

PROBLEMAS
DO
DIREITO MODERNO

(OPUSCULOS JURIDICOS BASEADOS NO CODIGO CIVIL)

POR
Julio de Vilhena

DOUTOR EM DIREITO

~~~~~

**II**  
**ALIMENTOS E APANAGIOS**

~~~~~

COIMBRA
IMPrensa DA UNIVERSIDADE
1873

INTRODUÇÃO

Summario.— O direito de existencia definido pelo codigo civil — O direito de appropriação deriva do direito de existencia — Como realisar o direito de appropriação ? — Situação do homem sem propriedade em face do codigo civil — Inefficacia da occupação — As officinas do Estado — Condemnação da partilha forçada da propriedade particular — Solução do problema — Organização da divida alimenticia em todos os gráus de successão legitima.

Entre os direitos originarios, ou que resultam da propria natureza do homem, encontra-se reconhecido e protegido pelo codigo civil o direito de existencia.¹ Este direito comprehende não só *a vida e integridade pessoal* do homem, mas tambem o seu bom nome, em que consiste a sua *dignidade moral*.²

Desde que a lei civil, orgão do Estado, reconhece o direito *á vida e integridade pessoal* do homem, a mesma lei tem de conceder-lhe o emprego dos meios ou condições necessarias para tornar effectivo esse direito. De outro modo a vida e a dignidade moral do homem, consagradas no mandamento legal, seriam uma irrisão cruel. É, pois, necessario, para tornar realisavel o *direito á vida*, que a lei

¹ Artigo 359.º, n.º 1.º

² Artigo 360.º

consagre a faculdade que o homem tem de adquirir tudo o que for conducente á conservação da existencia, e á manutenção e ao melhoramento da sua propria condição.¹ Do direito de existencia dimana, consequentemente, o direito de apropriação.

Mas, sendo assim, a quem deve reclamar-se este direito? Ao Estado nas suas *officinas*? Aos particulares na sua propriedade? Deverá o direito de apropriação applicar-se sómente ás cousas que não têm dono?²

Meditemos este problema, que, sendo o primeiro da sociedade portugueza, é também o primeiro das sociedades modernas.

Supponha-se o homem chegado a uma idade, em que póde pelo seu trabalho satisfazer as suas condições de vida. Faltam-lhe, porém, os instrumentos e as materias primas. É regeitado pelas officinas; repellido pelos proprietarios. Para viver precisa de salario; para realisar o direito, que a lei civil lhe reconhece e assegura, carece d'uma propriedade. Antes de pedir ao Estado a propriedade que lhe falta, antes de intimar os particulares a que lhe dêem uma parcella dos seus bens, antes de a impetrar á familia em nome dos vinculos de sangue e da lei, que o *protege* no seu direito de existencia, elle encontra no codigo civil um meio de obter pelo seu esforço proprio a propriedade que reclama.

É a occupação.

Estudemos a efficacia d'esse meio.

«É licito a qualquer, diz o codigo civil,³ apropriar-se,

¹ Codigo civil, artigo 366.º

² Artigo 383.º

³ Cit. artigo 383.º

«pela occupação dos animaes e outras cousas, que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas.»

D'este modo, o homem, que pretende grangear pela sua individualidade, applicada ao trabalho, os meios necessarios para a sua existencia, poderá:

- a) dar caça aos animaes bravios;¹
- b) pescar nas aguas publicas e communs;²
- c) apropriar-se dos animaes bravios, que, tendo tido dono, voltaram á natural liberdade;³
- d) occupar livremente os animaes domesticos, que forem lançados á margem ou abandonados por seu dono;⁴
- e) occupar os animaes perdidos ou extraviados;⁵
- f) occupar as cousas moveis abandonadas e as cousas moveis perdidas;⁶
- g) procurar os thesouros escondidos;⁷
- h) occupar as substancias animaes, creadas nas aguas publicas ou nas communs, que vierem arrolar-se ás margens ou ás praias;⁸
- i) usar de quaesquer aguas publicas e pluviaes das torrentes e enxurros;⁹
- k) occupar as substancias vegetaes produzidas nas aguas publicas, e as substancias vegetaes produzidas nos baldios,

¹ Código civil, artigos 384.º-394.º

² Artigos 395.º-399.º

³ Artigos 400.º-403.º

⁴ Artigo 400.º

⁵ Artigos 405.º-410.º

⁶ Artigos 411.º-421.º

⁷ Artigos 422.º-427.º

⁸ Artigos 429.º e 430.º

⁹ Artigos 431.º e 453.º

ou terrenos municipaes ou parochiaes, *na conformidade dos regulamentos administrativos*.¹

É esta a esphera de acção que a lei civil abre á actividade do homem, que se encontrou sem meios de subsistencia!

Considerar a occupação, no estado actual da propriedade, como o unico meio de realisar o direito de appropriação,² seria fazer voltar o homem para o estado pastoril e selvagem. Muitos dos objectos da occupação suppõem, alem d'isso, um capital anterior, representado em instrumentos, e esse capital póde não ser possuido pelo proletario. Como, pois, resolver a questão?

Deverá pedir ao Estado que lhe torne effectivo o seu direito de appropriação, sem o que se torna impossivel a sua existencia?

Póde argumentar-se a favor da opinião affirmativa, dizendo que, assim como o Estado tem uma ingerencia directa no individuo nas suas differentes manifestações civis, assim o individuo póde reclamar ao Estado as suas condições de vida. Póde dizer-se que o Estado absorve a propriedade pela expropriação;³ faz parte da familia pela successão legitima;⁴ e intervem a cada passo nas relações individuaes. Isto, porém, não prova que o individuo sem meios de subsistencia deva pedil-os directamente ao poder central. A ingerencia do Estado póde realisar-se na questão sujeita por meio de uma boa organização familiar. D'outro modo seria ab-

¹ Código civil, artigos 468.º—473.º

² Artigo 366.º

³ Artigo 2360.º

⁴ Artigo 1969.º, n.º 6.º

surda, porque o Estado, que pretendesse fornecer os meios de subsistencia ao proletario, deveria ter:

- a) officinas nacionaes para a industria manufactora;
- b) propriedades nacionaes para a industria agricola; ou então
- c) estabelecimentos nacionaes de caridade e beneficencia.

Nos dois primeiros casos o direito de appropriação realisar-se-hia sobre o salario; no terceiro sobre a esmola.

Qualquer d'estas instituições seria condemnavel. As officinas nacionaes, fazendo do poder central um empresario, matariam a industria, tirando-lhe a liberdade e a concorrência. O Estado então, em vez de cumprir a sua elevada missão juridica, converter-se-hia num especulador industrial. Os estabelecimentos nacionaes de beneficencia, alimentando o ocio do proletario e roubando-lhe todo o estímullo a uma situação melhor, matariam a caridade, que deve ser espontanea e occulta, e atacariam gravemente a independencia e a dignidade humana.

Mas, se d'este modo não fica resolvido o problema, deverá o proletario reclamar dos particulares um quinhão da sua propriedade?

A affirmativa equivale a proclamar a expropriação por *utilidade particular*. Qual seria a base d'esta expropriação? A necessidade do proletario? Os vicios do titulo de aquisição para o proprietario?

A necessidade do proletario, facil de apreciar em si, não poderia satisfazer-se, pela difficuldade que haveria na escolha individual do proprietario que teria de ser expropriado. Os vicios dos titulos, remontando ás primeiras edades da partilha das terras, não poderiam verificar-se hoje, em que o

solo, parcellado entre mil gerações que passaram, representa o trabalho accumulado de todas. Não são legítimos os proprietarios actuaes? Não obtiveram a propriedade pelos meios legaes de aquisição? Reclamem os interessados a reivindicação. A lei civil protege os seus direitos.

Existem os vícios de origem na primeira divisão das terras? Neste caso, os proletarios hão de provar que são os legítimos representantes dos antigos lesados, e apresentar, ao mesmo tempo, o titulo do direito dos seus antecessores. Admittindo, porém, não obstante todas estas considerações, a expropriação por *utilidade particular*, nunca ella se póde verificar sem a restituição do *preço*.

É, portanto, vedada ao proletario.

Mas o proletario tem direito á existencia; o codigo civil protege-o; a solidariedade social, lei juridica e moral, não tolera que elle pereça á mingua de subsistencia, quando os seus irmãos na grande communhão social gozam de todas as vantagens da propriedade. É justa e legal a pretensão do proletario: como realisal-a?

A humanidade é um organismo geral formado por organismos especiaes. Aonde não chega o individuo deve chegar a familia. Aonde não chega a familia deve chegar o municipio. Aonde não chega o municipio deve chegar a nação. Aonde, finalmente, não chega a nação deve chegar a humanidade. Ora, no problema que discutimos, não chega a iniciativa do individuo; se for sufficiente o auxilio da familia, o municipio, a nação e a humanidade não têm nada com o problema. E, com effeito, no mesmo codigo civil encontramos as bases da solução. A successão legitima defere-se na ordem seguinte:

- a) aos descendentes ;
- b) aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236.º ;
- c) aos irmãos e seus descendentes ;
- d) ao conjuge sobrevivivo ;
- e) aos transversaes não comprehendidos entre os irmãos e seus descendentes até ao decimo gráu ;
- f) á fazenda nacional.¹

A lei considera os laços de familia como o fundamento da successão legitima, assentando ahi o direito á propriedade do fallecido. Se o codigo, na falta de parentes até ao decimo gráu, tivesse chamado á successão o municipio do fallecido, assim como o chama no artigo 294.º á obrigação alimenticia, a sua disposição seria completa. Resolvendo, porém, a questão segundo o direito constituido, desde que o codigo generalise a obrigação alimenticia do artigo 171.º a todos os gráus da successão legitima, fixando entre elles o principio da reciprocidade, está realisado o direito de existencia do proletario e resolvida a grande questão do socialismo contemporaneo. O principio *ubi successionis emolumentum ibi onus alimentorum*, entrevisto por todas as legislações dos povos cultos, na sua applicação inteira tira o proletario da situação miseravel em que se acha, dá-lhe a consciencia de um direito, e, em lugar de o lançar nos braços da revolução ou no asylo de caridade, imprime-lhe pela necessidade a cohesão de familia. A lei, que admite sempre a existencia de um herdeiro legitimo, é obrigada a admittir por esse facto a existencia de uma pessoa contra quem se torne effectiva a acção alimenticia. Na ausencia

¹ Codigo civil, artigo 1969.º

de parentes até ao decimo gráu é justo que a fazenda nacional, herdeira legitima dos bens, que o proletário venha a adquirir, seja, como todos os herdeiros, gravada com o onus dos alimentos.

D'est'arte, assegurada a existencia do proletario, a sua faculdade de apropriação poderá applicar-se a todos os meios de occupação natural e de aquisição civil. Poderá executar livremente o seu direito de trabalhar; não terá o vinculo da necessidade a apertal-os nas condições de uma estipulação leonina. Sujeitando-se á lei da concorrência, poderá pleitear o salario com os empresarios e com os proprietarios agricolas.

Está sobre o parente do proletario sempre suspenso o onus eventual dos alimentos? Tambem reside nelle a vantagem da successão legitima.

Com esta organização a familia ficará constituindo um todo solido e consistente. As relações entre os seus membros não terminarão com a emancipação e a maioridade dos filhos. Ligados entre si os membros de uma familia pelo grande principio do auxilio mutuo, sempre ao lado uns dos outros, tanto na ventura, como na adversidade, o gremio familiar formará um nucleo poderoso de organização social. O Estado, em vez de encontrar na familia um elemento dissolvente, encontrará um principio de solidez, que será o primeiro elemento de força e de auctoridade nacional.

I

Summario.— O que sejam alimentos — Definição do código civil, do antigo direito portuguez e dos civilistas portuguezes e estrangeiros — Compreenderá o artigo 171.º os soccorros em caso de doença? — As despesas do funeral do alimentado? — A obrigação de pagar as dividas que o alimentado contrahiu? — E sendo as dividas contrahidas para alimentos? — Compreenderá o mesmo artigo a obrigação de dotar as filhas e estabelecer os filhos? — Doutrina sobre estas questões do direito portuguez e estrangeiro — Fundamento legal da divida alimenticia.

Para ser devidamente entendida a theoria da divida alimenticia, tanto no campo da philosophia juridica, como no terreno da legislação positiva, é mister principiar pela determinação da noção de alimentos.

