essa intenção resulta do proprio exercicio do direito, quando, tendo-se em consideração todas as circumstancias, elle só póde explicar-se pelo intuito de causar um damno. É por isso que no codigo civil suisso se diz abuso *manifesto* e que no codigo allemão se declara que o exercicio não póde ter *outro fim* senão o de causar prejuizo.

É assim que, se o acto realizado se póde explicar por outra causa que não seja a de causar damno, não haverá abuso do direito.

E sem duvida deve ser permittido, a quem exerce um direito, allegar e provar quaesquer factos por que prove que não teve só por fim causar damno, mas realizar um interesse legitimo. Dando-se esta circumstancia e provando-se, o acto praticado não deve considerar-se illicito, embora a pessoa que exerceu o direito tivesse a consciencia de que ia prejudicar os interesses doutrem. Desde que se usa dos poderes attribuidos pela lei, e dentro dos limites por ella fixados, para realizar um interesse legitimo, o facto praticado não póde considerar-se illicito, não ha abuso de direito, e consequentemente não póde imputar-se ao seu auctor a responsabilidade por quaesquer prejuizos que desse facto resultem.

Afigura-se-nos que, nos termos expostos, a theoria do abuso do direito deve ser sanccionada. Se na sua applicação ha um certo arbitrio por parte dos tribunaes, esse arbitrio de modo algum póde considerar-se um perigo social, desde que a organização do poder judicial corresponda á elevada funcção que elle exerce. E, perante a manifesta incompetencia dos parlamentos para o exercicio da funcção legislativa, o facto de se attribuir ao poder judicial, quanto a certas relações juridicas, a faculdade de apreciar os factos e decidir em harmonia com as circumstancias, contribuirá sem duvida para o progresso das instituições juridicas.

§ 48 — *Defêsa dos direitos*

Dr. Dias da Silva, *obr. cit.*, tomo I, pag. 168; Antonio Luiz de Seabra, *Novissima apostilla em resposta á diatribe do* sr. Augusto Teixeira de Freitas, pag. 107, e *Apostilla á censura do* sr. Alberto de Moraes Carvalho, pag. 22; Mazzoni, *obr. cit.*, tomo II, pag. 344; Chironi e Abello, *Trattato*, tomo I, pag. 587; Dr. Alberto dos Reis, *Processo ordinario civil e commercial*, vol. I, pag. 61; Rocco, *La sentença civile;* Mortara, *Manuale della procedura civile*, 3.ª ediç., tomo I, pag. 10; Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario*, vol. I, 5.ª ediç., pag. 20; Windscheid, *Pandette*, tomo I, pagg. 479 e 1175; *Code civil allemand, traduit et annoté par Bufnoir*, etc., vol I, pag. 336.

236. *Casos em que é admittida a defêsa propria e alheia.* Sempre que o titular dum direito é impedido, pela acção arbitraria doutrem, de o exercer, ou que contra elle, voluntaria ou involuntariamente, se pratica um facto pelo qual são offendidos os poderes que esse direito contém, ha a violação do direito. Viola o meu direito de propriedade quem, sem auctorização minha, arranca uma arvore, e o meu direito de credito o devedor que não paga.

Attento o caracter do direito, o titular deste póde exigir que seja mantido em toda a plenitude o seu exercicio, tendo para isso, como regra geral e meio normal, de recorrer, no caso de violação, á protecção do Estado, que por orgãos proprios garante a segurança pessoal e a propriedade (força publica) e decide as controversias entre particulares (poder judicial), tendo estas decisões força executiva.

A defêsa do direito pelo proprio individuo que é lesado ou ameaçado só excepcionalmente se admitte, sendo que, estabelecida a defêsa propria como principio, a ordem publica seria gravemente compromettida pelas violencias que incessantemente se dariam. Os casos em que a lei admitte a defêsa propria têem a sua explicação e justificação no facto de nem sempre ser possivel ao Estado evitar a violação dum direito, que se póde dar de fórma irreparavel, tornando-se assim necessario que o individuo faça justiça por suas proprias mãos para evitar os attentados contra a sua pessoa ou contra a sua propriedade. É assim que a lei auctoriza a repellir a força com a força, comtanto que não ultrapasse os limites da justa defêsa, quem seja aggredido por outrem com violencias que possam lesar os seus direitos primitivos, ou esbulhá-lo dos seus direitos adquiridos, ou perturbá-lo por qualquer fórma nesse goso (art. 2367.º), 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 (art. 2370.º). E no codigo penal (art. 46.º) estabelecem-se como condições para que a legitima defêsa justifique o facto: 1.º que haja uma aggressão illegal em execução ou imminente, que não seja motivada por provocação, offensa ou qualquer crime actual praticado pelo que defende; 2.º a impossibilidade de recorrer á força publica; 3.º a necessidade racional do meio empregado para prevenir ou suspender a aggressão.

O que repellir, pois, a força pela força, quando lhe seja possivel recorrer á força publica, ou, excluida essa possibilidade, se exceda na defêsa, é responsavel criminal e civilmente pelo damno que causar. E póde o excesso de legitima defêsa, justificavel sob o ponto de vista penal, não o ser sob o ponto de vista civil (cod. penal, art. 378.º).

Nas condições em que se admitte a defêsa propria, admitte-se tambem a alheia, sendo esta até imposta aos que, presenciando uma aggressão, puderem, sem risco, evitá-la (art. 2368.º).

A illegalidade da aggressão a que se refere o n.º 1.º do artigo 46.º do codigo penal é considerada sómente em relação á materialidade do acto, independentemente de dolo ou culpa por parte do aggressor, admittindo-se a legitima defêsa contra quem esteja privado do uso das suas faculdades mentaes. E nem podia deixar de ser assim, attentas as condições que se estabelecem para que a defêsa propria se considere legitima.

Nos artigos 486.º e 2354.º parece que o codigo civil não torna a legitimidade da defêsa propria dependente da impossibilidade de recorrer á força publica.

Entre os artigos citados e os artigos 2367.º e 2370.º nota-se a seguinte contradicção: aquelles admittem a defêsa da posse e da propriedade, repellindo a força pela força, ou recorrendo á força publica, nos mesmos casos em que estes declaram essa defêsa illegitima, quando seja possivel recorrer á força publica. Tal antinomia, que resultou de modificações introduzidas pela commissão revisora no artigo 578.º do projecto primitivo (1), correspondente ao artigo 486.º do codigo, deixou de existir em virtude das disposições que foram consignadas na nova reforma penal (art. 36.º) relativamente á legitima defêsa, que ficou dependente da possibilidade do recurso á força publica, quer se tracte da defêsa das pessoas quer da propriedade (cod. penal, artt. 44.º n.º 5.º, 46.º e 377.º). Em harmonia com estas disposições, quem em defêsa da sua pessoa ou da propriedade matar

(1) Vejam-se as *Actas da commissão revisora*, pagg. 104 e 105.

ou ferir o aggressor ficará, sempre que lhe seja possivel evitar a aggressão recorrendo á força publica, responsavel criminal e civilmente.

A ninguem é permittido tambem defender os seus direitos contra qualquer violação ou usurpação, quando esta não represente uma aggressão illegal em execução ou imminente. Se se tracta duma lesão já consumada, como se um individuo possue em proprio nome bens que lhe não pertencem, o proprietario tem de recorrer ao poder judicial, para que este, restabelecendo a ordem juridica perturbada, decida a quem o direito pertence; mas o possuidor, que haja sido esbulhado violentamente, deve ser restituido, quando o requeira dentro do prazo dum anno, immediatamente, não sendo o esbulhador ouvido em juizo sem que haja feito essa restituição (art. 487.º). O desforço por auctoridade propria só se admitte, quando o individuo mantém os seus direitos *repellindo a força pela força* (art. 2354.º) ou nelles se reintegra em *acto consecutivo* (art. 486.º), como se eu me apodero dum objecto que me foi roubado indo em perseguição do ladrão. Estas disposições são uma excepção ao principio consignado no artigo 2535.º, no qual se declara que ninguem é auctorizado a fazer-se restituir ao exercicio dos seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei.

Não basta que a aggressão seja illegal e em execução ou imminente e que contra ella só haja o recurso da força, para que se considere legitimo qualquer emprego que desta se faça. Para isto torna-se necessario que, tendo em attenção todas as circumstancias, se proporcione a defêsa á gravidade da aggressão, usando-se dum meio racional para a prevenir ou suspender (1).

O direito de legitima defêsa da propriedade não é admittido

(1) Veja-se o DR. ABEL PEREIRA DO VALLE, *Annotações ao livro primeiro do codigo penal português*, pag. 166.

quando alguem, para evitar um prejuizo imminente e que por outro modo se não possa impedir, fizer algum damno em propriedade alheia, deteriorando-a ou destruindo-a. Em tal caso, e quer o damno na propriedade alheia seja causado por quem está ameaçado do perigo, quer por um terceiro, a lei auctoriza o damno (art. 2396.º), sendo responsavel pelo prejuizo causado a pessoa em favor de quem elle fôr feito e não o seu auctor, e até essa responsabilidade não existe, quando o estado de necessidade seja determinado por culpa do proprietario da cousa.

Não distingue o artigo 2396.º, em relação á pessoa que tenha, para evitar um prejuizo imminente, de destruir ou damnificar uma cousa doutrem, se o estado de necessidade deriva ou não de culpa por parte della, parecendo assim que não se deve admittir, em qualquer dos casos, o direito de legitima defêsa por parte do proprietario. E, attento o direito que o damnificado tem de ser indemnizado dos prejuizos causados, e designadamente nos casos em que a pessoa que se encontra em perigo teria de soffrer prejuizo muito superior ao que causa, parece que não se deve admittir por parte do proprietario tal direito. Assim, intendemos que o proprietario dum barco não póde impedir que, para se salvar um individuo que se queria suicidar afogando-se, um terceiro se apodere do barco.

No codigo civil allemão (art. 228.º) estabeleceu-se a seguinte disposição: «quem damnifica ou destroe uma cousa pertencente a outrem, para evitar um perigo de que por ella é presentemente ameaçado, não pratica um facto contrario ao direito, quando a deterioração ou destruição da cousa são exigidas para desviar o perigo e o prejuizo não é desproporcionado em relação a elle. Se o auctor do facto, por culpa sua, causou o perigo, é obrigado á indemnização de perdas e damnos».

237. *A acção.* Admittindo-se excepcionalmente a defêsa por auctoridade propria, a pessoa que seja lesada ou offendida nos

seus direitos por qualquer facto imputavel a outra pessoa tem o direito de requerer que o Estado, pelos orgãos competentes, obrigue o auctor da lesão a repará-la, e a pessoa a quem essa lesão seja imputada tem o direito de se oppôr a essa reparação, emquanto o direito de quem a exige não seja devidamente verificado pela auctoridade judicial.

O direito de recorrer aos tribunaes contra a violação de qualquer direito subjectivo representa uma manifestação do direito de defêsa, que o nosso codigo considerou como um direito originario (artt. 359.º n.º 5.º e 367.º), que outros chamam direito publico subjectivo, e que para nós entra no grupo dos chamados direitos de pessoa.

Tendo de verificar-se perante os tribunaes se existe o direito e foi violado, é obvio que, desde que haja uma pretensão que respeite a um interesse garantido pela ordem juridica, se póde propôr a respectiva acção, quer essa pretensão seja fundada, quer não. Havendo no Estado orgãos competentes para decidir os conflictos entre as pessoas sobre a existencia ou violação dum direito, não sendo licito decidi-los por auctoridade propria, quem se julgue lesado póde, sempre que esses conflictos surjam, recorrer aos tribunaes, e a acção é instaurada e segue os seus termos, embora a pretensão não seja fundada.

A acção póde, portanto, deixar de corresponder a razão dum direito subjectivo. É, porém, para a defêsa dos direitos subjectivos que se reconheceu o direito de acção, e a violação do direito tem sempre de ser allegada, embora depois se não prove e a acção tenha consequentemente de se julgar improcedente.

A auctoridade judiciaria só intervém quando para esse fim seja provocada, tendo, quem pretende que seja reparada a violação dum direito, de chamar perante os tribunaes a pessoa a quem imputa essa violação. A pessoa cujo direito foi ameaçado ou lesado e que, para obter a devida reparação ou ser assegurada no exercicio do seu direito, propõe a competente acção tem o nome de *auctor*, e a que é chamada aos tribunaes

para reconhecer o direito ou cumprir uma obrigação o de *reu*.

Tomada em sentido estricto, a palavra *acção* refere-se ao auctor, designando-se pela palavra *excepção*, tomada no seu sentido amplo, a defêsa contra a acção. Tomada nesta accepção, a acção é a faculdade que o individuo tem de fazer valer em juizo um direito contra quem o desconhece ou viola, ou de exigir o que lhe é devido — *jus persequendi judicio quod sibi debetur* (1).

Neste sentido, a acção não constitue propriamente um elemento distincto do direito, sendo o proprio direito em acção, pois que não póde conceber-se o direito sem que tenha inherente a força de se tornar effectivo contra qualquer violação.

A acção existe, pois, embora o direito expressamente a não estabeleça (art. 12.º), e por meio da sentença judicial não se criam direitos, apenas se declaram, donde se conclue que a sentença não póde considerar-se como um facto juridico.

Casos ha em que a lei não reconhece o direito de recorrer aos tribunaes para tornar effectiva uma pretensão. É assim que as dividas de jogo não podem ser pedidas judicialmente, embora se disfarcem com as apparencias de qualquer outro contracto, e, se o jogador houver pago o que perdeu, só excepcionalmente póde recorrer aos tribunaes para que lhe seja restituido o que pagou (art. 1542.º).

A lei, negando a acção, não garante nestes casos a pretensão, o que equivale a não a reconhecer como direito.

A acção póde tambem ter por fim a tutela ou defêsa dum

(1) Sendo a acção proposta contra uma pessoa determinada, fórma-se entre o auctor e o reu uma relação de credor para devedor, mesmo que tenha por objecto um direito real, pela determinação do facto violador desse direito.

determinado estado de facto (posse) contra as alterações que violentamente nelle se façam ou pretendam fazer.

Qualquer offensa dum direito, a ameaça dum damno, o embaraço ao exercicio dum direito, dá direito de recorrer aos tribunaes; não havendo, porém, a violação dum direito assim intendida, faltará o elemento em que o direito de recorrer ao poder judicial se funda.

Proposta a acção, o juiz, depois de examinada a pretensão do auctor e a contestação ou excepção do reu, e de haver empregado na ponderação das provas e no estudo das normas legislativas applicaveis aos factos a diligencia reclamada pela gravidade das funcções que exerce, decide a quem pertence o direito, tendo essa decisão força executiva.

Os meios de tornar effectivo um direito recorrendo aos tribunaes, o conjuncto de regras que devem observar-se em juizo, o modo por que hão de executar-se as sentenças e os recursos de que estas são susceptiveis, constituem objecto do codigo de processo civil (art. 2538.º).

Os meios admissiveis para prova da existencia dum direito constituem objecto do codigo civil, e delles tractaremos neste livro, visto respeitarem a todos os direitos.

SECÇÃO II

DA PROVA

§ 49 — *Das provas em geral*

Dr. Neves e Castro, *Theoria das provas e sua applicação aos actos civis*, parte I; Conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, 1.ª ediç., tomo V, notas aos artigos 2404.º-2407.º; Pereira e Sousa, *Primeiras linhas*, tomo I, §§ 192.º a 202.º; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, tomo I. §§ 173.º a 175.º; Fiore, *Il diritto civile*, parte decima, vol. III, pag. 1; Chironi e Abello, *Trattato*, tomo I, pag 608; Mazzoni, *obr. cit.*, tomo II, pag. 414; Laurent, *obr. cit.*, tomo XIX, pag. 78; Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. I, 5.ª ediç., pag. 586; Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, pagg. 487-516; Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario italiano*, vol. I, liv. I.

238. *O que é prova, por que meios se faz e sobre que recae.* Quando uma parte allega um direito em juizo e a outra o impugna, é necessario que a parte que allega prove a legitimidade e a realidade do seu direito. As regras que determinam os meios por que póde convencer-se o juiz da verdade dos factos controvertidos entre as partes, dos quaes deriva o direito, constituem o *systema* ou *theoria das provas*.

É a lei que determina os meios por que se póde estabelecer em juizo a verdade dum facto, sendo portanto a *prova*, juridicamente considerada, a demonstração legal da verdade dos factos allegados em juizo (art. 2404.º). Essa palavra significa tambem os meios por que se faz essa demonstração, considerados em si mesmos, como as testemunhas, a confissão, uma escriptura, mas em sentido proprio designa a certeza legal que por esses meios se obtém.

Está certeza só póde basear-se nos elementos constantes do processo que as partes ministram para esse fim, ou cuja producção é ordenada pelo juiz nos casos em que a lei lh'o faculta, sendo em harmonia com elles, e não segundo as suas convicções pessoaes, que o juiz tem de decidir: *judex secundum allegata et probata judicare debet*. Não póde portanto o juiz dar como existente um facto, só porque delle tem a certeza pessoal, ou porque a opinião publica se manifesta nesse sentido.

Este principio, que é admittido como fundamental no systema das provas e já se achava consignado nas nossas Ordenações, livro III, titulo LXVI, funda-se em que a parte, contra a qual se produzisse o testemunho do juiz, não poderia examiná-lo e discutí-lo no decurso do processo (1).

A prova judiciaria só póde dar-se em harmonia com os meios que a lei faculta e, quando esta exige meios especiaes para a prova de certos factos juridicos, o juiz não póde admittir outros. É assim que o contracto de mutuo de quantia superior a 400$000 réis só póde provar-se por meio de escriptura publica (art. 1534.º).

A lei não fixa só os meios de prova e as condições da sua admissibilidade; estabelecem-se nella tambem regras sobre a efficacia das provas, com as quaes os juizes se devem conformar, dependendo todavia essa efficacia da natureza do juizo.

(1) «Uma prova adduzida em juizo, diz LAURENT, tem valor em virtude do debate contradictorio a que é submettida: é portanto da essencia da prova o poder ser combatida. Ora o que seria a pretendida prova baseada no conhecimento pessoal do juiz? Um testemunho de que nenhuma das partes haveria conhecimento, e que, por conseguinte, não poderiam combater. Embalde se dirá que o juiz, tendo a certeza da existencia ou não existencia dum facto, não póde nem deve submetter a sua convicção á verificação das partes. O primeiro dever do juiz é observar a lei; e esta indica-lhe quaes são as provas em virtude das quaes deve admittir ou rejeitar a verdade dum facto. Se o facto está legalmente demonstrado, deve admittí-lo; se não está, não deve ligar-lhe consideração alguma».

A prova versa sobre o facto e não sobre o direito: *jus allegatur, non probatur; jura noscit curia*. Assim, se empresto 400$000 réis, devo provar o facto do emprestimo e não que a lei obriga o mutuario a restituir-me a quantia que recebeu no tempo convencionado.

239. *Casos em que o juiz não é obrigado a conhecer o direito.* Só nos seguintes casos é que tem de provar-se a existencia da lei perante a qual o facto deve ser apreciado: *a*) quando fôr invocada alguma lei estrangeira; *b*) ou algum estatuto, ou postura municipal do país; *c*) quando se tracte de consequencias *usuaes* dum acto juridico, ou a lei se refira expressamente ao costume como norma reguladora de determinadas relações juridicas.

a) No artigo 2406.º preceitua-se que, nos casos em que fôr invocada alguma lei estrangeira, cuja existencia seja contestada, será obrigado a provar a dicta existencia aquelle que tiver allegado essa lei (1).

Impondo a obrigação de provar a lei no caso de ser contestada, o artigo citado não declara que o juiz fica adstricto a julgar pela lei invocada quando se não verifique essa hypothese, e não diz qual a lei que deve applicar quando, sendo contestada a existencia da lei estrangeira, se não prove que ella existe, ou, embora se faça essa prova, quando deva ser applicada outra lei, em harmonia com as normas reguladoras das relações internacionaes.

No systema tradicional, sanccionado em algumas legislações e adoptado em differentes Estados pela pratica judicial, a lei

(1) No projecto primitivo (art. 2762.º § unico) apenas se impunha a obrigação de provar a existencia de leis estrangeiras não codificadas, sendo esse artigo modificado pela Commissão revisora em sessão de 16 de dezembro de 1863. A fonte do artigo 2406.º foi a Ordenação, livro III, titulo LIII, § 9.º.

estrangeira é considerada como um facto que tem de ser allegado e provado, não podendo o juiz applicá-la officiosamente, e devendo, sempre que as partes não provem a sua applicabilidade e existencia, julgar segundo a *lex fori*. Esse systema foi seguido pelo Supremo Tribunal de Justiça em accordão de 12 de dezembro de 1891, como sendo o estabelecido no artigo 2406.º (1).

Tal doutrina, porém, não póde inferir-se deste artigo, que apenas impõe a obrigação de provar a lei estrangeira, quando seja contestada; e não póde pôr-se de modo algum em duvida que é para o juiz obrigatoria a applicação das leis estrangeiras, quando pela nossa legislação se preceitua essa applicação. O que do artigo 2406.º evidentemente resulta é que o juiz não é obrigado a conhecer a legislação estrangeira, pois só assim se póde explicar a obrigação imposta ás partes de provar essa existencia, quando seja contestada.

Quando não seja invocada a lei estrangeira por que a questão deve ser decidida, ou no caso de essa lei ser diversa da allegada e provada pelas partes, intendemos que o juiz tambem não é obrigado a applicá-la, porque a lei não presume que elle a conheça.

Devendo interpretar-se assim o artigo 2406.º, vê-se que, se o juiz conhece a lei estrangeira, póde, embora não seja allegada ou provada pelas partes, julgar em harmonia com ella, pois que a applicação da lei estrangeira ou da lei nacional não póde de modo algum ficar no arbitrio das partes. Como não é, porém, obrigado a conhecer as leis estrangeiras, são as partes que têem de ministrar-lhe o conhecimento dessa lei, e, se o não fizerem, como a *lex fori* se deve considerar subsidiaria nos casos em que se não possa determinar a lei estrangeira que se deveria applicar, o juiz terá de julgar em harmonia com a nossa lei.

(1) Na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIII, pag. 79.

O juiz é pois auctorizado mas não obrigado a applicar a lei estrangeira, salvo nos casos em que as partes provem a existencia dessa lei, nos quaes lhe é imposta essa obrigação (1).

O direito estrangeiro póde provar-se por meio do texto authentico das leis estrangeiras, com documentos por que se prove a existencia e teor dessas leis, que podem ser passados pelas repartições competentes do país ou pelos seus respectivos agentes diplomaticos em Portugal, e ser requeridos aos agentes consulares portuguêses residentes no estrangeiro (regul. consular de 24 de dezembro de 1903, art. 116.º), por meio de consultas e das obras dos jurisconsultos estrangeiros, pelas decisões dos tribunaes (2).

b) Quando seja invocado algum estatuto ou postura municipal do país, e seja contestada a sua existencia, esta tem de ser provada por quem a allega. Quando esses estatutos ou posturas hajam sido publicados no *Diario do governo*, bastará citar o numero do *Diario*, e, se as posturas municipaes, o que ás camaras incumbe fazer, houverem sido remettidas para juizo, basta tambem citá-las.

c) O artigo 2406.º não se refere aos usos e costumes, que podem ser invocados em juizo, já em relação a direitos que podiam adquirir-se em harmonia com os usos e costumes e que foram resalvados pelo codigo civil, já nos casos em que o codigo os mande applicar na falta de convenção ou disposição expressa das partes.

(1) Confr. o Dr. Machado Villela, *Direito internacional*, lições de 1905-1906, pagg. 770 e segg., e veja-se a critica do systema seguido pelo codigo civil em relação á applicação das leis estrangeiras na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XL, pagg. 2, 17 e 32, em que se expõem tambem os systemas que têem sido ultimamente seguidos em alguns codigos estrangeiros.

(2) Dr. Machado Villela, *obr. cit.*, pag. 774.

Na nossa jurisprudencia o costume é considerado como um facto, cuja prova tem de ser feita por quem o allega (1). Quando, pois, para prova de algum direito se invoque um costume, deve provar-se a sua existencia. Essa prova póde fazer-se por meio de casos julgados, em que se tenha verificado a legitimidade e existencia do costume, pelas obras de jurisconsultos, por attestados passados por auctoridades relativamente a factos em que tenham ingerencia ou que possam verificar e por meio de testemunhas.

240. *Quem tem de provar.* A obrigação de provar incumbe áquelle que allega o facto (art. 2405.º).

A allegação não constitue uma prova, mas o assumpto sobre que deve versar a prova ministrada por outros meios. É assim que o auctor deve provar os factos de que, nas condições normaes, deriva o direito a que respeita a acção proposta por elle, e o reu, por sua vez, aquelles que, como contestação ou excepção ao pedido do auctor, allega em sua defêsa, não se limitando a uma negação absoluta, mas pretendendo provar factos por que se destróe o fundamento da acção, como a extincção da obrigação, a impossibilidade do seu cumprimento: *Auctori incumbit onus probandi; excipiendo reus fit auctor.* Provados todos os elementos de que depende uma determinada situação juridica, qualquer vicio que haja no modo por que ella se constituiu e qualquer facto por que se haja dado a sua extincção constitue materia de defêsa.

Assim, se eu intento uma acção contra Pedro para que elle

(1) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre processo civil*, nota 419, e COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, § 173.º.

Veja-se sobre a applicação officiosa do costume como norma de direito objectivo, GÉNY, *Méthode de interprétation et sources en droit positif*, pag. 307; WINDSCHEID, *Pandette*, tomo I, § 17.º; DERNBURG, *Pandette*, tomo I, § 28.º, e LESSONA, *obr. cit.*, tomo I, 2.ª edic., pag. 246.

me entregue um cavallo, cumprindo assim um contracto de venda que comigo effeituou, e elle allega a impossibilidade de cumprir esse contracto em virtude de o cavallo ter morrido, fica obrigado, quando eu conteste este facto, a provar que o cavallo morreu. Provada a existencia dum contracto, e sendo este rescindivel em virtude de erro ou coacção, quem allega estes vicios deve prová-los.

O principio de que deve provar o facto quem o allega basêa-se em que, perante a affirmação do auctor e a contestação do reu, ambos interessados, não deve ligar-se mais credito a um do que a outro.

Quem se limita a negar absolutamente o facto sobre que se funda a acção ou a excepção não é obrigado a adduzir a prova da sua negação: *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, o que não significa que se não tenham de provar factos negativos, não sendo admissivel á maxima: *negativa non sunt probanda.*

O projecto primitivo dispunha a este respeito (art. 2762.º): o que affirma, ou seja auctor, ou seja reu, deve provar o seu asserto, ou sejam positivos, ou sejam negativos os factos, em qeu se funda.

A este respeito é necessario em primeiro logar ter sempre em consideração que não basta, para que um facto se considere positivo ou negativo, attender ao modo por que é enunciado, só podendo haver-se como negativo o que represente a não existencia de um facto positivo. Assim, se alguem nega que seja valida uma escriptura, essa proposição negativa corresponde á affirmativa de que na escriptura existe um vicio de que resulta a sua nullidade, tendo de provar esse vicio.

Em segundo logar, o facto negativo só tem de se provar, quando seja constitutivo do direito em que se funda a acção ou a excepção. Assim, quem intente uma acção de indemnização pelo desabamento de um edificio deve provar que o proprietario delle não fez os reparos necessarios nesse edificio ou não tomou as precauções necessarias para evitar o desaba-

mento (art. 2395.º); quem fez um contracto sob condição susdição suspensiva negativa, deve provar o facto negativo, quando exigir o cumprimento do contracto.

Não é necessario, porém, provar os factos que dão origem á acção ou á excepção, quando resultem de alguma presumpção legal (artt. 2405.º e 2517.º).

Presumpções legaes são as consequencias ou illações que a lei deduz dum facto conhecido para firmar um facto desconhecido (art. 2516.º).

Assim, a posse produz em favor do possuidor a presumpção de propriedade, que será mais ou menos attendivel conforme as circumstancias (art. 477.º); a propriedade presume-se absoluta, em quanto o contrario se não provar (art. 2172.º); o prazo para o pagamento presume-se sempre estipulado a favor do devedor (art. 740.º); presumem-se legitimos os filhos que nascerem decorridos cento e oitenta dias depois de realizado o matrimonio e dentro de tresentos dias depois da sua dissolução ou da separação judicial de pessoas e bens dos conjuges (art. 101.º).

Sendo a propria lei que tira as consequencias de certas circumstancias ou factos, demonstrados estes, quem allega as consequencias fica dispensado da sua prova. Em regra, porém, é admittida prova contra a presumpção legal (art. 2518.º). Assim, contra a presumpção da propriedade que deriva da posse, posso allegar e provar que o direito de propriedade me pertence.

Ha casos em que a lei não admitte prova contra a presumpção que estabelece, ou restringe essa prova a certos e determinados meios. É assim que, contra a presumpção da legitimidade dos filhos concebidos antes do matrimonio e nascidos depois deste realizado, baseada no facto de o marido antes de casar ter conhecimento do estado de gravidez da mulher, ou de haver consentido, estando presente, que no assento de nascimento fosse declarado por seu filho, ou de o haver reconhecido por qualquer outro modo, não póde haver impugnação

alguma (art. 102.º); a legitimidade dos filhos concebidos na constancia do matrimonio só póde ser impugnada mediante a prova de que o marido se achava physicamente impossibilitado de cohabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos tresentos que houverem precedido o nascimento do filho (art. 103.º).

Quando a parte sobre quem recae o onus da prova não demonstra o fundamento do seu direito, a consequencia que d'ahi resulta é a absolvição da outra parte.

Não podem os juizes deixar de julgar a pretexto da falta ou obscuridade das provas (cod. do proc. civil, art. 97.º). Quando a demonstração seja insufficiente, a questão tem de ser decidida contra aquelle sobre quem recaía a obrigação de provar: *auctore non probante, is qui convenitur, licet ipse nihil praestet, obtinebit*. Esta regra é applicavel tanto ao auctor como ao reu, quando este tem obrigação de provar a excepção ou contestação.

241. *Meios de prova e sua classificação.* Os diversos meios de prova que a nossa lei admitte 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 das testemunhas; 6.º o juramento; 7.º as presumpções (1).

(1) Ha quem conteste que a presumpção legal, o juramento decisorio e a confissão constituam meios de prova. A presumpção legal, porque dispensa a prova; o juramento decisorio, porque por elle acaba a questão sem prova, e a confissão porque, tendo por consequencia uma presumpção legal do facto confessado, dispensa qualquer prova por parte da pessoa que a invoca.

Todos estes meios servem, porém, para provar em juizo a verdade dos factos allegados.

Pelo facto de os peritos se deverem considerar como testemunhas mais ou menos qualificadas, e de a inspecção do juiz se não dever considerar como

Destes meios de prova têem sido apresentadas diversas classificações, adoptando-se para esse fim varios criterios. Não desenvolveremos este assumpto, limitando-nos a dar a noção de *provas directas* e *indirectas, completas* e *incompletas, simples* e *preconstituidas*.

A distincção entre *provas directas* e *indirectas* basêa-se na relação que ha entre os meios de convicção empregados e os factos constitutivos do direito que é objecto do litigio. Quando os meios de formar a convicção do juiz têem por fim immediato os factos controvertidos entre as partes de que resulta o direito, ha a *prova directa*. Assim, será directa a prova quando eu, por meio dum escripto ou de testemunhas, convencer o juiz de que emprestei uma quantia a Pedro. Quando a convicção acerca dos factos controvertidos entre as partes se fórma por meio de inducções ou consequencias tiradas doutros factos, que as partes reconheceram ou foram previamente demonstrados, ha a *prova indirecta*. Assim, se se demonstrar que Pedro, levando a mal o casamento duma filha, declarou que nada lhe deixaria, e que Paulo, amigo intimo de Pedro, o incitava nos seus propositos, deve considerar-se simulado o contracto de venda que das suas propriedades Pedro fez a Paulo, se na herança de Pedro não houver o valor correspondente a essa venda ou não se provar em que foi consumido.

A distincção entre provas *completas*, tambem chamadas *plenas*, e *incompletas*, a que tambem se dá o nome de *semiplenas*, fundamenta-se no grau de certeza ou de convicção que dellas deriva relativamente ao facto sobre que versa o litigio. Em geral, a apreciação das provas depende do prudente arbitrio do juiz, não graduando a lei a sua força. Ha todavia alguns

prova, pois só póde julgar pelo que constar dos autos, ha tambem quem não inclua as vistorias e exames entre os meios de prova.

No logar competente veremos em que estes meios de prova se distinguem.

meios de prova cuja força, para reduzir até onde é possivel o arbitrio do juiz, é determinada pela propria lei. Assim, constituem geralmente prova plena a confissão judicial (art. 2412.º), os documentos authenticos (artt. 2425.º e 2426.º), os documentos particulares que forem escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos e reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos (art. 2432.º). Os documentos particulares assignados pela pessoa em cujo nome são feitos e por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento, farão principio de prova, que póde ser completada pelo depoimento dellas em juizo (art. 2433.º); a prova resultante dos exames e vistorias tem de ser avaliada pelo juiz em harmonia com as circumstancias e mais meios de prova (art. 2419.º).

As provas são *simples* ou *preconstituidas*, conforme se produzem no decurso do processo ou já existem anteriormente. São provas simples a prova testemunhal, por vistorias e exames, o juramento, a confissão judicial; são provas preconstituidas os documentos, especialmente os authenticos e os particulares legalizados.

§ 50 — *Da confissão*

DR. NEVES E CASTRO, *obr. cit.*, pag. 65; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, tomo V, notas aos artigos 2408.º-2417.º; PEREIRA E SOUSA, *obr. cit.*, tomo I, §§ 203.º-211.º; COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, §§ 176.º-178.º; FIORE, *Il diritto civile*, parte decima, vol. III, pag. 421; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 651; MAZZONI, *obr. cit.*, tomo II, pag. 422; LESSONA, *obr. cit.*, tomo I, livro II.

242. *Noção e especies de confissão.* O codigo define (art. 2408.º) *confissão* o reconhecimento expresso que a parte faz do direito da parte contraria, ou da verdade do facto por esta allegado.

CHIRONI define *confissão* a declaração da vontade contendo

a obrigação de não contrariar (reconhecer) a verdade de um facto juridico, e LESSONA diz que a confissão é a declaração por meio da qual uma parte, capaz de se obrigar, e com a intenção de dar á outra uma prova em prejuizo seu, reconhece totalmente ou parcialmente a verdade de uma obrigação, ou de um facto que a ella se refere e é susceptivel de effeitos juridicos.

Nestas noções ha, como elemento especifico da confissão, o ser uma declaração feita por uma das partes em virtude da qual se obriga, para com a outra, a não contestar a verdade dum facto. Esta declaração é feita intencionalmente, e, pela acceitação que della faz a outra parte, estabelece-se um vinculo juridico em virtude do qual a verdade do facto, quer este seja objecto da acção quer da excepção, não póde ser contestada pelo confitente (1).

A confissão deve portanto considerar-se um negocio juridico cujo effeito é reconhecer como existente um determinado facto, de que resulta uma obrigação, ou a propria obrigação, constituindo-se por esse meio, visto que a confissão é feita em prejuizo do seu auctor e se presume portanto conforme á verdade, uma prova. A confissão póde dar-se no proprio negocio juridico por que se constitue a obrigação, em qualquer negocio juridico por que seja ratificado ou confirmado um acto juridico rescindivel, distinguindo-se delles em que a declaração da vontade não é feita no sentido de constituir uma determinada relação juridica, mas de reconhecer esta como existente e por fórma que a parte não a possa contestar.

(1) A confissão só se torna irretractavel depois que é acceita pelos interessados. É o que resulta da propria natureza da confissão e que é confirmado pelo artigo 233.º § 1.º do codigo de processo civil, em que se declara que a confissão judicial feita nos articulados só póde ser reclamada emquanto a parte contraria a não tiver acceitado. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XL, pag. 81.

O artigo 2408.º, dizendo que a confissão é o *reconhecimento expresso*, que a parte faz, parece excluir a confissão tacita. Nenhuma duvida ha, porém, de que a lei reconhece certos factos como uma verdadeira confissão. Assim, julga-se feita a confissão do despejo, não havendo opposição no prazo legal (cod. de proc. civil, art. 499.º § 3.º) ou pondo o arrendatario escriptos (cod. cit., art. 502.º); considera-se que o juiz confessa a suspeição e todos os factos allegados se não responde até á primeira audiencia (cod. de proc. civil, art. 294.º § 4.º).

Dever-se-hão considerar estes casos como sendo de confissão tacita? A este respeito podem suscitar-se duvidas em virtude do disposto no artigo 2408.º (1).

Cumpre-nos notar que essas duvidas não podem ter grande influencia na pratica, por isso que, quando se deva vêr uma confissão tacita nos casos em que a lei declara que é havida por confessa ou reconhece como confessa a parte que, sem ser por escripto ou palavras, reconhece uma obrigação ou o facto de que ella deriva, esses casos são só os que se acham taxativamente especificados na lei (artt. 2410.º e 2415.º, e cod. de proc. civil, artt. 141.º, 217.º, 233.º).

Examinando-se, porém, esses casos, vê-se que elles ou representam uma manifestação expressa da vontade, como no caso dos escriptos postos pelo arrendatario, pois que esse facto não póde deixar de revelar a manifestação directa da vontade, por parte do arrendatario, de se despedir no fim do arrendamento, ou se fundam no silencio da parte, quando ella é obrigada, em virtude de disposição da lei ou pela comminação que lhe é feita, a fazer declarações ou praticar certos factos em juizo.

Não fazendo essas declarações, o silencio considera-se como correspondendo a ellas, como sendo a manifestação de que a parte reconhece a verdade dos factos, havendo nesses casos,

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. VIII, pag. 353, vol. XXI, pag. 552 e vol. XL, pag. 66.

••

em virtude das disposições estabelecidas na lei, uma verdadeira confissão.

