

INSTITUIÇÕES DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

LIVRO III

Dos direitos reaes

Direitos de familia

CAPITULO I

Idéas preliminares

§ 123 — Noção de direitos reaes

CHIRONI e ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, vol 1.º, pag 115, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 1.º, pag 278, MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile*, vol 3.º, pag 1

Direitos reaes são as faculdades de que uma pessoa é investida sobre uma coisa, que lhe fica sujeita no todo ou em parte, e relativamente a todas ou algumas das utilidades que pôde produzir.

Esta noção de direitos reaes, que pode considerar-se corrente entre os juristas, tem sido impugnada ultimamente por alguns, que a consideram fundamentalmente falsa. E desta opinião PLANIOL, o qual afirma que não pôde estabelecer-se uma relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa, sendo as relações que se dão entre as pessoas e as coisas um mero facto, que tem o nome

de posse. Se, nota esse professor, podesse haver uma relação de ordem jurídica entre uma pessoa e uma coisa, se se dêsse ao homem um direito sobre uma coisa, impor-se-lia a esta uma obrigação para com o homem, o que seria absurdo. O direito só pôde existir em proveito duma pessoa contra outras, pois que só as pessoas são susceptíveis de obrigações.

Para PLANIOL, direitos reaes são as relações jurídicas que se estabelecem entre *uma pessoa como sujeito activo e todas as outras como sujeitos passivos*

Desenvolvendo esta definição, diz esse jurista «Esta relação é de ordem obrigatória, isto é, tem a mesma natureza que as obrigações propriamente ditas. A obrigação imposta a todas as pessoas, exceptuado o titular do direito, e puramente negativa, consiste na abstenção de tudo o que poderia perturbar a posse pacífica desse titular. O direito real deve, pois, ser concebido sob a forma duma relação obrigatória, na qual o sujeito activo é *simples* e representado por uma só pessoa, ao passo que o sujeito passivo é *ilimitado em numero*, comprehendendo quaesquer pessoas que entrem em relação com o sujeito activo».

CHIRONI, referindo-se sem duvida a critica que por PLANIOL e outros juristas tem sido feita á noção de direito real, que é aceita por aquelle eminente professor, diz que a essa noção não se pôde oppor «que o direito, como relação, requer necessariamente uma ou mais pessoas para com as quas exista, porque aquelle conceito explica como se manifesta o poder do agente, e dahi se infere que, pelo seu modo de ser, o direito real se dá em relação a todos e que todos devem respeitá-lo».

Parece-nos que esta doutrina é verdadeira. As faculdades que as pessoas têm em relação ás coisas, por isso que são reconhecidas por lei, devem ser respeitadas por todos. Esta obrigação está portanto implicita na noção do direito real, que PLANIOL critica.

É indiscutível que em nenhuma relação jurídica se pôde abstrair

do elemento pessoal. Sendo o direito uma norma de vida social, não pôde derivar da simples relação do homem com as coisas; é necessario que haja a possivel coexistencia doutra pessoa que seja obrigada a respeitar, como um poder legitimo, aquella relação.

No caso, porém, em que o objecto do direito não seja um facto doutra pessoa, mas a propria coisa, entre esta e o sujeito do direito estabelece-se uma relação immediata, pela qual se deve caracterizar o direito real.

E afigura se-nos que essa noção é preferivel a que da PLANIOL, porque não é só pelos direitos reaes que se estabelecem relações obrigatórias para todos os homens, como sujeitos passivos. E este mesmo jurista o reconhece, dizendo que «ha um grande numero de obrigações legais, estabelecidas de pleno direito entre as pessoas, as quas têm como característica serem universaes pelo lado passivo, do mesmo modo que os direitos reaes». E assim que todas as pessoas têm não só a obrigação de se absterem de qualquer acto por que possam lesar o direito de propriedade, mas o direito de existencia ou de integridade physica e moral, o direito de associação.

Não pode, pois, definir se o direito real, attendendo so a relação que se estabelece entre as pessoas. É necessario determinar qual seja o conteúdo desse direito, e é pela relação que se dá entre as coisas e as pessoas que o direito real se forma.

E como se tracta dum direito, e portanto duma força natural reconhecida e tutelada pela lei, pois e esta a essencia de qualquer direito considerado subjectivamente, dahi resulta que, embora entre o ladrão e a coisa roubada se estabeleça uma relação directa, essa relação nunca se pode considerar um direito real.

Comparando se o direito real com a obrigação, notam-se as seguintes diferenças. (a) a obrigação dá se entre pessoas determinadas, enquanto que o direito real implica uma obrigação para todos, exceptuado o titular desse direito. Neste sentido chama se aos direitos reaes absolutos, visto que têm de ser respeitados por

todos e existem so pelo facto de haver nma pessoa que seja titular delles; b) a obrigação tanto pôde consistir num facto positivo como numa omissão, e, mesmo no caso em que tem por objecto uma abstenção, esta é de natureza diversa da imposta pelo direito real. Por este, não se restringe o exercicio das faculdades legaes, sendo que as pessoas apenas têm de se abster de actos pelos quaes seja lesado o direito real. Pelo contrario, na obrigação o devedor fica inhibido de praticar um acto que, se não fôra o vinculo juridico estabelecido entre elle e o credor, poderia realizar. A obrigação constitue, portanto, um encargo excepcional para o devedor, um elemento passivo do seu patrimonio, ao passo que os direitos reaes, entrando no activo do patrimonio, não representam, pelo lado passivo, um elemento que seja computado no patrimonio das outras pessoas; c) o direito real tem sempre por objecto uma coisa determinada, pois consiste na facultade de aproveitar todas as utilidades que a coisa produza, ou uma parte dellas. Daqui resulta que os direitos reaes so se exercem sobre cousas individualmente designadas. A obrigação, representando um vinculo pelo qual o devedor fica adstricto a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, refere-se directamente a actividade do devedor, e, por meio della, ao seu patrimonio, genericamente considerado, o qual constitue a garantia do credor. A obrigação tem portanto character patrimonial e ao mesmo tempo pessoal, e o seu objecto tanto podem ser cousas em especie como em genero.

O artigo 712º, facultando ao credor da prestação de facto requerer, em logar de perdas e danos, que seja auctorizado a prestar por outrem o dicto facto, á custa daquelle que está obrigado a elle, parece invalidar em parte a doutrina exposta sobre as characteristics differenciaes entre as obrigações e os direitos reaes. Mas não invalida.

Como nota CHIRONI, ha neste caso um ponto de contacto entre o direito real e a obrigação, sendo que, embora esta respeite directamente ao devedor, e, por intermedio d'elle, ao seu patrimonio, a lei auctoriza o credor a requerer que um terceiro pratique o

acto, todas as vezes que o objecto da obrigação, consistindo num facto, se pôde obter independentemente da intervenção pessoal do devedor.

A relação de patrimonialidade domina, no caso referido, a de personalidade, mas esta não é supprimida, pois que o facto doutrem é considerado como se fôra do proprio devedor, sendo o patrimonio deste que fica responsavel e intervindo a auctoridade judicial para garantia dessa responsabilidade.

Da doutrina exposta sobre direitos reaes e obrigações deduzem-se importantes consequencias. E assim que, estando insolvente um devedor e tendo de haver rateio entre os credores, quando se apresente uma pessoa que tenha direitos reaes sobre quaesquer bens que pertençam ao patrimonio do devedor, pode fazer valer esse direito contra todos os credores, não ficando sujeito ao rateio, como succede com o credor hypothecario e o pignoratício, que são pagos, de preferencia aos outros credores, pelo producto dos bens hypothecados ou dados em penhor, visto que a hypotheca e o penhor são direitos reaes, que os seus titulares fazem valer contra quaesquer pessoas.

O conteúdo da relação entre a pessoa e a coisa, ou o direito real, pode respeitar: 1) a disposição e gozo da coisa, 2) á garantia dum credito. No primeiro caso, o direito real tem por unico e exclusivo objecto a coisa; no segundo, o objecto do direito real é o valor della.

Já tractamos dos direitos reaes de garantia. Neste livro occupar-nos-hemos dos direitos reaes que tem por objecto unico e exclusivo a coisa.

Sendo diversos os poderes sobre as cousas, como diversas são as utilidades que podem prestar, o direito real só terá por conteúdo a plenitude desses poderes, quando o titular desse direito possa dispôr da coisa e goza-la ou frui-la do modo mais absoluto, sem limitação alguma. Esse direito é o de propriedade, que cum-

pendia todos os poderes que pode haver sobre uma coisa, abrangendo (art. 2139.º) o direito de fruição, o direito de transformação, o direito de exclusão e de defesa, o direito de restituição e de indemnização, no caso de violação, danno ou usurpação, e o direito de alienação.

O direito de propriedade forma portanto um feixe de direitos, que podem pertencer ao mesmo titular, ou achar-se fraccionados ou separados, pertencendo a diversos titulares. Quando se verifique esta ultima hypothese, não deixa de haver o direito de propriedade, mas essa propriedade é imperfeita, tendo cada um dos titulares dos direitos especiaes, que o direito de propriedade abrange, e relativamente a esses direitos, o direito de propriedade, sem outros limites que não sejam os que lhe forem assignados pela natureza das cousas, pelo titulo constitutivo da propriedade, ou por disposição expressa da lei (art. 2188.º).

O nosso codigo considera como propriedades imperfeitas (art. 2189.º) a emphyteuse e a subemphyteuse, o censo, o quinhão; o usufructo, e o uso e habitação; o compascuo. as servidões.

Alem do direito de propriedade, em que se comprehendiam os direitos reaes, tractaremos neste livro da posse, que, representando um estado de facto, correspondente ao direito que nelle se manifesta, mas contrario a esse direito, quando a coisa seja possuida como propria por quem della não seja proprietario, produz, em certas condições, importantes effectos juridicos. E como a posse, que o nosso codigo considera como um facto acquisitivo de direitos, tem, como instituto juridico, um caracter especial, dar-lhe-hemos um logar proprio, tractando della antes do direito de propriedade, do qual representa um dos meios de aquisição.

Os direitos reaes adquirem-se por titulo universal e singular.

A titulo universal adquire-se a totalidade ou uma parte do patrimonio duma pessoa, por titulo singular adquirem-se cousas determinadas.

Da aquisição por titulo universal tractaremos no livro das successões. Quanto a aquisição por titulo singular, como não ha para todos os direitos reaes os mesmos factos acquisitivos, occupar-nos-hemos dessa materia na secção em que tractamos de cada um desses direitos.

Em geral, os titulos ou factos acquisitivos dos direitos reaes são a occupação, a prescripção, o trabalho, os contractos por que se transferem as cousas e a successão.

Os modos por que se extinguem os direitos reaes tambem têm o seu logar proprio, visto que não são os mesmos para as diferentes categorias desses direitos, na secção em que se tractar de cada um delles.

CAPITULO II

Da posse

§ 124 — Noção de posse; seus elementos, e como se adquire, perde e transmite

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *Código civil português anotado*, tomo 2.º, notas aos art. 474.º-483.º, LOELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, tomo 2.º, §§ 443.º-446.º, MAZZONI, *obi.* e tomo cit., pag. 5, CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, tomo 1.º, pag. 186, FIORE, *Il codice civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte 3.ª vol. unico, pag. 251, LAURENT, *Principes de droit civil*, tomo 6.º, pag. 104, e 32.º, pag. 268, BEMPLEN, *Noções fundamentais del derecho civil*, trad. de NAVARRO DE PALENCIA, pag. 222, CIMBALI, *Del possesso per acquistare e frutti*

I — Noção de posse e suas diferentes espécies. O nosso código define posse a retenção ou fruição de qualquer coisa ou direito (art. 474.º).

A retenção ou fruição duma coisa ou direito, ou a relação de facto entre uma pessoa e uma coisa, de modo que esta seja ou possa ser utilizada, tanto pôde significar o exercício dum direito real, sendo a afirmação desse direito, o modo por que elle apparece ou se exterioriza, como um meio estado de facto, não correspondendo a relação que se estabelece entre a coisa e a pessoa, ou a posse, ao direito que esta significa ou traduz.

O direito que se manifesta na posse pôde ser portanto real ou apenas apparente. E como no instituto da posse se considera o exercício do direito, independentemente de qualquer investigação

sobre a realidade deste, podemos definir posse — a relação de facto entre uma pessoa e uma coisa pela qual esta fica sob o seu poder, de fôrma que disponha della ou aproveite as utilidades que e destinada a produzir.

A relação de facto, que constitue a posse, varia conforme a natureza do direito que por ella se manifesta.

Sendo a propriedade um direito complexo, decompondo-se esse direito em outros, que correspondem aos diversos modos por que as pessoas podem fruir ou gozar as cousas ou exercer o seu poder sobre os objectos do mundo externo, segue-se que, a essas multiplices relações de direito, podem corresponder outas tantas relações de facto. Assim, na posse tanto se pôde manifestar um poder absoluto sobre a coisa, quando o direito que ella exterioriza seja o de propriedade plena, como um direito fraccionario — o usufructo, a emphyteuse, o quinhão, o compascuo, uma servidão.

Os juristas romanos não admitiram a principio senão a posse sobre as cousas corporeas, significando por ella a detenção da coisa dum modo actual e exclusivo, e revestindo assim a posse a forma dum poder physico, que só era possível sobre as cousas corporeas *possident autem possunt, quae sunt corporalia* (1). Com o decurso do tempo, admitiram ao lado da posse das cousas corporeas, *possessio rei*, outra especie de posse, que consistia em exercer sobre um coisa, de facto, um simples direito de servidão. Foi o que se chamou *possessio juris* ou *quasi possessio*.

Nos códigos modernos, tanto se considera posse a retenção duma coisa, como o gozo dum direito, sendo esse o systema que o nosso legislador adoptou.

E realmente, tanto na retenção duma coisa, por que se traduz o poder physico exercido sobre ella, como no gozo dum direito, ha um estado de facto, que corresponde ao direito que nelle se manifesta.

(1) D. XLI, 2, fr. 3 pr.

Da noção que o código dá de posse, vê-se que é o simples facto do exercício do direito que caracteriza este instituto jurídico. Mas o facto do exercício pode dar-se em circumstancias diversas, sendo diversos tambem os effeitos juridicos que da posse derivam. Necessario é, pois, determinar as condições tanto internas como externas que se podem verificar na relação de facto entre uma pessoa e uma coisa, expondo as varias categorias de posse que o nosso código admittê

a) *Posse em nome proprio e em nome doutrem.* Segundo a doutrina tradicional, a posse compõe-se de dois elementos: *material*, chamado *corpus*, e *espiritual*, chamado *animus*.

O elemento material consiste no conjuncto de actos materiaes pelos quaes se retem ou frue a coisa. O elemento espiritual consiste na intenção de possuir por conta propria ou a titulo de proprietario, *animus rem sibi habendae*.

Quando a posse é exercida a titulo de propriedade da coisa, ha a reunião dos dois elementos, tomando-se a intenção de possuir a coisa como propria no seu sentido rigoroso. É o que se chama a posse *em nome proprio* (art. 481.º)

Quando o possuidor é realmente proprietario, a posse constitue o meio normal por que elle mantém a coisa sujeita ao seu poder, ou se utiliza desta para a satisfação das suas necessidades. E sendo a posse o meio ordinario por que o direito de propriedade se manifesta, a lei, inferindo do facto o direito, estabelece o principio, de que a posse produz em favor do possuidor a presumpção de propriedade, que pôde ser mais ou menos attendivel, conforme as circumstancias (art. 477.º)

Muitas vezes succede, porém, que a pessoa que exerce um direito em nome proprio não é o titular desse direito. Neste caso, que é aquelle em que a posse reveste o caracter dum instituto autonomo, a relação de facto com a coisa não é o exercicio ou a expressão legitima do direito de propriedade, pois que ao poder de facto sobre a coisa não corresponde o poder juridico: no pos-

suidor esta a retenção ou fruição — *corporis detentio*; no proprietario o direito correspondente — *juris dispositio*.

Sendo a posse, como instituto autonomo, a relação de facto a que não corresponde a de direito, e perdendo a sua physionomia propria, tornando-se funcção do direito, quando o exercicio deste, pôde affirmar-se que a propriedade nada tem de commum com a posse. *nihil commune habet proprietatis cum possessione* (1).

O animo de possuir pôde dar-se por outro titulo que não seja o de proprietario, como, por exemplo, o de atendantario, de commodatario, depositario, credor pignoratício. Neste caso, o possuidor retem ou frue uma coisa que pertence a outrem (art. 481.º). E a posse *em nome doutrem* ou a titulo *precario*.

Esta posse, que se chama tambem *natural*, *simples detenção*, representa uma situação fundamentalmente diversa da posse em nome proprio, não podendo considerar-se como posse propriamente dicta, e recusando-lhe ate alguns jurisconsultos, e a nosso vêr com fundamento, o nome de posse.

No caso de posse em nome doutrem, o que retem ou frue a coisa não é o verdadeiro possuidor; a posse pertence á pessoa em nome de quem é exercida. Assim, quando uma casa está arrendada, a pessoa que a arrendou continua a possui-la no sentido de aproveitar todos os effeitos juridicos que da posse resultam, podendo intentar as acções possessorias, dai-se a prescripção a seu favor, ter direito aos fructos.

O proprio titulo pelo qual o possuidor em nome doutrem retem a coisa, implica o reconhecimento do direito da pessoa em nome de quem possui, a quem elle se obrigou a restituir a coisa. O poder que elle tem sobre a coisa não é uma mera relação de facto, nem a manifestação dum direito real, derivando da obrigação em que se constituiu o proprietario ou o verdadeiro possuidor da coisa.

(1. D. XLI, 2, fr. 12, § 1.º)

Como a posse representa a manifestação dum direito real, a exteriorização desse direito, ha, em caso de duvida, a presumpção de que o detentor duma coisa a possui em nome proprio (art 481.º, § 1.º).

Tendo começado, porem, a posse em nome alheio, essa posse subsiste indefinidamente, transmitindo-se de geração em geração a todos os representantes do primitivo possuidor, pois que esses representantes têm, como elle, e embora ignorem a existencia da obrigação que o auctor da herança assumiu, de restituir o que possuam em proprio nome, pois que o seu erro não pôde modificar uma situação que elles herdaram, mantendo-os o titulo da obrigação sempre em estado precario.

O possuidor em nome alheio so pode tornar-se possuidor em nome proprio, quando se dê a *inversão do titulo*, inversão que pode ter lugar 1) por facto de terceiro, e 2) por opposição feita pelo possuidor a pessoa em nome de quem possuia (art 510.º)

1) A inversão do titulo por facto de terceiro dá-se quando para o possuidor em nome doutrem é transferido, por uma pessoa que elle julga ser o titular dos direitos que transfere, o direito de propriedade sobre ella. Desde esse momento, elle fica possuindo a coisa em virtude dum titulo que lhe transferiria a propriedade sobre ella, se o alheador tivesse realmente esse direito. O titulo da sua posse inverteu-se, por isso que, em vez de possuir em nome alheio ou a titulo precario, ficou possuindo como proprietario (art 510.º, § unico)

2) Para que a opposição feita pelo possuidor ao direito daquelle em nome de quem possuia tenha como effeito a inversão do titulo, e preciso que essa opposição não seja repellida pelo proprietario. Não basta, pois, que o possuidor em nome alheio negue ou conteste os direitos do proprietario, ou que pratique actos em virtude dos quaes se manifeste em publico como proprietario, e necessario que haja conflicto entre o que se julga proprietario da coisa e o detentor a titulo precario, como se aquelle reclamar a restituição da coisa e este lh'a recusar, ou se pedir a renda e este se oppozer,

declarando que e elle o proprietario da coisa, e que a pessoa em nome de quem elle possui não repilla essas pretensões

Como se presume (art 481.º, § 2.º) que a posse continua em nome de quem a começou, quando se começou a possuir por outrem, presume-se sempre que a posse continua pelo mesmo titulo, e portanto, provando-se que o começo da posse foi a titulo precario, o possuidor tem de provar a inversão do titulo, a qual nunca se presume. Não ha, na presumpção que a lei estabelece, excepção alguma em materia de prova, por isso que, significando a inversão do titulo uma mudança na situação do possuidor, e este que, allegando essa mudança, deve prova-la

b) *Posse de boa e de má fe* Posse de boa fe é aquella que procede de titulo, cujos vicios não são conhecidos do possuidor. Posse de má fe é que se da na hypothese inversa (art. 476.º)

Na posse em nome proprio, quando o possuidor não seja realmente o proprietario, ou, por outras palavras, quando a situação de facto não corresponda a de direito, pôde o possuidor estar de boa ou de má fe, conforme tenha adquirido ou não a coisa por um titulo, cujos vicios desconheça.

Por *titulo* entende-se a causa geradora do direito que o possuidor julga ter, ou um facto que tenha a força sufficiente para transferir a propriedade ou o direito real de que elle está de posse, como uma doação, um contracto de compra e venda, a successão testamentaria ou legitima

Os vicios do titulo podem ser substanciaes ou de forma. Assim, o titulo tanto é viciado quando o auctor delle, de que o possuidor e representante, não seja o proprietario da coisa que por esse titulo transferiu, caso em que não se effectuou essa transferencia — *nemo dat quod non habet*, como pelo facto de incapacidade, por falta de formalidades numa fcriptura de venda ou num testamento.

A boa fe do possuidor consiste em ignorar os vicios do titulo e portanto a circumstancia que o impedia de se tornar proprietario.

Conhecido que seja algum desses vícios, como se o possuidor souber que uma das testemunhas que interveiu na escriptura era menor ou estuangeiro, e que portanto a escriptura é nulla, que o auctor do titulo não era o dono da cousa; cuja propriedade transferiu, ficará sendo possuidor de má fe.

O erro acerca dos vícios do titulo tanto pôde ser de facto como de direito, havendo boa fe em ambos os casos

Poderá haver boa fe sem titulo?

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, diz a este respeito. «Não depende da existencia de titulo, e titulo valido, a presumpção de boa fé. Coexiste perfeitamente a boa fé com a posse por titulo nullo, desde que o possuidor desconheça a nullidade, e mesmo com a posse sem titulo, como a posse da herança sem titulo anterior de aquisição, nem documento escripto da successão, se o possuidor vive na fé de ser o verdadeiro representante do direito hereditario»

Parece-nos que esta doutrina é verdadeira, mas não deixamos de notar que as duvidas que a este respeito se têm suscitado na jurisprudencia franceza e na italiana podem dar-se tambem em face do nosso codigo.

Definindo-se posse de boa fe a que procede de titulo, quando este não exista senão na consciencia do adquirente, isto é, seja *putativo*, como o caso em que um parente se julgue chamado a uma successão e não seja realmente herdeiro, parece que não ha boa fé.

Em materia de prescripção acquisitiva, o titulo putativo não vale, mas, nessa materia, faz-se distincção entre boa fe e justo titulo (art. 517.º, n.ºs 1.º e 2.º, 518.º e 520.º).

Em materia de aquisição de fructos e de bemsfeitorias não se faz, porem, essa distincção, nem o titulo que se exige para este effeito é, como veremos, da mesma natureza do que se requer para a prescripção. É assim que o vicio do titulo pôde ser a falta de qualquer formalidade num documento, e como, neste caso, não se

pôde dizer que haja titulo. parece que o titulo não representa, no caso do artigo 476.º, uma condição distincta da boa fe, ou da consciencia de que se adquiriu legitimamente, mas uma circumstancia que induz o possuidor em boa fe, e que portanto esta pode existir não so quando haja titulo viciado, mas quando se dêem circumstancias taes que o possuidor julgue ter adquirido por titulo e realmente o não haja

E o artigo 495.º, § 4.º, dispondo que se reputa ter cessado a boa fe desde o momento em que se prove terem sido os vícios da posse conhecidos do mesmo possuidor, mais nos convence de que o nosso legislador attendeu, para a distincção entre posse de boa e má fe, não propriamente á circumstancia de haver um titulo, mas a consciencia do possuidor

O que usurpar uma cousa alheia adquire posse, mas esta não pode considerar-se de boa fe, pois que o facto mesmo do esbulho implica a consciencia e a vontade por parte do possuidor de se collocar no logar do proprietario, a quem pertence o direito de reter e fruir a cousa. E quando o possuidor julgue exercer um direito proprio e exerça um direito doutrem, tem de attender-se ao titulo de aquisição, para se verificar se houve a intenção de adquirir legitimamente, ou de usurpar uma cousa doutrem, sendo portanto indifferente que o titulo exista realmente, ou que só existisse na mente do possuidor, desde que este facto se prove

Necessario é attende a todas as circumstancias em que se dá a aquisição da posse para se vêr qual o estado de consciencia do possuidor, determinando se assim se a posse é de boa ou de má fe.

Se existe ou não boa fe da parte do possuidor e portanto uma questão de facto, que deve decidir-se em harmonia com as circumstancias

A boa fé presume-se sempre, salvo nos casos em que a lei expressamente não admittu tal presumpção, sendo quem allega a má fe que deve prova-la (art. 478.º)

d) *Posse legitima* Além da distincção entre a posse de boa e de ma fé e em nome proprio e alheio, de que o código tracta no capitulo em que se occupa da posse, referi-nos-lheos ainda as distincções entre posse *pacifica* e *violenta*, *publica* e *clandestina*, que o legislador faz no capitulo em que se occupa da prescripção, visto que essas distincções não só são tomadas em consideração na posse como um facto adquisitivo de direitos, mas ainda no que respeita a outros effeitos

Existindo a posse desde que haja os seus elementos essenciaes, *corpus* e *animus*, pode todavia conter vicios que a tornem inutil, pelo facto de se considerar illegitima, tanto para o exercicio das acções possessórias, como para a prescripção

Para que a posse seja legitima e necessario que seja *pacifica* e *publica*.

Posse *pacifica* é a que se adquire sem violencia (art. 521 °), a qual tanto pôde ser moral como physica

Posse *publica* diz-se aquella que foi devidamente registada, ou tem sido exercida de modo que pode ser conhecida pelos interessados (art. 523 °) A lei exige a publicidade para que a posse seja considerada legitima, porque, quem exerce um direito, não occulta os seus actos; desde que o faz, não deve admitir-se a presumpção de propriedade, que é a que torna a posse legitima.

A publicidade existe sempre que a posse é exercida de modo que os interessados possam ter conhecimento della; desde que ha essa possibilidade, embora elles não tenham effectivamente conhecimento da posse, esta considera-se publica Não e necessario tambem que a posse se torne conhecida de qualquer pessoa, o que deve ter-se em consideração é o modo por que o possuidor exerce os seus poderes sobre a cousa, tendo em vista a natureza della e o seu destino

II— *Adquisição da posse*. A posse adquire-se quando se verifica o concuiso dos dois elementos *corpus* e *animus*.

O primeiro elemento realiza-se mediante qualquer facto pelo

qual a cousa seja collocada sob o poder duma pessoa, como é a apreensão della ou a tradição Se se tracta de cousas incorporeas, a adquisição da posse realiza-se pela entrega dos titulos ou pelo uso que o possuidor faça do direito, de modo que esse uso seja conhecido da pessoa contra a qual o direito e exercido.

Para que haja o *animus*, e necessario que a pessoa que adquire a posse tenha a intenção de exercer o direito como proprio.

O código preceitua a este respeito (art. 480 °) que podem adquirir posse todos aquelles que têm uso da razão e ainda os que não o têm, nas cousas que podem ser objecto de livre occupação, e que (art. 480 °, § unico), pelo que respeita as cousas apropriadas, os que não têm uso de razão podem, apesar disso, adquirir posse pelas pessoas que legalmente os representam.

Esta disposição, poi que se exige a vontade de adquirir para a posse, não se nos afigura acceptavel

Antes de a criticamos, notaremos que o auctor do código não devia referir-se ás cousas de livre occupação. Dessas cousas adquire-se, pela apreensão, o dominio e não a posse Era, pois, o logar em que se tracta da occupação ou da propriedade o adequado para essa disposição

Tractaremos, por este motivo, so da adquisição de posse das cousas ja apropriadas

O CONSULHEIRO DIAS FERREIRA, que tambem julga inacceptavel a doutrina sancionada no código pelo que respeita a não poderem adquirir a posse das cousas já apropriadas, senão por meio dos seus representantes, as pessoas que não têm uso de razão, diz que essa doutrina seria admittida pelo legislador «talvez, porque sendo necessaria a boa fe no momento da adquisição, não possa presumir-se fe de qualidade alguma no incapaz». E acrescenta.

«A prohibição aos incapazes, com ou sem uso da razão, de adquirirem dominio pela prescripção positiva, que era logica no projecto primitivo, onde se exigia boa fe, tanto no começo como no decurso da posse, não tem fundamento desde que a Comissão revisora exigiu a boa fe, não como requisito essencial da pres-

criação, mas simplesmente como meio de encurtar os prazos, e fundou este modo de adquirir principalmente na negligencia do proprietario.

A lei, declarando que os que não têm uso de razão não podem adquirir posse de cousas que já estejam apropriadas, não se baseia no facto de ser necessaria a boa fe, porque esta não se exige para que haja posse, tanto no systema do projecto primitivo como no do código, mas no facto de as pessoas que se acharem privadas do uso da razão não serem capazes do *animus* ou da intenção de exercerem o direito como proprio.

Pelo código allemão (art. 854.º) a posse duma cousa adquire-se pelo poder de facto sobre ella, não se exigindo a vontade de adquirir.

O legislador allemão, alterando a doutrina geralmente accepta, teve em consideração o facto de que uma cousa pôde ficar sob o poder duma pessoa em circumstancias taes, que não seja possível a vontade de a adquirir, tornando-se apesar disso necessaria a protecção possessoria, por se verificarem todas as condições objectivas da posse. É o que succede com as pessoas que sejam privadas do uso da razão, as quaes, se se exigisse o *animus* para a aquisição da posse, seriam absolutamente incapazes de adquirir posse em nome proprio.

Esta doutrina é, em nossa opinião, a unica acceptavel.

Os legisladores que, como o nosso, consideram o *animus* como um elemento necessario para a posse em nome proprio, e que, por esse facto, não admittem que adquiram directamente posse as pessoas que não tenham uso de razão, e so essas, não abrangendo as que, por outras causas, sejam incapazes de adquirir, estabelecem o principio de que essas pessoas podem adquirir por meio dos seus representantes, os quaes, para que se verifique a aquisição da posse, devem não só effectuar a *corpore*, mas querê-la no interesse e em nome do representado.

Adquirem posse por meio de representantes não só os menores e os interdictos, mas as pessoas moraes.

Sendo necessario o *animus* para a posse, não podem considerar-se como constituindo este facto juridico os actos facultativos ou de mera tolerancia (art. 474.º, § 1.º). Nos actos de mera tolerancia presume-se a concessão para a realização delles, ao contrario do que se da na posse em nome doutrem, em que essa concessão é manifesta. Ora pelo facto da concessão revela-se o poder que o proprietario ou possuidor tem sobre a cousa, não se podendo portanto perder a posse pelos actos de mera tolerancia. Actos facultativos são aquelles por que se manifesta um direito, podendo este exercer-se dum modo ou doutro, sem que por esse facto se perca a posse. E assim que eu posso edificar ou não num predio rustico, usar ou não das aguas duma corrente não navegavel nem fluctuavel que atravessa esse predio.

III — *Objecto da posse* — So podem ser objecto de posse cousas e direitos certos e determinados, e que sejam susceptiveis de apropriação (art. 479.º). Sendo a posse uma relação de facto entre uma pessoa e uma cousa, esta tem de ser certa e determinada, e, produzindo em favor do possuidor a presumpção de propriedade, e consolidando-se por meio della, com o decurso do tempo, esse direito, dali resulta que so podem ser objecto de posse as cousas, ou direitos a ellas respeitantes, sobre que seja possível exercer direitos reaes, e portanto só as cousas que não estejam fora do commercio e que sejam susceptiveis por sua natureza de apropriação.

IV — *Conservação e perda da posse*. A posse conserva-se emquanto duma a retenção ou fruição da cousa ou direito, ou a possibilidade de a continuar (art. 474.º, § 2.º).

Sendo dois os elementos essenciaes da posse propriamente dicta, parece que a falta de qualquer desses elementos deveria determinar a perda da posse. É necessario, porem, attender a que ha a conservação da posse sempre que, uma vez estabelecida a relação de facto entre o possuidor e a cousa, se dá a possibilidade de

ella continuar. Dahi vem o dizer-se que a posse se conserva *solo animo*.

Por outro lado, não podendo as pessoas que não têm uso de razão adquirir posse de cousas que já estejam apropriadas, conservam todavia a posse adquirida, se depois perderam a razão.

Os elementos que a lei exige para a aquisição da posse atenuam-se pois pelo que respeita a sua conservação, sendo que, para esta, se atende a possibilidade de que esses elementos se reproduzam.

O possuidor pode perder a posse (art. 482 °).

1.º Pelo abandono;

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

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

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

O anno corre desde o facto de ser a nova posse tomada publicamente, ou, se tiver sido tomada clandestinamente, desde que isso conste ao esbulhado (art. 482 °, § unico).

No caso de abandono, ou de o possuidor renunciar aos poderes que tinha sobre a cousa, deixando de a reter ou fiar, e no caso de alienação, em que o possuidor transfere a cousa para o adquirente, que fica possuindo no lugar d'elle, ha a perda tanto do *corpus* como do *animus*

No caso de destruição ou perda da cousa, de ser posta fora do commercio e de um terceiro se apoderar d'ella contra vontade do possuidor, ha a perda do *corpus*, pois que em todos esses casos o possuidor fica sem a faculdade de exercer sobre a cousa os actos materiaes que constituem a posse.

No ultimo caso, porém, a posse so se perde se o possuidor fôr privado d'ella por espaço dum anno, contado do esbulho da cousa ou do direito, se a nova posse houver sido tomada publicamente, e, se tiver sido tomada clandestinamente, desde que isso conste ao

esbulhado, porque a posse clandestina não e, como já dissemos, posse legitima, não produzindo portanto effectos juridicos.

Daqui resulta que o possuidor, que seja esbulhado violentamente, tem direito a ser restituído, sempre que o requerer dentro do prazo dum anno (art. 487 °), se o possuidor não houver sido privado da sua posse violentamente, o que tiver a posse de menos de anno não pôde ser mantido judicialmente nessa posse, senão contra aquelles que não tenham melhor posse (art. 488 °), isto e, posse que se abone com titulo legitimo, na falta de titulo, a que seja mais antiga, e, sendo iguaes, a actual (art. 488.º, § unico).

Sendo a posse um facto, não pôde, como tal, conceber-se juridicamente a sua transmissão para outrem. Como, porem, no instituto da successão universal, o patrimonio do defuncto, exceptuados os direitos que tenham character pessoal, continua nos seus herdeiros ou successores, a lei preceitua (art. 483 °) que, por morte do possuidor, a posse d'elle passa, por virtude da lei, com os mesmos effectos de posse effectiva, aos seus herdeiros ou successores, desde a momento em que o dicto possuidor fallecer

Não é necessario, pois, o facto material da posse, para que a posse do auctor da herança continue nos seus herdeiros, e, como não ha duas posses distinctas, mas unidade de posse, os caracteres que tinha a posse do auctor da herança acompanham a posse dos herdeiros, seja qual fôr a intenção destes. E assim que, se o auctor da herança fôr possuidor de ma fe, possuidores de ma fé serão tambem considerados os seus herdeiros, se o auctor da herança possuisse em nome alheio, ou a titulo precario, pelo mesmo titulo ficarão possuindo os seus herdeiros, emboa haja da parte d'elles a intenção de possuir a cousa como propria

A continuação da posse nos herdeiros tem logar de pleno direito, porque tambem assim se opera a transmissão do direito á herança

Quando a transmissão da posse se effectue por titulo particular, como não ha nesse caso a continuidade da personalidade juridica,

tambem falta a continuidade da posse. Dahi resulta que as duas posses se devem considerar distinctas e que os caracteres que acompanham a posse do primeiro possuidor se podem verificar ou não na do seu successor. Considerando-se a posse do transferente e a do adquirente, na successão a titulo particular, como distinctas, e necessario que se realizem certas condições para que o adquirente a titulo particular possa unir a sua posse a do precedente possuidor.

Quando as posses tenham os mesmos caracteres e seja o mesmo o objecto possuido, dai-se-ha a união das duas posses, podendo o successor invocar a do que lhe transmitiu a coisa.

Assim, o tempo que o possuidor em nome proprio, que vendeu a coisa como sua ao adquirente, possuiu a coisa vendida, pode ser invocado pelo adquirente dessa coisa a titulo particular, aproveitando este, tanto para as acções possessórias, como para a prescripção, o tempo que o vendedor possuiu a coisa.

Se, porém, o afieador fosse possuidor de má fé, e o adquirente estivesse de boa fe, ou, pelo contrario, se o adquirente estivesse de má fé e o precedente possuidor de boa fe, que posse poderá invocar o actual possuidor? Devera considerar-se, para esse effeito, a posse como foi adquirida pelo precedente possuidor, transmitindo se com os mesmos caracteres?

Supponhamos que Antonio, possuidor em nome proprio e de boa fe duma casa, a deixa em legado a Pedro, que sabe que essa casa não pertencia a Antonio. Pedro sera possuidor de boa fe?

Tem havido a este respeito duvidas entre os juriconsultos.

Para que a posse, em materia de prescripção, se considere de boa fé, tem de attender-se so ao momento da adquisição (art. 520^o). Dahi resulta que, se Antonio, antes que a posse fosse transferida para o actual possuidor, tivesse conhecimento de que a casa não era sua, não deixaria por esse facto, relativamente a elle, de se considerar essa posse como sendo de boa fé. Ora, sendo assim, parece que o mesmo deve succeder, no caso de Pedro ter conhecimento, no momento em que adquire a posse da casa, de que ella não era de

Antonio, como tambem o mesmo succederia, se, posteriormente, elle viesse a ter conhecimento de que a casa não era de Antonio. A lei auclorizando, neste caso, a união das duas posses, considera-as como formando um todo indivisivel, da mesma forma que se a mesma pessoa houvesse sempre possuido.

Se o antigo possuidor houvesse possuido de má fé, o possuidor actual, embora estivesse de boa fe no momento da adquisição, não poderá invocar a posse do seu antecessor senão como posse de má fe. A delle deve, porem, considerar-se como posse de boa fe, para todos os effeitos juridicos.

Se o possuidor que transmitiu a coisa como sua por titulo particular a detivesse a titulo precario, o adquirente fica evercendo a posse em proprio nome, e não pôde invocar o tempo da posse do seu antecessor.

§ 125 — Fundamento e garantias da posse

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr* e tomo cit, notas aos artigos 484^o a 491^o.
 MAZZONI, *obr* e tomo cit, pag 57, CIRROVI, *obr* e tomo cit, pagg 194 e 203, FIORE, *obr* e tomo cit, pag 335, CIMBALI, *obr cit*, pagg 3-32,
 DR RIBEIRO DE MAGALHÃES, *Manual das acções possessórias*

I — *Fundamento da posse*. Sendo a posse o poder que é exercido sobre uma coisa, independentemente de qualquer direito que sobre ella haja, vê-se que o instituto da posse representa um facto e não um direito. Esse facto produz, porém, importantes effeitos juridicos.

Como os direitos do homem sobre as cousas se manifestam por actos que, sendo reconhecidos e tutelados pela lei, constituem o legitimo exercicio desses direitos e o seu gozo normal, não sendo possível descobrir, nas incessantes e multiplices relações da vida social, a medida que cada acto se realiza, se é a legitima mani-

festação dum direito, e como, sendo punidos os actos que representam a violação dum direito, e de presunção, pela propria realização do acto, que este seja legitimo, — a lei mantém o facto, enquanto se não demonstrar qual e o ducito, vê nos factos uma manifestação legitima da actividade, enquanto se não provar que elles constituem uma violação do direito.

Tal e o fundamento do instituto da posse.

Não tendo a posse os mesmos requisitos, podendo ser de boa ou de má fe, e exercida durante um tempo mais ou menos longo, os efeitos juridicos que derivam da posse não são os mesmos, variam conforme esses elementos

A posse representa, por em, a condição fundamental, sendo esses elementos simples modalidades que influem no resultado final das relações juridicas, que dessa condição derivam. E por isso que Mazzoni afirma «O principalissimo effeito da posse é o de estabelecer em favor do possuidor uma presumpção legal de que lhe pertence o direito de que a posse e a manifestação. E ate deve em rigor dizer-se que a presumpção de propriedade é o unico effeito da posse».

II — *Das acções possessórias* Pelo estudo das garantias da posse, ou das acções possessórias, vei-se-ha mais nitidamente qual é o fundamento juridico da posse.

A lei, preceituando que o possuidor tem o direito de ser mantido na sua posse ou restituído a ella contra qualquer turbacão ou esbulho, nos termos da mesma lei (art. 484^o), presume que o possuidor e o titular do direito que exerce

Constituindo a posse uma presumpção de propriedade, essa presumpção admite prova em contrario, a qual pode consistir: a) em demonstrar que o proprietario do direito não e o possuidor; b) em demonstrar que ha posse melhor do que a do actual possuidor.

a) O proprietario da coisa, em virtude do direito que tem de a perseguir em poder de qualquer possuidor — *penes quemcumque possessorem*, pôde reivindicá-la.

Se a posse tiver sido exercida por mais dum anno, essa reivindicacão só pôde dai-se por meio duma accção em que se verifique que não foi transferido para o possuidor, por nenhum dos meios legaes, o poder que exerce sobre a coisa, de modo que esse poder representa apenas a apparencia do direito de propriedade. Enquanto não se produzir essa prova, ou, por outras palavras, o possuidor não foi judicialmente convencido na questão de propriedade, será mantido ou restituído á sua posse (art. 489^o).

O proprietario tem, portanto, para que possa reivindicar a coisa, de provar que é o titular do direito que o possuidor tem exercido, de modo que este ou usurpou a posse, ou esta lhe foi transmitida por quem não era o proprietario da coisa. Não havendo sido transmitido para o possuidor o direito, que elle tem exercido, pelo proprietario desse direito, este continua com o *jus possidendi*, e aquelle so tem o *jus possessoris*, ate que, pelo decurso do tempo fixado na lei, o possuidor, apesar do direito constituido sobre a coisa, se torne proprietario della pela prescripção

b) Quando a posse tiver durado menos dum anno, o possuidor actual pôde ser judicialmente privado da coisa por quem tenha melhor posse, e e melhor posse a que se abona com titulo legitimo, na falta de titulo, ou na presença de titulos iguaes, e melhor posse a mais antiga; se as posses forem iguaes, prefere a actual; se ambas as posses forem duvidosas, sera a coisa posta em deposito, ate se verificar a quem pertence (art. 488^o e § unico)

Se, porem, o possuidor for esbulhado violentamente, tem direito a ser restituído sempre que o requerer dentro do prazo dum anno, nem o esbulhador seia ouvido em juizo, sem que a dicta restitução se tenha effectuado (art. 487^o)

Neste caso, o possuidor só tem de provar que foi violentamente esbulhado, não tendo que verificar-se se era elle o legitimo possuidor e se tinha consequentemente o direito de ser mantido na sua posse

A acção de reintegração na posse, no caso de esbulho violento, não tem propriamente como fundamento a presunção de propriedade, representa uma medida de ordem publica. O legislador quis annullar por essa fôrma o effeito dum acto illicito, não permitindo que seja mantido na posse, quem violentamente se apoderou do objecto a que ella respeita.

Dahi resulta que, para a acção de reintegração, nenhum requisito se exige na posse, que não seja o da detenção da cousa por parte do que foi violentamente esbulhado.

Dispondo a lei que o esbulhador não sera ouvido em juizo emquanto se não tenha effectuado a restituição, vê-se que não é necessario que o possuidor prove que tem posse legitima, ou que retém ou frue o objecto em proprio nome, nem que a sua posse tem mais de anno, para que seja reintegrado nella. As unicas condições que a lei exige para a acção de reintegração são: a) que haja posse; b) o esbulho della; c) que este tenha sido violentamente effectuado.

O proprio possuidor, que tenha adquirido a cousa por meio de violencia, pôde ser reintegrado na posse, se pelo mesmo meio o privarem della.

A este respeito necessario e, porém, ter em consideração o que dissemos acerca da violação e defêsa dos direitos (§ 49 °)

O possuidor, que é perturbado ou esbulhado, pôde manter-se ou restituir-se por sua propria força e auctoridade, comtanto que o faça em acto consecutivo e não lhe seja possível recorrer a força publica (cod. civ., artt. 486 °, 2354 °, 2367. ° e 2370 °, e cod. pen., artt. 44 ° n. ° 5. °, 46 ° e 377 °)

Contra o possuidor, que haja sido violentamente esbulhado da sua posse, e que repilla a força pela força em acto consecutivo, não pôde propor-se a acção de reintegração de posse, pois que não praticou um acto illegal, usou do direito de legitima defêsa.

O possuidor que fôr violentamente esbulhado e que não repilla a força pela força, só pôde ser reintegrado na sua posse judicial-

mente. Se para esse effeito recorrer a meios violentos, pôde contra elle ser proposta a acção de restituição pelo esbulhador.

Na acção de reintegração, a qual devia ter por unico fim annullar o effeito momentaneo dum acto praticado contra as disposições da lei, so tem de averiguar-se se houve esbulho violento (cod. de proc. civil, art. 494 °, § 1 °); provado este facto, o esbulhador é obrigado a restituir a cousa, não sendo ouvido em juizo em quanto o não fizer.

Na acção de reintegração não se discute, pois, quem tem melhor posse, se o esbulhador se o esbulhado, apenas tem de condemnar-se o esbulhador á restituição, provado que seja o facto da violencia e que ainda não decorreu, desde que elle se effectuou, o prazo dum anno.

Baseando-se em que a restituição, a que o possuidor é condemnado no caso de esbulho violento, não se fundamenta na prova da posse mas no facto da violencia, e attendendo ao fim desta acção, contestam alguns juriconsultos que a acção de reintegração se deva considerar como uma garantia da posse, ou uma acção possessoria.

A verdade, porém, é que, embora a acção de reintegração tenha por base o esbulho violento, este não é considerado como uma circumstancia estranha a posse, pois representa a modificação duma relação de facto, ou da posse, sendo uma garantia desta.

Effectuada, pelo esbulhador violento, a restituição, pode elle ser ouvido em juizo acerca do direito que sobre a cousa tenha (art. 487 °), e, pelo nosso código de processo civil (art. 494. °, § 2 °), e citado para contestar a acção de restituição de posse intentada pelo esbulhado.

Afigurava-se nos mais razoavel que, no caso de esbulho violento, a acção proposta pelo esbulhado tivesse só por fim a restituição. Effectuada esta, seria o esbulhador que deveria propor em juizo a acção para tornar effectivos os seus direitos, tornando-se auctor.

Era essa a sua situação antes do esbulho violento, e, pela acção

de reintegração, devia annullar-se o effeito que esse esbulho produz, não se mantendo o esbulhador na situação de reu na acção em que vae discutir se a questão da posse

Se o esbulhador não tiver posse melhor que a do esbulhado, terá de propor a acção de reivindicação

Por meio das acções possessórias apenas se verifica que a posse é legítima, a questão de propriedade e alheia a essas acções

Mesmo que o juiz, para verificar qual é a melhor posse, tenha de attender ao titulo por que a posse se abona, nos termos do artigo 488.º § unico, esse titulo não pôde ser produzido como prova de propriedade, mas simplesmente para determinar as circumstancias da posse. E assim que o juiz pôde, numa acção de posse, basear se no titulo, para verificar a origem e o character da posse, considerando esse titulo como uma prova do facto da posse. Para provar este facto, são admitidos todos os meios reconhecidos por lei e portanto os proprios titulos por que se adquire a propriedade, mas a esses titulos não se pode attribuir, no juizo possessorio, força probativa sob o ponto de vista da propriedade, pois que nas acções possessórias não pode questionar-se a este respeito (cod. de proc. civ., art. 497.º).

Sendo havido como nunca perturbado, nem esbulhado da sua posse, o que nella seja mantido ou restituído judicialmente (art. 491.º), a acção por que o possuidor e restituído a posse, reconhecendo-se que o esbulhador não tem posse legítima, ou que a do esbulhado e melhor, constitue fundamentalmente uma acção de manutenção de posse. A posse so se interrompe se o possuidor fôr privado por espaço dum anno da posse da coisa ou do direito (art. 552.º, n.º 1.º), contando se esse prazo, se a posse fôr clandestina, desde que o facto conste ao esbulhado, e, sendo publica, desde que foi tomada a nova posse, quando o possuidor seja restituído a sua posse dentro do prazo dum anno, é havido, para os effeitos juridicos que da posse derivam, como se nunca houvesse sido esbulhado. E dispondo-se no artigo 482.º que a posse se pôde

perder pela posse doutrem, ainda contra vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais dum anno. vê-se que, apesar do esbulho, o possuidor conserva, pela possibilidade de a continuar (art. 474.º, § 2.º), a posse, enquanto não decorrer esse prazo.

Para este effeito não ha que fazer distincção entre esbulho violento e não violento. A unica especialidade que ha, para o caso de esbulho violento, é não ser ouvido em juizo o esbulhador, enquanto não tiver effectuado a restituição da coisa esbulhada

Na nossa legislação e na jurisprudencia faz-se todavia distincção entre acções possessórias de manutenção e de restituição de posse.

A acção de manutenção de posse é a que tem por fim evitar a turbação da posse, a qual costuma definir-se—qualquer facto materia por que directamente ou indirectamente se offenda a posse doutrem, ou se levante uma pretensão contraria a essa posse

A acção de restituição de posse é a que tem por fim reintegrar o possuidor na posse da coisa, quando della foi esbulhado, inteiramente ou parcialmente, de modo que não possa exercer os seus direitos de possuidor

Tem sido considerados como turbação de posse, dando lugar á acção de manutenção, os seguintes actos o de se entrar num predio possuido por outrem e cortar alguns pinheiros, a destituição de uma parede, ficando os materiaes e o solo onde estava levantada em poder do antigo possuidor; o tapume no leito dum rio, que produza um refluxo de agua e não seja permanente, porque, se o fôr, haveria esbulho.