Por alimentos, diz o código civil no artigo 171.º, *entende-se tudo o que é indispensavel ao sustento, habitação e vestuario, comprehendendo a educação e instrucção do alimentado, sendo este menor.* Identica definição apresentava o primitivo projecto do código civil no artigo 173.º, e depois o projecto da commissão revisora no artigo 171.º

O pensamento do artigo 171.º do código é corroborado pelo artigo 1831.º, que abrange no legado de alimentos o

sustento, o vestuario, a habitação e a educação, sendo o legatario menor. É esta a accepção generica da palavra *alimentos*.

Em accepção restricta, designando unicamente o *sustento* e excluindo a significação de *vestuario*, *habitação* e *educação*, é a mesma palavra tomada nos artigos 140.º, 243.º, n.º 2.º, 1247.º, § unico, 1285.º, n.º 1.º, e 1419.º Na theoria da divida alimenticia deve a palavra ser recebida na accepção do artigo 171.º, comprehendido na secção que se inscreve *dos alimentos*, e que é, por isso, o assento especial da materia.

Antes do codigo civil já os alimentos comprehendiam no direito portuguez o *sustento*, a *habitação*, o *vestuario*, e a *educação* do alimentado. A ordenação liv. iv, tit. 99.º pr. impunha aos paes a obrigação de crear o filho «*ás suas proprias despesas, e dar-lhe as cousas que lhe forem necessarias segundo seu stado e condição*»; a ordenação liv. iii, tit. 9.º, § 4.º auctorisava o filho a «*pedir ao pae que lhe dê mantimento segundo a faculdade de seu patri-monio*»; e, finalmente, a ordenação liv. i, tit. 88.º, § 15.º, regulando as obrigações dos juizes para com os orphãos, mandava arbitrar-lhes o que fosse necessario para seu *mantimento*, *vestido* e *calçado*, não esquecendo a sua *vida* e *ensino*, *segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda*. Em harmonia com isto estava o § 16.º da mesma ordenação, preceituando que os filhos dos officiaes mecanicos fossem *postos a aprender os officios de seus paes ou outros*, para que mostrassem mais pronunciada aptidão.

Em face d'estes textos da lei, a generalidade dos nossos civilistas alligava á noção de alimentos a sua verdadeira

significação. Mello Freire¹ dizia: «*Alimentorum nomine veniunt non solum cibaria, vestitus, habitatio; verum etiam disciplina, et honesta educatio pro modo et facultate parentis, et filii conditione.*»

Liz Teixeira² escrevia: «Alimentos, em latim *alimenta*, «termo oriundo de *alere* sustentar, nutrir, exprime a idéa de «*coisas necessarias á conservação da existencia*, e nesta á «da especie humana; por isso não só o *sustento*, mas a *habitação* e *vestido*, estendendo-se ainda a comprehender o «*dinheiro* destinado a comprar os objectos que se applicam «aos fins já referidos.»

Em outra parte o mesmo jurisconsulto deixa definitivamente elucidada a interpretação das ordenações que citámos: «Ponderado que os alimentos se dividem em naturaes, «*scilicet*, os necessarios para naturalmente viver, como são «*casa, sustento e vestido*, e *civís* os destinados a adquirir as «considerações sociaes, como despesa da *educação, institutio, instrucção*, e um tractamento correspondente aos «bens e qualidade do que tem obrigação de prestal-os, estão «os primeiros comprehendidos na *criação*, de que falla a «ord. liv. 1, tit. 88.º, §§ 10.º e 16.º, e liv. iv, tit. 99.º «pr., e uns e outros no *mantimento*, de que falla a do liv. iii, «tit. 9.º, § 4.º *in fin.*» Esta doutrina foi acceita por Meirelles,³ Correia Telles⁴ e Rocha.⁵

Os civilistas francezes, neste ponto menos rigorosos que

¹ *Inst. jur. civ. lus.*, liv. ii, tit. 6.º, § 11.º not.

² *Curso de dir. civ. port.*, part. 1.ª, p. 336.

³ *Repertorio juridico*, vb. *alimentos*.

⁴ *Dig. port.*, tom. ii, artt. 508.º e 538.º

⁵ *Inst. de dir. civ. port.*, § 319.º

os nossos, excluem sempre da definição de *alimentos* a *educação* e *instrucção* do alimentado. Assim, Merlin define *alimentos*, dizendo:¹ «On entend, par ce mot, la *nourriture*, et les autres choses nécessaires à la vie, comme l'*habitation*, les *vêtemens*. On donne le même nom aux *deniers* «accordés pour tenir lieu de ces choses.» Definição semelhante apresentam Chabrol,² Dalloz,³ Demolombe⁴ e Picot.⁵ A razão d'isto consiste em que a obrigação, imposta aos paes, de educar os filhos, está consignada no artigo 203.º do código francez, o qual artigo fica excluído da materia da divida alimenticia, que os mesmos escriptores comprehendem nos artigos 205.º a 211.º É, por isso, que Marcadé,⁶ referindo-se ao artigo 203.º, diz: «C'est uniquement du devoir «d'éducation que notre article entend parler, *et non pas de «la dette alimentaire, qui est une chose toute différente.*» Embora, portanto, a educação e instrucção dos filhos não sejam comprehendidas na doutrina dos alimentos, a jurisprudencia franceza reconhece essa obrigação como inherente ao contracto conjugal. O código francez, entendendo por alimentos simplesmente o sustento, habitação e vestuario, segue a provisão do direito romano, que dispunha:⁷ «*Legatis alimentis, cibaria et vestitus, et habitatio debet bitur, quia sine his ali corpus non potest.*»

¹ *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vb. *aliments*.

² *Dictionnaire usuel de jurisprudence*, vb. *aliments*.

³ *Répertoire de jurisprudence*, vb. *aliments*.

⁴ *Cours de Code Napoléon*, tom. iv, n.º 52.º

⁵ *Code Nap. exp.*, art. 205.º

⁶ *Explication du code civil*, tom. i, n.º 706.º

⁷ Lei 6.ª Dig. de alimentis, vel cibariis legatis; Demolombe, tom. iv, n.º 52.º

Assim, o artigo 203.º do mesmo código, definindo as obrigações dos conjugues, oriundas do casamento, dispõe: «Les «époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, «l'obligation de *nourrir, entretenir et élever* leurs enfants.» A mesma disposição se encontra no código da Sardenha,¹ da Hollanda,² da Luisiana,³ das Duas Sicílias⁴ e do cantão de Vaud.⁵ Todos estes códigos reconhecem nos filhos o direito á educação, mas não a abrangem na significação de alimentos. O mesmo pensamento encerra o projecto do código hispanhol, dispondo no artigo 68.º: «El padre y la «madre están obligados á *criar* á sus hijos, *educarlos* e «*alimentarlos*.» O código italiano no artigo 138.º emprega as palavras *mantenere, educare ed istruire*. A diversidade de redacção, que se dá entre o artigo 171.º do nosso código e os artigos citados dos códigos estrangeiros, em nada altera a natureza da obrigação dos paes. Quer se comprehendam unicamente na noção de *alimentos* o sustento, a habitação e o vestuario, como pretende o código francez, segundo as annotações dos seus commentadores, quer se alargue a significação da palavra até á educação e instrucção, como entende o nosso código, é certo que todos reconhecem no filho o direito a haver de seus paes tanto o sustento, habitação e vestuario, como a instrucção e educação.

Mas, comprehenderá o artigo 171.º do código civil na noção de *alimentos* os soccorros em caso de doença?

¹ Artigo 116.º

² Artigo 159.º

³ Artigo 243.º

⁴ Artigo 193.º

⁵ Artigo 105.º

O direito romano era expresso a este respeito. A lei 45.^a, Dig. *de usufructu* indicava no numero dos alimentos as despesas da doença, *valetudinis impendia*.

Lara,¹ que commentou a lei *si quis a liberis*, Dig. *de agnoscendis et alendis*, diz sobre o mesmo objecto: «Item «alimentorum verbo continentur impensae quae *pro recuperanda salute* fiunt.» E, fallando especialmente das despesas feitas com a medicina em caso de doença, accrescenta: «Qui ait idem esse in *mercede*, quae medico datur, nam et haec *alimentorum verbo continetur*.»

Entre os nossos civilistas não deve esquecer Rocha,² que refere nos alimentos o *tractamento das molestias*.

Dos estrangeiros muitos ha que se exprimem sobre este assumpto com a devida clareza: sirva de exemplo Demolombe,³ o tractadista mais abalisado em materia de casamento. O codigo civil francez e aquelles que o tomaram por fonte, não enunciam expressamente entre os alimentos os soccorros em caso de doença. O mesmo segue o nosso codigo no artigo 171.^o Parece-nos, comtudo, fóra de toda a duvida que a obrigação dos alimentos se amplia ao tractamento das molestias, que está comprehendido no artigo 171.^o Póde argumentar se contra isto, dizendo que o artigo 1247.^o, § unico, quando entende por *manutenção* «a habitação, o «alimento, o vestuario, bem como o tractamento das molestias,» distingue entre o *alimento* e o *tractamento das molestias*. Mas, é facil advertir que a palavra *alimento* é tomada neste artigo na accepção restricta de *sustento*, e que

¹ *De Alimentis, Hispali*, 1575, fl. 170.

² *Obr. cit.*, § 319.^o

³ *Obr. cit.*, tom. iv, n.^o 52.^o

a mesma palavra é tomada no artigo 171.º na accepção generica de *manutenção*, vindo a comprehender, por isso, o tractamento das molestias.¹ Qualquer que seja o fundamento da obrigação alimenticia, seria absurdo conceder ao alimentado o sustento, a habitação e o vestuario, como condições indispensaveis para a realisação do seu direito á existencia, e negar-lhe os soccorros em caso de doença, egualmente indispensaveis á realisação d'esse direito.

Compreenderá o artigo 171.º as *despesas do funeral* do alimentado?

Um juriconsulto italiano² adopta a affirmativa, dizendo : «Sotto il nome d'alimenti si comprendono il cibo, le bevande, le vesti, l'abitazione, gli arredi di essa, le spese d'educazione, di malattia, e *funebri*.»

Não obstante o silencio do artigo 171.º do codigo, cremos que a obrigação de *alimentos* abrange as *despesas do funeral* do alimentado. O pensamento da lei sobre alimentos é evitar que as pessoas, que se encontram privadas dos meios de subsistencia, em vez de irem mendigar a esmola da caridade publica, procurem aquelles a quem estão ligadas pelos laços de sangue e que seriam os successores legitimados do alimentado, se este possuisse uma pequena

¹ Póde defender-se tambem que a palavra *sustento* do artigo 171.º na sua accepção geral comprehende egualmente o tractamento das molestias: «Verbo *victus*, diz a lei 43.ª, Dig. de *verborum significatione*, continentur, quae esui, potuique cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Et caetera, *accrescenta* a lei 44.ª, quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur ea «appellatione significantur.»

² Richeri, *Inst.*, § 326.º, cit. em Borda, *Il Codice civile italiano annotato*, art. 138.º

propriedade. Se a lei impozesse aos successores legitimos a obrigação de acompanhar o alimentado até ao seu leito de morte, abandonando-o depois á caridade dos extranhos, essa lei perderia o seu character eminentemente moral, e seria contraria aos fins da sua propria instituição.

Comprehenderá a obrigação de alimentos a obrigação de pagar as dividas que o alimentado contrahiui?

A negativa era perfilhada pelo direito romano. A lei 5.^a, § 16.^o, Dig. *de agnoscendis et alendis liberis* dispunha: «*Parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen «aes alienum ejus non esse cogendum exsolvere, rescriptum «est.*» Esta doutrina é geralmente recebida no direito francez. Marcadé decide assim a questão:¹ «*La dette d'aliments peut elle entraîner, pour celui qui en est tenu, «l'obligation de payer les dettes de celui à qui elle est «due? Il est évident que non; l'obligation de nourrir et «entretenir une personne n'a aucun rapport avec celle d'ac- «quitter les dettes plus ou moins considérables dont cette «personne peut être gravée.*»

Demolombe diz, referindo-se á divida de alimentos:² «*Elle n'emporte donc pas l'obligation de payer les dettes «que la personne, à qui les aliments sont dus, pourrait «avoir contractées.*» A mesma opinião seguem Duranton,³ Dalloz⁴ e outros.⁵

A mesma solução deve ter esta questão no direito civil

¹ *Obr. cit.*, tom. I, n.º 717.^o

² *Obr. cit.*, tom. IV, n.º 53.^o

³ Tom. I, n.º 985.^o, edição de Bruxellas.

⁴ *Répertoire*, vb. *mariage*, n.º 678.^o

⁵ Vazeille, tom. II, n.º 507.^o; Zachariae, Aubry e Rau, tom. IV, p. 629; Massé e Vergé, tom. I, p. 224, cit. em Demolombe e Dalloz.

portuguez. O artigo 171.º do codigo civil falla unicamente em sustento, habitação, vestuario e educação do alimentado. As dividas não estão comprehendidas em nenhum d'esses objectos, e, por isso, não podem entender-se na designação de alimentos.