Na nossa antiga jurisprudencia chamava-se a esta confissão *ficta*. Sendo, porém, o silencio interpretado pela lei como um reconhecimento expresso, e sabendo a parte que é esse o effeito que delle deriva, tal confissão não póde considerar-se ficta.

A confissão não póde inferir-se de factos que, por si ou em virtude de disposição da lei, não representem uma manifestação directa da vontade no sentido de reconhecer uma determinada obrigação ou um facto de que emanam consequencias juridicas. É assim que o facto de se não negarem numa acção os factos allegados pelo auctor ou pelo reu não involve de modo algum uma confissão.

E tambem não ha confissão, quando a declaração da vontade não é feita, directa ou indirectamente, ao proprio interessado ou á outra parte, mas a um terceiro. Tal declaração, que póde ser feita por um motivo muito diverso do de reconhecer a verdade dum facto, constituirá uma prova que fica no prudente arbitrio do juiz, não ficando o seu auctor adstricto a não o contestar.

A confissão divide-se, quanto ao local e modo por que é feita, em *judicial* e *extrajudicial* (art. 2409.º). Confissão *judicial* é a que se faz em juizo competente por termo nos autos, nos articulados (1), ou em depoimento, pela propria parte, ou pelo seu procurador com poderes especiaes (art. 2410.º); confissão *extrajudicial* é a que se faz por modo diverso.

Não caracteriza a confissão extrajudicial o facto de ser feita fóra de juizo; sendo feita neste, mas por modo diverso dos

(1) Nos termos do § 3.º do artigo 201.º do codigo de processo civil póde o reu, na audiencia para que fôr citado, confessar o pedido, caso em que será logo condemnado pelo juiz que presidir á audiencia, tomando-se nota no protocollo e ficando assim terminada a acção a respeito delle.

indicados, não será havida como judicial. Assim, será extrajudicial a confissão que seja feita num requerimento junto ao processo, emquanto não fôr reduzida a termo.

A confissão extrajudicial póde ser *authentica* ou *particular*, conforme se faz em escriptura ou auto publico, e verbalmente ou por escripto particular (art. 2415.º).

A confissão póde ser ainda *espontanea* ou *provocada*, conforme é de iniciativa do confitente ou requerida pela outra parte.

243. *Objecto da confissão.* Pelo disposto no artigo 2408.º, a confissão tanto póde recaír sobre o direito da parte contraria, como sobre um facto por ella allegado. Sendo a confissão uma prova e versando as provas unicamente sobre factos (art. 2404.º), não parece facil determinar o que se entende por confissão do direito, tanto mais que não póde influir sobre o alcance ou valor duma regra de direito a declaração que a parte faça a tal respeito. Tal declaração não representará mais que uma opinião; não constitue de modo algum uma prova, nem é por ella que a questão tem de decidir-se.

Póde, porém, a parte que confessa reconhecer o direito reclamado pela outra parte, sem se prender com as normas legislativas reguladoras dos factos de que o direito devia derivar, ou declarar que as interpretou de certo modo, e, feita uma confissão nestes termos, o juiz tem de julgar em harmonia com a confissão, sem entrar na interpretação das normas legislativas applicaveis. Assim, póde num contracto a parte declarar que uma clausula delle tem um determinado sentido, o qual póde ser ou não conforme com as respectivas disposições legaes. Essa declaração, representando a interpretação da parte, é a confissão dum facto, mas que recae sobre o direito. Póde a parte confessar que é devedora, sem declarar o facto de que a obrigação resulta. É neste sentido, em nossa opinião, que no artigo 2408.º se diz que a parte póde reconhecer expressamente o direito da parte contraria.

Os factos sobre que a confissão recae devem ser contrarios aos interesses do confitente, porque ninguem póde, por uma mera declaração da vontade, adquirir um direito.

Como a confissão, em virtude do seu conteúdo como prova, fixa a existencia do direito, segue-se que não é admissivel a confissão quando o direito a que ella respeita não seja susceptivel de alienação, renuncia ou transacção, como nas questões de estado civil, e quando seja prohibido o reconhecimento do facto sobre que ella recae ou não se lhe attribuam effeitos juridicos (cod. de proc. civ., art. 144.º).

244. *Quem póde confessar e condições de validade da confissão.* A confissão é um acto juridico, e portanto, para que se considere validamente feita, exigem-se os mesmos requisitos que em qualquer declaração da vontade. Dahi deriva que não ha confissão, quando ella se faça gracejando, ou seja de tal fórma obscura que de modo algum possa determinar-se qual fosse a vontade do confitente, e que póde ser annullada em virtude de erro, dolo ou coacção, sendo de notar que, nos termos do artigo 2507.º, se restringe a prova do erro, dolo ou coacção na confissão feita em documentos authenticos, e que a confissão judicial só póde ser revogada por erro de facto (art. 2413.º).

Em virtude do disposto neste artigo é irrevogavel a confissão em que haja erro de direito, o que se justifica não só pelo facto de, sendo a confissão feita depois de intentada a acção, o confitente dever conhecer as consequencias juridicas que della derivam, mas ainda porque o erro sobre estas consequencias não se oppõe á verdade do facto reconhecido pela parte.

Da redacção do artigo 2413.º parece deprehender-se que é irrevogavel a confissão judicial, que haja sido determinada por violencia ou coacção. Esta doutrina não é, porém, verdadeira.

Sendo a confissão uma declaração da vontade, desde que seja determinada por coacção não póde deixar de, como qualquer outro negocio juridico, considerar-se annullavel. Não é, porém, como veremos, annullavel a confissão por motivo de violencia, quando os factos que a constituem se hajam dado na presença do official publico que exarou o documento de que consta a confissão ou nelle interveio, sem que esse documento seja arguido de falsidade.

Sobre a capacidade para confessar não ha nenhuma disposição geral no codigo civil. Sendo, porém, um negocio juridico por que se reconhece uma obrigação, exige-se para a confissão a mesma capacidade que para o negocio juridico por que a obrigação se póde constituir. Assim, as pessoas com capacidade civil restricta, como as mulheres casadas, os interdictos por prodigalidade, os fallidos, só podem fazer confissões em relação a obrigações que podem contrair e sobre cousas ou direitos de que podem dispôr; os representantes das pessoas collectivas e dos incapazes ou ausentes só podem confessar nos precisos limites das suas attribuições, ou precedendo auctorização especial de quem deve concedê-la (cod. de proc. civil, art. 143.º).

A confissão extrajudicial é sempre espontanea, e póde ser feita pelo proprio interessado ou por meio de representação.

Quanto á confissão judicial, a feita por termo nos autos e nos articulados é espontanea e póde ser feita pela propria parte ou por procurador, devendo este ter poderes especiaes para a confissão por termo nos autos (cod. de proc. civil, art. 233.º § 3.º). Para a confissão nos articulados, não é necessario que o advogado tenha poderes especiaes para confessar, sendo sufficiente a procuração com poderes para tractar da causa, pois é de presumir que os factos allegados nos articulados sejam ministrados pelas proprias partes (1). E como não se póde dar este facto quando sejam parte na causa ausentes,

(1) As declarações feitas pelo advogado sem poderes especiaes fóra dos articulados não têem força probatoria como confissão. Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de março de 1906, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVIII, pag. 556.

incapazes ou dementes e incertos, não póde confessar o advogado que seja nomeado aos ausentes e incapazes, nem o ministerio publico como representante dos incertos (cod. de proc. civil, art. 233.º § 2.º).

A confissão feita em depoimento requerido pela outra parte é obrigatoria, mas esse depoimento só póde ser exigido (art. 2411.º):

1.º De pessoas habeis para estar em juizo.

É o codigo de processo civil que determina quem são as pessoas habeis para estar em juizo. Em regra, são-no as pessoas maiores com a livre regencia da sua pessoa e administração dos seus bens. Os menores não emancipados que tenham mais de 14 annos e os interdictos por prodigalidade são citados conjunctamente com os seus representantes (cod. de proc. civil, art. 9.º § 3.º), podendo assim estar em juizo e fazer a confissão judicial em depoimento de parte, cuja força probatoria será plena ou não conforme as circumstancias. O mesmo succede com a mulher casada, quando necessite de auctorização do marido, e com este, nos casos em que para estar em juizo deve ter outorga da mulher (1).

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIII, pag. 452, em que se sustenta que o prodigo póde fazer confissão judicial em depoimento de parte.

Em sessão da Commissão revisora de 16 de dezembro de 1863 votou-se, sobre proposta de Ferreira Lima, a substituição das palavras do artigo 2772.º n.º 1.º do projecto primitivo «estar em juizo» por «estar por si só em juizo». Esta modificação ao projecto não foi introduzida no codigo, sendo o n.º 1.º do artigo 2411.º a reproducção exacta do n.º 1.º do artigo 2772.º do projecto.

A doutrina que assim ficou sanccionada no codigo era já a do nosso antigo direito (veja-se Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre processo civil*, nota 443), e é a mais acceitavel.

Quanto ao valor probatorio da confissão feita em depoimento de parte por pessoa que não seja habil, para, por si só, estar em juizo, esse valor tem de ser determinado em harmonia com os principios geraes sobre capacidade das partes.

Dos representantes dos incapazes que não possam estar em juizo, como os menores de 14 annos e os dementes, não póde exigir-se depoimento de parte (cod. de proc. civil, art. 222.º).

2.º Sobre factos pessoaes certos e determinados, relativos ao objecto em questão, ou de que o depoente possa ter conhecimento. Sendo a confissão, como notámos, relativa a factos passados, de que para a parte resultou uma obrigação, e baseando-se a faculdade de a exigir por depoimento de parte em que, dado o facto juridico, deve ser cumprida a obrigação que delle deriva, é obvio que o depoimento de parte só póde ser exigido sobre factos pessoaes devidamente individualizados, ou sobre factos que, embora não hajam sido praticados pela parte, sejam por ella conhecidos. Assim, a confissão em depoimento de parte tanto póde ser exigida do devedor que haja contrahido uma obrigação por emprestimo, caso em que o facto de que resulta a obrigação é pessoal do confitente, como do herdeiro que, por declarações do auctor da herança ou por quaesquer outros factos, saiba que este se achava constituido em obrigação para com a outra parte, caso em que o depoente tem conhecimento do facto por que se constituiu a relação juridica. Sendo a confissão uma prova, não póde exigir-se sobre objecto que não seja relativo á questão, porque *frustrá demonstratur quod non relevat*.

A confissão tambem não póde ser exigida sobre factos criminosos, de que a parte seja arguida (cod. de proc. civil, art. 218.º), porque ninguem deve ser obrigado a revelar a propria torpeza: *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*.

Dando-se as condições em que póde ser exigido o depoimento de parte, e sendo esta requerida para o fazer sob pena de ser havida por confessa, será havida como tal se se recusar a depôr sem justa causa (art. 2411.º § unico). A parte pode recusar-se não comparecendo, ou negando-se a depôr. Se a parte não comparece por motivo legitimo e o prova, ou se, negando-se a depôr, o faz em virtude de não ser obrigada a confessar

os factos sobre que o depoimento deveria versar, não será havida por confessa.

245. *Força probatoria da confissão.* Quanto aos effeitos da confissão judicial, determina a lei que ella constitue prova plena contra o confitente (art. 2412.º), considerando-se portanto provado o facto judicialmente confessado. O motivo legal de convicção do juiz é a confissão, não tendo de indagar se ella é verdadeira, mas apenas de deduzir, segundo os termos em que foi feita, as consequencias legaes que nella se contenham. Não constitue a confissão judicial prova plena contra terceiros. Neste caso é um testemunho, cuja força probatoria deve ser apreciada segundo o prudente arbitrio do julgador.

A regra de que a confissão judicial constitue prova plena tem as seguintes excepções: *a*) se fôr declarada insufficiente por lei, como se a pessoa que a faz não fôr habil para a fazer em virtude de não poder dispôr dos seus bens, ou se recair sobre factos que não possam provar-se por esse meio, ou cujo conhecimento e investigação a lei prohiba. Assim, será insufficiente a confissão feita por uma mulher casada sem auctorização do marido relativamente a uma obrigação para que necessite dessa auctorização; a confissão judicial duma divida de 500$000 reis, proveniente de emprestimo, não dispensa para prova deste a escriptura publica, e será de nenhum effeito a confissão que um individuo faça, numa acção de investigação de paternidade, de que é pae do pretenso filho, nos casos em que a lei não admitte essa investigação; *b*) se produzir a perda de direitos a que o confitente não possa renunciar ou sobre os quaes não possa transigir. Assim, não é permittida a confissão que importe alienação de bens que a lei prohiba; não póde confessar-se a renuncia á herança duma pessoa viva; não basta, para que seja decretada a separação judicial de pessoas e bens dos conjuges, que o marido confesse as sevicias allegadas pela mulher ou esta o adulterio allegado pelo marido.

Quanto aos effeitos da confissão extrajudicial (art. 2416.º), a meramente verbal é inadmissivel nos casos em que não póde dar-se prova testemunhal, e, nos casos em que esta póde ser admittida, fica no prudente arbitrio do julgador avaliar a sua força probatoria conforme as circumstancias e demais provas dos autos. Esta confissão tem de provar-se por meio de testemunhas, cuja força probatoria tem de ser apreciada pelo juiz; e, quando pelo depoimento das testemunhas se julgue provada a confissão, é necessario ainda verificar os termos em que foi feita e a pessoa a quem foi dirigida, para se determinar a sua força probatoria, só devendo considerar-se rigorosamente uma confissão o reconhecimento que seja feito ao proprio interessado ou a seus representantes.

A confissão feita em documento authentico ou por escripto particular tem de ser apreciada em harmonia com a força probatoria destes meios de prova (art. 2416.º).

Em relação a este assumpto, é necessario ter sempre em consideração que a confissão é um negocio juridico e que, independentemente da força probatoria do documento, a confissão só póde admittir-se quando reuna os requisitos que sob esse aspecto nella se exigem para a sua validade. É assim que a disposição consignada no artigo 2412.º é applicavel ás confissões feitas em documento authentico e em documento particular legalizado.

A declaração que, sendo feita num documento authentico ou em documento particular legalizado, não seja dirigida aos proprios interessados ou a seus representantes, não inhibe quem a fez de apresentar quaesquer provas contra essa declaração, que não póde considerar-se uma confissão, mas um depoimento, cuja força probatoria tem de ser apreciada pelo juiz.

246. *Indivisibilidade da confissão.* A confissão é indivisivel: não poderá por isso a parte, que della se queira aproveitar,

acceitar só o que lhe fôr favoravel, salvo abrangendo a dicta confissão factos cuja falsidade se ache aliás demonstrada (art. 2417.º). A confissão feita em depoimento é só indivisivel em relação a cada facto (cod. de proc. civil, art. 230.º).

A indivisibilidade da confissão consiste em que a parte que a invoca como prova plena da verdade do facto por ella allegado, deve invocá-la na sua totalidade, não podendo aproveitar-se do que lhe é util e rejeitar o que lhe é prejudicial.

Para desenvolverem a doutrina relativa á indivisibilidade da confissão, os jurisconsultos têem distinguido tres especies de confissão: *pura* ou *simples*, *qualificada* e *complexa*.

Confissão *pura* ou *simples* é a que contém, sem modificações algumas ou addicionamento, o reconhecimento do facto allegado por uma das partes.

A confissão *qualificada* dá-se quando a declaração da verdade do facto se faz com modificações que alteram a sua essencia ou natureza juridica, como se, havendo-me sido emprestada uma quantia e sendo pedida com os juros desde a data do emprestimo, confesso que devo o dinheiro que me foi emprestado, mas não os juros, por se haver realizado um contracto de mutuo e não de usura.

A confissão *complexa* existe quando a pessoa que a faz reconhece sem modificações a verdade do facto allegado pela outra parte, mas enuncia ao mesmo tempo outro facto que tenha com o confessado uma relação mais ou menos directa e do qual resulte uma excepção em seu proveito, como se, por exemplo, confesso que Pedro me emprestou a quantia que me exige judicialmente e ao mesmo tempo declaro que já paguei essa divida, ou que ella se acha compensada com um credito que eu tinha relativamente a Pedro.

São estas as noções que geralmente se dão de cada uma das referidas especies de confissão. CHIRONI, porém, considera qualificada e não complexa a confissão em que, reconhecendo-se um facto de que resulta uma obrigação, se declara ao mesmo tempo outro facto em virtude do qual se extinguiu juridicamente essa obrigação, como o pagamento ou a compensação.

Para a maioria dos jurisconsultos o facto extinctivo duma obrigação é distincto daquelle em virtude do qual ella se formou, e não influe sobre a natureza dessa obrigação, devendo assim considerar-se essa confissão complexa e não qualificada.

Sobre a indivisibilidade da confissão, é doutrina corrente que ella se dá na confissão pura ou simples e na qualificada; naquella, porque o proprio facto é indivisivel, e nesta porque não podem separar-se os elementos naturaes ou accessorios que formam com os essenciaes o acto juridico sobre que versa a confissão. Sendo aquelle indivisivel, tambem esta o deve ser.

Quanto á confissão complexa existe grave divergencia entre os jurisconsultos, havendo quem a considere sempre indivisivel; quem a considere sempre divisivel, no sentido de que a parte que invoca a declaração feita pela outra póde acceitá-la emquanto admitte a existencia originaria da obrigação e rejeitá-la emquanto affirma que a obrigação está extincta; e quem affirme que ella é indivisivel se os factos estão entre si de tal fórma connexos que a declaração accessoria se liga á principal fazendo presuppôr a existencia do facto allegado pela parte, mas tendo ao mesmo tempo como consequencia restringir ou repellir os effeitos desse facto, como, no exemplo referido, confessando o emprestimo, mas declarando que já paguei; e que é divisivel, quando a declaração accessoria versa sobre um facto que não suppõe necessariamente a existencia do principal, como, ainda no exemplo citado, allegando eu a compensação.

O que se deve ter sempre em consideração, para verificar se uma confissão é ou não indivisivel, é que a confissão, sendo uma declaração da vontade, só póde obrigar a parte em virtude dessa declaração, devendo por isso attender-se a todos os elementos que a formam e á natureza dos factos sobre que versa a confissão para determinar o sentido em que a declaração foi feita, a intenção do confitente, de modo que, scin-

dindo-se os factos, se não contrarie a sua vontade. É assim que, se os factos sobre que a confissão recae são distinctos e independentes, se não ha entre elles relação de connexão, a circumstancia de constarem do mesmo documento não se oppõe á sua divisibilidade (1).

O artigo 2417.º não considera indivisivel a confissão, quando ella abranja factos cuja falsidade se ache demonstrada. Neste caso o juiz, dando como provada a falsidade desses factos, tem de decidir contra o confitente em relação aos outros factos que a confissão abrange, como se só estes houvessem sido reconhecidos.

O codigo civil hespanhol dispõe (art. 1233.º) que a confissão não póde dividir-se contra o confitente, salvo quando se refere a factos diversos, ou quando uma parte da confissão é provada por outro meio, ou quando é, em relação a alguns factos, contraria á natureza ou á lei.

§ 51 — *Da prova documental*

DR. NEVES E CASTRO, *obr. cit.*, pagg. 128 e segg.; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, tomo V, notas aos artigos 2422.º-2440.º; COELHO DA ROCHA, *obr. cit.*, tomo I, §§ 186.º-192.º; PEREIRA E SOUSA, *obr. cit.*, tomo I, §§ 212.º-222; DRS. HINTZE RIBEIRO E JULIO DE VILHENA, *O caso julgado e os documentos particulares segundo o codigo civil portuguès*, pagg. 119 e segg; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XL, pagg. 98, 129, 145, 169, 177, 209, 225, 241, 273, 289, 322 e 353.

247. *Funcção que exercem os documentos e suas differentes especies. Prova documental* é a que resulta de instrumento escripto (art. 2420.º), ou aquella em que, por meio dum escripto, se demonstra a existencia dum facto (1).

Em relação aos negocios juridicos, os documentos representam já um elemento desses negocios (fórma), já um meio de prova.

Quando a lei os não exige para a formalidade do acto, é com o fim de preconstituir a prova que se recorre a esse meio de declaração da vontade.

A efficacia da prova documental não é sempre a mesma, devendo, para a determinar, ter-se em consideração se o escripto é authentico ou particular (art. 2421.º), se este foi ou não legalizado e as differentes categorias de documentos particulares.

248. *Documentos authenticos. Documento authentico* é o que foi exarado por official publico ou com a sua intervenção exigida por lei (art. 2422.º). Estes documentos têem no codigo civil diversas designações. Assim, dá-lhes o nome de *instrumentos* (artt. 2423.º § 3.º, 2429.º, 2523.º); de *escriptura* (artt. 119.º n.º 1.º, 925.º, 1097.º, 1229.º), sendo de notar que esta palavra é sempre usada no codigo civil para designar os documentos lavrados nas notas dos tabelliães; de *auto publico*, *auto* e

(1) Veja-se o accordão da Relação do Porto de 6 de março de 1883, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXV, pag. 251, e o do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de fevereiro de 1889, na mesma *Revista*, vol. XXXI, pag. 206, e esta *Revista*, vol. XXXIX, pagg. 491 e 551.

(1) A palavra *instrumento*, que em sentido generico designa tudo o que póde instruir a causa, era empregada por COELHO DA ROCHA e PEREIRA E SOUSA como synonima de prova documental, e tambem se emprega como synonima de documento authentico extra-official, designando o acto em que uma das partes dispõe, sem acceitação da outra a quem elle respeita. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XIV, pagg. 359 e 564.

A prova documental tambem se chama *litteral*, *escripta* e *titulada*. A palavra *titulo* designa, em sentido rigoroso, o facto juridico ou o facto adquisitivo do direito. Na nossa legislação emprega-se, porém, por vezes essa palavra no sentido de *documento*, e até a palavra *obrigação* é tomada tambem neste sentido.

acto authentico, acto solemne (artt. 123.º, 439.º, 858.º, 2469.º), referindo-se estas expressões, dum modo geral, a todos os documentos feitos por official publico ou com a sua intervenção (1).

As expressões *documentos authenticados, documentos reconhecidos como authenticos* e *documentos legalizados,* que se lêem em diversos artigos do codigo, referem-se a documentos particulares na sua origem e que, em virtude de alguma formalidade posterior, são considerados como authenticos.

Os documentos authenticos dividem-se em *officiaes* e *extra-officiaes* (art. 2423.º).

São documentos authenticos officiaes os que forem exarados ou expedidos pelas repartições do Estado, camaras municipaes ou auctoridades ecclesiasticas propostas á administração das dioceses, e, bem assim, os actos judiciaes e os documentos lançados no registo de todas as repartições publicas, quer extinctas quer existentes, sendo 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 (art. 2423.º §§ 1.º e 2.º). Da mesma fórma que os documentos exarados ou expedidos pelas camaras municipaes, tambem são documentos authenticos os que o forem pelos outros corpos administrativos: commissões administrativas districtaes, juntas geraes e juntas de parochia, que são corporações publicas, sendo os empregados das respectivas secretarias considerados funccionarios publicos.

São, portanto, documentos officiaes, as sentenças e accordãos dos tribunaes, os livros das repartições de fazenda, os

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXX, pag. 323.

tombos feitos solemnemente em que intervinha o juiz nomeado pelo Desembargo do Paço, etc.

Os documentos avulsos, que estiverem guardados ou archivados na Torre do Tombo ou em qualquer outra repartição do Estado, serão considerados como officiaes, não por esse facto, mas pelo de haverem sido exarados ou expedidos pelas repartições do Estado, camaras municipaes, auctoridades ecclesiasticas propostas á administração das dioceses, etc. (art. 2424.º).

São documentos authenticos extra-officiaes os instrumentos, actos e escripturas, exarados por officiaes publicos ou com a sua intervenção, nos casos em que por lei é exigida, e destinados á verificação de contractos ou á conservação ou á transmissão de direitos (art. 2423.º § 3.º). Os officiaes publicos, a quem este artigo se refere, são os notarios publicos e os funccionarios a quem por lei fôr attribuida competencia para certificarem ou authenticarem, como notarios publicos, a declaração da vontade nos negocios juridicos em que outorguem determinadas pessoas (1); e duvidando-se, depois da publicação do codigo civil, se, para que o documento se devesse considerar authentico, era necessario que fosse escripto pelo proprio tabellião, ou se podia ser escripto por outrem e assignado por elle, a lei de 12 de abril de 1877 dispôs o seguinte: «Art. 1.º Os documentos extraofficiaes a que se refere o artigo 2495.º do codigo civil podem ser escriptos pelos tabelliães ou por seus amanuenses, comtanto que sejam authenticados com a assignatura e signal do tabellião. Art. 2.º Ficam assim interpretados os artigos 2495.º n.º 9.º e 2423.º § 3.º do codigo civil. § unico. Esta disposição em nada prejudica as disposições vigentes sobre os testamentos».

E o artigo 72.º e § unico do decreto de 14 de setembro de

(1) Veja-se o DR. DELGADO DE CARVALHO, *Monographia documentaria,* pagg. 53 e segg.

1900 dispõe que os testamentos publicos e os autos de approvação dos testamentos cerrados serão escriptos pelo punho do notario, e que os outros documentos authenticos extraofficiaes poderão ser escriptos pelo punho do notario ou dos seus ajudantes ou amanuenses.

249. *Força probatoria dos documentos authenticos.* O codigo faz distincção entre os documentos authenticos officiaes e extraofficiaes, determinando, relativamente aos primeiros, que constituem geralmente prova plena (art. 2425.º), e, quanto aos segundos, que fazem prova plena quanto á existencia do acto a que se referem, excepto naquillo em que possam envolver offensa de direitos de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto (art. 2426.º).

A este respeito notaremos, em primeiro logar, que, derivando a authenticidade do documento do facto de nelle intervir um official publico ou de ser exarado por elle, tanto os documentos authenticos officiaes como os extraofficiaes fazem prova plena relativamente ás partes e a terceiros, no que respeita ás suas formalidades e aos factos que se passarem na presença do official publico e que elle possa verificar *propriis sensibus, visus et auditus,* attenta a fé que lhe é attribuida. Assim, a data do documento, as assignaturas das partes e das testemunhas, o cumprimento das formalidades que se mencionem no documento, a realidade das declarações que se digam feitas perante o official publico, só podem ser impugnadas sendo o documento arguido de falsidade, e é só por meio da prova desta que póde illidir-se a sua força probatoria tanto entre as partes como relativamente a terceiros.

Os factos, porém, que não se passarem na presença do official publico, e ainda a verdade ou exactidão das declarações que forem feitas na presença delle, podem ser impugnados sem que o documento seja arguido de falsidade. É assim que, salva a restricção dos artigos 2426.º e 2507.º, póde annullar-se,

em virtude de simulação, uma venda feita por escriptura publica, sem que se allegue a falsidade desta, porque o notario não póde verificar se, nas declarações que as partes fazem na sua presença, ha ou não simulação, certificando só que essas declarações foram feitas. Póde, porém, o official cooperar na simulação, attestando factos que se não passaram na sua presença, e, neste caso, o documento terá de ser arguido de falsidade (1).

Em virtude da fé que é attribuida ao official publico, o documento authentico deixa de ter força probatoria plena *adversus omnes,* em tudo o que contém e pelo official podia ser verificado, quando seja declarado falso em processo criminal ou civil, falsidade que se dará (art. 2496.º) materialmente, quando o documento seja supposto ou viciado, e intellectualmente quando, sendo materialmente verdadeiro, se expõem nelle factos ou fazem declarações que não correspondem á verdade do que se deu no momento da sua celebração (2).

A doutrina exposta é igualmente applicavel aos documentos authenticos officiaes e extraofficiaes, não estabelecendo o adverbio *geralmente* differença alguma, sob este aspecto, entre as duas categorias de documentos (3).

(1) Na nossa jurisprudencia tem-se confundido a falsidade, que se dá no documento, com a simulação, que respeita ao negocio juridico. Vejam-se os accordãos de 27 de fevereiro e de 6 de março de 1903, na *Collecção official* de 1902-1903, pagg. 273 e 275, e o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguez annotado,* tomo II, pag. 272.

(2) Em accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1881 (na *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. XXI, pagg. 414) julgou-se que a declaração feita pelo testador de que não tinha descendentes alguns só admittia prova testemunhal em contrario, sendo o testamento arguido de falsidade, quando só se podia arguir o testamento de falsidade, se o testador não houvesse feito essa declaração.

(3) A palavra *geralmente,* que se lê no artigo 2425.º, parece referir-se aos casos em que os documentos authenticos officiaes não fazem prova plena relativamente a terceiros por envolverem offensa dos seus direitos.

Quando o documento authentico respeite a um acto juridico ou declare um direito, não constitue prova plena relativamente a terceiros a quem o acto ou direito póde prejudicar.

O principio de que os documentos authenticos não prejudicam os direitos de terceiros acha-se consignado, relativamente aos extraofficiaes, no artigo 2426.º, sendo nestes documentos que esse principio tem mais larga applicação, visto que elles são destinados á verificação de actos juridicos ou á conservação e transmissão de direitos. As sentenças e accordãos dos tribunaes, por meio dos quaes se reconhecem direitos, e que são considerados como documentos officiaes, estão sujeitos ao mesmo principio. É assim que o caso julgado, isto é, o facto ou direito tornado certo por sentença de que não ha recurso, só póde ser invocado como prova, exceptuando os casos fixados na lei, verificando-se a identidade dos litigantes ou da sua qualidade juridica (art. 2503.º). A confissão judicial, que é um negocio juridico, só produz effeitos contra o confitente (art. 2412.º).

Como poderá ser illidida a força probatoria dos documentos authenticos em relação ás partes?

Da combinação dos artigos 2426.º e 2507.º resulta que é inadmissivel a prova testemunhal contra o conteúdo das declarações da vontade feitas em documentos authenticos, excepto quando sejam arguidos de falsidade.

Não podendo *o conteúdo das declarações* ser contestado quando não se argua o documento de falsidade, parece que se restringem assim as disposições consignadas nos artigos 656.º a 666.º respeitantes á annullação dos actos juridicos em virtude de vicios de consentimento, e, attento o modo por que o artigo 2507.º está formulado, não póde dizer-se que tal restricção se funda num argumento *á contrario sensu* (1).

(1) Veja-se o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado*, tomo V, 1.ª ediç., pag. 157, e o DR. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, pag. 232.

Do artigo 2507.º não resulta, porém, que não possam annullar-se por vicios de vontade os negocios juridicos que constem de documento authentico, e tanto que a confissão judicial, que é feita num documento authentico official, póde ser revogada por erro de facto (art. 2413.º), e a confissão extrajudicial, que póde ser feita em documento authentico, é revogavel tanto por erro de facto como de direito, visto que em relação a ella se não faz restricção alguma. O que aquelle artigo prohibe é a prova testemunhal para demonstrar que entre a vontade e a sua declaração, no modo por que esta foi feita e tal como consta do documento, ha falta de correspondencia em virtude de erro, ou de coacção exercida no proprio momento em que se fez a declaração, isto é, que as partes declararam uma vontade que realmente não queriam manifestar. Não prohibe, porém, aquelle artigo que se demonstre por prova testemunhal que houve erro quanto ao objecto do negocio juridico, á sua causa e ás pessoas, sendo assim applicaveis á annullação dos negocios juridicos as disposições dos artigos 656.º e segg., salva a restricção relativa ás proprias declarações da vontade.

São estas que formam o conteúdo dos documentos authenticos, e é esse conteúdo que o artigo 2507.º não permitte que seja contestado, sem que o documento seja arguido de falsidade, presumindo o legislador que, attentas as formalidades dos documentos authenticos, não haja, na propria declaração da vontade, falta de correspondencia com a vontade real. Assim, se do documento constam declarações que as partes não fizeram, ou se foram compellidas coactivamente a fazê-las no momento em que se exarou o documento, estes factos podem provar-se por meio de testemunhas, arguindo-se o documento de falsidade; se as declarações são as que as partes realmente fizeram, só podem contestá-las por meio de prova documental ou de juramento.

Se do contexto do documento resulta que uma declaração não exprime fielmente o pensamento de quem a fez, nesse

caso prova-se o erro com o proprio documento; e, para se determinar precisamente qual fosse a vontade das partes, póde attender-se a factos que não constem do proprio documento, provando-se por meio de testemunhas. Neste caso, tracta-se da interpretação do negocio juridico.

Quando no negocio juridico haja um vicio de vontade sobre a causa, o objecto ou as pessoas, admitte-se qualquer meio de prova para o demonstrar. Assim, se uma pessoa declarar que compra um predio, só porque se vai abrir um mercado juncto delle, e a outra parte acceitar esta declaração, póde annullar-se a venda, se o mercado não se abrir nesse local; se, sob a pressão de ameaças feitas antes de se declarar a vontade perante o official publico, um individuo fizer uma doação, esta póde ser annullada, e, tanto numa como noutra hypothese, é admissivel a prova testemunhal.

Da combinação dos artigos 2426.º e 2507.º resulta que não póde admittir-se entre as proprias partes e seus herdeiros ou representantes a prova testemunhal para annullar um negocio juridico simulado, quando elle conste de documento authentico, não havendo esta limitação em relação a terceiros, pois que, nos termos daquelles artigos, os documentos authenticos só entre as proprias partes constituem prova plena quanto á *existencia do acto juridico* e ao *seu conteúdo.*

Nos mesmos casos em que não é admissivel a prova testemunhal não se admitte a confissão verbal (art. 2416.º) e as presumpções não estabelecidas por lei (art. 2519.º).

Em relação á força probatoria plena dos documentos authenticos temos, além das limitações de logar e de tempo a que já nos referimos, a limitação feita, em virtude da propria natureza dos factos delles constantes, no artigo 2427.º.

Dispõe-se neste artigo que as declarações enunciativas, que se não refiram directamente ao objecto do acto, ou sejam extranhas a este, não fazem prova plena.

Por *declarações enunciativas,* que se contrapõem ás *dispositivas,* entende-se as que não exprimem o verdadeiro objecto do acto juridico, mas um accessorio ou incidente, podendo eliminar-se sem que o acto se modifique. A declaração, feita num contracto de prorogação de arrendamento, de que estão pagas todas as rendas atrazadas, é enunciativa e respeita directamente ao objecto do contracto. É enunciativa tambem e extranha ao acto juridico a declaração de que herdei dum parente meu o objecto que vendo.

As declarações enunciativas que respeitam directamente ao negocio juridico fazem prova plena entre as partes e seus herdeiros ou representantes, presumindo-se que emanam da vontade das pessoas que proposeram e acceitaram as dispositivas. As que sejam extranhas ao conteúdo do negocio juridico constituem principio de prova contra quem as fez.

Não podendo contestar-se a verdade, quanto á sua existencia material, das declarações feitas perante o official publico, sem que se argua o documento de falsidade, vê-se que o artigo 2427.º respeita á força obrigatoria dessas declarações, confirmando-se assim o que dissémos em relação ás condições que são necessarias para que haja confissão: ser dirigida aos interessados e por estes acceita.

250. *Casos em que não póde substituir-se por qualquer outro meio de prova a prova por documento authentico.* A prova por documentos authenticos, nos casos em que a lei os exige, não póde ser substituida por qualquer outra especie de prova, senão quando a lei expressamente o admitta (artt. 686.º e 2428.º). Não ha, a este respeito, que fazer distincção entre documentos que são da substancia do acto, isto é, que são necessarios para a sua perfeição ou sem os quaes o acto não póde existir, e documentos que servem para a prova do acto, isto é, sem os quaes o acto póde subsistir, sendo todavia necessario obter documento ou sentença que os substitua para que se possa exigir o seu cumprimento, pois que o acto juridico, que não possa

ser provado por documento authentico, nenhum effeito produz, se não existir este documento.

Para se vêr os casos em que a prova por documentos authenticos não póde ser substituida por outra, é necessario determinar, em relação aos actos juridicos, a fórma que a lei exige, devendo notar-se que só podem exarar os documentos respeitantes a taes actos ou intervir nelles os funccionarios publicos a quem a lei attribue competencia para esse effeito. Declarações da vontade que sejam feitas perante outros funccionarios publicos não têem o valor de prova plena, nem podem substituir os documentos que se exigem para a prova do acto. Assim, a declaração de pagamento feita pelo credor perante o escrivão de fazenda, para baixa no manifesto, não constitue prova plena; e, se a divida fôr de quantia superior a 400$000 reis, não póde admittir-se como meio de prova, tornando-se necessaria uma escriptura publica (art. 1643.º); um auto publico exarado perante um juiz não será considerado documento authentico para prova dum contracto de venda ou de hypotheca; um acto de emancipação não poderá provar-se por meio de escriptura publica.

Quanto aos factos juridicos é necessario determinar se a lei exige formalidades especiaes para a sua verificação. Quando para este effeito se exija documento authentico, este só póde substituir-se nos casos em que a lei expressamente o admitta e pelos meios de prova nella reconhecidos.

Assim, só podem provar-se por escriptura publica as convenções antenupciaes (art. 1097.º) e o restabelecimento do regimen da communhão de bens, quando o conjuge ausente regresse depois de vinte annos desde o desapparecimento da data das ultimas noticias ou de haver completado noventa e cinco annos de idade (art. 89.º); a perfilhação só póde ser feita no registo do nascimento ou em escriptura, testamento ou auto publico (art. 123.º); só podem ser celebrados por escriptura publica os contractos de renda ou censo consignativo (art. 1646.º), o de emprazamento (art. 1655.º), o de mutuo ou de usura de

quantia superior a 400$000 réis (artt. 1534.º e 1643.º), etc. Os factos do nascimento, casamento e obito devem provar-se pelo registo publico instituido para esse fim, mas, não tendo sido registados ou não o estando na devida fórma, admitte-se qualquer outra especie de prova (artt. 2441.º e 2442.º), tendo, em relação á filiação legitima, que attender-se á gradação estabelecida no artigo 116.º, e, quanto ao casamento, á restricção do artigo 1084.º.

251. *Documentos particulares, suas especies e força probatoria. Documentos particulares* são os escriptos, ou assignados por qualquer pessoa, sem intervenção de official publico (art. 2431.º). Têem estes documentos diversas designações: *instrumentos* e *escriptos particulares, assentos, registos, escriptos domesticos, cartas,* etc.