E tem sido considerado como esbulho o facto de se abrir uma presa num predio desviando para ella as aguas pertencentes a um vizinho, que atravessam esse predio, a edificação duma varanda que deite para o predio dum vizinho, não se mantendo o intersticio legal; a alteração do ponto de saída das aguas remanescentes duma corrente de uso commum, em prejuizo dos donos dos predios

inferiores atravessados por essa corrente ou que lhe ficam adjacentes (1)

É necessário ter sempre em consideração que, para a acção de manutenção de posse, não basta o facto material da turbação

Nos exemplos citados, se a pessoa que cortou os pinheiros, destruiu a parede, ou fez o tapume, não revelou por esses actos a intenção de exercer um direito contrario ao do possuidor, se este, ao mesmo tempo que é prejudicado, não tiver justo receio de que, por esses actos, a pessoa que os pratica pretende perturbá-lo ou esbulhá-lo da sua posse, não deve propor a acção de manutenção de posse, mas a de indemnização de perdas e danos. Os actos perturbadores da posse, quando não haja da parte do seu auctor a intenção de continuar a praticá-los, realizando assim actos de posse, representam meras offensas aos direitos doutrem, ficando o lesante constituido na obrigação de reparar os danos causados.

No caso em que não haja turbação ou esbulho, mas justo receio da parte do possuidor de ser perturbado ou esbulhado, pode elle pedir a intervenção da justiça, a fim de que seja citado aquelle que o ameaça para que se abstenha de lhe fazer aggravo, sob pena de dez a trinta mil reis de multa, além de perdas e danos (art 485.º).

Esta acção, que é conhecida na nossa jurisprudencia pela designação de *acção comminatoria de prevenção*, e, pelo codigo de processo civil, considerada como uma acção de manutenção de posse.

Para que judicialmente, a fim de prevenir o esbulho ou turbação de posse, se commine a pena, é necessário que o possuidor allegue e prove factos, como ameaças, opposição a que elle use da posse, que o juiz considere como sufficientes para justificar o receio de turbação ou de esbulho.

(1) Veja-se DR MAGALHÃES RIBEIRO, *ob. cit.*, pagg 85 e 126.

Tem se discutido na nossa jurisprudencia se, havendo turbação, ou esbulho de posse, se pôde recorrer tambem a acção comminatoria, considerando os factos de turbação ou de esbulho como constituindo justo receio de futuros attentados contra a posse.

Parece-nos que, constituindo a turbação da posse justo receio de esbulho, o possuidor pôde, dada essa turbação, propor a acção comminatoria (1)

Vejamos quem pode intentar as acções possessórias

Preceitua o codigo (art 504.º) que a acção de manutenção e a de restituição de posse podem ser intentadas pelo perturbado ou esbulhado, ou pelos seus herdeiros ou representantes

Pelo que respecta á acção que tenha por fim a reintegração na posse no caso de esbulho violento, ja vimos que qualquer possuidor podia requerer a restituição, pois que, para esse effeito, não pôde discutir-se se a posse e ou não legitima.

Nos outros casos, só pode intentar a acção possessoria o possuidor que detenha o objecto em nome proprio, ou quem o represente ou administre em nome d'elle

E assim que pôde intentar a acção de manutenção de posse o usufructuario, o emphyteuta, quem tenha o direito de uso e habitação. Qualquer desses possuidores, como qualquer pessoa que, em nome proprio, tenha um direito fraccionario de propriedade, pode intentar a acção possessoria contra as pessoas a quem pertençam os outros direitos. E assim que no artigo 2219.º se preceitua que o usufructuario pôde usar de todos os meios, que competem ao proprietario, para ser mantido no seu usufructo.

Os possuidores em nome alheio não podem, como e evidente, intentar acções possessórias em nome proprio, so podem propor essas acções como administradores, ou para cumprirem a

(1) Veja-se a este respeito o DR. MAGALHÃES RIBEIRO, *ob. cit.*, pag. 157.

obrigação, em que se constituíram em virtude de contracto, de conservarem a coisa.

E assim que o consignatário de rendimentos, quando os bens passem para o seu poder, o depositário, o arrendatário, são obrigados, quando sejam perturbados ou esbulhados, a tomarem a defesa dos direitos do credor, do depositário, do locador e do commodante, em nome destes, e portanto a intentarem as acções possessórias, enquanto elles não poderem prover (art. 874.º, § 2.º, 1451.º, 1515.º, 1608.º, n.º 4.º).

Alguns juristas affirmam que o arrendatário e o parceiro agrícola podem usar em nome proprio das acções possessórias, fundando-se em que elles possuem o direito que lhes foi transmitido pelo contracto, de arrendamento, em que a lei não distingue entre possuidor em nome proprio e possuidor em nome doutrem e em que essas acções são indispensaveis a esses possuidores para garantia dos seus direitos, sobretudo quando soffram um esbulho violento

Para se vêr que esta doutrina é inaceitavel, basta attende a que, se os possuidores em nome alheio, de qualquer natureza que sejam, podessem intentar acções possessórias em nome proprio, não teriam que restituir as cousas as pessoas em nome de quem possuem, sem que fossem convencidos na questão de propriedade, quando o proprio titulo por que possuem os obriga a essa restituição

Quando os possuidores em nome alheio sejam esbulhados violentamente da sua posse, entendemos que podem recorrer a acção possessoria de restituição, mas unicamente para o effeito de serem reintegrados na posse. Effectuada essa reintegração, e que se possa discutir, não a questão de propriedade, mas se, em virtude do contracto, o possuidor em nome alheio deve ou não restituir a coisa de que a pessoa em nome de quem elle possuia se apoderou por meios que a lei não admittre.

Para a reintegração na posse não tem que verificar-se, como já

notámos, enquanto essa reintegração se não operar, qual é a natureza da posse do esbulhado.

Sendo o esbulho ou turbação da posse feitos por terceiro, é o proprio locador, o devedor e o parceiro agrícola a quem pertença a propriedade que são obrigados a assegurar o uso da coisa contra os embaraços e turbações provenientes do direito que algum terceiro pretenda ter com relação a ella (art. 874.º, § 2.º, 1303.º, 1606.º, n.º 4.º). Quando a turbação ou o esbulho represente um mero facto de terceiro, ou, por outras palavras, quando por elles se não manifeste a pretensão dum direito contrario a do possuidor, o arrendatário poderá, independentemente do direito de ser reintegrado, no caso de esbulho violento, na sua posse, pedir a indemnização de perdas e danos

A doutrina exposta de que os possuidores em nome alheio não podem intentar acções possessórias em nome proprio, parece fazer excepção o disposto no artigo 860.º n.º 2.º, em que se preceitua que o credor pignoratício tem o direito de usar de todos os meios conservatorios da sua posse, e até de requerer procedimento criminal contra quem lhe furtar a coisa empenhada, ainda que seja o proprio dono.

O direito que é facultado ao credor pignoratício resulta, porem, do direito de retenção, direito que imprime á posse um caracter especial. Não ha, nesse caso, uma simples relação de facto, mas uma relação de direito em virtude da qual o credor pignoratício sera mantido na sua posse, contra qualquer turbação ou esbulho por parte do devedor. Tractando-se de turbação de direito por parte de terceiro, o credor só podera allegar os direitos do devedor, visto que, não possuindo em nome proprio, não pôde fazer valer o direito de retenção contra quem, ao tempo da constituição do penhor, tenha direito a coisa empenhada

Quanto ás pessoas contra quem pôde ser intentada a acção possessoria, o código distingue (art. 1504.º) entre as acções de manutenção de posse, e as de restituição.

As acções de manutenção de posse só podem ser intentadas contra os perturbadores; as acções de restituição podem ser intentadas não só contra o esbulhador, mas também contra os seus herdeiros e representantes, ou contra terceiros, para quem aquelle haja transferido a posse por qualquer titulo.

E simples a razão da differença que a lei estabelece entre as acções de manutenção e as de restituição de posse, pelo que respeita ás pessoas contra as quaes podem ser propostas.

Como vimos, não basta o facto material da turbação para que possa, ou, melhor, deva intentar-se a acção de manutenção de posse: é necessario que essa turbação seja devida á intenção, por parte do seu auctor, de reter ou fiuir a cousa em nome proprio, ou de se tornar possuidor. Ora essa intenção tem caracter pessoal, e portanto só contra o turbador pôde ser proposta a acção de manutenção de posse.

E daqui resulta que, se a pessoa que praticou o acto de turbação da posse não fór capaz, pelo seu estado mental, de adquirir posse, também não tem cabimento a acção possessoria.

Contra os herdeiros do auctor da turbação, assim como contra os incapazes de adquirir pela posse, ou contra as pessoas que são obrigadas a vigia-los, só pôde intentar-se a acção de indemnização de perdas e danos (1)

(1) Além das acções possessórias de manutenção e de restituição ha os embargos de terceiro, como meio de defesa da posse contra actos judiciais. Esse meio possessorio tem o seu logar no código de processo civil.

No artigo 490 ° preceitua-se que as acções possessórias não são applicaveis as servidões continuas não apparentes, nem as descontinuas, salvo fundando-se a posse em titulo provindo do proprietario do predio serviente ou daquelles de quem este o houve.

Esta disposição, que se basêa, do mesmo modo que a consignada no artigo 2273 °, em que os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse, e que tem dado logar a duvidas pelo que respeita as servidões dessa natureza adquiridas pela prescripção anteriormente ao código civil, explica-lahemos quando tractarmos das servidões

As acções possessórias prescrevem (art. 504 °, § unico): a de manutenção por um anno contado desde o facto da turbação; e a de restituição pelo mesmo tempo, contado desde o facto do esbulho, ou de ter noticia delle o interessado, no caso de haver sido praticado clandestinamente

§ 126 — Dos effectos da posse em relação aos fructos e bemsfeitorias

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obi c* tomo cit, notas aos artigos 492 ° a 503 °, PLANIOL, *obi cit*, tomo 1 °, pag 338, CHIRONI, *Istituzioni*, tomo 1 °, pag 498, MAZZONI, *obi cit*, tomo 3 °, pag 38, CIMBALI, *obi cit*, pag 315, LAURENT, *Principes*, tomo 6 °, pag 278

1— *Considerações geraes* Quem tenha posse de mais de anno so pôde ser privado della, sendo convencido na questão de propriedade e não havendo ainda decorrido o tempo necessario para a prescripção, e o possuidor que tenha posse de menos de anno sera mantido nella, quando haja igualdade de condições.

Esta preferencia, estabelecida em favor do possuidor actual; o facto de o possuidor de mais de anno poder oppor-se ao pedido de restituição de posse, emquanto não fór convencido na questão de propriedade, ou, allegando a prescripção, quando haja decorrido o tempo necessario para que, por este meio, se adquira a propriedade, são effectos da posse, que dependem já da presumpção de propriedade, já do lapso de tempo, e que o possuidor faz valer no juizo possessorio ou petitorio para se manter na sua posse

Além desses effectos, outros ha que derivam da posse de boa fé e respeitam aos fructos e ás bemsfeitorias. E destes effectos que vamos tractar.

II — *Indemnização dos prejuizos causados pela turbação ou esbulho da posse.* Os possuidores que, sendo convencidos na questão de propriedade ou vencidos na de posse, tenham de restituir o objecto desta, restituição que deve ser feita no logar do esbulho e à custa do esbulhador (art. 493.º), não ficam na mesma situação pelo que respeita a indemnização dos prejuizos que o proprietario ou possuidor soffreu pelo facto da turbação ou do esbulho.

Para este effeito, é necessario distinguir entre o possuidor de boa e o de má fe, isto é, entre o possuidor que desconheça os vicios do titulo de aquisição e o que os conheça, sendo, na materia de que estamos tractando, considerado de má fe não só o que conheça os vicios do titulo ao tempo em que adquire a posse, mas aquelle que desses vicios tiver conhecimento posterior, desde o momento em que se prove que o teve, e reputando-se que cessa a boa fe desde o momento em que os vicios da posse sejam judicialmente denunciados ao possuidor pela proposição da acção (art. 495.º, § 4.º) O possuidor violento sempre se presume de má fé (art. 495.º, § 5.º)

Em materia de indemnização pelos prejuizos causados pelo facto da turbação ou esbulho da posse, e indifferente que o possuidor adquira do verdadeiro proprietario, consistindo os vicios do titulo na falta de capacidade, de consentimento ou de formalidades, ou que adquira dum terceiro, que não seja o proprietario da coisa Assum, o que adquire dum menor, ou por meio de violencia ou de dolo, fica, se o contracto fôr rescindido em virtude de qualquer desses vicios, obrigado a indemnizar o outro estipulante, nas mesmas condições em que teria de o fazer, se o proprietario da coisa fosse um terceiro.

A distincção que o legislador faz entre o possuidor de boa fé e o de má fe relativamente á indemnização dos prejuizos causados no caso de turbação ou de esbulho de posse, basêa se em que o possuidor de má fe commette um facto illicito, ao passo que o

possuidor de boa fé, julgando que adquire legitimamente, realiza um acto licito

Praticando um facto illicito, o possuidor de má fé incorre em responsabilidade civil, ficando obrigado a indemnizar os prejuizos que desse facto resultem

No artigo 498.º preceitua se que o possuidor de má fe responde por perdas e damnos, excepto provando que não procederam de culpa ou negligencia sua, e que responde tambem por perdas e damnos accidentaes, provando-se que estes não se teriam dado, se a coisa estivesse na posse do vencedor, e no artigo 497.º declara-se que o possuidor de má fé é obrigado a restituir os fructos que a coisa produziu ou podia produzir durante a retenção.

Basta um simples confronto entre estas disposições e as consignadas nos artigos 2361.º, 2364.º e 2392.º, para se vêr que ao possuidor de má fe são applicaveis os principios que regulam a responsabilidade civil por facto illicito

Nesta conformidade, o possuidor de má fe é obrigado a responder por todos os prejuizos que causou ao proprietario ou legitimo possuidor da coisa, não tendo que tomar-se em consideração os proveitos que elle auferiu, mas os que podia auferir; e, presumindo-se a culpa ou negligencia do possuidor na perda ou deterioração da coisa, elle não so fica responsavel por todas as perdas e damnos que não sejam devidos a caso de força maior ou a facto de terceiro, mas ainda pelas perdas e damnos accidentaes, quando se prove que elles não se teriam dado, se a coisa estivesse em poder do proprietario.

Sendo obrigado o possuidor de má fe a restituir o direito usurpado, com perdas e damnos, e, se a restituição da coisa usurpada não fôr possivel, o seu valor, o referido possuidor tem todavia direito a ser indemnizado das benefitorias necessarias e uteis que haja feito na coisa, em virtude das quaes a conservou ou lhe augmentou o valor, porque, se é justo que o possuidor de má fé restitua o proprietario da coisa ao estado anterior á lesão, não o seria que este se locupletasse á custa do possuidor.

Nesta parte, as disposições applicaveis ao possuidor de boa e ao de má fe são as mesmas, salvo, para o possuidor de boa fe, o direito de retenção, de que adeante tractaremos.

É assim que no artigo 498.º se preceitua que tanto o possuidor de boa fe como o de má fe têm direito a ser indemnizados das despêsas que houverem feito para a conservação da cousa, e no artigo 499.º que tanto o possuidor de boa fé como o de má fé têm direito de levantar as bemfeitorias uteis que hajam feito na cousa, isto é, as que, não sendo necessarias para a conservação da cousa, lhe augmentem todavia o valor (art. 499.º, § 1.º), podendo fazê-lo sem detrimento della.

Quando possa dar-se detrimento no levantamento das bemfeitorias, satisfara o vencedor ao evicto, no momento da entrega da cousa, o valor dellas (art. 499.º, § 2.º). A possibilidade do detrimento será apreciada pelo vencedor (art. 499.º, § 3.º), e o valor das bemfeitorias sera calculado pelo custo dellas, se este não exceder o valor do beneficio ao tempo da entrega.

No caso contrario, não poderá o evicto haver mais do que esse valor (art. 499.º, § 4.º).

Para o calculo do augmento de valor, tem de attender-se ao augmento de rendimento que dessas bemfeitorias resultou e ao tempo por que esse augmento pôde existir.

Sendo o principio de que ninguem deve enriquecer-se á custa alheia o que justifica o direito concedido ao possuidor de haver a importancia das bemfeitorias uteis, não podia deixar de attender-se, como medida do reembolso, á differença que haja entre as despêsas e o beneficio, quando este seja inferior áquellas, e só a estas, quando o beneficio seja superior, porque, no primeiro caso, o vencedor só recebe o valor correspondente ao beneficio, e, no segundo, o possuidor nenhum prejuizo soffre.

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA diz que a regra estabelecida no § 4.º do artigo 499.º se applica tanto as despêsas de conservação como ás bemfeitorias uteis, apesar de o § citado só a estas se referir.

Esta doutrina parece nos inadmissivel. Declarando o artigo 498.º que a indemnização consiste no reembolso das despêsas que hajam sido feitas para a conservação da cousa, e a essas despêsas que tem de se attender, e não ao beneficio que dellas resultou e que ainda exista ao tempo em que se effectua a restituição da cousa. Só no caso de bemfeitorias uteis é que, em beneficio do vencedor, se tem de attender a differença que haja entre o custo dessas bemfeitorias e o beneficio dellas resultante.

Quando as bemfeitorias não augmentem o valor da cousa, a que estejam adherentes, servindo só para recreio do possuidor, bemfeitorias que se chamam *voluptuarias* (art. 500.º, § 1.º), o possuidor de boa fé pôde levantá-las, não havendo detrimento da cousa. No caso contrario, não pôde levantá-las, nem haver o valor dellas (art. 500.º).

Para este effecto, a possibilidade do detrimento não tem que ser apreciada só pelo vencedor, como no caso de bemfeitorias uteis, mas por louvados ou peritos escolhidos a aprazimento das partes (art. 500.º, § 2.º).

As bemfeitorias compensam-se com as deteriorações (art. 501.º).

O possuidor de má fe perde, em beneficio do vencedor, as bemfeitorias voluptuarias, que fez na cousa evicta (art. 502.º), embora ellas se possam levantar sem detrimento.

Os melhoramentos estranhos a intervenção do evicto revertem em proveito do vencedor (art. 503.º).

III— *Adquisição dos fructos pelo possuidor de boa fé.* O possuidor de boa fé, tendo a consciencia de que adquire legitimamente, não pratica um facto illicito. A lei, attendendo a esse facto, não só o não torna responsavel, como ao possuidor de má fé, pelos prejuizos resultantes da perda ou deterioração da cousa, quando essa perda ou deterioração seja devida a causas accidentaes que se não haveriam dado se ella estivesse em poder do vencedor (art. 494.º), sendo só responsavel pela perda ou deterioração que se dê por culpa ou negligencia, a qual tem de ser apreciada em

concreto, mas dá ao possuidor de boa fe o direito aos fructos que haja recebido e o direito de retenção pelas bemfeitorias

Na indemnização das perdas e damnos que o evicto deve ao vencedor não tem, pois, quando aquelle esteja de boa fé, que attender-se aos fructos que a coisa produziu ou podia produzir durante o tempo da retenção.

O principio que a lei estabelece a este respeito (art. 495.º) e que o possuidor de boa fe faz seus os fructos naturaes e industriaes, que a coisa produziu, e que foram colhidos até o dia em que cessou a boa fe, e os fructos civis correspondentes a duração da mesma posse de boa fé

O nosso codigo considera *fructos naturaes* os que a coisa produz espontaneamente, *industriaes* os que produz mediante a industria do homem; *civis* as rendas ou interesses provenientes da mesma coisa (art. 495.º, § 3.º)

A distincção entre fructos naturaes e industriaes é susceptivel de critica, sendo que, não tendo importancia real para a determinação dos direitos do possuidor de boa fe, tambem não é possível fundamentá-la na realidade das cousas, sendo que, no actual estado da propriedade immovel, em qualquer ramo de produção se torna necessaria a industria ou trabalho do homem para a conservação e restauração do fundo productivo. e não é possível basear a referida distincção na proporção maior ou menor que haja entre as despêsas e o productivo que se obtém.

Sob a palavra *fructos* comprehender-se-hão quaesquer rendimentos que o possuidor receba da coisa, ou haverá proventos que não tenham essa natureza?

A palavra *fructos*, tomada no seu sentido rigoroso, comprehende os rendimentos que a coisa produza periodicamente e dum modo perenne: *quidquid ex re nasci et renasci solet*. Não se comprehendem, pois, nos fructos os productos que, não se desenvolvendo em periodos regulares, fazem parte do proprio fundo productivo, que se vaee exgotando á medida que esses productos vão sendo perce-

bidos. E esta a significação rigorosa da palavra *productos*, a qual, como já vimos, tambem abrange todas as utilidades que a coisa pôde prestar, seja qual for a sua natureza.

Como exemplos de fructos temos os cereaes, a fructa, a cortiça, de productos, as substancias fosséis ou mineraes, que são extraídas das minas, as arvores, cujo desenvolvimento reclama um largo periodo de annos

O que nos cumpre determinar e se a palavra *fructos*, que se lê no artigo 495.º, se tomará no seu sentido rigoroso, ou se abrangera tambem os productos.

Para resolvermos as duvidas que a este respeito se podem suscitar, recorreremos as disposições que foram consignadas no codigo para definir os direitos do usufructuario quanto a fructos.

O usufructuario, do mesmo modo que o possuidor de boa fé, tem o direito de perceber todos os fructos, que a coisa usufruida produz, quer cesses fructos sejam naturaes, quer industriaes, quer civis, os quaes serão qualificados nos termos do artigo 495.º, § 3.º (art. 2202.º)

No artigo 2210.º preceitua-se que o usufructuario de vinhas, de oliveas, ou de quaesquer arvores ou arbustos, sejam ou não fructíferos, podera aproveitar-se das plantas que perecerem naturalmente, pertencendo ao proprietario as plantas, que caírem, ou forem arrancadas ou quebradas por accidente, as quaes todavia o usufructuario pôde applicar as reparações que tiver obrigação de fazer; no artigo 2211.º que o usufructuario de devesas de talhadia, ou de quaesquer mattas ou arvores de corte, é obrigado a observar a ordem e praxes usadas pelos proprietarios do sitio, mas que, se nenhuma talhadia fizer, não ficará por isso com direito a ser indemnizado, findo o usufructo, no artigo 2212.º que o usufructuario de plantas de viveiro é obrigado a conformar-se igualmente, no arranco das plantas, com o costume do sitio, tanto pelo que toca ao tempo e ao modo do dicto arranco, como pelo que toca ao tempo e ao modo de retanchar o dicto viveiro, e, finalmente, determina-se no artigo 2213.º que o usufructuario não pôde abrir de

novo minas ou pedreiras, mas que esta disposição não abrange as obras de pesquisa de aguas e de adubos mineraes, para serem applicados a melhoramentos dos respectivos predios, bem como as pedreiras para reparações ou obras, a que o usufructuario seja obrigado ou que se tornem necessarias.

Não ha duvida alguma de que o possuidor de boa fé tem, com relação a fructos, pelo menos os mesmos direitos que o usufructuario, e que portanto os productos que, por se tornarem objecto de percepção ordinaria e periodica, como as arvores de córte, que sejam destinadas a talhadias ordinarias, os mineraes que sejam extraídos duma mina regularmente explorada, se devem considerar como fructos.

Mas o possuidor de boa fé só terá, a este respeito, os direitos do usufructuario?

Para esclarecer devidamente este assumpto, necessario se torna vêr qual a razão por que é concedido ao possuidor de boa fé o direito aos fructos.

A razão tradicional da doutrina por que se dá ao possuidor de boa fé direito aos fructos que elle perceber, é a presumpção de que elle os vae consumido á medida que os recebe, e que a restituição desses fructos determinaria portanto a sua ruina. *Latus vixit, non est locupletior.*

Applicando rigorosamente este conceito, o direito romano não tornava o possuidor de boa fe responsavel pelos fructos que houvesse consumido, mas não lhe dava direito aos existentes.

O direito moderno só attende, porém, ao facto da percepção dos fructos, sendo indifferente, para que o possuidor fique com direito a elles, que os haja consumido ou não. Esta modificação nos principios do direito romano, relativos á apropriação dos fructos pelo possuidor de boa fé, corresponde a um novo conceito dos motivos em que se fundamenta essa apropriação.

O possuidor de boa fe é considerado, attento o titulo legitimo por que possui e cujos vicios desconhece, como se fôra proprie-

tario Não reconhecendo noutra pessoa direito algum sobre a coisa que retém ou fize, o possuidor não pôde respeitar nem reconhecer direitos que desconhece. Possui como proprietario, e a lei, tendo em consideração não só esse facto, mas ainda a negligencia da pessoa a quem a coisa effectivamente pertence, não só da ao possuidor de boa fé direito aos fructos percebidos, mas só o torna responsavel pelas deteriorações da coisa, quando tenha dado causa a isso (art. 494.º)

O possuidor de boa fe so é, pois, obrigado a restituir ao vencedor os productos que haja colhido, quando tenha procedido de modo diverso do que procederia um proprietario prudente, ou, por outras palavras, quando não observe as praxes usadas pelos proprietarios do sitio, deteriorando a propriedade. É assim que, em nosso parecer, o possuidor de boa fe pôde mudar o systema de cultura da propriedade, abrir nella minas, arrancar arvores, sem que por esse facto incorra em responsabilidade alguma, quando não cause deterioração no predio, e, se a causar, sera obrigado, não a repor a importancia do que recebeu, mas o valor das deteriorações.

Parece-nos, pois, que a unica restricção que, em face do artigo 494.º, e imposta aos direitos do possuidor de boa fé, pelo que respeita aos productos de que elle se pôde apropriar, é que elle deve aproveitar a coisa de forma que não obste a regular reprodução das suas utilidades. Se elle, em vez de assim fruir a coisa, destruir uma parte integrante desta, auferindo um lucro, será obrigado a indemnizar o proprietario da differença de valor que na coisa haja.

Se a deterioração da coisa não fôr imputavel ao possuidor de boa fé, como se a coisa se houver deteriorado no seu uso natural, se as arvores de um pomar houverem sido arrancadas pelo vento, não e o possuidor de boa fe obrigado a indemnizar o proprietario, nem da deterioração da coisa, visto que não foi causa della, nem do valor das arvores que hajam sido arrancadas pelo vento,

Esta doutrina, que se nos afigura ser a expressão rigorosa das disposições consignadas no código, é justa.

O possuidor de boa fé, assim como não responde pelas deteriorações ou perda da coisa quando sejam devidas a caso fortuito ou de força maior — *res suo domino perit*, também não deve responder pelos actos que realiza como proprietário da coisa, mas, quando da deterioração da coisa por elle causada haja tirado algum proveito, deve restituir ao proprietário o valor correspondente á deterioração, pois não é justo que elle se locuplete a expensas doutrém.

O possuidor de boa fé tem direito aos fructos naturaes ou industriaes que haja colhido ate ao momento em que cessou a boa fé; mas, se ao tempo em que cessar a boa fe, se acharem pendentes alguns fructos naturaes ou industriaes, terá o possuidor direito ás despêsas que tiver feito com essa produção, e, alem disso, a uma parte do producto liquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita (art. 495.º)

Os encargos serão do mesmo modo rateados entre os dois possuidores (art. 495.º, § 1.º). O proprietario da coisa pôde, querendo, conceder ao possuidor de boa fé a faculdade de concluir a cultura e colheita dos fructos pendentes, como indemnização da parte das despêsas de cultura e do producto liquido que lhe pertencia; o possuidor de boa fe, que por qualquer motivo não quiser acceitar esta concessão, perderá o direito de ser indemnizado de outro modo (art. 495.º, § 2.º).

O facto de o nosso código dar ao possuidor de boa fé o direito, relativamente aos fructos pendentes, de receber uma parte do seu producto liquido proporcional ao tempo da sua posse com relação ao da colheita, ao contrario do que se da com o usufructuario, o qual nenhum direito tem aos fructos pendentes ao tempo em que finda o usufructo (art. 2203.º), mostra-nos que o legislador favoreceu mais o possuidor de boa fe que o usufructuario, sem duvida pelo facto de nelle se verificarem as condições que consti-

tuem ou formam o direito de propriedade: a consciencia deste direito e a relação physica com a causa

Se o possuidor de boa fe houver recebido antecipadamente a importancia dos fructos, como se houver vendido a cortiça dum montado, que só deva ser colhida dois annos mais tarde, e recebido a importancia total della, ou se houver arrendado uma casa e recebido a renda adeantada, os contractos feitos por elle poderão ser annullados pelo vencedor (art. 1553.º e 1597.º), tendo o comprador e o arrendatario direito a haver, aquelle o preço da venda e este o aluguer correspondente ao tempo em que não teve o uso e fruição da coisa arrendada (art. 1613.º).

Se os contractos effectuados pelo possuidor não forem annullados, o possuidor sera obrigado a restituir ao vencedor a parte dos fructos correspondente ao tempo em que fôr considerado como possuidor de má fe ou deixar de possuir a coisa

IV — *Deito de retenção do possuidor de boa fe pelas despêsas de conservação e bemfeitorias uteis* Como vimos, tanto o possuidor de boa fé como o de má fé têm direito ás despêsas necessarias para a conservação da coisa, e as bemfeitorias uteis, sendo estas calculadas pelo custo de produção, ou pelo valor que tiverem ao tempo da entrega da coisa ao vencedor, se o beneficio dellas resultante fôr inferior ao custo.

Como o possuidor de boa fe tem, ao contrario do que se dá com o possuidor de má fe, direito aos fructos, o rendimento liquido dos fructos que elle receber sera encontrado na despêsa que fizer (art. 498.º, § 1.º).

A este respeito não tem que fazer-se distincção, como se faz relativamente ao usufructuario, entre despêsas ordinarias e extraordinarias de conservação (art. 2228.º, § 1.º). Até á importancia do rendimento liquido dos fructos que o possuidor de boa fe receber, o vencedor não terá que o embolsar das despêsas que elle haja feito com a conservação da coisa.

Quanto as bemfeitorias uteis, o possuidor é responsavel por

ellas, não sendo o producto liquido dos fructos encontrado na importancia dessas bemfeitorias, visto que o vencedor só tem de pagar o beneficio resultante dessas bemfeitorias e portanto o aumento de productividade da cousa possuida.

Tanto pelas despêsas de conservação como pelas bemfeitorias uteis, tem o possuidor de boa fe o direito de retenção da cousa, não podendo ser portanto compellido a entregar esta, enquanto não fôr pago da importancia dessas bemfeitorias (art. 498.º e 499.º, § 1.º).

Abrangendo a restituição diferentes cousas, e havendo sido bemfeitorizadas só parte dellas, só ha o direito de retenção no que toca ás que forem bemfeitorizadas, tendo o possuidor de entregar as restantes (art. 498.º, § 2.º) Esta disposição é igualmente applicavel as despêsas de conservação e ás bemfeitorias, sendo que ella deriva da propria natureza do direito de retenção.

IV — *Da prescripção.* Para completarmos a materia relativa aos effeitos da posse, deveriamos tractar da prescripção, que é um dos mais importantes. Como a prescripção positiva representa, porem, um dos meos acquisitivos do direito de propriedade, tractaremos desse assumpto a proposito deste direito.

CAPITULO III

Do direito de propriedade

SECÇÃO 1.ª

Disposições preliminares

§ 127 — *Noção do direito de propriedade*

BEMMELEN, *obr. cit.*, pag. 200, CHIRONI, *Istituzioni*, tomo 1.º, pag. 203, MAZZONI, *obr. e tomo cit.*, pag. 98, PLANIOL, *obr. cit.*, pag. 351, DARIMON, *Exposition methodique des principes de l'organisation sociale — theorie de Krause*, pag. 72.

O codigo define *direito de propriedade* a faculdade, que o homem tem, de applicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pôde dispor livremente (art. 2167.º).

Esta definição, que traduz a theoria de KRAUSE, segundo a qual as cousas são, para as pessoas, meos de conservação e de desenvolvimento, não exprime dum modo rigoroso o conceito de propriedade, como vamos vêr

CHIRONI define *propriedade* «a relação entre a pessoa e a cousa, pela qual esta fica sujeita ao poder directo, absoluto e exclusivo daquella».

Por esta definição que, tendo sido formulada pelos romanistas, é accета por outros juristas modernos, o direito de proprie-

dade só pôde existir sobre as cousas corporeas, representando para o proprietario a faculdade de dispor dellas livremente, e dum modo exclusivo, obstando a que outra pessoa possa de qualquer modo prejudicar a sua acção

Como nota CHIRONI «o conceito de propriedade não resulta da somma ou reunião dos direitos especiaes (poderes) que podem ser exercidos sobre a cousa; não é um producto em cuja composição estes direitos se considerem como elementos distinctos: e só o poder absoluto e exclusivo, que abraça e abrange toda a cousa. Certamente que outras pessoas, continua o notavel jurisconsulto, podem exercer sobre as cousas poderes, em virtude dos quaes o direito de proprietario seja reduzido na sua extensão; mas esses poderes não existem como se, destacados, tivessem uma vida independente constituem onus que recaem sobre a propriedade, cujo conceito, cuja existencia, elles presuppõem necessariamente, e que, cessando elles, se torna livre, readquirindo a primitiva extensão».

Esta noção do direito de propriedade parece que não foi accenta pelo nosso legislador, que tanto exprime pelo termo *propriedade* o direito em virtude do qual uma cousa fique sujeita, dum modo absoluto e exclusivo, á vontade duma pessoa, como o direito de aproveitar algumas utilidades que a cousa produza.

É assim que o código civil admite a *propriedade perfeita* e a *imperfecta* (art 2187 °), conforme a extensão dos poderes ou direitos que ha sobre a cousa. O conceito de propriedade perfeita resulta da reunião na mesma pessoa de todas as faculdades que o homem pôde exercer sobre a cousa, o de propriedade imperfecta, da separação dessas faculdades, as quaes são, consideradas de per si, direitos de propriedade tambem

Que o nosso legislador formou este conceito do direito de propriedade vê-se das seguintes disposições:

No artigo 2169.º declara-se que o direito de propriedade abrange.

1.º O direito de fruição;

2.º O direito de transformação;

3.º O direito de exclusão e de defêsa;

4.º O direito de restituição e de indemnização, no caso de violação, damno ou usurpação;

5.º O direito de alienação.

No artigo 2187 ° declara-se que a propriedade perfeita consiste na fruição de todos os direitos contidos no direito de propriedade, e a imperfecta na fruição de parte desses direitos.

No artigo 2188 ° preceitua-se que aquelle, a quem pertence qualquer fracção do direito de propriedade, gosa, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente, salvas as restricções estabelecidas na lei, ou no titulo constitutivo da mesma propriedade.

E, enumerando-se no artigo 2189 ° as differentes especies de propriedades imperfectas — a *emphyteuse* e a *subemphyteuse*; o censo; o quinhão; o usufructo, e o uso e habitação, o compascuo; as servidões — declara-se no § unico o logar em que se expõem as regras relativas a cada uma *dessas propriedades ou direitos*.

Considerando nos artigos referidos como propriedades os direitos em que a propriedade se fracciona, o código presuppõe noutros artigos o direito de propriedade, como significando o poder de dispor livremente duma cousa, dum modo exclusivo e abrangendo toda a cousa.

É assim que no artigo 949.º, § 2.º, se declaram *onus reaes* as propriedades imperfectas, enumeradas no artigo 2189 °, ao lado do dote, do arrendamento por mais dum anno, havendo adeantamento de renda, ou por mais de quatro, não o havendo, e da consignação de rendimentos para pagamento de quantia determinada ou por determinado numero de annos.

No artigo 2197.º define-se *usufructo* o direito de converter em utilidade propria o uso ou producto de *cousa alheia*, mobiliaria ou immobiliaria; no artigo 2254.º diz-se que o *direito de uso* consiste na faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se

de certa *cousa alheia*, tão somente enquanto o exigirem as suas necessidades pessoais quotidianas; no artigo 2262.º declara-se que o *direito de compascuo* consiste na communhão de pastos de predios pertencentes a *diveisos proprietarios*, e o artigo 2266.º refere-se a *propriedades oneradas*, com encargo perpetuo de pastagem; e, finalmente, no artigo 2267.º define-se *servidão* o *encargo imposto* em qualquer predio, em proveito doutro predio, pertencente a *dono differente*

Em todos os artigos que citamos, os poderes que são exercidos sobre a *cousa*, como fracções ou elementos do direito de propriedade, não se consideram independentes, como tendo uma existencia autonoma; limitam o direito de propriedade, são um *onus* em *cousa alheia*

O *onus* recae sobre a *propriedade*, cujo conceito presuppõe; e, sendo o usufructo, o uso, o compascuo, a servidão, direitos que se exercem sobre uma *cousa alheia*, o usufructuario, o usuario, quem tenha o direito de compascuo e de servidão não pode considerar-se rigorosamente *proprietario*.

Não e, pois, muito e preciso o conceito que acerca do direito de propriedade formou o nosso legislador, e necessario se torna fixar idéas a este respeito, caracterizando devidamente a instituição juridica de que estamos tractando

Os juriconsultos romanos consideravam como elementos constitutivos da propriedade — o *jus utendi*, o *jus fruendi* e o *jus abutendi*. Desses elementos, o que propriamente caracterizava o direito de propriedade era o *abusus*, ou a faculdade de dispor da *cousa*, consummado-a pela sua destruição material ou pela transformação da sua substancia. Os direitos de usar ou fruir a *cousa*, auctoriando os titulares desses direitos a aproveitar as suas utilidades dum modo mais ou menos completo, não lhes davam a faculdade de dispor da *cousa*, cuja substancia elles eram obrigados a conservar. Quando os elementos da propriedade não se achavam reunidos todos na mesma pessoa, o que tinha o poder sobre a

substancia chamava-se *dominus*, *proprietarius*, *nudus proprietarius*, *proprietarius minus plenus*. Aos direitos dos que tinham poder sobre todos os usos da *cousa*, ou sobre parte delles, era dada, segundo a natureza desses poderes, uma designação especial: usufructo, uso, servidão, direito de superficie, não havendo, para exprimir esses direitos, uma designação commum.

Parece que no direito romano a palavra *dominium* tinha uma significação mais lata do que o termo *proprietas*. Por este designava-se a *cousa*, o poder sobre ella, ou só a *cousa*, e a palavra *dominium* significava não só a *cousa* e o poder sobre ella, mas tinha ainda o sentido restricto de um poder determinado sobre a *cousa*. É assim que se dizia *dominium proprietatis*, e que se usava da palavra *dominium* para designar as servidões pessoais e reais, e designadamente o usufructo, tanto pelo lado subjectivo, como pelo objectivo.

O usufructuario era, subjectivamente, considerado *dominus*, porque tinha a fruição da *cousa* e podia dispôr desse direito dum modo absoluto, vindicando-o contra qualquer possuidor, incluindo o proprietario, o usufructuario era *dominus*, considerado objectivamente, porque *fructus partes sunt fundi*, e portanto o direito de perceber os fructos e de usar da *cousa* que não produzia fructos, significava o poder de fraccionar a *cousa*, apropriando se de parte della.

Quem tinha o poder sobre a *cousa*, tal qual era, ou sobre a sua substancia, era o verdadeiro *dominus* ou *proprietarius*; o usufructuario, tendo um direito sobre a *cousa*, era tambem *dominus*, mas não *proprietarius*, pois apenas exercia alguns direitos sobre ella, como se fôra proprietario

O nosso legislador, definindo direito de propriedade o poder de dispôr livremente do que se adquiriu por um modo legitimo (art. 2167.º), dando designações especiaes aos direitos que haja sobre a *cousa* quando o proprietario não tenha, em toda a sua plenitude, os poderes que sobre ella podem ser exercidos, e

considerando as pessoas, por que se acham fraccionados esses poderes, como exercendo um direito em *cousa alheia*, parece haver formado do direito de propriedade o mesmo conceito que os juristas romanos, e que se deve considerar como característica essencial do direito de propriedade o poder de a consumir ou transformar, o que claramente resulta do § unico do artigo 2315 °, em que se declara que pertence ao dono da coisa a faculdade de a modificar ou alterar por qualquer maneira e ate de destrui-la a sua substancia.

Sendo esse poder o que caracteriza a propriedade, quem tenha todos os poderes sobre a coisa seja um proprietario pleno, quando esses poderes sejam limitados, o que tiver o direito de transformação sera um proprietario imperfecto.

Fraccionamento do dominio só o ha na emphyteuse, sendo que os poderes do emphyteuta são limitados pelo que respeita ao proprio direito de transformação, pois ha o direito de devolução para o senhorio, quando o fôr deteriorar o predio de modo que o valor d'elle não seja equivalente ao do capital correspondente ao do fôro e mais um quinto.

Só a emphyteuse é que se podia considerar portanto uma propriedade imperfecta. As outras, que assim são consideradas pelo legislador, a excepção do quinhão, que é um direito de propriedade, são onus que tornam a propriedade imperfecta.

Sendo esta a verdadeira doutrina, respeitaremos todavia a linguagem do codigo, que procuraremos explicar.

Os elementos que formam o conteúdo do direito de propriedade constituem, quando não sejam exercidos pelo titular desse direito, limitações perpetuas ou temporarias do direito de propriedade. Essas limitações, quando signifiquem um poder directo sobre a coisa, que constitue o objecto do direito de propriedade, poder que tenha de ser respeitado não so pelo titular desse direito, mas por todas as pessoas, chamam-se *direitos* ou *onus reaes*. São direitos reaes o usufructo, o uso e habitação, o compascuo, as servidões,

a emphyteuse, a consignação de rendimentos, a hypotheca, o penhor.

Os onus constituídos sobre a propriedade podem respeitar á disposição e gozo da coisa, como o usufructo; podem ser uma mera restricção aos direitos de propriedade, como o dote, ou a garantia dum credito, como a hypotheca.

Só aos primeiros é que o codigo dá a designação de *propriedades imperfectas*, porque a coisa, que representa objectivamente o direito de propriedade, como que se fracciona, sendo assim as propriedades imperfectas consideradas como taes em relação ao objecto que é fruido por mais de uma pessoa, ao passo que, nos onus reaes que constituem uma mera restricção aos direitos de propriedade ou por meio dos quaes se garante um credito, não existe o fraccionamento ou desmembramento por diversas pessoas dos poderes sobre a coisa.

A expressão *onus reaes* é, portanto, mais lata do que a expressão *propriedade imperfecta*. Na propriedade imperfecta ha um onus, mas, nem sempre que haja um onus, ha propriedade imperfecta.

Sendo propriedade perfeita a que consiste na fruição de todos os direitos de propriedade e imperfecta a que consiste na fruição de parte desses direitos, parece que ha o direito de propriedade sempre que haja o fraccionamento de qualquer dos direitos que a constituem, e, sendo um delles o de fruir e gosar a coisa, que é sufficiente este direito para que haja propriedade.

Sendo assim, o arrendatario e o commodatario deveriam considerar-se tambem proprietarios, e todavia o codigo não considera o arrendamento e o commodato como propriedades imperfectas. E realmente não pode dizer se que o arrendatario e o commodatario tenham uma propriedade imperfecta.

Para que haja propriedade, e necessaria uma relação juridica com a coisa em virtude da qual se exerça, em nome proprio, um poder sobre essa coisa. Ora os direitos que o arrendatario e o commodatario exercem pertencem ao proprietario, que os cedeu

temporariamente São portanto exercidos não em nome proprio, mas em nome alheio

Na propriedade imperfeita não ha portanto so o fraccionamento da propriedade nos seus elementos objectivos, mas tambem um desmembramento correspondente no seu elemento subjectivo, ou no direito de dispôr da coisa, o qual acompanha cada uma das fracções da coisa e representa um elemento necessario para a existencia do direito de propriedade.

E por este motivo que no artigo 2188.º se declara que aquelle, a quem pertence qualquer fracção do direito de propriedade, gosa, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade plenamente, salvas as restitções estabelecidas na lei, ou no titulo constitutivo da mesma propriedade

E assim que o usufructuario tem o direito de reivindicar o uso ou fruição da coisa quando seja usurpado pelo proprietario ou por terceiro, intentando em juizo a acção competente em nome proprio; que podê alienar o seu usufructo ou arrendá-lo, e que tem o direito de exclusão e de defêsa.

O usufructuario não tem, porem, o direito de transformação, o qual, como já vimos, pertence ao dono da coisa.

Das considerações que acabamos de fazer, vê-se que a noção de propriedade formulada por CHIRONI traduz fundamentalmente o conceito que o nosso legislador formou acerca deste instituto juridico.

O codigo em vez de usar, porém, da expressão *divintos reaes* para designar as limitações ao direito de propriedade, deu a algumas dessas limitações o nome de propriedades imperfeitas.

Sendo a propriedade um direito real, vê-se que a obrigação correlativa a esse direito tem como sujeito passivo todas as pessoas, as quaes são obrigadas a respeitar esse direito, abstendo-se não só de praticar quaesquer actos que signifiquem um poder sobre a coisa, pois que o do proprietario é exclusivo, mas por

que perturbem a acção do proprietario. É neste sentido que se diz que o poder do proprietario é absoluto.

As palavras que se lêem no artigo 2167.º — applicar a conservação da sua existencia e ao melhoramento da sua condição — não têm a minima importancia para caracterizar o direito de propriedade. Dentro dos limites das facultades que lhe são attribuidas por lei, o proprietario pôde fazer da coisa o uso que lhe aprouver.

§ 128 — Diferentes especies de propriedade

COELHO DA ROCHA, *Instituições*, tomo 2.º, § 402.º, PLANIOL, *obn* e tomo cit., pagg 365 e 635, MAZZONI, *obn* e tomo cit., pag 230, JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, na obra — *Le code civil — 1804-1904 — Livre du centenaire*, pag 357

I — *Idéas geraes* A propriedade é *absoluta* ou *resolúvel*, *singular* ou *commum*, *perfecta* ou *imperfecta* (art 2168.º).

Alem destas distincções, em que se attendeu ao titulo constitutivo da propriedade, ao numero de pessoas a quem pertence e aos direitos que formam o seu conteúdo, a propriedade ainda se pôde dividir em outras categorías, a que nos referuemos, já para esclarecer as distincções que o código admittê, ja para indicarmos o plano que adoptamos

Vamos dar a noção de cada uma das referidas especies de propriedade.

II — *Propriedade absoluta e resolúvel*. *Propriedade absoluta* é a que, pelo titulo da sua constituição, não pôde ser revogada senão por consentimento do proprietario, excepto no caso de expropriação por utilidade publica, *propriedade resolúvel* é a que, conforme o titulo da sua constituição, está sujeita a ser revogada, independentemente da vontade do proprietario (art 2171.º). A proprie-

dade presume-se absoluta, enquanto se não provar o contrario (art. 2172.º)

COELHO DA ROCHA dividia a propriedade, em relação ao titulo por que e constituída, em *revogavel* e *resolvel*, e dizia a esse respeito «A propriedade é de sua natureza *revogavel* ou *resolvel*, isto é, depois da consa uma vez adquirida validamente, o proprietario não pode ser della privado, sem o seu consentimento expresso ou presumido *L. II. D. de reg. jur.* Porém algumas vezes as leis permitem, que o proprietario anterior o venha despojar. e então a propriedade diz-se *revogavel*, ou *resolvel*. Isto pôde acontecer de duas maneiras:

«1.ª Quando a revogação provem dos termos, ou clausulas do acto, por que a propriedade foi adquirida, como a clausula de *retro*, uma condição resolutive e então não só o antigo proprietario a pôde reivindicar de qualquer terceiro, mas recebe-a livre dos encargos, que o segundo lhe impoesses, os quaes ficam sem effeito pela regra *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* — *L. 3. D. quib. mod. pign., L. 105. de condit. et demonstr., 2.ª* quando depois sobreveiu circumstancia, pela qual a lei permite retirar a propriedade, como na revogação da doação por ingratidão: neste caso o antigo proprietario só a pôde repetir do proprio, e não de terceiros; e subsistem os encargos nella impostos antes da resolução. *L. 8 e 10. Cod. de revoc. donat. (§ 53.º)*».

Salva a parte em que o emérito professor se refere á venda á *retro*, que foi prohibida pelo código, a doutrina por elle exposta é verdadeira em face deste.

Pelo titulo de constituição da propriedade pôde esta reviver para o antigo possuidor, ou ser transferida para terceiro, ja quando a transferencia do direito se haja dado por um determinado prazo ou termo, já quando fique dependente duma condição suspensiva ou resolutive, já quando o acto que deu logar a transferencia fór annullado em virtude de circumstancias supervenientes, quer se considerem como condições resolutive tacitas, quer como penas estebelecidas por lei. Assim, havendo sido concedido o usufructo

por um tempo determinado, o direito de usufructo incorpora se na propriedade, decorrido que seja esse tempo; sendo deixado um legado a uma viuva, que tenha filhos do anterior matrimonio, com a condição de que ella se não torne a casar, se esta o fizer, perde o legado, sendo feita uma doação por uma pessoa casada que não tenha filhos, essa doação pôde ser revogada no caso de supervenencia de filhos

Dada a resolução da propriedade, os effeitos dessa resolução são declarados nos titulos relativos a sua constituição (art. 2174.º)

Parece-nos que o legislador pretendeu significar que, para se determinarem os direitos com que, relativamente ao objecto cuja propriedade readquire, fica o transferente, ou o terceiro para quem a propriedade deve ser transferida, se deve attender á natureza da causa que determinou a revogação. E assim que, se a resolução da propriedade se der em virtude duma condição suspensiva ou resolutive, a pessoa para quem passa o direito de propriedade não só fica, attento o effeito retroactivo dessas condições, com direito aos fructos que a cousa haja produzido, mas a propriedade passa para ella livre de quaesquer onus que, anteriormente á resolução, lhe hajam sido impostos (resolução *ex tunc*). Se fór revogada uma doação por supervenencia de filhos ou por ingratidão, e revogada ou reduzida por inofficiosidade, não ficam de modo algum prejudicados os direitos que hajam sido adquiridos por terceiros (resolução *ex nunc*), salvo, no que respecta a revogação ou redução por inofficiosidade, o que se dispõe (art. 1504.º) sobre a aquisição por titulo gratuito, e a má fe por parte de terceiro.

O mesmo succede quando a resolução da propriedade se dê em virtude de o adquirente desta não haver cumprido alguma das clausulas do acto juridico por que a adquiriu.