Mas, se as dividas forem contrahidas para o sustento, habitação e vestuario, deverão julgar-se comprehendidas na obrigação alimenticia?

Marcadé e Demolombe entendem que sim; recommendando, todavia, aos juizes muita cautela na averiguação das circumstancias que occasionaram o contrahimento da divida. O segundo d'estes escriptores refere muitas decisões do tribunal de *Cassação*, em que se adoptam os principios indicados. O mesmo pensar seguem Proudhon,¹ Vazeille e Dalloz.² Póde dizer-se contra os que defenderem esta opinião no direito civil portuguez:

a) que a obrigação dos alimentos é fundada na necessidade, e que esta cessou desde que a divida foi contrahida;

b) que o direito dos alimentos é puramente pessoal, e que, por isso, não podem os credores do alimentado exercer acção para obrigarem a pessoa, que tinha o dever dos alimentos, ao pagamento da divida;

c) que é difficil averiguar se a divida foi, ou não, contrahida para prover ás necessidades do alimentado;

d) que, finalmente, o artigo 171.º do codigo civil falla unicamente de alimentos, e não de dividas alimenticias.

Estas mesmas difficuldades surgem aos olhos dos civilistas francezes, e, a pezar d'isso, não vacillam os mais au-

¹ *De l'usufruit*, tom. I, n.º 198.º

² *Rép. cit.*, n.º 680.º

ctorisados em sustentar a obrigação de pagar as dividas, contrahidas para os alimentos. Se admittirmos que a necessidade do alimentado seja o fundamento do direito, como parece deduzir-se dos artigos 178.º, 179.º, 180.º e 181.º do codigo civil, é evidente que o direito apparece quando apparece a necessidade, e, portanto, desde que foi contrahida a divida. A obrigação não tem, pois, effeito retroactivo: existe logo que a necessidade impelle o sujeito do direito a pedir ao credor os meios de subsistencia. *Alimenta decernuntur ut quis vivat, ne fame pereat.*

Alem d'isso, os alimentos vencidos (e assim se devem reputar as dividas) podem ser pedidos, tanto pelo alimentado, como por outra pessoa, a quem elle tivesse transmittido o seu direito, e neste sentido não são puramente pessoasas.

Quanto á difficuldade, que haverá em muitos casos, de conhecer se a divida foi contrahida para alimentos, ao juiz compete apreciar essas circumstancias, e decidir se no tempo em que a divida foi contrahida havia, ou não, verdadeiras necessidades no alimentado. Não é impossivel esta averiguação, assim como não é impossivel verificar os casos, em que os alimentos taxados podem ser reduzidos,¹ ou em que cessa completamente a obrigação.²

Se nas expressões do artigo 171.º não se referem claramente as dividas para alimentos, estão, comtudo, no pensamento do mesmo artigo. *Tudo o que é indispensavel ao sustento, habitação e vestuario* abrange as dividas indispensaveis para os alimentos. Marcadé figura um exemplo, que vem

¹ Codigo civil, art. 181.º

² Artigos 179.º, n.º 1.º e 180.º

confirmar plenamente o que dizemos.¹ Por isso, parecem-nos muito judiciosas e verdadeiras as seguintes palavras de Demolombe:² «Cette solution, d'ailleurs, est réclamée par «l'équité, par l'humanité. *Il ne faut pas priver absolument «de tout crédit celui qui, dans sa détresse, ne pourrait pas «à l'instant même s'adresser à ses parents ou alliés! Il faut «au contraire, encourager les tiers à le secourir, dès qu'ils «le font de bonne foi et dans des limites raisonnables.»*

Entretanto, sendo verdadeiras as razões dos civilistas francezes, que sustentam o pagamento de todas as dividas contrahidas para alimentos, é conveniente admittir que o artigo 176.º do nosso codigo (que não existe no direito francez) exige, para que a obrigação se torne effectiva, que os alimentos tenham sido *judicialmente pedidos*. O principio da necessidade está, portanto, sujeito a esta exigencia da lei, e só ao pagamento das dividas, contrahidas depois do pedido judicial, é que, em nosso parecer, póde ser obrigado o devedor dos alimentos.

Compreenderá a obrigação de alimentos a respeito dos paes a de dotar as filhas e estabelecer os filhos?

No direito romano os paes tinham esta obrigação,³ que

¹ «Ainsi, escreve Marcadé, *obr. cit.*, tom. 1, n.º 717.º, mon père, «demeurant très-loin de moi, se trouve tout à coup sans aucune res- «source, et pendant les quelques mois qui s'écoulent jusqu'à ce qu'il «reçoive de moi les secours auxquels il a droit, il vit au moyen de «l'argent que lui prête un ami. Je serais tenu précisément comme de- «vant des aliments à mon père de rembourser les emprunts qu'il a «dû faire.»

² *Obr. cit.*, tom. iv, n.º 55.º

³ Lei 19.^a, Dig. *de ritu nuptiarum*, Lei 7.^a Cod. *de dotis promissione*.

foi geralmente defendida pelos nossos praxistas. O mesmo foi seguido em França, antes do código civil, nos paizes de *direito escripto*. Todavia, os civilistas modernos não consideram esta obrigação como uma obrigação jurídica. Diz Demolombe:¹ «*En morale, sans doute, la dette des parents n'est pas acquitée, tant qu'ils n'ont point procuré à leur enfant un état, une carrière, une position enfin stable et indépendante. Mais convenait-il d'imprimer à ce devoir la sanction des lois positives? Les auteurs du Code Napoléon ne l'ont pas cru (art. 204.º), préférant très-jus-temment la maxime des pays coutumiers: Ne dote qui ne veut.*» Similhante é o parecer de Marcadé,² Dalloz,³ Duranton,⁴ Picot,⁵ Demante,⁶ Acollas,⁷ Azntz⁸ e todos os que justificam o artigo 204.º do código francez, que não concede ao filho acção contra os paes por dote ou outro modo de estabelecimento.

Não obstante não existir no código portuguez um artigo identico ao artigo 204.º do código francez, pensamos que os seus redactores não tiveram em vista obrigar juridicamente os paes a dotar as filhas, ou estabelecer os filhos. Os artigos 1135.º, 1140.º, 1142.º, 1146.º e 1147.º evidenciam que o dote é facultativo da parte dos dotadores, qualquer que seja a sua relação de parentesco com os do-

¹ *Obr. cit.*, tom. iv, n.º 10.º

² *Obr. cit.*, tom. i, n.º 708.º

³ *Rép. vb. mariage*, n.º 617.º

⁴ *Obr. cit.*, tom. i, n.º 908.º

⁵ *Code Napoléon expliqué*, art. 204.º

⁶ *Cours analytique de code civil*, n.º 286.º

⁷ *Cours élémentaire de droit*, art. 204.º

⁸ *Cours de droit civil français*, tom. i, n.º 371.º

tados; e o artigo 140.^o nas palavras *occupação sufficiente* refere-se unicamente á profissão do filho.¹

Fixada, d'este modo, a extensão da obrigação alimenticia, cumpre-nos indagar-lhe os seus fundamentos. O código civil, estabelecendo a reciprocidade da obrigação alimenticia entre ascendentes e descendentes, e entre irmãos,² e dando ao conjugue viuvo o direito de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo fallecido,³ assentou a obrigação alimenticia nas relações de familia.

Considerada a obrigação alimenticia dos paes para os filhos, é manifesto que, pelo facto da procreação, ficam os paes constituídos no dever de fornecer os meios de desenvolvimento physico e moral áquelles a quem deram a vida: «*L'enfant, diz acertadamente Acollas,⁴ vient au monde sans volonté, et l'enfant est une conscience, il est une personne; de là son droit contre ceux qui lui ont imposé la vie.*» Para muitos escriptores esta obrigação não deve, porém, ser ampliada aos filhos que chegaram á maioridade. Em seu pensar, as relações de familia extinguem-se logo que os filhos podem pela sua idade dispensar o auxilio e occorrer ás suas proprias necessidades.⁵ Esta doutrina é assim enunciada por Acollas:⁶ «*En principe il n'existe aucune obligation juridique de la famille, non plus que de la société envers l'adulte. La protection cesse normalement,*

¹ Vej. Rocha, *obr. cit.*, § 323.^o not.; Cod. ital., art. 147.^o em Borda.

² Artigo 172.^o

³ Artigo 1231.^o

⁴ *Obr. cit.*, art. 203.^o

⁵ Rousseau, *Contrat social*, cap. 2.^o; Picot, *obr. cit.*, art. 203.^o

⁶ *Obr. cit.*, artt. 205.^o a 207.^o

«dès que par le développement de ses facultés, l'homme est mis en état de se suffire. Cependant, la maladie, les infirmités, la vieillesse, donnent une raison d'être, tantôt momentanée, tantôt persévérante, à la protection de l'adulte.»

A nossa lei positiva não segue, pois, precisamente estes mandamentos, e estende a relação de familia, excepto no que respeita á educação e instrucção, alem da maioridade das pessoas, comprehendendo conjuges, ascendentes, descendentes, e collateraes no primeiro gráu. Devia chegar a este ponto o laço de sangue entre os parentes indicados ou a relação juridica entre os conjuges? Não o duvidamos. Se o facto da geração por si só ¹ colloca os paes no dever de educar e alimentar os filhos, o mesmo facto impõe aos filhos a obrigação de não abandonar os paes, de quem receberam a existencia e os meios de desenvolvimento physico e moral, e de auxiliarem os irmãos, que provieram do mesmo tronco, e que foram educados na mesma communhão de familia. A lei fundamental da sociedade domestica é a solidariedade entre os seus membros. Esta lei ordena o seu auxilio reciproco. Quanto aos conjuges os alimentos provêm da propria natureza do contracto matrimonial. A lei impõe-lhes a obrigação de soccorrer-se e ajudar-se reciprocamente.² Nesta obrigação está comprehendida a pensão alimenticia. O systema do codigo seria completo se tivesse, como indicámos em outro lugar, ampliado a divida alimenticia a todos os gráus de successão legitima.

¹ Marcadé, *obr. cit.*, tom. II, n.º 705.º

² Codigo civil, art. 1184.º n.º 3.º

II

Summario.—Natureza da obrigação alimenticia — Será solidaria e indivisível, ou *pro parte* e divisível? — Systemas dos civilistas francezes sobre esta questão — Discussão d'ella no direito portuguez — O que seja solidariedade da obrigação — Impugnação da solidariedade activa e passiva da obrigação alimenticia — Hypothese, extrahida de Demolombe, em que o fim da lei e a equidade pedem a solidariedade da mesma obrigação — O que seja indivisibilidade da obrigação — Impugnação da indivisibilidade da obrigação alimenticia — Hypothese em que se admite a indivisibilidade pela natureza da garantia hypothecaria — Criterio para a distribuição da divida dos alimentos — Restricções do direito successorio nesta distribuição — Admitte o direito portuguez o *beneficio de competencia*? — Admitte o mesmo direito os alimentos provisionaes e *ad litem*?

Discute-se entre os jurisperitos francezes se a obrigação dos alimentos é indivisível e solidaria, ou divisível e *pro parte*. Uns, seguindo Toullier,¹ sustentam que a divida alimenticia é solidaria e indivisível. Estes fundam-se principalmente no antigo direito francez, que preceituava a solidariedade entre os filhos e os paes,² e assentam a indivi-

¹ Tom. II, n.º 613.º, e tom. VI, n.º 779.º

² Pothier, *Du mariage*, n.º 391.º, *Nouveau Denizart*, vb. *aliments*, cit. em Acolas, Demolombe e Dalloz; Delvincourt, tom. I, p. 87, not. 5.ª; Proudhon, tom. I, p. 449; Rodière, *Traité de la solidarité et de l'indivisibilité*, n.º 158.º, em Demolombe; Dalloz, *log. cit.*

sibilidade na propria natureza da obrigação de fazer viver alguém.

Outros, seguindo Durantou,¹ impugnando a solidariedade, defendem a indivisibilidade. «*Cette obligation*, diz o mesmo «escriptor, *est indivisible, parce qu'elle a pour objet quelque chose d'indivisible, la vie, et qu'on ne peut pas vivre par partie.*»

Outros, finalmente,² seguindo Demolombe,³ Valette⁴ e Zachariae,⁵ entendem que a obrigação não é solidaria nem indivisivel. Estes fundam-se em que a solidariedade só pôde resultar d'uma disposição expressa da lei, ou d'uma estipulação. Alem d'isso, a indivisibilidade deriva da natureza da cousa devida ou da intenção das partes. Ora, a natureza da cousa devida, dinheiro ou alimentos em especie, é muito divisivel, e não pôde invocar-se aqui a intenção das partes. Por outro lado, o artigo 208.^o do codigo francez condemna, ao mesmo tempo, a doutrina da indivisibilidade e da solidariedade, não permitindo a condemnação do devedor senão na proporção da sua fortuna.⁶

Discutamos este ponto no direito civil portuguez, e comecemos por averiguar se é, ou não, solidaria a obrigação alimenticia.