Os documentos particulares podem ser: *a*) escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos; *b*) tão sómente assignados ou firmados por ella; *c*) escriptos por outra pessoa e assignados por aquella em cujo nome são feitos e por duas testemunhas, cujos nomes hajam sido declarados no contexto do documento; *d*) escriptos pela propria pessoa ou por outra sem serem assignados.

Os effeitos ou a força probatoria dos documentos particulares varia conforme a categoria a que pertencem, e por isso nos occuparemos de cada uma dellas pela ordem que ficam expostas.

a) 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 ou representantes, a mesma força probatoria, que os documentos authenticos, excepto nos casos em que a lei ordenar outra cousa (art. 2432.º).

O reconhecimento dos escriptos pelas partes equivale a uma confissão, podendo, como esta, ser judicial e extrajudicial,

a judicial espontanea ou provocada, e a extrajudicial feita em documento authentico ou particular; e serão havidos como reconhecidos tanto no caso de, tendo sido exigido da pessoa por quem elles forem ostensivamente feitos e assignados que declare se o escripto e a assignatura lhe pertencem (art. 2435.º), ella se recusar a depôr, quando essa pessoa seja habil para estar em juizo e o depoimento haja sido requerido sob a comminação de que será havida por confessa recusando-se a depôr (art. 2411.º § unico e cod. de proc. civil, art. 217.º), como no de se haver requerido exame da letra, e a parte a quem o escripto fôr attribuido deixar de comparecer em juizo, sem motivo justificado, tendo sido pessoalmente citada, ou se recusar a escrever as palavras que lhe forem indicadas (cod. de proc. civil, art. 249.º § 4.º). Em qualquer destes casos, o documento particular considera-se reconhecido pelas partes, e, quando seja espontaneamente reconhecido pelas partes fica tendo entre ellas, sempre que o reconhecimento seja authentico, a força dum documento authentico.

Tambem se póde provar por meio de exame e de testemunhas que qualquer documento foi escripto e assignado pela pessoa em cujo nome se diz feito, sendo esta fórma de reconhecimento admittida, sem duvida alguma, em relação aos documentos de que estamos tractando, como resulta dos artigos 2432.º do codigo civil e 248.º do codigo de processo civil. Para esse reconhecimento, o juiz tem de apreciar, conforme o seu prudente arbitrio, a prova resultante do exame e das testemunhas, e, póde, em face dessa prova, declarar que o documento foi escripto e assignado pela pessoa em cujo nome foi feito, ficando assim judicialmente considerado como authentico.

Os effeitos do reconhecimento do escripto dão-se entre os signatarios e os seus herdeiros ou representantes, comprehendendo-se nestes tanto os que o forem por titulo universal como particular.

O documento particular escripto e assignado pela pessoa em

cujo nome é feito, e reconhecido pelas partes ou havido judicialmente como reconhecido, não produz os mesmos effeitos que o documento authentico, quando a lei exige este para prova do acto. É isto o que significam as ultimas palavras do artigo 2432.º — *salvo nos casos em que a lei ordenar outra cousa.*

Assim, fazendo os esposos num documento particular disposições relativas ao regimen de bens no matrimonio, esse documento, embora seja reconhecido por elles, nenhuns effeitos produz.

b) Os documentos particulares, tão sómente assignados ou firmados pela pessoa em cujo nome são feitos, podendo essa assignatura ser a rogo ou de cruz (art. 2434.º), farão prova unicamente contra o signatario, sendo por elle reconhecidos ou por seus herdeiros ou representantes (art. 2433.º).

Dado este reconhecimento, a força probatoria destes documentos será a mesma que a dos escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos e por ella reconhecidos; sem o reconhecimento, os documentos tão sómente assignados ou firmados pela parte não têem força alguma probatoria contra os signatarios, nem contra os seus herdeiros e representantes. É assim que elles não podem ser havidos judicialmente como reconhecidos por meio de exame ou de testemunhas, o que se vê não só das palavras *farão prova unicamente contra o signatario*, as quaes se referem, não aos documentos que já estejam reconhecidos pela pessoa em cujo nome foram feitos, mas aos documentos que ainda o não tenham sido, e significam que esses documentos não podem ser havidos judicialmente como reconhecidos por meio de exame ou prova testemunhal, ao contrario do que succede com os documentos particulares que sejam escriptos e assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, mas é comprovado pela ultima parte do artigo que, falando desses mesmos documentos, preceitua que, achando-se tambem assignados por duas testemunhas cujos nomes hajam

sido declarados no contexto do documento, farão principio de prova (1).

O motivo por que o legislador só attribuiu força probatoria aos documentos, que sómente são assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, quando sejam reconhecidos por ella ou pelos seus herdeiros ou representantes, é o ser facillimo falsificar documentos nestas condições, sobretudo admittindo-se a assignatura de cruz.

Pelo artigo 2435.º vê-se que a pessoa, a quem fôr opposto em juizo um escripto assignado por ella, será obrigada, exigindo-o o apresentante, a declarar se o escripto ou a assignatura effectivamente lhe pertencem. Esta declaração tem, como já notámos, de ser feita em depoimento de parte, e só póde ser exigida do proprio signatario e não dos seus herdeiros ou representantes, e, mesmo contra elle, não produzirá effeito algum desde que negue que seja sua a assignatura, pois que não póde recair exame sobre esta. Esse escripto não constitue principio de prova e não póde portanto ser esta completada pelo exame ou depoimento de testemunhas (2).

(1) O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA e o DR. NEVES E CASTRO seguem doutrina contraria, fundando-se em que os artigos 2432.º e 2433.º não prohibem esse reconhecimento e em que os artigos 248.º e 249.º do codigo de processo civil falam do exame para reconhecimento de letra, sem distinguir que a letra seja de todo o escripto ou sómente da assignatura. O confronto dos artigos citados do codigo civil mostra que é inadmissivel esta doutrina, e, em nosso parecer, a Commissão revisora eliminou o artigo 2807.º do projecto primitivo, em que se estabelecia, como no artigo 1324.º do codigo civil francês, o exame por comparação de letras e inquerito de testemunhas dos escriptos particulares sómente assignados pelas pessoas em cujo nome são feitos, por não admittir o exame em relação a estes documentos. Veja-se o DR. NEVES E CASTRO, *obr. cit.*, pag. 163, e o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil portugués annotado*, tomo V, 1.ª ediç, pag. 171.

(2) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de maio de 1886, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXIX, pag. 176.

c) Os documentos particulares assignados pela pessoa em cujo nome são feitos, 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 dellas em juizo (art. 2433.º). Nesta classe de documentos entram tambem os assignados a rogo ou de cruz (art. 2434).

Os documentos particulares, de que estamos tractando, podem ser reconhecidos pelas partes e por seus herdeiros ou representantes, e terão neste caso a mesma força probatoria que os documentos authenticos. Se não forem, porém, reconhecidos pelas partes, apenas constituem principio de prova, que póde ser completada pelo depoimento das testemunhas em juizo. Ao juiz compete apreciar a força probatoria destes depoimentos, e, quando a julgue procedente, o escripto ficará judicialmente reconhecido.

Não póde, porém, provar-se por documento nestas condições um negocio juridico para que a lei exija documentos particulares com determinadas formalidades.

d) A nota escripta pelo credor em seguimento (1), á margem, ou nas costas de qualquer escriptura ou obrigação, ainda que não seja datada, nem firmada, faz prova em favor do devedor (art. 2438.º).

Esta disposição, que tem caracter generico, applicar-se-ha a qualquer obrigação de divida, mesmo que seja proveniente de deposito, mutuo ou usura, no caso em que as obrigações assim contrahidas só possam provar-se por escriptura publica?

Tem havido duvidas a este respeito. Ha quem sustente que o artigo 2438.º contém uma disposição generica, applicavel a

(1) No artigo 2438.º diz-se *em seguimento á margem*. Confrontando este artigo com as suas fontes, vê-se que ha falta duma virgula. Veja-se o projecto primitivo, artigo 2812.º, o Projecto do codigo civil hespanhol, artigo 1212.º e o codigo civil francês, art. 1332.º.

qualquer distracte (1); quem considere este artigo como uma excepção ao artigo 1534.º (2); quem veja nos artigos 1534.º e 1643.º uma excepção ao principio formulado no artigo 2438.º (3), e quem affirme que só póde fazer-se a quitação pela fórma indicada no artigo 2438.º, quando o mutuo seja de quantia inferior a 400$000 reis (4).

Parece que, sendo as disposições consignadas nos artigos 1434.º § 2.º, 1534.º § unico e 1643.º especiaes, não póde deixar de se vêr nellas uma excepção ao principio formulado no artigo 2438.º (5).

Os registos, assentos e quaesquer outros escriptos domesticos, não fazem prova em favor do seu auctor; mas farão prova contra elle, se enunciarem claramente a recepção de qualquer pagamento (art. 2439.º). Neste caso, as pessoas que de taes assentos, registos ou escriptos, quiserem ajudar-se, devem acceitá-los igualmente na parte que lhes fôr prejudicial (art. 2440.º).

Falando o codigo do *auctor* dos registos, assentos e quaesquer outros escriptos domesticos, e devendo considerar-se como tal não só o individuo que os escreve, mas o que os manda escrever, tem-se affirmado que não é necessario que os registos ou assentos sejam escriptos pelo proprio credor, para que façam prova contra elle. Se se tractar, por exemplo, de livros, de cuja escripturação esteja incumbido um empregado, o credor não póde deixar de considerar-se auctor desses assentos. Como este, outros casos ha em que póde provar-se

(1) Drs. Hintze Ribeiro e Julio de Vilhena, *obr. cit.*, pag. 180.

(2) Conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, tomo II, 1.ª ediç., pag. 204.

(3) Dr. Souza Cabral, *Considerações sobre a prova por escriptos particulares*, §§ 34.º e 35.º.

(4) *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. I, pag. 811.

(5) Veja-se a critica da doutrina sanccionada no codigo na *Revista* cit., vol. XL, pag. 273

que foi o credor quem mandou escrever por outra pessoa os registos ou assentos e, provado este facto, farão prova contra elle, mas não podem taes assentos ser reconhecidos pela mesma fórma que se fossem escriptos pelo credor.

Como se vê do artigo 2439.º, a prova dos assentos, registos e quaesquer outros escriptos domesticos limita-se ao facto do pagamento; e, do mesmo modo que no artigo 2438.º, não se faz naquelle artigo restricção alguma quanto ás obrigações que se podem extinguir por aquelle meio, suscitando-se portanto a respeito do artigo 2439.º as mesmas duvidas que a redacção do artigo 2438.º motivou, e devendo ser resolvidas do mesmo modo.

O codigo não torna a prova dos documentos especificados no artigo 2439.º dependente do facto de elles se acharem em poder do credor que os escreveu ou mandou escrever. A circumstancia, porém, de se attribuir a esses documentos força probatoria independentemente do seu reconhecimento pela pessoa a quem ostensivamente pertencem, ou de serem havidos como judicialmente reconhecidos, e de nem sequer se exigir a assignatura desses documentos, mostra-nos que foi principalmente ao facto de esses documentos se acharem em poder do credor que se attendeu, o que, pela natureza desses documentos, ordinariamente succede, e parece-nos que é esse facto que, uma vez provado, dá a esses documentos força probatoria independentemente do reconhecimento, tornando-se necessario, para destruir essa prova, que o auctor desses escriptos allegue e prove quaesquer factos, donde conste que esses escriptos se acham em seu poder em virtude de qualquer outro facto que não seja a extincção da obrigação.

Quando os escriptos, registos ou assentos domesticos se não achem em poder do seu auctor, parece-nos que só pelo seu reconhecimento ficarão tendo força probatoria, e que esse reconhecimento póde ser feito judicialmente por exame e testemunhas, provando-se que foi o credor que os escreveu.

E o mesmo se dá em relação aos documentos especificados no artigo 2438.º, a que, attenta a possibilidade de obter mais que um traslado ou certidão dum documento authentico e o facto de os proprios documentos particulares poderem deixar de estar em poder do credor, não se póde attribuir força probatoria plena, quando não sejam reconhecidos por elle ou havidos judicialmente como reconhecidos.

Os artigos 248.º e 249.º do codigo de processo civil admittem em termos amplos o reconhecimento da letra por meio de exame e testemunhas, e não ha no codigo civil disposição alguma que o prohiba.

No artigo 2437.º declara-se que o escripto particular *não* prova contra a pessoa, que o escreveu e assignou, quando esta tenha estado sempre de posse do mesmo escripto. O facto de a pessoa que escreveu e assignou o escripto ter estado sempre de posse delle mostra que a obrigação, que por meio delle se pretendia contrahir, não passou dum projecto; e, sendo esta a razão do artigo 2437.º, vê-se que a disposição nelle consignada não abrange os escriptos especificados nos artigos 2438.º e 2439.º, como aliás já se inferia da sua collocação, pois que pelos documentos a que estes artigos respeitam prova-se a extincção total ou parcial duma obrigação.

Quando a pessoa que escreveu o documento não tenha estado sempre de posse delle, não póde haver a presumpção de que não foi contrahida a obrigação, nem basta o facto de o devedor estar de posse do documento ao tempo em que se exige o cumprimento della, para que esta se julgue extincta. Esse facto constitue uma presumpção de pagamento, ou de extincção da divida por outro meio, presumpção que póde ser destruida por qualquer prova em contrario.

252. *Como se prova a data dos documentos particulares.* O codigo não exige, relativamente aos documentos particulares, que elles sejam datados.

Em geral, porém, esses documentos têem data, e, tanto neste caso, como quando a não tenham, póde tornar-se necessario fixar o momento em que foram feitos, ou em que se consideram datados, para se determinarem as consequencias que do respectivo acto juridico derivam.

Como se prova a data dos documentos particulares?

Em relação ás partes e aos seus herdeiros ou representantes, quando o documento não tenha data, póde provar-se o momento em que foi escripto por qualquer meio de prova.

Se o documento é datado, e foi reconhecido pelas partes ou havido judicialmente como reconhecido, esse reconhecimento abrange tambem a data. Se o documento não foi reconhecido, e é escripto e assignado pela pessoa a quem ostensivamente pertence, o exame que nelle tenha de fazer-se recae tambem sobre a data; mas podem as partes provar, por qualquer meio de prova, que, em virtude de accordo entre ellas, ou em virtude de erro material, a data escripta não corresponde á verdade. Quando o documento seja sómente assignado pela pessoa em cujo nome é feito, ou seja escripto por outrem e assignado por duas testemunhas que figurem no contexto do documento, póde a parte contra quem elle fôr produzido adduzir quaesquer provas contra a data desse documento.

Relativamente a terceiros, a data dos documentos particulares só é certa quando se verifique alguma das seguintes circumstancias (art. 2436.º): 1.ª o reconhecimento authentico do escripto; 2.ª a morte de algum dos signatarios, quer sejam as partes, quer sejam as testemunhas; 3.ª a apresentação do documento em juizo ou em qualquer repartição publica.

Dado qualquer destes factos impossivel se torna attribuir uma data ao documento diversa do momento em que elles se verificaram, fim que o legislador teve em vista ao consignar no codigo aquella disposição. Ha, porém, outros factos que podem tornar do mesmo modo impossivel alterar a data do documento, como o de, em virtude de doença ou de amputação dos braços,

qualquer dos signatarios do documento não poder escrever desde um determinado momento. Provado este facto, parece que o documento devia ficar sendo considerado como datado do dia em que elle se verificou.

Attenta, porém, a redacção do artigo 2436.º, difficilmente poderá sustentar-se esta doutrina.

Para determinar as pessoas que devem considerar-se terceiros, temos que applicar, em relação aos documentos por que se prova a transmissão de direitos reaes, os mesmos principios que em materia de registo predial. Em materia de obrigações, deve ter-se em vista que ellas só produzem effeito entre as proprias partes, e que os representantes do credor ou do devedor, quer o sejam a titulo universal, quer a titulo singular, ficam tendo os mesmos direitos que elles.

253. *Casos em que se não póde substituir por outra a prova por documento particular.* Para prova de alguns actos juridicos exige o codigo escriptura publica ou escripto particular, e, relativamente a este, não requer sempre as mesmas formalidades. Assim, as hypothecas provenientes de contracto, em que o valor por ellas assegurado seja inferior a 50$000 reis, podem provar-se por escriptura publica ou documento particular, sendo este escripto e assignado pela pessoa que constituir a hypotheca, ou, se não souber ou não puder escrever, por outra a seu rogo, tendo a assignatura de duas testemunhas que escrevam os seus nomes, sendo, em qualquer dos casos, reconhecidas pelo notario publico as assignaturas (art. 912.º); as declarações para o registo provisorio de que tracta o artigo 969.º devem ser escriptas e assignadas pelo possuidor do predio a que respeitam, sendo reconhecidas por notario a letra e a assignatura, e, se elle não souber ou não puder escrever, serão as declarações escriptas por terceira pessoa a rogo do declarante, e pela mesma assignadas e por duas testemunhas na presença do mesmo declarante e de um notario, que assim o certifique e que reconheça as assignaturas no proprio documento; o deposito de valor excedente a 50$000 e inferior a 100$000 reis só póde ser provado por escripto, assignado pelo proprio depositario ou reconhecido como authentico (art. 1434.º); a procuração particular escripta e assignada pelo mandante, ou escripta por outrem e assignada pelo mandante e mais duas testemunhas, será havida como publica, quando a letra e a assignatura sejam, no primeiro caso, reconhecidas pelo tabellião, e, no segundo, se as assignaturas forem feitas perante o notario, que assim o certifique ou reconheça no proprio documento (artt. 1321.º e 1322.º); os contractos de doação e de compra e venda de bens immobiliarios de valor inferior a 50$000 reis podem provar-se por escripto particular com a assignatura do doador ou vendedor ou de outrem a seu rogo, não sabendo elle ou não podendo escrever, e de mais duas testemunhas que escrevam os seus nomes por inteiro (artt. 1459.º e 1590.º § 1.º).

Nos casos em que a lei exija para prova do acto juridico documento particular com determinadas formalidades, não póde essa prova ser substituida por outra que não seja um documento authentico exarado por um official publico competente para a verificação do negocio juridico, pois que o documento particular representa em taes casos um elemento necessario para a existencia do negocio juridico. Quando a lei declare que um determinado negocio juridico só se póde provar por escripto, e não especifique as formalidades deste, o respectivo documento deve ser, em harmonia com o disposto nos artigos 2432.º e 2433.º, escripto e assignado pelos auctores do negocio juridico, ou, se elles não souberem ou não puderem escrever, escripto por outra pessoa e assignado por elles ou a seu rogo e por duas testemunhas, cujos nomes figurem no contexto do documento, podendo estas assignaturas ser de cruz (1).

(1) Além dos documentos particulares de que tracta o codigo civil,

••

É inexplicavel a diversidade de formalidades que no codigo civil se exigem nos documentos particulares para prova dos actos juridicos, e não póde justificar-se que, exigindo-se em alguns casos em taes documentos o reconhecimento das assignaturas pelo notario publico para que sejam admissiveis como prova, este reconhecimento não dê sempre, como vamos vêr, authenticidade ao documento.

254. *Legalização dos documentos particulares; reconhecimento pelo notario.* Os documentos particulares têem força probatoria plena, quando sejam reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos. Em contrario ou além do conteúdo dos documentos particulares assim reconhecidos, a que se dá a designação de *legalizados* (art. 2508.º), não se admitte prova testemunhal, excepto se esses escriptos forem arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia, podendo nestes documentos, ao contrario do que se dá nos authenticos, provar-se o erro em relação ás declarações da vontade e a violencia no momento em que foram feitos.

Vimos já que o reconhecimento dos documentos particulares póde effeituar-se: 1) pela confissão das partes; 2) por exames e testemunhas. Além destes reconhecimentos ha o simples reconhecimento do notario publico.

1) O reconhecimento pela confissão das partes póde ser judicial ou extrajudicial, como a confissão, e tem a mesma força probatoria que esta, sendo de notar que o reconhecimento

outros ha, regulados pelo codigo commercial, que podem ser necessarios para a existencia do acto, ou representar uma prova preconstituida, como são as letras, cheques e livranças, as apolices de seguros, as guias e cartas de transporte, a escripturação commercial. Os requisitos destes documentos são determinados pelo codigo commercial, e a sua força probatoria, quando não haja a este respeito disposições especiaes no codigo commercial, é regulada pelo codigo civil.

da letra ou da assignatura não envolve necessariamente o da obrigação, podendo confessar-se aquella e contestar-se esta.

O reconhecimento judicial dum documento particular em depoimento de parte só póde ser exigido quando o documento haja sido ostensivamente escripto ou assignado pela pessoa contra a qual é opposto, sendo necessario que se verifiquem todas as outras condições exigidas para a confissão feita por aquelle processo.

O reconhecimento extrajudicial póde ser verbal ou por escripto, e este póde fazer-se no proprio documento, ou, por meio de referencia, em outro documento.

O codigo refere-se expressamente ao reconhecimento feito no proprio documento, o qual póde ser *authentico* ou por *semelhança*. Só o reconhecimento authentico é que dá ao documento particular a mesma força probatoria dos documentos authenticos, não produzindo este effeito, em nossa opinião, o reconhecimento por semelhança, o qual não representa uma confissão, de modo que este reconhecimento não tem como effeito, em materia de prova, dever-se considerar o documento como reconhecido pelas partes ou havido judicialmente como reconhecido.

Tractaremos portanto neste logar apenas do reconhecimento authentico.

O reconhecimento feito pelo tabellião na presença das partes e de duas testemunhas é o que se chama *reconhecimento authentico* (art. 2436.º n.º 1.º § unico), e é a elle que se refere o codigo quando fala em *documento authenticado*, que o decreto de 14 de setembro de 1900 define (art. 83.º § unico) o titulo particular passado nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º do codigo civil, ou nos termos especiaes de qualquer outra disposição legal, e reconhecido authenticamente.

Nos termos do referido artigo 83.º o reconhecimento authentico deve conter: 1.º os nomes, estado, profissão e morada das partes, cuja identidade o notario certificará, e de duas testemu-

nhas; 2.º a declaração das partes de que o documento exprime a sua vontade; 3.º a declaração que as partes façam de que não sabem ou não podem assignar; 4.º a data com a designação do local, dia, mês e anno; 5.º a resalva das emendas, entrelinhas ou rasuras que occorrerem; 6.º as assignaturas das partes, ou doutra pessoa a seu rogo, quando não saibam ou possam escrever, e das testemunhas; 7.º a assignatura e signal publico do notario.

O reconhecimento authentico attribue aos documentos particulares a mesma força probatoria que o reconhecimento judicial, tendo entre as partes e seus herdeiros e representantes força probatoria plena quanto á existencia do acto a que se referem (artt. 2432.º e 2426.º), e não sendo admissivel prova testemunhal contra o conteúdo desses documentos, quando não sejam arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia (art. 2508.º).

2) O reconhecimento por exame e testemunhas é admittido sempre que o documento seja escripto e assignado ou só escripto pela pessoa contra a qual é opposto, tendo a força probatoria do exame e testemunhas de ser determinada pelo juiz em harmonia com as circumstancias. Attribuido por sentença o escripto ao signatario, fica sendo considerado como authentico.

3) Relativamente a alguns documentos, a lei exige, como formalidade necessaria para que produzam effeitos, que sejam reconhecidos pelo notario, mas não determina nem requer que esse reconhecimento seja feito na presença das partes e das testemunhas, nem que as partes declarem que o escripto lhes pertence. É assim que, na procuração escripta e assignada pelo mandante, basta o reconhecimento da letra e da assignatura, não sendo necessarias testemunhas; em outros casos, dá-se só o reconhecimento da assignatura, o qual se faz ordinariamente attestando o notario a sua veracidade por semelhança, como na hypothese do artigo 912.º. No regulamento de 14 de setembro de 1900 dispõe-se (art. 84.º § 1.º) que, quando as

pessoas, cujas assignaturas sejam reconhecidas, estejam presentes no acto do reconhecimento, deverá consignar-se neste essa circumstancia, e, sempre que a assignatura deva ser feita na presença do notario, ou de facto o seja, disso se fará menção expressa.

Os reconhecimentos por semelhança devem conter a data, a assignatura e signal publico do notario (regul. cit., art. 84.º).

Quando haja disposições especiaes relativamente a certos reconhecimentos, são essas as que se devem observar (regul. cit., art. 84.º § 2.º). Assim, nas procurações escriptas e assignadas pelo mandante deve ser, para que sejam havidas como publicas, reconhecida a letra e a assignatura.

Qual é a força probatoria dos documentos assim reconhecidos?

No estado actual da nossa legislação graves duvidas se podem suscitar a este respeito.

Parece-nos que, em face dos artigos 2432.º e 2436.º n.º 1.º, não póde attribuir-se aos documentos particulares, em que haja o reconhecimento por semelhança, ou seja só da assignatura, ou seja da letra e da assignatura, e até no caso em que o notario certifique que a assignatura foi feita na sua presença, a força probatoria dos documentos authenticos, porque a lei só a attribue aos documentos que hajam sido reconhecidos pelas partes ou havidos judicialmente como reconhecidos, e só o reconhecimento authentico se considera como um reconhecimento feito pelas partes (1). Acresce que nos reconhecimentos por semelhança não ha, embora as partes estejam presentes e o notario assim o certifique, a declaração, feita pelas partes e authenticada pelo notario, de que o documento lhes pertence, e portanto tal reconhecimento não envolve uma confissão.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVIII, pag. 566.

O reconhecimento por semelhança, sendo exacta esta doutrina, apenas constitue uma formalidade necessaria para a existencia do negocio juridico ou para que os documentos possam produzir certos effeitos, não lhes dando força probatoria plena, e podendo portanto contestar-se por qualquer meio de prova a existencia dos actos juridicos a que taes escriptos respeitam e o conteúdo desses escriptos, sem que seja necessario para tal effeito allegar a falsidade do reconhecimento, erro, dolo ou violencia. Pelo reconhecimento por semelhança não se authentica o documento; tal reconhecimento apenas constitue uma presumpção de authenticidade, a qual póde ser illidida por qualquer prova em contrario.

E, a respeito de reconhecimentos necessarios para que os documentos produzam certos effeitos, cumpre-nos notar que os actos dos notarios do continente do reino e ilhas adjacentes devem ser legalizados para produzirem effeito fóra das comarcas em que esses notarios exercem os seus logares, consistindo a legalização no reconhecimento por semelhança da assignatura do notario por um notario da comarca ou concelho onde o acto deve produzir effeitos. Os actos, que produzam effeitos em qualquer comarca e que ahi sejam apresentados em alguma repartição publica ou junctos a algum processo, não necessitam de legalização, quando forem enviados officialmente a outros notarios ou em recurso (regul. de 14 de setembro de 1900, art. 85.º §§ 1.º e 2.º).

Neste regulamento resalva-se (art. cit., § 3.º) a legislação em vigor sobre a legalização dos documentos passados nas provincias ultramarinas, sendo este assumpto regulado pela lei de 24 de maio de 1837, que no artigo 1.º determina que o reconhecimento de qualquer assignatura, em papeis de interesse publico ou particular que passem do reino para as provincias ultramarinas ou destas para o reino, deve ser feito pela secretaria de Estado dos negocios da marinha e ultramar, e, nos termos do artigo 2.º, os juizes de direito, ou quem suas vezes

fizer, com os seus respectivos escrivães, exercem as attribuições que no reino pertencem á referida secretaria (1).

255. *Documentos passados em país estrangeiro.* Os documentos authenticos, passados em país estrangeiro na conformidade da lei desse país, farão prova no reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos nelle (art. 2430.º) (2). Esta disposição é uma applicação do principio consignado no artigo 24.º, pelo que respeita á lei reguladora da fórma externa dos actos em direito internacional.

A redacção daquelle artigo, sobretudo se a compararmos com o correspondente do projecto primitivo (art. 2800.º), e o seu assento no codigo podem levar, porém, á conclusão de que para os actos, que no país só podem provar-se por documento authentico, é este necessario, embora se tenham realizado em país estrangeiro. Entendido assim, o artigo 2430.º envolveria uma limitação da regra consignada no artigo 24.º, tornando-se desnecessarias as disposições consignadas nos artigos 1085.º, 1106.º e 1961.º.

Tem-se interpretado, porém, as palavras *como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos nelle,* não como respeitantes ás formalidades externas, mas ao objecto do acto e ás disposições de ordem publica interna ou internacional a elle relativas. É assim que por um testamento, embora formulado em harmonia com as leis do país onde foi feito, não póde estabelecer-se uma instituição vincular em Portugal.

Para se determinar se o documento é authentico, deve attender-se á lei do logar onde foi celebrado.

O codigo de processo civil determina (art. 213.º) que os

(1) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 17 de janeiro de 1904, no *Direito*, vol. XXXI, pag. 239, e a *Revista dos tribunaes*, vol. XXII, pag. 221.

(2) Veja-se o artigo 89.º e § unico do regulamento consular de 24 de dezembro de 1903.

documentos escriptos em lingua estrangeira, tanto os feitos no país como fóra delle, só poderão ser attendidos quando vierem acompanhados de traducção authenticada pelo consul da respectiva nação, e, se esses documentos forem expedidos por auctoridades estrangeiras, só terão validade quando estiverem visados pelo funccionario diplomatico ou consular português da respectiva nação e reconhecida a assignatura deste no ministerio dos negocios estrangeiros. Se no reino não houver consul, será o documento traduzido por peritos.

No regulamento consular de 24 de dezembro de 1903 preceitua-se (artt. 15.º e 90.º) que os documentos enviados do estrangeiro devem ser legalizados pelo competente funccionario português, e a assignatura deste deve ser reconhecida no ministerio dos negocios estrangeiros (decr. de 24 de dezembro de 1901, art. 22.º n.º 2.º, e regul. de 13 de fevereiro de 1902, art. 9.º § 4.º).

Pelo decreto de 4 de agosto de 1881, que declarou em vigor o codigo de processo civil nas provincias ultramarinas, o reconhecimento da assignatura da auctoridade consular na India inglêsa será feito pelo secretario geral do governo do Estado da India (art. 13.º), sendo esta disposição apenas applicavel aos documentos que da India inglêsa forem para o mesmo Estado da India e ahi produzirem os seus effeitos (1).

Pelo decreto de 4 de janeiro de 1906 o secretario geral do governo de Moçambique foi auctorizado a reconhecer as assignaturas dos consules e agentes consulares portuguêses na Africa do Sul, Zanzibar e India Inglêsa, nos documentos destinados a ter effeito na referida provincia, confirmando-se por esse decreto as portarias de 16 de agosto de 1902 e 31 de dezembro de 1903, cuja validade não havia sido reconhecida

(1) Veja-se o bem elaborado accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de agosto de 1903, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVIII, pag. 280.

pelos tribunaes (1); e por portaria de 1 de fevereiro de 1908 determinou-se que as assignaturas das auctoridades consulares de Portugal na Europa e nos Estados Unidos da America do Norte, nos documentos que tenham de servir na referida provincia, sejam reconhecidas pelos consules geraes de Portugal no Cabo da Boa Esperança e em Johannesburgo, legalizando depois o secretario geral do governo da provincia as destes funccionarios consulares.

256. *Das testemunhas instrumentarias.* Nos documentos tanto authenticos como particulares devem intervir, sempre que a lei o exija, testemunhas; e, attenta a força probatoria desses documentos que, sendo authenticos ou legalizados, não admittem prova testemunhal contra ou além do seu conteúdo, salvo, no primeiro caso, sendo arguidos de falsidade, e, no segundo, de falsidade, erro, dolo ou violencia, foi a lei mais rigorosa na determinação das pessoas que podem ser testemunhas instrumentarias, do que na das que o podem ser sobre qualquer outro facto relativamente ao qual a lei admitta prova testemunhal, cuja força probatoria fica dependente do prudente arbitrio do juiz.

É no artigo 2492.º, com referencia ao artigo 1966.º, que se declara especialmente quaes as pessoas que não podem ser testemunhas instrumentarias, sendo essa disposição applicavel tanto aos documentos authenticos como aos particulares e aos reconhecimentos, como já se deprehendia do disposto no artigo 2492.º e da epigraphe da respectiva secção, e se acha expressamente consignado no regulamento de 14 de setembro de 1900, artigo 68.º § 2.º, que tambem applica o disposto no artigo 1966.º do codigo civil aos interpretes, abonadores e ás pessoas que assignem a rogo, esclarecendo assim as duvidas que a este respeito havia na nossa jurisprudencia.

(1) Veja-se o accordão citado na nota anterior.

Parece-nos, porém, que o facto de nas disposições citadas se declarar quem não póde ser testemunha instrumentaria, sem se fazer referencia alguma ao artigo 2511.º, em que se determina quaes as pessoas que por disposição da lei não podem testemunhar em juizo, não obsta a que as pessoas especificadas neste artigo, e não enumeradas no artigo 1966.º, se devam considerar inhabeis para intervir como testemunhas em documentos, nos casos em que essa inhabilidade resulta do interesse no acto juridico e das relações de familia.

Fundamentando a nossa opinião, começaremos por notar que não póde deixar de reconhecer-se que o legislador incorreria numa inexplicavel incoherencia se, exigindo mais requisitos nas testemunhas instrumentarias do que nas testemunhas que podem depôr sobre qualquer facto em juizo, considerasse todavia habil para testemunha instrumentaria, quem o não é para depôr em juizo. E dependendo em alguns casos, como na hypothese do artigo 2433.º, a força probatoria do documento do depoimento das testemunhas em juizo, esses documentos ficariam sem valor algum, não constituindo principio de prova, se nelles interviesse quem não fosse habil para depôr na causa.

A distincção que o codigo, em harmonia com a nossa antiga legislação, faz entre testemunhas instrumentarias e testemunhas em juizo, deriva de que nem todas as pessoas que podem depôr em juizo podem ser testemunhas instrumentarias, e o facto de os artigos 1966.º e 2492.º, do mesmo modo que o artigo 68.º § 2.º do decreto de 14 de setembro de 1900, não se referirem expressamente aos artigos 2509.º–2511.º do codigo civil, não significa que essas disposições não devam ser combinadas entre si. É indubitavel que as testemunhas que intervêem nos documentos representam, sempre que a lei exija essa intervenção, um elemento necessario para que os documentos tenham força probatoria, e não se lhes póde attribuir tal força, desde que essas testemunhas não possam attestar o facto de que nesse

documento se tracta. É assim que COELHO DA ROCHA dizia que «as testemunhas dos testamentos devem, *assim como em qualquer outro negocio*, ser capazes de advertir e *attestar, se fôr necessario*, a celebração deste acto, e não ser excluidas por lei» (1). Seria realmente incomprehensivel que, em juizo, se tivesse de attribuir força probatoria plena a um documento em que duas testemunhas attestam a existencia dum determinado facto juridico, quando a lei as inhiba de deporem em juizo sobre o mesmo facto.

O artigo 2509.º declara, em termos amplos, que podem ser testemunhas todas as pessoas de um e outro sexo, que não forem inhabeis por incapacidade natural ou por disposição da lei, e o facto de nos n.ºs 1.º–4.º do artigo 2511.º se falar em *causas*, facto que se explica pela presuppposição de que as provas se produzem em juizo, não póde considerar-se argumento de valor para demonstrar que este artigo só se refere ás testemunhas que tenham de depôr em juizo, porque os documentos, cuja força probatoria depende da intervenção de testemunhas, representam uma prova preconstituida, destinada a ser apresentada em juizo sempre que sejam contestados os factos a que esses documentos respeitam.

Acresce ainda que as testemunhas instrumentarias não são (2), nem deviam ser, inhibidas de depôr em juizo sobre os factos constantes do documento, depoimento que se tornará muitas vezes necessario quando elle seja arguido de falsidade, e se, contra a doutrina que admittimos, se considerasse que póde ser testemunha instrumentaria quem não póde depôr em juizo, faltaria esse meio para apuramento da verdade.

Escusado será notar, porque isso se deduz do modo por que

(1) *Instituições de direito civil*, vol. II, § 688.

(2) Veja-se o substancioso accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de junho de 1906, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIX, pag. 92.

deduzimos a doutrina exposta, que esta não se funda na analogia, que, tractando-se de disposições de caracter excepcional, seria inadmissivel.

Para se determinar quem póde ser testemunha instrumentaria deve, pois, attender-se não só ao disposto no artigo 1966.º mas nos artigos 2509.º–2511.º, em que se declara quaes as pessoas que podem ser testemunhas em juizo, relativamente aos factos acerca dos quaes a lei admitte prova testemunhal. É assim que não póde ser testemunha instrumentaria qualquer das pessoas enumeradas no artigo 2510.º e nos n.ºs 1.º–4.º do artigo 2511.º, e, além dessas, as que se acham referidas no artigo 1966.º, as quaes, logo que não estejam comprehendidas naquelles artigos, podem ser testemunhas sobre qualquer outro facto (1).

Tractaremos aqui apenas das pessoas que são especialmente inhibidas de ser testemunhas instrumentarias. A doutrina dos artigos 2509.º–2511.º será exposta quando tractarmos da prova testemunhal.

Não podem ser testemunhas instrumentarias (art. 1966.º):

1.º Os estrangeiros. Não deveriam ser comprehendidos nesta disposição os que tenham domicilio em Portugal, e póde hoje considerar-se como jurisprudencia assente a que não considera

(1) Veja-se sobre este assumpto a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVI, pagg. 390 e 471, e vol. XXXVII, pag. 39, sendo publicada neste uma consulta da Associação dos advogados de Lisboa, em que aquella distincta corporação seguiu, por unanimidade, doutrina contraria á que sustentamos, e que é tambem a que a *Revista* defende nos logares citados.