Em qualquer dos casos em que a resolução da propriedade não produza effeitos em relação a terceiros, se o objecto dessa propriedade houver sido alienado, o readquirente só tem direito ao seu valor, e, se houver sido onerada, esses onus subsistem, tendo o readquirente direito ao valor correspondente a esses onus.

III — *Propriedade singular e propriedade commum* *Propriedade singular* é a que pertence a uma única pessoa, *propriedade commum* é a que pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente (art. 2175.º)

Sendo o direito de propriedade um poder absoluto e exclusivo sobre a coisa que d'elle constitue objecto, é impossível que duas ou mais pessoas exerçam simultaneamente e integralmente esse poder, ou *in solidum*; não o é, porém, a *compropriedade*, isto é, o direito que respeita a mais do que uma pessoa sobre uma *coisa commum*. Neste caso o direito de cada pessoa é limitado pelos direitos dos outros comproprietários, e o direito de propriedade sobre a coisa, considerado na sua plenitude, resultara da reunião dos direitos dos comproprietários.

A compropriedade representa, pois, a communhão do direito de propriedade. Esta communhão, no regimen que o nosso código estabeleceu dum modo geral para a propriedade commum, representa um mero estado de indivisão, incidindo o direito de cada um dos proprietários sobre uma parte ideal da coisa, e não sobre uma parte determinada ou sobre o seu valor. A coisa indivisa está no patrimonio dos consortes, que têm sobre ella, embora não haja uma parte determinada sobre que elle recaia, o direito de propriedade.

Daqui resulta que

a) O proprietário em commum, consorte ou comproprietário, exerce, conjunctamente com os outros seus consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular, em proporção da parte que tem na propriedade commum (art. 2176.º),

b) Os comproprietários devem usar da coisa commum na forma do costume, não se utilizando della de modo que a coisa seja prejudicada, ou que os outros socios sejam privados do uso a que também tenham direito (art. 2179.º),

c) Todo o comproprietário tem o direito de constringer os seus consortes a contribuirem para as despezas de conservação da coisa, ou do direito commum, salvo se estes renunciarem á parte da

coisa que possa pertencer-lhes (art. 2178.º). E só pela renuncia ou abandono do seu direito de compropriedade que o consorte pôde libertar-se da obrigação de contribuir, proporcionalmente a quota parte que na coisa lhe pertença, para as despezas de conservação. Como pela renuncia ou abandono se não opera a transferencia do direito, e a lei não exige prova especial para a renuncia, ve-se que é admissivel qualquer meio legal para provar que o comproprietário praticou factos que sejam incompatíveis com a intenção de conservar o seu direito e que portanto renunciou a elle,

d) Todos os consortes são, na falta de convenção expressa, investidos de iguaes poderes para administrar, e os actos praticados por qualquer delles obrigam os outros, salvo o seu direito de opposição, mas nenhum socio pôde, sem consentimento dos outros, fazer alteração nas cousas indivisas, ainda que taes alterações lhe pareçam uteis. Se houver divergencia entre os consortes, serão os negocios resolvidos por maioria, seja qual fôr a desproporção que haja no seu direito á coisa commum, em caso de empate, o negocio ficará assim indeciso ate ulterior resolução. São estas as disposições que, em harmonia com a referencia feita no artigo 2179.º, regulam a administração da propriedade commum;

e) O comproprietário não pôde dispôr especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha, e a cessão do direito que tem á parte que haja de pertencer-lhe, podera ser limitada na conformidade da lei (art. 2177.º)

Como cada consorte tem uma quota parte ideal na coisa commum durante o estado da indivisão, a qual so se concretiza pela partilha, não pôde dispôr especificadamente de qualquer parte da coisa, mas pode ceder a sua parte por titulo gratuito ou oneroso, e hypotheca-la, sem consentimento dos outros consortes, quando a coisa seja divisivel (art. 915.º). Quando o consorte queira transferir a sua parte na coisa commum por venda ou dação

em pagamento, os outros consortes têm o direito de preferença (art. 1566 °). E a esta limitação que se refere o artigo 2177 °.

Nenhum comproprietário será obrigado a permanecer na indivisão e poderá em todo o tempo requerer a partilha (art. 2180 °), sendo nulla qualquer renúncia que elles façam ao direito de exigir a divisão, mas podem convencionar que a coisa se conserve indivisa por certo espaço de tempo, comtanto que não exceda a cinco annos, prazo que poderá ser renovado por meio de nova convenção (art. 2185 °).

Este pacto deve ser convencionado entre todos os consortes; se o não fôr, de modo algum obriga os que não houverem consentido, os quaes podem exigir a partilha, deixando assim de produzir effeito o contracto que os outros consortes celebraram.

Os credores pessoaes de cada consorte, que podem penhorar e executar a parte que elles tenham na coisa commum, parece-nos que poderão usar desse direito, mesmo no caso de se haver estabelecido um prazo para a indivisão, e embora não tenham direito hypothecario constituido anteriormente ao contracto. E esta a doutrina que se acha estabelecida no código relativamente aos credores pessoaes dos socios (art. 1273 °, § unico), e que, embora não seja justa, consideramos applicavel a propriedade commum.

O adquirente da quota dum dos comproprietarios não pôde, porém, havendo-se fixado um prazo durante o qual deva permanecer a indivisão, requerer a partilha da coisa commum, pois que fica com os mesmos direitos que tinha o cedente.

A divisão da coisa commum pode fazer-se amigavelmente, ou por arbitros nomeados a aprazimento das partes, não sendo estas incapazes (art. 2181. °). No caso de ser feita a divisão por arbitros, estes devem formar as sortes com perfeita igualdade, tanto em relação á quantidade, como em relação á qualidade das cousas, evitando, quanto seja possivel, as toinas a dinheiro (art. 2182 °).

Se a coisa não poder ser dividida em substancia, ou, como se exprime o artigo 2180. °, § 2 °, se a coisa ou o direito fôr de sua natureza não partível, e os consortes não convierem em que se

adjudique a algum delles, interaudo-se os outros a dinheiro, sera vendida e repartir se-lha o preço (art. 2183 °).

O processo para se levar a effeito o disposto nestes artigos acha-se estabelecido nos artigos 568 ° a 570 ° do código de processo civil.

A divisão dos bens immobiliaes e nulla, não sendo feita em escriptura ou auto publico (art. 2184 °).

O direito que os comproprietarios da coisa commum têm de pedir a sua divisão tem excepções. No proprio artigo em que se estabelece que elles podem a todo o tempo requerer a partilha, exceptuam-se os casos de casamento ou sociedade, em conformidade das respectivas disposições do código (art. 2180 °, n ° 1 °).

Como veremos, o quinhão e os bens communs no casamento são propriedades communs que estão sujeitas a este respeito a um regimen especial, e ha ainda outras compropriedades em que essa divisão não é admissivel, nos termos em que se estabeleceu para a propriedade commum.

E não é so a disposição relativa á divisão que se não applica a algumas especies de communhão.

A importancia deste assumpto, o facto de não ser applicavel a todas as especies de communhão de bens a theoria que o nosso legislador sancionou acerca da propriedade commum, a qual, numa futura revisão do código, não pôde deixar de ser largamente remodelada, levam-nos a criticar essa theoria e a esboçar, em rapidos traços, o modo como poderá ser formulada.

E o estudo que tentamos fazer tem tambem importancia evagética, sendo que no código se acham consignadas algumas disposições sobre propriedade commum, que de modo algum se podem explicar pelos principios que regem essa propriedade.

IV — Propriedade das pessoas juridicas e propriedade collectiva.
A propriedade singular tanto pôde pertencer a uma pessoa physica, como a uma pessoa moral ou juridica.

Quando tractámos da classificação das cousas, vimos que estas, sob o ponto de vista do sujeito a quem pertencem e das pessoas que dellas podem directamente aproveitar se, se dividem em *publicas, communs e particulares*, e que são *particulares* as cousas cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas e de que ninguém pôde tirar proveito senão essas pessoas ou outras com seu consentimento (§ 29.º)

As cousas particulares representam uma propriedade individual, seja qual fór a pessoa jurídica a quem pertençam. E assim que tanto os bens patrimoniaes do Estado, dum districto, dum municipio ou duma parochia como os duma misericórdia, associação de soccorros mutuos ou sociedade commercial legalmente constituida, são propriedades singulares se pertencem exclusivamente a qualquer dessas pessoas, e serão, na linguagem do código, propriedades *communs*, se pertencerem simultaneamente a mais do que uma pessoa jurídica ou a uma pessoa jurídica e a uma pessoa physica.

Embora sejam considerados como propriedade singular os bens que pertençam ás pessoas moraes, a propriedade desses bens e regulamentada dum modo especial, e não podia deixar de o ser.

Por um lado, ella não constitue apanagio exclusivo dos membros da corporação que existem num determinado momento, pertence a communnidade, a todos os que se agrupam para realisar os fins da corporação e portanto aos que existem e as gerações futuras, cujos direitos devem ser garantidos. Por outro lado, havendo pessoas moraes perpetuas ou de duração indefinida, que, accumulando bens, os subtraem a circulação e á apropriação individual, o legislador não pôde deixar de tomar em consideração esse facto, para obviar aos inconvenientes sociais, que dahi podem resultar.

Não e todavia desta propriedade que nos propomos tractar

Além da propriedade das cousas particulares, vimos que o Estado e as corporações publicas tinham, no systema do nosso código, a propriedade das cousas publicas e communs. Ora a caracteristica

dessas cousas consiste em o goso directo dellas pertencer a todos, ou aos individuos comprehendidos numa certa circumscripção administrativa ou que façam parte duma corporação publica.

A natureza especial que, attento o seu destino, têm as cousas publicas, faz com que não se possam considerar, pelo que respeita ao goso, como objecto de propriedade *commum*, e, quanto as *communs*, ha, pelo que respeita ao direito de fruição, uma propriedade collectiva, a qual de modo algum se pôde confundir com a propriedade *commum*, ou com o estado de indivisão, porque nenhum dos consortes pode exercer, conjunctamente com os outros, todos os direitos que pertencem ao proprietario singular, nem ha uma parte ideal ou intellectual que nessas cousas lhe pertença. Por outro lado, tanto as cousas publicas como as *communs* são administradas pelas corporações que as apropriaram ou produziram, não tendo as pessoas que dellas se aproveitam, em principio, ingerencia nessa administração

O regimen a que estão sujeitas as cousas do dominio publico e *commum* e, pois, muito diverso do que se estabeleceu para a propriedade *commum*

E, se attendermos a que tanto as cousas *communs* como as publicas estão apropriadas, e a que não pertencem as pessoas que dellas se aproveitam os mesmos poderes que o código attribue ao proprietario duma cousa *commum*, vê-se que além da propriedade individual e da propriedade *commum* ha outra categoria de propriedade que o nosso legislador não definiu

Mas ha mais.

Na sociedade conjugal ha alguns regimens em que entram bens *communs*, e até um desses regimens, que e denominado *casamento segundo o costume do reino*, consiste na communhão entre os conjuges de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados por lei (art 1108.º)

Ora essa communhão não e regulada pelos principios da propriedade *commum*.

Vimos já que os conjuges não podiam requerer a divisão da propriedade que lhes pertença em *commun*, mas, além dessa excepção ao regimen estabelecido para a propriedade *commun*, outras ha que de modo algum se coadunam com o regimen desta propriedade.

Assim, o marido é o administrador os bens do casal e só na falta ou impedimento d'elle é a mulher investida nesse poder (art. 1189 °) Ora o marido pôde, como administrador e não como comproprietario, alienar livremente os bens mobiliarios, mas, quanto aos immobiliarios, não podem ser alheados ou obrigados de qualquer forma sem consentimento ou accordo *commun* (art. 1119.°, 1190 ° e 1191 °) E se o marido contrahi dividas, a que so fiquem obrigados os seus bens, o seu pagamento pela meação d'elle nos bens *commun*s so poderá ser exigido depois de dissolvido o matrimonio, ou de decretada a separação de bens entre os conjuges

Os bens *commun*s na sociedade conjugal estão, portanto, sujeitos a um regimen que não é o que o código estabeleceu para a propriedade *commun*

Poderíamos ainda levar mais longe esta analyse, referindo-nos ao quinhão, e a outras especies de propriedade que, sendo *commun*s, não supõem de modo algum uma simples indivisão

O que fica dicto e, por em, sufficiente, para se comprehender a doutrina que vamos expor acerca da propriedade *collectiva*.

A propriedade *commun* a que nos estamos referindo, pertencendo a varios titulares, tem, attento o fim a que os bens são destinados, uma existencia propria, um caracter autonomo, o que faz com que, ficando esses bens sujeitos à acção dos interessados, estes não possam requerer a sua divisão, enquanto os bens conservarem esse destino. Essa propriedade, pertencendo a mais do que uma pessoa, não está fragmentada, não está dividida em partes ideaes: pertence a uma *collectividade*, mas esta não está personificada.

Assim se distingue essa propriedade da propriedade *commun* e da que, com caracter patrimonial, pertence às pessoas juridicas. Na propriedade referida, a que chamaremos *propriedade collectiva*, não é reconhecido aos titulares della um poder directo e exclusivo sobre as cousas, mas apenas uma relação de credito, que lhes assegura, segundo a natureza da propriedade, o exercicio mais ou menos amplo dos direitos que esta abrange. É assim que lhes pôde pertencer o uso dos bens *commun*s, uma parte dos fructos e, dadas certas condições, o direito de exigirem a partilha.

Sendo este o caracter da propriedade *collectiva*, as pessoas a quem pertence essa propriedade não podem dispôr de parte alguma da coisa, nem onerá-la, sendo necessario para esse effeito o consentimento de todos os *commun*istas, quando a natureza ou o destino da coisa não se opponha a que a alienem ou onerem por qualquer titulo

A propriedade *commun* tem um caracter accentuadamente individualista, pois fica na dependencia de cada um dos comproprietarios, que podem, salvas as restricções estabelecidas na lei, dispôr da parte que lhes pertence na coisa *commun* ou onera-la, e, como a parte que têm na coisa *commun* e considerada um direito real, que está no patrimonio de cada um dos consortes, os credores pessoaes destes podem penhorar e executar essa parte.

A propriedade *collectiva*, sendo considerada não como um direito real, mas como uma relação de credito, pertencendo aos *commun*istas, mas para a realização dum destino especial, fica, por este destino, considerada como independente, não só em relação a elles, os quaes não podem por actos da sua vontade individual dispôr della, mas ate em relação aos seus credores pessoaes, que não podem penhorar ou executar esses bens. Na propriedade *collectiva* não ha, portanto, como na compropriedade indivisa, a autonomia das partes individuais. A propriedade *collectiva* está, pelo seu fim ou razão de ser, directamente relacionada com a propria existencia do agrupamento de pessoas que a utilizam.

Assim se explica que a meação dos conjuges nos bens communs não possa ser executada por dividas pessoas do marido, enquanto não se dissolver o matrimonio ou não fôr decretada a separação judicial de bens.

É que os bens communs no matrimonio têm um fim especial, que lhes imprime um certo caracter de autonomia. A lei reconhece e garante essa autonomia, distinguindo esses bens dos que constituem o patrimonio proprio de cada um dos conjuges, e não permitindo que disponham da sua parte nos bens communs, o que seria completamente injustificavel, se elles fossem regidos pelos principios da compropriedade commum.

E o que dizemos acerca dos bens communs no matrimonio é applicavel aos bens communs no contracto de sociedade, quando esta, como succede nas sociedades civis, que não se constituam por alguma das formas estabelecidas na lei commercial, não gosem de individualidade juridica.

O legislador, levado sem duvida pela theoria da propriedade indivisa, não deu ao patrimonio da sociedade o caracter de autonomia, de independencia, de que as sociedades necessitam para a realização do seu fim, facultando aos credores pessoas de cada um dos socios penhorar e executar a parte que a cada um destes pertença no patrimonio social.

É este um dos pontos em que se manifesta o caracter individualista do nosso legislador, que, se tivesse na devida consideração os interesses sociaes e não houvesse formulado uma theoria da propriedade commum, pela qual esta fica sendo apenas uma propriedade singular indivisa, talvez houvesse adoptado a esse respeito normas diversas.

Da doutrina exposta resulta que ha no codigo civil propriedades que, sendo communs, não são regidas pelos principios que se estabeleceram para a propriedade commum. A theoria dessa propriedade, a que demos o nome de propriedade collectiva, e a que se poderia chamar *propriedade commum*, se esta expressão não

houvesse sido adoptada pelo legislador em sentido diverso, deveria ser formulada no codigo em disposições que tivessem a elasticidade sufficiente para se adaptarem a natureza dos bens e ao seu destino, dando ao patrimonio commum maior ou menor autonomia em conformidade dessa natureza e destino. Formulada essa theoria, abrir-se-hiam ao direito civil novos horizontes, no sentido de socializar as suas instituições, pela realização integral dos fins de comunidades que não reünam as condições necessarias para que possam constituir uma individualidade juridica.

As disposições dispersas pelo codigo, em que se traduz o principio da propriedade collectiva, tal como o definimos, têm um caracter empirico, e dahi as incoherencias que se notam na nossa legislação.

Notaremos uma

O codigo commercial, talvez por se desconhecer o fim que o auctor do codigo civil teve em vista ao formular a disposição consignada no artigo 4114.º, § 1.º, preceitua (art. 10.º) que o pagamento das dividas commerciaes do marido, que tiver de ser feito pela meação d'elle nos bens communs, pode ser exigido antes de dissolvido o matrimonio ou de haver separação.

Não concluemos esta materia sem notar que alguns jurisconsultos, sustentando que não deve confundir-se a *propriedade collectiva* com a *propriedade commum* ou *indivisa*, não admitem que haja distincção entre a propriedade collectiva e a que pertence as chamadas pessoas moraes ou juridicas.

PLANOL. pretendendo explicar o motivo por que se não tem admitido ao lado da propriedade individual, na sua dupla forma de propriedade singular e propriedade commum, a propriedade collectiva, diz que esse facto é devido «a persistencia com que ate hoje se tem occultado a propriedade collectiva por meio da existencia de seres ficticios, aos quaes se reconhece, em maior ou menor extensão, os attributos da personalidade, seres que são reputados proprietarios, credores ou devedores, que fazem con-

tractos e litigam em juízo, como se foram verdadeiras pessoas: são as *personas ficticias*. Todas as propriedades collectivas que existem são attribuidas a pessoas ficticias, cada uma das quaes é reputada *proprietaria unica da massa de bens que lhe é attribuida*, e assim apparece a propriedade collectiva como sendo uma propriedade individual, concepção tão falsa como inutil».

Esta doutrina é inacceptavel.

JOSSEKAND demonstra, no estudo citado, que a propriedade collectiva não deve confundir se com o patrimonio das pessoas juridicas, e que o desenvolvimento da propriedade collectiva, que se fara reduzindo as applicações da propriedade indivisa, em cousa alguma prejudicará a extraordinaria expansão que nas legislações modernas tem tido a idéa da personalidade moral ou juridica

O codigo allemão, em que se admite a personalidade juridica para as associações, fundações e instituições de direito publico, consagrando-se ao estudo das pessoas juridicas um titulo (art. 21.º-89.º), prova a verdade da affirmação feita por JOSSEKAND, pois que esse codigo contrapõe a propriedade collectiva á pessoa juridica. E assim que o referido codigo scinde em duas categorias as associações: a) attribue o direito de personalidade as que, não tendo por fim operações de natureza economica, estejam registadas no *Amtsrecht* competente, e as que, tendo por fim operações dessa natureza, hajam adquirido capacidade juridica por concessão do respectivo Estado confederado, b) e declara que as associações que não têm capacidade juridica são regidas pelas disposições relativas ás sociedades.

Ora o patrimonio destas sociedades, do mesmo modo que a communhão universal dos conjuges, a communhão entre o conjugue sobrevivente e os descendentes communs, a communhão de adquiridos e a communhão de moveis e adquiridos entre os conjuges, é regulado pelo principio germanico da *Gesamnte Hand*, que occupa o meio termo entre a propriedade indivisa e a pessoa moral.

O legislador allemão, distinguindo a propriedade collectiva da

pessoa juridica, e regulando-as de modo differente, teve em vista que essas instituições têm natureza diversa, o que torna impossivel qualquer tentativa de unificação

JOSSEKAND nota entre essas instituições as seguintes differenças:

1) A propriedade collectiva e fundamentalmente uma forma de existencia dos direitos patrimoniaes, sendo a sua noção de ordem essencialmente economica. Não se concebe que haja compropriedade, com divisão ou sem ella, quando não haja bens communs.

Pelo contrario, a personalidade juridica não envolve necessariamente a existencia de bens communs. É assim que as pessoas se associam, por exemplo, para se prestarem mutuo auxilio, para defenderem os seus interesses profissionais, não tendo a idéa de pôr em commum os seus bens, mas a sua acuidade, os seus interesses, e limitando-se o patrimonio colectivo, quando exista, ao producto de joias e quotas mensaes, que constituirão um meio e não um fim para a associação. Não são as riquezas collectivas que criam as pessoas moraes, do mesmo modo que as riquezas individuaes não criam as pessoas physicas

2) As pessoas moraes implicam necessariamente, quer sejam de direito publico, quer sejam de direito privado, um organismo que as represente. E realmente, sendo a pessoa moral um ente abstracto, de modo algum se pôde conceber sem um representante

A propriedade collectiva, pelo contrario, não presuppõe necessariamente a existencia de órgãos que a representem, porque, sendo uma associação de individualidades physicas, a administração dos bens que lhes pertencem em commum pôde ser exercida por todas ellas. E quando um dos communitas seja investido na administração, as funcções que exerce não são da mesma natureza que as do representante da pessoa moral: este e um órgão dessa pessoa, exerce funcções de representação geral, ao passo que o communita administrador e um delegado ou mandatario dos outros communitas.

«E chegamos assim, conclue JOSSEKAND, depois de haver notado

as duas diferenças que separam irreductivelmente a *Gesamnte Hand* e a personalidade moral, a diferença organica, essencial, donde as precedentes provêm, diferença que assenta integralmente no poder de unificação inherente á noção da personalidade juridica — esta synthetiza numa resultante unica todas as forças compromettidas numa empreza, unifica as vontades individuaes, que, a expensas da sua propria individualidade, vêem fundir-se no cadinho commum para constituir o sei moral, em que se reúnirão todos os direitos, todas as aspirações, como todos os encargos da collectividade. Ora uma synthese de tal natureza não se dá nas communidades não personificadas, que, como resulta da propria definição, não formam uma alma collectiva, não se animam, são justaposições, addições de pessoas physicas, individualidades simplesmente approximadas, nunca confundidas, e que constituem em primeira, como em ultima analyse, os titulaes verdadeiros do direito da collectividade».

Das diferenças organicas entre a pessoa moral e a propriedade collectiva resultam, como não podia deixar de succeder, diferenças praticas, as quaes, como nota JOSSERAND, não devem exaggerar-se, attentos os pontos de contacto que ha entre as duas instituições. E assim que, existindo em qualquer dellas um patrimonio commum autonomo, este fica, tanto na propriedade collectiva como na pessoa moral, fora da acção individual dos communistas ou associados, não podendo ser hypothecado ou alienado mesmo em parte, nem executado pelos credores pessoas dos referidos communistas ou associados, os quaes tambem não podem oppôr a compensação entre os creditos que tenham em relação aos communistas ou associados e as dividas que hajam contraído para com a sociedade.

Mas, embora assim seja, as diferenças praticas são importantes, tanto no que respeita a validade dos actos que interessam a collectividade, como a duração e ao exercicio dos direitos collectivos.

Assim, pelo que respeita á validade dos actos em que intervem uma collectividade, um tutor, cujo pupillo seja communista duma

propriedade collectiva, não poderá comprar esta propriedade, mas se o pupillo fizer parte duma associação que tenha uma personalidade juridica, essa venda ja se podera effectuar validamente. No primeiro caso, a propriedade, embora num estado de indivisão, pertence em parte ao menor, emquanto que, no segundo, a propriedade não pertence ao menor, mas a uma individualidade propria.

Quanto á duração dos direitos, estes, sendo vitalicios, estão subordinados a condição de haver ou não o direito de personalidade. E assim que, podendo as pessoas moraes ter uma duração indefinida, o direito de usufructo para ellas e limitado a trinta annos (art. 1834.º). Ora não se dá o mesmo na propriedade collectiva, sendo pela duração das pessoas a quem ella pertence que deve regular-se a do usufructo.

Pelo que respeita ao exercicio dos direitos, a pessoa juridica procede, como tal, por meio de órgãos proprios, que exteriorizam a sua acção, ao passo que na propriedade collectiva são os communistas que em nome proprio realizam os actos juridicos. É assim que, tendo de effectuar-se o registo duma transmissão, quando o adquirente seja uma pessoa moral, a inscripção faz-se em nome desta, e, se fôr uma collectividade que não tenha personalidade juridica, devem figurar na inscripção os nomes de todos os interessados.

V — *Propriedade perfeita e imperfeita.* Ja sabemos o sentido em que foram tomadas pelo legislador estas expressões.

Considerando o legislador as propriedades imperfeitas como tendo uma existencia propria, tracta dellas antes de se occupar dos direitos que a propriedade abrange, ou, por outras palavras, de determinar a organização e garantias da propriedade.

Representando, porém, as propriedades imperfeitas uma restrição ao direito de propriedade, não pôde adoptar-se essa ordem numa exposição systematica das disposições respeitantes ao direito de propriedade. Tractaremos em primeiro logar do direito de pro-

riedade, determinando os poderes que abrange, o modo por que se adquirem, a forma por que podem ser exercidos e as garantias desses poderes, e em seguida exporemos a matéria relativa aos direitos reais ou, na linguagem do código, as propriedades imperfeitas

VI — *Propriedade immobiliaria e mobiliaria* O direito de propriedade tanto pôde recair sobre moveis como sobre immoveis, e a distincção entre essas duas especies de propriedade tem a maxima importancia, porque são diversas as disposições que se têm de applicar tanto pelo que respeita a sua aquisição e perda como ao modo por que são exercidos os direitos respectivos O nosso código teve em consideração especial a propriedade immobiliaria, a qual quasi que exclusivamente se applicam as disposições respeitantes ao direito de transformação, em que propriamente se encontra a regulamentação do direito de propriedade

Como veremos, e acerca da regulamentação da propriedade immobiliaria que se levantam as maiores difficuldades, tanto de caracter exegetico como theorico.

VII — *Propriedade litteraria, artistica e dos inventos, e outras propriedades que o código regula especialmente.* Ha algumas propriedades que têm caracter especial em virtude do objecto sobre que recaem

O código não tracta dessas propriedades na parte em que se occupa do direito de propriedade, mas no livro I da parte II, que tem por objecto a aquisição de direitos por facto e vontade propria, independentemente da cooperação doutrem

Alguns legisladores não tractam no código civil, mas em leis especiaes, das propriedades que têm caracter particular O nosso código seguiu o mesmo systema no que toca as minas, limitando-se a estabelecer alguns principios geraes pelo que respeita a sua pesquisa e lavra (art. 465 °-467 °) O mesmo não succede em relação a propriedade litteraria, artistica e dos inventos.

Tractaremos da propriedade litteraria e artistica e da propriedade dos inventos depois de havermos exposto os principios geraes relativos ao direito de propriedade.

Quanto á propriedade das aguas, assumpto de que o código tambem tractou no titulo respeitante a occupação, o lugar que se nos affigura mais adequado para tractar desse assumpto seja, conforme o aspecto sob que o considerarmos, a parte relativa á aquisição do direito de propriedade, e a parte em que nos occuparmos da propriedade immovel e das servidões

§ 129 — Limitações ao direito de propriedade

CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, parte 2^a, cap VI, BARTHELEMY TERRAT, *Du régime de la propriété dans le code civile*, na obra — *Le code civil — 1804-1904 — Livre du centenaire*, pag 329

Precentua-se no artigo 2170 ° que o direito de propriedade, e cada um dos direitos especiaes que esse direito abrange, não têm outros limites senão aquelles que lhes forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario, ou por disposição expressa da lei

Embora se considere absoluto o direito de propriedade, os poderes do proprietario soffrem restricções em relação a cousa, já por motivos de interesse publico, já para harmonizar entre si os direitos ou legitimos interesses dos diversos proprietarios.

É destas restricções que aqui nos occuparemos, considerando-as dum modo geral O limite, que a natureza assigna ao direito de propriedade, é determinado pelas utilidades que das cousas se podem auferir, e a vontade do proprietario, pela qual podem constituir-se direitos ou onus reais sobre as cousas, os quaes tornam a propriedade imperfeita ou onerada, limita o direito de propriedade na parte correspondente a esses direitos ou onus.

O direito de propriedade sem limitações tornaria impossível a existência e o desenvolvimento social. Ora constituindo a sociedade um meio necessário para que o homem possa prover a todas as suas necessidades e se desenvolva physica, intellectual e moralmente, os interesses sociais não podem deixar de collocar-se em plano superior aos individuais e, sendo assim, a propriedade individual deve ser limitada até onde as necessidades publicas ou o interesse social o exijam.

E ao Estado, a quem compete coordenar a acção dos diversos agregados sociais, estabelecendo as garantias necessarias para a sua existência e desenvolvimento, que pertence impor as necessarias restricções ao direito de propriedade, que, tendo um caracter absoluto e exclusivo, só por lei pode ser limitado.

Assim se explica a disposição consignada no artigo 2170.º, na parte em que declara que o direito de propriedade não tem outros limites, senão os que lhe forem assignados por lei expressa.

Uma das mais importantes restricções ao direito de propriedade e a *expropriação por utilidade publica*, a que se refere o artigo 2171.º, em que se declara que a propriedade, embora seja absoluta pelo titulo da sua constituição, pode ser revogada no caso de expropriação por utilidade publica.

No artigo 2360.º reproduz-se a mesma disposição, e declara-se no § unico que os casos, em que e permitida a expropriação por motivos de utilidade publica, e o modo de a reduzir a effeito, são regulados por lei especial (1).

(1) O principio da expropriação por utilidade publica, que era admitido na constituição de 1822, artigo 6.º, na constituição de 1838, artigo 23.º, e que se achava consignado na carta constitucional, artigo 145.º, § 21.º, tem sido regulado pelas seguintes leis, que ou são direito vigente, ou contêm valiosos elementos de interpretação: lei de 17 de abril de 1838, que desenvolvia o artigo 23.º da constituição de 1838, e, tendo sido votada só por um anno, foi declarada permanente pela lei de 30 de julho de 1839, lei de 23 de julho de 1850 que veio regular o § 21.º do artigo 145.º da carta constitucional;

Como motivo de expropriação por utilidade publica, só se admite o bem do paiz ou das circumscripções administrativas em que elle se acha dividido — o districto, o municipio e a parochia. Não se pode, pois, declarar a expropriação por utilidade publica, quando ella interesse ao serviço de que estejam incumbidas as pessoas moraes que, embora tenham por fim a utilidade publica, não sejam, como uma misericórdia, de direito publico.

A expropriação forçada só pôde abranger o terreno que seja necessario para as obras a effectuar. Por lei de 9 de agosto de 1888 foi, porém, autorizada a expropriação por zonas para a

lei de 16 de junho de 1853, que estabeleceu providencias especiaes para as expropriações destinadas a construção de caminhos de ferro, lei de 17 de setembro de 1857, que generalizou essas providencias e promoveu novos tramites de processo nas expropriações urgentes, lei de 8 de junho de 1859 que modificou a lei anterior, lei de 15 de julho de 1862 sobre estradas de 1.º e 2.º orden, em que se declara (art 15.º) que a approvação pelo governo de um projecto definitivo de estrada, de qualquer ordem, comprehende virtualmente a declaração de utilidade publica em favor das obras nelle descritas, lei de 6 de junho de 1861 sobre estradas municipaes, em que se applica a estas estradas (art 13.º) a disposição da lei anterior, decreto de 31 de dezembro de 1861, artigos 46.º e 47.º e lei de 18 de junho de 1866 em que se estabelecerem providencias sobre alinhamentos para a construção de praedios, lei de 27 de junho de 1866, em que se declara de utilidade publica a expropriação de casas ou terrenos necessarios para a construção de edificios e seus accessorios destinados a fundação de escolas publicas de ensino primario, lei de 1 de julho de 1867 sobre a extincção de pantanos e arrozaes, em que se declara (art 35.º) que serão expropriados os terrenos necessarios para a execução das obras autorizadas pelo governo em virtude dessa lei e dos terrenos que caecerem de algumas obras indicadas no artigo 1.º da mesma lei, quando os proprietarios expressamente declarem que as não aceitam, lei de 11 de maio de 1872, que permitia a expropriação publica para a construção ou melhoramento de ruas, praças e jardins nas cidades e villas, para a construção de caminhos de ferro americanos ou de outro qualquer systema, e para as fortificações necessarias a defesa das cidades e villas.

construção na cidade de Lisboa das avenidas da Liberdade e das Picôas. Embora o projecto respectivo fosse impugnado por motivos de caracter constitucional, a expropriação por zonas é sem duvida o unico meio por que se podem realizar nas cidades importantes melhoramentos, sem que representem para os municipios um encargo excessivo. E quando mesmo fosse possível realizar esses melhoramentos, de modo algum se nos afigura justo que os proprietarios, confinantes das ruas, praças ou avenidas que se abram de novo, se locupletem, pelo augmento de valor que os terrenos ficarão tendo, a expensas do municipio.

A expropriação por utilidade publica so e admittida por decreto do governo, nos termos das nossas leis, para as cousas immobiliarias, pelo que respeita as cousas moveis, e necessario lei expressa que auctorize a sua expropriação. E assim que nos artigos 587.º e 618.º se estabelece que a expropriação dos escriptos e dos inventos so pode ser decretada por lei, nos casos em que fôr exigida por utilidade publica.

Conveniente seria, porém, que a expropriação por utilidade publica se ampliasse ás cousas mobiliarias, que, como por exemplo as obras de arte, devessem ser consideradas um meio de instituição publica.

O proprietario que, por motivo de interesse publico, seja expropriado dos seus bens, tem direito a ser indemnizado, achando-se estabelecido na lei o processo por que, na falta de accordo, deve ser determinada essa indemnização.

O principio da expropriação por utilidade publica parece que não deveria admittir-se só para obras que, em beneficio do publico, tenham de ser realizadas pelo Estado e pelas autarchias locais, ou pelos seus concessionarios, mas que deveria admittir-se tambem para obras comprehendidas por outras pessoas juridicas e ate por particulares, quando dellas resultasse uma reconhecida utilidade publica.

Se o Estado devia, em beneficio dos proprietarios, e promovendo

assim o desenvolvimento da agricultura, libertar a terra dos vinculos em que as ideas feudaes a haviam envolvido, não deve collocar os interesses do proprietario acima dos interesses sociaes, organizando a propriedade de forma que ella constitua um obstaculo ao desenvolvimento agricola e social. Basta attender á funcção que a propriedade exerce, sendo o orgão de nutrição que regularmente subministra tudo o que e necessario para a existencia e desenvolvimento do organismo social, para se vêr que não pode ficar completamente dependente do arbitrio dos proprietarios o modo por que as forças naturaes de producção das riquezas devem ser aproveitadas.

Como nota CIMBALI, o direito de propriedade presuppõe o cumprimento de deveres impreteriveis, que representam uma condição fundamental do exercicio desse direito: fazer produzir a terra o mais e melhor que possível seja. Desde que esses deveres não sejam cumpridos, o proprietario deve ser expropriado, recebendo a devida indemnização, ou o equivalente do que lhe pertencia.

E quando, para empreendimentos agricolas ou industriaes, cuja utilidade seja verificada pelos poderes competentes, seja necessario expropriar propriedades particulares, não pode recusar-se ao Estado o direito de decretar essa expropriação. Assim o exigem os interesses sociaes, e não se offendem por outro lado os direitos individuaes, visto que os proprietarios são indemnizados.

Em alguns países ja se reconhece este principio, por meio do qual se conciliam os interesses sociaes com os direitos individuaes, no actual regimen da propriedade do solo.

Alem da expropriação por utilidade publica, outras restricções são impostas ao direito de propriedade, ja pelo codigo civil, já por outras leis, para a satisfação de necessidades do publico, para que este possa aproveitar certas riquezas naturaes e para o desenvolvimento destas, por motivos de hygiene, de policia, de seguranca publica, de decoraçáo, de monopolios fiscaes, de defesa militar, pelas relações de vizinhança entre os particulares.

Esta matéria faz parte da regulamentação do direito de propriedade, onde lhe daremos o necessário desenvolvimento

Salvas as restricções que por lei são estabelecidas quanto ao exercício do direito de propriedade, este direito, sendo exclusivo, comprehende todos os actos materiais que o homem pôde realizar e que tenham por objecto a coisa. E assim que o direito de propriedade comprehende o de possuir a coisa, meio por que normalmente se manifesta esse direito (art. 2173 °), o de a usar, perceber os fructos, serviu-se della para qualquer fim, modificá-la, alterá-la, ou destruí-la.

A enumeração precisa e completa de todas as faculdades que o proprietario pode exercer sobre a coisa é theoreticamente impossivel e nenhuma vantagem pratica tem.

Os juriconsultos romanos reuniram essas faculdades no *jus utendi, fruendi et abutendi*, o nosso código synthetizou as no direito de *fruição* (art. 2267 °) e no de *transformação* (art. 2315 °).

O direito de *exclusão e de defesa*, o direito de *restituição e de indemnização*, nos casos de violação, damno ou usurpação e o direito de *alienação*, não são elementos especificos do direito de propriedade, mas elementos communs a todos os direitos reaes, representando já garantias desses direitos, já a faculdade de os transmitir.

SECCÃO 2.ª

Da aquisição do direito de propriedade

§ 130 — Idéas geraes

O código declara (art. 4 °) que os direitos e as obrigações derivam:

- 1.º Da propria natureza humana;
- 2.º De facto e vontade propria, independentemente da cooperação doutrem,
- 3.º De facto e vontade propria e doutrem conjunctamente,
- 4.º De mero facto e vontade doutrem;
- 5.º De mera disposição da lei.

Esta classificação das fontes dos direitos e obrigações de modo algum se pode adaptar a estas. Excepluada, porem, a natureza humana, da qual resultam os direitos que o código chama *originarios*, e que por isso mesmo não pôde ser fonte immediata de direitos *adquiridos*, podemos acceptar para a classificação das fontes do direito de propriedade a que se encontra no artigo citado.

Os meios por que se adquire por facto e vontade propria, independentemente da cooperação doutrem, são a *occupação*, a *prescripção*, e o *trabalho*, os *contractos* representam o meio de adquirir por facto e vontade propria e doutrem conjunctamente, a *gestão de negocios* e a *successão testamentaria* os meios de adquirir por mero facto doutrem, e, finalmente, a *successão legitima* o meio de adquirir a propriedade por mera disposição da lei.

A aquisição originaria em dependencia da propriedade, pela

união duma coisa alheia a uma propria (accessão), resulta do proprio direito de propriedade, e o nosso código tractou dessa materia a proposito do direito de fruição.

Reservamos, pois, o estudo da accessão, em harmonia com o plano que temos seguido, para a secção em que tractamos da extensão do direito de propriedade

Nesta secção tractaremos da *occupação*, da *prescrição* e do *trabalho* Dos *contractos* e da *gestão de negocios* já nos occupámos, e a materia da *successão legitima* e da *testamentaria* constitue objecto do V livro

§ 131 — Da occupação

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *obr. cit.*, notas aos artigos 381—473 °, DR TEIXEIRA D'ABREU, *Lições de direito civil português* 1.ª edição, tomo 1.º, pag 199

I — *Noção de occupação, cousas que podem ser occupadas* Occupação e a apprehensão duma coisa que não e propriedade de ninguém (*res nullius*), mas que é susceptivel de ser apropriada

Pela apprehensão duma coisa *nullius* adquire-se o direito de propriedade

A lei não exige, ao contrario do que affirma o DR TEIXEIRA D'ABREU, a intenção de adquirir a coisa como propria (1)

É assim que no artigo 383 ° se declara que é licito a *qualquer* adquirir pela occupação, podendo portanto as pessoas, que não sejam capazes da intenção de adquirir uma coisa como propria, adquirir a propriedade duma coisa *nullius* pela simples apprehensão della. E o artigo 480 ° expressamente declara que os que não

têm uso de razão podem adquirir posse nas cousas que podem ser objecto de livre occupação.

A occupação representa um meio originario de adquirir, dando-se por ella a appropriação dos animaes e outras cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas, e creando-se assim uma propriedade que não existia, cujo titular não representa os direitos de pessoa alguma

O nosso código tracta em capitulos separados da occupação a) *dos animaes*, b) *das cousas manimadas*; c) *dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados*.

a) O capitulo que tem por objecto a occupação dos animaes e dividido nas seguintes secções: 1) *da caça*, 2) *da pesca*; 3) *da occupação dos animaes bravios, que ja tiveram dono*; 4) *da occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados*.

b) O capitulo que tracta da occupação das cousas manimadas contem as seguintes secções: 1) *da occupação das cousas moveis abandonadas*; 2) *da occupação das cousas moveis perdidas*; 3) *da occupação de thesouros e cousas escondidas*; 4) *da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados*.

c) O capitulo respeitante a occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados, tracta: 1) *das substancias animaes*, 2) *das aguas*; 3) *dos mineraes*, 4) *das substancias vegetaes aquaticas ou terrestres*.

Esta simples indicação de materias revela-nos já o grande desenvolvimento que no nosso código civil, ao contrario do que succede nos codigos estrangeiros, se deu a materia da occupação. Este facto e devido, ja a haverem-se inserido neste titulo do código disposições que não respeitam propriamente ao direito de occupação, mas ao de propriedade, ja a terem-se consignado no código preceitos que teriam logar mais adequado em leis especiaes.

Neste logar deveriamos apenas expôr as disposições em que se regula a occupação como meio de adquisição de propriedade. Não alteraremos, porem, a ordem das disposições do código, salvo nos

(1) Veja-se a *obr. cit.*, pag 199.

casos em que reconhecamos que ha grande conveniencia em o fazer.

II—*Da occupação dos animaes* Para o effeito da occupação, o nosso codigo divide os animaes em: 1) animaes bravios, que nunca tiveram dono; 2) animaes bravios, que ja tiveram dono; 3) animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados,

Aos animaes bravios, que nunca tiveram dono, são equiparados, para o effeito da sua occupação, os animaes bravios que, tendo tido dono, voltaram á natural liberdade, salvas as restricções consignadas na lei (art. 400.º)

1.º A *occupação*, pela qual se adquire a propriedade dos animaes bravios ou selvagens que não pertencem a ninguem, tem o nome de *caça* e de *pescaria*. Tractaremos em primeiro logar

a) *Da caça*. O exercicio da caça é regulado pelas leis e regulamentos administrativos no que respeita ao tempo em que e permitido ou prohibido absolutamente, ou por certos modos (artt 384.º e 394.º). Não desenvolveremos esta materia, limitando-nos a expôr as disposições do codigo em que se determinam os terrenos em que é permitido caçar, e o modo por que se effectua a appropriação dos animaes

Pelo que respeita aos terrenos em que se pôde dar caça aos animaes bravios, o codigo preceitua (art. 384.º) que a todos e licito caçar:

1.º Nos terrenos proprios, cultivados e não cultivados;

2.º Nos terrenos publicos ou concelhios, não cultivados nem murados, vallados ou tapados com sebes (art. 389.º), ou não exceptuados administrativamente;

3.º Nos terrenos particulares, não cultivados nem murados

Nos terrenos cultivados, abertos, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, estando sementeados de cereaes, ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, só sera licito caçar depois de effectuada a colheita (art. 385.º). Nos terrenos que se acharem

de vinhago ou de outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte, so sera licito caçar no tempo que mediar desde a colheita dos fructos ate ao tempo em que as plantas comecem a abrolhar. As camaras municipaes assignarão os limites do periodo, em que annualmente a liberdade de caçar deve cessar (art. 386.º). Nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte, poder-se-ha caçar em todo o tempo, excepto naquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita (art. 387.º).

Das disposições referidas vê-se que, nos terrenos alheios, não é permitido, já em defêsa da propriedade, ja para promover a reproducção dos animaes bravios, caçar

1.º Em terreno murado, vallado ou tapado com sebes;

2.º Nos terrenos publicos ou concelhios, que sejam exceptuados administrativamente,

3.º Nas terras cultivadas que estejam sementeadas de cereaes, até a colheita, e nos terrenos em que haja plantas fructiferas, desde que as plantas comecem a abrolhar ate a colheita dos fructos, ou desde o começo da maturação destes ate a sua colheita, conforme se tracte de plantas de pequeno ou de grande porte.

Protegendo o desenvolvimento das especies, a lei prohibe ainda absolutamente destruir nos predios alheios os ninhos, ovos, ou ninhadas de aves de qualquer especie (art. 393.º).

Em terreno proprio, tanto o proprietario, como as pessoas que delle honverem licença (art. 384.º, § unico), podem caçar, sendo indifferente que o terreno esteja cultivado e que nelle haja arvores fructiferas. Não e, porem, indifferente que o terreno esteja murado ou tapado de fôrma que os animaes não possam entrar e sair livremente, pelo que respeita ao tempo e ao modo por que se pode exercer esse direito

E assim que, se o terreno não estiver tapado, ou se o não estiver de fôrma que os animaes possam entrar e sair livremente, o proprietario não pôde, como qualquer outra pessoa, caçar senão no tempo e pelo modo que os regulamentos administrativos permitti-

rem, enquanto que o proprietário ou possuidor de predios tapados ou murados, de forma que os animaes não possam entrar e sair livremente, pôde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo (art. 391 °).

É obvio o motivo desta differença. As leis administrativas, que regulam o tempo da caça e o modo por que se pode caçar, têm por fim evitar que se exgote essa fonte de riqueza nacional, e, desde que os animaes bravios não possam entrar e sair livremente dum predio, a maior ou menor reproducção desses animaes é uma questão que apenas interessa ao proprietario, além de que, exercendo elle um poder exclusivo sobre os animaes que estejam no seu terreno, visto que delle não podem sair, pôde affirmar-se que esses animaes ja têm dono (1)

Escusado sera notar que a disposição consignada no artigo 391. ° só se applica aos animaes bravios que não possam entrar e sair livremente. E assim que o proprietario dum terreno que esteja tapado não poderá caçar em qualquer tempo as aves, as quaes sempre poderão entrar e sair livremente.

Em defêsa da agricultura a lei permite aos proprietarios e cultivadores destruir, em qualquer tempo, nas suas terras, os animaes bravios que se tornarem prejudiciaes ás sementeiras ou plantações (art. 392 °).

O DR. TEIXEIRA D'ABREU, commentando esta disposição, affirma que «a lei exige um facto consummado — a existencia dos prejuizos — e não o simples receio delles. Por isso quando o proprie-

(1) Confr. o que diz a este respeito o DR. TEIXEIRA D'ABREU na *obr. cit.*, pag. 263, onde ensina que os peixes dos tanques e viveiros particulares que não têm entrada e saída livre (art. 399 °) são, do mesmo modo que os animaes bravios existentes num predio, cousas *nullius*, não commetendo o crime de furto quem os apprehender, que apenas fica sujeito a responsabilidade meramente civil, além das penas em que incorra por haver entrado no predio sem licença do dono.

tario, ou cultivador, destruir no tempo em que é defêsa a caça, ou por modo prohibido, qualquer animal bravio, tera de provar a existencia daquelles prejuizos para se eximir á punição legal» (1)

Não se nos afigura exacta esta doutrina

Os proprietarios ou cultivadores só podem destruir os animaes bravios que se tornam prejudiciaes ás suas sementeiras ou plantações nos terrenos que se acham cultivados. Ora provando-se que os animaes se achavam nesses terrenos e que podiam causar damno ás sementeiras ou plantações, o proprietario ou cultivador ficara isento de qualquer responsabilidade.

Nem ha, na doutrina que o código estabelece, arbitrio algum, não-ficando a destruição dos animaes bravios dependente do simples criterio do proprietario, porque ninguem desconhece quaes são os animaes bravios que, encontrando-se em terreno plantado ou semeado, prejudicam as sementeiras ou plantações.

A verdade da doutrina exposta evidencia-se, confrontando o artigo citado com a disposição consignada no § unico do mesmo artigo.

Declara-se neste §, que igual faculdade têm os proprietarios e cultivadores com relação ás aves domesticas, no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo

Neste caso não é necessario, para que o proprietario ou cultivador possa destruir as aves domesticas, que ellas causem prejuizo, basta a possibilidade de o causarem. Ora tendo o proprietario ou cultivador não só o direito de destruir as aves domesticas, mas ainda o de pedir a indemnização de perdas e danos ao proprietario das aves pelos prejuizos causados (art. 2394. °), vê-se que o legislador não podia de modo algum ser mais rigoroso na determinação dos direitos do proprietario pelo que respeita a des-

(1) Veja-se a *obr. cit.*, pag. 224.

truição dos animaes bravios, em que ha de necessariamente soffrer o damno causado.

As disposições consignadas no artigo 392.º e § unico têm por fim unico a defesa do direito de propriedade, estando portanto deslocadas na parte em que o codigo tracta da occupação.

Apropriara, porém, o proprietario ou cultivador os animaes que destruir?

Relativamente aos animaes bravios, nenhuma duvida pôde suscitarse a tal respeito. Desde que a lei da ao proprietario o direito de destruir esses animaes, certo e que os pôde aproveitar para qualquer fim que lhe convenha, pois ninguem tem direito a elles.

Quanto as aves domesticas, é que se têm suscitado duvidas na nossa jurisprudencia.

A *Revista de legislação e de jurisprudencia* sustenta que o proprietario não pôde aproveitar-se dellas e que deve entrega-las ao dono, se este as reclamar. Na sua opinião a palavra *destrui* não envolve a idéa de *occupar o objecto destruido*, e o codigo só da ao proprietario o direito de destruir as aves domesticas e não o de se apropriar dellas, ao contrario do que succede relativamente aos animaes bravios (art. 388.º) e aos animaes domesticos, que foram lançados a margem ou abandonados por seu dono» (1).

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA sustenta doutrina contraria, dizendo que «os donos não podem sequer reclamar os animaes bravios ou as aves mortas, porque o artigo e o § unico authorizam não so a matar mas a *destruir*, o que equivale a negal-lhes todo e qualquer direito, preceito que cabe perfeitamente nas palavras finais do artigo 383.º *salvas as declarações e restricções contidas nos capitulos seguintes*».