A obrigação solidaria (*obligatio in solidum* ou *obligatio correalis*) dá-se quando cada um dos credores tem o di-

¹ Tom. 1.^o, n.^o 1012.^o, edição de Bruxellas.

² Acollas, artt. 208.^o e 209.^o; Azntz, n.^o 376.^o e outros.

³ Obr. cit., tom. IV, n.^o 63.^o

⁴ Sur Proudhon, tom. I, p. 448, not. A.

⁵ § 552.^o, not. 14.^a

⁶ Acollas, log. cit.

reito de exigir do devedor a totalidade da divida (*correalis activa*), ou quando cada um dos devedores é obrigado para com o credor pela totalidade da divida (*correalis passiva*). No primeiro caso, a obrigação fica satisfeita, quando o devedor paga a um dos concredores (*plures rei promittendi* ou *correi credendi*); no segundo caso, extingue-se a obrigação, quando o credor recebe a prestação de um dos condevedores (*plures rei promittendi* ou *correi debendi*). Ambas estas hypothèses de solidariedade podem apparecer na divida dos alimentos. Assim, podem existir dois filhos, egualmente necessitados, que reclamem alimentos de um pae; e pôde existir um pae necessitado, que peça alimentos a dois filhos, ambos nas condições de os prestarem.

Admitte a lei, na primeira supposição, uma obrigação *correalis activa*? Poderá um dos filhos reclamar a totalidade dos alimentos devidos aos dois necessitados, ficando o pae, desde que tenha pago a um a totalidade da divida, exonerado para com o outro?

Seria absurdo dizel-o. Se o fundamento dos alimentos é a necessidade, esta, como puramente individual, só pôde legitimar uma acção individual, e nunca uma acção collectiva. Admittida a solidariedade nesta hypothese, o filho, que não recebeu a pensão alimenticia, poderia exigir de seu irmão a parte que lhe pertencia na distribuição dos alimentos. E então nenhuma vantagem haveria em o mesmo filho deixar de reclamar os alimentos de seu pae, para os ir reclamar de seu irmão, alterando assim o direito successorio, que é o verdadeiro criterio legal para a exigencia dos alimentos. Alem d'isso, a solidariedade entre os irmãos supporia um vinculo natural, legal ou civil, que

lhe servisse de fundamento. Não existe o vínculo natural, porque a necessidade exclue pelo seu character pessoal todo o laço de communhão. Não existe o vínculo legal, porque a lei em nenhum dos seus preceitos estabelece a solidariedade. Não existe, enfim, o vínculo civil, porque não existe contracto entre o pae e os filhos, pelo qual o primeiro se obrigasse a dar a cada um d'elles a totalidade dos alimentos que precisassem ambos, nem disposição testamentaria que o mesmo determinasse. Não é, pois, solidaria a obrigação *activa* dos alimentos.

Será, porém, solidaria a obrigação *passiva*?

É esta a hypothese a que se referem os jurisconsultos francezes, e que já tem chamado a attenção de alguns explicadores do nosso codigo na secção dos alimentos.

Supponha-se que um pae necessitado tem de intentar acção contra dois filhos. Cremos que a solidariedade passiva não existe entre elles, e que devem ser ambos demandados, cada um pela sua parte. Nós não temos, como acontece no direito francez,¹ a exemplo do direito romano,² uma disposição que declare em termos expressos que a solidariedade

¹ Cod. civ. fr., artigo 1202.º: «La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.»

² «Reos promittendi, vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit: reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est) poterit eumdem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire: non secus ac si duos promittendi reos divisim actionibus conveniret.» L. 11.ª, Dig. de duobus reis constituendis.

«Paulus respondit, eos qui, una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa judicati conveniri,

não se presume; mas comprehende-se que, sendo a solidariedade uma *excepção* nas obrigações, nunca póde admittir-se senão quando for determinada em lei, contracto, ou disposição testamentaria. Assim o entendiam no direito antigo Correia Telles ¹ e Rocha.²

Por outro lado, se examinarmos a doutrina do codigo civil, veremos que, impondo a lei o onus do alimento ás pessoas que têm o beneficio da successão, como os filhos não succedem ao pae cada um na totalidade da herança, mas cada um numa parte da mesma herança, segue-se que não póde cada um dos filhos ser obrigado pela totalidade da divida, mas sim pela parte que lhe toca. Julgamos, pois, verdadeiro o pensar do sr. Dias Ferreira, quando diz que, *estando a obrigação de alimentos na razão directa do direito successorio, o pae tem de pedir a cada um dos filhos a respectiva quota parte.*³

Esta jurisprudencia foi seguida no accordão da relação do Porto de 21 de abril de 1870: «Se é certo, dizia um «dos tencionantes,⁴ como não póde duvidar-se, em frente da «doutrina dos §§ citados, que na petição de alimento se «segue, em regra, um verdadeiro direito successorio, não «vejo motivo por que se ha de dar aos paes a liberdade de «pedir de preferencia a um dos filhos os alimentos com «exclusão dos outros. Se todos succedem nos haveres, com

«et si ex sententia adversus tres dicta, Titius portionem sibi competentem exsolvit: ex persona caeterorum ex eadem sententia conveniri eum non posse.» Lei 43.^a, Dig. de re judicata.

¹ Dig. port., tom. 1, art. 177.^o

² Obr. cit., § 117.^o

³ Codigo civil annotado, artt. 172.^o e 173.^o

⁴ Revista de legislação e de jurisprudencia, 4.^o anno, n.^o 171.^o

«igual razão devem todos concorrer para a alimentação d'aquelle quando d'ella careça; nem lhe será licito impôr este onus a um com exclusão dos outros, como lhe não era permittido privar a estes da herança para favorecer a outro.»

Outro tencionante dizia: «Os paes que **cahem** em pobreza têm, incontestavelmente, direito a serem alimentados por seus filhos; esta obrigação da parte dos filhos é por consequencia commun, comquanto proporcionada ás faculdades de cada um: e a ninguém é licito renunciar aos alimentos futuros, quaes os de que aqui se tracta. *D'estes principios e outros correlativos ou parallelos deduzo eu que os paes não têm a liberdade da escolha sobre aquaes dos filhos têm de fazer pesar uma obrigação, que é commun a todos.»*

Sendô esta a doutrina restrictamente legal, é mister reconhecer que podem offerecer-se hypotheses, em que a sua applicação seria totalmente impossivel, sob pena de ser destruido o fim moral e humanitario da obrigação alimenticia. Demolombe figura uma d'estas hypotheses: ¹ «Voilà un père, par exemple, qui réclame des aliments contre trois fils également riches; chacun d'eux est en état de fournir séparément, et pourrait même supporter seul en définitive, s'il était seul débiteur, le montant de la pension; eh! bien! alors, pour peu que les autres circonstances s'y prêtent, si, par exemple, les enfants sont éloignés les uns des autres, si l'un est en pays étranger, si l'autre, quoique très solvable, a une fortune embarrassée et ne paye pas exa-

¹ *Obr. cit.*, tom. iv, n.º 63.º

«ctement ses dettes; alors, dis-je, il paraît convenable
«d'assurer au père le paiement total de sa pension et de
«lui épargner la triste nécessité d'aller en quelque sorte la
«mendier de porte en porte.»

Se esta hypothese, figurada pelo tractadista francez, se realisasse entre nós, que deveria decidir-se?

Por uma parte, a doutrina da lei protestava contra o exigir de um só dos filhos a totalidade da divida; por outra, seria contra o fim da lei alimenticia que o pae, tendo direito aos alimentos, e estando um dos filhos no caso de lh'os prestar immediatamente, recebesse sómente uma parcella d'elles, vendo-se obrigado a ir mendigar a outra á porta dos extranhos. Como juizes decidiríamos segundo o espirito da lei, obrigando o filho á prestação *in solidum*, embora se repetisse o dizer de Dumoulin: «*Hoc autem fit officio judicis; quia, vi ipsa, nemo plurium debet in solidum.*» Rejeitando, portanto, em these a solidariedade da obrigação alimenticia, é sem duvida conveniente que na hypothese indicada, ou outra similhante, a suavidade pretoriana do applicador da lei, compenetrada do verdadeiro espirito da theoria dos alimentos, não deixe ficar o credor alimenticio sómente com uma parcella da alimentação devida. As decisões dos tribunaes compete fixar neste sentido este ponto do direito portuguez.

Vejamos agora se a obrigação alimenticia será divisivel, ou indivisivel.

Em o nosso codigo não encontramos uma definição de obrigação indivisivel. Encontramol-a, porém, no codigo civil francez e em alguns dos nossos civilistas. O codigo francez diz nos artigos 1217.^o e 1218.^o: «L'obligation est

«divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution est ou n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle. L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.» É facil concluir d'aquí que a obrigação indivisível é aquella que, pela natureza real ou legal do seu objecto, não é susceptível de ser executada em parte.¹ É este também o pensamento de Correia Telles² e Rocha,³ que ambos se fundavam na doutrina do direito romano.⁴

É facil ver que a obrigação indivisível quasi se confunde com a solidaria. Rocha notou muito acertadamente⁵ que a solidariedade e a indivisibilidade têm de commun:

a) verificarem-se só no caso de concorrerem muitos credores, ou muitos devedores;

b) poder cada um dos credores pedir, ou ser cada um dos devedores responsavel pelo total da obrigação; mas differem:

a) em que a solidariedade provém antes da forma da obrigação; e a indivisibilidade, da qualidade do objecto sobre que versa; e

b) em que a indivisibilidade apparece mais frequentemente entre coherdeiros, e a solidariedade não se transmite a elles.

¹ Marcadé, *obr. cit.*, tom. I, n.º 716.º

² *Dig. port.*, tom. I, art. 179.º

³ *Obr. cit.*, § 120.º

⁴ Lei 2.ª, § 1.º, Lei 73.ª, *Dig. de verborum significatione*.

⁵ Not. E ao § 120.º

O primeiro ponto da distincção entre solidariedade e indivisibilidade parece ser entrevisto pelo código civil. Quando legisla sobre solidariedade, nos artigos 750.º a 757.º, parece referir-se especialmente á natureza da obrigação; e á natureza do objecto quando emprega o termo indivisível, como, por exemplo, nos artigos 1290.º, 1499.º, 1566.º, 1854.º, 2128.º. Igualmente, o segundo ponto da differença póde deduzir-se do artigo 757.º, onde se estatue que, respondendo os herdeiros do devedor solidario collectivamente pela totalidade da divida, só póde ser obrigado cada um d'elles por uma quota parte proporcional ao numero dos herdeiros e á parte que tiver na herança, e dos artigos 2015.º e 2016.º que se referem á indivisibilidade entre os coherdeiros.

É forçoso reconhecer, a pezar d'estas distincções, que será difficil, na maior parte dos casos, extremar as duas especies de obrigação. Rocha assim o comprehendeu, dizendo:¹ «que é difficil distinguir entre as divisiveis intellectualmente e as indivisiveis; e as explicações que fazem «os interpretes revelam a sua difficuldade e o embaraço em «que elles se achavam.»

Considerando, porém, como indivisiveis as que não podem dividir-se *material* ou *intellectualmente*, e nisto estão concordes os escriptores francezes e os nossos, pergunta-se — será divisivel a obrigação alimenticia?

Duranton, o grande defensor da indivisibilidade dos alimentos, sustenta-a, fundado em que a obrigação de dar vida a alguém não póde dividir-se. Esta razão tem o incon-

¹ Not. cit.

veniente de procurar a indivisibilidade em a natureza da obrigação, em vez de a indagar em a natureza do objecto. Ora, sob este aspecto, ninguém poderá contestar que os alimentos são susceptíveis de uma divisão *material*. Dalloz, vendo a fraqueza do argumento de Duranton, e querendo admittir a todo o transe a indivisibilidade da obrigação, vai procurar as suas origens ás expressões do artigo 1217.º do código francez, *si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle*. O mesmo escriptor declara que a relação, debaixo da qual os alimentos são considerados, é a vida d'aquelle que os reclama, e, assim como a vida, a somma que se julga necessaria para a sustentar, é, quando se aproxima do seu objecto, indivisivel. Ainda que esta opinião se possa defender no direito francez, não poderia admittir-se entre nós, onde não apparece disposição de lei identica ou semelhante. O artigo 2019.º do código civil diz claramente que o herdeiro não é obrigado a encargos alem das forças da herança, d'onde naturalmente se infere que a obrigação dos alimentos, no caso em que, segundo o artigo 176.º, deva transmittir-se com a herança, tem de *dividir-se* entre os coherdeiros em proporção da parte que houverem recebido. Assim como rejeitámos a solidariedade, rejeitamos tambem a indivisibilidade da obrigação alimenticia.