O notario TAVARES DE CARVALHO, nos *Serviços do notariado português*, segue, a pag. 126, a mesma doutrina que a Associação dos advogados, dizendo que os que sustentam a doutrina de que não póde ser testemunha instrumentaria quem não póde ser testemunha em juizo não citam disposição alguma de lei. Tal affirmação afigura-se-nos completamente destituida de fundamento.

nullo um instrumento pelo facto de nelle intervir como testemunha um estrangeiro, quando por erro geral e commum seja considerado português (1);

2.º as mulheres. Esta excepção, que só poderia fundar-se na sua pretendida incapacidade ou inexperiencia, não tem justificação;

3.º os que não estiverem em seu perfeito juizo;

4.º os menores não emancipados ao tempo em que é feito o documento;

5.º os surdos, os mudos, os cegos e os que não entenderem a lingua em que fôr escripto o documento;

6.º os filhos e os amanuenses do notario que exarar o documento ou nelle intervier, attenta a influencia que sobre elles póde exercer o notario;

7.º os declarados por sentença incapazes de serem testemunhas. Pelo codigo penal de 1852 (art. 57.º), a perda dos direitos politicos, ou como pena principal, ou como effeito de outra pena, produzia a incapacidade de ser testemunha em qualquer acto solemne ou authentico. A nova reforma penal,

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de fevereiro de 1901, na *Collecção official* anno de 1900-1901, pag. 179.

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA segue opinião contraria, dizendo ser «applicavel á especie antes o artigo 656.º do que o artigo 664.º que a julgar pela sua collocação se refere tambem não ás formalidades externas nem á capacidade das pessoas que devem figurar no titulo, e sim ao objecto dos contractos ou antes ao *consentimento* nos contractos, e que em todo o caso, se é applicavel aos contractos, não é applicavel aos testamentos. Portanto a intervenção de testemunha instrumentaria comprehendida nas exclusões do artigo annulla radicalmente o acto juridico ou se soubesse ou se ignorasse o defeito da testemunha». *Codigo civil português annotado*, tomo III, 2.ª ediç., pagg. 476 e 477.

Não nos parece acceitavel esta doutrina. Nem a redacção nem a collocação do artigo 664.º auctorizam a distincção feita pelo illustre commentador, que é doutrinalmente inadmissivel.

approvada por lei de 14 de junho de 1884, revogou (artt. 81.º–87.º) aquella disposição, que foi indevidamente inserida no artigo 79.º do codigo penal de 1886, não se comprehendendo hoje nos effeitos da suspensão de direitos politicos a incapacidade de ser testemunha instrumentaria.

257. *Dos vicios que podem illidir a força probatoria dos documentos; razão d'ordem.* Como vimos, os documentos authenticos, tanto os officiaes como os extraofficiaes, fazem prova plena, tanto entre as partes como relativamente a terceiros, quanto aos factos que nelles se mencionam e sejam certificados pelo official publico como havendo sido passados na sua presença, salvo quando haja offensa dos direitos de terceiros.

Essa força probatoria está, porém, dependente de nesses documentos se haverem observado todas as formalidades que a lei exige na sua feitura, podendo ser annullados e portanto illidida a sua força probatoria, quando falte algum desses requisitos (art. 2493.º). Independentemente da falta de alguma das formalidades exigidas por lei, os documentos authenticos tambem podem ser arguidos de falsidade, admittindo-se, para a provar, qualquer especie de prova, e, sendo julgada procedente a arguição de falsidade, fica illidida a força probatoria do documento (art. 2493.º).

Determina o codigo civil, em primeiro logar, quaes são as formalidades de cuja inobservancia resulta a nullidade dos documentos authenticos, definindo em seguida em que consiste a sua falsidade. As disposições respeitantes á falsidade dos documentos authenticos são communs aos officiaes e extraofficiaes; as respeitantes á nullidade são diversas.

Tractaremos em primeiro logar da nullidade dos documentos.

258. *Condições para a validade dos documentos authenticos.* Relativamente aos documentos authenticos officiaes, a nullidade

resulta da sua falta de conformidade com as disposições das leis e regulamentos, que determinam o modo como devem ser exarados e expedidos (art. 2494.º).

É a proposito de cada uma das especies desses documentos que se tem de determinar as formalidades de que devem ser revestidos, occupando-se deste assumpto o codigo civil pelo que respeita ao registo do estado civil e ao predial, o codigo de processo civil relativamente aos actos judiciaes, as leis politicas e administrativas pelo que respeita aos documentos emanados do Estado e das corporações publicas, etc.

Quanto aos documentos authenticos extraofficiaes, determina o codigo civil quaes são os requisitos que se exigem na sua feitura, cumprindo-nos notar desde já que as disposições de que vamos tractar têem caracter geral, e que deve portanto attender-se, relativamente a cada documento, aos requisitos que sejam exigidos por disposições especiaes (art. 2495.º § unico).

Os requisitos que a lei exige nos documentos authenticos extraofficiaes são (art. 2495.º e decr. de 14 de setembro de 1900, art. 69.º):

1.º A competencia do official publico pelo que respeita ao objecto e ao logar (art. 2495.º n.º 1.º).

Considera-se official publico para exarar documentos authenticos extraofficiaes, ou nelles intervir, não só o notario, que é o funccionario publico, de nomeação regia e serventia vitalicia, que tem competencia para intervir em todos os actos extrajudiciaes que careçam de certeza e de authenticidade (decr. de 14 de setembro de 1900, art. 1.º), mas os funccionarios publicos ou administrativos e ainda os empregados de algumas sociedades a quem por lei é attribuida competencia especial para certificar actos juridicos, como os secretarios das camaras municipaes, a quem incumbe exercer as funcções do notariado em todos os actos e contractos em que as camaras municipaes sejam outorgantes (cod. administr., art. 109.º n.º 4.º), os secretarios dos estabelecimentos de credito predial, devida-

mente auctorizados, ou os officiaes dos mesmos estabelecimentos designados pelas direcções, aos quaes compete lavrar os documentos respeitantes aos contractos com os mesmos estabelecimentos, que valem como escripturas publicas (decr. de 7 de janeiro de 1876, art. 2.º).

A incompetencia do official publico, da qual deriva a nullidade do acto, póde dar-se tanto em razão da materia, em virtude de elle não ter attribuição conferida por lei para exarar o acto, ou nelle intervir, como em razão do logar, pelo acto ser celebrado fóra da circumscripção territorial onde elle exerce as suas funcções.

Os notarios das sédes das comarcas exercem as respectivas attribuições em toda a sua area, os das sédes dos concelhos na area destes e os dos outros logares sómente na area da respectiva circumscripção (decr. de 14 de setembro de 1900, art. 5.º). Fóra dessa area não têem os notarios competencia para exercer as suas funcções, mas, dentro della, podem intervir nos actos juridicos effectuados por quaesquer pessoas. Os notarios só podem exercer as suas funcções fóra do respectivo cartorio, quando para esse fim sejam requisitados pelas partes, do que deverá fazer-se expressa menção no documento (decr. de 14 de setembro de 1900, art. 35.º § 1.º).

O notario só póde começar a exercer as suas funcções desde que tome posse (decr. cit., artt. 20.º e 21.º), e esse exercicio deve cessar no dia immediato áquelle em que chegar á localidade, onde tiver o seu cartorio, o numero do *Diario do governo* que publique a sua destituição, demissão, suspensão ou transferencia, ou em que lhe seja intimado qualquer despacho de pronuncia (decr. cit., art. 47.º).

Quando o notario haja sido illegitimamente nomeado, como, por exemplo, se fôr nomeado um estrangeiro, os actos por elle realizados são validos até que seja destituido, e tambem se consideram validos os actos praticados pelos notarios que, embora não tenham titulo, sejam, em virtude dum erro geral e commum, considerados como notarios. É esta a doutrina que, baseando-se no artigo 664.º, tem seguido a nossa jurisprudencia, e a que mais se harmoniza com o interesse social, pois ha conveniencia em que se mantenham, nos termos em que foram feitas, as convenções que se celebraram de boa fé.

2.º Não ser o official publico interessado no acto em que intervem, quer o interesse seja seu, quer seja de seus ascendentes, descendentes, irmãos ou conjuge seu ou de algum delles (art. 2495.º n.º 2.º).

O docreto de 14 de setembro de 1900 determina, artigo 36.º n.ºs 2.º e 3.º, que o notario deve recusar a sua intervenção em todos os actos legaes da sua competencia para que seja requerido, se fôr parte ou interessado no acto, ou procurador ou representante de quem seja parte ou interessado, e quando forem partes ou interessados, ou procuradores ou representantes de quem seja parte ou interessado, sua mulher ou seus ascendentes, descendentes, irmãos, ou conjuge de algum delles.

Póde portanto o notario intervir nos actos em que sejam partes ou interessados os irmãos do seu conjuge.

Póde, porém, o notario intervir nos actos em que seja parte, ou interessada qualquer sociedade, de que sejam meros accionistas elle ou as pessoas referidas (decr. cit., art. 36.º § unico). Se forem, porém, representantes de qualquer corporação ou sociedade não podem intervir nos actos em que ellas sejam partes ou interessadas.

Pelo que respeita á nullidade do documento por ser interessado no acto o notario, devemos referir as disposições consignadas nos artigos 1772.º e 1773.º relativamente aos testamentos, as quaes não consideramos revogadas pelas disposições citadas do decreto de 14 de setembro de 1900, por se tractar duma excepção. Determina o artigo 1772.º que o testador não póde dispôr em favor do tabellião que lhe faça o testamento publico, ou auto de approvação do testamento cerrado, nem da pessoa que lhe escreva este, nem finalmente das testemunhas que

intervenham no testamento publico ou no auto de approvação do testamento cerrado; e preceitua o artigo 1773.º que a referida disposição não produz a nullidade do testamento, mas só a das disposições testamentarias a que o mesmo artigo se refere.

Vê-se, pois, que não é absolutamente nullo, mas só na parte em que dispõe a favor do tabellião, o testamento publico ou auto de approvação do testamento cerrado em que elle intervém e é contemplado como herdeiro ou legatario.

Refere-se o artigo 1772.º, e portanto o artigo 1773.º, só ao tabellião que intervém no testamento, á pessoa que o escreveu e ás testemunhas, donde parece dever inferir-se que é absolutamente nullo o testamento em que haja alguma disposição em favor dos ascendentes, descendentes, irmãos ou conjuge seu ou de algum delles, attento o caracter das disposições consignadas nos artigos 1772.º e 1773.º e a regra formulada no artigo 2495.º n.º 2.º. Entendemos, porém, que as palavras *em favor do tabellião* abrangem todas as disposições em que elle é directa ou indirectamente contemplado, e portanto as que sejam relativas a seus ascendentes, descendentes, irmãos ou conjuge seu ou de algum delles, devendo ainda notar-se que o artigo 1783.º considera interpostas pessoas os ascendentes, descendentes ou consortes dos inhabeis, e inhabil fica sendo para succeder, pelo facto de escrever o testamento publico ou auto de approvação do testamento cerrado, o notario (1). É esta a doutrina mais conforme ao espirito da lei, e que a letra desta não contradiz de fórma tal, que a não devamos acceitar (2).

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1908, na *Jurisprudencia dos tribunaes em ultima instancia*, vol. XII, pag. 626.

(2) Veja-se em sentido contrario o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado*, 2.ª ediç., nota ao artigo 1773.º.

3.º A indicação do dia, mês, anno e local em que o documento fôr assignado, com a designação da casa, quando não seja a do cartorio do notario (art. 2495.º n.º 3.º, e decr. cit., art. 69.º n.º 10.º).

4.º A assignatura, no fim do documento, dos outorgantes, ou de outras pessoas a seu rogo, quando aquelles não saibam ou não possam assignar, e a dos abonadores, interpretes e testemunhas, devendo o documento conter os nomes por inteiro de todos elles, estados, profissões e moradas (1), e a declaração que os outorgantes façam de que não sabem ou não podem assignar (art. 2495.º n.ºs 4.º e 5.º, e decr. cit., art. 69.º n.º 11.º).

Nos documentos authenticos extraofficiaes deverão intervir duas testemunhas, ou mais, quando por lei fôr exigido maior numero (artt. 2495.º n.º 5.º, e decr. cit., art. 68.º § 1.º).

Só podem ser interpretes, abonadores ou assignar a rogo nos documentos authenticos extraofficiaes, nos documentos particulares e em reconhecimentos, as pessoas que podem ser testemunhas em testamentos nos termos do artigo 1966.º do codigo civil, e ninguem póde intervir no mesmo documento com mais do que uma das qualidades referidas, á excepção dos abonadores, que podem ser testemunhas instrumentarias (decr. cit., art. 68.º § 2.º). Nos testamentos publicos e autos de approvação de testamentos cerrados, quando sejam assignados a rogo do testador, a pessoa que assigna é tambem testemunha instrumentaria (artt. 1916.º, 1920.º e 1922.º).

Nestes documentos, do mesmo modo que nos particulares, quando a lei exija que sejam assignados por testemunhas, não se admitte assignatura de cruz, salvo nos casos em que a lei expressamente o declare. A lei, sempre que fala em *assi-*

(1) A palavra *morada* significa o mesmo que *residencia*, não se tornando necessaria a indicação do numero da casa e do nome da rua. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIX, pag. 613, e vol. XL, pag. 36.

gnatura, toma esta palavra no mesmo sentido — o nome por extenso, tanto em relação ás partes como ás testemunhas, e em relação áquellas nunca se admitte a assignatura de cruz, tendo o documento de ser assignado a rogo, quando a parte não saiba ou não possa escrever.

Pelo artigo 2495.º n.º 4.º só tornava nullo o documento a falta de assignatura das partes ou de outras pessoas a seu rogo. Pelo regulamento de 14 de setembro (art. 69.º n.º 6.º), o documento deve conter a declaração feita pelas partes de que não sabem ou não podem assignar, podendo assim sustentar-se que será nullo, attenta a natureza das disposições consignadas no artigo 2495.º e no citado artigo 69.º, o documento em que o notario não certifique haver sido declarado pelas partes que não sabem ou não podem assignar (1).

Quando varios outorgantes não saibam ou não possam escrever, assignarão pelo menos tantas pessoas a rogo, quantas forem as ordens de interesses differentes que representem (decr. cit., art. 68.º § 3.º) (2).

5.º O reconhecimento da identidade dos outorgantes, pelo conhecimento pessoal do notario, ou pela declaração de dois abonadores deste conhecidos (art. 2495.º n.º 6.º, e decr. cit., art. 69.º n.º 7.º).

6.º A menção das procurações, se o acto fôr celebrado por

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XI., pagg. 69 e 109.

(2) Discutiu-se, antes da publicação do decreto de 14 de setembro de 1900, se deviam assignar a rogo tantas pessoas quantos fossem os outorgantes, ou se por todos os que tivessem identico interesse no negocio juridico podia assignar uma só. Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. II, pag. 532 e vol. VI, pag. 581; o *Direito*, vol. III, pag. 423, vol. VI, pag. 362, vol. VII, pag. 82, vol. X, pag. 362, e vol. XII, pag. 98; Dr. Neves e Castro, *obr. cit.*, pagg. 224-227; Conselheiro Dias Ferreira, *obr. cit.*, 1.ª ediç., tomo V, pag. 202.

procurador, e mais documentos relativos ao acto (art. 2495.º n.º 7.º, e decr. cit., art. 69.º n.º 5.º).

O notario não admittirá a intervir nos actos notariaes mandatario, cujo mandato conste de copia cujo original não exista em archivo publico (decr. cit. art. 69.º § 2.º).

7.º A resalva, antes das assignaturas, das emendas, entrelinhas, traços e rasuras que tiverem occorrido (art. 2495.º n.º 8.º, e decr. cit., art. 69.º n.º 8.º). Na nossa jurisprudencia anterior ao codigo civil, entendia-se que os vicios externos — cancellação, rasura, riscadura e entrelinha, só annullavam os documentos, quando fossem feitos em parte substancial (1). Nem o codigo civil nem o regulamento de 14 de setembro fazem, porém, distincção, parecendo assim que qualquer emenda, entrelinha ou rasura, embora sejam feitas em parte do documento em que se não contenham indicações necessarias para a sua validade ou declarações das partes relativas ao objecto do negocio juridico, e até simples traços por que se risquem palavras escriptas inadvertidamente, são motivo de nullidade do documento, se não forem resalvados.

O Dr. Neves e Castro sustenta todavia «que nenhuma razão ha, para que se considere nullo todo o documento, quando o vicio é só em parte que não altera a substancia do acto e que nenhum prejuizo póde causar ás partes. Comquanto seja principio de direito, que as leis devem ser entendidas sem distincção quando a sua disposição é generica, tambem deve attender-se a que tudo o que é comprehendido no seu espirito deve considerar-se como escripto na sua letra, porque quando cessa a razão da lei cessa a sua disposição. Devemos portanto considerar nullo todo o documento só quando as faltas de que se tracta forem em parte substancial» (2).

(1) Veja-se Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre processo civil*, nota 474.

(2) *Obr. cit.*, pag. 240.

8.º O nome por inteiro do notario, a indicação desta qualidade e do cartorio e a sua assignatura e signal publico (art. 2495.º n.º 9.º, e decr. cit., art. 69.º n.ºs 1.º e 12.º).

9.º A menção da leitura pelo notario, em voz alta, do documento aos outorgantes na presença das testemunhas, e da leitura, quando seja obrigatoria, por qualquer dos outorgantes ou por alguem a seu rogo (decr. cit., art. 69.º n.º 9.º). O codigo só exigia esta declaração em casos especiaes (artt. 1914.º, 1918.º, 1922.º § 1.º), sendo só nestes casos que se não considerava valido o documento em que se não fizesse menção expressa de que havia sido lido em voz alta perante os outorgantes e as testemunhas.

A leitura pelos outorgantes ou por alguem a seu rogo é obrigatoria nos casos especificados no artigo 75.º do referido decreto, o qual determina que, se fôr inteiramente surdo um dos outorgantes, mas souber e puder lêr, deve ler o documento em voz alta, e, não sabendo ou não podendo fazer a leitura, designará quem o ha de ler em seu logar, na presença das testemunhas, fazendo-se de tudo menção (1); que, se o

(1) Como a leitura tem de ser feita na *presença das testemunhas*, parece que não póde ser indicada para a leitura nenhuma destas. As duvidas que a este respeito suscitou o artigo 1917.º do codigo civil, não só não foram esclarecidas pelo regulamento de 24 de setembro, mas, ampliando-se o preceito nelle exarado, com algumas modificações, a todos os documentos authenticos extraofficiaes, redigiu-se a respectiva disposição de fórma que levanta a mesma duvida.

Em relação aos cegos, não se exige no § 2.º que a designação do leitor e a leitura sejam feitas na presença das testemunhas. Entendemos, porém, que o referido § se deve subordinar ao corpo do artigo, pois estabelecem-se nelle apenas as formalidades especiaes que devem observar-se pelo facto de ser cego um dos outorgantes.

Sendo assim, as testemunhas nunca podem ler os documentos nas hypotheses previstas no artigo 75.º e § 2.º. É esta a doutrina que, attenta a natureza da disposição nelle consignada, se deve observar na pratica.

Podem, porém, os abonadores e interpretes, e as pessoas que assignam a rogo das partes, exceptuados os testamentos, em que são tambem testemunhas instrumentarias, ler o documento, porque a lei não prohibe (art. 68.º § 2.º) que accumulem essas funcções, devendo no documento mencionar-se a intervenção que nelle tiveram.

Veja-se sobre este assumpto TAVARES DE CARVALHO, *Serviços do notariado portuguès*, pagg. 158 e 165, e as obras por elle citadas.

mudo (1) ou surdo mudo souber e puder ler e escrever, deve declarar por escripto no documento, antes das assignaturas, que o leu e reconheceu conforme á sua vontade; e que, quando um dos outorgantes fôr cego, será o documento lido sempre duas vezes, uma pelo notario e outra pela pessoa que o mesmo outorgante designar, fazendo-se de tudo menção.

10.º A menção do juramento dos interpretes perante o notario, dos motivos que determinaram a intervenção dos mesmos, do modo como receberam a declaração da vontade dos outorgantes, e como lhes transmittiram o conteúdo do documento (decr. cit., art. 69.º n.º 4.º).

A intervenção de interpretes tem logar quando algum dos outorgantes não conheça a lingua portuguêsa. Os interpretes são escolhidos pelo outorgante, e transmittem a declaração da vontade ao notario e a traducção do documento aos mesmos outorgantes. Nestes documentos, o original português será sempre acompanhado da traducção ou traducções feitas pelos interpretes na lingua ou linguas que os outorgantes falarem, sendo o original e a traducção escriptos ao lado um do outro, dividindo-se as paginas, para este effeito, em columnas; e ambos serão assignados nos termos já referidos (decr. cit., art. 74.º).

Além dos requisitos mencionados, os documentos authenticos extraofficiaes devem conter quaesquer outros que sejam exigidos por lei em casos especiaes (art. 2495.º § unico e decr.

(1) No artigo 75.º § 1.º diz-se, em virtude de erro, *surdo*. Veja-se TAVARES DE CARVALHO, *obr. cit.*, pag. 159.

cit., art. 69.º § 1.º). É assim que nos testamentos publicos e no auto de approvação dos testamentos cerrados têem de intervir cinco testemunhas, exigindo-se ainda outras formalidades, de que no logar conveniente tractaremos.

Sendo as disposições em que se determinam as formalidades necessarias para a realização dos negocios juridicos de interesse publico, parece que invalidará os documentos authenticos extraofficiaes não só qualquer dos factos que se acham especificados no artigo 2495.º, em que expressamente se estabelece a nullidade, mas ainda a falta de observancia das formalidades decretadas no regulamento de 14 de setembro de 1900, e que não eram exigidas pelo codigo civil. A applicação rigorosa deste decreto sob esse ponto de vista poderá, porém, ter como consequencia a annullação de negocios juridicos, cuja veracidade seja incontestavel (1).

259. *Falsidade dos documentos.* A *falsidade* do documento consiste quer na supposição delle, quer na supposição das pessoas que nelle são mencionadas, como partes ou como testemunhas, quer em se mencionar como praticado no acto da sua celebração algum facto que realmente não se deu, quer na viciação da data, contexto ou assignaturas do documento (art. 2496.º).

A falsidade distingue-se da nullidade do documento, de que acabamos de tractar, em que esta respeita aos requisitos ou formalidades que os documentos devem conter, e a falsidade consiste em se não terem verificado os requisitos, formalidades ou quaesquer circumstancias que formam o conteúdo desses documentos. Assim, o testamento em que o tabellião declare que se certificou de que o testador estava em seu perfeito juizo, ou que compareceu no seu cartorio, se realmente o tabellião não se certificou do estado mental do testador, ou se este não compareceu no logar onde o testamento foi feito ou lavrado o auto de approvação, é falso, mas não poderá ser arguido de nullidade, quando não lhe faltem os requisitos exigidos por lei.

(1) Veja-se a este respeito a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XL, pagg. 322 e 337.

A falsidade póde resultar de uma falsificação ou alteração total ou parcial do documento, que póde ser reconhecida ou provada por meio de exame do proprio documento, ou dar-se pela alteração na substancia de qualquer acto ou nas declarações que formam o seu conteúdo. A primeira chama-se *material;* a segunda *intellectual.*

É *intellectual* a falsidade do documento que consiste na supposição das pessoas nelle mencionadas, ou de qualquer facto que delle conste, quando não haja viciação alguma do escripto. É *material* a falsidade que se dá pela supposição total do documento, não sendo escripto pela pessoa que nelle se declarou havê-lo feito, e pela viciação da data, contexto ou assignaturas.

A falsidade do documento tem de ser allegada e provada, sendo para esse fim admissivel qualquer especie de prova. Para a falsidade material, a prova principal é o exame. Póde, porém, o juiz declarar falso um documento que no parecer dos peritos seja verdadeiro, quando por outros meios de prova se convença dessa falsidade (1).

Relativamente aos documentos anteriores ao seculo XVI, basta que a sua authenticidade seja contestada em juizo, para que não possam ser recebidos como meio de prova, sem previo exame diplomatico feito na Torre do Tombo, do qual resulte o reconhecimento da dicta authenticidade. Este exame será

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVII, pagg. 43 e 72.

ordenado pelo guarda-mór do archivo, em virtude de requisição do juizo onde o documento tiver sido apresentado (art. 2497.º e § unico, e cod. de proc. civ., art. 214.º § unico).

Esta disposição, que é applicavel a todos os documentos anteriores ao seculo XVI, basêa-se em que para distinguir, relativamente a esses documentos, os verdadeiros dos falsos, são necessarios conhecimentos technicos ou especiaes.

A falsidade dos documentos tanto se póde dar nos authenticos como nos particulares.

260. *Dos traslados, certidões e publicas fórmas; noções. Traslados* e *certidões* são as copias integraes extraidas na devida fórma dos documentos originaes, quando esses documentos estejam archivados no cartorio do notario ou em qualquer repartição publica (art. 2498.º e decr. de 14 de setembro de 1900, art. 76.º § 1.º). São documentos *originaes* os authenticos que sejam exarados e expedidos pelas competentes auctoridades e os exarados por official publico ou com a sua intervenção exigida por lei e assignados pelas partes, e os particulares que sejam escriptos ou assignados pelas proprias pessoas em cujo nome são feitos.

Os documentos originaes podem ser exarados em livros para esse fim destinados ou ficar avulsos. As copias que se extraiam delles, quando para esse fim sejam apresentados pelas partes, e as dos traslados e certidões têem a designação de *publicas fórmas.*

Quando nos documentos originaes se fizer menção de procurações, nos termos do artigo 2495.º n.º 7.º, as copias dellas seguir-se-hão immediatamente aos traslados, sem o que estes não terão fé (art. 2499.º). Essas procurações constituem um meio indispensavel para se verificar se o mandatario tinha poderes para realizar o acto a que o documento respeita e se portanto fica por elle obrigado o mandante. No artigo 82.º do regulamento de 14 de setembro de 1900 preceitua-se que, quando nos actos exarados nos livros de notas se fizer menção de procurações, substabelecimentos, ou outros documentos, que devam ficar archivados, serão sempre copiados nos traslados ou certidões dos mesmos actos.

261. *Força probatoria dos traslados, certidões e publicas fórmas.* Pelo que respeita á força probatoria dos traslados e certidões, dispõe o artigo 2498.º que, sendo elles extraidos na devida fórma, terão a mesma força probatoria que os originaes dos documentos authenticos, donde forem extraidos, e no artigo 2501.º determina-se que os traslados ou certidões dos documentos originaes authenticos 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 extraofficiaes, 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 epoca em que tiverem sido passados.

É necessario, pois, para se verificar qual a força probatoria dos traslados e certidões, ter em vista a lei que regula a fórma por que devem ser passados, a qual é diversa conforme se tracta de documentos authenticos officiaes ou extraofficiaes, sendo a daquelles determinada no direito politico e administrativo, no codigo civil e de processo civil, etc., e a destes no decreto de 14 de setembro de 1900. Quando os documentos não sejam passados na devida fórma não têem força probatoria plena, e não é por isso necessario allegar a suspeita da sua falsidade para que sejam confrontados com o original donde foram extraidos.

Quando, porém, os traslados e certidões tenham sido passados com as devidas formalidades, mas haja suspeita de

falsidade, poderão os interessados requerer que elles sejam confrontados com os originaes na sua presença (art. 2500.º).

As publicas fórmas só farão prova, sendo extraidas com citação da parte contra a qual forem apresentadas, ou offerecendo-se o apresentante a exhibir os documentes donde forem extraidas, logo que isso seja requerido pelos interessados (art. 2501.º § unico). Qualquer dos requisitos é sufficiente para que as publicas fórmas fiquem tendo a mesma força probatoria que os documentos donde sejam extraidas. Quando haja suspeita de falsidade, podem os interessados requerer, nos termos do artigo 1500.º, que a publica fórma seja confrontada com o original(1).

262. *Reforma dos documentos extraviados ou perdidos.* No artigo 2429.º declara-se que os instrumentos que se extraviarem ou perderem poderão ser reformados judicialmente.

Este artigo foi inserido na secção em que se tracta dos documentos authenticos, e não ha disposição correspondente na secção relativa aos documentos particulares. O codigo de processo civil, porem, preceituando (art. 586.º) que na reforma dos instrumentos observar-se-hão os termos do processo ordinario, não faz distincção entre documentos authenticos e particnlares. E, se attendermos á razão do disposto no artigo 2429.º facil será verificar que este artigo não póde deixar de se applicar tambem aos documentos particulares (2).

(1) Vejam-se os accordãos da Relação de Lisboa de 7 de junho de 1870, no *Direito*, vol. II, pag. 528, e do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 1906, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. XX, pag. 618. Neste accordão julgou-se que a publica fórma, embora extraída sem citação da parte contraria e produzida sem que o apresentante se offerecesse a exhibir o documento donde foi extraída, faz prova se não se requerer o confronto e por elle se não provar a falsidade.

(2) Veja-se o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil annotado*, tomo II, pag. 101.

No codigo commercial estabelece-se (art. 484.º) que as letras, acções, obrigações e mais titulos commerciaes transmissiveis por indosso, que tiverem sido destruidos ou perdidos, podem ser judicialmente reformados a requerimento do respectivo proprietario, justificando o seu direito e o facto que motiva a reforma, havendo para esse fim um processo especial (cod. de proc. comm., artt. 142.º-148.º).

Essa razão consiste principalmente em não se poder substituir, nos casos em que a lei exige como formalidade necessaria para a existencia do negocio juridico a manifestação da vontade por escripto, esse meio de prova por qualquer outro; se, perdido ou extraviado o documento, os interessados não pudessem, provado esse facto e quando a lei não admitta, em attenção a elle, outras especies de prova, demonstrar em juizo a realização do negocio juridico, perderiam irremediavelmente os direitos de que em virtude delle se tornaram titulares.

Para que se dê a reforma do instrumento é necessario provar-se a sua perda ou extravio, e essa reforma deve ser feita em harmonia com os factos que se allegarem e provarem no processo, sendo admissivel, para esse effeito, quaesquer meios de prova. As copias que hajam sido extraídas, e que, em virtude de se não puderem confrontar com o original, não tenham força probatoria, constituirão um meio de prova que ficará no prudente arbitrio do juiz. As reproducções photographicas que do escripto se hajam feito, e cuja força probatoria não está regulada na nossa legislação, poderão constituir um elemento de grande valor para a reforma dos documentos extraviados ou perdidos.

§ 52 — *Do juramento*

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil português annotado*, 1.ª ediç., tomo V, notas aos artigos 2520.º–2534.º; DR. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, pag. 349; LESSONA, *Teoria delle prove*, tomo II, liv. III; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 657.

263. *O que é juramento e suas especies. Juramento,* como meio de prova, é a affirmação solemne que a parte faz, invocando a propria Divindade, da verdade de um facto determinado. Sendo baseado na consciencia, só póde ser prestado pessoalmente pela parte, e deve recaír sobre factos que lhe toquem pessoalmente (art. 2520.º), não podendo portanto ser obrigada a depôr sobre factos doutra pessoa, mas podendo sê-lo sobre o conhecimento que pessoalmente tenha desses factos. As palavras *que lhe toquem pessoalmente,* tanto podem referir-se aos proprios factos que constituem o fundamento do direito, como ao conhecimento que se possa ter desses factos, significando, em nosso intender, o mesmo que as palavras do artigo 2411.º n.º 2.º «factos pessoaes certos e determinados, relativos ao objecto em questão, ou de que o depoente possa ter conhecimento». É assim que o herdeiro não é obrigado a prestar juramento sobre factos que toquem pessoalmente ao auctor da herança, mas póde ser obrigado a prestar juramento sobre o conhecimento pessoal que tenha desses factos.

O juramento é *decisorio* ou *suppletorio* (art. 2521.º).

Juramento decisorio é o que uma das partes defere ou refere á outra, para decisão do pleito; *juramento suppletorio* é o deferido pelo juiz a alguma das partes para complemento da prova (art. 2522.º).

O juramento decisorio, que tambem tem a designação de *voluntario,* é *deferido* ou *referido* pelas partes.

Quando uma destas impõe á outra a prestação do juramento, compromettendo-se a haver por verdadeiro o que ella jurar, *defere-lhe o juramento;* a parte, porém, a quem o juramento é deferido, póde, não querendo prestá-lo e podendo a outra ser obrigada a fazê-lo, tomar o mesmo compromisso relativamente ao juramento prestado por esta. É o que se chama *referir o juramento.*

Quem jura, constitue-se juiz em causa propria, tendo, em virtude da funcção especial que exerce, a obrigação de declarar a verdade. É este o caracter proprio do juramento decisorio e por elle se explicam algumas das restricções da lei quanto á sua admissibilidade.

Para a explicação dos effeitos que derivam do facto de deferir ou referir o juramento, deve ter-se tambem em consideração que se tracta dum negocio juridico.

264. *Casos em que o juramento decisorio póde ser deferido e referido.* Relativamente aos casos em que é admittido o juramento decisorio, estabelece-se no artigo 2523.º a regra de que o juramento decisorio se póde tomar em qualquer causa civil. A este principio faz o mesmo artigo as seguintes excepções:

1.ª Não tem logar o juramento decisorio sobre factos que por lei são reputados criminosos. Tem esta excepção por fundamento a consideração de que não deve collocar-se a parte na dura alternativa de jurar falso ou de se declarar criminosa, e a jurisprudencia tem abrangido nella os factos torpes, aos quaes se applica a mesma razão (1). A verdade, porém, é que o artigo 2523.º só desobriga a parte de prestar juramento ou

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia,* vol. IV, pag. 490; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo de processo civil annotado,* tomo I, pag. 310; DR. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas,* pagg. 357 e 358.

de o referir quando os factos sejam reputados criminosos por lei, e, como se tracta duma excepção, não nos parece licito ampliá-la;

2.ª Não se póde admittir o juramento decisorio sobre convenções que só possam provar-se por instrumento publico ou authentico, excepção que se justifica attendendo a que não póde admittir-se outra prova relativamente aos actos juridicos para os quaes a lei exija documento escripto. A falta desta prova faz com que não possa exigir-se em juizo o cumprimento da obrigação, e, não sendo admissivel tambem outra prova quando a lei exige o documento escripto particular como fórma do negocio juridico, é applicavel a estes documentos a mesma disposição;

3.ª O juramento decisorio não póde ser admittido sobre questões relativamente ás quaes não é admittida a transacção. Esta excepção tem por fundamento o caracter juridico do juramento decisorio, que é considerado como uma especie de transacção *(jusjurandum especiem transactionis continet)*, em virtude de por elle se resolver definitivamente o pleito. O juramento não é, porém, ao contrario do que se dá com a transacção, um acto livre da vontade que se realize mediante previo accordo dos interessados, nem depende da cedencia que os interessados façam de parte das suas pretensões, ou de qualquer promessa em troca do reconhecimento do direito contestado (art. 1710.º).

Não se póde transigir, e deferir ou referir portanto o juramento decisorio, sobre questões relativas ao estado das pessoas, sobre cousas que estão fóra do commercio, etc.

O facto sobre que é deferido o juramento deve ser relevante, isto é, sufficiente para a decisão da causa, attento o fim dessa prova.

O juramento decisorio póde ser deferido em qualquer estado da causa, isto é, até que passe em julgado a sentença, ainda que não haja começo algum de prova (art. 2524.º), e póde até

ser requerido antes de proposta a acção, nos termos do artigo 587.º do codigo de processo civil.

A parte a quem é deferido o juramento póde *referi-lo*, isto é, recusar-se a prestá-lo, deferindo-o á parte que lh'o deferiu. O juramento não póde ser referido, quando o facto a que respeita não é commum ás partes mas puramente pessoal áquella a quem foi deferido (art. 2526.º), e, sendo de presumir que a parte que defere o juramento sobre o facto que constitue o fundamento da acção deve estar prompta a jurar sobre elle, não se admitte que refira de novo o juramento.

265. *Effeitos que derivam do facto de deferir ou referir o juramento.* Pelo que respeita aos effeitos do juramento deferido, é necessario ter em consideração as diversas hypotheses que se podem verificar.

Deferindo o juramento, a parte faz a proposta de que a outra declare sob juramento a verdade do facto de que depende o litigio, para se decidir a controversia por esse meio de prova. Se a parte a quem a proposta é feita declara a sua vontade, acceitando o juramento que lhe é deferido, ou referindo-o, fica existindo entre ellas uma convenção, não podendo a parte que deferiu o juramento retractar-se; póde, porém, fazê-lo, emquanto a parte a quem o juramento fôr deferido não o acceitar ou referir, pois que a proposta só se torna irrevogavel pela sua acceitação (art. 2528.º).

Quando seja contestada a admissibilidade do juramento, póde a parte que o deferiu retractar-se até que o incidente haja sido decidido por sentença definitiva, em que se contenha a proposta como foi formulada.

Se a parte a quem é deferido o juramento se recusar a prestá-lo, ou a referi-lo á parte contraria, ou não comparecer em juizo, sem comprovar justo impedimento, essa recusa ou não comparecimento não são havidos como confissão, exceptuando os casos previstos nos artigos 542.º e 1387.º do codigo

civil (cod. de proc. civil, art. 225.º), mas têem as seguintes consequencias, especificadas nos artigos 2525.º do codigo civil e 592.º–594.º do codigo de processo civil: sendo o juramento deferido antes de proposta a acção, a parte que recusar jurar, sem referir o juramento, podendo referí-lo; a parte que recusar prestar o juramento referido, podendo-o ser; a parte que, devidamente citada, deixar de comparecer sem comprovar justo impedimento, e a parte que, tendo requerido o juramento, deixar de comparecer sem comprovar justo impedimento, na audiencia em que deve ser prestado, se o citado, comparecendo, quiser e puder referir o juramento, ficará inhibida de propôr nova acção sobre o mesmo objecto, e de produzir qualquer prova na acção que a outra parte proposer. Sendo o juramento deferido depois de proposta a acção, em qualquer das hypotheses referidas de recusa ou não comparecimento em juizo, o reu será absolvido do pedido, se a falta ou recusa provier do auctor, e, se provier do reu, ficará este inhibido de produzir qualquer prova, nem serão attendidas, para effeito algum, as que já tiver produzido.