E o DR. TEIXEIRA D'ABREU, que perfilha esta doutrina, diz que o «*direito de destruir as aves domesticas* importa a negação de

qualquer direito ao dono dellas para vir reclamá-las, pois uma tal facultade traduzir-se ha para o proprietario ou cultivador na obrigação de conservar aquellas aves, quando a lei expressamente lhe permite que as *destrua*».

O que se discute e se a palavra *destruir* significa só *matar*, ou se comprehende tambem a idéa de *consumir*. No primeiro caso, o proprietario, que pôde aproveitar-se dos animaes bravios, consumindo-os, porque não têm dono, não poderá fazer o mesmo relativamente as aves domesticas. Pela occupação só podem apropriar-se os animaes que não têm dono. Ora as aves domesticas têm no, e se o legislador, dando o direito, em defesa da propriedade, de matar essas aves, não concede o de as apropriar, os principios geraes levam-nos necessariamente a admitir, sendo que o direito de propriedade sobre as aves não se perde pelo facto de ellas se encontrarem em terreno alheio a cujas sementeiras ou plantações podem ser prejudiciaes, a doutrina de que o proprietario que matar as aves tem obrigação de as entregar, quando o dono dellas exija essa restituição.

E a natureza da disposição consignada no § unico do artigo 392.º, em que se não tracta do exercicio do direito de occupação, como todos os jurisconsultos reconhecem, mas da defesa da propriedade, leva-nos a interpretar a palavra *destrui* num sentido restricto, isto e, na significação de *matar*. Pôde o proprietario matar tanto os animaes bravios como as aves domesticas por processos que as tornem completamente inadequadas para que dos animaes ou aves mortas se tire qualquer utilidade, sem que por esse facto incorra em responsabilidade alguma, pois que a lei não estabelece restricções quanto ao modo por que se pôde effectuar a deterioração (1). Se, porém, as aves domesticas pode-

(1) A *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol 32.º, pag. 314, opina que é prohibido o emprego de substancias venenosas para a destruição das aves domesticas, em virtude do disposto no n.º 2.º do artigo 478.º do codigo

(1) Veja-se o vol. 3.º, pag. 187 e o vol. 32.º, pag. 313.

rem ser aproveitadas, entendemos que devem ser entregues ao dono, pois não perde o direito que a ellas tinha.

Determinados os logares onde se pôde caçar, vejamos qual o modo por que se dá a apropriação dos animaes bravios

O caçador apropria-se do animal pelo facto da apreensão, considerando-se apreendido o animal que e morto pela caçador, enquanto dura o acto venatorio, ou que é ferido nas suas artes de caça (art 388 ° e § unico) A apreensão tanto se pôde, pois, effectuar, apoderando-se o caçador directamente do animal vivo ou morto, como ficando o animal, por facto do caçador, á sua disposição. E assim que o caçador fica tendo direito ao animal que e morto por elle, pelo facto de o haver matado, mas so enquanto dura o acto venatorio. Acabado este, se o caçador não apreendeu de facto o animal, este considera-se como uma cousa *nullus*, presumindo-se que o caçador o abandonou

Como se considera apreendido o animal que fôr morto pelo caçador durante o acto venatorio, se o animal cair morto em predio vallado, murado, ou tapado com sebes, o caçador podea exigir que o dono do predio, ou quem o representar, estando presente,

penal de 1886, onde, para evitar qualquer perigo para a vida humana, se prohibe absolutamente o emprego de *substantias venenosas* ou *corrosivas* na destruição de quaesquer animaes pertencentes a outra pessoa ou ao Estado, e a mesma doutrina é seguida pelo CONSELHEIRO DIAS FERREIRA. O Supremo Tribunal de Justiça, em accordão de 28 de maio de 1877 (na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol 15 °, pag 206) e no de 28 de novembro de 1879 (na mesma *Revista*, vol 13 °, pag 136), seguiu doutrina contraria, que e a que se nos afigura mais aceitavel, pois que o proprietario pode destruir as aves domesticas do mesmo modo que os animaes bravios e nenhuma restricção se estabelece em relação a estes no codigo penal. Nem pode argumentar-se com o facto de este codigo haver sido publicado em 1886, pois que o n ° 2 ° do artigo 478 ° e a reproducção exacta do artigo correspondente (484. °, n. ° 2 °) do codigo penal de 1852.

lh'o entregue ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito (art. 389. °), se o dono do predio, ou quem o representar, não estiver presente, o caçador poderá ir buscar o animal sem licença delle. A differença que a lei estabelece, para o caso de que estamos tractando, entre as hypotheses de o dono estar presente ou ausente, respeita só, como veremos, a indemnização de perdas e damnos pelos prejuizos causados.

Embora o caçador só se aproprie do animal pelo facto da apreensão, adquire todavia direito ao animal que ferir, enquanto fôr em seu seguimento (art 388 °).

Adquirindo o caçador direito ao animal que ferir enquanto fôr em seu seguimento, esse animal ja não pode ser objecto de livre occupação. Se o animal ferido não fôr seguido pelo caçador, qualquer pessoa pode apropriar-se delle, comtanto que o faça antes de o animal cair morto, se este facto se der durante o acto venatorio.

Ha, porém, uma excepção a este respeito, a que se refere a ultima parte do artigo 388. ° e que se acha consignada no artigo 389 °.

Se o animal ferido se recolher em predio vallado, murado, ou tapado com sebes, não podera o caçador segui-lo dentro do dicto predio, sem licença do dono. Não perde, porem, por esse facto, direito ao animal, se elle cair morto dentro do predio, podendo exigir que o dono lh'o entregue ou indo-o buscar, e ficando, neste caso, sujeito a indemnização de perdas e damnos

O dono do animal ferido não perde, pois, direito a elle, pelo facto de não ir em seu seguimento, quando isso seja devido á circumstancia de o animal entrar em propriedade onde não e permittida a caça, não podendo qualquer pessoa apropriar se delle, mesmo que o pretenda fazer antes de o animal cair morto.

O legislador, dando ao caçador que feriu o animal direito a elle quando, pela circumstancia referida, não va em seu seguimento, abriu uma excepção ao principio formulado no artigo 388 °. E

assim que se nos afigura que devem ser interpretadas as palavras deste artigo «salvo o disposto no artigo seguinte» (1).

O caçador que, indo em perseguição dum animal ferido ou buscar o animal que cair morto, entra num predio muiado, vallado ou tapado com sebes, e responsavel pelo damno que causar, o qual sera pago em dobro, sendo o facto praticado na ausencia do proprietario ou de quem o representar (art. 390.º) Sendo mais dum caçador, serão todos solidariamente responsaveis pelos dictos damnos (art. 390.º, § 1.º)

O facto da entrada dos cães de caça no predio tapado, independentemente da vontade do caçador, em seguimento do animal, que haja penetrado no dicto predio, só produz a obrigação de mera reparação dos damnos que causarem (art. 390.º, § 2.º). Se os cães entrarem instigados pelo dono, entendemos que este fica responsavel pelo pagamento em dobro dos damnos que causarem, e, se fôr mais dum caçador, que se da a responsabilidade solidaria entre elles.

A acção para a reparação do damno prescreve por trinta dias, contados desde aquelle em que o mesmo damno fôr commettido (art. 380.º, § 3.º)

b) *Da pesca.* O codigo declara que a pesca é regulada, quanto

(1) O Dr. TEIXEIRA D'ABREU diz a este respeito o seguinte «Antes de ter sido apreendido pelo caçador nos termos que ficam dictos, embora tenha sido ferido mortalmente, o animal considera-se cousa *nullus*, mas se aquelle que o feriu fôr em seu seguimento ninguem mais tem direito a occupá-lo, por que o nosso codigo só concede esse direito ao possuidor. Não deve, porem, confundir-se este direito exclusivo de occupação com a propriedade do animal, porque esta só apparece quando o animal é apreendido pelo caçador, não, podendo este, consequentemente, entrar em perseguição do animal nos predios tapados ou vallados, sem licença do seu dono (art. 389, pr.) *Obr. cit.*, pag. 239.

ao modo, tempo e multas correctioaes, administrativamente no que respeita as aguas publicas, e, relativamente ás aguas concessivas ou particulares, pelas camaras municipaes (art. 398.º)

Não entraremos na analyse dos diplomas em que é regulada a industria da pesca, nos quaes se faz distincção entre pesca maritima e pesca fluvial, nem determinaremos sequer quaes são as entidades competentes para regularem o exercicio da pesca. Esse assumpto pertence ao direito administrativo, e, em parte, pelo que respeita a pesca maritima, ao direito internacional.

No codigo civil apenas se consignaram alguns principios fundamentais respeitantes a occupação pela pesca, e são esses que vamos expôr, com as modificações que nelles se hajam introduzido.

No artigo 395.º preceitua-se que é permitido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas publicas e communs, salvas as restricções postas pelos regulamentos administrativos. Pelo regulamento de 20 de abril de 1893, artigo 64.º, é permitido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas publicas interiores do país, com a linha fluctuante de mão, excepto nas epochas defesas, determinadas pelos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 43.º do mesmo regulamento. Nas aguas publicas só é, pois, permitida a todos a pesca com a linha fluctuante de mão, pelo que respeita as aguas communs, a pesca é permitida a qualquer pessoa, nas condições estabelecidas nos regulamentos administrativos.

Ninguem pôde devassar os terrenos marginaes para o exercicio do seu direito de pesca, senão nos casos em que ali é permitida a caça, nos termos declarados aos artigos 384.º, 385.º, 386.º e 387.º (art. 396.º)

O direito de pesca nas aguas particulares pertence exclusivamente aos donos dos predios onde taes aguas estão ou correm (art. 397.º) Serão consideradas aguas particulares, para o effeito do exercicio da pesca, os canaes de irrigação, albufenas, estabelecimentos de piscicultura ou piscifacatura, viveiros, parques e quar-

quer presas ou correntes artificiaes de aguas, que forem possudas pelo Estado, por alguma empresa ou companhia, ou gremio de proprietarios, organizado nos termos do decreto de 30 de setembro de 1892, ou por particulares, observadas as disposições do regulamento de 20 de abril de 1893 (regul. de 20 de abril de 1893, art. 63.º),

Nas aguas particulares, em que o peixe tenha entrada e saída livre, o direito de pesca fica sujeito aos regulamentos administrativos pelo que respeita ao tempo e ao modo por que pôde ser exercido.

A pescaria nos tanques e viveiros particulares, cujo peixe não possa ter entrada e saída livre, não é sujeita aos regulamentos administrativos (art. 393.º).

2) *Da occupação dos animaes bravios, que já tiveram dono* Como já vimos, os animaes bravios que, tendo tido dono, voltaram a natural liberdade, são equiparados aos que nunca tiveram dono, podendo portanto ser occupados nos termos dos artigos 384.º e seguintes. É o que se declara no artigo 400.º, em que se resalvam todavia as restricções e declarações consignadas na secção a que esse artigo pertence.

Essas restricções e declarações respeitam: a) aos animaes bravios, que estejam habituados a certa guarida por industria do homem; b) aos enxames; c) aos animaes ferozes e maleficos.

a) Os animaes bravios habituados a certa guarida, ordenada por industria do homem, que se passarem para outra guarida de diverso dono, ficarão pertencendo a este, se não poderem individualmente ser reconhecidos; pois, no caso contrario, pode o antigo dono recupera-los comtanto que o faça sem prejuizo do outro (art. 401.º). Provando-se, porém, que os animaes foram attrahidos por fraude e artificio do dono da guarida a que se hajam acolhido, será este obrigado a entregar ao antigo dono os ditos

animaes, ou a pagar em dobro o valor delles, se não poder restitu-los, isto sem prejuizo das penas correccionaes que possam ser applicadas (art. 401.º, § unico)

b) É licito a qualquer occupar os enxames, que primeiro encontrar (art. 402.º).

1.º Não sendo perseguidos pelo dono da colmeia, de que houverem enxameado,

2.º Não se achando pousados em predio do dono da mesma colmeia, ou em qualquer edificio, ou dentro de predio em que não seja permitido caçar.

Mas, se o enxame fôr perseguido pelo dono da colmeia, sera o proprietario do predio obrigado a permittir-lhe que o recolha, ou a pagar-lhe o valor delle (art. 402.º, § unico)

O que significam as palavras que *primeiro encontrar*?

A *Revista de legislação e de jurisprudencia* diz que, para que «qualquer possa occupar um enxame, e necessario que elle seja o *primeiro a encontrá-lo*, verificando-se além disto as circumstancias referidas em os n.ºs 1.º e 2.º do artigo 402.º» (1)

O DR. TEIXEIRA D'ABREU, que considera esta doutrina erronea, diz que não basta o facto de encontrar um enxame para a que elle se considere occupado, sendo necessario um facto posterior, que é a apprehensão. E sendo so por este meio que o enxame é apropriado, conclue esse professor que as palavras que *primeiro o encontrar* do artigo 402.º «não excluem do direito de occupação qualquer pessoa, porque não deixando os enxames de ser *nullius* pelo facto de alguém os encontrar devem considerar-se objecto de livre occupação, guardadas as restricções estabelecidas na lei» (2)

Parece-nos que nenhuma das opiniões referidas se pode considerar verdadeira.

(1) Veja-se o vol. 13.º, pag. 280.

(2) *Obr. cit.*, pag. 406.

O facto de se encontrar um enxame não é sufficiente para se appropriar. Para este effeito, torna-se necessaria a apprehensão. Parece-nos, porém, que não é indifferente o haver-se encontrado primeiro o enxame, pois que, vindo em sua perseguição quem primeiro o houver encontrado, tem direito a elle mesmo antes de o apprehender, salvo se fôr perseguido pelo dono da colmeia, ou se pousar em predio do dono da colmeia, ou em qualquer outro edificio, ou dentro de predio em que não seja permitido caçar.

A disposição que se acha consignada no § unico do artigo 402.º mostra que o meio facto de se ir em perseguição do enxame, e portanto de se haver encontrado primeiro, não é sufficiente para a appropriação d'elle, o facto, porém, de se ir em perseguição do enxame dá direito a elle, salvas as disposições consignadas nos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 402.º. Este artigo, declarando que é licito a qualquer occupar os enxames que primeiro encontrar, mostranos que o enxame que seja seguido por quem primeiro o houver encontrado não é uma coisa *nullus* ou de livre occupação.

c) Os animaes ferozes e maleficos, que se evadirem da clausura, em que seu dono os tiver, poderão ser destruidos ou occupados livremente por qualquer pessoa que os encontre (art. 403.º)

Esta disposição justifica-se não só pela necessidade de proteger as pessoas contra os ataques desses animaes, mas ainda porque, attenta a sua indole, os animaes ferozes ou maleficos consideram-se no gozo da sua natural liberdade logo que se evadam da clausura, sendo portanto objecto de livre occupação.

Para o effeito do artigo 403.º é indifferente que os animaes hajam ou não sido domesticados pelo dono, desde que sejam animaes ferozes ou maleficos, qualquer pessoa pôde destrui-los e occupá los livremente.

3) Da occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados. Os animaes domesticos, sendo propriedade do seu

dono, só podem ser occupados, quando se toinem cousas *nullus*. Ora esses animaes toinam-se *nullus* quando sejam abandonados pelo proprietario, e por isso se declara (art. 404.º) que os animaes domesticos que forem lançados a margem, ou abandonados por seu dono, poderão ser occupados livremente pelo primeiro que os encontrar.

Dos animaes perdidos ou extraviados existe dono, que pode ser conhecido ou desconhecido, donde se vê que esses animaes não podem ser livremente occupados. E, em caso de duvida, não se presume que o animal haja sido abandonado pelo dono (art. 421.º, por analog.), sendo necessario que o dono expressamente declare que o abandona, ou que haja um conjuncto de circumstancias de que possa deprehender-se que o animal foi lançado a margem, para que possa ser occupado.

Daqui resulta que. 1) se alguém encontrar qualquer animal perdido ou extraviado e souber cujo é, devera restitu-lo ou fazer saber a seu dono como é achado, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dicto dono residente ou domiciliado no mesmo concelho da achada (art. 406.º); se o dono não for domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achado não poder satisfazer ao disposto no artigo antecedente, fará saber á auctoridade administrativa competente, que e, em Lisboa o administrador do bairro onde o animal fôr encontrado (decr. de 28 de agosto de 1893, art. 47.º), e nas demais terras o regedor de parochia (art. 409.º, § 1.º e cod. administr., art. 294.º) no dicto prazo de tres dias, como o animal é achado, a fim de que o participe a seu dono, 2) se aquelle, que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, não souber cujo é, devera sem demora apresentá-lo a auctoridade administrativa competente (art. 408.º) A auctoridade administrativa mandará tomar nota da qualidade, signaes, estado e valor apparente do animal, e do logar onde foi achado, e o fará depositar em poder da pessoa que o encontrar ou de outrem, se aquella se escusar (art. 408.º, § 1.º). Se a pessoa, em cujo poder o animal fôr depositado, não tiver meios para o sustentar, ou se elle estiver

em risco de padecer deterioração, poderá requerer que elle seja arrematado e depositado o producto (art. 408.º, § 7.º) A auctoridade, se entender que ha inconveniente na arrematação do animal, pode indeferir o pedido, nomeando novo depositario, quando reconheça a impossibilidade de o primeiro continuar a sustentar o animal. Sendo volátil o animal encontrado, a auctoridade administrativa fa-lo-ha apregoar no primeiro domingo consecutivo á porta da igreja parochial, ao entrar da missa conventual; sendo o animal achado ovelha, cabra, porco ou qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo dontras, se o valor delle não exceder a seis mil reis, observar-se-ha o mesmo que para os animaes volateis, com a differença de que se repetirão os pregões de cito em oito dias durante trinta dias, se o animal fôr quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil reis, observar-se-hão as mesmas formalidades com a seguinte modificação: alem dos pregões, fará o achador inserir a noticia da achada do animal no *Diario do governo* (art. 408.º, §§ 2.º-5.º) As diligencias prescriptas serão sempre gratuitas, excepto os pregões, que serão pagos pelo proprietario ou pelo achador, se aquelle se não apresentar em tempo util (art. 408.º, § 6.º).

São estas as obrigações que a lei impõe ao achador de qualquer animal domestico perdido ou extraviado, sob pena de, não as cumprindo, ficar incurso em responsabilidade criminal (cod penal, art. 423.º), e obrigado a restituir o animal ao dono, com perdas e damnos, a todo o tempo em que elle appareça, sem indemnização alguma pelas despêsas que haja feito (art. 440.º).

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, baseando-se nas palavras *a todo o tempo*, diz que o legislador não permitiu adquirir pela prescrição o animal ao achador que não cumpra as obrigações estabelecidas na lei para o entregar a seu dono, e a mesma doutrina segue o DR TEIXEIRA D'ABREU, fundamentando-a no artigo 533.º (1).

(1) *Obr cit*, pagg 330 e 346.

As palavras *a todo o tempo* não significam, na linguagem do codigo (art. 1031.º e 1681.º), que o direito do dono do animal perdido a reivindicá-lo seja imprescriptivel, mas que esse direito pode ser exercido enquanto se não dê a prescrição, e o artigo 533.º de modo algum declara imprescriptiveis as cousas perdidas que tenham sido encontradas, quando o achador não haja cumprido as obrigações que a lei lhe impõe no sentido de serem entregues ao dono, do mesmo modo que tambem não são imprescriptiveis as cousas que tenham sido furtadas. Como veremos, as cousas moveis prescrevem, independentemente de justo titulo e de boa fe, no prazo de dez annos (art. 532.º), e no artigo 533.º não se estabelece a este respeito excepção para as cousas perdidas ou que sejam obtidas por crime ou delicto, amplia se o prazo para a prescrição com boa fe e justo titulo, quando as cousas assim adquiridas passem a terceiro que esteja de boa fe.

Parece-nos que e esta a doutrina que esta claramente consignada no codigo.

O achador dum animal perdido ou extraviado, que não cumpra as obrigações que a lei lhe impõe, é considerado como possuidor de ma fe, e a prescrição so se opera a favor delle decorridos que sejam dez annos desde que se apossou do animal. Enquanto não decorrer esse prazo, o dono do animal pode reivindicá-lo ou exigir o seu valor, com perdas e damnos.

E quaes são os direitos do achador que cumpriu as obrigações que lhe incumbem?

O codigo e expresso a este respeito no que toca aos animaes perdidos ou extraviados, cujos donos sejam desconhecidos.

Assim, preceitua que, sendo o animal volátil e não lhe apparecendo dono dentro de quinze dias, ficara pertencendo a pessoa que o houver encontrado (art. 408.º, § 2.º), se o animal achado fôr ovelha, cabra, porco ou qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo dontras, se o valor delle não exceder a seis mil reis, o achador fura seu o animal decorrido que seja o

prazo de trinta dias (art. 408.º, § 3.º); se o animal achado fôr de gado grosso ou quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil reis, so fica a peitencendo ao occupante passados tres menses (art. 408.º, § 4.º, mod 2.º)

Os prazos assignados contar-se hão desde o dia dos primeiros pregões (art. 408.º, § 5.º)

Decorridos que sejam estes prazos sem que o dono do animal appareça, ou, no caso de apparecer, quando elle prefera abandonar o animal a pagar as despêsas feitas com elle (art. 409.º), o achador fará seu o animal

O titulo em virtude do qual se dá essa acquisição é, na linguagem do codigo, a *occupação*

Pela occupação só se adquirem, porem, as cousas *nullius*, e, salvo o caso de o dono apparecer e renunciar á propriedade do animal a fim de não pagar as despêsas, não pode rigorosamente dizer-se que haja abandono, pois que não ha facto algum do qual possa deprehender-se que o proprietario renunciou ao direito que tinha ao animal perdido ou extraviado. A lei presume todavia que se deu essa renuncia, attenta a publicidade que tem a achada e o facto de o dono não reclamar o animal, sendo em virtude dessa presumpção que declara que o achador o occupa (art. 405.º)

Essa presumpção tem, porém, de ceder perante a realidade, se, tendo tido o dono do animal conhecimento da achada posteriormente aos prazos fixados no codigo, pretendesse reivindicar o animal, direito que a lei não lhe reconhece.

Neste caso o que pode dizer-se, em linguagem rigorosa, é que se deu a prescripção a favor do achador. E, não fazendo este o animal seu, como expressamente se declara no codigo, no proprio momento em que o encontra, mas decorridos que sejam os prazos fixados no mesmo codigo, vê-se que não é propriamente em virtude da occupação, mas da prescripção, que elle adquire a propriedade do animal.

Quando ao animal cujo dono seja conhecido, não determina a lei

o prazo em que, avisado que seja pelo achador ou pela auctoridade administrativa, pôde ser reclamado pelo dono.

O Dr. TEIXEIRA D'ABREU, partindo do principio de que sobre os animaes domesticos que tenham dono conhecido não pôde recair a occupação, diz que a lei não podia fixar, no titulo em que tracta deste modo de adquirir, do prazo dentro do qual o dono pode reclamar o animal perdido, e affirma que, no caso de elle não o reclamar, o achador só o pôde fazer seu por meio da prescripção negativa e portanto decorridos que sejam trinta annos (art. 535.º). E julga que a hypotheze se não pode applicar a prescripção positiva, visto que o achador, sabendo quem e o dono do animal, e um possuidor em nome alheio e não em nome proprio, e portanto nunca se poderia dar a favor d'elle a prescripção positiva (art. 510.º) (1)

Esta doutrina afigura-se-nos inaceitavel

Parece-nos evidente, em primeiro lugar, que não se podera dar nesse caso a prescripção negativa sem a acquisitiva, e, sendo assim, o artigo 510.º levantaria a esta um obstaculo insuperavel, emquanto se não desse a inversão do titulo. Em segundo lugar não poderia de modo algum justificar-se que o legislador reconhecesse ao proprietario do animal, que foi avisado da achada, o direito de o ir reclamar quando lhe aprouvesse, obrigando o achador a conserva-lo em nome d'elle

Esse proprietario merece ate menos contemplação que o proprietario desconhecido, e parece nos que o legislador assim o entendeu.

Dos artigos 405.º, 406.º, 407.º, 409.º e 410.º deprehende-se que, se o dono não reclamar o animal logo que tenha conhecimento da achada, e não pagar as despêsas feitas com elle, se entende que renunciou a elle e que o achador tem o direito de o occupar.

E assim que a propria lei, declarando que se *occupam* os ani-

(1) Veja-se a *ob. cit.*, pagg 318 a 320.

maes cujos donos sejam conhecidos, não dá a estes o direito de os reclamar a qualquer tempo, quando o achador haja cumprido as obrigações que por lei lhe incumbem. E se não fixou o prazo dentro do qual o dono do animal o devia reclamar, e porque entendeu, e a nosso vêr com fundamento, que o proprietário o reclamaria immediatamente, se não houvesse renunciado a elle.

Na hypothese que estamos discutindo não tem logar algum, no systema admitido pelo código, a prescripção, pois que esta não pôde dar-se depois da occupação, que é titulo acquisitivo da propriedade.

§) *Da occupação das cousas manumadas, que já tiveram dono*
O capitulo que tem por epigraphie *Da occupação das cousas manumadas* tracta só das que, tendo tido dono, foram abandonadas ou perdidas, dos thesouros e das embarcações e de outros objectos naufragados.

Tractaremos dellas pela ordem exposta.

a) *Da occupação das cousas moveis abandonadas* As cousas moveis abandonadas podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que primeiro as encontre (art. 411 °).

Na occupação ou na entrega das cousas moveis, abandonadas em estações de transporte ou viagem, ou nas alfandegas, ou em quaesquer outras casas fiscaes, observar-se-ha o que estiver determinado nos respectivos regulamentos de caminhos de ferro, correios, mala-postas, alfandegas e outros (art. 412 °). Nesses regulamentos fixa-se um prazo, mais ou menos curto conforme a cousa seja ou não susceptivel de deterioração, para a venda dos objectos que houverem sido abandonados, ou, por outras palavras, cuja entrega não houver sido reclamada. Do producto da venda saem em primeiro logar as despêsas a que o Estado ou as companhias tenham direito, e a differença, quando a haja, revertera em favor do Estado ou das mesmas companhias.

b) *Das cousas moveis perdidas.* As cousas moveis perdidas podem ser occupadas nos termos seguintes (art. 413 °):

Quem achar cousa perdida, sabendo cuja é, devesa communicar a achada ao dono ou a auctoridade administrativa, em conformidade do disposto para os annuaes perdidos ou extraviados, cujo dono é conhecido (art. 414 °),

Quem achar cousa perdida, não sabendo cuja é, deve, no prazo de tres dias, dar disso conhecimento a auctoridade administrativa competente, em Lisboa o administrador do bairro em que a cousa fôr achada, e o regedor de parochia nas outras terras do reino, declarando a natureza do objecto, o seu valor approximadamente, e o dia e o logar onde a achou, para que a dicta auctoridade mande affixar nas portas da igreja parochial a noticia do facto (art. 415 °). Haverá em poder da referida auctoridade um caderno numerado, rubricado e encerrado, no qual se copiem as sobre-dictas noticias, declarando-se o dia em que foram affixadas, e pondo-lhes a auctoridade o seu visto e assignatura (art. 415.º, § unico). Se o valor da cousa exceder a tres mil reis, enviara a auctoridade administrativa, ao mesmo tempo em que se affixar a noticia mencionada no artigo precedente, uma copia ao *Diario do governo* para ser publicada (art. 416 °).

Estas diligencias serão expeditas official e gratuitamente (art. 417 °).

O dono da cousa que, sendo prevenido da achada, a reclamar, so podera havê-la pagando todas as despêsas que o achador tiver feito com a sua conservação. Se a não reclamar, ou se não pagar todas as despêsas que o achador haja feito, entender-se-ha que a abandona (art. 418 °), adquirindo-a pela occupação o achador.

É esta a doutrina que julgamos acceptavel para a adquisição das cousas moveis, cujo dono seja conhecido, pelo achador que cumpra as obrigações que por lei lhe incumbem.

Quanto as cousas moveis perdidas, cujo dono seja desconhecido,

o achador que cumprir as obrigações que por lei lhe são impostas para sua a cousa achada nos seguintes termos (art. 419.º).

1) Se a cousa não exceder o valor de tres mil reis, não lhe apparecendo dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affivação da noticia,

2) Se a cousa exceder o valor de tres até seis mil reis, não lhe apparecendo dono dentro de tres meses, contados desde a data da publicação da noticia no *Diario do governo*,

3) Se a cousa exceder o valor de seis até doze mil reis, não lhe apparecendo dono dentro de meio anno, contado desde a mesma data,

4) Se a cousa exceder o valor de doze mil reis, so podera ficar pertencendo ao achador passado um anno, contado desde a mesma data, mas com reserva do valor da terça parte, deduzidas todas as despêsas, que sera applicado para o conselho de beneficencia pupillar da comarca onde a cousa fôr achada, ou da magistratura que o substituir.

Pelo codigo de processo civil (art. 969.º) as multas, que segundo o codigo civil devem ser applicadas para estabelecimentos de beneficencia pupillar, revertirão em Lisboa para a Casa Pia, nas outras terras para algum asylo de infancia desvalida, e, onde o não houver, para a misericordia, enquanto se não acharem creados os estabelecimentos de beneficencia pupillar (1), disposição que,

(1) Apesar de o codigo de processo civil tractar da substituição dos estabelecimentos de beneficencia para o effeito das multas, e de no artigo 419.º § 4.º não se tractar de multas, mas duma simples deducção do valor da cousa achada em beneficio dos estabelecimentos de beneficencia pupillar, entendemos que, não se deixando dependente da creação desses estabelecimentos essa deducção, pois se manda applicar a magistratura que os substituir, se deve entregar aos estabelecimentos de beneficencia que, nos termos do codigo de processo civil, substituem os conselhos de beneficencia pupillar, a terça parte do valor da cousa achada

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA sustenta que a cousa pertence, sem reserva alguma, ao achador, enquanto não forem creados os estabelecimentos de

attentos os termos em que está formulado o § 4.º do artigo 419.º, nos parece que deve ser applicada a hypothese de que nelle se tracta.

As differenças de prazo que o codigo estabelece entre os animaes perdidos ou extraviados e as cousas perdidas para que o achador os possa fazer seus justificam-se principalmente pelas despêsas e cuidados que são necessarios para o sustento dos animaes.

Os que acharem quaesquer objectos perdidos e não comprirem com as diligencias de que são encarregados, ficarão obrigados a restituir ao respectivo dono a cousa achada ou o seu valor, sem que se lhes abone qualquer despêsa, e sujeitos, além disso, á responsabilidade civil e penal (art. 420.º)

Apesar da differença de redacção que se nota entre este artigo e o artigo 410.º, a doutrina qua nelles foi sancionada é a mesma

Quando se não souber ao certo se a cousa e perdida ou abandonada, presumir-se-ha perdida (art. 421.º)

c) *Da occupação de thesouros e cousas escondidas* Não define o codigo o que seja *thesouro*, nem determina a differença que haja entre *thesouro* e *cousas escondidas*

Como, para os effectos juridicos, os dois termos não podem deixar de considerar-se synonymos, sendo que o legislador não estabelece differença alguma entre o deposito de ouro, prata ou quaesquer outros objectos de algum valor que se encontre *enterrado* ou *escondido*, não nos deteremos na analyse desse assumpto.

beneficencia pupillar, não apresentando argumento algum a favor dessa doutrina. Na portaria do Ministerio do Reino de 14 de setembro de 1875 estabeleceu-se essa doutrina, mas a esse tempo ainda não havia sido publicado o codigo de processo civil

Para o legislador, *thesouro* é o deposito de qualquer objecto movel de algum valor que esteja enterrado ou escondido, e cujo dono seja desconhecido. Se este foi conhecido, não haverá thesouro, e quem o achar, ou o deixar ficar onde o encontrou, visto que foi ali collocado intencionalmente, ou tem de o entregar ao dono.

Quem encontrar algum thesouro ou coisa escondida cujo deposito se não conheça evidentemente que foi feito ha mais de trinta annos, fara annunciar o achado no *Diario do governo*, e, afóra essa obrigação, terá tambem o achador a de participar a auctoridade administrativa competente, o administrador do bairro respectivo em Lisboa, e, nas outras terras, o regedor de parochia, o achado, dentro do prazo de tres dias contados desde que elle aconteceu. A auctoridade administrativa, a quem o facto fôr noticiado, fara immediatamente constar aquelle achado por via de editaes e de annuncios em algum periodico, para que qualquer pessoa, que a elle tiver direito, venha recebê-lo dentro de dois annos, sob pena de o perder (art. 423 °, § unico).

Se do proprio deposito se evidenciar que foi feito mais de trinta annos antes, o achador não é obrigado a annunciar o achado no *Diario do governo*, nem a fazer participação alguma a auctoridade administrativa (art. 424 °).

Sendo indifferente, para que se considere como thesouro, que o deposito seja antigo ou recente (art. 422 °), vê-se que o não é sob o ponto de vista das obrigações que incumbem ao achador. No caso de o deposito haver sido feito ha mais de trinta annos, o legislador, presumindo que foi abandonado pelo dono, declara a quem fica pertencendo, sem que o achador seja obrigado a praticar acto algum que tenha por fim descobrir quem é o dono.

Quando o thesouro tenha menos de trinta annos e não appareça, cumpridas as formalidades estabelecidas na lei, o dono d'elle dentro do prazo de dois annos, ou quando o thesouro tenha mais de trinta

annos, temos de distinguir, para determinar a pessoa a quem elle pertence, se o achador é o proprio dono do predio onde elle estava enterrado ou escondido, ou um terceiro. No primeiro caso, o thesouro pertence na sua totalidade ao dono do predio; no segundo, pertencerão duas partes ao dono do predio e a terça restante ao achador.

Foi este o systema que o nosso codigo admittiu relativamente á appropriação ou á repartição do thesouro (art. 422 ° e 424 °), systema que se podera justificar-se, no que respeita a repartição, attendendo a que, tendo o proprietario do terreno onde o thesouro foi descoberto, a possibilidade de o vir a encontrar, e podendo até esse thesouro haver pertencido a seus antepassados, não era razoavel que a pessoa que, por circumstancias fortuitas, o achou, se apoderasse de todo elle. Sendo, porém, o thesouro considerado como uma coisa *nullius*, distincta do predio onde foi enterrado ou escondido, o rigor dos principios leva a considerar o achador como unica pessoa com direito ao thesouro.

O proprietario do predio que tem direito a todo o thesouro, se pessoalmente o achar, ou a duas terças partes d'elle, se fôr achado por outra pessoa, e aquelle a quem pertença a propriedade perfeita, ou, sendo imperfeita, o que tenha o direito de transformação ou sobre a substancia da coisa. Daqui resulta que, havendo o direito de usufructo, de uso ou de habitação, de compascuo ou de servidão sobre o predio, qualquer dos titulares desses direitos não se pôde apropriar de todo o thesouro que pessoalmente encontrar, tendo de entregar ao proprietario as duas terças partes (art. 2216 °); e, se o achador fôr um terceiro, não tem direito as duas terças partes.

O mesmo succede em relação ao possuidor de boa fé, ao qual a lei apenas reconhece direito aos fructos, e o thesouro não é considerado como tal.

Sendo, porém, o predio, onde foi encontrado o thesouro, emphyteutico ou subemphyteutico, o emphyteuta ou subemphyteuta serão equiparados ao proprietario com pleno dominio (art. 424 °, § unico).

visto que o direito que elles têm sobre predio não é, como já vimos, um direito em coisa alheia

As disposições que acabamos de expor relativamente a repartição do thesouro achado por pessoa que não seja o proprietario do predio, so são applicaveis no caso de elle haver sido encontrado casualmente, ou, quando tenha sido procurado, se o dono do predio houver concedido licença para esse effeito, no caso de se tractar de predio particular, e, quando seja terreno do Estado, concellio ou parochial, que os trabalhos para descobrir o thesouro não causassem damno ao predio

A este respeito preceitua o codigo (art. 425.º e 426.º) que, se alguém procurar thesouros em predio particular alheio, sem permissão do seu dono, perderá, em proveito do proprietario, tudo o que achar, e responderá por perdas e danos; e que o que procurar thesouros em predios municipaes ou do Estado, por maneira tal que os possa deteriorar, sem licença da municipalidade ou da repartição publica respectiva, perderá tambem em proveito do Estado ou do municipio tudo o que achar e responderá por perdas e danos

O achador que haja descoberto o thesouro casualmente ou com licença do dono, e, sendo em terreno do Estado, do municipio ou da parochia, de modo que não causasse damno, que se aproprie do thesouro ou coisa escondida, em prejuizo dos direitos do proprietario, perderá a parte que alias lhe pertenceria, a qual sera applicada em proveito dos estabelecimentos de beneficencia pupillar da comarca, onde o thesouro tiver sido achado (art. 427.º)

Relativamente ao thesouro, cujo deposito se não conheça evidentemente que foi effituado ha mais de trinta annos, o Dr. TEIXEIRA D'ABREU diz que «o achador que não cumprir as diligencias que lhe são ordenadas nunca podera adquirir o thesouro por prescripção, ficando, alem disso, sujeito as penas de furto».

Pelas mesmas razões que não accetamos, pelo que respeita á

prescripção das cousas moveis perdidas a doutrina deste professor, tambem a não julgamos admissivel relativamente ao thesouro

Se este tiver menos de trinta annos ao tempo em que foi achado, e o achador não cumprir as obrigações que lhe são impostas por lei, o dono do thesouro podeia reclamá-lo, com perdas e danos, enquanto não houver decorrido o prazo que a lei estabeleceu para a posse de ma fe e sem titulo, o qual é de dez annos, e, se o achador houver transferido o thesouro para terceiro que esteja de boa fe, a prescripção so se operara a favor deste, decorridos que sejam seis annos

d) Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados. O codigo limita-se a dispôr a este respeito que a occupação das embarcações naufragadas, da sua carga, ou de quaesquer fazendas e objectos de dominio particular, que o mar arrojé a praia, ou que se aprehenderem no alto mar, será regulada pelas disposições do codigo commercial e das leis administrativas (art. 428.º).

O codigo commercial estabelece o principio (art. 676.º) que não e licito a qualquer apropriar-se pela occupação de embarcações naufragadas, ou seus fragmentos, da sua carga ou de quaesquer fazendas ou objectos do dominio particular que o mar arrojé ás praias ou se aprehenderem no alto mar, e determina (art. 677.º-691.º) as diligencias a que o achador fica obrigado em relação á conservação dos objectos e a descobrir-se quem seja o seu dono, e os direitos que tem pelos serviços que prestar.

IV — Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados. O codigo tracta sob esta epigraphie da occupação a) de substancias animaes de qualquer natureza creadas nas aguas publicas ou nas communs, que vierem arroladas as margens ou ás praias, b) das aguas; c) das mueras; d) das substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres.

O principio geral que no código se estabelece acerca da occupação de todas estas cousas acha se consignado no artigo 430.º, em que se declara que é licito a todos occupar quaesquer objectos ou productos naturaes, que não forem propriedade exclusiva de outrem, salvas as declarações e restrições inseridas no código

Vê-se deste artigo que nem todos os objectos ou productos naturaes, de que o código tracta sob a epigraphe referida e que já enumeramos, são susceptíveis de occupação, pois é o proprio legislador que declara que alguns são objecto de propriedade exclusiva. Cumpre-nos, pois, determinar, dum modo preciso, quaes são dos productos naturaes indicados os que, por não constituírem objecto do direito de propriedade podem ser occupados.

Iniciaremos esse estudo pela materia

A) *Das aguas* Dissémos ja (§ 29.º) que a agua considerada em si, ou como um elemento, não era, do mesmo modo que o ar, a luz, susceptível de apropriação, que recolhida ou separada da corrente, nascente ou reservatorio, era uma coisa movel, que pertencia ao primeiro occupante, e que, considerada na nascente, corrente ou reservatorio era uma coisa immobiliaria.

O código, tractando da materia das aguas no titulo da occupação, considera-las-ha como coisa mobiliaria ou immobiliaria?

O Dr. TEIXEIRA D'ARREU sustenta que as aguas são uma coisa mobiliaria, baseando-se não so em que não existe a occupação de immoveis, mas na propria natureza das aguas, que constantemente se deslocam (1).

Para se vêr que o primeiro argumento não tem valor algum, bastara attender a que o código tambem tracta, no mesmo capitulo em que se occupa das aguas, dos mmeaes, e ninguem poderá contestar que estes, sendo productos dos predios rusticos, não

(1) Veja-se a obra cit., pagg 381 e segg, e *Estudos Juridicos*, vol. 1.º, n.º 1.º, pagg 1 e segg

podem deixar de se considerar como cousas immobiliarias (art. 375.º n.º 1.º)

A segunda razão não tem, em nosso parecer, mais valor

No modo como as aguas são juridicamente reguladas, não temos a considerar os atomos que constantemente mudam de lugar, seguindo as leis da gravidade, mas um determinado volume de aguas, volume que, embora estas se desloquem constantemente, é sensivelmente o mesmo, pela incessante substituição desses atomos. E assim que se formam as nascentes e as correntes.

Pelo que respeita aos reservatorios naturaes, afigura-se-nos que sera menos acertado considerar o mar, os lagos e quaesquer outros depositos naturaes de agua como cousas moveis.

Tanto nas correntes e nascentes, como nos reservatorios, as aguas formam um todo com o leito e as margens ou praias que as contêm, devendo ser consideradas como cousas immobiliarias.

E foi assim que o nosso código as considerou, como vamos vêr tractando

1) *Da classificação das aguas*. O nosso código classifica assim as aguas: a) *aguas publicas, e particularmente aguas navegaveis e fluctuaveis*, b) *aguas não navegaveis nem fluctuaveis*, c) *fontes e nascentes*, d) *aguas pluvias*.

Essa classificação não teve em vista, como se pode suppor em virtude de se tractar da occupação das aguas, determinar o modo como se pôde effectuar essa occupação. Tanto assim e que, declarando-se (art. 431.º) que é permitido a todos usar de quaesquer aguas publicas, conformando-se com os regulamentos administrativos, ja se não estabelece o mesmo principio relativamente as correntes de aguas não navegaveis nem fluctuaveis, sendo attribuido (art. 434.º e 436.º) o direito de usar dellas aos donos ou possuidores dos predios que forem atravessadas por essas correntes ou que lhes ficarem adjacentes, nem quanto as fontes e nascentes, declarando-se (art. 441.º) que o dono do predio onde houver alguma fonte ou nascente de agua pode servir-se della e

dispor do seu uso livremente. E quanto ás aguas pluvias das torrentes e enxurros, preceitua-se (art 453.º) que as que correm por *terrenos, estradas* ou *ruas publicas* podem ser occupadas, na sua passagem, por qualquer proprietario confinante, na conformidade dos regulamentos administrativos, e que as aguas pluvias que caem directamente sobre qualquer predio rustico ou urbano podem ser livremente occupadas e usufruidas pelos donos dos dictos predios (art 454.º).

Vê-se, pois, que ha aguas que não são objecto de livre occupação, sendo reconhecido o direito exclusivo ao seu uso e afe o direito de propriedade

Approximando as disposições referidas dos artigos em que se tracta da classificação das cousas em *publicas, communs* e *particulares* (veja-se o § 29.º), não seria difficil verifica que foi essa classificação que orientou o legislador ao tractar de occupação das aguas

E no decreto de 4 de dezembro de 1892 expressamente se admitem (art 3.º) *aguas particulares*, significando-se evidentemente por esta expressão que a propriedade dessas aguas pertence a pessoas singulares ou collectivas, e que ninguem pôde tirar proveito dellas, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento (art 382.º)

Não pôde, pois, affirmar-se que as aguas não sejam, consideradas como partes integrantes do predio onde brotam, susceptiveis do direito de propriedade, como o faz o DR TEIXEIRA D'ABRÃO.

Este professor, alem das razões ja referidas, fundamenta ainda a sua affirmação em resoluções da Commissão revisora respeitantes ao artigo 444.º do codigo (1) Parece-nos, porém, que essa razão

(1) No projecto primitivo o artigo correspondente (art 468.º) era assim redigido «O dono do predio em que houver alguma fonte ou nascente de

é contraproducente, pois que o referido artigo attribue ao dono do predio a propriedade das fontes e nascentes.

Embora sejam susceptiveis do direito de propriedade, as aguas, já pelo facto de representarem um elemento absolutamente necessario á vida e para as necessidades da agricultura e da industria, ja por constituem muitas vezes um perigo em virtude das inun-

agua, pode servir-se della livremente, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido por justo titulo»

Em sessão da Commissão revisora de 12 de dezembro de 1860, ALEXANDRE HERCULANO apresentou uma proposta em substituição da secção 2.ª do capitulo 4.º, na qual se lêem as seguintes disposições

«Art 7.º O dono de qualquer predio rustico ou urbano pode dispôr livremente para uso do seu predio das aguas pluvias e nativas que por qualquer modo penetrem na superficie do dicto predio ou nelle brotam

«Art 25.º O uso das aguas nativas que brotam espontaneamente a superficie de qualquer predio não podea transferir se no todo ou em parte por via do contracto

«Art 27.º O uso das aguas procedidas de nascentes abertas artificialmente pode alicar-se e adquirir-se por toda a especie de contracto oneroso ou gratuito»

Na discussão do artigo 25.º foram apresentadas duas propostas, uma de JOSE JULIO, para que podesse transferir-se no todo ou em parte o uso das aguas nativas que brotassem espontaneamente a superficie de qualquer predio, o das procedidas de nascentes abertas artificialmente e das pluvias reunidas em deposito, e outra de MANTENS FERREIRO, para que não fosse garantida a propriedade das aguas nativas, mas que fosse garantido o seu uso e a faculdade de dispôr delle

A Commissão revisora, rejeitando o artigo 25.º do projecto de HERCULANO, approvou o artigo 468.º do projecto primitivo «salvo a seguinte alteração, dizendo se «pode servir-se della e dispôr do seu uso livremente», em lugar de «pode servir-se della livremente»

Por esta resolução, ficou evidentemente garantida a propriedade das aguas a que ella respeitava, e, quando SILVA FERREIRO declarou que votava «pela propriedade das aguas», sem duvida quis significar que approvava a resolução da Commissão revisora (Vejam se as *Actas*, pagg 132, 176, 178 e 179)

dações, não podem deixar de ser reguladas dum modo especial, quer no sentido de obstar a que os proprietários confinantes das correntes sofram prejuizos, quer no intuito de se conseguir que as aguas possam ser devidamente aproveitadas, tanto para satisfazer as necessidades pessoais dos habitantes duma localidade, como para as da agricultura ou da industria.

O regimen, a que as aguas ficam sujeitas sob qualquer destes pontos de vista, representa, quer a regulamentação da propriedade territorial, quer a constituição de servidões sobre os predios, attenta a intima connexão que ha entre os predios onde as aguas brotam ou nascem, e que atravessam ou banham, e o direito a essas aguas.

O nosso codigo, tractando da materia das aguas no titulo da occupação, não teve na devida consideração, em nosso parecer, a natureza das disposições que a regulam. Basta uma rapida leitura dessas disposições para que se veja que não é propriamente da occupação das aguas que o codigo tracta, mas sim da regulamentação da propriedade, no intuito das aguas serem devidamente aproveitadas, da manutenção das servidões constituídas e das que se podem constituir sobre os predios por causa de aguas.

Sendo assim, intendemos que e desse modo, attenta a importancia deste assumpto e a reconhecida impossibilidade de o desenvolvermos devidamente sem a exposição dos principios geraes respeitantes á regulamentação da propriedade e as servidões, que devemos tractar das aguas, e não exporemos portanto nesta secção as disposições do codigo em que se não tracta da adquisição do direito as aguas, mas do modo de regular o exercicio desse direito.

Não tractaremos, pois, neste logar das correntes de aguas não navegaveis nem fluctuaveis, das fontes e nascentes, das aguas pluvias, e dos canaes, aqueductos e outras obras relativas ao uso das aguas, determinando apenas quem tem direito a usar das aguas publicas e a explorar as aguas mineraes.

2) *Aguas publicas* são as que, sendo apropriadas pelo Estado ou pelas corporações locais, são mantidas debaixo da sua administração, sendo licito a todos, individual ou collectivamente, utilizar-se dellas com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos (artt. 380.º e 431.º).

Em no regulamento de 19 de dezembro de 1892 declara-se (art. 205.º) que, em conformidade com a doutrina do artigo 431.º do codigo civil, e permitido a todos usar das aguas dos lagos, lagôas, canaes, vallas, estenos e mais correntes de aguas navegaveis ou fluctuaveis, para a irrigação, industria ou abastecimento das povoações, sem prejuizo da navegação ou fluctuação, e conformando-se com as disposições do decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 e do referido regulamento.

E preceitua-se no mesmo regulamento:

Que os donos dos predios e terrenos que forem separados do leito das aguas, tanto navegaveis ou fluctuaveis, como não navegaveis nem fluctuaveis, pelas margens marcadas na conformidade dos artigos 1.º e 8.º do citado regulamento, e do artigo 4.º do decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, e que anteriormente a essa demarcação tinham direito ao uso das referidas aguas, continuarão a poder usar dessas aguas em beneficio daquelles predios, não podendo porem executar obras novas, nem alterar a quantidade de agua a empregar, sem nova concessão (art. 206.º).

Que o individuo, associação, empresa ou corporação que pretender desviar agua dos lagos, lagôas, estenos, vallas, canaes e mais correntes de agua navegaveis ou fluctuaveis, e utiliza-las, com o fim de interesse particular ou colectivo, para a irrigação, força motriz, abastecimento, ou qualquer outro fim, não o podera fazer sem que obtenha licença (art. 207.º).