De outro modo deve entender-se quando a divida dos alimentos, garantida pela hypotheca legal de que fallam os artigos 906.º, n.º 5.º, e 932.º, se acha devidamente registrada, conforme o artigo 909.º Neste caso, como o credor por alimentos tem hypotheca legal nos bens, cujo rendimento se consignou para os satisfazer, ou em quaesquer

bens do devedor, quando não haja designação, segue-se, feito o competente registro, que, por virtude da *natureza indivisível da hypotheca*, admittida no artigo 893.º, o credor pôde pedir a totalidade da divida a qualquer possuidor de todos ou de parte dos bens hypothecados. A indivisibilidade não resulta do *objecto* da obrigação, resulta da natureza da *garantia*. D'este modo, se a hypotheca foi registrada unicamente em relação aos bens que foram consignados para pagamento das pensões alimenticias, o alimentado pôde accionar por toda a divida o herdeiro dos referidos bens, ou qualquer dos herdeiros entre os quaes foram divididos. Se a hypotheca, por falta de designação, foi registrada em relação a todos os bens do devedor, todos os coherdeiros são obrigados á prestação alimenticia; podendo, na forma do artigo 2123.º, o credor dirigir-se a qualquer d'elles, que terá regresso contra os outros pela parte, que a cada um d'elles tocar, em proporção da sua quota hereditaria.

Depois de fixada a natureza da obrigação alimenticia, devemos examinar, segundo a generalidade das disposições do codigo, qual o criterio para a distribuição da mesma obrigação. Este criterio é o direito successorio. Este principio soffre, todavia, algumas restricções. Assim, conforme o artigo 171.º, na falta dos paes e de outros ascendentes, os filhos legitimos ou legitimados podem pedir alimentos a seus irmãos germanos, uterinos ou consanguineos, mas subsidiariamente e na ordem em que vão nomeados. Aqui não se realisa o direito successorio. O artigo 2001.º chama conjunctamente á successão os irmãos germanos, uterinos e consanguineos, embora os primeiros tenham dobrada parte da herança. Se o direito successorio servisse em toda

a sua extensão para determinar a distribuição da dívida, deveriam as tres classes de irmãos ser accionadas pela prestação alimenticia, pertencendo aos irmãos germanos dobrada parte da mesma prestação. Tambem o principio da reciprocidade, fundamento do direito successorio, se não applica em toda a sua amplitude. É só entre ascendentes, descendentes e irmãos, e não em todos os gráus de successão legitima; por isso, os filhos legitimos, que se alimentam sem paes, avós, ou irmãos, só pedirão alimentos, em quanto não chegarem aos dez annos, aos seus parentes até ao decimo gráu.¹ Ainda nesta hypothese a lei é imperfeita, porque, considerando a fazenda nacional como herdeira,² e preceituando que os direitos e *obrigações do Estado*, relativamente á herança, serão os *mesmos* que os de qualquer outro herdeiro,³ exime, comtudo, o Estado do onus dos alimentos, embora lhe conceda os beneficios da successão.

Estamos longe de defender esta tibieza da lei, e desejariamos que, logo que acceitou a reciprocidade e o direito successorio como criterio alimenticio, não trepidasse diante das suas legitimas consequencias. Na analyse especial de cada um dos artigos avaliaremos o seu alcance juridico.

Antes d'isso, devemos ainda discutir duas questões, que podem agitar-se no fôro. A primeira consiste em saber se existe no direito actual o chamado em direito romano *beneficio de competencia*. Referem-se a esta questão os mais eminentes jurisconsultos francezes. O *beneficio de competencia* dava-se quando uma pessoa, a quem seriam devidos

¹ Artigo 177.º

² Artigos 1969.º, n.º 6.º, e 2006.º

³ Artigo 2007.º

alimentos, se se encontrasse em necessidade, era accionada por aquella que teria obrigação de prestar-lh'os. Então, a execução nunca podia abranger senão os bens do devedor, depois de deduzidos os que lhe fossem indispensaveis para viver.¹ Assim, na acção do pae contra o filho, ou vice versa, na acção do irmão contra irmão, e em geral em todas as acções entre parentes, em que ha obrigação reciproca de alimentos, não deve, pelo beneficio de competencia, o credor expropriar todos os bens do devedor, mas deve deixar-lhe os que forem sufficientes para as suas necessidades, *ne egeat*. Não existe no direito francez nem em o nosso direito uma provisão que sancione terminantemente este beneficio. Por isso, segundo a opinião de quasi todos os civilistas, não o admittimos no código civil. Proudhon² segue, no direito francez, a opinião adversa, dizendo que haveria contradicção em permittir ao credor que expropriasse o devedor sem lhe deixar com que subsistir, pois que se veria obrigado a dar-lhe com uma das mãos uma porção do que lhe tomou com a outra. Esta consideração de Proudhon é verdadeira, mas chega-se ao mesmo resultado, (dar alimentos ao devedor) por outra via e com menos difficuldades. Póde dar-se o caso de não ser o credor o unico obrigado á prestação alimenticia; e, por isso, respondendo elle sómente pela sua parte, ainda quando esta parte fosse deduzida na execução, nem por isso o devedor podia com ella ser completamente satisfeito na

¹ A lei 173.^a, Dig. *de regulis juris*, dizia : «In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.» Compare-se esta lei com a lei 30.^a, Dig. *de re judicata*, c o § 38.^o, Inst. *de actionibus*.

² *Traité de l'usufruit*, tom. 1, n.^o 157.^o, em Demolombe.

sua necessidade. O fim do beneficio de competencia, *ne egeat*, não seria conseguido, obstando a isso a qualidade divisivel e não solidaria da divida alimenticia. Desde que houvesse mais d'uma pessoa obrigada aos alimentos, sómente se poderia deduzir na expropriação a parte relativa ao expropriante, que poderia não chegar para assegurar a subsistencia do devedor.

Demais, como na distribuição da divida dos alimentos têm de ser rigorosamente apreciadas a necessidade do alimentando e as faculdades dos alimentantes, isso só pôde cabalmente fazer-se em processo separado de qualquer execução peculiar a um d'elles. A admittir-se o beneficio do direito romano, deveriam ser chamados á execução todos os devedores de alimentos, fixando-se a quota de cada um, e deixando em poder do executado a quota pertencente ao expropriante. Isto viria complicar o processo da execução, confundindo com elle a acção alimenticia.

Nenhuma garantia tinha tambem o executado em ficar com os bens, de cujo rendimento devia receber a quota do expropriante, visto que a hypotheca legal do artigo 906.º, n.º 6.º, do codigo civil lhe assegura totalmente o cumprimento da obrigação.

Por todas estas razões rejeitamos entre nós o *beneficio de competencia*.

A outra questão, a que alludimos, consiste em saber se os alimentos provisionaes e *ad litem*, admittidos no direito antigo, são, ou não, confirmados pelo codigo civil.

A novissima reforma judiciaria no artigo 281.º, e, antes d'ella, a ordenação liv. III, tit. 18.º, § 6.º, admittem a acção summaria por alimentos provisionaes e *ad litem*. Conside-

ravam-se assim não só os alimentos provisorios d'aquelle que intentava a acção alimenticia, mas tambem as despesas da demanda.

Separemos as duas hypotheses, para melhor clareza da doutrina, e discutamos, em primeiro logar, a questão de saber se o demandante poderá exigir os meios alimenticios, sustento, habitação e vestuario, provisoriamente durante a demanda.

Póde sustentar-se a affirmativa, dizendo :

a) que, sendo o fundamento dos alimentos a necessidade, e manifestando-se esta desde a proposição da acção, fica desde logo o réo na obrigação de fornecer os alimentos ;

b) que houve, segundo o artigo 176.º, o pedido judicial, e que o principio da necessidade adquiriu força legal ;

c) que o petitorio dos alimentos provisionaes se deve entender comprehendido na concessão dos alimentos ordinarios, pois que aquelles não são mais que a antecipação d'estes.¹

Se por ventura o auctor não podesse decahir da demanda, defenderíamos esta opinião. Desde, porém, que o auctor póde decahir d'ella, julgando-se que a pessoa demandada não tem obrigação de prestar os alimentos futuros, seria totalmente absurdo defender uma doutrina, que a obrigasse aos alimentos preteritos. Supponha-se que o credor alimenticio propoz a acção contra uma pessoa, que não póde ser a final condemnada a prestar-lhe os alimentos.

¹ Este ultimo argumento foi apresentado na sentença de um juiz, a qual passou em julgado, não admittindo os alimentos *ad expensas litis*, mas admittindo os provisionaes, ou os meios de sustentação durante a demanda. Vej. o *Direito*, 3.º anno, n.º 24.º

Assim, imagine-se, por exemplo, que o filho intentou a acção contra o irmão, em vez de a intentar contra o pae. Obrigar neste caso o irmão, que na sentença final deve ser absolvido da futura prestação alimenticia, a pagar os alimentos provisionaes, seria uma injustiça revoltante. A obrigação existe desde que apparece a necessidade e o pedido judicial, mas não póde tornar-se effectiva senão depois de a sentença ter passado em julgado. Se por acaso foi julgada procedente a acção, como, segundo o que deixámos indicado, o devedor dos alimentos deve pagar as dividas, que se verificar escrupulosamente terem sido contrahidas para alimentos, em nada fica prejudicado o credor alimenticio, e nem a sua subsistencia corre perigo, sendo legal a sua pretensão.

Quanto á segunda hypothese, a das despesas da demanda, não nos resta a menor duvida de que o codigo civil quiz revogar a legislação antiga. Basta reparar no artigo 171.º, que, definindo *alimentos*, não comprehende as despesas da demanda; e, portanto, não podem ellas ser reputadas alimentos, sob pena de ser violada a disposição da lei. Alem d'isso, os alimentos *ad litem* cessavam com o arbitramento dos ordinarios; e o codigo, regulando a cessação dos alimentos, só a admitte nos casos dos artigos 179.º e 180.º

Póde argumentar-se contra esta doutrina, dizendo:

a) que o artigo 12.º do codigo civil declara que a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio, e que, por isso, a lei que reconhece o direito aos alimentos deve legitimar as despesas para o custeio da demanda;

b) que o artigo 171.º, não distinguindo entre as des-

pesas da demanda e os alimentos, dá a entender que ficam aquellas comprehendidas na sua definição.

O primeiro d'estes argumentos prova de mais, porque prova que em todas as acções deve o réo fornecer ao auctor as despesas da demanda. Em todas ellas ha um direito, e a lei legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio. Esta conclusão seria absurda.

O segundo argumento tambem não prova, porque, devendo a definição abranger sómente o definido, em nenhuma das suas partes se falla nas despesas da demanda.¹

Se quizessemos recorrer á interpretação authentica, tinhamos as palavras do sr. Seabra sobre o artigo 173.º do seu projecto, que se acha no artigo 171.º do codigo vigente, em resposta ás *Observações* do sabio jurisconsulto, o sr. dr. Paes da Silva: ali declara o benemerito legislador que não foi sua intenção admittir os alimentos provisionaes e *ad litem*. Os argumentos pelos quaes o sr. Seabra condemnava estes alimentos cifravam-se nos seguintes:

1.º porque entendia não ser razoavel conceder alimentos a uma pessoa, cujo direito a elles é disputado e controvertido ainda, d'onde podia resultar concederem-se estes alimentos a quem, decahindo da acção, não tinha direito a recebê-los;

2.º porque ninguem podia ser obrigado a prestar armas contra si proprio, o que acontecia com os alimentos que tinham por fim fornecer ao auctor os meios de sustentar a demanda;

3.º porque, decahindo o auctor, não poderia o réo re-

¹ Vej. a *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 4.º anno, n.º 158.º, em que se defende a mesma opinião.

haver os alimentos que foi indevidamente obrigado a fornecer-lhe;

4.º emfim, porque, sendo summarias as acções de alimentos futuros, e, por isso, muito breves, tornava-se desnecessaria a prestação dos alimentos provisionaes.