Depois de prestado o juramento deferido ou referido, fica definitivamente decidido o facto sobre que elle versava, condemnando o juiz ou absolvendo nos precisos termos do juramento (cod. de proc. civil, art. 591.º), e não sendo admittida a outra parte a provar a falsidade delle. O lesado terá, porém, direito a indemnização de perdas e damnos, se a falsidade do juramento fôr verificada em acção criminal (art. 2527.º), acção que só póde ser intentada pelo ministerio publico (cod. penal, art. 243.º § unico) (1).

(1) DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*, tomo II, pagg. 20-24.

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA diz que o § unico do artigo 2527.º permitte sem restricção alguma recorrer á acção criminal, ficando assim a parte contra quem foi prestado o juramento inhibida de provar a sua falsidade só no processo civil. *Codigo de processo civil annotado*, tomo II, pag. 311. Parece-nos, porém, que o citado § não revogou o § unico do artigo 243.º do codigo penal, cuja disposição se harmoniza com o disposto no artigo 2527.º

266. *Contra quem faz prova o juramento decisorio.* O juramento decisorio prestado só faz prova pró ou contra as proprias partes que o deferiram, referiram ou prestaram, ou seus herdeiros e representantes (2529.º).

Desta disposição exceptuam-se (art. 2531.º):

1.º O juramento deferido ao devedor principal, o qual, pela razão de que o accessorio segue o principal, livra igualmente os seus fiadores, isto é, os que se comprometteram a cumprir a obrigação, se o devedor a não cumprisse;

2.º O juramento deferido a um dos devedores solidarios, o qual aproveita aos seus condevedores. Sendo devedores solidarios os que estão adstrictos para com o credor, por um vinculo de mutua obrigação em que se acham constituidos para com elle, a pagar-lhe a divida integralmente cada um de per si, ou todos conjunctamente, vê-se que, recaindo o juramento sobre o facto da divida e decidindó-se por elle que não existe, não podiam os condevedores deixar de ficar exonerados da sua responsabilidade. Se, porém, o juramento decisorio versar, não sobre a existencia da divida, mas sobre o facto da solidariedade, só aproveita ao devedor que o prestou (art. 2532.º);

3.º O juramento deferido ao fiador, o qual, versando sobre a divida e não sobre o facto da fiança (art. 2532.º), aproveita ao devedor principal, visto que pelo juramento se decide definitivamente a não existencia da divida.

O juramento deferido por um dos credores solidarios ao devedor não livra este senão pelo que toca á parte do dicto credor (art. 2530.º).

Ha solidariedade entre os credores quando algum delles póde exigir do devedor a totalidade da divida, e este satisfa-

zê-la a qualquer dos credores, se não houver sido judicialmente demandado por outro (art. 758.º).

O codigo, preceituando que o juramento decisorio deferido ao devedor pelo credor solidario só tenha effeitos relativamente a este, attendeu a que o juramento é uma questão de consciencia, a que nem todos os credores terão a mesma confiança na honradez e dignidade do devedor, e a possiveis conluios entre um dos credores e o devedor.

267. *Casos em que se admitte o juramento suppletorio. O juramento suppletorio* póde ser deferido pelo juiz officiosamente á parte, tanto sobre a acção como sobre a defêsa, ou ser deferido a requerimento della (art. 2533.º). Tanto no caso de ser deferido officiosamente pelo juiz, como no de ser deferido a requerimento da parte, o juramento suppletorio só se admitte concorrendo simultaneamente as seguintes condições (art. 2533.º):

1.ª Achando-se provada a acção ou a defêsa, e havendo tão sómente duvidas sobre o quantitativo;

2.ª Se este quantitativo se não puder provar de outro modo;

3.ª Se a pessoa, a quem se defere o juramento, não fôr indigna de credito;

4.ª Se o valor do quantitativo não exceder a 50$000 reis, excepto se a obrigação resultar de delicto, culpa ou dolo (art. 2533.º § unico).

Restringindo por esta fórma a admissibilidade do juramento suppletorio, afastou-se o auctor do codigo da nossa antiga legislação e dalguns codigos estrangeiros, que lhe serviram de fonte, reconhecendo assim que eram procedentes as razões com que se combatia esse juramento.

No nosso antigo direito admittia-se o juramento suppletorio para completar a prova do auctor ou a do reu, quando o pedido ou a excepção, não sendo completamente destituidos de prova, não se achavam todavia plenamente provados, e a

mesma doutrina se acha sanccionada no codigo civil francês, no italiano e noutros. Era a este juramento que se dava propriamente o nome de *suppletorio*, sendo designado pelas palavras *in litem* o que recaia sobre o quantitativo da cousa pedida (1).

Em face do principio de que incumbe a prova a quem allega o facto, devendo o reu, no caso de duvida, ser absolvido, difficilmente póde justificar-se o juramento suppletorio, sendo que por elle o juiz decide a questão appellando para a consciencia de uma das partes, que, como interessada, é naturalmente suspeita.

Bem fez, pois, o nosso legislador em não admittir que o juiz deferisse officiosamente o juramento para completar a prova sobre a acção ou a defêsa, limitando-o ao quantitativo da acção, quando esta deva julgar-se procedente e não possa determinar-se aquelle por outro meio de prova. Ainda neste caso, para se admittir o juramento suppletorio é necessario que o pedido não exceda a 50$000 reis, excepto se a obrigação resultar de delicto, culpa ou dolo, caso em que o juramento póde ser deferido, seja qual fôr o valor do pedido.

A limitação respeita ao pedido na acção e não á divida originaria. Assim, se Pedro allegar que emprestou a Paulo 100$000 reis e que este lhe deu por conta 60$000 reis, pedindo os restantes 40$000 reis, e se provar o emprestimo e a quantia que Paulo deu por conta, mas não qual fosse precisamente a importancia da divida primitiva, póde ser deferido officiosamente ou a requerimento de qualquer das partes o juramento suppletorio para se determinar o quantitativo da divida, e, por meio delle, o do pedido na acção.

O juramento suppletorio só póde ser deferido, attento o seu

(1) Veja-se PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas*, §§ 243.º-246.º; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, § 182.º; CORRÊA TELLES, *Digesto portuguez*, tomo I, artigos 953.º-955.º; LESSONA, *obr.* e tom. cit., pagg. 510 e segg.

fim, a pessoa que não seja indigna de credito, e, ao contrario do que em regra se acha estabelecido para o decisorio, não póde ser referido, pela parte a quem o juiz officiosamente o defere, á outra parte (art. 2534.º), podendo sê-lo quando é deferido a requerimento.

A differença notada provém de o juramento suppletorio deferido officiosamente não representar uma convenção, mas um meio de instrucção confiado ao prudente arbitrio do juiz e destinado a supprir a deficiencia da prova já produzida. É assim que o juiz deve deferir o juramento suppletorio, tendo em vista todas as circumstancias da causa, á parte que mais credito lhe mereça e em cujo depoimento veja um meio mais seguro de se apurar a verdade.

Parece que, pela propria natureza do juramento suppletorio, o juiz não deve ficar adstricto a este meio de prova. A lei declarando, porém, que o juiz poderá reduzir, se parecer excessiva, a quantia jurada, quando o juramento recaia sobre obrigação que resulte de delicto, culpa ou dolo, parece não admittir que o juiz reduza o quantitativo, que pelo juramento suppletorio se fixar, quando o valor delle não exceda a 50$000 reis.

É opinião nossa, porém, que, podendo determinar-se precisamente o quantitativo da divida por outras provas, que sejam produzidas depois do juramento suppletorio até ao julgamento final, deve o juiz attender a ellas e não ao juramento suppletorio, pois que este só póde admittir-se quando o quantitativo da acção se não possa determinar por outro meio de prova.

O juramento suppletorio póde ser arguido de falsidade, pois que a disposição consignada no artigo 2527.º é especial para o juramento decisorio.

§ 53 — *Da prova testemunhal*

DR. NEVES E CASTRO, *obr. cit.*, pagg. 288-305; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, tomo V, notas aos artigos 2506.º-2515.º; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 669; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, pag. 525; LESSONA, *Teoria delle prove*, tomo IV, liv. V.

268. *O que é prova testemunhal.* Testemunhas são as pessoas extranhas á causa que em juizo declaram o que sabem a respeito dos factos controvertidos entre as partes. Estas não podem ser testemunhas (art. 2511.º n.º 1.º), e tambem o não póde ser o juiz da causa (cod. de proc. civil, artt. 268.º e 292.º n.º 4.º).

Consideram-se partes, e não podem portanto ser testemunhas, os seus representantes em juizo. É assim que, em nosso intender, não podem ser testemunhas os tutores dos menores e interdictos, os curadores especialmente nomeados para a causa, e os representantes das pessoas collectivas. Todos elles, sendo representantes, se devem considerar como tendo o mesmo interesse na causa que o representado (1).

Os representantes das pessoas collectivas podem confessar em depoimento de parte e prestar juramento decisorio ou suppletorio (cod. de proc. civil, art. 221.º). Dos representantes dos incapazes, ausentes ou dementes não póde exigir-se o depoimento (cod. de proc. civil, art. 222.º).

Tambem julgamos que os advogados e procuradores na causa não podem ser testemunhas das partes que representam, porque em virtude das suas funcções têem obrigação de defender os interesses das partes, e, quando cessem as suas funcções, não

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de novembro de 1904, na *Collecção official*, 1904-1905, pag. 42.

podem ser testemunhas quando se verifique o disposto nos artigos 1361.º e 2511.º n.º 5.º (1).

As testemunhas depõem sobre factos que pessoalmente observaram ou de que tiveram conhecimento por intermedio doutras pessoas, e ainda sobre illações das observações feitas, representando porém as suas declarações impressões de caracter subjectivo, não tendo de expôr como testemunhas as consequencias que derivam de determinados factos, quando a verificação dessas consequencias dependa de conhecimentos technicos ou especiaes. Esta funcção é exercida pelos peritos.

269. *Admissibilidade da prova testemunhal.* A lei, tendo em consideração que póde deixar de haver correspondencia entre o depoimento da testemunha e os factos, já por estes não haverem sido devidamente observados, já pela possibilidade de que as testemunhas deponham factos contrarios á verdade, admittiu em principio a prova testemunhal, mas com certa desconfiança e dentro dos limites por ella fixados (art. 2506.º).

É assim que não admitte a prova testemunhal contra ou além do que constar dos documentos authenticos, exceptuado o caso em que estes sejam arguidos de falsidade (art. 2507.º), e que tambem declara inadmissivel a prova por testemunhas em contrario ou além do conteúdo dos escriptos particulares legalizados, nos termos dos artigos 2432.º e 2433.º, excepto se esses escriptos forem arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia (art. 2508.º).

Pelo disposto nestes artigos, a prova escripta prevalece sobre a testemunhal, e nem podia deixar de ser assim, pois que a prova escripta do facto juridico e das suas condições ou modalidades representa uma confissão da propria parte contra

(1) Vejam-se os accordãos da Relação do Porto de 3 de julho de 1877 e 26 de julho de 1881, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. X, pag. 358, e vol. XVII, pag. 107.

a qual é produzida; e não se deve admittir a prova testemunhal em contrario ou além do conteúdo do documento escripto, quando se não possa pôr em duvida a authenticidade deste, quer os factos allegados, e que por esse meio se pretendam provar, se tenham realizado antes, quer no proprio momento ou depois da feitura do documento, pois que, se assim não fosse, o documento escripto deixaria de satisfazer o fim a que é destinado: conservar na memoria o facto juridico com todas as suas circumstancias. A prova testemunhal não póde, pois, admittir-se para restringir, modificar ou ampliar as condições do acto juridico, taes como constam do documento escripto. Tal seria, por exemplo, a fixação duma taxa de juro que o credor declarasse que se havia convencionado antes ou no momento em que se fez o contracto de usura; a convenção que se pretenda ter sido feita depois delle de logar diverso do que nelle se estipulou para pagamento dos juros e do capital (1).

A não admissibilidade da prova testemunhal contra ou além do documento escripto não se estende aos factos que, achando-se mais ou menos directamente relacionados com o conteúdo do documento, não estão todavia em contradicção com este e não representam qualquer alteração nas condições e modalidades que formam esse conteúdo.

É assim que, sempre que a lei não prohiba a prova testemunhal para se demonstrar em juizo que se effeituou o pagamento ou se extinguiu por qualquer outro modo, como pela renuncia, uma obrigação, deve admittir-se essa prova, embora a obrigação conste dum documento escripto contra o qual não seja admissivel a prova testemunhal (2). Tambem é admissivel a

(1) Confronte-se o que a este respeito diz o *Direito*, vol. II, pagg. 275 e 289.

(2) Veja-se a este respeito a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. III, pagg. 141, 270, 350 e 625.

prova testemunhal para determinar o sentido das clausulas do acto escripto, para fixar o momento em que elle foi realizado e quaesquer outros factos que não estejam em contradicção com o proprio documento escripto e não representem uma modificação ou alteração ao acto juridico que delle consta.

A prova testemunhal admitte-se igualmente para demonstrar que no documento houve erros materiaes, como, por exemplo, na data, embora se tracte de documento authentico.

Contra o documento authentico, ou além do seu conteúdo, só póde adduzir-se prova testemunhal, quando elle seja arguido de falsidade. A este respeito devemos recordar que o documento authentico só faz prova plena relativamente á existencia do acto juridico e dos factos que o official publico certificar haverem-se passado na sua presença e que podia verificar com os proprios sentidos. Dahi deriva que póde invocar-se, para annullar um acto escripto, o erro, o dolo, a violencia e a simulação nos termos geraes de direito, embora não se argua o documento de falso, sempre que se alleguem factos que o official publico não certifique ou não podia certificar. Se a violencia se deu no proprio momento em que foi exarado o documento, e o official publico certificar que não existiu, póde ser arguido de falsidade (1). Tambem se póde admittir a prova testemunhal para provar que o testador não estava em seu perfeito juizo quando fez o testamento, embora o notario e as testemunhas declarem que disso se certificaram, pois que a alienação não póde verificar-se só pelos sentidos, sendo necessario, para averiguar em alguns casos se ella existe, conhecimentos technicos, que o notario publico não tem.

Do facto de a lei ordenar (artt. 1913.º e 1922.º n.º 6.º) que o notario se certifique de que o testador estava em seu perfeito juizo, não se póde concluir que reconheça ao notario

(1) Veja-se o *Direito*, vol. II, pagg. 273 e 278.

competencia, que de facto não tem ou póde deixar de ter, para se certificar de qualquer fórma de alienação mental, que exclua a consciente determinação da vontade.

Do que deixamos dicto conclue-se que não ha contradicção entre os artigos 2507.º e 2508.º relativamente á parte em que este admitte prova testemunhal, em contrario ou além dos escriptos particulares legalizados, no caso de serem arguidos de erro, dolo ou violencia, visto que estes actos se podem ter verificado no proprio momento da feitura do documento escripto, em que não interveio o notario publico.

Não sendo admissivel prova testemunhal nos casos especificados nos artigos 2507.º e 2508.º, não se exclue em taes casos a prova por escripto, embora esta seja constituida por documento particular não legalizado. O que em geral se torna necessario é que o documento seja escripto e assignado pela pessoa a quem ostensivamente pertence, ou que seja assignado por ella ou a seu rogo e por duas testemunhas que figurem no contexto do documento (artt. 2432.º e 2433.). Nestas hypotheses ha principio de prova por escripto, o qual consiste em por meio deste se tornar verosimil o facto allegado, e, para provar que o escripto pertence á pessoa a quem é attribuido, admitte-se a prova testemunhal.

Deve ter-se, porém, sempre em consideração que, se a lei exigir escripto com determinadas formalidades para a existencia ou prova do acto juridico, esse escripto não póde substituir-se por qualquer outro meio de prova.

270. *Pessoas que não podem testemunhar em juizo.* Relativamente ás pessoas que podem testemunhar em juizo, estabelece o artigo 2509.º o principio de que podem ser testemunhas todas as pessoas de um e de outro sexo que não forem inhabeis por incapacidade natural ou por disposição da lei.

São incapazes naturalmente de ser testemunhas (art. 2510.º):

1.º Os desassisados;

2.º Os cegos e surdos, nas causas cujo conhecimento depender destes sentidos. Relativamente ao modo por que devem ser interrogados os surdos-mudos nos factos sobre que possam depôr, determina o codigo de processo civil no artigo 274.º que, se o surdo-mudo não souber ler nem escrever, o juiz nomeará um interprete que, debaixo de juramento, lhe transmitta as perguntas e ao juiz as respostas que elle dér; se souber ler e escrever, será perguntado e responderá por escripto. Aquelle que fôr unicamente surdo e souber ler responderá de viva voz ás perguntas que lhe forem feitas por escripto;

3.º Os menores de 14 annos. Os menores de 14 annos e maiores de 6 são admittidos a depôr em processo criminal, e, tendo a prova testemunhal de ser apreciada pelo juiz conforme o seu prudente arbitrio, parecia-nos mais razoavel que o legislador não excluisse de testemunhar em materia civil, por incapacidade natural, os menores de 14 annos.

São inhabeis por disposição da lei para ser testemunhas (art. 2511.º):

1.º Os que têem interesse directo na causa.

Esta excepção basêa-se não tanto na suspeita de parcialidade, como em se deverem considerar partes na causa, e comprehende todos aquelles que tirem da causa algum commodo ou incommodo directo (1). O mero accionista duma sociedade póde ser testemunha nas causas em que esta seja parte. Era esta a doutrina que sustentava a nossa jurisprudencia, e o decreto de 14 de setembro de 1900 desfez quaesquer duvidas que a esse respeito pudessem suscitar-se, admittindo os accionistas como notarios nos documentos authenticos extraofficiaes.

Os socios duma sociedade em nome collectivo ou em commandita simples não podem, apesar de no artigo 108.º do codigo commercial se declarar que taes sociedades constituem, em relação a terceiros, uma individualidade distincta dos associados, ser testemunhas nas causas respeitantes a essas sociedades.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XIII, pag. 294.

Os interesses destas sociedades são, attenta a responsabilidade illimitada dos socios pelas dividas, interesses directos dos socios, que devem até considerar-se partes em todas as causas em que sejam representados pela firma social.

Os socios das sociedades anonymas, das cooperativas, das associações de soccorros mutuos e os membros de quaesquer pessoas collectivas, que não sejam seus representantes, não têem interesses directos no patrimonio dessas pessoas, porque esse patrimonio não pertence a cada um delles considerado individualmente, não têem direitos reaes sobre os bens que constituem esse patrimonio, sendo sujeito deste a propria pessoa collectiva, que representa uma entidade diversa delles.

Não sendo, porém, os socios on membros das pessoas collectivas inhabeis para testemunhar em juizo nas causas respeitantes a essas pessoas, os interesses que nellas tenham devem ser tomados em consideração na apreciação da força probatoria dos seus depoimentos.

2.º Os ascendentes nas causas dos descendentes e vice-versa.

3.º O sogro ou a sogra nas causas do genro e da nora e vice-versa.

4.º O marido nas causas da mulher e vice-versa.

As intimas relações que se dão entre os ascendentes e descendentes, tanto por consanguinidade como por affinidade, e entre marido e mulher, fundamentam estas excepções. Se entre elles não existe o espirito de parcialidade proveniente dos vinculos de amizade ou determinado pelo interesse, é de suppôr que exista o odio que da destruição desses vinculos resulta. O depoimento delles, pois, ou fosse favoravel ou contrario aos parentes ou ao conjuge, seria sempre suspeito.

As pessoas, a que acabamos de nos referir, podem ser testemunhas nas questões em que se tracte de verificar o nascimento ou o obito dos filhos (art. 2511.º § unico).

5.º Os que pelo seu estado ou profissão são obrigados a guardar segredo nos negocios relativos ao mesmo estado ou profissão. Estão incluidos nesta excepção os advogados, os medicos, parteiras, confessores, etc.

6.º Os especialmente inhibidos de testemunhar em certos factos.

Ao tempo em que foi publicado o codigo civil, estavam em vigor os artigos 57.º e 58.º do codigo penal de 1852, que privavam o condemnado á pena da perda ou de suspensão de direitos politicos, como principal ou effeito doutra pena, de ser testemunha em qualquer acto solemne e authentico, e o artigo 53.º, que não permittia que os condemnados a qualquer das penas perpetuas de trabalhos publicos, prisão ou degredo, pudessem ser testemunhas, excepto para dar simples informações á justiça. Esses artigos foram revogados pela lei de 14 de junho de 1884.

271. *Força probatoria das testemunhas.* 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. 2512.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 desses depoimentos (art. 2513.º).

A regra formulada no artigo 2512.º, correspondente á maxima *testis unus, testis nullus*, e que era seguida no nosso antigo direito, não tem sido admittida nas legislações modernas, que se inspiram no principio da convicção racional, devendo deixar-se ao juiz ampla liberdade na apreciação dos depoimentos das testemunhas, pois casos ha em que o depoimento duma só testemunha merece mais credito do que o de duas ou tres.

Quanto aos depoimentos singulares, a que se refere o artigo 2513.º, essa singularidade dá-se quando as testemunhas, sem deporem os mesmos factos, fazem declarações que, por meios mais ou menos directos, nos conduzem ao mesmo resultado. Assim, póde uma testemunha, numa acção tendente a provar um emprestimo, affirmar que viu o auctor entregar o dinheiro ao reu e outra affirmar que o reu lhe declarou haver recebido o dinheiro. O factos sobre que as testemunhas depõem são diversos, mas ambos provam o emprestimo.

Sobre a força probatoria dos depoimentos, o principio fundamental acha-se formulado no artigo 2514.º, em que se determina que ella será avaliada tanto pelo conhecimento que as testemunhas mostrarem ter dos factos, como pela fé que merecerem pelo 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.

É o juiz que, orientando-se por estes criterios estabelecidos pelo legislador e seguindo os dictames da sua consciencia, aprecia o valor do depoimento das testemunhas, considerando estas ou não como dignas de credito. As partes podem, porém, allegar e provar quaesquer factos de que se infira que á testemunha não deve attribuir-se força probatoria.

Pelo artigo 278.º do codigo de processo civil, a parte contra quem fôr produzida a testemunha póde allegar em contradicta qualquer circumstancia que influa na força probatoria do depoimento. Tanto se póde allegar, pois, qualquer facto relativo ás faculdades mentaes da testemunha, como ás suas qualidades moraes, ao interesse que possa ter na questão, ás suas relações de amizade ou inimizade com o auctor ou com o reu, e a quaesquer outras circumstancias que diminuam a credibilidade do seu depoimento.

O juiz deve, apreciando todas essas circumstancias, decidir em harmonia com ellas.

272. *Prova contraria por testemunhas.* Nos casos em que uma das partes pretenda provar um facto por meio de teste-

munhas, póde a outra parte offerecer tambem prova testemunhal, já sobre o mesmo facto, para demonstrar a sua inexistencia ou uma modalidade diversa da allegada, já sobre outros factos que sejam incompativeis com o facto allegado ou que mostrem a sua improcedencia em relação ás illações que delle se pretendam deduzir.

Quando se verifique tal hypothese e a prova testemunhal, de uma e outra parte, seja de igual força, prevalecerá, em harmonia com o principio de que tem de provar o facto quem o allega, a produzida pelo reu (art. 2515.º), devendo intender-se que este, allegando um facto que tenha de provar, se torna auctor (art. 2405.º).

§ 54 — *Das vistorias e exames*

Dr. Neves e Castro, *obr. cit.*, pag. 101; Conselheiro Dias Ferreira, *obr cit.*, tomo V, nota ao artigo 2419.º; Coelho da Rocha, *obr. cit.*, tomo I, §§ 196.º e 197.º; Pereira e Sousa, *obr. cit.*, §§ 265.º-273.º; Lessona, *obr. cit.*, tomo IV, pag. 501.

273. *Noções.* As *vistorias* e *exames*, de que o codigo tracta nos artigos 2418.º e 2419.º, são comprehendidos, com a *avaliação*, sob a designação generica de *arbitramento*, pelo codigo de processo civil (liv. II, tit. I, cap. II, secção III).

Coelho da Rocha define *arbitramento* «a estimação, exame, ou parecer dado por louvados ou peritos sobre o facto, de que depende a decisão da causa». Se o exame ou parecer tem por fim apenas a verificação do facto controvertido por meio de inspecção ocular sobre immoveis, como uma questão de limites, de aguas, de liquidação de bemfeitorias, ha *vistoria;* qualquer estimação ou parecer que não seja feito sobre immoveis tem o nome de *exame*, como o reconhecimento da letra, a verificação da gravidez. A *avaliação*, de que o codigo civil

não tracta como prova, consiste na determinação do valor duma cousa.

A prova por vistoria ou exame só é applicavel á averiguação ou verificação de factos que tenham deixado vestigios, ou possam ser sujeitos a inspecção ou exame ocular (art. 2418.º e cod. de proc. civil, art. 243.º).

Distinguem-se as vistorias e exames da prova testemunhal, em que esta respeita a factos passados, emquanto que as vistorias e exames incidem sobre factos presentes, devendo assim considerar-se, para o effeito das vistorias e exames, os vestigios de factos passados; a testemunha dá noticia dos factos, não sendo objecto proprio, caracteristico, das funcções que exerce, quaesquer apreciações technicas sobre elles, ao passo que o perito tem como funcção propria a apreciação dos factos, e, quando para essa apreciação se exijam conhecimentos especiaes de alguma sciencia ou arte, só póde servir como perito quem tenha esses conhecimentos (cod. de proc. civil, art. 236.º § unico).

274. *Força probatoria dos exames e vistorias.* A prova que resultar da vistoria, ou do exame, será avaliada pelo julgador, conforme as circumstancias, e demais provas da causa (art. 2419.º).

Não é, pois, o juiz obrigado a seguir o parecer dos peritos, devendo, como já notou Pereira e Sousa, «examinar com toda a circumspecção as suas razões, e tomar o parecer que julgar mais conforme á verdade, ligando-se aos factos expostos pelos louvados e não ás reflexões destes extrinsecas a esses factos», e, além disso, ter em consideração todas as outras provas constantes do processo, que deve graduar segundo o seu prudente arbitrio. Póde, pois, o juiz, tanto no caso em que a lei exija a intervenção dos peritos para a verificação do facto, como no caso em que essa intervenção seja facultativa, isto é, dependa da vontade das partes ou do juiz, afastar-se do parecer

dado por elles, embora esse parecer seja unanime, preferir a opinião da minoria e acceitar o parecer só em parte.

Dado mesmo que os peritos houvessem examinado cuidadosamente o facto sobre que versa o litigio, é sempre possivel o erro, e, supposto que o não haja, podem os peritos deixar de cumprir, por espirito de parcialidade, os seus deveres, devendo portanto sujeitar-se a vistoria ou exame ao prudente arbitrio do juiz.

No codigo de processo civil preceitua-se (art. 239.º n.º 4.º) que não podem ser nomeadas peritos as pessoas que, nos termos do artigo 292.º, não podem funccionar como juizes, e (art. 241.º) que podem ser recusados os peritos que, nos termos do artigo 226.º § unico do mesmo codigo, não tiverem competencia para o exame ou vistoria, e bem assim aquelles em quem concorrer alguma das circumstancias pelas quaes podem ser recusados os juizes nos termos do artigo 293.º.

Os peritos que, verificando-se alguma das circumstancias especificadas neste artigo, sejam dados como suspeitos, não podem proceder ao exame e vistoria, havendo assim em relação a elles um systema diverso do que se adoptou em relação ás testemunhas, e que bem se justifica pelas funcções que os peritos exercem.

As recusas por falta de competencia, ou por alguma das circumstancias referidas no artigo 293.º, só podem ser deduzidas no acto da nomeação (cod. de proc. civil, art. 241.º § 1.º) (1), mas não ficam as partes inhibidas de provar qualquer facto em virtude do qual possam invalidar o parecer do perito por falta de competencia ou por ser suspeito de parcialidade.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XI, pag. 195.

§ 55 — *Das presumpções*

DR. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, pag. 381; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas sobre processo civil*, §§ 248.º-254.º; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 193.º-195.º; CHIRONI E ABELLO, *Trattato*, tomo I, pag. 620; RAMPONI, *La teoria delle presunzioni*.

275. *Noção de presumpção e suas especies. Presumpções* são as consequencias ou illações que a lei ou o julgador deduz de um facto conhecido, para firmar um facto desconhecido (art. 2516.º).

As presumpções distinguem-se das outras especies de prova, em que estas demonstram o facto directamente, de per si mesmas, emquanto que nas presumpções faz-se essa demonstração indirectamente, por uma consequencia que se infere doutro facto ou de determinadas circumstancias, cuja verificação não seria de per si sufficiente para produzir integralmente esse effeito. Assim, se o devedor puder provar por meio de testemunhas que o objecto que entregou em penhor lhe foi restituido pelo credor, mas não que este renunciasse ao direito de se pagar pelo valor do objecto penhorado, provado aquelle facto, a remissão do direito ao penhor é deduzida delle como uma illação, considerando-se assim provado o facto da renuncia, se o credor não provar o contrario (art. 871.º).

As presumpções constituem meios de prova, por isso que se demonstram por ellas os factos a que se referem as illações ou consequencias indirectamente deduzidas doutros factos. Quando, porém, as illações sejam estabelecidas pela lei, a presumpção, firmando a verdade duma situação juridica em certas e determinadas circumstancias, dispensa a prova, não recaindo a obrigação de provar sobre quem, allegando um facto, tem uma presumpção a seu favor, e dando-se assim a

inversão do onus da prova, assumpto de que já tractámos (§ 49, n.º 240).

As presumpções são *legaes* e *judiciaes*, conforme as illações ou consequencias são deduzidas pela lei ou pelo julgador. Estas tambem se chamam presumpções *simples* ou *de homem*.

As presumpções estabelecidas por lei são obrigatorias para o juiz, que deve admittí-las e tê-las como verdadeiras, mesmo quando esteja convencido do contrario, salvo o caso em que a lei admitta contra ellas prova em contrario e as partes a produzam. É assim que, quem tiver uma presumpção legal a seu favor, escusa de provar o facto que nella se funda (art. 2517.º), e que as presumpções legaes não ficam dependentes do prudente arbitrio do julgador (art. 2519.º).

Como o proprio nome indica, as presumpções legaes são estabelecidas pela lei e não existem senão em virtude desta, não sendo permittido ampliar por analogia as disposições em que se estabelecem, pois constituem uma excepção ao principio de que deve provar o facto quem o allega.

As presumpções legaes são *simples (præsumptio juris vel juris tantum)* e *absolutas (præsumptio juris et de jure)*, conforme admittem ou não prova em contrario. Assim, é simples a presumpção de que o direito de propriedade pertence ao possuidor (art. 477.º) e de que este possue em nome proprio (art. 481.º § 1.º); é uma presumpção *juris et de jure* a de que são feitas em fraude da lei e portanto nullas as doações a ascendentes, descendentes ou consortes de pessoas inhabeis para adquirir por esse meio, não podendo aquelles demonstrar que no acto não houve simulação, isto é, que não foram realmente interpostas pessoas (art. 1481.º § unico). É tambem uma presumpção absoluta a da legitimidade dos filhos concebidos antes do matrimonio e nascidos depois da sua celebração, quando se verifiquem os factos especificados nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 102.º.

Entre as presumpções simples e as absolutas ha uma categoria intermedia, havendo casos em que a lei, sem excluir completamente a prova em contrario, só a admitte em condições especialmente determinadas. Como exemplo desta especie de presumpções citaremos o artigo 103.º, pelo qual se não admitte prova contra a presumpção da legitimidade do filho concebido na constancia do matrimonio, salvo o caso da impossibilidade physica de cohabitação durante todo o tempo em que se deve ter dado a concepção, isto é, nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos que precedem o nascimento.

Quando a presumpção legal admitte prova em contrario, essa prova faz-se demonstrando que não se verificou a illação ou consequencia deduzida pela lei, ou que os factos de que essa illação ou consequencia se deduzia tiveram uma significação diversa daquella que geralmente se lhes attribue e em que se fundava a presumpção, podendo essa demonstração fazer-se por qualquer dos meios de prova estabelecidos na lei.

As presumpções que não admittem prova em contrario, e que podem considerar-se verdadeiras declarações legaes, basêam-se em graves considerações de interesse publico e representam entre as presumpções legaes uma excepção, dando-se apenas nos casos que se achem especificados na lei ou naquelles em que ella absolutamente prohibir prova em contrario (art. 2518.º).

As presumpções judiciaes ou de homem não envolvem dispensa da prova; representam uma prova destinada a demonstrar um facto juridico, induzindo-se a existencia deste dum conjuncto de circumstancias determinadas e provadas no processo, que a não demonstram directamente. Não podem classificar-se estas presumpções, que são de natureza muito variavel, limitando-se a lei a declarar que taes presumpções ficam dependentes do prudente arbitrio do juiz (art. 2519.º) e a estabelecer uma regra relativa á sua admissibilidade.

276. *Casos em que se admittem as presumpções não estabe-*

lecidas na lei. As presumpções que não são estabelecidas por lei só podem admittir-se nos casos em que a prova testemunhal é de receber (art. 2519.º), restricção imposta para manter os limites assignados á prova testemunhal, os quaes poderiam ser ultrapassados se de quaesquer factos ou circumstancias se pudessem tirar illações que constituissem prova dum acto juridico, embora em relação a esse acto se exigissem determinados meios de prova.

Sendo estas presumpções consequencias que o juiz deduz dos factos reconhecidos pelas proprias partes, ou previamente provados, para chegar ao conhecimento ou certeza dum facto que é contestado, é necessario que tenham os seguintes caracteres: *graves*, isto é, que os factos de que se deduzem sejam idoneos para produzir as consequencias ou illações que delles se tiram; *precisas*, isto é, que tenham relação directa com o facto contestado, e *concordantes* umas com as outras.

§ 56 — *Do caso julgado*

DR. NEVES E CASTRO, *obr. cit.*, pag. 324; DRS. HINTZE RIBEIRO E JULIO DE VILHENA, *O caso julgado e os documentos particulares*, pags. 25 e segg.; CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit*, tomo V, notas aos artigos 2502.º-2505.º; ROCCO, *La sentenza civile;* WINDSCHEID, *Pandette*, tomo I, pag. 1181; CHIRONI E ABELLO, *Trattato,* tomo I, pag. 676; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile,* pags. 97 e 576.

277. *Conceito de sentença e de caso julgado.* Se as partes na acção forem legitimas, o processo não fôr nullo e não houver alguma excepção que não tenha por effeito extinguir a obrigação (cod. de proc. civil, art. 283.º), o juiz, cuja actividade jurisdiccional foi provocada, tem de resolver a questão em harmonia com os factos allegados e provados, de se pronunciar sobre o que na acção seja pedido ou sobre a existencia e consequencias dos factos juridicos em que se fundam as pretensões das partes, acceitando ou rejeitando o pedido do auctor.

Este acto do juiz é o que se chama *sentença.*

Pela sentença verifica-se se existe ou não uma determinada situação subjectiva, applicando-se a lei aos casos concretos, e, quando della não haja recurso ordinario, fica tendo força obrigatoria entre as partes.

É o que se chama *caso julgado,* que o nosso codigo define o facto ou direito tornado certo por sentença de que já não ha recurso (art. 2502.º).

A sentença que passou em julgado, ou de que já não ha recurso, é, mas só no que respeita á verificação duma determinada situação subjectiva, considerada como a expressão genuina da verdade: *res judicata pro veritate habetur* (1). Este principio está consignado em todas as legislações dos povos civilizados.

A auctoridade do caso julgado, que deriva do direito objectivo e se basêa no interesse social, tem por fim evitar que, pela incessante repetição de litigios, os direitos não tenham as devidas condições de fixidez e de certeza, não tendo propriamente por fundamento a presumpção de que os juizes sejam honestos e sabedores e portanto justas as suas decisões. O juiz póde, em virtude de erro e até intencionalmente, considerar existentes factos que não são verdadeiros; póde ser obrigado a isso em virtude de disposições da lei sobre a efficacia ou admissibilidade das provas; póde succeder tambem que, achando-se devidamente verificados os factos, se não appliquem rigorosamente as normas de direito objectivo. Juridicamente,

(1) «A auctoridade da cousa julgada, diz PEREIRA E SOUSA, faz presumir verdadeiro tudo o que vem na sentença, e, como esta presumpção é *juris et de jure,* exclue toda a prova contraria. Por isso se diz que a sentença que passou em julgado faz do branco negro, e do quadrado redondo». *Primeiras linhas sobre o processo civil,* nota 573.

porém, a declaração do juiz representa a vontade da lei, tornando-se o caso julgado, porque assim o exigem as condições de tranquillidade social, indiscutivel (1).

Em virtude da força do caso julgado, que torna legalmente certa a existencia ou não existencia da relação juridica que formou objecto da acção, o caso julgado não só constitue uma prova, mas nenhuma prova se admitte, em relação ás pessoas para as quaes fica sendo obrigatorio, contra a sua verdade e justiça, salvos os casos em que possa ser annullado em nova acção, por algum dos fundamentos especificados no artigo 148.º do codigo de processo civil.

A sentença só tem a força de caso julgado na parte dispositiva e não nos motivos, considerandos ou enunciações em que se fundamenta, embora estes se encontrem na propria parte dispositiva. Os considerandos das sentenças podem, porém, designadamente quando nelles se desenvolvam os fundamentos da acção, estar de tal fórma relacionados com a parte dispositiva, que formem com esta um todo inscindivel.

278. *Condições que se requerem para que o caso julgado possa ser invocado como prova.* O caso julgado, sendo a verificação duma situação subjectiva, só é obrigatorio para os sujeitos desta relação; e, tendo todos de respeitar o caso julgado, ninguem póde ser prejudicado por elle, do mesmo modo que o não póde ser por um negocio juridico, quando esse prejuizo não represente apenas um mero facto, mas envolva a violação dum direito.