Que é permitido o aproveitamento, para fins industriaes ou de irrigação, mediante previa licença, das aguas ou quedas produzidas por obras executadas pelo Estado nos leitos ou margens dos cursos de aguas navegaveis e fluctuaveis, pagando os que usarem das aguas ou quedas a quantia correspondente ao beneficio que

receberem, calculada amigavelmente, ou por peritos ou vistoria administrativa (art. 208 °);

Que, se o uso que se pretende fazer das aguas publicas, navegaveis ou fluctuaveis, depender de obra ou construcção permanente ou temporaria, não podera ser feita sem previa licença da auctoridade administrativa competente (cod civ., art. 432 °, cit regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 206 °, 260 ° e 261.°)

Quanto as condições em que e feita a concessão das aguas, acha-se determinado no referido regulamento de 1892

Que em todas as concessões para utilização de aguas dos lagos, lagoas, rios, canaes, vallas, esteiros e mais correntes de aguas navegaveis ou fluctuaveis, sera claramente designada a natureza dessa utilização e o volume das aguas concedido, e, sendo estas destinadas á irrigação, qual a area e situação do terreno que tem de ser regado. Se a quantidade da agua não tiver sido fixada na concessão, entender-se-ha que e a necessaria para o fim declarado, e que o sobejo fica disponivel (art. 209 ° e § unico),

Que as concessões conterão a declaração expressa de que são feitas sem prejuizo de terceiros, e que assim se entendera, quando as licenças não contenham essa declaração (art. 210 °);

Que as concessões serão sempre por prazo limitado, e a sua declaração, que variará conforme as circumstancias, será sempre expressamente declarada, assim como o destino que terão as obras e aguas, depois de findo o prazo da concessão (art. 211 °),

Que as aguas destinadas a esse fim não poderão ser applicadas a outro diverso sem nova concessão (art. 212 °),

Que o Estado não será responsavel por falta ou diminuição das aguas que forem objecto da concessão, quer essa falta ou diminuição seja proveniente da diminuição na quantidade das aguas do manancial, lago, lagoa, rio, valla, canal ou corrente, quer da sua applicação aos usos da navegação ou fluctuação, quer por erro de calculo, quer por qualquer outro motivo imprevisito (art. 213.°),

Que, sempre que nas condições se não expresse o contrario,

entender-se-ha: por uso continuo, o de todos os instantes, por uso diario, o de vinte e quatro horas, a contar da meia noite; por uso diurno ou nocturno, o que medeia entre o nascer e o pôr do sol, e vice-versa; e por semanal, o que principia no meio dia de qualquer dia da semana e termina na mesma hora de igual dia da semana seguinte (art. 214.°);

Que em casos urgentes de incendio ou calamidade publica, os agentes da auctoridade poderão utilizar, sem processo nem indemnização, as aguas necessarias para combater ou evitar o damno (art. 215 °).

Como se vê destas condições, a concessão do uso das aguas publicas tem sempre caracter precario. Nem podia deixar de assim succeder, attento o destino dessas aguas

E assim que as concessões feitas pela administração são revogaveis, sempre que deixem de existir os motivos que as determinaram, ou que haja alteração das circumstancias, sendo este o motivo por que, se fôr necessario desfazer, inutilizar ou modificar as obras para que foi dada licença, o concessionario não tera direito a indemnização alguma (regul. cit., art. 263.°).

Quanto as obras que, para uso das aguas, hajam sido construidas com caracter permanente, preceitua se no código civil (art. 433.°): quando, para se tornar effectivo o direito de occupação, fôr necessario fazer obras permanentes, se o uso destas vier depois a ser abandonado por mais de cinco annos, prescrevera tal direito em beneficio de quem fizer obras analogas, incompativeis com aquellas.

Por esta disposição, se alguém tiver feito obras permanentes para aproveitamento das aguas publicas, e deixe de usar destas durante cinco annos, pode qualquer pessoa, obtendo a competente licença, fazer novas obras para o mesmo fim, em virtude das quaes aproveite as aguas cujo uso havia sido concedido, ou torne impossivel esse uso, sem que o dono das obras primitivamente feitas possa allegar direito ao uso das aguas

Quando o dono das obras as demoliu, entender-se-ha que aban-

dona o direito que lhe havia sido concedido ao uso das aguas, sendo licito a qualquer, guardados os regulamentos administrativos, occupar essas aguas

Temos falado do uso das aguas publicas pelo que respeita á sua occupação para fins agricolas ou industriaes. Alem desse uso, para outros são destinados essas aguas. E assim que as aguas territoriaes servem para a navegação, para banhos, para pesca, que as aguas interiores servem para a navegação e para a fluctuação, para a pesca, para diversões, para usos domesticos.

Relativamente á pesca, já expozemos os principios que se acham consignados no código. Quanto aos outros usos, salvas as substancias vegetaes, a cerca de cuja occupação o código expõe alguns principios de que adeante tractaremos, são regulados administrativamente.

O mesmo succede relativamente ao uso dos leitões, ou alveos, e ao terreno das margens e costas, que, como sabemos, são, do mesmo modo que as aguas, cousas publicas, de que todos podem usar, em conformidade com os regulamentos administrativos.

Para usos domesticos, ha especialmente as fontes publicas, ou fontes de uso publico (art. 431.º)

O uso destas aguas, que estão comprehendidas no artigo 431.º, é tambem regulado pelos regulamentos administrativos e principalmente pelas posturas das camaras municipaes, a quem em regra pertence fazer os necessarios regulamentos para a conservação e limpeza das fontes publicas.

As aguas das fontes publicas são, em virtude da sua natureza, inalienaveis e imprescriptiveis.

Parece-nos, porém, que pode ser adquirido direito aos sobejos dessas aguas.

B) *Das aguas mineraes*. O código preceitua (art. 445.º), relativamente ás aguas medicinaes que haja em algum predio particular,

que o seu uso pôde ser regulado administrativamente, conforme o exigir o interesse publico, contanto que o proprietario seja indemnizado do prejuizo que com isso padecer. No decreto de 30 de setembro de 1892 declara-se que as fontes ou nascentes de aguas minero medicinaes pertencem ao grupo dos depositos de substancias mineraes uteis que só poderão ser lavrados mediante concessão do governo, e por decreto de 5 de julho de 1894 foi approvedo o regulamento para o aproveitamento de aguas minero-medicinaes.

A propriedade dos depositos referidos pertence, como vamos vêr, ao descobridor, sendo assim as aguas mineiro-medicinaes susceptiveis de occupação.

C) *Das mineraes*. O código civil preceitua (art. 465.º a 467.º) que todos têm o direito de pesquisar e lavar minas, independentemente de auctorização do governo, nos predios rusticos que possuirem, que e tambem concedido o direito de pesquisa em predios rusticos alheios, com o consentimento do dono, consentimento que aliás, em caso de recusa, pôde ser competentemente supprido, ficando nesse caso a lavra dependente de concessão prévia; e que a designação das substancias que devem ser consideradas como mineraes, para que a sua pesquisa e lavra fiquem sujeitas á legislação relativa a este assumpto, as limitações dos direitos reconhecidos pelo código no que respeita a pesquisa e lavra de minas, a designação das formalidades previas e das condições para o seu exercicio e modo delle, bem como a especificação dos direitos dos possuidores do solo, dos descobridores de minas, no caso de concessão, ficam reservados para legislação especial.

Ao tempo em que foi publicado o código civil, a nossa legislação especial sobre minas era a lei de 22 de dezembro de 1852, o decreto de 31 de dezembro do mesmo anno e o regulamento de 9 de dezembro de 1853.

Em 30 de setembro de 1892 o governo publicou, auctorizado pela lei de 25 de fevereiro do mesmo anno, um decreto sobre o aproveitamento dos depositos de substancias mineraes, o qual foi

regulado pelas instruções regulamentares de 5 de julho de 1894, por carta de lei de 1 de agosto de 1899 declarou-se que ás concessões de minas feitas anteriormente a 25 de julho de 1850 eram mantidos os direitos e obrigações constantes dos respectivos diplomas, devendo essas concessões ser demarcadas com as formalidades exigidas pelo decreto de 30 de setembro de 1892, e por decreto de 28 de dezembro de 1899 foram em parte modificadas as disposições do referido decreto de 30 de setembro

Pelo referido decreto de 30 de setembro (art. 1.º-5.º) e instruções regulamentares (art. 2.º), os depósitos de substâncias minerais dividem-se, sob o ponto de vista da legislação mineira, em quatro classes

1.ª Os que contêm sob a forma de filão, camadas ou massas, o ouro, a prata, a platina, o mercúrio, o ferro, o chumbo, o cobre, o estanho, o zinco, o cobalto, o bismutho, o arsenico, ou qualquer outro metal, e ainda o enxofre, a plumbagina, o carvão mineral, as madeiras fósseis, os betumes, o alumen, o amiantho, as phosphorites, as alluviões aproveitadas comapparelhos fixos, as terras ferruginosas utilizadas com minerios de ferro pela metallurgia e o sal gemma e ainda os escombros utilizaveis pelo teor de metal que contêm;

2.ª As turfeiras

3.ª Os depósitos de alluviões auríferas, stanníferas ou quaesquer outros, quando o seu aproveitamento seja feito unicamente comapparelhos volantes. Os ocres e os almagres, quando não forem empregados na industria siderurgica como materias primas, as terras pyritosas destinadas a ser convertidas em sulfato de ferro, e as terras aluminosas,

4.ª As pedreiras de ardósias, gres, pedras de construcção, marmores, granitos, pedra para cal e para gesso, pozzolanas, basalts, lavas, ciés, areias, sílex, argilas, kaolinos, barros e as terras pyritosas empregadas na agricultura, quer estas substan-

cias sejam exploradas a céu descoberto, quer em trabalhos subterraneos.

Esta classificação é importante pelo que respeita ao direito de aproveitar os respectivos depósitos

Os depósitos de substancias mineraes da 1.ª classe so podem ser aproveitados e lavrados mediante previa concessão do governo. Os depósitos de 2.ª e 3.ª classe podem ser aproveitados pelo proprietario do solo ou por outrem com seu consentimento, não podendo todavia as turfeiras ser lavradas sem permissão do governo. Os depósitos de substancias mineraes da 4.ª classe podem ser livremente aproveitados pelo proprietario do solo ou por outrem com seu consentimento (cit. instruç. regulament., art. 3.º-5.º).

Os depósitos de substancias mineraes da 4.ª classe, quando o proprietario se recuse, ou a explora-los por sua conta, ou a consentir que outrem os explore, poderão, quando o interesse e utilidade publica o exigirem, ser lavrados por expressa determinação e auctorização do governo, observando-se o que se acha disposto nos artigos 34.º, 35.º, 36.º e 37.º do regulamento sobre lava de pedreiras, approved por decreto de 6 de março de 1884. Quando o proprietario do terreno se pieste a explorar e se obigne a prover as necessidades da obra de interesse publico, ou ás das industrias que possam carecer dos productos da lava das pedreiras existentes no seu terreno, terá sempre preferencia sobre os estanhos que pretendam explorar as mesmas pedreiras, uma vez que dê começo aos trabalhos dentro do prazo de dois meses a contar da data da intimação, que lhe sera feita pela auctoridade administrativa (cit. instruç. regulament., art. 5.º, §§ 2.º e 3.º).

Compete ao governo resolver as duvidas que se suscitam sobre a inclusão dos depósitos de substancias mineraes em qualquer das quatro classes indicadas (cit. instruç. regulament., art. 6.º).

Destas disposições vê-se que so as substancias mineraes incluídas na primeira classe e que, pela sua especial importancia, ou

esta seja devida á sua relativa raridade, ou a necessidade dessas substancias, ou á difficuldade de as explorar, estão sujeitas ao regimen das minas para os effeitos dos artigos 465.º-467.º do código civil, e designadamente do decreto de 30 de setembro de 1892. Dos outros depositos de substancias mineiras apenas resultam para o proprietario do terreno restricções ao direito de fruição e de transformação, cuja determinação, na parte em que interessam ao direito civil, não tem o seu lugar adequado no titulo relativo á occupação.

Parece nos que, segundo a nossa legislação, os depositos que contêm as substancias mineiras incluídas na primeira classe não estão apropriados, e que o direito a esses depositos, que dá origem, mediante previa concessão do Estado, a uma propriedade immobiliaria especial, pertence ao seu descobridor.

O Dr. MANNOCO E Sousa diz a este respeito: «O systema da nossa legislação sobre a propriedade das minas e evidentemente o da propriedade do Estado, porquanto o Estado concede os direitos de descoberta e depois a propriedade das minas, e impõe certas restricções a esta propriedade, entre as quaes figura, como principal sem duvida, o imposto que o concessionario tem de pagar. Mas a nossa legislação procurou coordenar este systema com o da invenção, emquanto garante ao descobridor que satisfaça a certas condições a exploração da mina, não esquecendo inteiramente o systema da accessão, emquanto dá ao proprietario do solo uma percentagem no valor do minerio extrahido» (1).

O distincto professor, para sustentar que a propriedade das minas pertence ao Estado, baseia-se em que e elle que *concede*, que *dispõe* da mina em determinadas condições. Ora estes direitos do Estado não se filiam, em nossa opinião, no facto de elle ser considerado proprietario das minas

(1) *Sciencia economica Prelecções feitas ao curso do 2.º anno juridico do anno de 1901-1902*, pag. 836

Vejamos

Os bens que pertencem em propriedade ao Estado são os que, estando no gozo directo de todos os cidadãos, formam o dominio publico, e os patrimoniaes.

As minas não podem entrar, antes de serem descobertas, em nenhuma destas categorias.

O Dr. MANNOCO, que com razão rejeita a theoria do dominio eminentem, em virtude da qual o Estado, sendo senhor do territorio nacional, que os particulares possuíam por tacita concessão do soberano, tinha a propriedade das minas, theoria que, tendo a sua origem na fusão da soberania com a propriedade, desapareceu com a organização social em que se fundava, defende o systema do dominio publico, a que chama *systema da collectividade*, pelo qual ficam no dominio publico todas as partes do territorio nacional que não passam para a dominio dos particulares, por meio do trabalho.

Na nossa legislação, porém, a expressão *dominio publico* não tem esta significação.

Ao dominio publico pertencem as cousas que houverem sido *apropriadas* ou *produzidas* pelo Estado (art. 380.º), e este não se apropriou das minas. Não ha disposição alguma em que ellas sejam declaradas cousas publicas, e as cousas que por lei não sejam declaradas publicas ou communs, ou estão no patrimonio das pessoas juridicas e das pessoas physicas, ou são *nullius*.

E e a esta categoria que as substancias mineiras especificadas no artigo 2.º § unico do decreto de 30 de setembro de 1892 pertencem, como vamos vêr.

No artigo 2288.º declara-se que o direito de fruição do solo abrange o mesmo solo em toda a sua profundidade, salvas as disposições da lei em relação a minas.

Em virtude desta disposição, o direito de propriedade não abraça as minas, que, pelo código civil, podiam ser pesquisadas

e lavradas pelos possuidores dos predios, sendo tambem reconhecido o direito de pesquisa em predios rusticos alheios

O decreto de 30 de setembro, não dando ao proprietario o direito de lavar minas independentemente de autorização do governo, concede a qualquer individuo, portuguez ou estrangeiro, que haja descoberto um jazigo de substancias mineiras uteis comprehendido no artigo 2.º § unico do citado decreto e o tenha registado na respectiva camara municipal, fazer trabalhos de pesquisa (1) a) Em quaesquer terrenos, que nunca tenham tido cultura, quer pertençam ao Estado, quer ás municipalidades, quer a particulares; b) em terrenos cultivados, quando obtenha licença do respectivo proprietario e preste caução para a indemnização dos prejuizos que causar, nos termos dos artigos 17.º e 18.º do citado decreto e das instrucções regulamentares de 5 de julho, podendo ser supprida a denegação de licença, quando o proprietario seja um particular ou um municipio, excepto se os terrenos onde se descobrir o jazigo metallico forem jardins, hortas e quaesquer propriedades de regadio (decr. cit., art. 19.º)

São prohibidos os trabalhos de pesquisa, ou quaesquer outros trabalhos mineiros, a menor distancia de 30 metros de qualquer edificio, caminho de ferro, estrada, canal, ou fonte publica, e a menos de 1400 metros das esplanadas dos pontos fortificados, salvo se o governo, com relação ás propriedades do Estado e servidões publicas, e os particulares, relativamente as suas propriedades, consentir em na diminuição daquellas distancias

Pela prioridade do registo da descoberta do deposito metallico adquire-se o direito de preferencia a concessão mineira (instrucção regulament., art. 5.º), quando se façam as pesquisas dentro do

(1) São considerados trabalhos de pesquisa

1.º Galerias ate 25 metros de extensão,

2.º Poços ate 30 metros de profundidade,

3.º Sanjas ou cortaduras com 5 metros de profundidade,

4.º Furos de sonda ate 40 metros de profundidade

prazo improrogavel da validade do mesmo registo, que é de doze meses, podendo o interessado requerer que seja feito o reconhecimento do jazigo pelo ministerio das obras publicas, e, provada a sua existencia, que lhe seja concedido o diploma de descobridor.

Ora este diploma significa o reconhecimento de que o descobridor da mina e proprietario legal della, como expressamente se declara no artigo 33.º do decreto de 30 de setembro.

Vê-se portanto que o Estado, que não era proprietario da mina, antes de ser descoberta, tambem o não fica sendo depois.

O direito de propriedade pertence ao descobridor, o qual só o pode exercer nas condições que a lei estabelece

E assim que, para elle conservar o seu direito de propriedade, tem de requerer a concessão da mina dentro do prazo de seis meses desde que lhe seja passado o diploma de descobridor legal. Por essa concessão, o Estado não transfere para o descobridor da mina os direitos de propriedade. A concessão tem em vista verificar se o descobridor esta em condições de explorar a mina, os limites da exploração, precaver os direitos do proprietario do solo e de terceiros que podem ser prejudicados com a mina, assegurar que a sua lavra seja feita regularmente e de modo que não haja perigo para a segurança e salubridade das povoações e dos operarios, e ainda para as obras de defesa militar, para as estradas, canaes e caminhos de ferro

O direito á mina pertence ao descobridor emquanto não desistir delle, caso em que o governo lhe arbitrará um premio pela descoberta, o qual será comprehendido nos encaigos de futura concessão, que será dada em concurso publico a quem melhores condições offerecer (instr. regul. cit., art. 34.º e § unico); ou não deixe de cumprir alguma das clausulas em que a concessão e feita.

Parece-nos, em face das disposições referidas, que o nosso legislador seguiu o systema da invenção pelo que respeita a propriedade da mina

Era este o systema do codigo civil, que incluiu esta materia no

título em que tracta da occupação e não attribuiu ao proprietario do terreno nem ao Estado o direito de fruição das minas, e a legislação posterior não o alterou fundamentalmente.

Os impostos que o concessionario da mina e obrigado a pagar ao Estado não significam, do mesmo modo que a concessão, que elle se attribua o direito de propriedade sobre a mina. Esses impostos representam não so uma contribuição para as despezas do Estado, que recae sobre todas as fontes de riqueza, mas ainda uma compensação do trabalho de fiscalização sobre as minas.

Pelo que respeita a percentagem que os concessionarios da mina são obrigados a pagar ao proprietario do terreno sobre o valor do minerio extrahido, a qual sera igual á terça parte do imposto proporcional que fór liquidado para a fazenda publica (decr. de 30 de setembro, art. 56 °), representa uma conciliação dos direitos do proprietario com os do descobridor.

Essa percentagem não pode deixar de considerar se como uma compensação por não ser reconhecido o direito de propriedade em toda a profundidade do solo, visto que não representa a indemnização dos prejuizos causados ao proprietario do solo pela exploração da mina, porquanto o concessionario fica obrigado a indemnizar lo de todos esses prejuizos e a pagar renda pela superficie de terreno que occupar (decr. cit., art. 56 °).

Determinado o systema que o nosso legislador adoptou relativamente á propriedade das minas, que é o mesmo da lei franceza de 21 de abril de 1810, não o criticaremos neste logar. Mais tarde examinaremos em toda a sua amplitude a questão do direito de propriedade quanto ao sub-solo, quando, em face do artigo 2288 °, determinarmos a extensão do direito de propriedade (1).

(1) Veja se sobre os systemas acerca da propriedade e exploração das minas o Dr. MARNOCO e SOUSA, *ob. cit.*, pagg. 820 e segg.

No decreto de 28 de dezembro de 1890 declara se (art. 1 °) que o governo podera declarar captiva qualquer area de terreno em que se tenha reconhecido, ou em que fundadamente se presuma, a existencia de jazigos ou de

Pela descoberta e concessão das minas, ficam estas constituindo uma propriedade immobiliaria distincta do solo, havendo assum no mesmo terreno duas propriedades sobrepostas, o solo e a mina, e podendo cada uma dellas, em harmonia com as regras geraes sobre a propriedade immobiliaria, ser alienada, hypothecada, penhorada.

A propriedade das minas esta, por em, independentemente das disposições de caracter administrativo que regulam a sua concessão e exploração, sujeita a algumas disposições especiaes de caracter civil, e ha relações entre o proprietario do solo e o concessionario das minas, cuja determinação tambem pertence ao direito civil.

E assim que, attento o regimen da concessão a que as minas estão sujeitas, a propriedade duma mina e intransmissivel sem auctorização do governo (decr. de 30 de setembro, art. 42 °). No caso de contracto particular, essa auctorização deve ser previamente pedida pelo concessionario, no caso de morte deste, os seus herdeiros, devidamente habilitados, podem requerer a transmissão, no caso de venda judicial, ou qualquer outra forma de alienação forçada, a validade da transmissão depende de homologação.

nascentes de aguas mineraes, que possam ser objecto de concessão, não sendo applicavel a essa area o que se dispõe no decreto de 30 de setembro acerca de manifestos e pesquisa de minas. Neste decreto, em que se alterou, a nosso vêr illegalmente, alguns principios da nossa legislação relativamente a propriedade das minas, foram resalvados os direitos inherentes ao manifesto feito anteriormente a referida declaração.

O decreto de 29 de dezembro de 1898, em que se regulou a exploração mineira nas provincias ultramarinas, reconhece (art. 4.º) ao Estado a propriedade dos depositos de metaes e minerios metallicos, comprehendendo os de bismutho, arsenico e antimonio, de enxofre, de graphite, de combustiveis mineraes, exceptuando a taufa, de substancias bituminosas e oleos mineraes, de pedras preciosas, de materias salinas e de phosphorites, não podendo ser pesquisados nem lavrados sem licença e concessão do governo.

gação do governo (instrucç. regul. de 5 de julho de 1894, art. 43.º e §§ 1.º, 3.º e 4.º).

A propriedade da mina é indivisível, sem antecisação prévia, preceituando-se (decr. de 30 de setembro, art. 41.º) que o campo da concessão não poderá ser repartido em parcelas, nem alienar-se uma porção d'elle, salvo o caso em que, pelas circumstancias especiaes do jazigo, se venha a provar que pôde dividir-se em duas ou mais concessões distinctas.

O proprietario do solo conserva o direito de fruir todo o terreno comprehendido entre os depositos metallicos concedidos e a superficie, podendo ali effectuar os trabalhos que lhe aprouver, com a condição de não prejudicar as galerias da mina.

Esse proprietario é, porem, obrigado a consentir nos seus terrenos (decr. de 30 de setembro, art. 57.º).

1.º As expropriações que forem necessarias para a abertura de poços e galerias, estabelecimento de armazens, officinas, depositos, servidões, encanamentos de aguas e outras obras,

2.º A occupação de todo ou parte do terreno por tempo limitado

Os concessionarios serão obrigados a pagar previamente o valor das expropriações e a dar caução idonea a indemnização dos prejuizos que causarem durante a occupação temporaria do terreno (decr. cit., art. 57.º, § 1.º).

Se o concessionario e o proprietario do solo não vierem a accordo, seguir-se-hão os tramites marcados nas leis de expropriação por utilidade publica (decr. cit., art. 57.º, § 2.º)

C) *Das substancias animaes e vegetaes aquaticas, e das vegetaes terrestres* O codigo tracta, na secção 1.ª do capitulo que tem por epigraphie *Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados*, da occupação das substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas publicas ou nas communs, que vierem arroladas ás margens ou ás praias, e, na secção 4.ª

do mesmo capitulo, da occupação das substancias vegetaes aquaticas e terrestres

Tendo a 4.ª secção por epigraphie *Disposições geraes*, o artigo 429.º, em que se tracta da occupação das substancias animaes, está evidentemente deslocado, e, como no mesmo artigo se mandam applicar, como reguladores do direito de occupar essas substancias, os artigos 468.º e 469.º, tractaremos junctamente da occupação das substancias animaes e das végetaes, sob a designação de

1) *Substancias aquaticas* As substancias vegetaes de qualquer natureza, produzidas nas aguas publicas, ou se achem as dictas substancias no seio das aguas, ou venham arroladas ás margens ou praias, podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que dellas queira aproveitar se, salvo o disposto nos regulamentos administrativos (art. 468.º)

As substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas publicas, que vierem arroladas as margens ou as praias, tambem podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, na conformidade dos regulamentos administrativos (art. 429.º)

Como sabemos, tanto as aguas publicas, como os respectivos leitos e margens ou praias, são cousas publicas, de que todos podem usar directamente (art. 380.º), não sendo as disposições referidas mais do que uma applicação desses principios.

E não só se podem occupar as substancias vegetaes que existam no seio das aguas, ou sejam arroladas ás margens, como a arêa ou qualquer outra substancia, comtanto que se obsevem os regulamentos administrativos.

As substancias vegetaes, produzidas nas aguas communs, ou se achem no seio das dictas aguas ou venham arroladas ás suas margens, só podem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão da camara municipal, ou havendo antigo uso e costume em contrario (art. 469.º).

As substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas communs, que vierem arroladas as suas margens, tambem so

podem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão da camara municipal, ou havendo antigo uso e costume em contrario (art. 469 °)

Nestes artigos não se regula o direito de occupação, mas de fruição

O governo ou as camaras municipaes (cod. administ. , art. 50 °, n ° 1 °), conforme as cousas forem do dominio publico ou do dominio commum, farão os regulamentos necessarios para que o direito de occupação se exerça de modo que as dictas substancias aquaticas sejam devidamente aproveitadas, e não se prejudique a propagação e criação do peixe, ou qualquer outro interesse publico (art. 471 °)

As substancias aquaticas, vegetaes ou animaes, quer hajam sido produzidas nas aguas publicas, quer nas aguas communs, que forem arremessadas pelas aguas sobre qualquer predio particular, ficarão pertencendo ao dono do dicto predio (art. 470 °)

Dum modo mais geral se dispõe (art. 2291 °) que pertence aos donos dos predios confinantes com os rios, ribeiros ou quaesquer correntes de aguas, tudo o que por acção das aguas se lhes reunir, ou nelles fór depositado

Não se tracta, pois, do direito de occupação por parte dos proprietarios dos predios, mas do direito de accessão, cuja natureza e limites noutro logar estudaremos.

2) *Das substancias vegetaes terrestres* Os pastos, matos, lenhas e outras substancias vegetaes, produzidas no terreno do Estado, so podem ser occupados com permissão do governo, na forma dos regulamentos relativos a este assumpto (art. 472 °).

Os pastos, matos, lenhas e outras substancias vegetaes, produzidos nos baldios ou terrenos municipaes ou parochiaes, pertencem exclusivamente aos vizinhos dos respectivos concelhos ou parochias, mas só podem ser occupados em conformidade dos antigos usos e

costumes ou dos regulamentos que as camaras municipaes fizerem (art. 473. °).

Estando apropriadas tanto as cousas do dominio publico como as do dominio commum, e pertencendo o uso ou gozo dessas cousas a uma collectividade de pessoas, não se tracta propriamente neste caso do direito de occupação, mas do direito de fruição, o qual, pertencendo o gozo das cousas a uma collectividade de pessoas, deve ser convenientemente regulado pelas entidades a quem a administração dessas cousas pertence — o Estado, ou o municipio.

E assim que no codigo administrativo se preceitua (art. 50. °, n. °s 1. °-3. °) que compete a camara, como administradora e promotora dos interesses do municipio, deliberar sobre a administração, fruição e exploração dos bens, pastos, aguas e fructos do logradouro commum dos povos do municipio, ou pertencentes a moradores de mais de uma freguesia delle, sobre arroteamento e sementeira de terrenos municipaes incultos, e sobre plantações e corte de matas e arvoiedos municipaes

§ 132 — Da prescrição positiva

CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *ob. cit.*, notas aos artigos 517 °-534 °, PLANIOL, *ob. cit.*, tomo 4 °, pag. 481, MAZZONI, *Istituzioni*, tomo 3 °, pag. 192 ; PUGLIESE, *Trattato della prescrizione acquisitive nell' diritto civile italiano*

I — *Noção, fundamento e objecto da prescrição positiva.* *Prescrição positiva* ou *usucapião* é a aquisição pela posse, havendo decorrido o tempo fixado na lei e verificando-se as demais condições que esta exige, da propriedade ou dum direito real sobre as cousas.

Pela noção que damos de prescrição positiva, facil e distinguí-la da negativa, mediante a qual se extinguem obrigações. Assim, a

prescrição positiva só pôde verificar-se relativamente a cousas que, não estando de facto, no todo ou em parte, no patrimonio da pessoa a quem por direito pertencem, sejam objecto dum direito real, ao passo que a prescrição negativa se dá quando, havendo a obrigação de prestar uma cousa ou facto, a cousa que constitue objecto da prestação não está determinada, fazendo parte do patrimonio do devedor. Assim, se eu emprestar uma cousa que me deva ser restituída em especie e a pessoa a quem eu a emprestei a vender, continuo a ter o direito de propriedade sobre essa cousa, direito que se pôde extinguir quando o terceiro que a adquiriu a possuiu pelo tempo e nas condições determinadas na lei. Neste caso temos a prescrição positiva.

Se eu, pelo contrario, emprestar uma cousa que me deva ser restituída em genero, como não ha no patrimonio do devedor um objecto que represente o meu direito ou sobre o qual este recaia, o devedor, decorrido que seja o tempo fixado na lei, libertar-se-ha apenas do cumprimento da obrigação. E a prescrição negativa.

A diversidade de funcções que a prescrição positiva e a negativa exercem faz com que lhes sejam applicaveis normas muito diversas. Ha, tanto numa como noutra, a inacção da parte do proprietario ou do credor, mas na positiva ha um elemento especifico — a posse, doude resulta para o detentor duma cousa alheia o direito de propriedade ou um direito real sobre ella, e a extincção ou perda desses direitos para o seu anterior titular.

Tendo tractado ja da prescrição negativa, occupat-nos hemos agora da positiva, que representa um dos meios de adquirir a propriedade por facto proprio independentemente da cooperação doutrem.

Vejam, em primeiro lugar, qual o fundamento da prescrição positiva.

A prescrição positiva representa um meio absolutamente indispensavel para prova da propriedade. Se não fôra o instituto da

prescrição, que tem sido admittido por todas as legislações, a prova da propriedade seria realmente impossivel.

Se o actual proprietario podia provar que adquiriu a sua propriedade legitimamente por meio de compra, de doação, de successão legitima ou testamentaria, ou por qualquer outro titulo reconhecido por lei, como para elle só podiam ser transmitidos os direitos que tinha o alheador, necessario era indagar se este tambem havia adquirido legitimamente. E, remontando assim de possuidor para possuidor, bastava que apparecesse um que não houvesse adquirido a cousa legitimamente, ou que a não houvesse adquirido do seu verdadeiro dono, para que o seu possuidor actual fosse privado della.

A prescrição positiva resolve essa difficuldade, sendo indifferente, para que ao actual possuidor seja mantido o seu direito de propriedade, desde que haja estado na posse da cousa durante o tempo fixado na lei, isto e, numa situação de facto correspondente a de direito e em virtude da qual esta se presume que seja desconhecido ou se haja perdido o titulo por que elle adquiriu.

E esta a funcção social que a prescrição positiva desempenha, e, se e certo que por meio della um possuidor de ma fe pode privar um terceiro de cousas que legitimamente lhe pertenciam, não o é menos que raros serão os casos em que não haja grave negligencia da parte do proprietario que por esse meio é esbulhado, attentos os prazos e condições fixados na lei para que se verifique a prescrição. E, em todo o caso, as vantagens que da prescrição positiva resultam são tão importantes, que de modo algum pode argumentar-se contra esta instituição com um ou outro caso em que por ella seja feita a justiça ou a equidade.

Do conceito e fundamento da prescrição positiva resulta que, consolidando-se por meio della uma adquisição preexistente, a pessoa a favor de quem se opera fica tendo uma acção, como proprietaria que é, e ao mesmo tempo uma defêsa excepção, ao passo que a prescrição negativa apenas dá logar a esta; que na prescrição positiva e sempre necessaria a posse, e que os

seus efeitos não podem estender-se além dos limites da posse: *tantum praescriptum, quantum possessum*, emquanto que a prescrição negativa tem só como fundamento a negligencia ou inacção do credor.

Pela prescrição só podem adquirir-se cousas que estejam no commercio, e não sejam exceptuadas por lei (art. 506.º) Esta disposição respeita designadamente ás cousas que estão fóra do commercio por disposição da lei, como os bens do dominio publico e commum, os dotaes.

Os bens patrimoniaes do Estado, do municipio, da parochia ou de qualquer estabelecimento publico, ou pessoa moral, são, como os particulares, susceptíveis de prescrição (art. 516.º)

Nem todas as cousas que estão no commercio são susceptíveis de prescrição. E assim que não podem adquirir-se por prescrição as servidões descontinuas e as não apparentes (art. 2273.º).

Pela prescrição só podem adquirir-se cousas corporeas e os direitos reaes de fruição ou de gozo e de propriedade. Os direitos ou onus reaes que têm por fim a garantia de creditos não podem, do mesmo modo que estes, adquirir-se por esse meio.

Para que se veja que os direitos de obrigação não podem adquirir-se por prescrição, basta attender a que esses direitos hão de ter a sua origem num facto juridico licito ou illicito, cuja falta não pode ser supprida pelo decurso do tempo, e a que, resolvendo-se esses direitos no exercicio de poderes que respeitam, não a uma cousa determinada, sobre a qual haja o direito de detenção ou fruição, mas á vontade, a liberdade ou ao patrimonio doutra pessoa, elles não são susceptíveis de posse.

As proprias obrigações que consistam no pagamento duma prestação periodica não se podem adquirir pela prescrição, quando não correspondam a um direito de dominio. O nosso código só admite prescrição positiva, e portanto acquisitiva, relativamente a cousas immoveis e direitos immobiliaes e a cousas moveis

(art. 526.º e 532.º), e pela prescrição negativa extinguem-se obrigações, não se adquirem direitos.

II — *Pessoas a favor de quem e contra quem se pôde dar a prescrição.* No artigo 507.º e § unico preceitua-se que a prescrição positiva aproveita a todos os que podem adquirir, excepto aos incapazes, os quaes só podem adquirir pelas pessoas que legalmente os representam.

Em que sentido é tomada a palavra *incapaz* nesta disposição? Comprehendera todos aquelles que não podem reger a sua pessoa e administrar os seus bens?

Confrontando-se esta disposição com a consignada no artigo 480.º, parece-nos que outra e a significação que se lhe deve dar.

Por este artigo são capazes de adquirir posse todos os que têm uso de razão, e portanto as pessoas que sejam susceptíveis de discernimento podem, embora sejam incapazes, adquirir por esse meio. Ora se as pessoas que são susceptíveis de discernimento podem adquirir posse, não são para esse effeito incapazes de adquirir e não o devem ser consequentemente para o da prescrição, não estando assim comprehendidas nos incapazes a que se refere o artigo 507.º e § unico.

A lei exige, para a prescrição, a posse com um certo conjuncto de condições. As pessoas, que sejam susceptíveis dessa posse, devem adquirir pela prescrição, pois não é admissivel que, dada a causa, se não produza o effeito. Nem ha motivo algum para que se deciete para os incapazes, que sempre merecetam do legislador especial contemplação, a inibição de adquirirem pela prescrição, nos casos em que se lhes reconhece o direito de adquirirem posse, e de terem portanto posse util para a prescrição.

O unico motivo por que se faz distincção entre pessoas capazes e incapazes, pelo que respeita á prescrição positiva, distincção que se não admite para a prescrição negativa, é o facto de haver pessoas que não podem adquirir posse. Só os incapazes de adquirir esta e que não podem portanto adquirir pela prescrição

positiva. E como, tendo os incapazes uso de razão são susceptíveis de boa e de má fé, ficam em matéria de posse, e consequentemente de prescrição, nas mesmas condições que as pessoas que tenham capacidade legal.

Parece-nos ser esta a doutrina que resulta da combinação dos artigos 480.º e 307.º (1)

Como pela posse ou direito de propriedade sobre uma coisa indivisa se estabelece entre os compossuidores ou comproprietários um estado de comunhão, em virtude do qual cada um delles participa das vantagens em proporção da sua quota parte na coisa indivisa, segue-se que a prescrição adquirida por um compossuidor, com relação ao objecto principal da posse e aos actos extensivos desta, aproveita aos outros (art. 511.º), e da mesma forma aproveita aos outros a prescrição adquirida por um comproprietário, com relação aos actos extensivos da propriedade (art. 512.º). Por «actos extensivos da propriedade» designam-se as servidões e quaesquer outros objectos accessorios (2)

(1) Confi o que diz o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, *ubi cit.*, 2.ª edic., tomo 1.º, pagg. 333 e 334.

(2) No projecto primitivo estabelecia-se (art. 601.º) «A prescrição adquirida por um comproprietário, ou communeiro, aproveita aos outros».

Approvando a Comissão revisora este artigo, salva a redacção, o Visconde de SERRA apresentou a seguinte substituição: «A prescrição adquirida por um comproprietário, compossuidor ou condevedor solidario aproveita aos outros».

Votando-se por quesitos se devia admitir-se esta substituição, a Comissão resolveu, quanto ao comproprietário, affirmativamente, quanto ao compossuidor, negativamente.

Propondo-se e resolvendo-se que a regra formulada fosse desenvolvida em algumas regras particulares, foi approvado que esse desenvolvimento versasse 1.º sobre a aquisição da prescrição com relação ao objecto principal da compropriedade ou da comosse, 2.º sobre a aquisição da prescrição de servidões ou de outros objectos accessorios (Vejam-se as *Actas*, pagg. 111-113).

III — *Condições que deve ter a posse para prescrição* — Só a posse em nome proprio ou *animo domini* conduz a aquisição da propriedade pela prescrição. Como já vimos, quem possui em nome doutrém, seja qual fôr o tempo da posse, não pôde adquirir por prescrição a coisa possuída, salvo quando se inverta o titulo da posse.

Alguns juristas consultos têm notado que a disposição, em virtude da qual nunca se pode dar a prescrição a favor do possuidor precario, contraria o fundamento juridico da prescrição, obstando a que seja devidamente garantido o direito de propriedade, e que, sendo prescriptivel a obrigação em virtude da qual o possuidor precario e obrigado a restituir a coisa, quando essa obrigação se extingue, o que, em harmonia com a regra estabelecida para a prescrição negativa, se dá no prazo de trinta ou de vinte annos, devia considerai-se extincto o titulo precario e começar a correr a prescrição a favor do possuidor.

Esta doutrina, que nos parece fundamentada, ainda não foi, que saibamos, sancionada por legislador algum.

A disposição que prohibe o possuidor precario de adquirir pela prescrição e que, como já sabemos, comprehende todos os seus successores a titulo universal, os quaes, embora succedam na coisa como se fôra do auctor da herança, não têm na successão, mesmo que a partilha seja julgada por sentença, justo titulo, continuando a possuir pelo mesmo titulo que o auctor da herança (art. 481.º, § 2.º, 483.º e 510.º), disposição que costuma exprimir-se pelas palavras — ninguém prescreve contra o proprio titulo, e so applicavel a prescrição positiva e não a negativa. E assim que os possuidores precarios podem, por meio da prescrição negativa, libertar-se das obrigações que resultam do seu titulo, parcial ou totalmente. O usufructuario que, terminado o usufructo, continue na posse da coisa, não seia obrigado a indemnizar o proprietario das perdas e danos que por esse facto haja soffrido, se já houver decorrido o prazo de trinta annos; o arrendatario, o

emphyteuta, não serão obrigados ao pagamento das rendas ou dos foros que já hajam prescripto.

Qualquer posse em nome proprio conduzirá á prescripção?

Tem-se suscitado duvidas a este respeito.

No codigo declara-se (art. 517.º), relativamente a prescripção das cousas immobiliares, que a posse para o effeito da prescripção deve ser *titulada, de boa fé, pacifica, continua e publica*, e que a disposição desse artigo não tem excepção que não seja expressa na lei, e no artigo 532.º, relativamente á prescripção das cousas moveis, que a posse deve ser *continua, pacifica* e acompanhada de *justo titulo e boa fé*.

Ora examinando-se as diversas disposições do codigo em que se estabelecem os prazos para a prescripção dos bens immobiliares e dos moveis, vê-se que a falta de titulo e de boa fé apenas influem na duração desses prazos, não obstando dum modo absoluto á prescripção.

Pelo que respeita ao vicio da descontinuidade, o qual se dá pela interrupção da prescripção na conformidade do artigo 552.º e seguintes (art. 522.º), já sabemos que, interrompida a prescripção, ou se perde a posse (art. 482.º, n.º 4.º), ou se annulla o tempo decorrido antes de terminar prazo da prescripção (art. 559.º), e portanto esta não pôde effectuar-se em qualquer das hypotheses.

Quanto ao vicio da clandestinidade, ja dissemos que, pela posse que não haja sido exercida de modo que possa ser conhecida dos interessados, nunca se estabelece a presumpção de propriedade, e que a posse clandestina não produz portanto effeitos alguns dos que são attribuidos á posse

Qualquer dos vicios referidos obsta, portanto, dum modo absoluto á prescripção

Estará nas mesmas condições a posse violenta?

Um exame superficial das disposições do codigo tem levado alguns juriconsultos a pronunciar-se pela affirmativa. Basêam-se em que o legislador exige, para o effeito da prescripção, que a posse

seja pacifica (art. 517.º), e em que não ha artigo algum em que se faça excepção a esse respeito, ou, por outras palavras, em que se prescinda desse requisito para a prescripção

Esta doutrina é inaceitavel.

O nosso legislador considera posse pacifica a que se adquire sem violencia (art. 521.º), não declarando expressamente, como alias se declara no codigo civil francez (art. 2233.º), que a posse util começa desde que cessou a violencia. Vê-se, porém, de differentes disposições, que admitiu a mesma doutrina

É assim que se declara (art. 487.º) que o possuidor que haja sido esbulhado violentamente só tem direito a ser restituído por meio possessorio, se o requerer dentro do prazo dum anno. Decorrido este prazo, o possuidor violento tem de ser convencido em juizo petitorio, donde se conclue que, apesar de a posse haver sido adquirida por meio de violencia, ha a favor do possuidor a presumpção de propriedade

E o legislador admite ate que o possuidor violento tenha posse de boa fé, como se vê do disposto no § 5.º do artigo 495.º.

Por este §, o esbulhador violento sempre se presume de má fé. Tracta-se duma simples presumpção legal que admite prova em contrario, podendo assim o possuidor violento demonstrar que julgava ser proprietario da cousa e tendo nesse caso os direitos de possuidor de boa fé

Sendo assim, e admitindo o nosso legislador, como veremos, a prescripção a favor do possuidor que haja conscientemente usurpado uma cousa alheia, haveria uma verdadeira incoherencia, se não podesse dar-se a prescripção no caso de posse adquirida por meio de violencia, quando se attenda sobretudo a que o esbulhador violento pôde estar convicto de que a cousa lho pertence.

Por outro lado, no artigo 524.º declara-se que a mera posse só pôde ser registada a vista de sentença passada em julgado, donde conste que o possuidor tem possuido pacifica, publica e continuamente por tempo de cinco annos. Para o registo da mera posse não se attende, pois, ao titulo de acquisição, mas ao facto de se

haver possuído pacificamente durante cinco annos, e, effectuado esse registo, a prescripção da-se no prazo de cinco annos (art 526.º)

Em vista das considerações expostas, parece nos que não se exige, como requisito para a prescripção, que a posse não haja sido adquirida por meio de violencia, sendo apenas considerado como possuidor de má fe, ate prova em contrario, quem haja adquirido posse por esse meio.

E se no codigo se estabelecesse doutrina contraria, annullar-se-hia em grande parte o fim social que o legislador se propôs conseguir por meio da prescripção positiva

Para concluirmos a materia relativa as condições que se tornam necessarias para que se dê a prescripção, examinemos ja a questão se pôde ser invocada em juizo, para prova da propriedade, posse de bens immobiliares que não esteja registada

No artigo 952.º preceitua-se que a posse não pôde ser invocada em juizo, para prova da propriedade, enquanto se não mostrar que está registada. A nossa jurisprudencia, vendo flagrante contradicção entre este artigo e os artigos 526.º-529.º, nos quaes se admite a prescripção independentemente de registo, procurou concilia-los, sendo doutrina dominante nos tribunaes a que restringia o artigo 952.º, applicando o somente a prescripção nos casos dos artigos 524.º e 525.º, ou a mera posse. E a proposta de 7 de fevereiro de 1903, seguindo essa orientação, interpretava assim esse artigo «A mera posse não pôde ser invocada em juizo...», substituindo a Commissão de legislação civil a palavra *mera* por *nos termos do artigo 524.º*

A *Revista de legislação e de jurisprudencia*, criticando essa interpretação, nota, que o artigo 952.º «não se refere á *mera posse*, mas á posse que se invoque para *prova da propriedade*», que «manda contar, para esse effeito, o começo da posse em harmonia com as regras geraes e portanto com o preceituado nos artigos 526.º a 529.º», e que, «pelo disposto no § unico do artigo

referido, tractando-se de mera posse ou das acções possessórias, não e necessario o registo».

Interpretando-se, pois, o artigo 952.º no sentido de não comprehender a posse, quando haja decorrido o tempo necessario para a prescripção, o que alias esta em harmonia com o que resolveu a Commissão revisora em sessão de 28 de janeiro de 1861, a contradicção entre o artigo 952.º e os artigos 526.º-529.º seria incontestavel, e a proposta de 7 de fevereiro não a faria desaparecer.

A *Revista* citada demonstrou que não existe tal contradicção, sendo o artigo 952.º applicavel a posse que se invoque como prova da propriedade, não entre as partes, mas relativamente a terceiros, como resulta dum modo iniludivel dos artigos 949.º n.º 5.º e 951.º, e esta expressamente consignado no regulamento do registo predial de 20 de fevereiro de 1898, em que se declara (art 163.º e n.º 3.º) que nenhum acto sujeito a registo produz effeito contra terceiros, senão depois da data do respectivo registo, exceptuando a posse, nos casos em que o codigo civil dispensar o respectivo registo

«O possuidor, diz a *Revista*, pôde portanto, numa acção de reivindicção intentada pelo proprietario, contra o qual se deu a prescripção, ou pelos seus herdeiros e representantes, invocar a posse independentemente de registo nos termos dos artigos 528.º e 529.º. Não o podera, porem, fazer contra um terceiro a quem o proprietario, contra o qual se deu a prescripção, haja vendido a propriedade. Neste caso, em virtude de não haver cumprido a obrigação de registar a meia posse, soffre a pena de não se admitir em juizo a invocação da posse para prova da propriedade» (1)

Assim, se eu possuir um predio que não pertencia ao alheador e tiver ja decorrido o prazo da prescripção desde que o adquiri mas não desde o dia em que o verdadeiro proprietario o vendeu ou

(1) Veja-se o vol 35.º, pag 334.

doou a um terceiro, não posso invocar a minha posse contra este, se não houver effectuado o registo do titulo de aquisição anteriormente ao d'elle, e so me será facultado invocar a posse sem registo no caso de tambem haver decorrido contra o comprador ou donatario o prazo da prescripção

Esta doutrina e a que se nos afigura verdadeira, podendo considerar-se ate a disposição consignada no artigo 952.º um consertario do preceito exarado no artigo 949.º n.º 3.º, pelo qual, apesar de o facto da posse ter por sua propria natureza a devida publicidade, esta sujeito a registo

Para que se dê, portanto, a prescripção relativamente a bens immobiliarios que estejam sujeitos a registo, não é necessario, entre as proprias partes, ou relativamente ao proprietario contra o qual se deu a prescripção, que a posse haja sido registada (1)

O facto, porem, de a posse haver sido registada não é indifferente para o effecto da prescripção, produzindo o mesmo resultado que a existencia do titulo e de boa fé encerrar o prazo da prescripção.

Directamente relacionada com a questão que acabamos de tractar esta a seguinte: sera admissivel a prescripção contra titulo inscripto no registo?

Parece-nos que não pode haver hesitações a este respeito.

O registo produz apenas presumpção de propriedade, contra a qual é admitida qualquer prova, porque o registo não cria direitos, apenas os conserva, e o artigo 159.º do regulamento do registo predial, quando declara que, subsistindo uma inscripção, definitiva ou provisoria, a favor de uma pessoa, não sera sem sua intervenção, ou de seu legitimo successor, admitida nova inscripção, relativa ao mesmo direito ou que por qualquer forma o possa

(1) Veja-se o que diz a este respeito o CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, na *obit.*, tomo 1.º, pagg 370-372

affectar, de modo algum invalida a prescripção, sendo que, julgada esta por sentença, a pessoa a favor de quem se deu a prescripção tem o direito de requerer o cancellamento do registo (art. 994.º).

IV—*Posse titulada e de boa fé* Vejamos em que consiste a posse titulada e de boa fé, elementos que, como já notamos, têm como effecto encurtar os prazos da prescripção.

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

Quando tractamos da posse, definimos o que para esse effecto se entendia pela palavra *titulo*—o acto juridico translativo da propriedade, ou a causa geradora deste direito, e dissemos que, embora o possuidor adquirisse por um titulo translativo da propriedade, podia esse titulo, em virtude de vicios substanciaes ou de forma, não produzir esse effecto

O vicio mais frequente é o de o auctor do titulo não ser o proprietario do direito que transfere. Neste caso, se o titulo satisfaz, considerado de per si, a todas as condições e formalidades exigidas por lei para que d'elle resulte a transferencia da propriedade, ha o que se chama *justo titulo*.