Opinião identica segue o sr. Dias Ferreira.¹

Não obstante o que deixamos dicto, o projecto do código do processo legisla sobre os alimentos provisórios.²

¹ *Cod. civ. annot.*, art. 184.º

² Tractando a questão dos alimentos provisionaes e *ad litem*, distinguimos entre os alimentos que comprehendem o sustento, educação e vestuario durante a demanda e os que comprehendem as despesas da demanda. Julgámos, tanto uns como os outros, condemnados pelo artigo 171.º do código civil. O projecto do código do processo parece admittir os primeiros e rejeitar os segundos. Os artigos 190.º e 191.º do primitivo projecto do sr. Alexandre de Seabra; os artigos 263.º, 264.º, 265.º e 266.º do mesmo projecto, examinado pela commissão revisora; e, por fim, os artigos 266.º, 267.º, 268.º e 269.º do projecto definitivo, todos apresentam o processo para os alimentos *provisórios*; e, referindo-se o primeiro e o terceiro d'esses projectos aos artigos 171.º, 1271.º e 1838.º do código civil, parece legislarem sómente sobre os alimentos referidos ali, e, por isso, excluindo as despesas da demanda. Em todos os projectos estão os artigos obscuramente redigidos. Quer, porém, elles admittam só os provisionaes no sentido indicado, quer admittam tambem os *ad litem*, poderia questionar-se se, condemnando o código civil uns e outros, seria da attribuição do código do processo restaural-os. Seja como for, a nossa opinião no direito vigente substantivo está devidamente esclarecida.

III

Summario.— A instrucção e educação terminam com a menoridade, ou abrangem a maioridade do alimentado? — Opinião do sr. Dias Ferreira — Sua refutação — Verdadeira intelligencia do artigo 171.º, § unico, do codigo civil — Se o menor tem direito á instrucção e educação, quem pôde tornar effectivo esse direito, e como ha de proceder-se á sua realisação practica? — Solução da questão nas tres hypotheses admissiveis — Pessoas a quem é imposta a obrigação alimenticia — Fontes do artigo 172.º no direito patrio e estrangeiro — Discussão das duas hypotheses realisaveis em face do artigo — Gradação completa das pessoas em que pôde incidir a obrigação alimenticia — Intelligencia dos artigos 173.º, 174.º, 177.º e 294.º

O § unico do artigo 171.º do codigo civil sómente comprehende a educação e instrucção na divida alimenticia, *sendo o alimentado menor.*

Quer o codigo significar com estas palavras que a instrucção e educação do alimentado terminam logo que elle chegue á maioridade?

O sr. Dias Ferreira, invocando o artigo 1831.º e as diversas opiniões dos collaboradores do codigo, tem para si que a educação só *principia* na menoridade, mas continúa na maioridade, se o alimentado prosegue com dedicação na carreira que não concluiu antes da maioridade.¹ Examinemos os fundamentos d'este parecer.

¹ *Cod. civ. ann.*, art. 171.º

O artigo 1831.º diz que «o legado de alimentos abrange «sustento, vestuário, habitação e, *sendo o legatário menor, «educação.»*

E no § 1.º diz que esta obrigação de subsidio para educação dura «até que o alimentado haja adquirido a *perícia, ou a habilitação regular, no officio ou profissão que «tiver adoptado.* Não tendo adoptado algum officio ou profissão, cessará esta obrigação.»

O sr. Dias Ferreira pretende interpretar o artigo 171.º em harmonia com o artigo 1831.º, applicando a toda a divida de alimentos, na parte relativa á educação e instrucção do alimentado, o disposto no § 1.º d'este ultimo artigo. É levado a esta conclusão pelo estudo reflectido do § 1.º do artigo 1831.º D'esse estudo resulta convencer-se o distincto annotador de que, sendo introduzida pelos revisores a doutrina do citado § sob proposta do sr. José Julio, fica evidente «que o *legado* de educação só dura alem da «menoridade, e não cessa com esta, se o alimentado se «tinha dedicado a alguma carreira ou profissão, e ainda «não estava devidamente habilitado, comtanto que elle faça «esforços para concluir o seu estudo ou officio, e não tome «a profissão como pretexto para continuar a desfructar o «*legado.*»

Tambem julga o mesmo distincto annotador «que o pensamento do sr. Scabra, que exigia que o *legatário* mostrasse *aproveitamento* na carreira a que se dedicara, não «deve julgar-se prejudicado com a redacção do § 1.º do artigo 1831.º, aliás poderia ser completamente illudido o «preceito da lei, que de certo só torna obrigatoria a continuação dos alimentos alem da menoridade para o ali-

«mentado adquirir habilitação regular no officio a que se «destinou.»

As considerações do sr. Dias Ferreira, quanto ao artigo 1831.º, são verdadeiras, e ninguém porá em duvida que o *legado de alimentos* deixado a um menor se estende alem da maioridade, quando elle não tenha ainda concluido a sua profissão por circumstancias independentes da sua vontade. Mas não é a interpretação do artigo 1831.º que se questiona: é a do artigo 171.º; e, sendo assim, toda a difficuldade do problema consiste em saber se póde a sua doutrina ser modificada pela do artigo 1831.º, sem se violarem as regras da boa hermeneutica juridica. Cremos que não póde defender-se a affirmativa.

O artigo 1831.º refere-se á *hypothese* do legado de alimentos, e o artigo 171.º á regra geral dos alimentos *vinculo sanguinis*. O artigo 1831.º tem por sua propria natureza um character de excepção, em quanto o artigo 171.º comprehende na sua amplitude todos os alimentos.

Se os revisores quizessem ampliar a todos os alimentos a disposição especial do § 1.º do artigo 1831.º, por certo se não esqueceriam de modificar o artigo 171.º E não deve explicar-se esta omissão por falta de lembrança do que se achava disposto na secção dos alimentos, visto que a redacção do § 2.º do artigo 1831.º evidencia que elles tinham bem presentes as doutrinas da indicada secção.

Antevemos que se nos póde objectar ser cruel a disposição do artigo 171.º assim interpretada, porque póde o menor, que está cursando uma carreira litteraria, ou aprendendo uma arte ou profissão, ter mostrado aptidão para ellas, e achar-se, ao tocar a maioridade, desprovido de meios

para as concluir. Se fossemos legisladores, defenderíamos que se concedessem ao alimentado os meios para a sua instrução e educação ainda depois da maioridade; interpretes da lei, não podemos defender esta doutrina.

Todos os commentadores do artigo 603.º do código civil francez, onde se dá aos paes a obrigação de educar os filhos, pensam que esta obrigação acaba logo que chegam á maioridade. Esta foi evidentemente a intenção do legislador no artigo 171.º Se compararmos, além d'isso, este artigo com os artigos 2105.º e 2104.º, mais nos convenceremos da verdade da nossa opinião. Conforme o artigo 2105.º, as despesas de *alimentos* não vêm á collação; e, segundo o artigo 2104.º, vem á collação o dispendio que o fallecido houver feito com o *património para a ordenação, com estudos maiores* ou com *serviço militar*: d'onde se infere que todo esse dispendio não pôde ser comprehendido entre os alimentos.¹ A obrigação dos alimentos, na parte relativa á instrução e educação, fica, portanto, restricta aos estudos menores e ao ensino de alguma *profissão*; e muito pouco será o *aproveitamento* do alimentado que os não tenha concluido até aos vinte e um annos. Se isto acontece na relação jurídica dos alimentos entre os filhos e os paes, por maioria de razão deve acontecer na relação entre elles e os irmãos.

Rejeitamos, portanto, a opinião do sr. Dias Ferreira; e cremos que de direito constituido a obrigação de alimentos,

¹ Tambem o art. 2104.º indica o dispendio para o *estabelecimento dos filhos*. D'onde se conclue, comparado este art. com o art. 2105.º, que o *estabelecimento dos filhos* não está comprehendido nos alimentos. Vej. p. 24.ª d'este vol.

no attinente á instrucção e educação, termina logo que o alimentado chegue á maioridade. Não assim no legado, onde o codigo civil, afastando-se do projecto do codigo hispanhol, artigo 694.º, offerece uma provisão especial.

Agora origina-se uma outra questão. Se o menor tem direito á educação e instrucção, quem é competente para obrigar as pessoas em quem reside a obrigação?

É discutida esta questão no direito francez,¹ e póde agitar-se em o nosso fôro. Podem dar-se tres hypotheses:

1.ª existem o pae e a mãe, que devem satisfazer o direito do filho;

2.ª existe sómente um d'elles, tendo fallecido o outro;

3.ª não existe nenhum.

Na primeira hypothese quem deve accionar os paes pelo cumprimento da sua obrigação juridica?

Demolombe, fundando-se no artigo 203.º do codigo francez, que dispõe: «*Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants*», alvitra que, contrahindo os esposos *um para com o outro* a obrigação de educar os filhos, tem cada um d'elles o direito de accionar o outro pelo cumprimento da obrigação. Egualmente o referido auctor não exclue a acção dos filhos, entendendo que as palavras *les époux contractent ensemble* podem significar *ao mesmo tempo e simultaneamente*, e assim diz: «*Les deux acceptions sont possibles; et on peut dire avec une égale vérité, que les*

¹ Alguns escriptores, como Coffinières, *Encyclopédie du droit*, vb. *aliments*, § 1.º, n.º 6.º, não admittem a acção. O mesmo indica Marcadé. Outros, como Zachariae, Demolombe e Acollas, admittem a acção e investigam quem será a pessoa competente para a intentar.

«époux sont tout à la fois obligés l'un envers l'autre et envers leurs enfants.¹»

Poderá defender-se a opinião de Demolombe em o nosso direito, no que respeita á acção de um dos conjuges para com o outro? Não o duvidamos.

Se não existe um artigo identico ao artigo 203.^o do citado codigo, temos, comtudo, o artigo 140.^o, que consi- como uma das obrigações inherentes ao poder paterno de darem os paes a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado. Ora, assentando as obrigações do poder paternal no facto da procreação dos filhos, póde dizer-se com Acollas:² *«Le droit respectif d'action des époux existe, parce que tout fait de procréation constitue juridiquement un quasi-con-
trat; donc, il en résulte une obligation, et, par consé-
quent, une action.»* Parece-nos, ao mesmo tempo, grandemente moral que um dos conjuges vá reclamar o auxilio dos tribunaes, obrigando o outro, que esqueceu como pae desnaturado a educação de seus filhos, a cumprir o seu dever natural e juridico.

Se, porém, nenhum dos conjuges cumpre a sua obrigação, o codigo civil regula este caso no artigo 141.^o Embora o poder dos paes não esteja sujeito a cautela alguma preventiva, no caso de *abuso* poderão os paes ser punidos na conformidade da lei geral e inhibidos de reger as pessoas e bens dos filhos, a *requerimento dos parentes ou do ministerio publico*. Os parentes e o ministerio publico são, em face do artigo 141.^o, os fisceas do exercicio do poder

¹ Tom. iv, n.^o 3.^o

² *Obr. cit.*, art. 203.^o

paternal, e a elles compete, portanto, accionar os paes pela obrigação da educação.

E, se o filho tem bens proprios, deverá ser educado por esses bens, ou pelos de seus paes?

Dos artigos 144.º, 145.º, 146.º e 147.º vê-se claramente que os filhos, não chegados á maioridade, podem adquirir bens. Estes bens podem dividir-se em quatro especies:

- a) bens, cuja propriedade e usufructo pertence aos paes;
- b) bens, em que os paes só têm o usufructo;
- c) bens, em que os paes só têm a administração;
- d) bens, em que os paes não têm o usufructo nem a administração.

Havendo sómente as duas primeiras especies de bens, como os paes estão no gozo legal d'elles, devem educar os filhos pelo seu rendimento. O artigo 148.º, n.º 2.º, o declara, considerando como um encargo do usufructo a decendente sustentação e educação dos filhos, conforme a sua condição e os seus haveres.

Havendo sómente bens da terceira e quarta especie, cremos que é por esses que devem ser educados os filhos. Achamos razão a Demolombe: *«Il est effectivement très-équitable que «les père et mère, moins riches peut-être que leur enfant, «ne soient pas tenus de payer, pour lui, des dépenses auxquelles il peut personnellement satisfaire.»* Parece-nos não ser justo que o filho, que tem bens proprios, seja alimentado pelos bens de seus paes, vindo assim a prejudicar seus irmãos, que podem não ser tão ricos, e que ficam pela lei inhibidos de haver na collação as despesas que seus paes fizeram com elle. Alem de que, o filho, neste caso, não tem necessidade, e, por isso, ninguém póde intentar contra seus

paes uma acção que os obrigue a despartirem-se dos bens do casal para educar seu filho.