(1) GRACIANO dizia: «Non est attendendum an jus sit clarum, quia sæpissime visum fuit, amitti per sententiam judicis causas nullam habentes dubitationem, in quibus proferuntur sententiæ, ut vulgo dicitur, de jure cervellotico» (*Disceptat.* V, 851). E TOULLIER observa: «Les juges, organes de la loi, devraient être impassibles comme elle, et toutes les passions qui les assiègent, les dominent même quelquefois. L'esprit de parti les égare et fausse leur conscience. Le choix qui les élève est souvent dû à l'intrigue d'un protecteur en crédit ou à l'influence d'une faction, plutôt qu'au mérite, á la probité et aux lumières du candidat. Le temple qui les réunit ne devrait compter, selon D'AGUESSAU, que des savants éprouvés; et cependant combien en trouve-t-on peu qui attachent du prix à la science? Combien même la dédaignent?». Cit. por FIORE, *Il codice civile italiano*, parte decima, vol. III, pag. 349.

O prejuizo juridico dá-se quando o caso julgado comprehende um terceiro estranho á acção, ou quando a relação juridica, que nelle se reconheceu como existente, é incompativel com a situação juridica de terceiros. Quando se dêem estas circumstancias o caso julgado não obsta a uma nova acção e não póde ser invocado como meio de prova.

Para este effeito é necessario que cumulativamente se verifiquem as seguintes condições (art. 2503.º):

1.ª Identidade do objecto sobre que versa o julgamento;

2.ª Identidade do direito ou causa de pedir;

3.ª Identidade dos litigantes e da sua qualidade juridica.

Não existe caso julgado senão relativamente ás cousas que formaram objecto da sentença *(in tantum judicatum, in quantum litigatum)*, devendo haver identidade da cousa pedida *(idem corpus, quantitas eadem, idem jus)*, do fundamento do pedido *(eadem causa petendi)*, e das partes *(eadem conditio personarum)*.

Expliquemos cada uma destas condições, das quaes as duas primeiras determinam objectivamente os limites do caso julgado, e a ultima os limites subjectivos.

Identidade do objecto. A auctoridade do caso julgado não comprehende interesses sobre as quaes a sentença nada haja pronunciado. Para a determinação da identidade dos interesses, tem de attender-se não só ás cousas ou pessoas em relação ás quaes elles se dão (objecto mediato do direito), mas ás faculdades ou poderes que sobre essas cousas são reconhecidos (objecto immediato). Assim, tendo sido reconhecido o direito de servidão sobre um predio, podem as mesmas partes ques-

tionar o direito de propriedade do mesmo predio. Notaremos ainda que o augmento ou diminuição que as cousas sobre que a sentença recaiu hajam tido nas suas partes constitutivas, não obstam a que se deva considerar o mesmo ou identico o objecto da sentença.

Identidade da causa de pedir. Pelas palavras *causa de pedir* entende-se o facto juridico que é fundamento directo e immediato do pedido. Não se deve, pois, confundir a causa de pedir com os meios que servem para a provar ou justificar. Assim, se peço a annullação duma escriptura por falta de requisitos que a lei exigia na sua feitura, e invoco para isso a menoridade duma testemunha, não posso, se decair na acção, propor a annullação da escriptura, pelo que respeita á fórma, por falta de qualquer outro requisito. A causa de pedir era a nullidade da escriptura, e a menoridade da testemunha representava um meio de provar essa nullidade. Da mesma fórma, se peço a rescisão dum contracto por falta de consentimento e allego para isso o dolo, não posso, decaíndo na acção, invocar a coacção. A causa proxima de pedir era um vicio de consentimento, e o dolo representa, do mesmo modo que o erro ou a coacção, um meio de provar este facto. Se peço a restituição dum predio fundando-me no facto da posse, não fico inhibido, decaindo nessa acção, de propôr a acção de reivindicação do mesmo predio, fundando-me num facto adquisitivo do direito de propriedade. O facto da posse representava a causa do pedido ou fundamento da acção.

Identidade dos litigantes. As partes, relativamente ás quaes a sentença tem força de caso julgado, são as mesmas entre as quaes foi proferida, não podendo portanto ser invocada relativamente a terceiros. Applica-se, pois, ao caso julgado, o mesmo principio que aos actos juridicos.

Para que exista identidade dos litigantes, é necessario que estes tenham intervindo no primeiro juizo e na mesma qualidade. Não basta, pois, que haja a identidade physica, porque

a mesma pessoa póde figurar em mais do que uma qualidade. Assim, o individuo que propôs uma acção de reivindicação como tutor dum menor, póde propôr a mesma acção em nome proprio. E podem as pessoas não ser physicamente as mesmas, mas sê-lo juridicamente. É assim que os successores a titulo universal ou singular representam os litigantes, e que se lhes póde oppôr a excepção do caso julgado, como se fossem os proprios auctores ou reus que figuraram na acção.

Ha relações juridicas que, dando-se entre varias pessoas, podem ser verificadas em juizo intervindo na causa só algumas dellas. Em taes casos, para determinar se os sujeitos dessas relações que não estiveram em juizo podem ou não invocar o caso julgado, é necessario ter em consideração não só as disposições especiaes da lei, mas verificar se as relações juridicas, só pelo facto de se darem ou não entre as partes que intervieram na causa, se dão ou não necessariamente em relação aos outros coobrigados.

É assim que tendo sido citado só o devedor e tendo-se julgado a não existencia da divida, o fiador póde invocar o caso julgado, se lhe fôr exigido o pagamento; sendo annullado um contracto feito por um menor, e sendo indivisivel o objecto desse contracto, o caso julgado produz effeitos em relação aos interessados capazes (art. 700.º).

Quando, existindo um nexo juridico entre diversas pessoas em relação a determinados interesses, cada um desses interesses possa considerar-se de per si, o caso julgado pelo qual se imponham obrigações a um interessado não prejudica os outros interessados, porque a obrigação é propria de cada um delles. É assim que o caso julgado contra o devedor não prejudica o fiador; o caso julgado contra um devedor solidario não prejudica os outros devedores.

Parece que se deve considerar excepção ao principio de que o caso julgado não constitue meio de prova relativamente a terceiros, a seguinte, que se encontra consignada no § unico

do artigo 2503.º: O caso julgado, tendo sido legitimo o contradictor, fará prova contra qualquer outra pessoa sobre questões de capacidade, filiação ou casamento.

Ora a este respeito é necessario ter em consideração que a doutrina de que a sentença, que é pronunciada entre os sujeitos do estado juridico sobre o qual versou a causa ou de direitos relativos a esse estado, tem como effeito que esse estado deve ser reconhecido por todos, representa a applicação dum principio geral, pois que esses direitos, e portanto a sentença que os verifica, têem de ser acatados por todos os que não tenham direitos em contradicção com elles e não devam portanto considerar-se legitimos contradictores.

Assim se explica que, passando em julgado a sentença de interdicção por demencia ou prodigalidade, todos os actos praticados pelo interdicto, desde que a sentença de interdicção fôr registada e publicada, se considerarão nullos de direito (artt. 334.º e 349.º); que o casamento póde provar-se por qualquer meio de prova, e portanto pelo caso julgado (artt. 1083.º e 2442.º); que, sendo julgada improcedente uma acção de interdicção por prodigalidade, a mesma acção não possa ser intentada por outra pessoa que se funde nos mesmos factos, embora antes o pudesse fazer. Em qualquer destes casos verifica-se pela sentença e fixa-se uma situação juridica, que só poderia ser contestada por quem tivesse uma situação juridica incompativel com ella. Só esses é que poderiam considerar-se legitimos contradictores, não bastando para esse effeito que possam ser prejudicados nos seus interesses.

O codigo, sanccionando esta doutrina, isto é, admittindo que nestes e noutros casos a sentença que passou em julgado possa ser invocada independentemente da identidade dos litigantes, não teve propriamente por fim evitar que, em relação ao estado das pessoas, houvesse sentenças contradictorias, mas impôr a todos que não sejam legitimos contradictores o respeito pelo caso julgado em relação a direitos que existem para com todos.

O mesmo se dá em relação aos direitos reaes. Estes direitos existem para com todos, e a sentença em que sejam reconhecidos constitue uma prova desses direitos contra qualquer pessoa que não deva considerar-se, pelos direitos que tenha sobre a cousa, obrigado a respeitar a sentença.

279. *Influencia do caso julgado crime em materia civil.* A doutrina que acabamos de expôr é applicavel ao caso julgado civil, como prova em materia civil. Relativamente á influencia do caso julgado criminal em materia civil dispõe o codigo:

O caso julgado executorio em materia criminal constitue presumpção legal no civil, emquanto esta não fôr illidida por prova em contrario (art. 2504.º);

A absolvição do reu nos tribunaes criminaes ou correccionaes não illide a acção de perdas e damnos, salvo o que fica disposto nos artigos 2368.º e seguintes (art. 2505.º).

Como se vê destas disposições, a condemnação penal duma pessoa como auctora dum crime não constitue, em regra, relativamente á responsabilidade civil que desse crime derive e quando esta seja pedida perante os tribunaes civis, caso julgado; é uma simples presumpção legal.

Tendo a seu favor esta presumpção, o auctor da acção civil não é obrigado a adduzir provas, mas o reu póde provar que não se deu o facto, ou que não foi o auctor delle, ou que desse facto não derivou responsabilidade civil.

O reu, que seja absolvido na acção criminal, tambem não póde oppôr-se, baseando-se na sentença absolutoria, a que nos tribunaes civis seja exigida a indemnização de perdas e damnos (1).

(1) Sobre as excepções aos principios formulados aos artigos 2504.º e 2505.º, veja-se o DR. DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil*

280. *Sentenças emanadas de tribunaes estrangeiros.* Em virtude dos principios reguladores da competencia judicial internacional, podem os tribunaes estrangeiros proferir sentenças que tenham de produzir os seus effeitos em Portugal.

Essas sentenças, que são documentos authenticos, não podem, pelo menos em relação a certos effeitos, ter em Portugal força probatoria, sem que hajam sido revistas e confirmadas (delibação) pelos nossos tribunaes (art. 31.º, e cod. de proc. civil, artt. 39.º n.º 6.º, 87.º n.º 3.º e 1087.º–1091.º). Não basta, portanto, que as sentenças sejam legalizadas como os outros documentos.

Sobre o sentido que deve dar-se á palavra *exequiveis* do artigo 1087.º do codigo de processo civil podem suscitar-se duvidas, sendo este o motivo por que dizemos *pelo menos em relação a certos effeitos.*

O Conselheiro Dias Ferreira diz que a sentença estrangeira não revista nem confirmada só não póde servir de titulo ou base para execução ou effectivação judicial da sentença condemnatoria, e que faz prova no reino tanto para quaesquer registos na conservatoria como para averbamento de papeis de credito, considerando terminantes a este respeito as disposições dos artigos 31.º e 2430.º (1).

Ora ao tempo em que era publicada esta doutrina estava já em vigor o regulamento do registo commercial de 15 de novembro de 1888, em que se preceituava que as sentenças emanadas de tribunaes estrangeiros só eram admissiveis a registo depois de revistas nos termos do codigo de processo civil. E disposição identica se acha consignada no regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898 (art. 120.º § 3.º),

connexa com a criminal, tomo II, pagg. 77–83 e pagg. 112–177, e, sobre as modificações que devem introduzir-se em relação a este assumpto, a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXIX, pagg. 577 e 609.

(1) *Codigo de processo civil annotado*, tomo III, pag. 43.

e se deprehendia do artigo 92.º do regulamento de 28 de abril de 1870, parecendo ser essa a doutrina seguida nos nossos tribunaes (1).

Não póde, portanto, affirmar-se que só é necessaria a revisão para que as sentenças estrangeiras fiquem tendo força executiva.

Se á palavra *exequiveis* se dér o sentido de — *para produzirem effeito no reino*, a revisão será necessaria para que a sentença estrangeira fundamente a excepção de caso julgado. E, se attendermos ás disposições citadas dos regulamentos de 15 de novembro e de 20 de janeiro, parece que é este o sentido que se lhe deve attribuir.

SECÇÃO III

DA EXTINCÇÃO DOS DIREITOS

§ 57 — *Noções geraes*

281. *Modos por que póde verificar-se a extincção dos direitos.* Quando tractámos dos factos juridicos, indicámos dum modo geral como podia dar-se a extincção dos direitos, e, dependendo esta da natureza especial de cada um delles, é na parte em que expusermos a doutrina relativa aos institutos juridicos que determinaremos o modo por que se póde verificar a extincção duma determinada situação subjectiva.

Limitar-nos-hemos aqui a notar que a extincção dum direito se póde dar objectivamente ou subjectivamente.

A extincção objectiva verifica-se quando o direito se consome

(1) Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 1888, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXX, pag. 127.

com o proprio exercicio ou com o uso que delle se faça, quer esse exercicio consista num acto unico, quer em actos successivos; quando o objecto desse direito pereça em virtude de factos dependentes ou independentes da vontade do seu titular, ou seja prohibido pela lei; quando seja abandonado; quando um terceiro por facto proprio, independentemente da vontade do titular do direito, o adquira, e quando se dê a rescisão ou annullação do titulo por que se adquiriu o direito. Nos primeiros casos deixam de ter existencia objectiva os proprios interesses que constituiam o conteúdo do direito, ou de ser garantidos por este; quando se verifique o abandono ou se dê a adquisição do direito independentemente da vontade do seu antigo sujeito, a pessoa em cujo patrimonio o objecto desse direito venha a entrar não fica sendo representante do anterior titular do direito. Assim, dando-se o abandono, a cousa fica sendo *nullius*, adquirindo-se a propriedade della por modo originario; se a cousa é adquirida pela prescripção, o facto a que se tem de attender para determinar o conteúdo do direito é a posse e não o titulo juridico por que a propriedade pertencia ao antigo titular; se se rescinde ou annulla o negocio juridico, este considera-se como não tendo sido effeituado, determinando-se os direitos da pessoa para quem, em virtude da rescisão, passe o objecto, pela situação juridica anterior ao acto juridico annullado.

O direito extingue-se subjectivamente, ou só relativamente á pessoa a quem pertencia, quando á perda do direito que em relação a esta se dá corresponde a sua adquisição por outra pessoa, que fica sendo sua representante ou successora a titulo universal ou singular.

Extinguindo-se o direito, extingue-se a acção ou a excepção que nelle tenham o seu fundamento, salvos os casos em que, no respeitante á nullidade dos negocios juridicos, a excepção fique tendo uma vida independente do direito de acção.

É assim que, se a acção tiver sido instaurada, extingue-se

quando o direito do auctor e a obrigação do reu tenham caracter meramente pessoal e se verifique a morte de qualquer delles.

Tendo, porém, as acções caracter patrimonial, embora pudessem ser intentadas só por determinadas pessoas, desde que sejam instauradas o direito transmitte-se para os herdeiros. Assim, tendo sido proposta a acção de rescisão duma doação em virtude de ingratidão do donatario, os herdeiros do doador ficam com o direito de proseguir na acção, que elles não podiam propôr (art. 1491.º).

Entre os factos extinctivos dos direitos, destaca-se a prescripção, de que tractaremos, sob esse aspecto, neste livro.

§ 58 — *Da prescripção em geral*

Conselheiro Dias Ferreira, *Codigo civil português annotado*, tomo II, notas aos artigos 505.º-516.º e 548.º-563.º; Coelho da Rocha, *Instituições*, §§ 454.º e segg.; Chironi e Abello, *Trattato*, tomo I, pag. 684; Pugliese, *Trattato della prescrizione extintiva* e *Trattato della prescrizione acquisitiva*; Guillouard, *Traité de la prescription*; Windscheid, *Pandette*, tomo I, pagg. 422 e 1071; Dernburg, *Pandette*, tomo I, pag. 442.

282. *Noção e especies da prescripção.* *Prescripção* é o meio por que, havendo decorrido o tempo fixado na lei e verificando-se as demais condições por esta exigidas, se adquirem direitos pela posse ou extinguem obrigações por não se exigir o seu cumprimento (art. 505.º).

Esta noção comprehende tanto a *prescripção positiva*, isto é, aquella por que, pelo facto da posse nas condições e pelo lapso de tempo que a lei exige, se adquirem cousas immobiliarias ou moveis, como *a negativa*, isto é, aquella em que, pelo facto de não haver sido pedido o cumprimento duma obrigação durante o prazo fixado na lei, o credor perde o direito respectivo (art. 505.º § unico).

••

Em geral, á prescripção *positiva* dá-se a denominação de *adquisitiva,* e á *negativa* a de *extinctiva.* Pela terminologia adoptada pelo auctor do codigo, que foi discutida na Commissão revisora, e representa uma innovação no nosso direito, talvez se pretendesse pôr em relevo o elemento dominante de cada uma das especies de prescripção, sem que pudesse formar-se a falsa idêa, a que a antiga terminologia dava logar, de que a prescripção adquisitiva não fosse tambem extinctiva. E, sob este aspecto, a terminologia do codigo parece-nos mais adequada.

Em qualquer das prescripções ha, pelo não exercicio dos direitos que derivam duma determinada situação subjectiva, a perda desses direitos, sendo assim extinctivas tanto a prescripção positiva como a negativa. Perde o seu direito o proprietario dum predio que, por inacção, deixou que outrem o possuisse em nome proprio durante o tempo fixado na lei para a prescripção; perde o direito de servidão quem o não usar durante o tempo necessario para a prescripção (art. 2279.º n.ª 2.º), como perde o seu credito quem o não exigir durante certo tempo, decorrido o qual se extinga a obrigação pela prescripção. No primeiro caso, porém, a perda do direito não é apenas devida á inacção do proprietario do predio, mas tambem ao facto de em relação a esse predio se haver constituido uma situação de facto (posse) que está em contradicção com a situação juridica do proprietario. Se não fôra essa situação de facto, o direito de propriedade, apesar da inacção do proprietario, não se extinguiria. A extincção do direito é assim devida a factos positivos realizados pela pessoa em favor de quem se opéra a prescripção. Nos dois ultimos casos, a inacção do antigo titular do direito determina, independentemente de qualquer facto positivo realizado pelo proprietario do predio ou pelo devedor, a extincção do direito de servidão, ficando o predio livre desse onus, ou a perda do direito de credito, ficando por essa fórma desobrigado o patrimonio do devedor.

Dos exemplos que acabamos de dar, resulta tambem que, tanto na prescripção positiva como na negativa, ha, correspondentemente á perda que se verifica no patrimonio da pessoa contra quem se deu a prescripção, um augmento no patrimonio da pessoa a quem esta aproveitou. Esse augmento não tem, porém, os mesmos caracteres, não podendo até dizer-se que toda a prescripção extinctiva seja adquisitiva, quando por esta palavra signifiquemos o augmento do patrimonio em virtude de novos poderes que o seu titular fique tendo sobre cousas ou quanto a pessoas por prestações que destas possa exigir. É assim que se é augmentado, pela adquisição dum predio pela prescripção, o activo do patrimonio, ficando o titular deste com o direito de propriedade sobre o predio, no caso de se extinguir uma divida pela prescripção, o augmento que ha no patrimonio verifica-se apenas pela diminuição do seu passivo, não se constituindo o titular desse patrimonio numa situação juridica em virtude da qual possa exigir qualquer prestação (acção), mas ficando apenas com o direito de se oppôr a que o credor execute os seus bens para cumprimento da obrigação em que se achava constituido e de que a prescripção o libertou (excepção). No caso de não uso da servidão, o predio fica desonerado, operando-se, em virtude da prescripção, a transição duma propriedade imperfeita para uma propriedade perfeita, extinguindo-se assim um direito, pois que a servidão não fica tendo vida autonoma, não fica sendo um direito independente.

São sufficientes estas idêas para que possamos caracterizar a prescripção positiva e a negativa, assumpto em que a nossa jurisprudencia tem laborado em graves equivocos. É assim que, não podendo haver prescripção positiva em materia de obrigações, pois que estas, representando poderes que umas pessoas têem em relação a outras que ficam sujeitas a certas prestações, não são susceptiveis da posse, que, como instituto autonomo, só se dá em relação aos direitos reaes, já temos visto

mais do que uma decisão judicial em que se admitte a adquisição dum direito de credito por meio da prescripção.

Tractaremos desenvolvidamente desta materia a proposito da posse e da prescripção positiva, limitando-nos aqui a notar que para taes erros não pouco tem contribuido o systema do nosso codigo em materia de prescripção, que não só incluiu a prescripção negativa no livro em que se tracta da adquisição de direitos por facto proprio, mas collocou na secção em que tracta da prescripção em geral disposições que são privativas da prescripção positiva.

É para nós indubitavel que, havendo pontos que são communs á prescripção positiva e á negativa, se deve, não só para simplificar a exposição de doutrinas, mas para tambem se precisar devidamente, nos seus pontos fundamentaes, este instituto juridico, expôr em primeiro logar as disposições que são communs a ambas as especies de prescripção, e tractar depois separadamente de cada uma dellas. Desciplinam-se por esta fórma devidamente os institutos juridicos, pondo-se em relevo os conceitos que fundamentalmente os informam.

No direito romano eram consideradas como categorias juridicas autonomas, tendo normas diversas, a adquisição pela prescripção do dominio e das servidões, a prescripção das acções e a perda em virtude do não uso. A evolução juridica tem-se accentuado no sentido de unificar o conceito da acção do tempo no que respeita á extincção dos direitos, sem que se deixe de ter em vista o modo especial por que ella se exerce (1).

283. *Prescripção e termos prefixados para o exercicio de*

(1) No codigo civil allemão tracta-se, sob a designação de *prescripção dos direitos*, da prescripção negativa na parte geral, e da prescripção positiva, a que dá o nome de *usucapião*, no livro III, respeitante aos direitos reaes. São mandadas, porém, applicar a esta prescripção muitas das disposições que se encontram na secção em que se tracta da prescripção negativa.

direitos. Sob a palavra *prescripção* tanto se comprehende na nossa legislação a adquisição dum direito pela posse e a desoneração duma obrigação pelo facto de se não exigir o seu cumprimento, como o facto de não se poder exercer um direito quando haja decorrido o prazo para esse effeito fixado na lei. É assim que se diz que o direito que os herdeiros do marido têem de impugnar a legitimidade dos filhos nascidos durante a constancia do matrimonio *prescreve* decorridos sessenta dias contados desde aquelle em que o filho tenha entrado na posse dos bens do presumido pae, ou desde o dia em que os herdeiros forem perturbados na posse da herança do referido filho (art. 109.º); que se declara que a acção de rescisão por nullidade, resultante da incapacidade dos contrahentes, de erro e de coacção *prescreve* decorridos certos prazos (artt. 688.º a 690.º), e que a acção de nullidade resultante de achar-se a cousa que faz objecto do contracto fóra do commercio, é *imprescriptivel* (art. 691.º). Noutros artigos fixa-se o prazo durante o qual poderão ser praticados certos actos, mas não se diz que se dá a *prescripção* decorridos esses prazos (artt. 133.º, 353.º, 2292.º).

Theoricamente, a differença que ha entre a prescripção e o facto de não se poder exercer, decorrido que seja o tempo para esse effeito fixado na lei, um direito, é obvia. Basta attender a que não ha, neste ultimo caso, uma situação subjectiva, mas um poder ou faculdade de constituir uma situação subjectiva ou annullar uma situação já existente em virtude de não ter plena efficacia juridica, poder que, não se havendo concretizado, não representa um direito adquirido, ao passo que na prescripção ou se adquire um direito ou se perde um direito já adquirido. Quando ha um poder e este não é exercido, o direito não se extingue pelo facto de não ser exercido subjectivamente durante um certo tempo, porque não se chegou a subjectivar por não se haver realizado o facto de que dependia essa subjectivação, ou, por outras palavras, por não se haver exercido objectiva-

mente. Neste caso, o não exercer o direito, o não propôr a competente acção, representa o elemento principal, sendo o tempo uma condição de que dependia a possibilidade desse exercicio. Quando ha uma situação subjectiva constituida, o tempo não representa, quando ella não seja temporaria, uma condição da sua existencia; o simples decurso dum certo prazo, sem que sejam exercidos os direitos correspondentes a essa situação, ou esse decurso e a constituição duma relação de facto que esteja em contradicção com ella, é que determinam a perda desses direitos. Aqui o decurso do tempo representa o elemento capital.

Se nos parece facil, porém, definir theoricamente a differença que ha entre a prescripção e o termo fixado na lei para o exercicio dum direito, os effeitos praticos que resultam dessa distincção já se não podem determinar com a mesma facilidade. É necessario attender especialmente a cada relação juridica, definir a sua natureza, verificar o modo por que se acha regulada, para se determinarem os effeitos que derivam da fixação dum termo.

Em geral póde dizer-se que as causas que, como veremos, interrompem ou suspendem a prescripção, não são applicaveis quando se tracta dum termo que veda o exercicio dum direito; que não é necessario oppôr em taes casos a prescripção, operando o decurso do tempo de pleno direito os seus effeitos; que não ha a distincção entre boa e má fé, e que não é admittida a renuncia.

Os effeitos que derivam do termo são portanto mais energicos que os resultantes da prescripção (1).

284. *Fundamento da prescripção.* A prescripção basêa-se

(1) Veja-se a este respeito GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n.º 225; PUGLIESE, *Prescrizione extintiva*, pagg. 400 e segg.; LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XXXII, n.º 10.

no interesse publico, sendo que se torna necessario garantir os individuos e os agregados sociaes nas suas relações juridico-patrimoniaes contra as perturbações a que estariam constantemente expostas, se prolongadas relações de facto se não tornassem juridicas. É a necessidade de que sejam certas estas relações que fez com que em todos os povos duma civilização relativamente adeantada se reconhecesse á acção do tempo o effeito de extinguir relações juridicas e até o de, mediante certos factos, as constituir, harmonizando assim os factos da vida real com o direito, não os sacrificando a este, quando disso derivariam perigosas complicações.

Sendo este o fundamento da prescripção, a determinação das outras razões que por alguns jurisconsultos têem sido adduzidas a favor da prescripção: — a renuncia do direito por parte de quem o não exerceu durante um certo tempo; a presumpção de que um estado de facto prolongado durante um certo tempo corresponda ao direito; a pena infligida a quem, por negligencia, não exerce os seus direitos; a difficuldade e até impossibilidade que haveria em provar, decorrido um certo tempo, que se havia legitimamente extinguido ou constituido uma relação juridica, — não é indifferente sob o ponto de vista pratico, havendo algumas prescripções que se basêam em motivos especiaes.

Na fixação dos prazos para a prescripção, e ainda nos effeitos que della derivam, póde o legislador ter, e de facto tem tido, em consideração, quanto a algumas relações juridicas, uma ou outra dessas razões. É assim que, em relação a alguns creditos para que se estabelece a prescripção de curto prazo, se presume o pagamento.

Daqui deriva que o tempo para a prescripção é mais ou menos longo conforme a natureza da obrigação de que se tracta, por que ha alguns direitos que se costumam exercer num prazo mais curto do que outros.

O fundamento da prescripção que apresentamos é commum

á prescripção negativa e á positiva, e nelle se vão filiar algumas das razões que têem sido adduzidas e que em especial se applicam a uma ou outra especie de prescripção. É assim que a difficuldade da prova resulta da permanencia duma situação de facto correspondente á de direito; a presumpção de que haja sido cumprida uma determinada obrigação deriva do que normalmente succede em certas categorias de obrigações.

285. *Objecto da prescripção.* No artigo 506.º declara-se que podem ser objecto de prescripção todas as cousas, direitos e obrigações que estão commercio, e que não forem exceptuadas por lei, e preceitua-se no artigo 537.º que não são prescriptiveis as obrigações que correspondem a direitos inalienaveis, ou que não estão sujeitas a limitação de tempo.

Não estando as relações do individuo com o Estado e com a familia, como constitutivas do estado civil das pessoas, no commercio, d'ahi resulta que, em principio, a prescripção não abrange essas relações em si e nas suas consequencias, incluindo as que tenham caracter patrimonial, dando-se o contrario com as relações de caracter patrimonial, ás quaes se applica a regra formulada no artigo citado.

No artigo 111.º declara-se, porém, que o direito do filho legitimo de vindicar o estado é imprescriptivel, parecendo assim deprehender-se do disposto neste artigo, combinado com com o artigo 506.º, que as relações de familia tambem são, em regra, objecto de prescripção.

Para nos convencermos da falsidade desta conclusão e determinarmos o motivo por que no codigo se exarou o artigo 111.º, basta attender a que as relações de familia podem: *a)* achar-se legalmente constituidas ou verificadas, dando-se, em virtude dessa constituição, o direito de que por todos sejam reconhecidos os poderes ou faculdades que derivam dessas relações, os quaes são absolutos; *b)* haver apenas o direito ou

faculdade, estabelecido no direito objectivo, de fazer verificar a existencia duma determinada relação juridica. Se é imprescriptivel o direito ao reconhecimento duma situação já constituida, porque as consequencias que derivam do estado das pessoas, são, do mesmo modo que o estado, inalienaveis, quanto ao direito de fazer verificar uma determinada situação juridica relativa á familia, a lei, no interesse da ordem e tranquillidade social, fixa ordinariamente prazos dentro dos quaes se póde propôr em juizo a acção para esse effeito.

Nestes casos, não existe uma relação de familia que represente uma situação subjectiva e que o legislador tenha, como tal, de respeitar; ha apenas a faculdade de se constituir essa relação, faculdade a que póde renunciar-se, sendo para isso sufficiente que não se proponha a respectiva acção dentro do prazo em que a lei a faculta.

Da doutrina exposta resulta o motivo por que se consignou no codigo o artigo 111.º, e vê-se tambem que não se tracta duma prescripção propriamente dicta, mas de prazos estabelecidos por lei para o exercicio dum direito, nas disposições em que se declara que se dá, decorrido um certo prazo, a prescripção do direito de fazer verificar um determinado facto constitutivo de relações de familia.

Verificado, porém, este facto, a prescripção nunca póde dar-se, porque o estado das pessoas é, como a personalidade, inalienavel, está fóra do commercio. E emquanto esse estado subsistir, os direitos a elle inherentes são, embora tenham caracter patrimonial, inalienaveis tambem. Assim, deve considerar-se imprescriptivel o direito a um nome, a um titulo, embora não se use durante um longo prazo; o direito de pedir alimentos; o direito que tem o marido de obrigar a mulher a voltar para o domicilio conjugal.

Se é, porém, imprescriptivel qualquer direito inherente á personalidade, não o é o direito de exigir a reparação por qualquer violação desses direitos, quando tenha caracter patri-

monial, e o de exigir o cumprimento duma obrigação da mesma natureza quando não seja consequencia do estado, mas de uma relação juridica concreta. Assim, é prescriptivel o direito de exigir a indemnização pelos damnos que hajam sido causados pelo crime de diffamação, como é prescriptivel tambem o direito de exigir o pagamento de uma divida alimenticia vencida, embora não possam prescrever o direito de integridade moral e o direito de pedir alimentos.

Não são objecto de prescripção os direitos facultativos, *res merae facultatis*, porque não se estabelece, pelo não exercicio desses direitos, um estado de facto que seja contrario ao direito e que a prescripção venha legitimar. Assim, pelo facto de não cultivar um predio rustico, de não fazer nelle uma edificação, de não abrir uma janella num predio urbano, esses direitos não se extinguem pela prescripção. Os direitos facultativos não têem uma existencia autonoma; representam consequencias duma determinada situação juridica, que pode exercer-se dum modo ou doutro, como ao titular dessa situação melhor aprouver, tornando-se necessario, para que se verifique a prescripção, que se estabeleça uma situação de facto que esteja em contradicção com o exercicio desses direitos. Assim, o direito de propriedade e as consequencias que delle derivam, como o direito de pedir a divisão duma cousa commum, não se extinguem nem limitam pelo simples não uso. Se, porém, o comproprietario dispuser especificadamente duma parte do predio commum de que se pede a divisão, ou o proprietario do predio contiguo possuir como propria uma parte do predio de que se pede a demarcação, ter-se-ha estabelecido uma situação de facto contraria á situação subjectiva de que derivavam aquelles direitos e poder-se-ha dar a prescripção. Do mesmo modo, a qualquer tempo se póde propôr uma acção, se a lei não fixar um prazo para esse effeito, para declarar inexistente um determinado negocio juridico por falta de formalidades externas, ou por ser impossivel o seu objecto. É assim que a

qualquer tempo posso intentar a acção de annullação dum contracto por falsidade ou nullidade do documento, e que é imprescriptivel (art. 691.º) a acção de rescisão por nullidade resultante de achar-se a cousa que faz objecto do contracto fóra do commercio.

O facto, porém, de não prescrever a acção não obsta a que se haja dado a prescripção positiva ou negativa em favor de determinadas pessoas, a qual, representando um meio de adquisição de direitos pela posse ou de extincção de obrigações por não se exigir o seu cumprimento, nada tem com o negocio juridico, mas com a relação de facto.

Vê-se, pois, que para se dar a prescripção não basta que um individuo deixe de exercer os direitos ou faculdades que por lei lhe são attribuidos, quando esse exercicio não está limitado a um tempo determinado. A qualquer tempo posso exercer o direito de edificar sobre um terreno meu, sem que um vizinho, de cujo predio tiro as vistas construindo um edificio no meu terreno, possa allegar o não exercicio do direito e portanto a prescripção para obstar á construcção. Para que haja a prescripção, é necessario que a perda do direito pelo seu titular anterior em consequencia da inacção dê origem á adquisição dum direito por outra pessoa ou á extincção duma obrigação. Sem esta collisão, não póde haver a prescripção.

No abandono, em virtude do qual o titular do direito põe este fóra do seu patrimonio por vontade propria, não póde haver essa collisão, e não é necessario que haja o decurso de qualquer prazo de tempo para que se adquira a cousa que foi abandonada, a qual fica sendo *nullius*.

Á prescripção estão sujeitas as acções e não as excepções, no sentido de que estas podem ser deduzidas a qualquer tempo que a acção seja proposta, quando a propria razão que fundamenta o direito de acção, em virtude de subsistir o estado de facto que a lei tutela, faz com que, extinguindo-se este direito, não se extinga a excepção. É este o alcance da maxima: *quæ*

temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum, de que representa uma applicação o artigo 693.º.

286. *Renuncia á prescripção.* Sendo a prescripção um instituto que tem o seu fundamento no interesse publico, não é permittido renunciar antecipadamente ao direito de adquirir ou de se desonerar pela prescripção, podendo todavia renunciar-se ao direito adquirido por meio della (art. 508.º).

Se fosse permittido renunciar antecipadamente á prescripção, illudir-se-hia a lei introduzindo nos contractos a clausula de renuncia á prescripção, e tornando-se assim incertas as relações juridico-patrimoniaes. Realizada, porém, que seja a prescripção, o direito que por meio desta se adquiriu entrou no patrimonio do individuo, e a renuncia a elle nada tem portanto com o interesse publico, cumprindo o seu auctor por esse meio um dever de consciencia.

A renuncia ao direito adquirido pela prescripção póde fazer-se tanto tacita como expressamente, e, como por essa renuncia se perde um direito, o que equivale á sua alienação, é necessario que o individuo que renuncia tenha a faculdade de alienar. Assim, a mulher casada não póde renunciar sem auctorização do marido, os tutores sem auctorização do conselho de familia. O que se deve verificar é se a pessoa que renunciou podia de per si assumir a obrigação ou satisfazê-la, sem necessidade de auctorização. No caso affirmativo, a renuncia deve considerar-se valida.

Sendo a renuncia um negocio juridico unilateral em que a vontade se manifesta no sentido de não se tornar effectivo o direito adquirido pela prescripção ou a desoneração pela prescripção, segue-se que não póde considerar-se renuncia qualquer facto em virtude do qual apenas se reconheça o direito da pessoa contra quem se deu a prescripção, como tambem assim se não póde considerar o facto de não se oppôr a prescripção logo que

se propõe a acção de reivindicação ou se exige judicialmente o cumprimento da obrigação.

Intendemos, porém, que o facto de se cumprir voluntariamente uma obrigação que se achava prescripta, ou de se restituir uma cousa, não se oppondo a prescripção em virtude de erro ou de ignorancia acerca da existencia desta, não póde ser invocado para repetir o que se haja pago ou se tenha restituido. Embora não possa, em tal caso, considerar-se o facto do pagamento ou da restituição como renuncia, ha o cumprimento dum dever moral, não se verificando assim o locupletamento sem causa.

Dada a renuncia, e se no acto desta, quando seja expressa, se não introduzir alguma modificação nas relações entre o credor e o devedor, estas persistem do mesmo modo que anteriormente á prescripção.

287. *Quem póde oppôr a prescripção, contra quem se dá e quando se produzem os seus effeitos.* A prescripção póde ser opposta não só pela pessoa que por meio della adquiriu o direito, ou se desonerou da obrigação, mas pelos seus credores ou por qualquer pessoa interessada em a fazer valer, ainda que o devedor ou o possuidor hajam renunciado ao direito adquirido por meio della (art. 509.º), pois que essa renuncia representa a alienação dum direito patrimonial da pessoa a favor de quem se dá a prescripção. Para que seja admissivel, porém, a opposição dos credores ou de outros interessados á renuncia feita pelo devedor, fazendo annullar esse acto, é necessario que desta possa resultar prejuizo para elles em virtude da diminuição que por esse meio se realize no seu patrimonio, ficando o devedor insolvente (art. 1030.º). Se assim não fôr, não podem considerar-se interessados e portanto legitima a sua opposição.

A prescripção negativa, fundando-se apenas na inacção do titular do direito durante o tempo fixado na lei para que esta

se dê, aproveita a todas as pessoas singulares ou collectivas e até aos incapazes (art. 507.º).

Para a prescripção positiva é necessaria a posse, e, como veremos, é necessaria a intenção para que esta se possa adquirir, não podendo consequentemente adquirir de per si posse as pessoas que não têem uso de razão (art. 480.º).

A prescripção, salvos os casos exceptuados na lei, opéra-se contra todas as pessoas tanto singulares como collectivas, sendo o Estado, os municipios, as parochias, e quaesquer corporações ou fundações considerados como particulares relativamente á prescripção dos bens e direitos susceptiveis de dominio privado (art. 516.º).

A prescripção não produz effeito de per si mesma, não podem os juizes applicá-la officiosamente, devendo para esse fim ser invocada pelas pessoas a quem aproveita. Estas, offerecendo a prescripção como excepção, libertam-se legalmente do cumprimento duma obrigação que a consciencia impõe como dever moral ou de conveniencia social, sendo por esse motivo e pelo de se tractar de interesses de caracter privado que a lei prohibe que os juizes suppram de officio a prescripção, quando esta não seja invocada pelas partes (art. 515.º).