Para que a posse se considere titulada para o effecto da prescripção, e necessario, pois, que o titulo não seja nullo por falta de formalidades, que não seja inexistente ou nullo de um modo absoluto, ou que não haja prohibição absoluta da lei, em virtude da qual se não possa adquirir nas condições constantes do titulo

Necessario e, portanto, distinguir entre o titulo que se exige para a posse de boa fé e o que se requer para a prescripção, e tanto que pôde haver, relativamente a esta, justo titulo e ma fé, e boa fé sem justo titulo. Assim, o que obtiver uma propriedade immovel por uma escriptura em que intervenha como testemunha um menor, desconhecendo que o e, sera um possuidor de boa fé, porque desconhecia o vicio do titulo, e não tera posse titulada para o effecto da prescripção, porque por esse titulo, que e nullo,

não podia dar-se a transferencia do direito, ou, por outras palavras, não é titulo idoneo para adquirir.

Do mesmo modo, se eu fôr instituido herdeiro ou legatario por morte doutro herdeiro ou legatario e não estiver nas condições em que as substituições fideicommissarias são permitidas, não terei justo titulo, porque a lei não considera legitimo esse modo de adquirir.

Quando o titulo não seja considerado legitimo dum modo absoluto mas relativo, isto e, quando elle seja annullavel, como no caso em que um incapaz faça um contracto de venda, em que o marido realize, sem consentimento da mulher, um acto para que se torna necessaria a outorga della, ou em que se use de coacção ou de violencia, o titulo não deira de se considerar justo para o effeito da prescripção, se, considerado de per si, satisfizer a todas as condições exigidas por lei para que produza a consequencia juridica que se teve em vista.

A incapacidade do alheador ou auctor do titulo e os vicios de consentimento produzem uma acção diversa da que resulta da falta de propriedade no transferente. A incapacidade e o vicio de consentimento tornam o acto rescindivel, se os incapazes e os enganados ou coagidos propozerem a competente acção dentro do prazo fixado na lei, do facto de o auctor do titulo não ter o direito de propriedade, resulta para o verdadeiro proprietario o direito de intentar a acção de reivindicção. Se portanto se der a prescripção, no caso de nullidade em virtude de incapacidade, antes de decorrer o prazo dentro do qual se pode propôr a acção de rescisão, esta acção poderá ser proposta, embora haja decorrido o prazo fixado para a prescripção com justo titulo, e, por outro lado, o proprietario, no caso de a sua propriedade haver sido vendida por um menor, não poderia valer-se da incapacidade deste para annullar a venda.

Se o justo titulo fôr acompanhado duma condição resolutiva, produz effeito em relação a prescripção, enquanto a condição estiver pen-

dente, effeito que se tornará definitivo, se ella se realizar. Quando a condição se não realize, o titulo devará de produzir effeito, não se dando a prescripção (1).

Os successores a titulo universal que, como já vimos, continuam na posse do auctor da herança, não têm, na successão legitima ou testamentaria, justo titulo. O titulo delles e aquelle com que a posse lhes foi transmitida. O herdeiro possui a titulo de comprador, de donatario, conforme o modo por que o auctor da herança adquiriu.

Numa sentença ou escriptura de partilhas ou de divisão de coisa commum entre os comproprietarios ou compossuidores tambem não ha justo titulo. Os comproprietarios apenas saem, por qualquer desses meios, da indivisão, o titulo de propriedade está num acto realizado por elles, ou pela pessoa da qual foi am herdeiros, anterior á partilha ou a divisão.

A pessoa que não seja comproprietario por titulo anterior e a quem, numa sentença de partilha ou numa escriptura de divisão de coisa commum se reconheça esse direito, terá na sentença ou escriptura de partilha justo titulo para a prescripção.

Para o effeito da prescripção, e necessario que o titulo exista realmente, pois que não é exigido para prova ou justificação da boa fé, representando um elemento distincto desta. Não se admite portanto, em materia de prescripção, o titulo putativo. Assim, se um

(1) PLANOL apresenta a especie seguinte, em que a jurisprudencia franceza fez applicação do principio enunciado: um pae faz doação a um filho dum immovel de que não é proprietario e que so podia prescrever no prazo de trinta annos, o filho possui-o durante dez annos e da-se a favor delle a prescripção. Morre o pae, e o filho tem de entrar com os bens doados para o monte da herança, por excederem a quota disponivel. A doação annulla-se, e o verdadeiro proprietario, se ainda não houver decorrido o prazo de trinta annos, pode reivindicar o immovel.

individuo estiver possuindo em virtude dum testamento que o testador houvesse revogado, não tera posse titulada.

Na prescrição das cousas immoveis e dos direitos immobiliaes, o titulo não se presume: a sua existencia deve ser provada por aquelle que o invocou (art 519 °). Na prescrição das cousas moveis, o justo titulo sempre se presume (art. 532. °)

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA, commentando a disposição consignada no artigo 519 °, diz «O titulo, como e *facto*, e os factos não se presumem, carece de ser allegado e provado, salvo nos bens moveis, art. 532 °, em que a posse vale titulo».

Esta affirmação e exacta. Se a posse, relativamente aos moveis, valesse titulo, o possuidor adquiria só pela posse a propriedade dos moveis, não se tornando para isso necessaria a prescrição. E esta a doutrina seguida na jurisprudencia franceza, em cujo codigo (art 2279 °, al 1.ª) se encontra formulada a regra: «En fait de meubles possession vaut titre», não se admitindo em França a prescrição em materia de moveis, senão para os adquirentes de ma fé dum movel que haja sido confiado a um terceiro e do qual este disponha, e quando o movel seja perdido ou furtado.

No nosso codigo não esta, porem, formulado o principio de que em materia de moveis a posse vale titulo, declarando-se apenas que se presume o justo titulo, e não só essa presumpção admittit prova em contrario, mas, emboia haja justo titulo, como por este não se transfere a propriedade da cousa, o proprietario pode reivindicá-la, emquanto não houver decorrido o prazo da prescrição.

Para se vér a razão da differença que o codigo estabelece, quanto á presumpção do justo titulo, entre as cousas immobiliaes e as moveis, basta attender as formalidades que a lei exige para a transferencia dos bens immobiliaes e dos mobiliaes. Naquelles exige-se o documento escripto, ao passo que nestes o consentimento pode, em regra, manifestar-se por qualquer forma, e em

multos casos nem sequer prova testemunhal ha do contracto por que se adquiriu, alias legitimamente, a propriedade dos moveis

Posse de boa fe. A boa fé, em materia de prescrição, é tomada numa accepção mais restricta do que em materia de posse, não consistindo no facto de o adquirente desconhecer qualquer vicio do titulo, mas em ter a consciencia de que adquiriu do verdadeiro proprietario.

Se o adquirente conhecer outros vicios que haja no titulo de aquisição, como, por exemplo, que o alheador era incapaz, ou que era casado e não podia dispôr dos bens cuja propriedade transferiu sem consentimento do outro conjuge, não pôde considerar-se de ma fé relativamente a aquisição pela prescrição, pois que, quanto a esta, só o proprietario e que, emquanto não decorrer o prazo para ella fixado, pôde usar da acção de reivindicção.

O vicio da incapacidade dá ao incapaz ou aos seus representantes o direito de pedir a annullação do contracto, e da falta de consentimento dos conjuges resulta, para o que o não prestou ou para os seus herdeiros, o direito de rescindir o contracto, acções que estão sujeitas a uma prescrição especial e são distinctas da acção de reivindicção.

Donde se segue que, se o menor ou o marido houverem alienado um immovel, e contra o adquirente, que sabia que elles não podiam dispôr desse immovel, mas que julgava que eram proprietarios delle, fór proposta uma acção pelo verdadeiro proprietario, este não poderá invocar a nullidade do contracto proveniente da incapacidade ou da falta de consentimento, mas a que resulta da venda de cousa alheia, e a este respeito o adquirente deverá ser julgado possuidor de boa fe.

A boa fé, relativamente a prescrição, so é necessaria no momento da aquisição (art 520 °) e sempre se presume (artt 478. ° e 532. ° § unico), salvo nos casos em que a lei expressamente não admittir

tal presumpção, como se verifica no caso da posse adquirida violentamente, em que o esbulhador sempre se presume de má fé (art. 478.º e 495.º, § 5.º)

A existência da má fé pôde provar-se por qualquer dos meios que a lei admite.

IV — *Tempo em que prescrevem os bens immobiliarios* Os prazos fixados no código para a prescrição dos immoveis e dos direitos immobiliarios são de cinco, dez, quinze, vinte e trinta annos, conforme as condições em que a posse é exercida

Vamos determinar estas condições, notando que em todos os prazos se presuppõe que a posse tem sido exercida em nome proprio, que não tem sido interrompida, nem exercida clandestinamente, pois que, verificando-se qualquer desses factos, a posse não conduz á prescrição, e que para a prescrição de trinta annos são estas as unicas condições que se exigem.

a) *Prescrição de cinco annos.* No caso de registo de mera posse, os immoveis e os direitos immobiliarios podem ser prescriptos por cinco annos, contados desde a data do registo, se houver boa fé e justo titulo (art. 526.º, n.º 1.º, e 527.º)

A mera posse só pode ser registada á vista de sentença passada em julgado, com audiencia do ministerio publico e dos interessados incertos citados por editos, donde conste que o possuidor tem possuido pacifica, publica e continuamente por tempo de cinco annos (art. 524.º). Estes cinco annos devem ser os ultimos relativamente ao tempo em que se requer a justificação da mera posse, por isso que, se o não forem, pode a prescrição haver-se interrompido (1)

Se, embora não haja opposição, o requerente não provar que

(1) Veja-se o accordão da Relação de Lisboa, de 40 de junho de 1874, na *Gazeta da associação dos advogados de Lisboa*, 1.º anno, pag. 650 e 662

tem possuido publica, pacifica e continuamente, não poderá ser julgada a justificação (1).

O registo da mera posse pode ser feito provisoriamente, quando for requerida a justificação, sendo convertido em definitivo pelo averbamento da sentença, cujos effectos se retrotraheão á data do registo provisório (art. 525.º)

b) *Prescrição de dez annos* Havendo registo do titulo de aquisição, boa fé e justo titulo, os immoveis e os direitos immobiliarios podem ser prescriptos por tempo de dez annos, contados desde a data do registo (art. 526.º n.º 2.º e 527.º)

c) *Prescrição de quinze annos* Se houver registo de mera posse, e ma fe ou falta de titulo, a prescrição verificar se ha no prazo de quinze annos contados desde a data da registo (art. 527.º), e no mesmo prazo prescrevem os immoveis ou direitos immobiliarios quando haja boa fe e justo titulo, mas falte o registo da posse ou do titulo de aquisição (art. 528.º) Se o titulo for autentico, o prazo conta se da data delle, e, se for particular, desde que se considere datado relativamente a terceiros

d) *Prescrição de vinte annos* Quando haja o registo do titulo de aquisição, mas não haja boa fe ou justo titulo, os immoveis e direitos immobiliarios so prescrevem no prazo de vinte annos, contados desde a data do registo (art. 527.º)

Como se vê, a lei admite posse não titulada em que haja sido registado o titulo de aquisição, o que so poderá parecer contradictorio a quem não attenda a que pode ter sido registado um titulo que não reuna as condições exigidas por lei, como uma escriptura que haja sido lavrada por notario incompetente, ou em que intervenha uma testemunha que não seja idonea, ou um titulo que já não tenha valor juridico, como um testamento que haja sido revogado pelo testador. Em qualquer destes casos, apesar de se ter

(1) Accordão da Relação de Lisboa, de 15 de novembro de 1893, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, 7.º anno, pag. 362

effectuado o registo do titulo, a posse não é titulada, porque o titulo ou não tem as formalidades necessarias para produzir effectos juridicos, ou e putativo. Em todo o caso a lei, attendendo á publicidade da posse pelo registo, encurta, apesar della não ser titulada, o prazo para a prescripção.

e) *Prescripção de trinta annos* Quando a posse dos immoveis ou direitos immobiliarios tiver durado pelo tempo de trinta annos, dar-se-lia a prescripção, sem que possa allegar-se a má fé ou a falta de titulo (art. 529 °).

Os prazos que se acham fixados nas disposições referidas em relação a prescripção dos direitos immobiliarios, só podem ter excepção nos casos em que a lei expressamente o declarar (art. 530.º)

Os direitos que, por sua natureza, se exercem raramente, podem ser prescriptos pela forma e no prazo designados para a prescripção, provando-se que durante esse tempo foram exercidos sem opposição todas as vezes que foi necessario para o gozo normal e completo daquillo para que, conforme a sua natureza ou indole, a cousa prestava (art. 531 °)

O CONSELHEIRO DIAS FERREIRA diz, referindo-se aos direitos immobiliarios, o seguinte. «Prescrevem no tempo marcado nos artigos 526.º a 529 ° os bens e direitos immobiliarios, como o usufructo artigo 2244 ° n.º 4 °, os prazos artigo 4686 °, o direito de petição de herança artigo 2047.º, e as proprias servidões artigo 2279º n.º 2 °, que não estão subordinadas ao artigo 535.º, ja porque são direitos immobiliarios, ja porque consistem em *soffier* ou *não fazer*, e o artigo 535 ° refere-se as obrigações de *prestar* ou *fazer*».

Esta doutrina não e completamente verdadeira, porque nem todos os direitos reaes podem ser objecto de prescripção positiva. Assim, não podem adquirir-se pela prescripção as servidões descontinuas apparentes ou não apparentes (art. 2273.º), e tambem

não podem adquirir-se por esse meio os direitos reaes de garantia, que só podem ser objecto da prescripção negativa

Aos direitos reaes que podem ser adquiridos por prescripção, como é o direito de usufructo, o de uso e habitação, as servidões continuas apparentes, applicam-se os artigos 526.º-529 °, quando esses direitos sejam exercidos por terceiro. E assim que, adquirindo-se o usufructo de quem não é usufructuario, registando o adquirente o titulo de adquisição e estando de boa fe, se dara a prescripção de dez annos.

Quando os direitos reaes não sejam exercidos por terceiros, não houvera propriamente uma prescripção acquisitiva, mas a extinctiva em beneficio do proprietario do predio, como succede relativamente as servidões, que se perdem só pelo facto do seu não uso pelo tempo necessario para haver a prescripção, independentemente da posse dessas servidões por terceiro ou pelo proprietario do predio. Esta prescripção tambem não pôde rigorosamente dizer-se que seja negativa, porque por ella não se extingue uma obrigação, mas um direito real sobre o predio, ficando o proprietario deste desonerado desse onus.

Os direitos reaes *in re aliena*, exercendo-se sobre um predio, limitam o direito de propriedade sobre elle, devendo em virtude da existencia desses direitos o proprietario abster-se de certos actos.

E este o motivo por que se exige o exercicio desses direitos, como se foram direitos de credito, para que se não extingam pela prescripção

V—*Tempo em que prescrevem os bens moveis* As cousas moveis podem ser prescriptas pela posse de tres, seis, ou dez annos, conforme as condições da mesma posse

Prescrevem pela posse de tres annos as cousas moveis quando haja justo titulo e boa fé (art. 532.º), mas, se a cousa movel fór perdida por seu dono, ou obtida por algum crime ou delicto, e passar a terceiro de boa fé, só prescreve a favor deste passados seis annos (art. 533 °).

Não havendo boa fe e justo titulo, a prescrição das cousas moveis só se da pela posse de dez annos (art 532 °)

Vimos, quando tractamos da occupação das cousas perdidas, que ha juriconsultos que sustentam que nunca se da a prescrição a favor do achador, que não cumprir as obrigações que lhe são impostas por lei, ou de quem furtar uma cousa movel, baseando uns essa doutrina no artigo 533 ° e outros em que essa posse não pôde considerar-se pacifica

Declarando se no artigo 532 ° que a prescrição das cousas moveis se da no prazo de dez annos independentemente de justo titulo e boa fe, parece-nos que o proprietario não pode, decorrido que seja esse prazo, provar que o possuidor não adquiriu por meio legitimo, e que se da portanto a prescrição a favor do achador ou de quem haja furtado a cousa. A disposição consignada no artigo 533 ° não estabelece excepção alguma a esse respeito, duplicando apenas o prazo da prescrição, quando a cousa haja sido adquirida por terceiro de quem a tenha achado ou furtado

E, quando fosse aceitavel a doutrina de que a posse violenta nunca conduz a prescrição, não se poderia de modo algum applicar essa doutrina as cousas achadas ou furtadas, pois que não ha violencia physica nem moral em qualquer desses meios de aquisição. A violencia caracteriza o roubo e não o furto (cod. pen., art 422 °, 423 ° e 432 °).

O que exige a cousa, no prazo em que o pôde fazer, isto e, enquanto não houver decorrido o prazo da prescrição, daquello que a comprou em mercado ou praça publica, ou a mercador que negocia em cousas do mesmo genero ou semelhantes, e obrigado a pagá-la ao terceiro de boa fe pelo preço que este houver dado por ella, salvo o regresso contra o auctor do furto ou da violencia, ou contra o achador (art 534 °)

Dando ao possuidor de boa fé, que comprou a cousa em mercado ou praça publica, ou a mercador que negocia em cousas do mesmo genero ou semelhantes, o direito de exigir do proprietario

o preço que haja pago por ella, o legislador não attendeu só ao facto da boa fe, mas, e principalmente, aos interesses e necessidades do commercio, sendo que, se estabelecesse doutrina contraria, ninguem compraria a commerciante que não coubesse pessoalmente, ou cuja probidade não fosse notoria

Os artigos 532 °-534.º e a epigraphe da respectiva sub-secção referem-se só as *cousas moveis*, parecendo assim excluir da prescrição as cousas que sejam moveis por disposição da lei (art 377.º, § unico) E o Supremo Tribunal de Justiça, baseando se em que os artigos referidos so são applicaveis as cousas moveis, tem julgado que a prescrição positiva dos direitos mobiliarios só pôde dar-se pela posse de vinte annos com justo titulo e boa fé ou pela posse de trinta annos, sem dependencia de justo titulo e boa fe, argumentando, por identidade de razão, com o disposto no artigo 535.º (1).

Esta doutrina e inaceitavel, nos termos em que está formulada.

Como já vimos, quando tractamos da prescrição em geral, os direitos de credito, embora consistam em obrigações com juo ou renda, não podem adquirir-se por meio da prescrição, pois que a prescrição positiva da-se pela posse e esta so pode exercer-se sobre cousas materiaes

Pode haver, porem, um direito de credito, que seja exercido não pelo titular delle, mas por outra pessoa. Assim, suppunhamos que seja vendido por quem não e credor um titulo de credito e que o cessionario use desse titulo, recebendo os juros. Poderá adquirir esse credito pela prescrição? E que disposições deverão, em caso affirmativo, applicar-se, as que regulam a prescrição acquisitiva ou a negativa (2).

(1) Veja-se os accordãos de 5 de maio e 18 de agosto de 1893, na *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol 35.º, pagg 476 e segg.

(2) Collocamos fora da questão as hypothses de o cedente ser titular do

Se o devedor sabe que o cessionario do credito não o adquiriu legitimamente, não lhe deve pagar. Se o fizer, ficara responsavel para com o credor, como se não houvera effectuado o pagamento, quando este o exija antes de haver decorrido o tempo necessario para que possa allegar a prescripção extinctiva.

Se ha erro, porém, da parte do devedor, que paga ao cessionario na convicção de que elle o verdadeiro titular do credito, o devedor podera exigir o que houver pago em virtude do erro (art. 758 °), prescrevendo a respectiva acção em harmonia com o disposto no artigo 535 °, pois que o pretendido cessionario, recebendo o que lhe não pertencia, so pôde desonerar-se da obrigação de restituir pela prescripção negativa.

O titular do credito que foi cedido não perde, pelo facto de o cessionario o haver exercido, o direito que lhe pertencia. Provado que não foi elle que transmitiu o credito, o cessionario não pôde ser considerado credor, e não tera direito algum a exigir qualquer prestação do devedor. E como este, pagando ao cessionario, reconhece o credito, não se pode verificar a prescripção extinctiva.

Vê-se, pois, que, tractando-se de creditos em que haja um credor determinado, as regras da prescripção a applicar são sempre as da negativa, visto que a pessoa, que haja recebido o que lhe não era devido, so por esse meio pode desonerar-se da obrigação de restituir, e o credor, que não haja transmitido o credito, tem o direito de o exigir do devedor, enquanto não se não houver dado a prescripção a favor deste.

VI — *Da junção das posses.* Para se verificar a prescripção não

credito e de o contracto ser nullo em virtude de incapacidade ou de vicio de consentimento. Nestes casos, tracta-se duma acção de rescisão, que prescreve nos prazos fixados na lei, findos os quaes o direito de credito fica pertencendo ao cessionario dum modo irrevogavel. E tambem não nos referimos aos titulos ao portador, os quaes são considerados como cousas moveis, sendo susceptiveis de posse e portanto de prescripção acquisitiva.

é necessario que, durante o tempo de posse que a lei exige para esse effecto, seja o mesmo o possuidor da coisa, podendo o possuidor actual junctar ao tempo da sua posse aquelle por que possuiram os seus antecessores.

Se o actual possuidor não tivesse tal faculdade, não raro a prescripção se tornaria impossivel, attento o numero de transferencias de que uma coisa pôde ser objecto durante os prazos mais ou menos largos que a lei exige para a prescripção, e esta deixaria assim de produzir os seus salutaros effectos.

A theoria da junção das posses so se applica, como vimos (§ 124 °), nas transmissões a titulo singular. No caso de herança, ou de acquisição por titulo universal, o possuidor actual continuara na posse do fallecido, que se transmite para elle com todos os seus caracteres, ha unidade e não junção de posses. É assim que, se o auctor da herança era possuidor a titulo precario, o seu successor nunca podera adquirir por prescripção, enquanto se não der a inversão do titulo, não sendo sufficiente para esse effecto a sentença de partilhas em que o herdeiro haja sido reconhecido como proprietario, por isso que, como já notamos, a sentença de partilhas não se pôde considerar justo titulo. Se o auctor da herança fosse possuidor de má fé, de má fe se considerará tambem a posse do herdeiro, e, se fosse possuidor de boa fe, a má fé do herdeiro influencia nenhuma terá pelo que respeita á duração da prescripção, embora a tenha em relação aos fructos e benfiteorias, visto que a lei, para o effecto da prescripção, só exige a boa fe no momento da acquisição.

Na acquisição a titulo singular, as posses são distinctas. O possuidor actual não continuara na posse do que lhe transmitiu a coisa, mas pôde, para completar o tempo da prescripção, junctar a sua posse á de quem lhe transmitiu a coisa, nas condições em que essa junção e permitida.

Não e permitida, como ja vimos, essa junção, quando a posse do transmittente fosse exercida em nome alheio, embora o actual possuidor, se adquiriu posse em nome proprio, possa prescrever

Para este effeito só se attende, porém, ao tempo da sua posse, e a prescripção verificar-se-ha num prazo mais ou menos longo, conforme as condições que a posse reuniu.

Se as posses tiverem os mesmos caracteres, como se ambas forem tituladas, registadas e de boa fe, ou não haja em qualquer dellas nenhum desses requisitos, podem junctar-se para a prescripção, contando-se o tempo da posse dos differentes possuidores, como se estes foram um só.

Se as posses não reunirem as mesmas condições, já vimos, pelo que respecta a boa fé, que havia duvidas sobre se, sendo o actual possuidor de má fe e o anterior de boa fe, deveria o possuidor actual ser considerado de boa ou de má fé, e inclinamo-nos para a opinião dos que affirmam que, sendo-lhe facultado junctar a sua posse a posse anterior, e attendendo a lei só ao momento da aquisição para considerar a posse de boa fé, o possuidor actual devia reputar-se de boa fe. Póde, porém, attendendo-se a que as duas posses são distinctas, sustentar-se doultra contaria, e nenhuma duvida ha de que, se as posses successivas não estiverem nas mesmas condições quanto ao justo titulo e ao registo, assim como no caso de o alheador estar de má fe e o possuidor actual de boa fe, o tempo da posse para a prescripção não pode contar-se como se fôra só um o possuidor.

Na junção das posses successivas deve ter-se, para esse effeito, em consideração que a posse que, por falta de justo titulo, de boa fe, ou de registo de mera posse ou do titulo de aquisição, só conduza á prescripção no prazo de trinta annos, não pode contar-se como posse util para os prazos de cinco, dez, quinze e vinte annos, em que se exigem esses requisitos, e que a posse que seja util para a prescripção de menos de trinta annos se póde invocar para esta, visto que, para a prescripção de trinta annos, só se attende ao facto da posse nas condições em que esta é util, dum modo absoluto, para a prescripção. Assim, se Pedro possuia de má fe, sem justo titulo e sem registo um predio ha oito annos, Paulo, adquirindo por justo titulo, de boa fe e registando o titulo de aquisição, só

prescreverá decorrido o prazo de dez annos no primeiro caso, e, no segundo, o de vinte. A posse de Pedro só poderia ser invocada para a prescripção de trinta annos, e Paulo, allegando só a sua posse, prescreve em menos tempo. Se Pedro, em vez de vinte annos de posse, tivesse vinte e cinco, Paulo, que nas hypotheses anteriormente figuradas, tinha interesse em só allegar a sua posse, já lucraria junctando a sua posse a do seu antecessor, porque lhe bastariam tres annos para completar a prescripção.

Para que o possuidor actual possa, em todo o caso, invocar a posse do seu antecessor, é necessario que tenha um titulo em virtude do qual se considere representante d'elle. Quem não adquirir nessas condições não podera junctar á sua a posse do seu antecessor. É o que succede com a pessoa que haja furtado ou achado uma cousa.

VII — *Da suspensão e da interrupção da prescripção* Quando a posse não comece nem corra para o effeito da prescripção, caso em que se diz que esta fica suspensa, os prazos da posse para a prescripção alargam-se pelo tempo correspondente aquelle em que se deu a suspensão.

Ja sabemos em que condições a prescripção não começa nem corre, assumpto que estudamos na secção em que tractámos da extincção dos direitos e das obrigações, sendo facil applicar as respectivas disposições a prescripção positiva nas suas relações com a extinctiva, quando se tenha em consideração que a perda do direito daquelle contra quem se opera a prescripção resulta da aquisição do mesmo direito, pela posse exercida durante o tempo fixado na lei, por aquelle a favor de quem se opera a prescripção.

Assim, subsistindo o patrio poder, a prescripção não póde começar nem correr contra o menor, nos casos em que a acção deste reverta contra seus paes (art. 551.º, n.º 2.º).

Para que o menor perca, portanto, quando os paes alienem como sendo delles uma cousa que lhe pertença, o direito de a

reivindicar, é necessario que se dê a prescrição positiva a favor do adquirente, e essa prescrição só começa a correr desde que termine o poder paternal pela emancipação ou maioridade dos filhos, ou pela substituição do poder paternal pela tutela, contando-se desde então o prazo para a prescrição, o qual será mais ou menos longo conforme a coisa for móvel ou imóvel e as condições da posse.

Do mesmo modo, não começando nem correndo a prescrição entre terceiro e a mulher casada relativamente aos bens imobiliarios dotaes, se a prescrição não tiver começado a correr antes do matrimonio, e, relativamente aos bens immoveis proprios da mulher ou aos immoveis communs na parte que nestes lhe tocar (art. 551.º, n.º 3.º), a mulher só perde o direito de reivindicar esses bens no caso de serem alienados pelo marido, quando se tenha dado a prescrição a favor do adquirente, cujo prazo só se começa a contar desde a dissolução do matrimonio

Quanto á interrupção da prescrição, já vimos que ella se da quando o possuidor seja privado da posse da coisa ou direito por espaço dum anno (art. 552.º, n.º 1.º). Esta interrupção, que so se dá na prescrição positiva, chama-se *interrupção natural*.

Sendo a interrupção natural um facto material, os seus effectos verificam-se, por um lado, dum modo absoluto, podendo qualquer pessoa aproveitar-se dessa interrupção, e, por outro, são limitados somente a parte da coisa de que o possuidor haja sido privado. Se, portanto, o possuidor for privado duma parte dum immovel que havia adquirido *a non domino*, só relativamente a essa parte é que se verifica a interrupção da prescrição.

Como a lei exige, para o effecto da prescrição, que a posse seja continua, e o possuidor que tem de demonstrar que não houve interrupção durante o tempo fixado na lei para a prescrição. No código civil francês estabelece-se (art. 2234.º) em favor do possuidor uma especie de presumpção de continuidade, determinando se que «le possesseur actuel, que prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps interme-

diaire, sauf la preuve contraire», disposição que teve em vista evitar a dificuldade em que por vezes se encontrara o devedor de provar a continuidade da sua posse. Disposição identica a do código civil francês se acha formulada no código civil allemão, em que se preceitua (art. 938.º) que se alguém possuir uma coisa a titulo de proprietario no começo e no fim dum espaço de tempo, se presume que a possuiu igualmente no intervallo

Alem da interrupção natural, ha tambem para a prescrição positiva a interrupção civil, a qual, salvo o caso de aresto, que é privativo da prescrição negativa, resulta dos mesmos factos que a interrupção desta prescrição e que ja conhecemos.

Um dos modos por que se verifica a interrupção civil e o reconhecimento expresso ou tacito do direito da pessoa a quem a prescrição pôde prejudicar (art. 552.º, n.º 4.º), reconhecimento que, relativamente a prescrição positiva, consiste na confissão feita pelo possuidor de que lhe não pertence a propriedade da coisa.

Quaes são os effectos desse reconhecimento?

É claro que annulla o tempo anteriormente decorrido, mas podem suscitarse duvidas sobre se, feito o reconhecimento, o possuidor fica detendo ou fruindo a coisa em nome proprio ou em nome alheio, e portanto se, depois do reconhecimento, pode ou não começar a correr novo prazo para a prescrição

A este respeito é necessario verificar se o reconhecimento e feito numa convenção em virtude da qual o possuidor fique viuculado para com o proprietario como devedor, na qualidade de locatario, depositario ou qualquer outra, caso em que a posse ficara sendo exercida em nome doutrem e não poderá conduzir portanto a prescrição, ou se esse reconhecimento se limita a confissão feita pelo possuidor de que a propriedade lhe não pertence, sem que haja referencia a qualquer obrigação preexistente em virtude da qual o possuidor detenha a coisa a titulo precario, obrigação de que o reconhecimento constituiria uma prova, e, nesse caso, elle

não é sufficiente para crear qualquer obrigação entre o possuidor e o proprietario, podendo assim começar a correr a prescrição logo em seguida ao reconhecimento, mas devendo a posse considerar-se de má fé

A interrupção civil, deixando subsistir a posse, só produz effeito quanto ao direito que é declarado ou reconhecido, e em relação ás pessoas que fizeram a declaração ou o reconhecimento

Daqui resulta que, tractando-se duma coisa indivisa, como cada comproprietario tem uma quota parte dessa coisa, a interrupção feita por um delles não aproveitara aos outros, salvo o caso em que proceda como representante delles, ou quando o objecto seja por sua propria natureza indivisivel. E assim que, se o comproprietario interromper a prescrição duma servidão que se pretenda constituir no predio commum, essa interrupção aproveitará aos outros comproprietarios.

VIII — *Effetos da prescrição* Pela prescrição positiva adquire se o direito de propriedade (art. 505º, § unico), não derivando della só um meio de defêsa, que possa ser allegado contra qualquer pessoa.

Perdendo pela prescrição o direito de propriedade, pôde a pessoa contra a qual se effectuou a prescrição ficar com os direitos de credor, que não se extinguem pela prescrição acquisitiva. É assim que, se um possuidor em nome alheio vender a coisa como propria, o adquirente pôde libertar-se da obrigação de restituir a coisa decorrido que seja o prazo da prescrição positiva, mas o possuidor a titulo prerario ficará obrigado a restituir o seu valor, em quanto não houver decorrido o prazo da prescrição negativa.

Do mesmo modo, se um emphyteuta houver alienado o predio como livre e allodial, o dominio directo prescrevera a favor do adquirente decorridos que sejam os prazos estabelecidos para a prescrição positiva, mas o emphyteuta ficara obrigado para com o senhorio directo pelo valor do capital correspondente ao foro e

pelas prestações dos ultimos cinco annos, se ainda não houver decorrido o prazo da prescrição negativa.

A favor do emphyteuta e que, como já notámos, se não pôde dar a prescrição acquisitiva, visto que elle possui a parte do prazo correspondente ao foro, como resulta do proprio titulo da emphyteuse, em nome alheio

A prescrição tem effeito retroactivo. Completado que seja o prazo que para ella se requer, e sendo invocada a prescrição, o possuidor considera-se proprietario não só desde o momento em que se operou a prescrição, mas desde que esta começou a correr.

Da retroactividade dos effeitos da prescrição resulta que todos os fructos que hajam sido colhidos pelo possuidor, embora este seja de má fé, lhe ficam pertencendo. Esses fructos só poderiam ser exigidos pelo proprietario como consequencia do direito de reivindicção; perdido este direito, não tem titulo algum em que se funde para os reclamar.

As pessoas em favor de quem, durante o curso da prescrição, se constituiu algum encargo sobre o predio, como uma servidão, ficam tendo direito a elle, como se houvera sido constituido pelo verdadeiro proprietario

A prescrição positiva não produz, do mesmo modo que a negativa, effeito de pleno direito, devendo ser opposta pelo possuidor, e não podendo o juiz, seja quem fôr o possuidor, supprir de officio a prescrição, não sendo esta invocada pelas partes (art. 515º)

Daqui resulta que, embora haja o direito adquirido de allegar a prescrição, não se verifica a transferencia do direito de propriedade do patrimonio da pessoa a favor de quem se deu a prescrição para o do antigo proprietario. A prescrição é um meio de adquirir, mas, para que produza esse effeito, é necessario que seja invocada. Se o não fôr, se o possuidor renunciar á pres-

criação, não se tornará proprietário e portanto não pôde alienar ou transmitir a propriedade para outrem

O direito adquirido pela prescrição, a que se referem os artigos 508.º e 509.º, e o direito de tornar efectiva a prescrição, de a fazer valer, como se declara no artigo 509.º, e não o direito de propriedade.

Os credores do possuidor e as pessoas que tiverem legítimo interesse em que a prescrição se torne efectiva, podem fazê-la valer, embora o possuidor haja renunciado a ella. É assim que a pessoa, em favor de quem haja sido constituída uma servidão, pôde fazer valer o seu direito, invocando a prescrição, pela qual, attento o seu effeito retroactivo, se consolidara a servidão. O mesmo succede relativamente ao credor hypothecario, que pode pagar-se pelo valor do predio, movendo execução hypothecaria, embora o devedor haja renunciado á prescrição.

Os interessados que não tenham um direito real sobre o predio, e que apenas sejam credores da pessoa a favor de quem se deu a prescrição, só podem oppor-se á renuncia, quando nisso tenham interesse, e só o fêem quando o devedor esteja ou se torne insolvente em virtude da renuncia.

Não é necessario, porém, que os credores proveem que o devedor, renunciando á prescrição, procedeu com fraude, tendo a intenção de os prejudicar. Basta que os credores tenham interesse, ou, por outras palavras, que possam soffrer prejuizo, para que deva considerar-se procedente a opposição a renuncia.

Como a renuncia, embora não seja um acto por que se transfere ou aliena a propriedade, produz praticamente o mesmo effeito, vê-se que só pôde renunciar validamente quem tenha capacidade para alienar

Algumas noções sobre o direito de familia

§ 1. - *Idéas geraes*

Sob a designação—*direito de familia*—comprehendemos as instituições do matrimonio, do patrio poder e da tutela

- Embora a tutela não constitua em toda a sua extensão uma relação de character familiar, não ha duvida de que entre essa instituição e as do matrimonio e do poder paternal existem intimas relações de analogia pela existencia de um vinculo de dependencia pessoal, o qual as distingue não só do poder que é exercido sobre uma cousa (direito real), mas ainda do vinculo obrigatorio, que é nitidamente determinado, não envolvendo toda a pessoa

Nos direitos de familia ha dois aspectos a considerar: os direitos de familia puros, pelos quaes se estabelecem relações de dependencia pessoal, e os direitos de familia patrimoniaes. Os direitos pessoaes de familia representam a idéa fundamental, pois que os direitos patrimoniaes são condicionados á existencia das relações de ordem pessoal

§ 2 — *Do casamento em relação ás pessoas*

I—*Disposições geraes.* O casamento é um contracto perpetuo feito entre duas pessoas de sexo differente,

com o fim de constituírem legitimamente a família (art. 1056.º). A base do casamento é a relação natural dos sexos e a necessidade da sua união para a conservação da humanidade. Essa união reveste o caracter de casamento ou matrimonio quando se realiza em harmonia com a lei, sendo só nesse caso que se verificam as consequências jurídicas do casamento, entre as quaes a mais importante é a legitimidade dos filhos nascidos ou concebidos na constancia do matrimonio.

O matrimonio não só representa, pois, uma instituição jurídica, mas, constituindo a base da organização social, com certeza deve considerar-se como a mais importante das instituições que o direito civil regula.

Apesar disto, muito tempo houve em que o Estado não subordinou ás suas leis as relações de ordem pessoal entre os conjuges, o que foi devido ao facto de o matrimonio haver sido considerado pela Igreja como um sacramento, sendo reguladas pelo direito canonico tanto a constituição como a dissolução da sociedade conjugal, e considerando-se as causas respeitantes ao matrimonio como de natureza meramente espirital.

No nosso codigo civil ainda não foi completamente subordinado ao Estado o matrimonio. É assim que, segundo o disposto no art. 1057.º, os catholicos devem celebrar o casamento pela forma estabelecida na Igreja catholica, e os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, com as condições e pela fórma estabelecida na lei civil.

Temos, pois, duas especies de matrimonio: o *catholico* e o *civil*.

Apesar do disposto no art. 1057.º, tanto podem contrahir matrimonio civil as pessoas que não professem a religião catholica, como as que a professem. O offi-

cial do registo civil não pôde fazer inquerito prévio acerca da religião dos contrahentes (art. 1081.º), nem o casamento civil pôde ser annullado por motivo da religião dos contrahentes (art. 1090.º).

As proprias pessoas que tiverem o impedimento da ordem, ou que estejam ligadas por voto solemne de castidade, podem, apesar de a lei considerar (art. 1059.º, n.º 5.º) a ordem e o voto de castidade impedimentos para o matrimonio, contrahi-lo validamente. Esses impedimentos não são, relativamente ao matrimonio civil, dirimentes.

Admittindo o matrimonio catholico e o civil, o nosso legislador estabeleceu: a) disposições communs a ambas as especies de casamento, b) disposições especiaes relativas ao casamento catholico, c) disposições especiaes relativas ao casamento feito pela fórma instituida na lei civil.

II — *Disposições communs a ambas as especies de casamento*. Estas disposições respeitam principalmente aos impedimentos impedientes do matrimonio, isto é, as condições que impedem as partes e o official publico ou o parochio de realizar o matrimonio sob certas penas, mas que não annullam o matrimonio.

E' prohibido o casamento (art. 1058.º)

1.º Aos menores de vinte e um annos inhabidos de reger as suas pessoas e bens, emquanto não obtiverem o consentimento de seus paes ou daquelles que os representam, nos termos do artigo 1061.º, que são, para tal effeito, os avós, se exercerem a tutela, e o conselho de família,

2.º Ao tutor, e aos seus descendentes, com a pessoa tutelada, emquanto não finda a tutela, e as contas desta não são approvadas, excepto se o pae ou mãe fallecidos

o tiverem permitido em seu testamento, ou em outro escripto authenticico,

3° Ao conjuge adultero com o seu co-reu condemnado como tal.

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

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

Os impedimentos a que acabamos de referir-nos são todos impedientes relativamente ao casamento civil, declarando-se no artigo 1059.º que a infracção das disposições contidas no artigo 1058.º nenhum outro effeito produz senão sujeitar os infractores ás penas estabelecidas na lei, as quaes respeitam ás partes e ao official do registo civil ou ao parochio, conforme se tracta do casamento civil ou do catholico.

As primeiras acham-se consignadas nos artigos 1060.º, 1063.º e 1064.º Examinando-se esses artigos, vê-se que as pessoas que tiverem o impedimento da ordem ou se achem ligadas por voto solemne reconhecido pela lei não soffrem pena alguma se realizarem o matrimonio civil

O official do registo civil e o ministro da Igreja, que realisarem o casamento contra o disposto no artigo 1058.º, incorrem nas penas comminadas na lei penal (art 1082.º e 136.º § 2.º do cod penal).

Alguns dos impedimentos, que no artigo 1058.º são considerados impedientes são dirimentes em relação ao casamento catholico, para o qual ha outros impedimentos impedientes além dos que se acham especificados no art 1058.º.

O nosso codigo civil não admite a validade dos esponsaes ou da reciproca promessa de futuro matrimonio, estabelecendo-se nelle o principio de que o consentimento dos contrahentes para o casamento só póde prestar-se irrevogavelmente no proprio acto da celebração d'elle, e de que são nulos os contractos, em que as partes se obrigam para o futuro, debaixo do titulo de esponsaes, despororios ou qualquer outro, a contrahir^e matrimonio, quer haja, quer não haja, estipulação de clausulas penas (art 1067.º).

A pessoa que, sob promessa de casamento, receber nesse intuito quaesquer donativos, ou auctorizar alguma despêsa, será obrigada á restituição daquelles, ou á indemnização desta, se lhe fôr exigida (art 1067.º, § unico)

O consentimento para o casamento póde ser dado por procurador, comtanto que a procuração seja especial e contenha expressa designação da pessoa com quem o casamento ha de ser contrahido (art. 1068.º).

III — *Disposições especiaes relativas ao casamento catholico* O casamento catholico so produz effeitos civis sendo celebrando em conformidade com as leis canonicas recebidas neste reino, ou por ellas reconhecido, definindo e regulando a lei canonica as condições e os effeitos espirituaes do casamento, e a lei civil as condições e os effeitos temporaes d'elle (art 1069.º e 1070.º)

Para a Igreja, no matrimonio é inseparavel o contracto do sacramento, considerando se os proprios contrahentes como ministros do sacramento Do caracter attribuido ao matrimonio, derivou a competencia que a Igreja se arrogou, e o Estado lhe reconheceu, de regular as condições para a celebração do matrimonio e determinar os seus effeitos

Segundo a doutrina da Igreja, recebida no reino, os impedimentos do casamento catholico são dirimentes e impedientes.

Os impedimentos dirimentes consistem; a) na falta de capacidade natural ou legal, b) na falta de consentimento; c) na falta de formalidades essenciaes

a) Por falta de capacidade natural não podem contrahir matrimonio. 1) os dementes; 2) os menores que, sendo do sexo masculino, não hajam completado quatorze annos, e, sendo do feminino, doze, considerando todavia o direito canonico valido o casamento antes dessa idade se *malitia suppleat aetatem*, isto é, se o desenvolvimento physico e moral tornar os contrahentes nubentes antes da idade marcada; 3) a impotencia para a consumação da copula perfeita, quando seja absoluta ou relativa, antecedente e perpetua. No caso de impotencia relativa, isto é, de se dar sómente entre certas pessoas, o impotente pôde casar, dissolvido que seja o matrimonio

Não podem casar, em virtude de incapacidade legal: 1) as pessoas que estejam ligadas por matrimonio legitimamente contrahido, o qual só se dissolve por morte de um dos conjuges, 2) as que estejam ligadas por voto solemne de castidade, quando seja acceto pelo legitimo superior e que o vovente tenha dezoito annos de idade, 3) as que tenham ordens maiores; 4) as pessoas que estejam ligadas pelo vinculo de consanguinidade em qualquer grau da linha recta e até ao quarto grau da linha collateral, contado por direito canonico, 5) as que estejam ligadas pelo vinculo da afinidade, o qual tem, para o direito canonico, o seu fundamento na copula, podendo ser legitimo ou illegitimo, conforme ha ou não o casamento entre as pessoas que a effectuam. Em linha recta, a afinidade

dirime o casamento em qualquer grau; na linha collateral, provindo de copula illicita, dirime o casamento até o quarto grau inclusivé e, provindo de copula illicita, só no segundo grau, 6) as pessoas que tenham relação de cognação espiritual, a qual se dá entre o baptizado ou confirmado duma parte e o ministro do sacramento, a madrinha e o padrinho da outra; entre o pae e a mãe do baptizado; 7) as pessoas entre as quaes haja um impedimento de honestidade publica, o qual provém de esponsaes validos ou de matrimonio rato e não consumado, dando-se esse impedimento, no caso de esponsaes, entre os esposos e os parentes do outro no primeiro grau e no casamento rato até ao quarto grau inclusivé; 8) as pessoas entre as quaes ha disparidade de culto sendo uma baptizada e outra não; 9) as pessoas que sejam coautores ou cúmplices dos crimes de adulterio ou de conjugicidio. Pelo adulterio sem conjugicidio não podem contrahir entre si matrimonio o conjuge adultero com o coactor, quando os dois culpados sabiam que havia adulterio e houve promessa reciproca de casamento na constancia do matrimonio. Pelo crime de conjugicidio sem adulterio não podem entre si contrahir matrimonio os coautores ou cúmplices se houver conspiração de ambos e a intenção do casamento pelo menos da parte dum delles. Pelo adulterio e conjugicidio junctamente, não se pôde verificar o casamento quando o homicidio tenha sido committido por um dos adulteros com intenção de casamento; 10) o raptor com a raptada, quando esta haja sido conduzida violentamente para um logar sujeito ao poder do raptor, affim de a obrigar a casar com elle.

b) E' nullo o casamento que haja sido contrahido: 1) por erro, quando este recaia sobre a identidade da pessoa. O erro sobre as qualidades da pessoa só em

circunstancias excepcionaes annulla o casamento, sendo necessario que esse erro recaia sobre uma qualidade que determine a individualidade da pessoa, ou que dessa qualidade uma das partes faça depender o seu consentimento, 2) por violencia, quando seja grave, e derive duma causa externa, e livre, tendo por fim extorquir o consentimento

e) Por falta de formalidades são nullos os casamentos que não hajam sido celebrados na presença do respectivo parochio e de duas testemunhas

Os impedimentos impedientes são. a prohibição de se realizar o casamento em certos casos, como, por exemplo, no de falta de banhos, e a de se realizar em certos dias, a existencia de esponsaes e de voto simples de castidade; a falta de consentimento dos paes, admitindo alguns canonistas ainda outros impedimentos

Dos impedimentos dirimentes do matrimonio catholico ha uns que podem ser dispensados pela Igreja e outros que não admittem dispensa

Não admittem dispensa, em caso algum, os que se fundam, seguudo a doutrina da Igreja, no direito natural ou divino — e são a impotencia perpetua antecedente, o vinculo matrimonial, a consanguinidade na linha recta e a collateral no primeiro grau pelo direito canonico, a falta de uso de razão e o erro acerca da pessoa. Todos os outros podem em these ser dispensados, mas a Igreja não dispensa o primeiro grau de affinidade, o impedimento publico de crime consumado e a clandestinidade. Têm sido dispensados os outros impedimentos, mas alguns, como o voto solemne de castidade e a ordem, só em casos muito excepcionaes

Confrontando-se a doutrina dos impedimentos do casamento catholico admittida pela Igreja com o disposto

no artigo 1058° do codigo civil, vê-se que ha casos em que, segundo o direito canonico, os crimes de adulterio e de conjungicidio são impedimentos dirimentes, ao passo que, segundo o codigo civil, são sempre impedientes

Determinando-se nos artigos 1069° e 1070° que o casamento catholico só produz effectos civis sendo celebrado em conformidade com as leis canonicas recebidas neste Reino e que a lei canonica define e regula as condições e os effectos espirituaes do casamento, parece-nos que o artigo 1058° não modificou as disposições do direito canonico em materia de impedimentos, e que as disposições consignadas nos n.ºs 3° e 4° do artigo 1058° se devem completar com as do direito canonico. constituindo o crime de adulterio e de conjungicidio impedimento dirimente ou só impediente, conforme as circunstancias que se deierem

IV — *Disposições especiaes relativas ao casamento feito pela fórma instituida no direito civil* No artigo 1072° estabelece-se o principio de que o casamento entre subditos portuguezes não catholicos produz todos os effectos civis, se tiverem sido observados os requisitos essenciaes dos contractos, as disposições do artigo 1058° e as consignadas nos artigos seguintes

A applicação deste principio póde suscitar, attenta a natureza do matrimonio, serias difficuldades. Não podem, sem que haja as mais graves consequencias para os conjuges, para os filhos e para a morahdade publica, estabelecer-se para a validade do matrimonio as mesmas condições que para os contractos em geral, e o legislador limitou-se, pelo que respeita a este ponto, a declarar que o casamento produzirá todos os seus effectos se forem observados os *requisitos essenciaes dos con-*

tractos, podendo assim duvidar-se se entrarão nesta formula os vícios de consentimento, de que resulte a nullidade relativa dos contractos.

Por outro lado, preceituando-se um conjunto de formalidades para a celebração do matrimonio civil, tendentes a averiguar se entre os esposos existe algum impedimento e a garantir a livre manifestação do consentimento, não se declara quaes dessas formalidades devem reputar-se essenciaes, podendo assim hesitar-se sobre a rigida applicação da sancção geral consignada no artigo 10°

A *Revista de legislação e de jurisprudencia*, emitindo o seu parecer acerca destas questões, sustenta (vol 36°, pagg. 530-533)

Quanto á primeira que, tendo em vista a natureza especial do contracto de casamento e a significação da palavra *essenciaes*, que se lê no artigo 1072°, os requisitos dos *contractos*, a que este artigo faz referencia, são aquelles cuja falta determina a inexistencia do *contracto* e não a sua nullidade relativa, ficando assim excluidos os vícios de consentimento que não tornem nullo o *contracto* de um modo absoluto « Assim, se um dos *contrahentes* não prestou ou não podia prestar em virtude do seu estado mental ou de coacção physica ou moral, o consentimento, se houver erro acerca da identidade das pessoas, que no *contracto* de casamento se confunde com a do objecto, não pôde haver o mutuo accordo, o *in idem placitum*, e o casamento é inexistente. Se as partes forem, porém, capazes natural e legalmente de prestar o consentimento, e o prestarem realmente, o casamento não pôde ser annullado pelo facto de ser esse consentimento viciado por erro, simples ou doloso, que poderá ser invocado para annullar qualquer outro *contracto*. E' assim que o erro acerca

da causa e das qualidades da pessoa em caso algum pôde determinar a annullação do casamento »

Quanto ás formalidades prescriptas para a celebração do casamento, que a sua falta só pôde produzir a annullação do casamento quando influa na validade dos *contractos*, ou infrinja leis de interesse e ordem publica.