Imagine-se ainda que o filho tem bens das quatro especies: por quaes deve principiar-se a despesa da educação?

A isto responde Demolombe: ¹ «Ce que je veux dire, c'est «qu'il doit toujours y employer, *avant tout, les revenus des biens dont il jouit, et que ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces revenus, que l'usufruitier légal peut y consacrer les revenus propres de l'enfant.*» Também nos parece legal esta doutrina em face dos artigos 148.º, n.º 2.º, 2231.º e 2232.º do nosso código. A educação do filho é um encargo do usufructo. Desde que os paes gozem do usufructo, hão de sujeitar-se aos encargos d'elle. Não podem, portanto, escapar ao onus da educação os paes usufructuarios. Se o usufructo não chega para a educação, é justo que o que falta seja tirado dos bens proprios do filho. Em quanto, porém, existirem bens usufruidos pelos paes, podem estes ser accionados pelo artigo 148.º, n.º 2.º, a fim de cumprirem a obrigação.

Vejamos agora a segunda hypothese: imagine-se que existe sómente um dos paes; quem deve intentar a acção de educação?

Dissolvido o matrimonio por morte de um dos conjuges, o que sobrevive continúa a exercer o poder paternal.²

Supponha-se que o sobrevivente é o marido. Este tem obrigação de educar os filhos, não sómente pela natureza do poder paternal,³ mas ainda porque é usufructuario dos bens

¹ *Obr. cit.*, n.º 12.º

² Código civil, art. 155.º

³ Artigo 140.º

dos mesmos filhos.¹ O curador dos orphãos e os parentes ² podem obrigar-o a educar o filho.

Supponha-se que sobrevive a mulher. Tem a mesma obrigação e com os mesmos fundamentos. Se não a cumprir, o curador dos orphãos, os parentes,³ e os conselheiros nomeados pelo marido em testamento ⁴ podem intentar a acção. A condemnação da mãe provará que *em prejuizo dos filhos abusou da auctoridade materna* negando-lhes os alimentos, e então o conselho de familia, a requerimento do dicto conselheiro, do curador dos orphãos ou de qualquer parente dos filhos, poderá inhibil-a, se assim o entender, de reger as pessoas e bens dos mesmos filhos.⁵ D'esta maneira está salvaguardado o direito á educação.

Tractemos agora da terceira *hypothese*: não existem os paes; como se tornará effectivo o direito á educação?

Ao tutor pertence *educar* ou *fazer educar*, alimentar e tractar o menor, conforme a sua condição, *da maneira ordenada pelo conselho de familia*.⁶ Se o tutor não cumpre este dever, a vigilância do protutor,⁷ a do proprio conselho de familia ⁸ e a do curador dos orphãos ⁹ são sufficientes para garantir ao menor o seu direito á educação.

D'est'arte, na lei portugueza encontram-se, qualquer que

¹ Artigo 148.º, n.º 2.º

² Artigos 141.º e 158.º

³ Cit. artt. 141.º e 158.º

⁴ Artigos 159.º, 160.º e 161.º

⁵ Artigo 161.º

⁶ Artigo 243.º, n.º 2.º

⁷ Artigo 258.º, n.º 2.º

⁸ Artigo 224.º, n.º 7.º

⁹ Artigos 215.º, 220.º e 221.º

seja a situação dos menores, todos os meios de tornar efectiva essa obrigação, que as escolas mais adiantadas de philosophia consideram uma obrigação juridica.

Assentados estes principios, cumpre-nos indagar quaes sejam as pessoas a quem é imposta a obrigação alimenticia. O codigo civil diz, no artigo 172.º, que esta obrigação é *reciproca* entre descendentes e ascendentes e entre irmãos. Identica disposição se acha no projecto hispanhol, artigo 70. *«La obligacion de dar alimentos es reciproca: los hijos y descendientes los deben respectivamente á sus padres y ascendientes.»* O mesmo se lê no codigo francez ¹ e em outros codigos estrangeiros.²

Antes do codigo civil o assento de 9 de abril de 1772, reconhecendo que é «de todos os direitos, natural, divino e humano, que cada um se deve sustentar e alimentar a «si mesmo», exceptuava d'esta regra em primeiro lugar «os «filhos e toda a ordem dos descendentes, porque, como os «pais lhes deram o ser e a vida, dicta a razão natural que «sejam obrigados a conservar-lh'a, contribuindo-lhes primeiro que todos com os alimentos necesarios para esse «fim.»

Tambem o assento admittia a reciprocidade entre os ascendentes e descendentes, porque, «tendo os filhos e outros descendentes recebido de todos elles os inestimaveis «beneficios do ser e da vida, pede a gratidão que os mesmos filhos e outros descendentes lhes retribuam com o

¹ Artigos 205.º e 207.º

² Codigo das Duas Sicilias, artt. 195.º e 196.º; da Hollanda, artt. 376.º e 378.º; da Sardenha, artt. 118.º e 120.º; da Luisiana, artt. 243.º e 245.º; do cantão de Vaud, artt. 107.º e 109.º

«soccorro dos alimentos, no caso em que os dictos pais e «mais ascendentes se vejam reduzidos a tão extrema miséria, «que não tenham de que vivam.»

Em face do assento dizia Mello Freire:¹ «*Parentes autem filios cujuscumque ordinis et conditionis alere tenentur.... Debentur etiam a filiis alimenta parentibus, cum «eos non alere nefarium sit, alendi enim officium inter liberos et parentes reciprocum est.*»

Os civilistas modernos acceitaram a mesma doutrina, e enunciaram a reciprocidade dos alimentos entre os descendentes e os ascendentes.²

Todos se fundam no citado assento, que já encontrava na jurisprudencia romana os seus principaes fundamentos. A lei 4.^a, Dig. *de agnoscendis et alendis liberis*, impondo aos paes o dever alimenticio, assemelhava a recusa dos alimentos ao assassinio;³ e a lei 5.^a, § 13.^o, Dig. *eod.* estabelecia a mesma obrigação dos filhos para com os paes.⁴ A reciprocidade, pois, da obrigação alimenticia entre os ascendentes e os descendentes, consignada no artigo 172.^o do codigo, tem as suas origens no direito romano, no antigo direito portuguez e na legislação dos povos cultos.

Mas a redacção do artigo 172.^o póde originar differentes questões.

¹ *Obr. cit.*, liv. II, tit. 6.^o, §§ 11.^o e 25.^o

² Liz Teixeira, *obr. cit.*, part. 1.^a, p. 337; Correia Telles, *obr. cit.*, tom. II, artt. 516.^o e 531.^o; Rocha, *obr. cit.*, § 318.^o

³ *Necare videtur, qui partum perfocat, sed is qui abjicit, et qui alimonia denegat.*

⁴ *Iniquissimum enim quis merito dixerit, patrem egere cum filius sit in facultatibus.*

Duas hypotheses se podem dar em vista do artigo:

- 1.^a têm os descendentes necessidade dos alimentos;
- 2.^a têm os ascendentes a mesma necessidade.

Na primeira hypothese, póde acontecer que o descendente (filho, supponhamos) seja menor, ou que o mesmo descendente seja maior.

O que dissemos ácerca do modo de tornar effectivo o direito á educação do menor é applicavel ao modo de tornar effectivo o direito do mesmo menor ao sustento, habitação e vestuario. Em todos os casos, que figurámos, o menor encontra na lei as condições precisas para realizar o seu direito. O que investigamos agora é saber quaes as pessoas a quem os seus representantes se devem dirigir na exigencia da obrigação. Neste ponto a lei não separa do filho menor o filho maior: excepto no que toca á educação, ambos têm o mesmo direito. O assento de 9 de abril assim o entendia ampliando a obrigação alimenticia «ou os filhos não *tenham ainda chegado á idade de poderem adquirir por si o necessario para a sua sustentação*; ou *sim tenham já d'ella passado*; mas, ou por defeito da natureza, ou por *algum outro principio sejam tão inertes que se não possam alimentar a si mesmos.*» O filho menor póde, pois, dirigir-se pelos seus representantes; o filho maior por si aos paes e seus ascendentes.

Vejamos a ordem, pela qual estas pessoas estão obrigadas a alimentar-os.

O artigo 172.^o parece estabelecer a obrigação *simultanea* dos alimentos entre todos os ascendentes. Se assim fosse, o filho poderia dirigir-se a qualquer d'elles pedindo o cumprimento da obrigação. Todavia, comparado esse artigo

com o artigo 173.º, vê-se que só *na falta* dos paes, ou se estes *não tiverem meios para prestar os devidos alimentos*, é que os filhos podem recorrer aos outros ascendentes. Os ascendentes, desde o segundo gráu inclusivamente, só são obrigados, quando não haja ascendentes do primeiro gráu, ou quando não estejam em circumstancias de prestar os alimentos. Comprehende-se esta doutrina, porque, seguindo, em regra, a obrigação alimenticia o direito successorio, os ascendentes do primeiro gráu são chamados á successão de preferencia aos ascendentes do segundo.¹

Era esta tambem a melhor doutrina no direito antigo, onde das ordenações liv. I, tit. 88.º, §§ 10.º e 11.º, liv. IV, tit. 99.º e do assento de 9 de abril se conclue serem na falta ou impossibilidade dos paes chamados os outros ascendentes ao cumprimento da obrigação alimenticia.²

Com os artigos 172.º e 173.º do codigo concorda o artigo 69.º do projecto hispanhol, que diz: «*A falta de padre e madre, los ascendientes de ambas líneas mas próximos en grado tienen obligacion de alimentar á sus descendientes.*» No direito francez, onde a incidencia da obrigação não está fixada com a clareza que transluz em o nosso

¹ Codigo civil, artt. 1969.º, n.º 2.º, e 1970.º

² Mello Freire entendia que só na falta de todos os ascendentes paternos é que as mães tinham a obrigação dos alimentos, *mater non in subsidium alere tenetur*; Lobão, *Not. a Mello*, liv. II, tit. 6.º, § 15.º, segue a opinião contraria. O mesmo, Rocha, *obr. cit.*, § 324.º not. Tambem rejeitamos o pensar de Mello Freire por contrario á ordenação e ao assento de 9 de abril. O codigo das Duas Sicilias no artigo 193.º adopta a jurisprudencia que consagra a obrigação alimenticia da mãe, depois dos ascendentes paternos: «*Cette obligation se remplit dans cet ordre: d'abord le père, puis l'aïeul, puis le bisaïeul paternel, et subsidiairement la mère.*»

codigo e no projecto hispanhol,ahi mesmo é impugnada a simultaneidade da obrigação alimenticia, como contraria ás tradições juridicas, aos principios da materia e ás intenções do legislador.

Demolombe, que desenvolve a materia com admiravel proficiencia, fundando-se na lei 8.^a, Dig. *de agnoscendis et alendis liberis*, escreve: «La loi civile, qui appelle les descendants et les ascendants à se succéder les uns aux autres, a pu justement, par une sorte de compensation, consacrer entre eux aussi cette obligation réciproque; or, d'une part les devoirs d'affection et de dévouement sont plus ou moins sacrés suivant le caractère du lien et la proximité du degré; d'autre part, toutes les personnes que l'obligation alimentaire peut atteindre, n'ont pas, dans les successions *ab intestat*, une vocation héréditaire égale; donc, il était logique et équitable de ne pas les soumettre toutes également à cette obligation, et d'établir entre elles une graduation, un ordre successif.¹» De tudo isto conclue-se que o nosso codigo, inspirando-se dos principios da jurisprudencia indicada na classificação dos ascendentes, que têm o onus alimenticio, colloca em primeiro logar os paes. Deverá o filho dirigir-se sempre aos paes?

¹ Vejam-se tambem Duranton, *obr. cit.*, tom. I, n.º 976.º; Marcadé, *obr. cit.*, tom. I, n.º 714.º; Dalloz, vb. *mariage*, n.º 622.º; Acollas, *obr. cit.*, artt. 205.º, 206.º e 207.º; Demante, *obr. cit.*, n.º 290.º; Picot, *obr. cit.*, art. 206.º; e não esqueça Toullier, tom. II, n.º 612.º, que entende que, não sendo a obrigação alimenticia litteralmente imposta aos ascendentes superiores para com seus netos, «les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, rejeter l'action alimentaire, dirigée par les petits-enfants contre leurs aïeuls ou aïeules, sans craindre la cassation du jugement, car il n'y aurait pas de loi violée.» Este parecer é geralmente abandonado.

O filho pôde ser :

- a) solteiro ;
- b) casado ;
- c) viuvo.