Esta prohibição, que é geral e absoluta, applica-se, sejam quaes forem as pessoas ás quaes a prescripção aproveite.

Não produzindo a prescripção os seus effeitos de pleno direito, segue-se que o possuidor, que não oppõe a prescripção, não se torna proprietario, considerando-se o direito de propriedade como se não houvesse saído do patrimonio da pessoa contra quem se podia invocar a prescripção.

288. *Condições da prescripção.* Tanto para a prescripção negativa como para a positiva exige-se, como condição essencial, a inacção por parte do titular do direito, que essa inacção se produza durante um certo prazo, e que, em virtude della, se constitua uma situação subjectiva que esteja em contradicção com o direito.

A inacção por parte do titular do direito tem o seu inicio no momento em que se constitue uma situação de facto em virtude da qual elle póde perder o seu direito, quer por não o exercer, se se tracta dum direito real, quer por não exigir o seu cumprimento, se se tracta duma obrigação. Assim, em relação ás obrigações, a prescripção começa no momento em que se vencem ou são exigiveis, se outra data não fôr especialmente assignada para esse effeito (art. 536.º). Tractando-se de direitos reaes, a prescripção começa no momento em que, pela posse em nome proprio e com as demais condições exigidas por lei, se constitue uma situação de facto não correspondente á de direito ou que está em contradicção com esta.

Iniciado o decurso do prazo para a prescripção, póde dar-se nesse decurso: *a*) uma solução de continuidade em virtude dum estado de cousas que torne impossivel, ou, pelo menos, muito difficil o exercicio do direito com a devida efficacia; *b*) a readquisição pelo direito da sua força vital, em virtude dum facto que, fazendo desapparecer o fundamento da prescripção, abra um novo periodo de actividade para o direito.

No primeiro caso ha a *suspensão* da prescripção, e, no segundo, a *interrupção* da prescripção.

289. *Da suspensão da prescripção.* Não sendo em alguns casos devido a negligencia ou inacção do titulor do direito o facto de o não exercer ou exigir o cumprimento da obrigação, mas a causas doutra ordem, que tornam pessoalmente impossivel esse exercicio ou exigencia, e sendo injusto que, em taes casos e pelo simples decurso do prazo fixado na lei, se operasse a prescripção, declara o codigo em que condições a prescripção não póde começar, ou, tendo começado, não póde correr. É o que se chama *suspensão da prescripção,* a qual é efficaz emquanto dura a causa que a produz, não se contando

esse tempo para perfazer o prazo da prescripção, mas não se annullando, quando ella já haja começado, o tempo decorrido anteriormente. Assim, começando a prescripção contra um credor que era maior e succedendo a este um menor, a prescripção fica, por este facto, suspensa, emquanto o menor não tenha quem o represente; mas, removida que seja a causa que determinou a suspensão, a prescripção continúa a correr, contando-se para ella o tempo decorrido anteriormente á successão do menor no credito.

As causas de suspensão da prescripção são expressamente determinadas na lei, achando-se nesta exarado o principio de que a prescripção póde começar e correr contra toda e qualquer pessoa, salvas as restricções nella formuladas (art. 548.º), e podem classificar-se nas seguintes categorias:

1.ª Causas que produzem o seu effeito em favor de determinadas pessoas contra qualquer pessoa;

2.ª Causas que só têem effeito entre determinadas pessoas.

As causas da primeira categoria estão especificadas nos artigos 549.º, 550.º, 551.º n.º 2.º parte final, e n.ºs 3.º a 5.º. As causas da segunda categoria são as mencionadas no artigo 551.º, n.ºs 1.º, 2.º pr. e 6.º.

O nosso legislador, ao contrario do que se dá em alguns codigos estrangeiros, não considerou, e com razão, como causas de suspensão as situações de direito em que, por não ser exigivel a obrigação, a prescripção não começa a correr. É assim que, começando o tempo util para a prescripção, quando esta seja negativa, desde o momento em que, tornando-se exigivel a obrigação, se póde propôr a competente acção contra o devedor, não póde começar a correr a prescripção nos creditos a termo, emquanto não se vencerem, nos creditos dependentes de condição, emquanto esta se não verificar, e nas obrigações eventuaes, emquanto se não dér o facto que converta a expectativa num direito exigivel.

Em qualquer destes casos não ha a suspensão, porque esta

presuppõe uma situação especial do titular do direito contra quem se opéra a prescripção, em virtude da qual este não póde ou lhe é pelo menos muito difficil exercer o seu direito, e nos casos referidos não se póde effeituar a prescripção em virtude da propria natureza da relação juridica.

Na suspensão, a impossibilidade de exercer o direito é subjectiva e não objectiva.

As causas de suspensão têem o seu fundamento:

a) Na impossibilidade de exercer o direito em virtude de incapacidade ou do exercicio de determinadas funcções. É assim que a prescripção não póde começar nem correr: 1) contra os menores ou dementes, emquanto não tiverem quem os represente ou administre seus bens (1) (art. 549.º). Desde que haja quem legalmente represente o menor ou demente, a prescripção, attenta a responsabilidade a que os seus representantes ficam sujeitos, corre contra elles, mas, sendo contra os menores, não se póde completar sem que haja decorrido um anno desde que cessou a menoridade, e, sendo contra os dementes, haver-se-ha por terminado o impedimento para o effeito da prescripção passados tres annos depois de decorrido o prazo ordinario della, e, se o impedimento tiver terminado antes, findo um anno desde que elle cessou (art. 550.º §§ 2.º e 3.º); 2) contra aquelles que se achem ausentes do reino em serviço da nação (art. 551.º n.º 4.º); 3) contra os militares em serviço activo no tempo de guerra, tanto fóra como dentro do reino;

b) Numa relação especial de direito entre as pessoas contra quem e a favor de quem se opéra a prescripção, tendo-se

(1) Fundando-se nas palavras *ou administre os seus bens*, e em que a mulher é, na ausencia ou impedimento do marido, administradora dos bens do casal (artt. 1117.º § unico, 1189.º e 1190.º), tem-se intendido na nossa jurisprudencia que se não dá a suspensão da prescripção em relação ao demente casado. Veja-se o *Direito*, vol. XXI, pag. 178, e a *Revista dos Tribunaes*, vol. VII, pag. 239.

por fim evitar conflictos que perturbem a paz e a tranquillidade da familia, ou obstar a que alguem se aproveite da prescripção abusando da sua situação juridica ou da confiança que, em virtude de outros vinculos, nelle se deve depositar. Assim, as relações de familia obstam: 1) a que a prescripção comece ou corra entre casados (art. 551.º n.º 1.º); 2) a que possa começar ou correr entre a mulher casada e terceiros: 1.º relativamente aos bens dotaes, se não tiver começado a correr antes do matrimonio; 2.º emquanto aos bens immoveis alienados pelo marido sem consentimento della, mas só na parte que tocar a esta nos dictos bens; 3.º nos casos em que a acção da mulher contra terceiro reverta contra o marido; 3) a que se verifique a prescripção relativamente ás acções dos menores que revertam contra seus paes, emquanto subsistir o patrio poder (art. 551.º n.º 2.º). As relações provenientes da administração de bens impedem que a prescripção comece, e, uma vez começada, que continue a correr: 1) entre tutelados e administrados e seus tutores e administradores, emquanto a tutela e a administração durarem (art. 551.º n.º 2.º), e 2) entre a herança e o herdeiro a beneficio de inventario, que se ache na posse effectiva da mesma herança, emquanto o dicto inventario se não concluir (art. 551.º n.º 6.º).

Relativamente aos menores, aos dementes e aos militares em serviço activo, exceptuam-se as prescripções de curto prazo mencionadas nos artigos 538.º, 539.º, 540.º, 541.º e 543.º, as quaes correm contra elles da mesma fórma que contra qualquer outra pessoa (artt. 550.º § 2.º e 551.º n.º 5.º), devendo notar-se que, não sendo muito admissivel a doutrina que o codigo sanccionou relativamente ás pessoas que se achem ausentes do reino em serviço da nação pelo que respeita á suspensão da prescripção, pois que não se dá em relação a ellas a impossibilidade de exercerem os seus direitos, muito menos se póde justificar que não sejam abrangidas na excepção respeitante ás prescripções de curto prazo, attentos os motivos especiaes que levaram o legislador a admittir taes prescripções.

Quanto á suspensão da prescripção dos bens dotaes e dos immobiliarios communs ou proprios da mulher alienados pelo marido, devemos notar que os bens immobiliarios dotaes são inalienaveis, exceptuados os casos estabelecidos na lei (art. 1149.º), e portanto não podem ser prescriptos durante o matrimonio, salvo o caso de a prescripção haver começado a correr antes delle (art. 1152.º). Durante o matrimonio, a prescripção não póde começar a correr; só começa depois da dissolução do matrimonio.

Acrescentaremos ainda que os bens immobiliarios dotaes só são inalienaveis quando se achem registados (artt. 949.º § 2.º n.º 5.º e 951.º); quando não estejam registados e sejam alienados só pelo marido, a prescripção apenas fica suspensa durante a constancia do matrimonio, como se esses bens fossem proprios da mulher.

Quanto aos bens mobiliarios dotaes, o marido póde dispôr desses bens livremente, salvo se outra cousa houver sido estipulada (art. 1148.º). Em certos casos é, porém, admittida a reivindicação pela mulher e pelos seus herdeiros dos bens mobiliarios dotaes alienados pelo marido (art. 1150.º §§ 1.º e 2.º). Ora quando a mulher possa reivindicar de terceiros os bens indevidamente alheados pelo marido, e a acção proposta contra os adquirentes reverta contra o marido por ser responsavel para com elles pela prestação da evicção, dá-se a suspensão da prescripção, em virtude do disposto no artigo 551.º n.º 3.º parte final e não do mesmo artigo n.º 3.º pr.

Vê-se, do que deixamos dicto, que a disposição exarada no artigo 551.º n.º 3.º pr. está mal redigida.

Quanto aos bens immoveis proprios da mulher, e aos communs pelo que respeita á parte que nelles tocar á mulher, dá-se a suspensão da prescripção, independentemente de reverter contra o marido a acção de reivindicação proposta por

ella. Em todos os outros casos em que, havendo qualquer alienação indevidamente effeituada pelo marido, a acção proposta contra os adquirentes reverta contra elle em virtude da acção de garantia ou de prestação da evicção, dá-se a suspensão da prescripção.

O mesmo se verifica relativamente aos paes que alienem indevidamente os bens dos seus filhos menores. Quando os filhos tenham o direito de reivindicar esses bens e a acção do menor reverta contra seus paes, por serem responsaveis para com os adquirentes pelo preço delles ou pela indemnização de perdas e damnos, a prescripção não póde começar senão depois de haver cessado o poder paternal. Assim, se os paes tiverem bens de que seja comproprietario um filho menor e os venderem como se lhes pertencessem exclusivamente, não poderá começar nem correr a prescripção emquanto subsistir o poder paternal.

Vê-se, pois, que não é completamente exacta a doutrina exposta pelo Conselheiro Dias Ferreira, em nota ao artigo 551.º n.º 2.º, quando diz: «Mas corre a favor de terceiro adquirente a prescripção, porque o n.º 2.º não concede ao administrado, quer tutelado quer sujeito ao patrio poder, o favor que o n.º 3.º concede á mulher casada de não começar nem correr a prescripção entre ella e terceiro com respeito aos bens no mesmo numero mencionados».

As causas de suspensão comprehendidas na segunda categoria são applicaveis a qualquer prescripção, seja qual fôr o seu prazo e fundamento; e, baseando-se numa relação especial de direito entre as pessoas a favor de quem e contra quem se opéra a prescripção, produzem os seus effeitos emquanto subsistir essa relação. Assim, parece-nos que as relações entre os conjuges obstam a que a prescripção comece a correr entre elles depois de decretada a simples separação judicial de bens e até a separação judicial de pessoas e bens, não se fazendo a esse respeito restricção alguma no artigo 551.º n.º 3.º, talvez

porque o legislador intendeu que devia remover todas as causas que produzissem embaraços a que se restabelecesse a sociedade conjugal. A disposição consignada no artigo 1211.º não invalida a doutrina exposta, pois que o inventario e a partilha dos bens, e os direitos especiaes que, em relação á disposição e administração dos que ficam pertencendo a cada um dos conjuges resultam dessa separação, e que representam uma modificação no estado de casado, não supprimem este estado e consequentemente as relações que, sob outros aspectos, existem entre os conjuges.

Não se admittirão outras causas de suspensão de prescripção, além das que se acham enumeradas no codigo?

O artigo 548.º, declarando que a prescripção póde começar e correr contra toda e qualquer pessoa, salvas as restricções estabelecidas nos artigos seguintes, parece que decide a questão em sentido negativo. O artigo 2251.º do codigo civil francês, achando-se formulado quasi nos mesmos termos: «La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi», tem sido todavia interpretado pela jurisprudencia como respeitando só ás causas que se fundam em considerações relativas ás pessoas contra as quaes se opéra a prescripção.

Para a jurisprudencia francêsa, exceptuada a opinião de Laurent, para o qual a disposição formulada no artigo 2251.º exclue qualquer outra causa de suspensão (1), a disposição do artigo citado admitte outras causas de suspensão da prescripção, quando sejam independentes da qualidade das pessoas, applicando a antiga maxima: *Contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

Esta doutrina póde em principio considerar-se justa, porque circumstancias ha em que o titular do direito de modo algum

(1) *Principes de droit civil*, tomo XXXII, n.os 38-43.

póde exigir o cumprimento da obrigação, como succederá, em caso de guerra, se os tribunaes não funccionarem ou se acharem completamente cortadas as communicações. E era essa a doutrina que se seguia na nossa antiga jurisprudencia, em que se admittia o principio de que não corria a prescripção quando aquelles, contra quem ella se operava, estivessem impedidos de exercer o respectivo direito por qualquer caso de força maior (1).

Attendendo ás tradições do nosso direito; ao modo por que tem sido interpretado o artigo 2251.º do codigo civil francês, que parece ter sido a fonte do artigo 548.º, a que o auctor do nosso codigo devia ligar o mesmo sentido attento o conhecimento que tinha da jurisprudencia franceza, e designadamente a que para o nosso codigo só ha a suspensão da prescripção motivada pela qualidade das pessoas, parece que deveria admittir-se a doutrina de que a prescripção não póde correr durante o tempo em que a pessoa contra a qual ella se dá esteja inhibida de proceder contra o prescribente por qualquer caso de força maior.

Contra esta doutrina não só póde invocar-se, porém, o disposto no artigo 548.º, em que se não faz distincção pelo que respeita ás causas da suspensão, mas ainda o que se dispõe no n.º 5.º do artigo 551.º, em que só se estabelece a suspensão em caso de guerra, que sem duvida alguma constitue um caso de força maior, em relação aos militares em serviço activo.

Se é esta a doutrina do codigo, não nos parece acceitavel.

A applicação demasiadamente extensiva do principio *contra non valentem agere, non currit praescriptio,* que quasi invalidava o principio em que assenta o instituto da prescripção, poderia cohibir-se, fixando-se na lei, com criterios precisos, os

(1) Veja-se COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil,* tomo II, § 457.º.

casos em que se dava a suspensão da prescripção em virtude de o titular do direito não o poder exercer.

Estabelecidos esses criterios, nenhum arbitrio poderia haver por parte do poder judicial; e, sendo certo que a prescripção se fundamenta na negligencia ou inacção do titular do direito, a doutrina que defendemos corresponde incontestavelmente aos dictames da justiça, quando a esse titular seja impossivel exercer efficazmente os seus direitos.

No codigo civil allemão dispõe-se a este respeito (art. 203.º) que a prescripção não corre quando haja uma suspensão do curso da justiça durante os ultimos seis mêses do prazo da prescripção, suspensão que impeça o titular do direito de proceder, ou quando por força maior se produza outro obstaculo de natureza analoga.

Esta doutrina deveria consignar-se no nosso codigo, e somos ainda de parecer que, estando suspenso o curso da justiça quando termina o prazo da prescripção, esta só poderá considerar-se finda, por analogia do disposto no artigo 564.º, no dia em que os tribunaes comecem a funccionar.

Relativamente a causas de caracter pessoal, porém, nenhumas outras se devem admittir além das que se achem estabelecidas na lei. É assim que ao interessado não se deve facultar a prova de ausencia, nem a ignorancia do direito, nem qualquer outro impedimento da mesma natureza, que o haja inhibido de exercer o direito.

Os effeitos da suspensão da prescripção consistem, praticamente, em alargar o prazo da prescripção, tendo a esse prazo de se addicionar tanto tempo, para que se dê a prescripção, quanto o que houver decorrido desde que a causa da suspensão começa a operar até que cessa.

Pelo que respeita ás pessoas a quem aproveitam os effeitos da suspensão, estes dão-se, attento o caracter pessoal das causas em que a suspensão se basêa, só em relação ás pessoas a quem a prescripção aproveita ou prejudica.

Em harmonia com este principio preceitua-se (art. 513.º) que a prescripção adquirida por um condevedor solidario aproveita aos outros, excepto áquelles a respeito dos quaes não se derem todas as condições necessarias para a prescripção, e que o credor só póde exigir destes a prestação das obrigações com exclusão da parte que caberia ao devedor desonerado pela prescripção, se a divida fosse rateada. Assim, suppunhamos que A. B. e C. são devedores solidarios a D. da quantia de quinhentos mil reis. D. morre e deixa um filho menor, de que A. é nomeado tutor. A prescripção fica assim suspensa em relação a A. mas não a B. e C., e, se durante a menoridade do credor se completar o prazo da prescripção, esta aproveitará a B. e C., mas não a A., que ficará, como devedor, obrigado á sua quota parte na divida, e, como tutor, responsavel pelas que pertenciam a B. e C, se a prescripção se dér em virtude de culpa da parte delle. Na hypothese de A. B. e C. serem credores solidarios de D., dando-se a prescripção em relação a B. e C., mas não a A., este só poderá exigir do filho de D. a parte que lhe pertence no credito, mas não a de B. e C.

Se o objecto da obrigação fôr por sua natureza indivisivel, como a servidão constituida num predio em beneficio doutro de que haja varios comproprietarios (art. 2281.º § unico), a suspensão da prescripção aproveitará a todos os interessados.

290. *Da interrupção da prescripção.* A prescripção extinctiva suppõe que o titular do direito o não exerceu ou não exigiu o cumprimento da obrigação durante o tempo estabelecido na lei para que se désse a perda desse direito, e a prescripção positiva que o possuidor reteve a cousa ou fruiu o direito durante o tempo necessario para adquirir por esse meio.

Se o titular do direito o exercer ou reclamar o cumprimento da obrigação, se o possuidor ou devedor o reconhecer, ou fôr

privado da sua posse, deixará de haver as condições necessarias tanto para a prescripção negativa como para a positiva. Diz-se, em qualquer dos casos referidos, que a prescripção se *interrompe*, sendo o effeito dessa interrupção inutilizar para a prescripção todo o tempo anteriormente decorrido (art. 559.º), e podendo a prescripção recomeçar, quando o reconhecimento se não faça em condições que obstem, relativamente á prescripção positiva, a que esta recomece, como veremos quando tractarmos desta especie de prescripção.

A interrupção da prescripção dá-se, pois, pela superveniencia dum facto que, destruindo a condição necessaria para a prescripção negativa e positiva por parte do titular do direito — a inacção, ou a condição necessaria para a prescripção positiva por parte do adquirente — a posse continua, inutiliza o tempo anteriormente decorrido.

A interrupção da prescripção póde ser *natural* e *civil*.

A prescripção interrompe-se naturalmente, quando se dá em virtude da posse e esta se perde, não se verificando portanto este modo de interromper a prescripção senão na positiva. Para que se annulle, porém, o tempo decorrido anteriormente á interrupção, pelo facto de cessar a posse que conduzia á prescripção, é necessario que a nova posse dure pelo menos um anno (art. 552.º n.º 1.º). Logo que haja decorrido este tempo, o novo possuidor só é obrigado a restituir o objecto, sendo convencido na questão de propriedade (art. 489.º).

Ha interrupção civil, quando se verifica um facto em virtude do qual o credor ou titular do direito revela, de modo authentico e nas condições estabelecidas na lei, a vontade de o fazer valer, ou o proprio devedor ou possuidor reconhece por qualquer modo a obrigação ou o direito da pessoa a quem a prescripção póde prejudicar.

Os factos pelos quaes se dá a interrupção civil acham-se exarados no artigo 552.º n.ºs 2.º a 4.º, e são os seguintes:

1.º A citação judicial feita ao possuidor ou devedor tanto

para intentar uma acção como para uma execução. Por essa citação, o credor procura fazer valer o seu direito por meio da auctoridade judicial, sendo indifferente, para que a prescripção se considere interrompida, que a citação seja para começo de acção ou execução ou em reconvenção.

Embora a citação seja nulla por incompetencia do juizo ou por vicio de fórma, revela dum modo inilludivel a intenção por parte do titular do direito de o exercer, e reconhece-se-lhe portanto existencia legal para o effeito de interromper a prescripção, mas tal citação só produzirá esse effeito, se fôr sanada competentemente a nullidade dentro dum mês, contado desde o dia em que o defeito fôr legalmente conhecido (art. 553.º).

A interrupção da prescripção produz-se em virtude da citação judicial e não da sentença que julgue a acção procedente, condemnando o devedor a cumprir a obrigação ou o possuidor a restituir os bens. Dando-se pela citação, a interrupção relaciona-se, quanto aos seus effeitos, com o estado de suspensão determinado pelo processo, sendo necessario verificar o modo por que este termina para determinar esses effeitos.

Se a acção termina por sentença em que se julga procedente e provado o pedido, o direito que por meio della se reconheceu adquire todo o seu vigor, annullando-se todo o tempo anteriormente decorrido para o effeito da prescripção, e só começando no momento em que a sentença passe em julgado e possa ser executada novo prazo para a prescripção do mesmo direito. Se a sentença, conhecendo do fundo da questão, ou de alguma excepção que tenha por effeito extinguir a obrigação, absolve o reu do pedido, torna-se por ella inutil a prescripção, pois que o caso julgado inutilizará qualquer nova pretensão do auctor. E o mesmo effeito se produzirá quando o auctor renuncie ao direito ou ao pedido na acção, pois que pela renuncia extingue-se esse direito. Póde, porém, dizer-se, em qualquer dos casos, que a interrupção nenhuns effeitos produziu.

Quando o processo não terminar pela condemnação ou pela

absolvição do pedido, mas apenas pela absolvição da instancia (1), podendo o pedido ser objecto de nova acção ou instancia, a interrupção da prescripção determinada pela citação judicial não produz effeitos alguns, contando-se para a prescripção o tempo anteriormente decorrido, como se a interrupção não se houvesse effeituado. É assim que a citação judicial deixa de produzir o effeito de interromper a prescripção, verificando-se alguma das seguintes circumstancias (art. 552.º n.º 2.º): desistencia da acção intentada, absolvição de instancia ou perempção da instancia.

Pela desistencia da acção, até no caso em que não represente renuncia ao pedido, fica sem effeito a citação judicial, e portanto em caso algum póde esta interromper a prescripção.

A absolvição da instancia que se dê em virtude de nullidade da citação por incompetencia do juizo ou por falta de formalidades, só annulla o effeito da citação, quando não seja sanada a nullidade dentro do prazo já referido. Quando, porém, se tenha dado por ser annullado o processo, ou por illegitimidade das partes, ou por proceder qualquer excepção que não extinga o pedido, fica sem effeito a interrupção da prescripção.

Tambem esta se não verifica quando se deixe *perimir* a instancia, isto é, quando o processo esteja parado por mais dum anno no cartorio do escrivão, sendo necessaria nova citação ou a *renovação* da instancia, para que o processo possa continuar (cod. de proc. civil, art. 202.º).

2.º O arresto, a citação para conciliação, ou o protesto judicial, contando-se os effeitos da interrupção da prescripção desde o dia em que os actos referidos occorrerem, se dentro

(1) *Instancia* é o espaço de tempo dentro do qual se tracta e termina a causa com decisão final ou sentença definitiva. Diz-se que o réu é *absolvido da instancia*, quando se declara livre do processo mas não do pedido, que o auctor póde fazer valer em nova acção.

dum mês, desde o auto ou termo respectivo, o auctor proposer a acção no juizo contencioso.

O arresto é a aprehensão judicial de bens do devedor para garantir o cumprimento da obrigação sobre a qual se propôs em juizo ou pretende propôr acção, em virtude de receio da insolvencia do devedor. Sendo feito antes de se propôr a acção, o arresto só interrompe a prescripção, no caso em que a acção seja proposta dentro dum mês.

O mesmo succede com a citação para conciliação nas causas em que esta póde ter logar (cod. de proc. civil, art. 357.º), e com os protestos feitos em juizo para interromper a prescripção, os quaes devem ser requeridos ao juiz, reduzidos a termo e intimados aos interessados, sem dependencia de mandado (cod. de proc. civil, art. 390.º).

3.º Pelo reconhecimento expresso, quer seja de palavra, quer por escripto, do direito da pessoa a quem a prescripção póde prejudicar, ou por factos de que se deduza necessariamente tal reconhecimento. Assim, reconhecerá o direito do credor o devedor que peça espera para o pagamento; o que pague por conta uma parte do capital ou os juros; o que determinar no seu testamento que seja paga a divida; o que descrever uma divida num inventario; o que constitua penhor ou hypotheca para garantia da obrigação.

Consideram-se como interruptivos da prescripção, annullando sempre qualquer tempo anteriormente decorrido, os factos pelos quaes o devedor ou possuidor reconhece de modo inequivoco a relação em que se acha constituido com o proprietario ou credor, não se tornando necessario para esse effeito que haja uma declaração da vontade pela qual o devedor ou possuidor manifeste a intenção de reconhecer o direito, ou que este reconhecimento seja feito por um negocio juridico. Desde que haja qualquer facto que a pessoa contra a qual se operava a prescripção não possa deixar de interpretar, e que normalmente assim seja intendido, como significando o reconhecimento do direito, e que torne consequentemente desnecessario o seu exercicio para evitar a prescripção, esta interrompe-se.

Vê-se, pois, que entre a renuncia da prescripção e o reconhecimento do direito como facto interruptivo da prescripção existem notaveis differenças, embora em ambos se manifeste uma vontade contraria á de tornar effectiva a prescripção ou de se aproveitar della.

A renuncia á prescripção dá-se quando ha o direito adquirido de a oppôr, sendo sempre um negocio juridico pelo qual se manifesta a vontade de não reconhecer como inexistente o direito que se extinguiu pela prescripção, e portanto um acto de disposição, que só póde ser realizado por quem para esse effeito tenha a sufficiente capacidade, e que póde ser rescindido por qualquer interessado. O reconhecimento do direito como acto interruptivo dá-se emquanto não tenha decorrido o prazo para a prescripção, não involvendo portanto a perda dum direito adquirido, mas supprimindo apenas uma situação de facto que podia ter como consequencia eventual essa adquisição. Não podem portanto os interessados annullar qualquer reconhecimento que tenha por effeito a interrupção da prescripção, pois que tal acto não involve a alienação dum direito que já esteja no patrimonio da pessoa a quem a prescripção poderá vir a aproveitar.

Donde resulta que o reconhecimento para o effeito da interrupção da prescripção póde ser feito validamente pela pessoa que tenha a administração do seu patrimonio ou pela que administre o patrimonio doutrem. O que se torna sempre necessario é que o reconhecimento seja feito em condições donde se deprehenda claramente que o devedor ou possuidor tem a consciencia da existencia do direito.

Ao contrario do que succede com a interrupção natural, a interrupção civil da prescripção só aproveita ás pessoas em favor das quaes se realizar o acto que produz esse effeito ou

aos seus representantes, não podendo tambem ser invocada senão contra aquellas a respeito de quem a interrupção tem logar ou dos seus representantes.

Póde, haver, porém, relações entre os credores ou entre os devedores em virtude das quaes os effeitos da interrupção da prescripção, que respeitam ao proprio direito e não têem portanto, como a suspensão, caracter subjectivo, aproveitem ou prejudiquem a pessoas que não intervenham no reconhecimento do direito. É o que succede nas obrigações indivisiveis e nas solidarias, em que a interrupção da prescripção se verifica em relação a todos os credores ou devedores.

Assim, as causas que interrompem a prescripção em relação a um dos devedores solidarios, interrompem-na a respeito dos outros condevedores (art. 554.º). Mas se o credor, consentindo na divisão da divida em relação a um dos devedores solidarios, exigir delle só a parte que lhe toca, não se haverá a prescripção por interrompida em relação aos outros condevedores (art. 554.º § unico), porque deixa de existir, pela divisão da divida, o vinculo da solidariedade entre o devedor a quem foi exigida parte da divida e os outros condevedores.

As causas que interrompem a prescripção em relação a um dos herdeiros, interrompem-na, se essas causas se verificam antes da partilha, em relação a todos os coherdeiros, quer o auctor da herança fosse devedor solidario quer não, porque a herança responde solidariamente pelas dividas do auctor della (artt. 555.º e 2115.º). Effeituada a partilha, é necessario verificar se o auctor da herança era devedor solidario ou não, como resulta dos artigos 555.º, 757.º e 2115.º, assumpto que desenvolveremos, quando tractarmos das obrigações solidarias.

A interrupção da prescripção contra o devedor principal tem iguaes effeitos contra o seu fiador (art. 556.º), porque a obrigação, que a interrupção faz reviver, é a mesma, representando a fiança uma garantia dessa obrigação.

A interrupção da prescripção em favor de alguns dos credores solidarios aproveita, igualmente, a todos (art. 558.º).

Tractando-se duma obrigação conjuncta ordinaria, para que a prescripção da obrigação se interrompa em relação a todos os devedores, é necessario o reconhecimento ou citação de todos elles (art. 557.º).

Quanto aos effeitos da interrupção objectivamente considerados, esses effeitos só se dão em relação ao direito reconhecido e ás consequencias que delle necessariamente derivam. É assim que o reconhecimento dos juros involve o do capital, mas o reconhecimento do capital não involve o dos juros, que são considerados para os effeitos da prescripção como creditos distinctos.

291. *Da contagem do tempo para o effeito da prescripção.* O tempo da prescripção conta-se por annos, mêses e dias, e não de momento a momento, excepto nos casos em que a lei expressamente o determinar (art. 560.º).

Em algumas disposições declara-se (artt. 539.º §§ 1.º e 3.º, 540.º § unico, 545.º, 546.º) que o prazo se conta desde o *dia;* noutras desde que se dão *certos factos* (artt. 482.º § unico, 504.º § unico, 539.º § 2.º); nalgumas fala-se no *momento* (art. 536.º), e outras ha em que se não determina o inicio do prazo (artt. 539.º n.ºs 1.º, 4.º, 6.º e 7.º, 541.º, 543.º). A vantagem pratica de se fixarem para inicio da prescripção os dias em que se dá o facto ou momento em que elle se realiza consistiria em os dias se considerarem moveis ou não, correspondendo, no primeiro caso, o prazo natural ao civil. Assim, contando-se o tempo da prescripção negativa desde o *momento* em que a obrigação se torna exigivel, se para o pagamento houver sido determinada uma certa hora, por exemplo, o meio dia, a prescripção deve considerar-se completa á mesma hora, ao passo que, se a prescripção se contasse por dias, o prazo só terminaria á meia noute.

Sendo geral para a prescripção negativa a disposição consignada no artigo 536.º, a regra estabelecida no artigo 560.º tornar-se-hia, em relação a essa prescripção, uma excepção, e assim se explicariam as disposições consignadas nos artigos 539.º §§ 1.º e 2.º, 540.º § unico, 545.º e 546.º, e noutros. E as disposições exaradas nos artigos 482.º § unico e 504.º § unico representariam tambem, em relação ás acções possessorias, a regra. Como, porém, na grande maioria dos casos não se fixa a hora em que um credito se torna exigivel, e ha a impossibilidade de se determinar precisamente o momento em que se dá um determinado facto, o que motivou o systema de contagem por dias, os effeitos praticos das disposições em que se fixa um facto ou ha referencia ao momento para inicio da prescripção poderiam haver-se como nullos, devendo considerar-se applicavel a regra formulada no artigo 560.º até nos casos em que se fixa como ponto de partida da prescripção um determinado *momento* ou *facto*, quando não se achasse authenticamente fixada a hora.

Determinando-se, porém, que, em relação á prescripção, o dia em que ella começa a correr se conta por inteiro, ainda que não seja completo, e que o dia em que a prescripção finda deve ser completo (art. 562.º), regra a que se não faz excepção e que deve portanto ser observada até no caso em que é fixado um momento ou determinado facto para inicio do prazo, vê-se que nem mesmo no caso referido se tem de attender ao momento ou facto mas ao dia em que começa a prescripção.

Quando o ultimo dia do prazo é feriado, a prescripção só se completa no primeiro dia seguinte não feriado (art. 563.º). No artigo 68.º § 4.º do codigo de processo civil declara-se que, sendo feriado ou sanctificado o ultimo dia do prazo ou achando-se comprehendido nas ferias e o acto de que se tractar não puder, por sua natureza, praticar-se nesse dia, o prazo só terminará no seguinte primeiro dia util. Ora os actos indispensaveis para interromper a prescripção ou evitar qualquer damno irreparavel podem praticar-se nesses dias (cod. de proc. civil, art. 66.º § 3.º), podendo assim intender-se que foi revogado o artigo 563.º do codigo civil. Mas a doutrina sanccionada no codigo de processo civil é a do nosso antigo direito (Ord. liv. III, tit. I, n.º 17, e Nov. ref. jud., art. 204.º § unico), e deve notar-se que, podendo ser praticados judicialmente os actos necessarios para interromper a prescripção, quando hajam sido requeridos, não podem ser realizados nos dias feriados, sanctificados ou de ferias todos os actos interruptivos da prescripção. É assim que nesses dias não podem intentar-se as acções de reivindicação ou para exigir o cumprimento duma obrigação, e, não tendo os escrivães obrigação de abrir os seus cartorios nos dias feriados ou sanctificados (decr. de 29 de novembro de 1901, art. 16.º), póde ser impossivel realizar nestes dias até os protestos para a interrupção da prescripção.

Se as acções houverem sido, porém, intentadas em dias uteis, a citação do devedor ou do possuidor, necessaria para a interrupção da prescripção, deve ser feita mesmo nos dias feriados ou sanctificados. Neste caso, esses dias deveriam considerar-se como uteis para a prescripção, e tambem assim deveriam ser considerados os dias de ferias, que julgamos comprehendidos no artigo 563.º por serem estes dias considerados feriados ao tempo em que foi publicado o codigo civil (Nov. ref. jud., art. 852.º), porque facil se torna nesses dias a interrupção da prescripção (decr. de 29 de novembro de 1901, art. 16.º).

§ 59 — *Da prescripção negativa*

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguêz annotado*, tomo I, notas aos artigos 535.º-547.º.

292. *Condições e inicio da prescripção negativa.* Para a prescripção negativa requer-se, como unica condição essencial, o decurso dum certo tempo, durante o qual e por inacção do credor não seja exigido o cumprimento da obrigação. No codigo civil, e em harmonia com o nosso direito anterior, nesta parte largamente influenciado pelo direito canonico, faz-se distincção entre o devedor de boa e o de má fé, mas essa distincção apenas tem como effeito encurtar o prazo da prescripção, que tem, no caso de boa fé, a reducção dum terço (artt. 535.º e 544.º).

A boa fé consiste na ignorancia da obrigação, e só se presume em quem não contrahiu originariamente a obrigação (art. 535.º § unico). Em relação a estes devedores, póde provar-se por qualquer meio de prova que elles tinham conhecimento da obrigação, e da mesma fórma podem os originarios devedores provar que estavam de boa fé, por supporem que a obrigação estava extincta.

A distincção entre boa e má fé, quando a prescripção negativa apenas se fundamenta na inacção do credor, não tem justificação.

O prazo da prescripção começa no momento em que a obrigação se torna exigivel, salvo se por lei outra data fôr especialmente assignada (art. 536.º). Assim, relativamente á obrigação que tem o auctor dum facto illicito de indemnizar o lesado, a prescripção começa a contar-se desde que o facto se realiza. Tractando-se duma divida que vença juros ou duma renda vitalicia, a prescripção do direito de exigir a divida ou a renda começa a contar-se, naquella desde o dia prefixado

para o seu pagamento e nesta desde que a renda foi constituida. Relativamente, porém, ao direito de exigir os juros ou as rendas, a prescripção começa desde o momento em que se vencem, pois que constituem para este effeito tantos creditos distinctos quantas são as annuidades em divida, sendo de notar que, extincta a divida pela prescripção, não se podem exigir mais juros nem rendas algumas. Devendo o credito ser pago em prestações successivas, a prescripção começa, relativamente a cada uma, desde que se vence.

Havendo um facto interruptivo da prescripção, esta começa a contar-se, quando esse facto produza effeitos, desde que elle se verifica. É assim que, sendo pagos alguns juros ou rendas, a prescripção do capital começa a correr desde o dia do ultimo pagamento (art. 545.º).

Consistindo a obrigação numa omissão, a prescripção começa quando, pela sua infracção, se constitua uma situação de facto contra a qual o titular do direito deva proceder.

Relativamente aos creditos dependentes de condição suspensiva, a prescripção começa a contar-se desde o dia em que a condição se verifica. E o mesmo se dá com as obrigações que tenham caracter eventual, caso em que a prescripção só começa a correr no momento em que se verifica o facto de que resulta a obrigação. Assim, sendo reivindicado pelo proprietario o predio que um terceiro havia vendido como proprio, a prescripção para exigir deste o preço da venda ou a indemnização de perdas e damnos só começa no momento em que se dê a evicção.