Não podem contrahir matrimonio (art 1073.°).

1° Os parentes por consanguinidade ou afinidade na linha recta,

2° Os parentes em segundo grau na linha collateral:

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

4° Os menores de quatorze annos, sendo do sexo masculino, e de doze, sendo do feminino,

5° Os ligados por casamento não dissolvido

A dispensa a que se refere o n° 3° poderá ser concedida pelo governo havendo motivos ponderosos, os quaes foram especificados no decreto de 26 de dezembro de 1878, em que tambem se determinam as formalidades que deveu observar-se na concessão da dispensa

As formalidades para a realização do casamento civil acham-se declaradas nos artigos 1075° a 1082°

V—*Da prova do casamento* A celebração de casamento *contrahido* no reino só pôde provar-se por certidão extrahida do registo competente, excepto provando se a perda ou falta deste, porque em tal caso é admissivel qualquer outra especie de prova (artt 1083°, 2441.° e 2442°)

Ninguem pôde, porém, contestar o casamento de pessoas fallecidas na posse desse estado, em prejuizo dos

filhos de taes pessoas, fundando-se na falta de certidão do casamento, se os fallecidos não declararem o lugar, onde o celebraram; salvo se se provar com certidão, que algum dos conjuges era a esse tempo casado com outrem (art 1084.º)

O casamento contrahido em país estrangeiro poderá provar-se por qualquer meio de prova, se nesse país taes actos não estiverem sujeitos a registo regular e authenticos (art 1085.º. Veja-se o art 2479.º)

VI — *Da annullação do casamento.* O casamento catholico só pôde ser annullado no juizo ecclesiastico, e nos casos previstos nas leis da Igreja, recebidas neste Reino (art 1086.º) A jurisdicção do foro ecclesiastico limita-se, todavia, ao conhecimento e julgamento da nullidade, e todas as diligencias ou actos de indagação, que devam praticar-se, serão deprecados á competente auctoridade judicial civil (art 1087.º) Proferida no juizo ecclesiastico sentença, que annulle o casamento, será executada pela auctoridade civil, a quem será officialmente communicada, e á auctoridade ecclesiastica só competirá transmitir ao parochio, perante quem tiver sido celebrado o casamento, uma certidão da sentença, para ser averbada á margem do respectivo registo (artt. 1088.º, 2450.º e 2480.º)

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

Este casamento só pôde ser annullado quando falte algum dos requisitos essenciaes dos contractos, alguma formalidade que influa na validade do contracto ou infrinja leis de interesse e ordem publica, ou o disposto no artigo 1075.º, não podendo ser annullado por motivo da religião dos contrahentes (art. 1090.º)

Tanto o casamento catholico como o civil não deixará de produzir effeitos civis, desde o dia da sua celebração, quer em relação aos conjuges quer a seus filhos, se houver sido contrahido em boa fé por ambos os conjuges (art 1091.º) Se um só dos conjuges tiver estado em boa fé, só a elle e aos filhos aproveitarão os dictos effeitos (art. 1092.º)

Se os conjuges separados não chegarem amigavelmente a um accordo quanto aos filhos, será convocado um conselho de familia, organizado nos mesmos termos que para a acção de separação de pessoas e bens dos conjuges, o qual providenciará acerca dos filhos (art 1095.º e cod de proc civil, art 472.º)

Se ambos os conjuges separados tiverem estado de boa fe, não poderá o pae apartar os filhos da companhia da mãe, contra vontade desta (art 1094.º)

VII — *Dos direitos e das obrigações dos conjuges* Os conjuges têm obrigação (art. 1184.º).

- 1.º De guardai mutuamente fidelidade conjugal,
- 2.º De viver juntos,
- 3.º De socorrer-se e ajudar-se reciprocamente.

Estas obrigações têm não só sanções de ordem moral, mas tambem de natureza juridica, que por vezes assumem character penal (artt 1204.º e segg, cod. pen, artt 401.º e 404.º e cod de proc civil, artt 665.º e 666.º)

Tendo em vista a unidade da sociedade conjugal, são concedidos ao marido, como chefe da familia, certos direitos, que constituem o que se chama a auctoridade marital

E' assim que se estabelece o principio de que ao marido incumbe especialmente proteger e defender a

pessoa e bens da mulher, e a esta prestar obediência ao marido (art 1185.º), que se declara que a mulher tem obrigação de acompanhar o marido, excepto para país estrangeiro (art 1186.º) e para o logar do degredo (art. 53.º, § 2.º), podendo o marido, quando a mulher o não queira acompanhar, usar da acção regulada no art. 665.º do cod de proc civ, e a mulher obrigar o marido a recebê-la, quando a abandone, seguindo-se o processo estabelecido no art 666.º do mesmo código

Pela relação de dependencia em que a mulher fica, se explica que ella gose das honras do marido, que não sejam inherentes ao cargo que elle exerce ou haja exercido, conservando essas honras enquanto não passar a segundas nupcias (art 1188.º); que a mulher auctora não possa publicar os manuscriptos sem consentimento do marido (art. 1187.º) e que não possa praticar, em regra, quaesquer actos de que resultem obrigações sem auctorização d'elle (art 1193.º)

E' assim que a mulher casada não pôde estar em juizo sem auctorização do marido, excepto (art 1192.º):

- 1.º Nas causas crimaes em que seja ré;
- 2.º Em quaesquer pleitos com o marido;
- 3.º Nos actos que tenham unicamente por objecto a conservação ou segurança dos seus direitos proprios e exclusivos,

4.º Nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos ou aos naturaes que tiver dou-trem, os direitos e deveres inherentes ao poder paternal.

Quando o marido recuse indevidamente auctorização, a mulher pôde recorrer á auctoridade judicial para que, ouvido o marido, suppra essa auctorização, como parecer de justiça (artt 1187.º e 1193.º, § unico)

A auctorização do marido deve ser especial para cada um dos actos que a mulher pretenda praticar, excepto

sendo para commerciar, pois neste caso pôde a mulher praticar, em virtude de auctorização geral, todos os actos relativos ao seu commercio, e até hypothecar os seus bens immobiliarios, e propor acções, comtanto que seja por causa do seu tracto (art 1194.º)

A auctorização marital pôde ser dada de palavra, por escripto, ou por factos de que ella necessariamente se deduza (art 1195.º), a auctorização, porém, para commerciar, para hypothecar ou alienar bens immovels, ou, para propor acções em juizo, só pôde ser outorgada por escripto authenticco ou authenticado (art 1186.º).

O marido pôde revogar a auctorização, enquanto o acto para que foi concedida não está começado; mas, se este tiver tido começo de execução, só a poderá revogar, reparando qualquer prejuizo de terceiro, que resulte da revogação (art 1197.º)

A nullidade procedida de falta de auctorização só pôde ser allegada pelo marido, ou por seus herdeiros e representantes (art 1200.º) e pode ser sanada (art 1201.º) 1.º pela confirmação do marido, não se achando proposta em juizo por terceiro acção nenhuma a este respeito, 2.º se não fôr arguida dentro dum anno, contado desde a dissolução do matrimonio, 3.º se o acto houver prescripto conforme as regras geraes.

O marido, como chefe de família, pôde, em regra, praticar quaesquer actos sem outorga da mulher. As restricções que a lei estabelece a este principio respectam a) aos bens do casal, cuja administração lhe pertence (art. 1189.º) e de que não pode ser privado nem por convenção antenupcial (art 1104.º), não podendo elle alienar ou obrigar os bens immobiliarios, nem estar em juizo por causa de questões de propriedade ou posse de bens immobiliarios sem outorga da mulher

(art. 1191°); b) aos filhos, e destas tractaremos no lugar adequado.

VIII—*Da interrupção da sociedade conjugal* As nossas leis não admittem o divorcio, sendo a morte de um dos conjuges o unico meio por que póde dar-se a dissolução do matrimonio, mas modificam o rigor da indissolubidade do matrimonio, admittindo a separação pessoal dos conjuges ou *quoad thorum et habitationem*, subsistindo o vinculo matrimonial

Pelo codigo civil podiam ser causa legitima de separação (art 1204°)

1° O adulterio da mulher.

2° O adulterio do marido com escandalo publico, ou completo desamparo da mulher, ou com concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal,

3° A condemnação do conjuge a pena perpetua;

4° As sevicias e injurias graves

Tendo sido supprimidas pela nova reforma penal de 1884 as penas perpetuas, modificados os effectos das penas e não se havendo modificado correspondentemente o n° 3° do artigo 1204° do codigo civil, esse numero está revogado, só podendo portanto requerer-se a separação de pessoas e bens por algum dos factos especificados nos n.ºs 1°, 2° e 4° do artigo 1204°, e verificando-se além delles só no caso previsto no § 2° do artigo 1209°, isto é, quando o marido intente acção criminal por adulterio e haja absolvição

A enumeração feita no artigo 1204.º é taxativa, como resulta da propria natureza da disposição e se vê do artigo 443.º § 1.º do codigo de processo civil, em que se determina que o conjuge que requer a separação deve allegar *precisamente* algum dos factos que o codigo civil admitta como causa de separação.

Como resulta do confronto entre os n.ºs 1° e 2° do artigo 1204°, o adulterio da mulher é sempre causa da separação, ao passo que o do marido só o é quando se dê com *escandalo publico*, ou *completo desamparo da mulher*, ou com *concubina teúda ou manteúda no domicilio conjugal*, sendo este a casa de habitação e *concubina* a mulher com a qual o marido tenha relações prolongadas

Pela palavra *sevicias* designam-se os maus tratos corporaes e por *inurias* as offensas á dignidade da mulher por palavras ou por factos, competindo ao julgador avaliar da gravidade desses factos para auctorizar ou não a separação das pessoas com fundamento nelles

A separação só póde ser requerida pelo conjuge innocente (art 1205°) relativamente ao facto invocado como motivo para a separação (art 1210°, § unico)

O conjuge, que pretender a dicta separação, recorrerá ao juiz de direito (decr de 29 de julho de 1886, art. 5°, n° 3°) do seu domicilio ou residencia (cod de proc civil, art. 21° n° 4°), para que este faça convocar o conselho de familia, que será composto dos seis parentes mais proximos de um e de outro conjuge, tres de cada lado, podendo a falta delles ser supprida com os amigos da familia e a destes com homens bons da vizinhança, e do competente magistrado do ministerio publico, que terá voto consultivo (art 1206° e § 1°)

Os ascendentes e os descendentes dos conjuges não podem fazer parte do conselho de familia, porque não podia dar-se aos filhos poder para julgarem dos actos dos paes e estes não podem ser juizes imparciaes dos actos dos filhos, nem as pessoas que residirem fóra da comarca, excepto sendo parentes e mostrando-se a sua annuencia, e em caso algum poderão ser nomeadas as

peçoas que residirem fóra do continente ou da ilha onde fôr intentada a acção (cod de proc civil, art 444.º)

Como a escolha dos membros do conselho de família não é arbitraria, póde qualquer dos conjuges impugnar a indicação que tenha sido feita quando haja incompetencia, isto é, quando sejam outras as peçoas que, segundo as disposições da lei, devem ser nomeadas (art 1206.º § 3.º e cod. de proc civ artt 449.º e 454.º), e tambem podem ser rejeitados os membros do conselho de família quando se verifique alguma das incompatibilidades especificadas no artigo 234.º n.º 1.º-6.º ou quando sejam suspeitos em virtude de suborno ou interesse na separação

A mulher póde, ao mesmo tempo que se requeira a separação, requerer o deposito provisório, quer ella seja a queixosa, quer seja queixoso o marido (art 1206.º, § 4.º), deposito que, nos termos do artigo 477.º do código de processo civil, tambem póde ter logar como preparatório da acção, devendo esta ser intentada no prazo de trinta dias, sob pena de caducar

O conselho de família, ouvido o ministerio publico e as partes e não conseguindo conciliar estas, examinará quaesquer provas que se deduzirem perante elle ácerca da questão, e resolverá (art 1207.º). 1.º se deve, ou não, auctorizar a separação das peçoas; 2.º qual deve ser a somma dos alimentos, se algum dos conjuges separados carecer delles, e o outro tiver meios de lh'os prestar; 3.º finalmente, havendo filhos, sobre o modo de providenciar a respeito delles, se os conjuges se não accordarem amigavelmente acerca disso

Se houver empate entre os vogaes do conselho de família quanto á separação, a acção será julgada pelo juiz (art. 1206.º § 2.º; e cod de proc civil, art 464.º)

No caso de a separação ser decidida pelas justiçaes ordinarias, havendo necessidade de providenciar acerca dos alimentos dos conjuges, a respeito dos filhos ou de qualquer outro ponto, o juiz convocará os conjuges a uma conferencia, e, se houver accordo, será este homologado por sentença. Se algum dos conjuges deixar de comparecer na conferencia por si ou por procurador, ou na falta de accordo, o juiz convocará o conselho de família para deliberar em vista das provas que existirem no processo, e ouvidos os conjuges, se comparecerem. Havendo empate entre os vogaes, decidirá o juiz a questão (cod de proc civil, art 465.º e : 2.º e 3.º).

O conselho de família ou as justiçaes ordinarias, julgando improcedente ou não provada a acção de separação de peçoas e bens, podem todavia auctorizar temporariamente, a seu arbitrio, a separação provisoria de peçoas, arbitrando alimentos á mulher, se houver logar a elles (cod de proc civ, art 469.º)

Das decisões do conselho de família só ha recurso na parte respeitante aos alimentos (art. 1208.º e cod de proc civil, art 467.º). Das decisões do juiz ha appellação quer sobre a separação, quer sobre os alimentos e filhos e alimentos destes (cod de proc. civil., art. 464.º § 2.º e 465.º § 5.º)

Quando o motivo da separação seja o adulterio e este se dê, relativamente ao marido, em condições que constitua um crime, o conjuge offendido póde recorrer ao conselho de família, ou intentar contra o outro conjuge a competente acção criminal (art 1209.º). Porém, se o conjuge offensor reincidir, poderá o conjuge offendido intentar a acção criminal; não obstante ter recorrido ao conselho de família (art 1209.º § 1.º)

Sendo a acção criminal intentada contra a mulher e

esta absolvida, será de direito havida por separada de pessoas e bens, e poderá requerer, sem necessidade de outro título senão da sentença de absolvição, que se proceda executoriamente á separação e entrega dos bens que lhe pertencerem (art 1209 ° § 2 °) Sendo a acção julgada procedente e provada, os conjuges tambem se consideram separados de pessoas e bens, e, se fôr necessaria alguma providencia a respeito de alimentos e filhos, recorrer-se-ha para esse effeito ao conselho de familia (art 1209 ° § 3.º e cod. de proc civil, art 470)

Quanto aos effeitos da separação de pessoas e bens declara-se (art 1217 °) que ella não auctoriza os conjuges a exercer antecipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimonio

E' assim que, subsistindo o vinculo matrimonial, os conjuges não podem contrahir segundas nupcias, e que continúa a obrigação de mutua fidelidade, tendo qualquer dos conjuges o direito de perseguir o outro por motivo de adultério (art. 1184 ° n 1 e 1209 ° § 1 °).

Cessa, porém, a presumpção da legitimidade dos filhos nascidos depois de tresentos dias depois da separação (art 101 ° e 104 °), e não se dá, como é obvio, a obrigação de os conjuges viverem junctos, não tendo a mulher como domicilio necessario o do marido (art 49 °)

Dos effeitos da separação pelo que respeita aos bens e aos filhos tractaremos noutra logar

Seja qual fôr o modo como a separação se faça, será sempre licito aos conjuges restabelecer a sociedade conjugal nos termos em que tenha sido constituida, com tanto que o façam por auto de conciliação perante o respectivo juiz de paz (art 1218 °) Esta reconciliação em nada prejudicará quaesquer direitos de terceiros

adquiridos durante a separação (art 1218.º § unico), ou até que seja publicada a sentença que declare sem effeito a que auctorizou a separação (cod de proc civil. art. 476 ° § unico)

§ 3 -- Do casamento sob o ponto de vista patrimonial

I -- *Disposições geraes sobre as convenções dos esposos relativamente a seus bens* Na lei estabelece-se o principio (art 1096 °) de que é licito aos esposos estipular, antes da celebração do matrimonio, tudo o que lhes aprouver relativamente a seus bens

As convenções relativas a regimens de bens no matrimonio só podem portanto fazer-se antes do casamento, denominando-se por esse motivo *convenções antenupciaes* Estas convenções não podem ser revogadas, nem alteradas por nova convenção, depois da celebração do casamento (art 1105 °) No caso de ausencia, se o conjugue ausente regressar depois de decorridos os prazos fixados no artigo 83 ° e se o conjugue presente fôr ainda vivo não se entenderá restabelecida a communhão de bens, se porventura tiver existido, salvo se os conjuges assim o convencionarem de novo por meio de escriptura publica (art 89 °)

As convenções antenupciaes não terão validade, se não forem celebradas em escriptura publica (art 1097.º), e os menores, desde que tenham a idade que para o casamento se exige, e estejam autorizados para este, podem validamente celebrar essas convenções

No sentido de facilitar as convenções antenupciaes, o legislador formulou quatro regimens de bens no matrimonio, os quaes podem ser modificados, a arbitrio das partes, dentro dos limites que a lei estabelece quanto

ás convenções antenuciaes sobre bens. Esses regimens são. 1) o *do costume do reino ou da communhão de bens*, que é regulado nos artigos 1108°-1124° (art. 1099°); 2) o *da simples communhão de adquiridos*, que é regulado nos artigos 1130°-1133° (art. 1100°); 3) o *da separação de bens*, que é regulado nos artigos 1125°-1129° (art. 1101°). 4) e o *dotal*, que é regulado nos artigos 1134°-1165° (art. 1102°)

Quando os esposos declarem na escriptura antenupcial que querem casar segundo algum desses regimens, observar-se-hão as disposições respectivas, independentemente de qualquer outra declaração por parte delles, e salvas as disposições em que, por se não cumprirem as formalidades estabelecidas na lei, se sujeitem os bens a outro regimen.

As características fundamentaes de cada um dos regimens são. a) do regimen da communhão de bens, a communhão entre os conjuges de todos os seus bens presentes e futuros, salvo, no que respeita á propriedade, os que sejam exceptuados por lei, b) do regimen da communhão de adquiridos, a communhão entre os conjuges dos rendimentos de todos os bens com que entrarem para o casal ou que depois houverem por successão ou por qualquer outro titulo gratuito, ou por direito proprio anterior, e a communhão no que respeita á propriedade de todos os bens que hajam sido adquiridos por titulo oneroso posteriormente ao matrimonio, c) do regimen da separação, o serem proprios de cada um dos conjuges os bens com que entram para o casal e os que de futuro adquiram por qualquer titulo; d) do regimen dotal, o haver bens da mulher que ficam especialmente garantidos, consistindo essa garantia na inalienabilidade dos bens immobiliaes e na hypotheca legal, fiança ou outra caução para garantia dos bens

mobiliaes, cuja inalienabilidade pôde ser tambem estipulada.

E' esta a doutrina que, dum modo geral, se pôde estabelecer acerca das características dos regimens de bens no matrimonio, cumprindo-nos notar que tem havido a esse respeito graves divergencias na nossa jurisprudencia (1).

Quando os conjuges nada convencionarem acerca dos seus bens, entende-se que o casamento é feito segundo o costume do reino, excepto se fôr contrahido com quebra das disposições consignadas nos artigos 1058° n.ºs 1° e 2°, porque, nesse caso, entender-se-ha que os conjuges são casados com simples communhão de adquiridos (art. 1098.º) E do mesmo modo se entende que são casadas com simples communhão de adquiridos as pessoas mencionadas nos n.ºs 3.º e 4.º do referido artigo 1058° attenta a disposição consignada no artigo 1064°

Como a separação de bens, sem expressa exclusão dos adquiridos, é regida pelas mesmas disposições que o regimen da simples communhão de adquiridos (art. 1125° e 1126°), entendemos que a expressão *separação de bens*, que se lê no artigo 1063°, é synonyma de *simples communhão de adquiridos*.

O regimen de communhão de bens pôde ser portanto legal ou convencional, sendo ambos regidos pelas mesmas disposições, salvo o caso de os esposos haverem estipulado esse regimen não puramente, mas com modificações, devendo nesse caso applicar-se, no que toca a essas modificações, as disposições do regimen respectivo

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia* vol 36° pag 531, e vol 37°, pagg 2 e 17

ou observar-se as clausulas que houverem sido consignadas no contracto.

As limitações que a lei introduz ao principio formulado no artigo 1096.º relativamente á liberdade que os esposos teem de estipular o que lhes aprouver acerca dos seus bens, acham-se consignadas em diversos artigos do codigo, mas designadamente nos artigos 1103.º e 1104.º No artigo 1103.º declara-se que ter-se-ha por não escripta qualquer convenção ou clausula pela qual se altere a ordem legal da successão dos herdeiros legitimarios, ou os direitos e obrigações paternas e conjugaes, consagrados por lei, e no artigo 1104.º que a mulher não póde privar o marido, por convenção ante-nupcial, da administração dos bens do casal, podendo apenas reservar para si o direito de receber, a titulo de alfinetes, uma parte dos rendimentos de seus bens, e dispor della livremente, comtanto que não exceda a terça dos dictos rendimentos liquidos.

Para se comprehender bem o alcance das limitações á liberdade de estipulação pelo que respeita aos bens nas convenções ante-nupciaes, é necessario ter em consideração que as convenções ante-nupciaes não são apenas destinadas á determinação do regimen a que ficam sujeitos os bens dos conjugues na constancia do matrimonio, podendo nesses contractos fazer-se doações tanto em vida como por morte, as quaes estão sujeitas a um regimen especial

E' assim que no artigo 1166.º se declara que é licito aos esposados estipular no seu contracto ante-nupcial a favor de um delles, ou de ambos, as doações ou deixas que bem lhes parecer, salvas as restricções consignadas nos artigos seguintes, preceituando-se no artigo 1167.º que se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casa-

mento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e algum destes fôr vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dicta doação exceder a importancia da terça parte dos bens que então possuir.

Relativamente ás doações ou deixas que sejam feitas nas convenções ante-nupciaes teem, pois, de observar-se as disposições respeitantes á inofficiosidade das doações ou das liberalidades testamentarias Não succede, porém, o mesmo relativamente aos bens que se communicuem em virtude do regimen estipulado, não havendo a esse respeito restricção alguma, salvo o caso de segundas nupcias e o de se verificar o casamento nas hypotheses previstas nos n.ºs 1.º-4.º do artigo 1058.º

E' assim que, se um filho que tiver já uma grande fortuna casar com uma mulher que nada tenha, esta ficará tendo, logo que se realize o casamento, direito á meação de todos os bens que pertencerem ao marido, se casarem segundo o regimen da communhão de bens

O varão ou a mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjugue, nem por nenhum titulo doar-lhe, mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes (art.º 1109.º n.º 4 e 1235.º).

Sendo as convenções ante-nupciaes destinadas a regular os direitos que os conjugues ficam tendo relativamente aos bens no matrimonio, e sendo as doações ou deixas nellas feitas motivadas por este, vê-se que a efficacia das convenções ante-nupciaes não pode deixar de ficar dependente da realização do matrimonio, entendendo-se que estes contractos são realizados sob con-

dição suspensiva. E' assim que no artigo 1168° se declara que as doações ou deixas, estipuladas no contracto ante-nupcial, ficarão sem effeito, não se verificando o matrimonio, ou sendo annullado, salvo o disposto no artigo 1091°.

As convenções ante-nupciaes não terão validade, se não forem celebradas em escriptura publica (art. 1097°)

As convenções ante-nupciaes, estipuladas em país estrangeiro, entre subditos portuguezes, regulam-se pelas disposições do codigo, podendo, todavia, as dictas convenções ser redigidas, ou pela fórmula authentica estabelecida nesse país, ou perante os agentes consulares do governo portuguez que ahí existirem (art. 1106°)

II — *Do casamento segundo o costume do reino* No casamento segundo o costume do reino communicam-se entre os conjuges pelo que respeita ao seu dominio e posse (art. 1117°) todos os seus bens presentes e futuros, que não sejam exceptuados por lei (art. 1108°) São portanto communs tanto os bens que os conjuges já tiverem ao tempo do casamento, como os que adquirirem posteriormente por qualquer titulo

As excepções que a lei faz ao principio da communicabilidade dos bens, e que tem a sua origem já na natureza dos bens, já nas clausulas com que forem doados ou deixados, já nas pessoas que os doarem ou deixarem, acham-se consignadas no artigo 1109°.

A incommunicabilidade dos bens respeita sómente á propriedade, não abrangendo os fructos e rendimentos dos dictos bens

O valor das beneficencias, isto é, o augmento de valor que os bens tenham tido em virtude de despêsas que nelles hajam sido feitas pelos conjuges, tambem se communica, como tambem se communicava o preço dos

prazos de vidas. emquanto não tomassem a natureza de *fideiussus hereditarios*.

Pelo que respeita ás dividas, temos de attender, em primeiro lugar, a se foram contrahidas anteriormente ao matrimonio ou depois d'elle

a) As dividas contrahidas anteriormente ao matrimonio são incommunicaveis, excepto nos seguintes casos (art. 1110°).

1° Se o outro conjuge estiver pessoalmente obrigado ou quiser obrigar-se ao pagamento dellas,

2° Se tiverem sido applicadas em proveito *communum* dos conjuges

Entre as dividas anteriores comprehendem-se as que resultam de qualquer acto dos conjuges anterior ao casamento, ainda que a obrigação de pagar só venha a tornar-se effectiva na constancia do matrimonio (art. 1111°)

Os credores por dividas contrahidas por um dos conjuges anteriormente ao matrimonio podem fazer-se pagar, na epocha em que as dividas se vencerem, pelos bens que o conjuge devedor levar para o casal Quando estes bens não chegarem para o pagamento, podem os referidos credores fazer-se pagar pela meação desse conjuge nos bens adquiridos, mas só depois de dissolvido o matrimonio ou de decretada a separação de pessoas e bens ou a separação judicial de bens (art. 1112°)

b) Quanto ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, são communicaveis (art. 1113°, 1114° § 2° e 1116°) 1) as que forem contrahidas por acto ou contracto de ambos os conjuges, 2) pelo marido com outorga da mulher, 3) pela mulher com authorização do marido, 4) pela mulher só, nos casos em que tenham sido contrahidas estando o marido ausente ou impedido, e se o fim para que a divida fôr contrahida não permite que

se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento, 5) só pelo marido, se tiverem sido applicadas em proveito commum dos conjuges, ou contrahidas na ausencia ou no impedimento da mulher, não permitindo o fim para que foram contrahidas que se espere pelo seu regresso ou pela cessação do impedimento

Ao pagamento das dividas que se communicarem ficam obrigados os bens communs (art 1114° § 2°). Se os bens communs não forem sufficientes para o pagamento dessas dividas, ficarão sujeitos a elle os bens proprios de qualquer dos conjuges (art 1113° § 1°). O conjuge, que fôr obrigado a pagar pelos seus bens proprios qual-quer das referidas dividas, ou a maior parte dellas, terá regresso contra o outro, para ser indemnizado pelos bens proprios deste, se os tiver, do que pagou além da metade que lhe pertencia (art 1113° § 2°).

Não se communicam as dividas (art 1114° e 1115°). 1) que tiverem sido contrahidas pelo marido na constancia do matrimonio, sem outorga da mulher, quando não revertam em beneficio do casal, ou não hajam sido contrahidas na ausencia ou impedimento da mulher; 2) as provenientes de crimes ou de factos illicitos, praticados por algum dos conjuges, 3) as que onerarem bens incommunicaveis, não sendo por juros, fóros, censos ou quinhões, vencidos depois da aquisição desses bens, isto é, de entrarem na posse do casal.

A administração de todos os bens do casal, tanto dos communs, como dos proprios de cada um dos conjuges, pertence ao marido (art 1117°), o qual pôde dispor livremente dos bens mobiliarios do casal, mas se, sem consentimento da mulher, os alhear ou obrigar por contractos gratuitos, será a importancia dos bens assim alheados levada em conta na meação d'elle (art 1118°). Pelo que

respeita aos bens immobiliarios, quer sejam proprios de algum dos conjuges, quer sejam communs, não podem ser alheados ou obrigados por qualquer fórma sem consentimento e accordo commum (art. 1119°). A mulher e os seus herdeiros não poderão, porém, annullar as alienações de bens proprios feitas pelo marido, excepto se o marido se achar constituído em responsabilidade para com ella, ou para com elles, e não tiver outros bens pelos quaes responda (art 1191° § 2°).

O marido tambem não pôde renunciar herança alguma sem outorga da mulher, mas a responsabilidade da acceitação pura, sem outorga da mulher, só pesará sobre meação e bens proprios d'elle (art 1120°. Veja-se o art 2024°).

Nos casos de divergencia, e de opposição mal cabida, pôde o consentimento do conjuge dissidente ser supprido por decreto judicial (art 1119° § unico). Tambem tem de ser supprido judicialmente o consentimento nos casos em que a mulher o não recuse mas não possa prestá-lo em virtude de ausencia ou de qualquer impedimento (art 1191° § 2°).

As garantias que a mulher tem contra a má administração do marido são a separação judicial de bens e a interdicção por prodigalidade.

A mulher só pôde administrar os bens do casal por consentimento do marido, ou no seu impedimento ou ausencia (art 1117° § unico e 1189°).

Pela palavra *ausencia* designa-se a não presença do marido no lugar do seu domicilio de modo que não possa administrar os bens do casal, e pela palavra *impedimento* qualquer doença que obste a que o marido exerça a administração.

Para os casos em que haja declaração de ausencia

com instituição da curadoria definitiva, ou interdição por demencia ou surdo-mutismo, ha disposições especiaes.

A mulher administradora, na ausencia ou no impedimento do marido, não pôde alienar bens immobiliares sem auctorização do conselho de familia, o qual, sendo representante do ausente ou impedido, deve ser nomeado nos termos do artigo 207.º, devendo assistir a esse conselho o ministerio publico, e, se o valor dos bens exceder a cem mil réis, a alienação só poderá fazer-se pela fórma estabelecida nos artigos 268.º e seguintes (art. 1190.º)

As alienações, feitas com quebra do disposto no artigo 1190.º, serão nullas, e os compradores só poderão recuperar o preço da compra pelos bens proprios da mulher vendedora, se ella os tiver, ou pelos do casal, provando-se que tal preço foi convertido em augmento do mesmo casal, e até o valor desse augmento (art. 1190.º § unico)

A communhão acaba pela dissolução do matrimonio, ou pela separação, em conformidade da lei (art. 1121.º) A dissolução do matrimonio pode resultar da morte de um dos conjuges ou da sua annullação. A separação pôde ser de pessoas e bens, ou só de pessoas, no caso do § unico do artigo 1210.º, ou só de bens

O § unico do artigo 1210.º contém uma excepção ao principio consiguado no artigo citado de que da separação judicial de pessoas deriva necessariamente a separação de bens, devendo proceder-se a inventario e partilha, como se o casamento estivesse dissolvido.

A separação judicial de bens, que representa uma garantia da mulher contra a má administração do marido, tem como consequencia a cessação da communhão desde a apresentação em juizo do requerimento para a separação, se esia vier a effectuar-se (art. 1222.º)

Nos casos em que se dê a dissolução do matrimonio por morte de um dos conjuges, o sobrevivente continuará na posse e administração dos bens do casal, enquanto se não ultimarem as partilhas, excepto (art. 1122.º).

1.º Pelo que tocar aos bens incommunicaveis do fallecido, neste caso, porém, se o legitimo successor fôr menor, continuará o pae ou a mãe na administração,

2.º Nos casos em que possa haver direito de retenção por bemfeitorias ou communicação de preço

Os bens da communhão serão repartidos entre os conjuges ou seus herdeiros com a devida igualdade, conferindo cada um o que dever á massa commun (art. 1123.º)

A mulher será paga, primeiro que o marido, dos seus creditos; e, se os bens communis não chegarem para, a sua inteira indemnização, responderá o marido pelos seus proprios, salvo se a divida lhe não fôr imputavel. O marido não gosará de igual regresso contra os proprios da mulher (art. 1124.º)

No caso de dissolução do matrimonio em virtude de annullação proceder-se-ha do mesmo modo, se os conjuges houverem estado de boa fé (artt. 1091.º e 1095.º).

III — *Da simples communhão de adquiridos.* O regimen da simples communhão de adquiridos tanto se pôde estabelecer declarando os esposos que querem casar com *separação de bens* e não excluindo expressamente os adquiridos, como declarando que pretendem casar-se com *simples communhão de adquiridos*. E' assim que nos artigos 1125.º e 1126.º se determina que, se os esposos declararem que querem casar-se com separação de bens, não se haverá por excluida a communhão dos adquiridos, sem expressa declaração, e que são applicaveis a este contracto as subseqüentes disposições dos artigos

1130°, 1131° e 1132°, que são os que regulam a simples comunhão de adquiridos

No regimen da simples comunhão de adquiridos ou da separação sem exclusão de adquiridos são proprios de cada um dos conjuges os bens que tiver ao tempo do casamento, ou depois houver por successão ou por outro qualquer titulo gratuito, ou por direito proprio anterior (art. 1130°)

Neste regimen só se communicam portanto os bens que sejam adquiridos posteriormente ao matrimonio pelo trabalho e economia dos conjuges, ou, por outras palavras, os adquiridos a titulo oneroso

Os esposos com simples comunhão de adquiridos devem antes do casamento inventariar, ou no contracto de casamento, ou em outra escriptura, ou auto publico, os bens que levem para o casal, se elles forem liquidos ou se acharem determinados. Os bens illiquidos e os que sejam adquiridos posteriormente por titulo gratuito devem ser inventariados dentro de seis meses desde que cheguem ao poder do conjuge a quem pertencem, isto é, desde que, pela sua designação ou determinação, o conjuge entre na posse delles

É esta a doutrina que, em nossa opinião, resulta da combinação do artigo 1131° e § unico com o artigo 1130°

Se os bens, quando vierem ao poder do conjuge a quem pertencem, já se acharem inventariados em qualquer documento authenticico, não é necessario inventariá-los de novo

A communicabilidade e incommunicabilidade das dividas dos conjuges casados segundo o regimen da simples comunhão de adquiridos regulam-se pelas mesmas regras que as do regimen da comunhão, como resulta do artigo 1130°, que manda applicar aos bens proprios as mesmas disposições que regulam os bens proprios no

regimen da comunhão, da disposição consignada no artigo 1198°, e do facto deste regimen constituir a regra

No artigo 1133° declara-se que as dividas dos conjuges socios nos adquiridos serão levadas em conta na parte respectiva ao conjuge devedor, se, sendo anteriores ao casamento, forem pagas pelos adquiridos. Esta disposição é igualmente applicavel ás dividas contrahidas posteriormente ao casamento, quando sejam proprias de um dos conjuges

Poderá, porém, exigir-se o pagamento das dividas anteriores pela meação nos adquiridos antes de dissolvido o matrimonio? Patece-nos que, não se fixando no artigo 1133° o prazo em que essas dividas podem ser exigidas, deve applicar-se a disposição consignada no artigo 1112°

Pelo que respeita á administração dos bens, observam-se tambem no regimen da simples comunhão de adquiridos as mesmas disposições que no regimen da comunhão.

A comunhão de adquiridos acaba nos mesmos casos, em que termina a comunhão universal de bens (art. 1132°)

[V — *Do regimen da separação de bens, em que haja exclusão dos adquiridos* Em face das disposições consignadas nos artigos 1125° e 1126°, vê-se que são só os artigos 1127°-1129°, ao contrario do que se depreheende do artigo 1101°, os que regulam o regimen a que o nosso legislador deu a designação de *separação de bens*. A separação de bens, em que se não estipula a exclusão dos adquiridos, não póde de modo algum distinguir-se da simples comunhão de adquiridos, nem é possível

conciliar as disposições applicaveis ao regimen em que se não estipule essa separação, com as que regulam o regimen da separação absoluta, pois são, como vamos vêr, muito diversas as normas que regulam a separação de bens e as que regulam a simples communhão de adquiridos

Nos casamentos feitos com separação de bens cada um dos conjuges conserva o dominio de tudo quanto lhe pertence (1127°) Não ha, pois, neste regimen bens que sejam communs, no sentido que esta palavra tem relativamente aos bens que formam o activo da sociedade conjugal, podendo apenas haver bens indivisos e tendo cada um dos conjuges o direito de requerer a divisão desses bens, ao contrario do que succede relativamente aos bens communs, cuja divisão ou partilha só pôde effectuar-se nos casos em que termina a communhão

Não havendo bens communs no regimen de que estamos tractando, é obvio que não pôde fazer-se distincção entre dividas communicaveis e incommunicaveis Quando os conjuges contractam uma divida conjunctamente, haverá uma obrigação conjuncta, que pôde ser ordinaria ou solidaria

E no artigo 1129° apenas se determina quando ficam responsaveis pelas dividas ambos os conjuges ou um só delles, o que, attenta a natureza da sociedade conjugal e a influencia que ella tem relativamente aos bens, principalmente por causa da sua administração, se tornava necessario

Preceitua-se nesse artigo que

1° As dividas anteriores ao casamento serão pagas pelos bens do conjuge devedor,

2° As dividas contrahidas durante o matrimonio serão pagas por ambos os conjuges, se conjunctamente a isso se obrigarem,

3° Se se tiver obrigado só o marido, ou só a mulher, com auctorização d'elle, respondem pelas obrigações contrahidas todos os bens proprios do conjuge que se obrigou As dividas contrahidas pelo marido com outorga da mulher, a qual não é aliás necessaria, não obrigam esta, porque, como se vê do n 2°, é necessario que ella se obrigue para esse effeito conjunctamente com o marido,

4° Se a mulher se tiver obrigado sem auctorização do marido, só respondem pelas obrigações contrahidas os bens proprios della, cuja livre alienação lhe é permitida pelo artigo 1128°.

Pelo que respeita á administração dos bens, declara-se no artigo 1127° que cada um dos conjuges pôde dispor dos respectivos bens livremente, salva a restricção que é imposta no artigo 1128°, no qual se preceitua que é applicavel á mulher, quanto aos seus bens mobiliarios separados da communhão, exceptuados os capitaes postos a juros, e á terça parte dos rendimentos, o que no artigo 1118° fica disposto, relativamente ao marido, acerca dos bens mobiliarios communs A mulher pôde dispor portanto livremente desses bens, e, como não ha, no regimen de que estamos tractando, bens communs, se a mulher os alhear por contractos gratuitos não pôde a importancia dos bens assim alheados ser levada em conta na meação della

Os bens da mulher que consistam em capitaes postos a juros, as duas terças partes dos rendimentos e os bens immobiliarios não podem ser alheados ou obrigados de qualquer fórma sem consentimento e accordo commum.

A alienação dos bens immobiliarios do marido, que seja feita sem consentimento da mulher, póde ser annullada a requerimento desta ou de seus herdeiros, se o marido se achar constituido em responsabilidade para com ella ou para com elles e não tiver outros bens pelos quaes responda (art 1191 ' § 2º)

Não havendo bens communs no regimen da separação regulado pelos artigos 1127º-1129º, não é necessario o inventario dos bens, nem esse inventario seria possivel relativamente aos bens adquiridos a titulo oneroso

Pertencem a cada um dos conjuges os bens com que entrarem para o casal ou a que tenham devido ao tempo do matrimonio, os que hajam adquirido posteriormente ao matrimonio por titulo gratuito ou com o rendimento dos proprios bens, ou com o seu trabalho ou industria, admitindo-se qualquer prova para, pela proveniencia dos bens, se determinar a quem elles pertencem

V — *Do regimen dotal* Em nossa opinião o regimen dotal apenas se distingue do regimen da simples communhão de adquiridos pelas disposições applicaveis ao dote.

É verdade que no artigo 1153º se declara que os bens, que a mulher, casada segundo o regimen dotal, possuir ou adquirir depois, e que não forem havidos como dotaes, ficarão pertencendo exclusivamente á mulher como proprios; que no artigo 1155º se diz que os bens do marido, casado segundo o regimen dotal, são havidos como proprios, e que no artigo 1198º se declara que o marido responde pelas obrigações que a mulher casada segundo o costume do reino ou com simples communhão de adquiridos contrahiu com auctorização sua, mas não pelas obrigações que a mulher, *casada por outra forma,*

contrahiu sobre bens ou interesses privativamente seus, disposições em que se tem fundamentado alguns jurisconsultos para sustentar que no regimen dotal ha, salva estipulação em contrario, absoluta incommunicabilidade de bens

Esta doutrina afigura-se-nos, porém, inacceptavel em face dos artigos 1137º, 1140º, 1153º e 1162º dos quaes resulta não só que ha bens communs no regimen dotal, mas que devem considerar-se communs os bens que sejam adquiridos a titulo oneroso, pois que, sendo communs os rendimentos dos bens dotaes e dos proprios, communs devem ser tambem considerados os bens que com esses rendimentos se adquiram

Sendo assim, os artigos 1153º e 1155º respeitam aos bens com que os conjuges entrem para o casal e aos que adquiram por titulo gratuito ou por direito proprio anterior

Correspondendo o regimen dotal, salvas as disposições applicaveis ao dote, ao regimen de simples communhão de adquiridos. é pelas disposições do regimen da communhão que tem de ser regulada a responsabilidade dos conjuges pelas dividas e os poderes do marido pelo que respeita á administração dos bens proprios e dos communs

Vejamos agora as disposições especiaes applicaveis ao dote

Para que haja o regimen dotal, é necessario que os conjuges expressamente o declarem em seu contracto (art 1134) Tem-se julgado que, para haver esse regimen, não basta que se declare que a mulher se *dota* ou que *é dotada*, sendo necessaria além disso a declaração de que os bens dotaes serão inalienaveis Parece-nos, porém, que se os conjuges declararem que *casam*

segundo o regimen dotal, ou se do contexto da escriptura antenupcial resultar que foi intenção dos conjugues estipularem esse regimen, não pôde deixar-se de considerar-se validamente pactuado o regimen dotal, porque a lei não exige formulas sacramentaes, e a inalienabilidade dos bens immobiliarios é uma consequencia da estipulação do referido regimen (art 1134), não sendo necessaria declaração alguma a tal respeito na escriptura antenupcial

A mulher pôde dotar-se a si propria com os seus bens, ou ser dotada por seus paes, pelo esposo (art 1140°), ou por outrem, contanto que todos os interessados intervenham, por si ou por seus procuradores, no mesmo contracto (art 1135°)

Podem ser objecto de dote tanto os bens mobiliarios como os immobiliarios, e tanto os bens, que a mulher já possui, como os que de futuro venha a adquirir por testamento ou *ab-intestato* (art 1136°) Parece, em face desta disposição, que os bens que a mulher adquira de futuro por doação não podem constituir objecto do dote

Consistindo o dote em bens presentes liquidos, serão estes especificados no contracto do casamento, ou em qualquer documento ou auto publico, anterior ao mesmo contracto, e, sendo illiquidos, mencionar-se-ha no contracto a proveniencia do direito a elles, devendo, neste caso, especificar-se quando se liquidarem, sob pena de serem havidos como *communis* (art 1137°) Abrangendo o dote bens futuros, serão estes devidamente especificados dentro de seis meses depois que vieram ao poder da dotada, alías serão tambem havidos como bens *communis* (art 1137° § unico) Se o dote consistir em bens moveis, será declarado o valor delles no contracto dotal, sob pena de serem havidos esses bens como *communis* (art. 1138.°).

O onus dotal sobre bens immobiliarios está, como sabemos, sujeito a registo, e, relativamente aos bens mobiliarios dotaes, cuja inalienabilidade pôde ser estipulada, e por cujo valor o marido, que pôde dispor desses bens, é responsavel (art 1148.°), não só ha hypotheca legal nos bens do marido, podendo na escriptura antenupcial designar-se os bens sobre que essa hypotheca deve recair, mas os esposos podem estipular na escriptura dotal fiança ou qualquer outra caução (art 1139°)

Se no dote, quer este seja contituido pela mulher, quer pelo marido, quer por outrem, fôr incluido dinheiro, será este convertido, dentro de tres mêses, contados desde o casamento, em bens immoveis inscrições de assentamento, ou acções de companhias, ou dado a juros, por escriptura publica, com hypotheca O dote em dinheiro, que não fôr convertido na fórma sobredicta, ter-se-ha como não existente (art 1140.°)

Esta disposição parece que só se applica ao dote em dinheiro que sêja recebido na epocha do casamento e não ao que seja recebido posteriormente, não ficando assim devidamente garantidos os direitos dos credores, que o legislador parece haver tido em vista ao consignar no codigo aquella disposição

Durante o matrimonio não pôde constituir-se dote, nem augmentar-se o constituido, salvo se fôr por effeito de accessões naturaes (art 1141°)

Se o dote tiver sido constituido pelos paes ou pelos avós da dotada, serão os dotadores responsaveis pela impotancia d'elle, no caso de evicção (art 1142°)

Se o dote tiver sido constituido por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção, se houver procedido de má fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada (art 1143.°)

Se o dote fôr constituído por pae e mãe conjunctamente, sem declaração da parte com que cada um contribue, entender-se-ha que cada um delles se obriga por metade (art. 1146 °). Se os paes não declararem que dotam por suas teiças, será o dote levado em conta na legitima da dotada, e só se deduzirá da terça dos paes aquillo em que o dicto dote exceder a legitima (art. 1147. °).

O dote estipulado é devido com todos os seus rendimentos desde a celebração do casamento, se outra cousa não tiver sido convencionada (art. 1144. °).

Se o casamento durar dez annos contados desde o vencimento dos prazos assignados para pagamento do dote, a mulher ou os seus herdeiros poderão exigir do marido a restituição delle, no caso de dissolução do casamento, ou de separação de bens, sem que sejam obrigados á prova de que o dote foi effectivamente pago, excepto se o marido provar que fez iuteis diligencias para o receber (art. 1145. °)

Pelo que respeita ás garantias do dote, tem de fazer-se distincção entre bens mobiliarios e immobiliares

Quanto aos bens mobiliarios, o marido, salva estipulação em contrario, póde livremente dispor delles, mas tem de responder pelo seu valor (art. 1148. °). Para tornar effectiva a responsabilidade do marido póde estipular-se fiança ou outra caução, e a mulher tem *hypotheca legal* nos bens do marido (art. 906. ° n. ° 3. °).

Alheando o marido os bens mobiliarios dotaes, a mulher ou os seus herdenos, embora aquella consentisse na alienação, podem reivindicar esses bens tanto na constancia do matrimonio, como depois da sua disso-

luição ou de haver separação, quando se verificarem as seguintes circumstancias (art. 1150. ° § 1. °)

1. ° De não ter o marido bens, com que responda pelo valor dos bens alheados,

2. ° De terem sido, tanto as alienações feitas pelo marido como as subseqüentes entre terceiros por titulo gratuito ou com má fe

No caso de reivindicção por parte da mulher ou de seus herdeiros, o marido fica responsavel por todas as perdas e damnos, tanto para com a mulher, como para com terceiros, a quem não haja declarado a natureza dos bens alheados (art. 1151. °)

Quando os bens mobiliarios dotaes sejam alheados para algum dos fins indicados nos n. °s 1. ° a 4. ° do art. 1149. °, o marido ficará exonerado de toda a responsabilidade por esses bens. E igualmente ficará isento dessa responsabilidade, quando o producto da alienação dos mesmos bens tiver applicação a algum dos fins especificados nos referidos numeros (art. 1149. ° § 1. °, em que por erro se fala em *bens immobiliares dotaes*, em vez de *bens mobiliarios*)

Os bens immobiliares dotaes são inalienaveis, salvo nos casos em que a lei admite essa alienação, os quaes se acham declarados no art. 1149. ° n. °s 1. ° e 7. °

Alem dos casos especificados nos numeros referidos, os bens immobiliares dotaes podem ser empraçados (art. 1666. °) e expropriados por utilidade particular (cod. de proc. civ., art. 610. ° § 3. °)

A alienação, no caso do n. ° 1. ° do art. 1149. °, não excederá a legitima do filho que se quizer dotar ou estabelecer, acrescentando a essa legitima a terça de seus paes, tudo calculado em relação á epocha em que a alienação houver de fazer-se, pelo modo poi que o se-

ria se, por morte dos paes, nesse tempo se dissolvesse o matrimonio (art 1149 ° § 4.º)

Nos casos dos n.º 5º e 7º do art 1149 ° o producto dos bens alheados será applicado á adquisição de outros de igual valor, que lhes ficarão subrogados (art 1149 ° § 5º)

Nos casos em que a lei permite a alienação dos bens immobiliarios dotaes têm de observar-se certas formalidades

E' assim que se exige previa autorização judicial, salvo no caso de expropriação (art 1149.º § 2º), e que, em caso de venda ou aforamento, a alheação desses bens tem de ser feita em hasta publica (artt 1149 ° § 3.º e 1666 °. O processo que tem de seguir-se e o que se acha fixado no art 601 ° do codigo de processo civil

Se o marido alhear os bens immobiliarios dotaes fóra dos casos em que é permittida essa alienação e não observando as formalidades exigidas por lei, esses bens podem ser reivindicados pela mulher tanto na constancia do matrimonio como depois da sua dissolução, ou depois de haver separação, ainda que a mulher consentisse na alienação (art 1150 °)

O direito da mulher passa para os seus herdeiros (art 1150 ° § 2.º)

Essa reivindicação, porém, se a mulher houver consentido na alienação, só póde verificar-se quando o dote se ache registrado, pois que, emquanto se não effectuar o registo, a constituição do dote não produz effeito em relação a terceiros (artt 949 ° § 2º n.º 5 e 951 °), sendo necessario interpretar o art 1151 ° em harmonia com esta doutrina

Os bens immobiliarios dotaes não podem ser prescriptos durante o matrimonio nos termos do artigo 551 °. Os mobiliarios podem prescrever, mas responde o marido pelo seu valor (art 1152.º)

O regimen dotal termina com a dissolução do matrimonio por morte ou annullação, e, dada a separação judicial de pessoas e bens, e, em certos casos, a simples separação judicial de bens, o dote tem de ser restituído á mulher (art 1156 °), mas os bens dotaes conservam, como veremos, a mesma natureza de inalienaveis e imprescriptiveis

Dada a dissolução do matrimonio por morte de um dos conjuges, o dote será restituído á mulher ou a seus herdeiros como quaesquer outros bens que directamente lhes pertencerem (art 1156 °), isto é, os bens proprios e a sua meação nos adquiridos, observando-se a respeito dos bens proprios as mesmas regras que acerca da restitução dos bens dotaes (art 1165 °), e a respeito dos adquiridos as mesmas regras que no regimen da communhão de bens

O marido, ou os seus herdeiros, não serão responsaveis pela restitução dos bens dotaes ou proprios da mulher, se esses bens se perderem por accidente que lhes não seja imputavel (art 1157 °). Se fizerem parte do dote bens immobiliarios, serão restituídos, logo que sejam pedidos, mas os bens mobiliarios, que fizerem parte do mesmo dote, só podem ser exigidos passado um anno depois da dissolução do matrimonio ou de legalmente se effectuar a separação, exceptuados os moveis que o marido conservar em seu poder, os quaes devem ser immediatamente restituídos (art 1158 ° e § unico)

A mulher ou os seus herdeiros podem, todavia, exigir

os juro legaes das sommas que o marido ou os seus herdeiros demorem em seu poder (art 1159.º)

Se o dote consistir em usufructo, censos, fóros ou quinhões, a restituição far-se-ha com a entrega dos respectivos titulos logo que se dê a dissolução ou a separação, cessando o marido ou os seus herdeiros de fruir ou receber as prestações (art. 1160.º e § unico)

Se o dote consistir em dividas activas, responderá o marido pelas quantias recebidas, e pela importancia daquellas que se perderem, ou acharem prescriptas por sua culpa ou negligencia. Quanto ás demais, satisfará em restituir os titulos que tiver em seu poder (art 1161.)