Quando a lei só faculte ao credor que execute o devedor pela obrigação verificando-se um determinado facto, a prescripção começa desde que esse facto se realiza. É assim que, declarando-se (artt. 1112.º, 1114.º § 1.º e 1115.º) que as dividas contrahidas por qualquer dos conjuges, quando tenham de ser pagas, sendo anteriores ao matrimonio, pela sua meação nos adquiridos, e, sendo contrahidas na constancia do matri-

monio, pela sua meação nos bens communs, só podem exigir-se em relação a esses bens depois da dissolução do matrimonio ou da separação judicial de pessoas e bens, o prazo para a prescripção de taes dividas, em relação á meação dos adquiridos ou dos bens communs, só começa no momento em que ha a dissolução do matrimonio ou a separação judicial de pessoas e bens. O que é necessario ter sempre em vista é que a prescripção só se dá quando ha inacção por parte do credor, e que não começa portanto o prazo para a prescripção senão no momento em que elle póde, tendo em attenção a natureza da obrigação, exigir o seu cumprimento.

A prescripção da obrigação de prestar contas em virtude de mandato, de representação legal, de gestão de negocios, ou de qualquer outra causa, só começa a correr desde o dia em que os obrigados cessaram a sua gerencia (art. 540.º), pois que a prescripção da obrigação de prestar contas teria como consequencia a da divida resultante dessa gerencia correspondente ao tempo em que deixava de existir a obrigação de dar contas, e a não exigencia destas póde representar uma prova de confiança e não de inacção.

Quando por accordo ou judicialmente hajam sido prestadas as contas, a prescripção da divida que se apurar começa a correr desde a liquidação, se fôr immediatamente exigivel, ou desde o dia do vencimento. A disposição consignada no artigo 540.º respeita á primeira hypothese, e escusado era consigná-la no codigo (1).

293. *Prazo ordinario da prescripção.* A regra relativa ao

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1903, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. XXIII, pag. 227, em que, confundindo-se a prescripção negativa com a positiva, se julgou que o procurador que receba dinheiro em nome dum constituinte é possuidor em nome alheio.

prazo da prescripção negativa está formulada no artigo 535.º, em que se declara que aquelle que se achar constituido para com outrem na obrigação de prestar ou de fazer alguma cousa póde livrar-se dessa obrigação, se não tiver sido exigida por espaço de vinte annos, e o devedor se achar em boa fé quando terminar o prazo da prescripção; ou por trinta annos, sem distincção de boa ou de má fé. Desta regra apenas se exceptuam os casos para que a lei estabeleça prescripções especiaes, sendo as normas respectivas de interpretação restricta.

294. *Prescripções de curto prazo.* Na fixação de prazos especiaes para a prescripção attendeu o legislador á natureza da divida, nuns casos pela presumpção que ha de que o pagamento se haja effectuado antes que decorra o prazo fixado na lei para a prescripção, e noutros para evitar os prejuizos e perigos que haveria para o devedor em se não exigir o cumprimento da obrigação dentro de certo tempo.

Os prazos que a lei estabelece são: *a*) de seis mêses; *b*) de um anno; *c*) de dois; *d*) de tres, e *e*) de cinco annos.

a) Prescrevem no prazo de seis mêses (art. 538.º):

1.º As dividas de estalagens, hospedarias, casas de pasto, açougues ou quaesquer lojas de mercearia ou de bebidas, procedendo de gasalhado, de alimentos ou de bebidas fiadas (1). Não prescrevem portanto neste prazo as dividas que tenham outra origem, como as que sejam provenientes dum emprestimo. O prazo desta prescripção começa a contar-se desde que a divida se torna exigivel. Assim, se houver contracto em virtude do qual o pagamento deva effectuar-se de quinze em quinze

(1) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 22 de junho de 1901, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. XV, pag. 291, em que se julgou que não estão comprehendidas nesta disposição as dividas de alimentos de quem é hospedado por favor e em virtude de relações de amizade numa casa particular.

dias, é desde o termo desse prazo que começa a prescripção; se o alojamento ou fornecimento fôr accidental, o prazo da prescripção começa a correr desde que se contrae cada divida;

2.º Os vencimentos dos trabalhadores e de quaesquer officiaes mechanicos que trabalhem de jornal, isto é, por dia ou por hora (art. 1391.º), começando o prazo dessa prescripção, como para as dividas mencionadas no numero anterior, desde que se deve effectuar o pagamento;

3.º As soldadas dos creados que sirvam por mês, sendo indifferente que continuem ou não em casa do amo, e começando a prescripção a correr desde que finde o mês.

b) Prescrevem pelo lapso de um anno (art. 539.º):

1.º A retribuição dos professores e mestres particulares de quaesquer artes ou sciencias, que ensinem por mês. Se as lições não forem pagas por uma determinada quantia annual, mas a tanto por cada lição, deverá attender-se aos periodos fixados para o pagamento na determinação do prazo da prescripção. Assim, se o pagamento deve effectuar-se annualmente ou em prazos mais curtos e portanto dentro dum mês, a prescripção dá-se, a nosso vêr, no prazo dum anno. Se o pagamento deve effectuar-se no fim do anno ou dentro delle, mas em periodos superiores a um mês, a prescripção dar-se-ha no prazo de tres annos (art. 541.º n.º 1.º);

2.º As retribuições dos medicos e cirurgiões por suas visitas ou operações. Se as visitas forem seguidas e relativas á mesma pessoa e molestia, a prescripção corre desde o dia da ultima visita; se forem avulsas, desde o dia em que cada uma é feita (art. 539.º § 1.º). Se os medicos estiverem avençados por anno, deve applicar-se a disposição consignada no artigo 541.º n.º 2.º (1);

3.º Os emolumentos ou rendimentos eventuaes de quaesquer

(1) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 12 de novembro de 1873, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. IX, pag. 155.

funccionarios publicos. Sendo os actos, a que os emolumentos correspondem, isolados ou avulsos, como um testamento, a prescripção conta-se da data desse acto; nas causas judiciaes, desde a decisão final (art. 539.º § 2.º) ou de que não haja recurso. Tem-se suscitado duvidas sobre se esta disposição é applicavel á parte que paga as custas pela outra, parecendo-nos mais acceitavel a affirmativa, visto não poder deixar de admittir-se que a parte que, não devendo as custas e tendo interesse em que sejam pagas, as paga, fica subrogada nos direitos do funccionario (1). Os benesses e emolumentos dos parochos, que são considerados funccionarios publicos, prescrevem no mesmo prazo (2);

4.º As dividas dos mercadores a retalho, pelos objectos vendidos a pessoas que não forem mercadores. Embora os mercadores comprem os objectos para seu consumo e não para negocio, parece-nos que deve applicar-se o artigo 535.º, visto a lei não fazer distincção (3). A prescripção de cada uma destas dividas conta-se desde o respectivo acto de compra, se não houver sido estipulado que o pagamento se faça após uma serie de compras, ou fixado outro prazo;

5.º As soldadas dos creados que servem por anno. A prescripção só corre contra os creados desde o dia em que saem da casa do amo (art. 540.º § 3.º), em virtude de se attribuir á confiança que o creado neste deposita e não a inacção ou negligencia da sua parte a não exigencia das soldadas;

(1) Veja-se a *Revista* cit, vol. VII, pag. 595, vol. XX, pag. 180 e vol. XXVIII, pag. 418, e os accordãos da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 1886 e de 23 de dezembro de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. II, pag. 416 e vol. VII, pag. 742.

(2) Veja-se a *Revista* cit., vol. XXI, pag 471 e vol. XXVIII, pag. 418.

(3) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa de 26 de fevereiro de 1883 e o do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 1883, na *Revista dos tribunaes*, vol. II, pagg. 178 e 181.

6.º A obrigação de reparação civil por injuria verbal ou por escripto, ou de qualquer damno feito por animal, ou por pessoa por quem o devedor seja responsavel. Se a acção de reparação civil houver sido cumulada com a criminal, tem de observar-se o disposto no artigo 125.º § 9.º do codigo penal, pelo qual a obrigação de reparação civil prescreve passados cinco annos ou um, conforme a pena esteja ou não na alçada do juiz. A disposição consignada neste numero é uma excepção á exarada no n.º 3.º do artigo 543.º;

7.º A obrigação de reparar o damno por simples quebra de posturas municipaes.

c) Prescrevem pelo lapso de dois annos as retribuições dos advogados, os salarios dos procuradores judiciaes e os adeantamentos feitos por elles para as despêsas judiciaes (art. 540.º). Esta prescripção começa a correr, se houver procuração, desde o dia em que ella cessa (art. 540.º § unico). A procuração cessa pela revogação, pela renuncia ou pela decisão final da causa. Se os serviços forem prestados sem procuração, a prescripção começa a correr desde a data da prestação desses serviços, salvo se se houver estabelecido ordenado ou retribuição annual, caso em que terá de applicar-se a disposição consignada no artigo 541.º n.º 2.º.

d) Prescrevem pelo lapso de tres annos (art. 541.º):

1.º As retribuições dos mestres ou professores particulares de qualquer arte ou sciencia que ensinem por ajuste annual;

2.º Os ordenados, ou outras retribuições annuaes, pela prestação de quaesquer serviços, salvos os casos em que houver prescripção especial. Esta disposição comprehende todos os empregados, ou sejam particulares ou de corporações administrativas. Para os funccionarios publicos ha a prescripção de cinco annos contados do termo do anno economico respectivo (regul. de 31 de agosto de 1881, art. 59.º).

As prescripções de curto prazo, a que nos temos referido, basêam-se na presumpção de que se effectuou o pagamento, e

por isso o codigo admitte que aquelle, a quem fôr opposta alguma dessas prescripções, requeira que a pessoa que a oppõe declare sob juramento se a divida foi ou não paga, julgando-se neste caso conforme o juramento, sem que este possa ser referido (art. 542.º). Se a parte recusar o juramento, ou não comparecer para esse effeito, sem motivo justificado, considera-se confessada a falta de pagamento (cod. de proc. civil, art. 225.º).

O juramento póde ser deferido só ao originario devedor, ou poderá sê-lo tambem aos seus herdeiros e representantes?

Se é certo que as palavras *pessoa que a oppõe* comprehendem tambem estes, tem-se affirmado todavia que não póde exigir-se delles o juramento, já pelo confronto entre o artigo 2275.º do codigo civil francês, que parece ter sido a fonte do artigo 542.º, e pelo qual se vê que o auctor do nosso codigo supprimiu a parte daquelle artigo em que se permitte deferir juramento ás viuvas, herdeiros e tutores destes, para que declarem se sabem da existencia da divida, já em virtude das disposições consignadas nos artigos 2411.º n.º 2.º e 2520.º.

Parece-nos que a disposição consignada no artigo 542.º deve subordinar-se ao artigo 2520.º, não podendo portanto exigir-se o juramento senão sobre factos que toquem pessoalmente á parte a quem é deferido. Esta expressão não significa, porém, a nosso vêr, só os factos pessoaes que determinarem a formação, modificação ou extincção da relação juridica. Assim é que no artigo 2411.º n.º 2.º se declara que a confissão em depoimento de parte só póde ser exigida sobre factos pessoaes certos e determinados relativos ao objecto em questão *ou de que a parte possa ter conhecimento;* e, sendo a mesma a natureza juridica da confissão e do juramento decisorio, parece-nos que as referidas palavras do artigo 2520.º se devem interpretar no mesmo sentido, e que póde portanto deferir-se o juramento não só ao originario devedor, mas tambem aos seus herdeiros

e representantes, quando estes tenham pessoalmente conhecimento da existencia da divida e de que esta não foi paga.

Esta doutrina é não só a que melhor se harmoniza com a letra da lei, mas a mais justa.

e) Prescrevem pelo lapso de cinco annos (art. 543.º):

1.º As pensões emphyteuticas, subemphyteuticas ou censiticas, rendas, alugueres, juros e quaesquer prestações vencidas, que se costumam pagar em certos e determinados tempos. Esta disposição só é applicavel aos juros estipulados ou que sejam devidos em virtude duma obrigação legitimamente contrahida (1). Quando os juros sejam devidos a titulo de indemnização, observam-se as regras geraes (2).

2.º As pensões alimenticias vencidas;

3.º A obrigação de reparar os prejuizos resultantes de delictos correccionaes, quando a acção civil não haja sido cumulada com a criminal (cod. penal, art. 125.º § 9.º), ou de pagar quaesquer multas judiciaes.

Fixando estas prescripções, attendeu o legislador aos inconvenientes que para o devedor derivariam da não exigencia dos juros pelo credor no prazo em que estes se vencem, deixando-os accumular e podendo determinar assim a sua ruina.

Contra todas as prescripções de curto prazo, a que nos

(1) Veja-se o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de junho de 1904, na *Gazeta da Relação de Lisboa,* vol. XVIII, pag. 531.

(2) Tem-se discutido se o n.º 1.º do artigo 543.º abrange os dividendos das sociedades anonymas. Talvez se deva applicar a estes dividendos a disposição consignada no artigo 150.º do codigo commercial, que estabelece o mesmo prazo; e, quer seja este artigo, quer o n.º 1.º do artigo 543.º do codigo civil, será necessario ter em consideração os factos que interrompem a prescripção.

Para os juros dos titulos da divida publica ha disposições especiaes exaradas no artigo 59.º § unico do regulamento de 31 de agosto de 1881, no artigo 20.º do decreto de 30 de dezembro de 1892, no artigo 68.º da lei de 30 de junho de 1893 e no artigo 42.º do decreto de 10 de maio de 1894.

temos referido, não póde ser opposta a má fé, desde que hajam decorrido os prazos marcados e mais um terço (art. 544.º). Assim, a prescripção da retribuição dum mestre que ensine por ajuste annual verificar-se-ha, no caso de má fé, decorridos que sejam quatro annos.

Nas prescripções de curto prazo em que é admissivel o juramento como meio de prova, poderá elle ser exigido quando haja decorrido já o prazo em que o credor póde oppôr ao devedor a má fé?

Se se attender a que não póde haver boa ou má fé senão quando a divida realmente existe, parece que não deve ser permittido recorrer ao juramento, quando haja terminado o prazo em que se póde oppôr a má fé; mas não se fazendo a este respeito restricção alguma ao artigo 542.º, e sendo fundamento especial das prescripções de curto prazo, em que se póde requerer o juramento, a presumpção de que as dividas foram pagas, parece que o devedor só póde exonerar-se do pagamento da divida, emquanto não houver decorrido o prazo maximo da prescripção, prestando o juramento, se este fôr requerido.

E quando o artigo 544.º, em que foi indevidamente alterado o projecto do codigo civil pela Commissão de legislação civil da Camara dos deputados (1), seja, como nos parece que é, applicavel ás prescripções a que respeita o artigo 542.º, deverá assim combinar-se com este: se já houver decorrido o prazo em que o credito era exigivel, mas não o terço desse prazo, o credor, se não allegar a má fé do devedor, só póde exigir deste o juramento, não lhe sendo permittido adduzir outras provas; se allegar a má fé do devedor, póde exigir o juramento, ou adduzir outras provas, como julgar mais conveniente a bem dos seus direitos.

(1) Veja-se as *Actas da Commissão revisora,* pag. 379, e o Projecto de 1863, pag. 153, nota.

Entre os artigos 515.º, 543.º n.º 1.º, 544.º, 1642.º e 1684.º ha flagrante contradicção, que tem sido notada pela nossa jurisprudencia e diversamente resolvida (1). É assim que, devendo applicar-se a todas as prescripções de curto prazo a doutrina consignada nas artigos 515.º e 544.º, não só é necessario, para que se dê a prescripção dos juros e das pensões emphyteuticas, subemphyteuticas e censiticas, que o devedor deduza a excepção de prescripção para que esta lhe aproveite, mas que decorra o prazo de seis annos e oito meses, se elle estiver de má fé.

Nos artigos 1642.º e 1684.º não se dá, porém, ao credor qualquer acção pelo que respeita aos juros e fóros de mais de cinco annos, independentemente da excepção de prescripção e de o devedor estar ou não de boa fé.

Alguns jurisconsultos têem affirmado que deve applicar-se o disposto nos artigos 515.º e 544.º. Nos tribunaes tem-se seguido doutrina contraria, que é a que se nos afigura mais razoavel, quando se attenda ao fundamento da prescripção, que é evitar a ruina do devedor.

E o disposto nos artigos 1642.º e 1684.º deveria applicar-se a todas as prescripções especificadas no artigo 543.º, exceptuando a do n.º 3.º, que foi incluida indevidamente nesse artigo.

O legislador, attendendo ás consequencias que podem resultar da negligencia do credor, preceitua que os juros e os fóros prescrevam decorridos cinco annos, não podendo ser

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XV, pag. 404; vol. XVI, pag. 548, vol. XVII, pag. 134; os accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 1877 e de 9 de dezembro e 12 de janeiro de 1886, na *Revista* cit., vol. XV, pag. 336, e vol. XXVIII, pag. 270, da Relação de Lisboa de 19 de fevereiro de 1876, da Relação do Porto de 23 de dezembro de 1881 e de 9 de janeiro de 1883, no *Direito*, vol. VIII, pag. 399, e vol XV, pagg. 142 e 462.

exigidos mais, e, como a negligencia do credor é sempre certa, não deve a esse respeito fazer-se distincção entre devedor de boa e de má fé (1).

Além das prescripções de curto prazo, que mencionámos, ha outas prescripções especiaes estabelecidas por lei, e designadamente no codigo commercial. Quando a esse respeito não haja, porém, disposição especial, devem observar-se as disposições consignadas no codigo civil.

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. XXXVI, pagg. 353 e 354.

ADDITAMENTO AO N.º 100

REGISTO DO ESTADO CIVIL

Para o registo do estado civil na provincia de Angola foi publicado o regulamento de 15 de fevereiro de 1908, pelo qual se revogou o regulamento de 22 de agosto de 1882, estabelecendo-se naquella provincia o mesmo regimen que no continente do reino e nas outras provincias ultramarinas: o registo parochial para os catholicos e o não parochial para os não catholicos.

CORRECÇÕES

Pag.	*Linha*	*Onde se lê*	*Lêa-se*
26	25	revogou o codigo civil	o codigo civil revogou
57	4	julho	junho
119	10	são	não
188	2	103.º	102.º
»	4	136.º	137.º
»	12	137.º	138.º
189	27	n.º 2.º	n.º 4.º
190	8	74	74 *bis*
194	4	1137.º	1237.º
215	9	parceiro	posseiro
245	26	junho	abril
265	25	8 de setembro	9 de setembro
272	6	4	3
275	16	18.ª	15.º
»	24	10.º	16.º
279	20	1862	1863
281	3	SECÇÃO II	SECÇÃO III
288	17	103.º	106.º
296	27 e 28	1113.º § 2.º	1114.º §§ 1.º e 2.º
371	1	382.º	381.º
391	5 e 6	*unilateraes* e *bilateraes*	*bilateraes* e *unilateraes*
»	10 e 11	*gratuitos* e *onerosos*	*onerosos* e *gratuitos*
462	33	comprador	vendedor
470	15	de que essa	que dessa
490	26	672.º	702.º
502	12	impostas	impostos
504	23	1779.º	1797.º
516	1	unilateral uma manifestação	uma manifestação unilateral
521	2	679.º	697.º
533	21	1867	1863
538	17	cessionario	herdeiro
591	16	omissões	acções
613	14	sujeitos	sujeitas
620	32	damnificado	damnificante

INDICE

LIVRO I

PARTE GERAL

INTRODUCÇÃO

§ 1 — *Noção de direito*

Pag.

1. Caracter especifico do direito 1
2. Direito objectivo e subjectivo; relação entre elles 4

§ 2 — *Divisão do direito objectivo*

3. Divisão do direito em publico e privado 5
4. Divisão do direito publico e do privado 7
5. Direito universal e particular, commum e singular 8
6. Direito interno e internacional 9

§ 3 — *Fontes de direito interno*

7. Noções geraes 10
8. O costume 11
9. Lei 13
10. Decretos com força de lei 15
11. Regulamentos 17
12. Instrucções e portarias 18
13. Codigos ..... »

§ 4 — *Principio e termo da força obrigatoria das leis*

14. Quando começam a vigorar as leis 19
15. Termo da força obrigatoria das leis 20

§ 5 — *Fontes do direito civil*

16. Historia do codigo civil 22
17. Quando começou a vigorar o codigo civil 25
18. Legislação que o codigo civil revogou 26
19. Legislação posterior ao codigo civil que tem revogado, modificado ou interpretado algumas das suas disposições 28

§ 6 — *Direito civil subsidiario*

20. Noções geraes 30
21. Direito subsidiario segundo a nossa legislação anterior ao codigo civil 31
22. Direito subsidiario segundo o codigo civil 32
23. Usos e costumes. A equidade 35

§ 7 — *Da interpretação das leis*

Pag.
24. Noção e divisão da interpretação 36
25. Interpretação authentica e doutrinal 38
26. Interpretação grammatical e logica 39
27. Elementos da interpretação grammatical e logica 42
28. Funcções da interpretação logica 45
29. Interpretação por analogia 48

§ 8 — *Fontes e trabalhos preparatorios do codigo civil*

30. Fontes do codigo civil 50
31. Trabalhos preparatorios do codigo civil 54

§ 9 - *Differentes especies de normas juridicas. Leis de ordem publica*

32 Normas preceptivas e prohibitivas, facultativas, suppletivas e interpretativas 57
33. Sancção das leis preceptivas e prohibitivas 61
34 Leis de interesse e ordem publica 64

§ 10 — *Da applicação das leis no tempo*

35. O problema da applicação das leis no tempo. Principio da não retroactividade 68
36. Theorias sobre a applicação das leis no tempo 72
37. Factos que no dominio de uma nova lei são regidos pela anterior 74
38. Factos que são regidos pela nova lei 77
39. Applicações 79
40. Excepções ao principio da não retroactividade das leis 82

§ 11 — *Da applicação das leis no espaço*

41. As relações internacionaes e o direito 89
42. Fontes do direito internacional 93
43. Leis que, segundo o nosso codigo civil, regulam as relações internacionaes 95
44. Casos em que se applica a lei nacional ..... »
45. Lei reguladora dos bens 102
46. Fórma externa dos actos 110
47. O principio da autonomia da vontade 113
48. As leis de interesse e ordem publica em direito internacional ... 114
49. Caracter das normas de direito local em que se formulam disposições de caracter internacional 119

§ 12 — *Relações e institutos juridicos. Sua classificação e elementos*

50. Noção de relação juridica e de instituto juridico 121
51. Classificação das relações juridicas 122
52. Elementos da relação juridica 126

§ 13 — *Codificação do direito civil. O systema do nosso codigo*

53. Noções geraes sobre codificação 131
54. Systema do nosso codigo 137
55. Critica do systema do nosso codigo 140
56. O direito civil e o commercial 147
57. Caracter do codigo civil 149

CAPITULO I

DO SUJEITO DO DIREITO

SECÇÃO I

NOÇÕES GERAES

§ 14 — *Conceito de personalidade. Pessoas singulares e collectivas*

Pag.
58. Noção de personalidade 153
59. Condições em que deve ser reconhecido o direito de personalidade 159
60. Razão de ordem 163

SECÇÃO II

DAS PESSOAS SINGULARES

§ 15 — *Quando se adquire o direito de personalidade*

61. Origem da personalidade no homem 164
62. Protecção que a lei dispensa aos nascituros 167

§ 16 — *Estado e capacidade civil*

63 Noção de estado 168
64. Noção de capacidade 169
65. Elementos constitutivos do estado e capacidade civil 171

§ 17 — *Dos nacionaes e estrangeiros*

66. Importancia da qualidade de cidadão em direito civil 172
67. Factos de que, em geral, resulta a qualidade de cidadão 174
68. Factos de que, segundo o nosso codigo civil, resulta a qualidade de cidadão originario 175
69. Nacionalidade adquirida pelo matrimonio e pela naturalização ... 179
70. Perda e readquisição da qualidade de cidadão português 180
71. Effeitos da naturalização em país estrangeiro quanto á mulher do naturalizado e aos filhos menores 183

§ 18 — *Da familia e do parentesco*

72. Noções geraes 185
73. Da familia legitima 186
74. Da familia illegitima 188
74. *bis*. Do parentesco por consanguinidade 190
75. Do parentesco por affinidade 191

§ 19 — *Do estado do individuo*

76. Do sexo 192
77. Idade 194
78. Estado physico e mental 197
79. Condemnação penal 199
86. Estado de fallencia 200

§ 20 — *Do domicilio*

Pag.
81. Noção de domicilio. Sua divisão ... 200
82. Domicilio geral voluntario ... 202
83. Domicilio necessario ... 203
84. Domicilio especial ... 206
85. Effeitos do domicilio ... 207
86. Vizinhança ... 208

§ 21 — *Da ausencia*

87. Noções preliminares ... 209
88. Periodos de ausencia ... 211
89. Quando tem logar a curadoria provisoria ... 213
90. Quem póde requerer a curadoria provisoria, a quem deve ser deferida e sua organização ... 216
91. Termo da curadoria provisoria ... 217
92. Quando se installa e quem póde requerer a curadoria definitiva. 218
93. Pessoas a quem deve ser deferida a curadoria definitiva e direitos que ficam tendo ... 219
94. Quando póde a fazenda nacional requerer a curadoria definitiva.. 227
95. Direitos e obrigações dos legatarios e outros interessados em bens determinados ... 228
96. Termo da curadoria definitiva ... 229

§ 22 — *Termo do direito de personalidade*

97. Quando acaba a personalidade ... 233
98. Doutrina sobre a prioridade da morte das pessoas fallecidas no mesmo desastre ou dia ... 235

§ 23 — *Do registo do estado civil*

99. Como se provam os actos de estado civil ... 235
100. O registo do estado civil entre nós ... 237
101. Disposições geraes acerca do registo dos actos de estado civil... 240
102. Do registo dos nascimentos ... 253
103. Do registo dos casamentos ... 267
104. Do registo dos obitos ... 273
105. Do registo dos reconhecimentos e das legitimações ... 278

SECÇÃO II

DAS PESSOAS COLLECTIVAS

§ 24 — *Classificação das pessoas collectivas*

106. Idéas preliminares ... 281
107. Pessoas collectivas de direito publico ... 284
108. Das pessoas collectivas de direito privado ... 288
109. Corporações e fundações de instituição ecclesiastica e de instituição civil; temporarias e perpetuas ... 300
110. Denominações legaes das pessoas collectivas ... 302

§ 25 — *Constituição das pessoas collectivas*

111. Constituição das pessoas collectivas de direito publico ... 304

Pag.
112. Pessoas collectivas de direito privado ... 305
113. Representação das pessoas collectivas ... 310

§ 26 — *Capacidade das pessoas collectivas*

114. Principios relativos á capacidade das pessoas collectivas ... 314
115. Restricções que, relativamente á adquisição de bens, ha para as pessoas moraes ... 317

§ 27 — *Domicilio das pessoas collectivas*

116. Domicilio das pessoas collectivas ... 319

§ 28 — *Da extincção das pessoas collectivas*

117. Considerações geraes acerca da extincção das pessoas collectivas 320
118. Destino dos bens das pessoas collectivas, quando estas são extinctas ... 324
119. Transformações que se podem operar nas pessoas collectivas ... 329

CAPITULO II

DO OBJECTO DO DIREITO

§ 29 — *Noções geraes*

120. Noção de objecto do direito ... 331
121. Não ha direitos sobre a propria pessoa ... 333
122. Direitos sobre as pessoas ... 335
123. Noção de cousas. Cousas corporeas e incorporeas ... 336
124. Noção de patrimonio ... 339

§ 30 — *Classificação das cousas*

125. Idéas geraes ... 340
126. Cousas no commercio e fóra do commercio ... 341
127. Cousas immoveis ... 342
128. Cousas moveis ... 349
129. Bens ou cousas immobiliarias e mobiliarias ... »
130. Significação das palavras — moveis de tal casa ou predio ... 350
131. Cousas consumiveis e não consumiveis ... 351
132. Cousas fungiveis e não fungiveis ... 352
133. Cousas divisiveis e indivisiveis ... 354
134. Cousas principaes e accessorias ou pertenças ... 355
135. Fructos ... 356
136. Universalidades de cousas e de direitos ... 357
137. Cousas ou bens presentes e futuros ... 358
138. Cousas publicas, communs e particulares; fundamento desta distincção ... 358
139. Noção de cousas publicas; a quem pertence a propriedade dellas 359
140. Bens que têem o caracter de publicos ... 363
141. Noção de cousas communs ... 366
142. Enumeração das cousas communs ... 367
143. Cousas particulares ... 371

CAPITULO III

DOS FACTOS JURIDICOS

SECÇÃO I

IDÊAS GERAES

§ 31 — *Noção de facto juridico; suas especies*

Pag.

144. Noção de adquisição, modificação e extincção de direitos 375
145. Adquisição originaria e derivada, alienação e successão 377
146. Effeitos dos factos juridicos; quando se produzem 378
147. Especies de factos juridicos 380

§ 32 — *Do tempo em relação aos factos juridicos*

148. Influencia do tempo sobre as relações juridicas 381
149. Determinação, divisão e contagem do tempo 383

SECÇÃO II

DOS ACTOS JURIDICOS PROPRIAMENTE DICTOS

§ 33 — *Noção, requisitos e especies do acto juridico*

150. Noção de acto juridico 386
151. Requisitos dos actos juridicos 388
152. Differentes especies de actos juridicos 389

§ 34 — *Da capacidade para os negocios juridicos*

153. Aspectos sob que póde ser considerada a capacidade 394
154. Incapacidade de direito e de facto 396
155. Regras relativas á determinação da capacidade 398

§ 35 — *Manifestação da vontade. Simulação*

156. Effeitos da manifestação da vontade 400
157. Vontade real e vontade declarada 401
158. Da simulação 404

§ 36 — *Vicios da vontade: erro, dolo e violencia*

159. Razão d'ordem. Conceito geral da nullidade proveniente de vicios da vontade 409
160. Erro 411
161. Dolo e má fé 422
162. Coacção 426
163. Os vicios da vontade nos negocios juridicos unilateraes 432

§ 37 — *Modos de manifestação da vontade*

164. Differentes modos de manifestação da vontade 434
165. Actos formaes ou solemnes 436
166. A declaração da vontade nos contractos. Contractos entre ausentes 440

Pag.

167. Contractos promessas 443
168. Propostas feitas por annuncios 444
169. Contractos pelo telegrapho ..... »
170. Contractos pelo telephonio 445
171. Manifestação tacita da vontade. O silencio nos negocios juridicos 446

§ 38 — *Da representação nos negocios juridicos*

172. Conceito e especies de representação 449
173. A representação tem caracter normal 454
174. Limites da representação 456
175. Ratificação 457

§ 39 — *Do objecto dos negocios juridicos*

176. Conteúdo dos negocios juridicos; causa 460
177. Elementos que formam o conteúdo dos negocios juridicos 463

§ 40 — *Clausulas accessorias dos negocios juridicos*

178. Terminologia do codigo civil 466
179. Conceito de condição 468
180. Especies de condição 474
181. Effeitos da condição suspensiva 478
182. Effeitos da condição resolutiva 485
183. Quando se considera verificada a condição 488
184. Termo 492
185. Modo 494
186. A presupposição 496
187. Da clausula penal 499

§ 41 — *Da interpretação dos negocios juridicos*

188. Considerações geraes 502
189. Regras de interpretação dos negocios juridicos 506

§ 42 — *Da nullidade e ratificação dos negocios juridicos*

190. Nullidade e inefficacia dos negocios juridicos. Especies de nullidade 508
191. Inexistencia dos negocios juridicos 511
192. Annullabilidade dos negocios juridicos 514
193. Modos por que póde ser sanada a nullidade relativa dos negocios juridicos 516
194. Effeitos da rescisão 520

§ 43 — *Dos actos juridicos em relação a terceiros. Noções geraes*

195. Efficacia dos negocios juridicos em relação a terceiros 521
196. Noção de terceiros 523
197. Natureza das formalidades relativas a terceiros e suas especies 526

§ 44 — *Do registo predial*

198. Noção e natureza do registo predial 527
199. Quando se produzem os effeitos do registo 529

Pag.
200. Objecto do registo 530
201. O registo predial entre nós 531
202. Factos juridicos que estão sujeitos a registo 535
203. Onde deve ser feito o registo 542
204. Dos livros do registo 544
205. Da reforma dos livros inutilizados ou perdidos 546
206. Do tempo de serviço e das apresentações 547
207. Das pessoas legitimas para requerer o registo 549
208 Do registo definitivo e provisorio 551
209. Titulos admissiveis a registo e condições a que, para esse effeito, devem satisfazer 554
210. Casos em que o conservador deve ou póde recusar o registo, e responsabilidade em que incorre recusando-o indevidamente .. 557
211. Das operações do registo em geral 563
212. Da descripção e seus averbamentos 564
213. Da inscripção e seus averbamentos 567
214. Da rectificação dos erros de qualquer acto de registo 571
215. Dos certificados, notas e certidões do registo 573
216. Duração dos effeitos do registo e prioridade dos direitos inscriptos 575
217. Do cancellamento do registo provisorio e definitivo 577
218. Da nullidade dos actos de registo 581
219. Da publicidade do registo e da responsabilidade dos conservadores 583

SECÇÃO III

DOS FACTOS ILLICITOS

§ 45 — *Idéas geraes sobre responsabilidade civil*

220. Responsabilidade civil e criminal 585
221. Elementos que constituem a responsabilidade civil 587
222. Injuria objectiva 590
223. Damno 593
224 Culpa 596
225. Responsabilidade civil por facto doutrem 604
226. Responsabilidade civil pelos damnos causados por cousas 607
227. Responsabilidade civil das pessoas collectivas 609
228. A responsabilidade civil e o estado de necessidade 616
229. A graduação da culpa e o damno 618
230. Quem é responsavel pelos damnos e quem tem direito á indemnização 619

§ 46 — *Do locupletamento á custa alheia*

231. Em que consiste o locupletamento á custa alheia e factos de que póde resultar 621
232. Theoria do não locupletamento á custa alheia 623
233. O locupletamento á custa alheia e a responsabilidade civil 625

CAPITULO IV

DO EXERCICIO, PROVA E EXTINCÇÃO DOS DIREITOS

SECÇÃO I

DO EXERCICIO DE DIREITOS EM GERAL

§ 47 — *Exercicio dos direitos; noções geraes*

Pag.
234. Exercicio de direitos 630
235. Limites do exercicio dos direitos. Abuso do direito 532

§ 48 — *Defêsa dos direitos*

236. Casos em que é admittida a defêsa propria e alheia 639
237. A acção 643

SECÇÃO II

DA PROVA

§ 49 — *Das provas em geral*

238. O que é prova, por que meios se faz e sobre que recae 647
239. Casos em que o juiz não é obrigado a conhecer o direito 649
240. Quem tem de provar 652
241. Meios de prova e sua classificação 656

§ 50 — *Da confissão*

242. Noção e especies de confissão 657
243. Objecto da confissão 661
244. Quem pode confessar e condições de validade da confissão 662
245. Força probatoria da confissão 666
246. Indivisibilidade da confissão 667

§ 51 — *Da prova documental*

247. Funcção que exercem os documentos e suas differentes especies. Prova documental 670
248. Documentos authenticos 671
249. Força probatoria dos documentos authenticos 674
250. Casos em que não póde substituir-se por qualquer outro meio de prova a prova por documento authentico 679
251. Documentos particulares, suas especies e força probatoria 681
252. Como se prova a data dos documentos particulares 688
253. Casos em que se não póde substituir por outra a prova por documento particular 690
254. Legalização dos documentos particulares; reconhecimento pelo notario 692
255. Documentos passados em país estrangeiro 697
256. Das testemunhas instrumentarias 699
257. Dos vicios que podem illidir a força probatoria dos documentos; razão d'ordem 702
258. Condições para a validade dos documentos authenticos ..... »

Pag

259. Falsidade dos documentos 714
360. Dos traslados, certidões e publicas fórmas; noções..... 716
261. Força probatoria dos traslados, certidões e publicas fórmas 717
262. Reforma dos documentos extraviados ou perdidos 718

§ 52 — *Do juramento*

263. O que é juramento e suas especies 720
264. Casos em que o juramento decisorio póde ser deferido e referido 721
265. Effeitos que derivam do facto de deferir ou referir o juramento.. 723
266. Contra quem faz prova o juramento decisorio 725
267. Casos em que se admitte o juramento suppletorio..... 726

§ 53 — *Da prova testemunhal*

268. O que é prova testemunhal..... 729
269. Admissibilidade da prova testemunhal 730
270. Pessoas que não podem testemunhar em juizo..... 733
271. Força probatoria das testemunhas 736
272. Prova contraria por testemunhas 737

§ 54 — *Das vistorias e exames*

273. Noções 728
274. Força probatoria dos exames e vistorias 739

§ 35 — *Das presumpções*

275. Noção de presumpção e suas especies..... 741
276. Casos em que se admittem as presumpções não estabelecidas na lei 743

§ 56 — *Do caso julgado*

277. Conceito de sentença e de caso julgado..... 744
278. Condições que se requerem para que o caso julgado possa ser invocado como prova..... 746
279. Influencia do caso julgado crime em materia civil 751
280. Sentenças emanadas de tribunaes estrangeiros..... 752

SECÇÃO III

DA EXTINCÇÃO DOS DIREITOS

§ 57 — *Noções geraes*

281. Modos por que póde verificar-se a extincção dos direitos..... 753

§ 58 — *Da prescripção em geral*

282. Noção e especies da prescripção 755
283. Prescripção e termos prefixados para o exercicio de direitos.... 759
284. Fundamento da prescripção. 760
285. Objecto da prescripção..... 762
286. Renuncia é prescripção 766
287. Quem póde oppôr a prescripção, contra quem se dá e quando se produzem os seus effeitos 767

Pag.

288. Condições da prescripção..... 768
289. Da suspensão da prescripção..... 769
290. Da interrupção da prescripção..... 778
291. Da contagem do tempo para o effeito da prescripção..... 785

§ 59 — *Da prescripção negativa*

292. Condições e inicio da prescripção negativa..... 788
293. Prazo ordinario da prescripção..... 790
294. Prescripções de curto prazo 791
Additamento ao n.º 190 799
Correcções 800