Os fructos pendentes, e os rendimentos de quaesquer bens dotaes, serão partilhados com o marido e a mulher ou seus herdeiros, em proporção do tempo que tiver durado o matrimonio no ultimo anno (art 1162.º)

O marido, ou seus herdeiros, têm direito de serem pagos, pela mulher ou por seus herdeiros, das bemfeitorias necessarias e uteis, mas só na importancia do valor acrescido ao tempo da restituição. As bemfeitorias voluptuarias só podem ser levantadas pelo marido ou pelos seus herdeiros, nos termos do artigo 500.º (art 1163.º)

As despêsas e encargos ordinarios dos bens dotaes reputam-se compensados com os rendimentos dos mesmos bens

VI — *Das doações entre esposados* Já vimos que nas convenções antenuptiaes não só pode determinar-se o regimen de bens no matrimonio, mas que podem estipular-se doações ou deixas, pelas quaes se dê a transferencia dos bens de um conjuge para o outro, immediatamente ou por morte

E' assim que o esposo pode dotar a mulher com bens que lhe pertençam e que ficarão sendo proprios da

muller, que esta póde fazer doação de parte de seus bens ao esposo, que qualquer delles póde estipular que, por sua morte, o outro ficará usufructuario de todos os seus bens ou de parte delles. A estas doações ou deixas applicam-se os principios da inofficiosidade das doações, podendo ser revogadas ou reduzidas por inofficiosidade (art 1167.º) Estão sujeitas, porém, a um regimen especial, já pelo que respeita ao seu objecto, já pelo que respeita ás causas por que podem ser annulladas (art 1174.º)

Quanto ao objecto, as doações entre esposados podem abranger bens futuros. E' assim que nos artigos 1170.º e 1171.º se previnem as hypotheses de as doações serem de bens presentes e determinados e de parte ou da totalidade da herança, preceituando-se que, se a doação for de bens presentes e determinados, será irrevogavel, ainda que o donatario venha a fallecer primeiro que o doador, se outra cousa não fôr estipulada; e que, se fôr de parte ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo por titulo gratuito dos bens doados

O direito a doação de parte ou da totalidade da herança, seja ou não seja reciproco, não é transmissivel aos herdeiros do donatario, fallecendo este primeiro que o doador (art 1172.º)

Pelo que respeita ás causas de annullação, as doações antenuptiaes não podem ser annulladas (art 1169.º)

- 1.º Por falta de accettazione expressa;
- 2.º Por superveniencia de filhos,
- 3.º Por causa de ingratidão

VII — *Das doações feitas por terceiro aos esposados.* Póde qualquer dispor em favor dos futuros esposos, ou de algum delles, de parte dos seus bens ou de todos,

em vida ou por morte, contanto que o faça no proprio contracto antenupcial, ou em escriptura publica separada, salvo o que se acha ordenado acerca das doações inofficiosas (art. 1175°) Podem, pois, as doações feitas por terceiros aos esposados abranger bens futuros

E não é esta a unica especialidade das doações que sejam feitas por terceiro para casamento

Assim, pelo que respeita á acceptação dellas, preceitua-se (art. 1176°) que, se essas doações forem feitas no contracto antenupcial, serão validas sem dependencia de acceptação expressa dos donatarios, acceptação que é necessaria quando sejam feitas em actos separados

Pelo que respeita á reversão determina-se (art. 1167°) que, posto que taes doações sejam feitas em favor dos esposos, ou de algum delles, aproveitarão aos filhos que procederem do mesmo casamento, ainda que o donatario ou donatarios falleçam primeiro que o doador, e que tão sómente caducarão, se o doador sobreviver a todos os descendentes dos donatarios Nas doações feitas em favor de esposados entende-se pois estipulada a reversão, nas condições referidas

Quanto á revogação dessas doações, só podem ser revogadas ou reduzidas por inofficiosidade, não o podendo ser por superveniencia de filhos nem por ingratidão (artt. 1483° n° 2° e 1489).

VIII — *Das doações entre casados* O marido e a mulher podem fazer entre si doações dos seus bens, assim por acto entre vivos, como em testamento (art. 1178°) As doações em vida serão reguladas conforme o que é ordenado no capitulo das doações, e as doações por morte conforme o que se dispõe no titulo dos testamentos (art. 1179°).

Os conjuges não podem fazer doações um ao outro no mesmo e unico acto (art. 1180°)

As doações entre conjuges podem ser revogadas, livremente e a todo o tempo pelos doadores, não precisando a mulher para esse effeito de ser auctorizada pelo marido, ou por decreto judicial (art. 1181° e § 1°).

A revogação deve ser expressa (art. 1181° § 2°)

As doações feitas entre casados não são revogaveis por superveniencia de filhos, mas podem ser reduzidas por inofficiosidade (art. 1182°)

Os bens doados tomarão a natureza de propios do donatario, seja qual fór o contracto antenupcial (art. 1183°)

IX — *Disposições especiaes pelo que respeita ao regimen de bens no matrimonio e ás doações, quando os conjuges tenham descendentes de anterior matrimonio* Sob a epigraphe *Das segundas nupcias*, a qual não é exacta, pois que as disposições a que respeita tanto se applicam as segundas como ás posteriores (art. 1239°), foram consignadas no codigo algumas disposições (artt. 1233°—1239°) que tem por fim principal defender os interesses dos descendentes de matrimonio anterior

Algumas dessas disposições tem suscitado graves duvidas na nossa jurisprudencia (1) Limitai-nos-hemos a enunciar as disposições, expondo a nossa opinião

A viuva que quizer contrahir novas nupcias, antes de terem decorrido tresentos dias depois da morte do marido, será obrigada a fazer verificar se está ou não

(1) Veja-se a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. 35°, pag. 563

gravida (art 1233 °) A viuva que casar, desobedecendo ao que fica disposto no artigo precedente, perderá todos os lucros nupciaes, que por lei ou convenção tenha recebido, ou haja de receber por parte do marido anterior, os quaes passarão aos legitimos herdeiros d'elle, e o segundo marido não poderá contestar a sua paternidade relativamente ao filho que nascer passados cento e oitenta dias depois do seu casamento, salvo, contudo, o direito do filho para reclamar, se assim lhe convier, a paternidade do marido anterior, podendo prová-la (art 1234 °)

O varão ou a mulher, que contrahir nupcias tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio, não poderá, enquanto elles forem vivos, communicar com o outro conjuge mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes (art 1235.º)

Os bens, que o dito varão ou mulher haja adquirido ou venha a adquirir, como herdeiro legitimo, dos filhos de qualquer dos matrimonios, e que estes houvessem herdado de seu fallecido pae ou mãe, pertencerão em propriedade aos irmãos germanos dos filhos fallecidos, e o pae ou mãe só terá o usufructo (art 1236 °).

A viuva que contrahir nupcias depois de completar cincoenta annos, não poderá alhear por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido matrimonio, a propriedade das duas terças partes dos bens mencionados no artigo 1235 °, enquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver (art 1237 °)

O varão, ou a mulher com filhos de anterior matrimonio, que casar com pessoa que os não tenha, presumir-se-ha casado, não havendo convenção em contrario, segundo o costume do reino (art 1238 °)

X—*Dos effeitos da separação de pessoas em relação aos bens.* Decretada a separação de pessoas, procede-se a partilha, como se o casamento estivesse dissolvido, excepto no caso de adulterio da mulher (artt 1210 ° e § unico e 1211.º)

Os bens dotaes, que devem ser entregues á mulher (art 1156 °) não perdem esta qualidade, continuando a ser inalienaveis, porque os conjuges não ficam auctorizados a exercer antecipadamente direitos dependentes da dissolução do matrimonio (art 1217.º)

O conjuge, que dê causa á separação, perderá tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração deste, lhe houver dado ou prometido (art 1213 °) Esta disposição respeita ás doações entre esposados, entre casados, e feitas por terceiro aos esposados ou casados, e não aos bens que, em virtude do regimen estipulado, se houverem communicado.

Os conjuges podem dispor livremente dos bens mobiliarios, que depois da separação pertencerem a cada um delles, salvo, pelo que respeita ás disposições a titulo gratuito, o direito dos herdeiros legitimos (art 1215) Pelo que respeita aos bens immobiliarios, a disposição entre vivos dos que ficarem pertencendo a cada um dos conjuges depois da separação depende do consentimento de ambos, podendo ser judicialmente suprido o daquelle que, sem justo motivo, o recusar, ou que por ausencia ou impedimento o não possa prestar (art. 1216.º) Esta disposição não é applicavel á expropriação por utilidade publica

A separação de bens em nada prejudica os direitos anteriormente adquiridos pelos credores do casal (art 1214.º).

XI — *Da simples separação judicial de bens* A mulher casada, quer sem comunhão de bens, quer com ella,

que se achar em perigo manifesto de perder o que fôr seu pela má administração do marido, poderá requerer a separação de bens (art. 1219^o). A simples separação judicial de bens tem por unico fim transferir para a mulher a administração dos bens cuja propriedade lhe pertence e que pela má administração do marido estejam em manifesto perigo de perda, tornando-se assim necessarias duas condições para que a mulher possa requerer essa separação a) perigo manifesto de perder os bens que lhe pertencem, b) que esse perigo resulte da má administração do marido

Como a separação de bens não pôde fazer-se por convenção dos conjugues (art. 1227^o), chama-se *judicial*, sendo julgada pelo juiz de direito (art. 1223^o) sem intervenção do conselho de familia

A mulher pôde requerer a separação de bens seja qual fôr o regimen de bens estipulado, quando se verifiquem as condições que a essa separação dão direito, mas, para determinar os bens sobre que pôde recair a separação, necessario é ter em vista o regimen

Assim, se a mulher for casada segundo o costume do reino, a separação só poderá recair sobre os bens que tiver trazido para o casal ou que depois lhe houvessem advindo, e na meação dos que tiver adquirido conjuntamente com o marido (art. 1220^o). Se a mulher for casada segundo o regimen dotal, ou por outra especie de separação de bens, só se admitirá a separação judicial sendo os bens dotaes ou separados susceptíveis de deterioração, e não se achando a restituição do dote sufficientemente assegurada por algum dos modos estabelecidos no artigo 1139^o (art. 1221^o)

Communicando-se o dominio e posse, no regimen do costume do reino, dos bens que os conjugues tragam para

para o casal, não se comprehende o motivo por que a separação não recae sobre a meação desses bens; e, podendo haver bens communs no regimen da separação e no dotal, tambem se nos afigura de difficil justificação que a mulher não tenha direito a que lhe seja entregue a meação nesses bens

Os effectos que derivam da separação consistem: 1) em pôr termo á communhão desde a apresentação do requerimento em juizo para a separação, se esta vier a effectuar-se (art. 1222^o), 2) em ser entregue á mulher a administração dos seus bens (art. 1223^o), 3) em os bens separados ficarem sendo proprios da mulher, excepto os dotaes, que conservarão a mesma natureza (art. 1224^o).

A separação de bens não exonera a mulher de contribuir para as despêsas do casal com os rendimentos dos seus bens em proporção dos seus haveres (art. 1226^o)

Para com terceiros, a separação produz effectos desde a publicação do primeiro annuncio para a citação dos oppoentes (art. 1225^o e cod. de proc. civil, art. 482^o § 3^o), consistindo esses effectos em as dividas contrahidas pelo marido depois do annuncio não poderem recair sobre os bens da mulher que forem separados por effecto da sentença (art. 1225^o § 2^o).

Os credores, que se pôdem oppor á separação, são os credores especiaes de qualquer dos conjugues (artigo 1228^o), pois os credores communs não podem ser lesados pelo facto da separação

A separação judicial de bens pôde ser annullada por convenção entre os conjugues, contanto que essa convenção seja celebrada por escriptura ou auto publico (art. 1229^o) ou por termo nos autos da acção (cod. de proc. civil, art. 483^o). Em qualquer dos casos, a convenção tem de ser homologada por sentença do juiz

proferida no processo da acção, e só produzirá effeitos para com terceiros depois de devidamente annunciada (art 1229 ° e cod de proc civil, art 483 °) (1)

§ 4 — Do poder paternal

I — *Noções geraes* Poder paternal é, segundo o artigo 137 ° do nosso codigo, o complexo de direitos que competem aos paes, quanto á regencia e protecção das pessoas dos filhos menores e á administração dos seus bens. Esta noção não póde, porém, considerar-se rigorosa.

Não sendo o poder paternal estabelecido em favor dos paes, mas no interesse dos filhos, a quem a lei confere os direitos adequados á execução das obrigações que sobre elles impendem, a idéa de obrigação e não a de direito é que traduz o conceito fundamental da instituição.

A definição seria portanto mais rigorosa se em vez de dizer complexo de direitos, dissesse complexo de obrigações.

O poder paternal deriva do facto da procreação legalmente reconhecido. E como este reconhecimento póde dar-se pelo casamento e pela perfilhação, temos o poder paternal a) sobre os filhos legitimos e legitimados; b) sobre os filhos perfilhados. O codigo trata do poder paternal na familia legitimamente constituída nas secções 7.ª e 8.ª do titulo IX, naquella do poder pater-

(1) Alem dos casos em que pode haver a separação judicial de bens segundo o disposto no cod civil, ha o especificado no artigo 10 ° do codigo commercial

nal na constancia do matrimonio, e nesta do poder paternal depois de dissolvido o matrimonio por morte dum dos conjuges. Do poder paternal em relação aos filhos illegitimos occupa-se o codigo na secção 9.ª

Seguremos a ordem do codigo

II — *Do poder paternal na constancia do matrimonio.* Na familia legitimamente constituída e na constancia do matrimonio o poder paternal pertence a ambos os paes; mas, para evitar contradicções e manter a unidade na familia, é investido o pae da auctoridade de chefe e é a elle que respeita propriamente o exercicio do poder paternal, prevalecendo a sua vontade em caso de divergencia artigos 138 °, 1061 ° e 1185 °)

No caso da ausencia ou de qualquer impedimento physico ou legal pertence á mãe o exercicio desse poder (art 139 °)

Os direitos e obrigações que formam o conteúdo do paterno poder e de que o codigo se occupa nos artigos 140 ° a 153.º, dividem-se em dois grupos ou categorias

- 1) Direitos e obrigações respeitantes ás pessoas dos filhos,
- 2) Direitos e obrigações relativos aos bens

As obrigações que competem aos paes quanto aos filhos menores são

a) Alimenta-los, educá-los, instrui-los e dar-lhes occupação conveniente, conforme as suas posses e estado ou condição e haveres, devendo ser respeitada pelo conselho de familia a vontade dos paes a respeito da profissão do filho, se nisso não reconhecer graves inconvenientes (art 140 °, e 224 ° n ° 9.º)

b) Dirigi-los e vigiá-los.

A sanção relativa a esta obrigação acha-se consignada no art 2379.º, sendo os paes responsáveis por qualquer damno praticado pelos filhos, excepto se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia

A estas obrigações correspondem, como não podia deixar de ser, direitos que têm por fim assegurar a sua execução.

a) Além da consideração e respeito que todos os filhos devem aos paes, os filhos menores são obrigados a cumprir os seus preceitos em tudo o que não seja illicito (art. 142.º).

b) Os paes podem requerer ao juiz competente para que lhes sejam entregues os filhos que por qualquer modo os houverem abandonado (cod. de proc. civ. art. 667.º).

c) No caso de desobediencia e de incorrigibilidade, os paes podem requerer á auctoridade judicial para que esta faça recolher o menor varão em uma casa de correção, para isso destinada, nas terras em que a houver, pelo tempo que lhe parecer justo, não excedendo a trinta dias (art. 143.º § unico e cod. de proc. civ., art. 668.º, § 2.º).

Quanto ás garantias destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações que incumbem aos paes relativamente ás pessoas dos filhos menores, a lei não sujeita a cautela alguma preventiva o poder dos paes quanto aos filhos menores, mas determina que, em caso de abuso, os paes poderão ser punidos em conformidade do cod. pen. e inhibidos de reger a pessoa e bens dos filhos, a requerimento dos parentes ou do ministerio publico, aquelles como representantes dos interesses da familia e este da sociedade

E' ao conselho de familia que compete deliberar so-

bre a procedencia da arguição (cod. de proc. civ., art. 438.º)

O conselho de familia deve ser organizado nos termos do art. 207.º do cod. civ., mas, se fôr especialmente arguido um dos paes, será composto de dois parentes do arguido e tres de outra linha. Na falta de parentes do arguido, nomeará este dois vogaes, e na falta de parentes da outra linha, o requerente nomeará dois vogaes, e o terceiro sera nomeado pelo juiz (cod. de proc. civ., art. 437.º)

Sendo a arguição julgada procedente e um dos paes inhibido de reger a pessoa e os bens do menor, será dado a este tutor por nomeação do conselho de familia (cod. civ., art. 141.º § unico e cod. do proc. civ., art. 440.º) (1)

2) Pelo que respeita aos direitos e obrigações dos paes quanto aos bens dos filhos menores, tracta o código dos seguintes assumptos

a) De que bens têm os paes a propriedade e o usufructo, só o usufructo, só a administração e nem o usufructo nem a administração;

b) Quaes são os encargos do usufructo,

c) Quando termina o usufructo,

d) Que obrigações tem os paes como administradores dos bens dos filhos;

e) Como se resolvem os conflictos de interesses entre paes e filhos,

(1) O código civil falla, no artigo citado, em *tutor* ou *administrador* e o código de processo civil so em *tutor*. Este e mais correcto, porque a inhibição do poder paternal respeita tanto as pessoas como aos bens do menor, não sendo permitido separar essas funcções, como o indica a redacção do art. 141.º

f) Quando devem ser entregues os bens aos filhos.

a) Temos, pois, enquanto aos bens quatro categorias

1) Os bens de que os paes teem a *propriedade* e o *usufructo* são os que os filhos adquirem enquanto estão em companhia dos paes, com o emprego de meios ou capitaes pertencentes aos mesmos paes (art. 144.º). Os encargos do poder paternal e o serem os bens adquiridos pelos filhos com meios fornecidos pelos paes, justificam essa disposição. Como incentivo ao trabalho e para poderem premiar a actividade dos filhos, é concedida aos paes a faculdade de os remunerar dando-lhes alguma parte dos bens, disposição que isenta essas remunerações da collação (art. 2093.º), porque, quando assim não fosse, era completamente inutil, pois que o código não prohibe que os paes façam doações aos filhos.

2) Os bens de que os paes teem só o *usufructo* são os que os filhos adquirem pelo seu trabalho, industria ou recursos proprios, ou por qualquer título gratuito (art. 145.º).

O código conferiu a propriedade d'esses bens aos filhos, em virtude de os paes não haverem concorrido directamente para a sua aquisição, e dá a estes o usufructo, attentos os onus que sobre elles pesam.

3) Os paes só teem a *administração* dos bens doados ou deixados com *exclusão do usufructo* dos paes, e dos bens provenientes de successão de que os paes forem excluidos por causa de indignidade. Não devia o legislador restringir, pois que isso não interessa a ordem publica, as liberalidades em favor dos filhos, nem os filhos deviam soffrer com actos criminosos ou indignos praticados pelos paes. Esta mesma consideração levou o legislador a declarar que o conjuge, que não fôr declarado indigno, não perderá o usufructo dos bens do filho (art. 146).

4) Não pertence aos paes nem o *usufructo* nem a *administração*

1.º Dos bens que os filhos adquirem por seu trabalho, vivendo sobre si com permissão dos paes,

2.º Dos bens que adquirem pelas armas, lettras ou artes liberaes, vivam ou não em companhia dos paes,

3.º Dos que forem legados ou doados aos filhos com exclusão da administração dos paes (art. 147.º). Justo é que, tendo os filhos economia separada, usufruam os bens que adquirem pelo seu trabalho, e poderia até justificar-se que tivessem o usufructo dos que adquirem por título gratuito, pois nesse caso desapareceu no todo ou em parte os encargos do poder paternal. O usufructo dos bens adquiridos pelas armas, lettras ou artes liberaes é um salutar e justo premio. Nas doações e deixas deu-se, como era de justiça, completa liberdade aos seus auctores em beneficio dos filhos.

b) O usufructo legal que compete aos paes sobre os bens dos filhos menores está intimamente connexo com o patrio poder, devendo os paes applicar o rendimento dos bens á decente sustentação dos filhos, conforme a sua educação e os seus haveres, e á administração dos bens, pertencendo-lhes o que exceda esses encargos (art. 148.º).

As obrigações do pae usufructuario são as mesmas do usufructuario em geral, exceptuando a caução que, ninguém devendo ter mais interesse na conservação e augmento do patrimonio dos filhos do que os paes, estes só excepcionalmente são obrigados a prestar.

Passando o pae a segundas nupcias, tem de prestar caução (art. 148.º § unico), e tambem póde ser obrigado a prestá-la se se verificarem cumulativamente os seguintes requisitos.

- 1) Que os bens sejam mobiliários;
 - 2) Que sejam de considerável importância,
 - 3) Que se julgue necessária a caução — artigo 151.º e código de processo civil artigo 512.º
- c) O direito de usufructo termina:
- 1) Pela emancipação ou maioridade do filho,
 - 2) Se a mãe passar a segundas nupcias;
 - 3) Se o pai ou a mãe, por morte do outro cônjuge, não promover inventário dentro do prazo estabelecido no artigo 156.º
 - 4) Pela renúncia (art. 149.º) (1).

d) Os pais, como administradores dos bens dos filhos, não podem aliená-los, hypothecá-los, ou obrigá-los por qualquer outra forma, excepto no caso de urgente necessidade e nos termos do artigo 150.º do código civil e 657.º do código de processo civil

Os pais não são obrigados a dar contas da sua gestão, salvo com relação aos bens de que forem meros administradores. Estas contas são tomadas pelo juiz respectivo, de quatro em quatro annos

e) Se entre os pais e os filhos menores se levantarem conflictos de interesses, cuja resolução dependa da autoridade pública, será dado ao filho, por nomeação do juiz competente, tutor especial (art. 153.º)

f) Os pais devem entregar a seus filhos, logo que se

(1) A disposição do artigo 149.º n.º 2.º está revogada. Os únicos effectos das penas são os que se acham consignados nos artigos 74.º e seguintes do código penal, entre os quaes se não encontra o da inibição do poder paternal

emancipem ou cheguem á maioridade, todos os bens e rendimentos que lhes pertencerem (art. 154.º)

O pai só é obrigado a restituir o valor dos bens moveis do filho, quando tenha concorrido para a perda d'esses bens. Quando elles tenham sido consumidos em uso que fosse commum aos filhos, não tem de os restituir, porque *res suo domino perit*, e tambem não é obrigado a isso quando pereçam por caso fortuito, porque *casus nemo prestat*.

Isto posto, passamos a tratar do

III -- Poder paternal dissolvido o matrimonio. O código só trata na primeira parte da dissolução do matrimonio por morte de um dos cônjuges. As disposições relativas ao poder paternal, no caso de annullação do matrimonio ou de separação judicial de pessoas, e bens, acham-se consignadas nos artigos 1093.º, 1094.º, 1207.º, n.º 3.º e 1212.º

Dissolvido o matrimonio por morte de um dos cônjuges, o que sobrevive continúa a exercer o poder paternal, devendo conformar-se com as disposições dos artigos 156.º e seguintes (art. 155.º)

Quando seja o pai que sobreviva, exerce o poder paternal sem que a mãe lhe possa impor limitações algumas

Quando sobreviva a mãe, o código não permite que seja privada do poder paternal, mas o pai póde sujeitá-la, no exercicio d'este poder, a um conselho de pessoas nomeadas por elle.

O legislador, determinando que o poder paternal devia ser exercido pela mãe depois de dissolvido o matrimonio, foi coherente e justo. *coherente*, porque em face dos principios consignados nos artigos 137.º-139.º o poder paternal compete, durante a constancia do ma-

trmonio, a ambos os conjuges, exercendo-o a mãe na falta ou impedimento do pae; *justo*, porque seria uma verdadeira crueldade privar a mãe de cuidar de seus filhos, confiando-os a um estranho, sendo certo que ninguem mais do que ella deve ter interesse e zelo pelo bem delles

A faculdade concedida ao pae de nomear, sem numero fixo, conselheiros que dirjam a mãe no exercicio do poder paternal, ha quem pretenda justificá-la pela consideração de que o pae, conhecendo a capacidade da mulher como administradora, deve ter o direito de defender os interesses dos filhos, indicando quem previna os erros que ella possa praticar

Esta faculdade, porém, attribuida ao pae, tem, praticamente, limitadissimo alcance

Se a mãe fôr bem intencionada, aconselhar-se-ha com pessoas prudentes e amigas, sempre que tenha de realizar algum acto relativo á pessoa ou bens do filho, que assumia uma certa importancia. Se fôr mal intencionada, não serão os conselheiros nomeados pelo pae que evitarão que ella realize os seus caprichos, visto que não e nem podia ser obrigada a seguir o parecer delles

E' verdade que o legislador consignou no codigo (art. 161 ° e cod. de proc. civ., art. 757 °) a disposição de que a mãe que, em prejuizo dos filhos, deixar de seguir o parecer do conselheiro nomeado pelo pae, pôde ser inhibida pelo conselho de familia, a requerimento do dito conselheiro, do curador dos orphãos, ou de qualquer parente, do exercicio do poder paternal. Esta disposição, porém, só dá a um estranho a faculdade de requerer a interdicção do poder paternal, quando os conselheiros não sejam parentes dentro do 10 ° grau, e faz intervir no processo o curador dos orphãos em vez do

agente do ministerio publico, pois que, em tudo o mais, subsistem as normas geraes relativas á inhibição do poder paternal (1)

O pae só pôde nomear conselheiros em testamento e não pôde nomear quem não reuna as condições necessarias para ser tutor (art. 159 ° e 160.º)

Passando a mãe a segundas nupcias perde, como já vimos, o usufructo dos bens dos filhos, e perde tambem a administração desses bens, se o conselho de familia não resolver que ella continue a ser administradora. Neste caso, será obrigada a dar a caução que o mesmo conselho julgar necessaria, se este não resolver dispensá-la (art. 162 °).

A disposição que priva a mãe viúva da administração dos bens do filho pôde justificar-se, attendendo a que o marido é o administrador dos bens do casal

Inhibida da administração dos bens, a mãe continúa a exercer o poder paternal pelo que respeita á pessoa do filho, devendo o conselho de familia arbitrar-lhe as mesadas convenientes, que tem de ser-lhe entregues pelo administrador dos bens, cuja nomeação pertence ao conselho de familia (art. 163 °, § unico)

O marido, caso a mulher viúva seja mantida na administração dos bens do filho, é solidariamente responsavel com ella pelos prejuizos que resultarem da sua gerencia, podendo assim ser um ou outro chamado a prestar contas e pedir-se tambem a um ou outro a totalidade dos prejuizos (art. 163.º)

(1) O codigo fala em *prejuizo* sem determinar as causas, que tanto podem ser a ma fe ou a negligencia, como a ignorancia ou circumstancias fortuitas. Ao conselho de familia compete a apreciação dessas causas, devendo decidir em harmonia com ellas

Se a mãe tornar a enviuvai, recobrará o usufructo e administração dos bens do filho, se desta tiver sido privada (art 164^o)

IV — *Do poder paternal em caso de separação judicial de pessoas e bens dos conjuges e de annullação do casamento.* Decretada a separação judicial de pessoas e bens dos conjuges, o conselho de familia, na falta de accordo dos conjuges (cod de proc. civ, artt 462^o e 465.^o) proverá acerca dos filhos, que poderão ficar entregues ao cuidado de um dos conjuges ou de terceiros, mas o outro conjuge, no primeiro caso, e ambos elles, no segundo, não ficam privados dos direitos nem desonerados das obrigações que lhes incumbem em tudo que não se opposer ao desempenho do encargo que fica pesando especialmente sobre o outro conjuge (artt 165^o e 1212^o).

Tem, pois, os paes de contribuir para as despêsas com os filhos e de velar pelos seus interesses, educação e collocação. Em caso de divergencia, quando se trate de emancipação ou de licença para o casamento, é a vontade do pae que prevalece, embora o filho haja sido entregue ao cuidado da mãe

A mesma doutrina é applicavel em caso de annullação do matrimonio, quando os conjuges tenham estado de boa fé (cod de proc civ, art. 472^o).

V — *Do poder paternal dos filhos illegitimos.* Derivando o poder paternal do facto da procreação legalmente reconhecido, ficam sujeitos a elle não só os filhos legitimos e legitimados, mas tambem os perfilhados

O legislador não sujeitou, porém, ao poder paternal o filho perfilhado, quando este o tenha sido por sen-

tença judicial e os paes hajam contestado a paternidade ou maternidade de que foram judicialmente convencidos, porque essa contestação revela a falta de affecto pelo filho, constituindo uma grave presumpção de que este não será bem tratado pelos paes (art 166^o)

Os paes perfilhantes gosam dos mesmos direitos e estão sujeitos ás mesmas obrigações que constituem o poder paternal na constancia do matrimonio, excepto pelo que respeita ao usufructo dos bens dos filhos, que lhes não pertence, procurando assim o legislador não só evitar a constituição das familias illegitimas, mas tambem que os paes realizem a perfilhação com intuito lucrativo (art 166^o)

No caso de os paes haverem contestado a sua paternidade, os menores ficam sujeitos á tutela especial organizada para os filhos espurios, os quaes, embora a paternidade ou maternidade tenham sido provadas nos termos da lei, não ficam sujeitos ao poder paternal, por isso que legalmente são estranhos á familia (artt 135.^o, 136.^o e 166^o, § unico)

VI — *Da suspensão e termo do poder paternal.* A suspensão do poder paternal póde ser motivada (art 168^o).

- 1) Pela incapacidade dos paes judicialmente declarada,
- 2) Pela ausencia dos paes, nos termos do artigo 82^o (1).

1) A incapacidade dos paes póde resultar de demencia, surdomutismo e prodigalidade

A demencia, judicialmente reconhecida, produz necessariamente a suspensão do poder paternal relativamente

(1) No artigo 168^o n^o 3^o falla-se em condemnação que envolva interdição temporaria do poder paternal. Segundo o codigo penal de 1886, artigo 74^o e seguintes, não se perde nem suspende o poder paternal em virtude de condemnação criminal

ao conjuge demente, e, quando o outro conjuge não seja vivo ou capaz, os filhos menores ficarão sujeitos á mesma tutela que o pae

O surdo-mudo só é privado do poder paternal, quando seja incapaz de o exercer, e, neste caso, fica sujeito ás mesmas disposições que o demente.

O prodigo só perde o poder paternal quanto á administração dos bens do filho, mas não quanto á sua pessoa.

Segundo o artigo 169º os paes conservam, o seu direito ao usufructo dos bens dos filhos menores no caso de suspensão do poder paternal por demencia, disposição que deve applicar-se por analogia ao surdo-mudo, quando seja judicialmente declarado incapaz de exercer o patrio poder, porque nem um nem outro têm responsabilidade alguma nos factos de que resulta a suspensão do poder paternal.

2) No caso de ausencia, procede-se a inventario e a partilha dos bens do casal, que são divididos pelos filhos e pelo conjuge presente conforme o contracto de casamento (art 82º), pertencendo a este o poder paternal. Se tiver fallecido, ou se se der a ausencia simultanea ou successiva, os filhos menores ficarão sujeitos a tutela

O poder paternal termina (art 170º).

- a) Por morte dos paes ou dos filhos;
- b) Pela emancipação ou maioridade d'estes

Quando o pae seja condemnado e o cumprimento da pena seja incompativel com o exercicio do poder paternal, proceder-se-ha como se o pae estivesse ausente (1)

(1) O artigo 170º n.º 2º está revogado porque o actual codigo penal não admite penas perpetuas, nem ha, como vimos, penas que envolvam a interdição do poder paternal

§ 5 — Da tutela

I. — *Noções geraes.* Em segunda ao poder paternal tratou o legislador, no cap 3.º do tit 9.º da tutela dos filhos legitimos e illegitimos, que é a instituição por que se suppre a falta ou impedimento dos paes

Alem da tutela dos filhos legitimos e illegitimos, ha a tutela dos dementes e dos surdo-mudos, de que o codigo se occupa, respectivamente, nos titulos 10º e 11.º

Comprehendendo todos estes casos, podemos definir *tutela* — a instituição por que se suppre a incapacidade dos individuos que, por falta de idade ou pelo seu estado mental ou physico, não podem reger a sua pessoa e administrar os seus bens

Tendo a tutela por fim a representação dos incapazes nos actos da vida civil e na administração dos seus bens, e devendo a sociedade protecção a esses incapazes, reveste o caracter de *munus publicum*, isto é, de instituição de ordem publica, não podendo ninguem escusar-se do exercicio da função tutelar, quando confeira por mandato legal, excepto nos casos em que a lei admite essa escusa (art 187º).

Na organização da tutela o legislador distinguu entre os filhos legitimos e perfilhados, espurios, expostos ou abandonados, e de pessoas miseraveis

Tratemos em primeiro logar

II — *Da tutela dos filhos legitimos.* A tutela dos filhos legitimos compõe-se das seguintes entidades: tutor, pro-tutor, curador, conselhos de familia e conselho de tutela (art. 187.º e 226.º).

a) *Tutor* A entidade mais importante é a do tutor e, attendendo só a ella, o nosso legislador dividiu a tutela em *legítima, testamentaria e dativa*.

O tutor *testamentario* tanto pôde ser nomeado em testamento como em acto authenticico entre-vivos (art 193.º) O legislador, porém, designa-o assim, não só porque a nomeação se faz ordinariamente por testamento, mas ainda porque só produz effeito por morte dos paes, embora seja feita em acto entre-vivos

A lei confere a faculdade de nomear tutor ao pae, faculdade de que elle só pôde usar quando a mãe seja fallecida ou se ache inibida de exercer o poder paternal, porque, caso assim não succeda, não ha tutela, mas o exercicio do poder paternal

A mãe tem igualmente o direito de nomear tutor aos filhos menores, quando o pae seja fallecido ou se ache inibido de exercer o poder paternal

Os ascendentes do segundo grau e seguintes não podem nomear tutor testamentario aos descendentes, ainda que sejam seus tutores.

A nomeação de tutor feita pelo pae nunca tem de ser confirmada e a feita pela mãe só está sujeita a confirmação, quando ella tenha passado a segundas nupcias e nomeie tutor o marido (art 193.º § unico).

O legislador confiou no amor maternal, abrindo, porém, uma excepção que bem pôde justificar-se, attendendo á influencia que o marido pode ter exercido sobre a mulher e ao antagonismo de interesses que pôde dar-se entre aquelle e o menor.

A tutela é destinada a supprir o poder paternal, que tanto pôde ser exercido pela mãe como pelo pae depois de dissolvido o matrimonio

Quando, pois, se nomear tutor pelo impedimento de

qualquer delles, e este impedimento cesse, caduca a nomeação feita (art 195.º)

O codigo admite no artigo 197.º que qualquer pessoa que não seja o pae ou a mãe nomeie tutor ao filho menor, quando se verifiquem conjunctamente as seguintes condições

a) Deixar ao menor herança ou legado mais valioso que o patrimonio d'este,

b) Terem fallecido os paes;

c) Não haver tutor nomeado por elles

Quando se verifique a 1.ª condição, o individuo revela tanta afeição ao menor, que o legislador presume que elle tenha o maior escrupulo na escolha do tutor Ainda assim, não sendo de suppôr que haja amor comparavel ao dos paes, essa nomeação só pôde dar-se quando se verifiquem as duas ultimas condições, e fica em todo o caso dependente da confirmação do conselho de familia

O tutor testamentario pôde escusar-se da tutela, quando esse encargo não lhe seja imposto por lei (art 232.º) Desde que, porém, a accete, tem de desempenhar as suas funcções durante o tempo da menoridade ou interdicção

Tutela legítima é a deferida em virtude da disposição da lei aos parentes dos filhos legitimos, quando os paes não nomearem tutor ou este se escusar, impossibilitar ou morrer (art. 199.º).

Os parentes a quem a lei attribue o onus da tutela são

1) O avô paterno;

2) O avô materno;

3) Os mais ascendentes, preferindo sempre os paternos em egualdade de graus, (1)

4) Os irmãos varões, sendo preferidos os germanos aos consanguíneos e estes aos uterinos, e, em cada uma destas classes, os de maior idade,

5) Os irmãos do pai e da mãe, preferindo sempre os da linha paterna, excepto sendo menos idoneos (art 200.º).

Como se vê, o código prefere a linha paterna á materna em egualdade de grau, e, em egualdade da linha e grau, o parente mais velho ao mais novo

Em relação aos tios dispõe a lei que os da linha paterna serão preferidos aos da materna e os mais velhos aos mais novos, quando não sejam menos idoneos. Quem tem de julgar dessa idoneidade é o conselho de família, a quem pertence a confirmação do tutor legítimo. Relativamente a ascendentes e aos irmãos, o conselho de família só pôde deixar de seguir a ordem indicada pelo legislador quando o parente, a quem pertence o encargo da tutela, não seja absolutamente idoneo para o exercer

Os tutores legítimos são obrigados a servir durante todo o tempo da menoridade, salvo se houver parentes no mesmo grau e com idoneidade para a tutela, caso em que se faz a substituição duns pelos outros, de tres em tres annos (art 201.º)

O código attendeu, para deferir a tutela legítima, as estreitas relações do parentesco entre o tutelado e a pessoa a quem é deferida a tutela, e ainda, em regra,

(1) As palavras *em linha recta*, que se lêem no código, são uma redundancia. Entre os ascendentes comprehendem-se as mulheres, não só porque a letra da lei as não exclue, mas pelo disposto no artigo 234.º n.º 3.º

á ordem da successão, sendo por isso que o encargò pesa só sobre um, quando não haja outros parentes que estejam nas mesmas condições (1).

Tutela dativa é a deferida pelo conselho de família, e só tem logar na falta de tutor testamentario ou legítimo (art 202.º)

Ao passo que, relativamente á tutela legítima, o conselho de família só tem de verificar se o chamado pela lei para a exercer é idoneo, na tutela dativa é elle quem escolhe o tutor, podendo a nomeação recair sobre qualquer individuo que seja idoneo para desempenhar esse cargo (art 203.º).

Ainda assim, os individuos que não sejam parentes do menor só são obrigados a acceptar o encargo, quando não haja parentes dentro do decimo grau com idoneidade para elle, como se infere da disposição consignada no artigo 208.º

Como o tutor dativo não se acha estreitamente ligado pelos vinculos de sangue ao tutelado e pôde não ter direito a succeder-lhe, a lei só lhe impõe esse encargo durante tres annos, ao fim dos quaes pôde pedir a sua substituição (art 204.º).

b) *Protutor* O protutor é sempre nomeado pelo conselho de família e, quando o tutor seja parente do menor, essa nomeação não pôde recair sobre parente da mesma linha, salvo se for irmão germano, tendo a

(1) Dizemos que o legislador attendeu, em regra, a ordem da successão, porque essa ordem não foi observada relativamente aos filhos dos irmãos do menor que, preferindo na successão legítima (art 1669.º n.º 3.º) aos irmãos do pai do menor, não foram todavia chamados a tutela legítima

lei por fim evitar que o protutor, em vez de vigiar a administração do tutor, se conclue com elle em prejuizo do menor. Quando não haja parentes senão em uma das linhas, o protutor será nomeado dentre os estanhos (artt. 205.º e 206.º)

c) *Conselho de família* O conselho de família compõe-se dos cinco parentes mais proximos dos menores, que residam dentro da jurisdicção do juizo do inventario, tres da linha paterna e dois da linha materna, preferendo os mais velhos em igualdade de grau

Quando só haja parentes em uma das linhas, os outros vogaes serão nomeados dentre amigos dos paes dos menores, com a differença de que, neste caso, ainda que a linha onde ha parentes seja a materna, subministrará tres vogaes. Os irmãos germanos e os mandos das mãas germanas podem ser todos membros do conselho de família, embora sejam em numero superior a cinco, e, se formarem numero par, será chamado mais um parente (art 207.º)

Se os parentes que residem no juizo do inventario não forem em numero sufficiente para a formação do conselho de família, serão chamadas pessoas que tenham tido relações de amizade com os paes do menor, e, na falta dellas, pessoas de probidade (art 208.º)

Os parentes que residirem em diversa jurisdicção, comtanto que não residam em lugar tão afastado que, pela difficuldade de meios de communicacção, não possam assistir ás reuniões, podem, querendo, fazer parte do conselho de família (art 209.º)

A nullidade resultante de a nomeação dos vogaes do conselho de família não se faz pela ordem enunciada, pôde ser sanada pelos tribunaes, se não houver dolo ou prejuizo para os menores (art. 207.º § 3.º).

Quem preside ao conselho de família, sem voto, é o juiz de direito, e devem assistir ás sessões do conselho, tendo só voto consultivo, os curadores dos orphãos e os tutores (artt 215.º e 216.º) Os protutores têm o direito de assistir ás sessões, mas não têm voto (art 259.º) O tutelado maior de 14 annos, estando na comarca, deve ser convocado para o conselho de família, a que tem o direito de assistir (art 212.º e cod do proc civil, art 742.º § 4.º)

O conselho de família não pôde funcionar com menos de tres membros e as decisões são tomadas por maioria absoluta de votos dos vogaes presentes (artt. 217.º e 219.º)

Nenhum vogal do conselho de família pôde votar sobre negocios em que elle ou os seus ascendentes, descendentes ou consorte tenham interesse proprio e opposto aos dos menores, nem assistir ás deliberações sobre esses negocios; mas podem ser ouvidos, se o conselho assim o intender (art 218.º)

d) *Curadores dos orphãos* Em Lisboa e no Porto ha curadores geraes dos orphãos, nas outras comarcas do reino exercem essas funcções os respectivos delegados do procurador regio (art 220.º)

e) *Conselho de tutela* Este conselho é actualmente composto do juiz de direito da comarca e de dois substitutos delle pela ordem da sua nomeação, na falta ou impedimento do juiz de direito, pelo substituto que estiver exercendo as suas funcções e pelos dois immediatos (art 226.º e § 5.º e decr de 29 de março de 1890, art 13.º).

Determinadas as entidades que compõem a tutela, vejamos agora quaes as suas attribuições

É o tutor quem está mais directamente incumbido de defender e proteger o menor, pertencendo-lhe a representação do mesmo menor e a regencia da sua pessoa e administração dos seus bens, dentro dos limites fixados pela lei e pelas deliberações do conselho de família (art. 243.º).

Quanto á regencia da pessoa do menor, é grande a competencia que o legislador attribuiu ao conselho de família, attenta a importancia deste assumpto não só relativamente á família, mas tambem á sociedade. E' assim que, competindo ao tutor prover á educação e sustento do menor, pertence ao conselho de família determinar o officio ou profissão que este ha de seguir e as despêsas que podem fazer-se (artt. 224.º n.º 7.º e 245.º n.º 2.º)

O menor deve ao tutor respeito e obediencia, sem o que não poderia este cumprir as suas obrigações. Quando o menor seja incorrigivel, o tutor deve pedir auctorização ao conselho de família para o fim designado no artigo 143.º (artt. 224.º n.º 12.º e 243.º n.º 3.º).

Pelo que respeita aos bens, o tutor deve proceder na administração delles com todo o cuidado e diligencia para que o menor não soffra prejuizos, sendo responsavel por todos os que por dolo, culpa ou negligencia causar ao pupillo (art. 248.º)

Os actos mais importantes relativos á administração dos bens necessitam de auctorização do conselho de família, como se vê dos n.ºs 6.º e 12.º do artigo 243.º combinados com os n.ºs 10.º, 11.º, 13.º e 17.º do artigo 224.º.

O protutor é a pessoa encarregada pela lei de, em todos os casos de tutela, sustentar e defender especialmente os direitos do menor, quando estejam em oppo-

sição com os do tutor, de vigiar a administração deste, levando ao conhecimento do curador e do conselho de família tudo quanto lhe pareça prejudicial á pessoa ou aos interesses do menor; de assistir ao inventario e á venda dos bens do menor, e de promover a convocação do conselho de família nos casos de abandono ou vacancia de tutela e em todos aquelles em que deve dar-se a exclusão ou a remoção do tutor (art. 258.º).

Ao conselho de família compete a deliberação sobre os assumptos mais importantes relativos á pessoa e bens do menor, nos termos indicados no artigo 224.º.

Os curadores dos orphãos teem a seu cargo velar pelos direitos e interesses dos menores, devendo ser ouvidos em tudo o que respeita a esses direitos e interesses (art. 220.º e 221.º)

O conselho de tutela é o tribunal destinado a conhecer dos recursos interpostos do conselho de família (art. 226.º)

III — *Tutela dos filhos perfilhados* A tutela dos filhos perfilhados rege-se pelas mesmas disposições que a tutela dos filhos legitimos, salvas as modificações consignadas no codigo nos artigos 276.º e 278.º, que são as seguintes para os filhos perfilhados não ha tutela legitima, ha só a testamentaria e a dativa, o conselho de família é substituido por um conselho composto de cinco vizinhos, que o juiz dos orphãos nomeará dentre os amigos do pae ou da mãe que houver reconhecido o filho menor, se o pae ou mãe, que houver perfilhado o filho illegitimo, lhe houver nomeado tutor, esta no-

meação terá effeito, ainda que o filho venha a ser reconhecido pelo outro progenitor

IV — *Tutela dos filhos espúrios.* Na tutela dos filhos espúrios ha tres entidades. o tutor, o juiz e o curador dos orphãos

O tutor pôde ser nomeado pelo pae ou mãe do filho espúrio menor por acto entre vivos ou em testamento, nos casos em que são obrigados a dar-lhe alimentos, isto é, quando o facto da maternidade ou paternidade tiver sido provado em processo civil ou criminal, contravertido entre seus paes ou outras partes, ou quando tenha sido provado judicialmente o estupro violento ou rapto, coincidindo a epocha da concepção, nos termos do artigo 101.º, com a epocha do facto criminoso (art. 279.º e 136.º)

Na falta do pae ou da mãe o tutor é nomeado pelo respectivo juiz dos orphãos, que para isso escolherá pessoa idonea, cabendo ao tutor, quando os paes nenhuns meios tenham destinado para os alimentos do filho, promover contra os paes ou seus herdeiros, e com assistencia dos curadores dos orphãos, as acções competentes (artt. 280.º e 281.º)

Quando o pae ou a mãe do menor fallecerem insolventes, este será tido por exposto ou abandonado, e observar-se-ha acerca da sua tutela o mesmo que o código dispõe para os expostos ou abandonados (art. 283.º).

Na tutela dos filhos espúrios exerce o juiz todas as attribuições do conselho de familia, e as do protutor são exercidas pelo curador dos orphãos. Das decisões do juiz ha recurso para a Relação do districto (art. 282.º).

V — *Tutela dos expostos e abandonados.* Por *expostos* ou *abandonados* intende-se, segundo o código, os filhos

cujos paes são desconhecidos, e a elles são equiparados, em parte, pelo que respeita á tutela, os filhos menores de pessoas miseraveis, que por morte, avançada idade, ou molestia dos paes, ou, por qualquer outro motivo justificado, não podérem ser alimentados e protegidos por elles ou por seus respectivos parentes (art. 284.º e 294.º)

Na legislação administrativa, em que se encontram principalmente as disposições respeitantes a estes menores, por isso mesmo que a tutela delles é confiada ás respectivas municipalidades (cod administr, approvado por lei de 4 de maio de 1896, art. 50.º, n.º 25.º), não é admittida a classificação feita pelo código civil (1)

Segundo essa legislação, ha menores *expostos*, *abandonados* e *desvalidos*, que se definem deste modo.

Expostos são os filhos de paes incognitos que os desampararam

Abandonados são os filhos de paes desconhecidos que desapareceram, não deixando quem velasse por elles

Desvalidos são as crianças que, por morte, prisão, degredo, ou avançada idade, ou molestia grave de seus paes, não podérem ser alimentadas por elles, ou não tiverem parentes que as administrem (Reg para o serviço dos expostos e menores desvalidos ou abandonados, approvado por decreto de 5 de janeiro de 1888)

É, como já notámos, ás camaras municipaes que compete a administração destes expostos até á idade de 18 annos, tendo de conformar-se com as disposições

(1) Em Coimbra e no Porto os expostos ou abandonados estão a cargo das comissões districtaes Código administrativo, artigo 455.º e decreto de 6 de agosto de 1892, art. 13.º

leaes contidas na legislação administrativa e no código civil

O conselho de beneficencia pupilar, a que se referem os artigos 285.º-289.º ainda não foi creado, pertencendo ás camaras municipaes a emancipação dos expostos ou abandonados, excepto em Coimbra e no Porto.