No primeiro caso, não ha duvida de que, carecendo de alimentos, deve exigil-os de seus paes. No segundo caso, como, em vista do artigo 1184.º, os conjuges devem socorrer-se e ajudar-se reciprocamente, e, segundo os artigos 1104.º e 1189.º pertence ao marido a administração de todos os bens do casal, qualquer que seja a forma do casamento, nunca pôde o filho demandar os paes emquanto podér ser alimentado pelos bens do mesmo casal. No terceiro caso, antes de demandar os paes deve pedir os apanagios. Não é o direito successorio que o leva a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pela esposa fallecida de preferencia aos bens dos paes, porque só na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes, é que o conjuge sobrevivivo é chamado á successão,¹ mas sim a natureza do contracto matrimonial que, fazendo dos dois esposos uma só personalidade physica e moral e da sociedade domestica uma communhão perpetua de existencia, não permite que, emquanto houver bens de um dos conjuges, tenha o outro de recorrer a differentes pessoas.²

¹ Codigo civil, art. 1969.º, n.º 4.º

² Este pensamento dictou os artigos 1207.º, n.º 2.º, e 1210.º, § unico, que dão o direito de alimentos ao conjuge que d'elles carecer tendo havido separação de pessoas e bens. Ainda no caso de ter a separação sido motivada por adulterio da mulher, pôde esta ser alimentada pelos bens do casal.

Mas o filho pôde ter ascendentes, filhos, e apanagios: como graduar neste caso a obrigação alimentícia?

Cremos que, em primeiro lugar, deve recorrer aos apanagios; na sua falta, ou se elles não bastarem, aos filhos; na sua falta, ou se não poderem satisfazer a obrigação, aos paes. Collocamos em primeiro lugar os apanagios, em virtude dos artigos 1184.º, 1104.º, 1189.º e outros, em que se estabelece a natureza do contracto matrimonial, *la dette de l'époux est certainement la première de toutes*;¹ em segundo lugar os filhos, porque, devendo proceder-se á distribuição segundo o direito successorio, são os filhos chamados á successão de preferencia aos avós.²

O codigo italiano, artigo 142.º segue estes principios, dizendo: «*L'obbligo degli alimenti cade in primo luogo sopra il coniuge, in secondo luogo sopra i descendenti, in terzo luogo sopra gli ascendenti.*»

Supponha-se, porém, que os filhos não têm apanagios, descendentes ou paes, ou que estes não podem prestar os alimentos: então o artigo 173.º manda pedil-os aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o

¹ Demolombe, *obr. cit.*, n.º 34.º

² No antigo direito portuguez havia quem sustentasse que só depois dos paes é que deviam ser demandados os filhos pela obrigação alimentícia. Correia Telles, fundado em Strykio, dizia no *Dig. port.*, tom. II, art. 532.º: «Se uma pessoa, que necessita de alimentos, tem paes ricos e filhos ricos, cada um dos quaes o possam alimentar, *em primeiro lugar os deve demandar aos paes do que aos filhos.*» Rocha defendia a mesma opinião (*obr. cit.*, § 326.º not.), reconhecendo ao mesmo tempo que «outros seguem o contrario; reputam a obrigação do filho mais sagrada e conforme a regra da successão.» A estes seguiu o codigo civil.

seu direito successorio. Os avós, bisavós, e todos os outros graus superiores de ascendencia estão, portanto, obrigados á prestação alimenticia. É esta, egualmente, não obstante a asseveração contraria de Toullier, a doutrina que dimana dos artigos 205.º e 207.º do codigo civil francez. Toda a difficuldade da questão consiste em fixar a graduação dos ascendentes na successão legitima. Conseguida esta fica determinada a incidencia successiva da obrigação alimenticia. Ora, os artigos 1969.º, n.º 2.º, 1971.º, 1996.º 1997.º e 1998.º mostram que a herança se transmite, sem respeito á qualidade das linhas, e attendendo unicamente á proximidade do grau. Assim, se os ascendentes, *seja qual for a linha a que pertençam*, estiverem todos no mesmo grau, como a herança é repartida entre elles por eguaes porções, conforme o artigo 1997.º, todos devem ser obrigados, segundo o artigo 173.º, ao pagamento dos alimentos. Se os ascendentes se não acharem no mesmo grau, como a herança é conferida ao mais proximo sem distincção de linha, pelo artigo 1998.º, ao mais proximo compete a obrigação alimenticia. D'est'arte, se um filho precisar de alimentos, encontra na lei civil uma hierarchia de pessoas, onde pôde succeder-se a incidencia da obrigação. Estas pessoas são:

- a) o conjuge;
- b) os descendentes, segundo o direito successorio;
- c) os ascendentes, segundo o mesmo direito;
- d) os irmãos;
- e) os collateraes, sem reciprocidade, com as restricções do artigo 177.º; e contradictoriamente aos artigos 1969.º, n.º 6.º, 2006.º e 2007.º
- f) o municipio, conforme o artigo 294.º

Até aqui temos discutido a hypothese de existir a necessidade alimenticia nos descendentes. Discutamos agora a segunda hypothese — existir a necessidade nos ascendentes.

Os principios que temos estabelecido servem para a solução d'esta hypothese. O ascendente tem, para intentar a acção alimenticia, o conjuge; na sua falta, ou na impossibilidade de elle prestar os alimentos, tem os descendentes, regulando-se a incidencia da obrigação pelos artigos 1985.º, 1986.º, 1987.º e 1988.º do codigo civil. Assim, se os descendentes se acham todos no primeiro gráu são obrigados á prestação alimenticia por cabeça, dividindo-se a prestação entre todos os herdeiros.

Mas, se houver descendentes no primeiro gráu (filhos) e descendentes em gráus posteriores (netos por exemplo)?

Cremos que o onus do alimento não póde pesar unicamente sobre os filhos; os netos, que são chamados á herança do avô conjunctamente com seus tios, por stirpes ou formando ramos, representando os paes fallecidos segundo o artigo 1987.º, devem do mesmo modo ser chamados á prestação dos alimentos. Exemplificando: Pedro, que carece de alimentos, tem dois filhos, Antonio e João, e seis netos; d'estes, quatro são filhos de Joaquim, e dois são filhos de Martinho, ambos fallecidos. A herança de Pedro será distribuida em quatro partes eguaes: a primeira pertencerá a Antonio; a segunda a João; a terceira aos quatro filhos de Joaquim; e a quarta aos dois filhos de Martinho. A divida alimenticia está sujeita á mesma distribuição. Obrigar unicamente os dois filhos vivos, Antonio e João, ao onus alimenticio, exonerando os descendentes do segundo gráu,

que no caso sujeito, são chamados á successão pelo direito de representação dos paes fallecidos, equivale a destruir o principio, *ubi emolumentum successionis ibi onus alimentorum*.

Na falta ou impossibilidade dos conjuges, descendentes e ascendentes, a pessoa, que carecer de alimentos, póde exigil-os de seus irmãos. O artigo 174.^o assim o determina. Já antes do codigo civil o assento de 9 de abril, seguindo a opinião da glosa,¹ consignava entre os irmãos a reciprocidade alimenticia: «são os irmãos, dizia o assento, «obrigados a alimentarem os irmãos pelo direito do sangue, «de todos e quaesquer bens que elles possuam, ou os ditos «bens lhe proviessem de ascendentes, ou de estranhos, ou «fossem por elles adquiridos.» Esta jurisprudencia foi seguida pelos civilistas portuguezes.² No codigo civil francez não se acha uma disposição que estabeleça, como a do nosso codigo, a reciprocidade da obrigação alimenticia entre os irmãos; a mesma lacuna apparece no projecto do codigo hispanhol. A este respeito o codigo italiano, no artigo 142.^o, collocando em primeiro logar o conjuge, em segundo os descendentes, e em terceiro os ascendentes, accrescenta: «in quarto luogo sopra il genero e la nuora, in quinto «luogo sopra il suocero e la suocera, in ultimo sopra i «fratelli e le sorelle.» Chamando, como o codigo francez, os *affins* á obrigação alimenticia (doutrina rejeitada pelo codigo portuguez), o codigo italiano não exime os irmãos

¹ Borges Carneiro, *Dir. civ. de Port.*, tom. II, § 168.^o, n.^o 50.^o

² Mello Freire, *obr. cit.*, liv. II, tit. 6.^o, § 25.^o; Lobão, *Not. a Mello, eod.*; Liz Teixeira, *obr. cit.*, part. 1.^a, p. 355; Correia Telles, *obr. cit.*, tom. II, art. 518.^o; Rocha, § 327.^o

da mesma obrigação. Entende, porém, o código italiano, a exemplo do das Duas Sicílias,¹ da Sardenha² e de Parma,³ que só deve admittir-se nos irmãos o direito aos alimentos quando sejam incapazes de ganhar os meios de vida por vicio de constituição physica ou moral.⁴

O código portuguez, abandonando a lei estrangeira, e seguindo a jurisprudencia do assento de 9 de abril, parece-nos mais razoavel em acceitar a reciprocidade alimenticia entre os irmãos. Comtudo, o código, obrigando subsidiariamente os irmãos germanos, uterinos e consanguineos, afastou-se, sem razão justificavel, do antigo direito, que não estabelecia neste ponto differença entre elles,⁵ e alterou, como deixamos indicado, o direito de successão.

Com os irmãos termina a obrigação reciproca, e vem a obrigação alimenticia dos parentes até ao decimo gráu, consignada no artigo 177.º Esta obrigação, porém, comprehende sómente os alimentos até á idade de dez annos. Se, pois, uma creança de onze annos, a quem a morte deixou orphão de ascendentes e irmãos, ou a quem o acaso da fortuna fez nascer no seio d'uma familia proletaria, precisar de alimentos, embora tenha collateraes ricos, não poderá obrigar-os a dar-lhe, pelo menos, o seu parco sustento! Se a fortuna lhe houvesse dado um irmão rico, aquella

¹ Artigo 197.º

² Artigo 121.º

³ Artigo 114.º

⁴ Alla somministrazione degli alimenti strettamente necessari hanno diritto anche i fratelli e le sorelle, quando per un difetto di corpo o di mente, o per qualsivoglia altra causa non imputabile a loro colpa, non se li possano procacciare, art. 141.º

⁵ Liz Teixeira, *obr. cit.*, part. 1.ª, p. 355.

creança poderia em qualquer idade obter os alimentos, e, comtudo, seu irmão não teria mais direito á successão legitima do que o parente que, por não haver outros herdeiros legitimos, é chamado a dar-lhe alimentos até aos dez annos!

É verdadeiramente cruel e deshumana a disposição do artigo 177.º Que educação póde receber até aos dez annos uma creança? Nem ao menos póde aprender a instrucção primaria. Se o codigo lhe ampliasse os alimentos pelo menos até á maioridade, se lhe garantisse uma occupação, embora mesquinha, e se depois a abandonasse á sua propria iniciativa, introduziria sem duvida uma disposição, que, não sendo absolutamente perfeita, era, todavia, mais acceitavel do que a disposição que apresenta. O orphão que ficou só no mundo, sem ter ao menos um irmão que o ajude a viver, não podendo recorrer ao municipio, porque só na falta de parentes é que este o deve alimentar, fica depois dos dez annos sem educação nem alimentos, entregue unicamente á caridade dos extranhos.

O codigo civil, afastando-se do antigo direito e da jurisprudencia geral dos povos estrangeiros, pensou que fazia um grande serviço aos desgraçados, dando-lhes os meios de existencia até aos dez annos. Não se lembrou de que em questões humanitarias a meia humanidade equivale á crueldade. Abrigando á sombra da sua disposição, como em asylo seguro, o menor de dez annos, esqueceu que, depois de o ter protegido iniciando a sua educação, o abandonava no proprio momento em que começavam a aproveitar-lhe os beneficios.

Ahi está, porém, a disposição do codigo, que, nos termos

claros em que está redigida, não admitte sequer o sophisma de uma interpretação suave.

Resta em ultimo logar o municipio, que o artigo 294.^o chama á prestação alimenticia, tendo-o excluido da successão legitima!

E ainda no fim de tudo o artigo 294.^o, incumbindo aos municipios a alimentação do menor *até á idade em que possa ganhar sua vida*, deixa a porta aberta a todos os abusos. O municipio póde despedir o menor antes dos dez annos, desde que appareça uma pessoa, que lhe pague os serviços mediante o sustento. Á educação e á instrucção serão antepostos os interesses municipaes. Supponha-se, alem d'isso, que o alimentado, por defeito physico ou moral, é incapaz de ganhar a vida em qualquer idade. Então a lei, não considerando o seu estado physico ou moral, entrega-o ao asylo de mendicidade, ou manda-o implorar por outro modo a caridade publica:¹ «Se o filho de pessoa miseravel «completou os vinte e um annos, e não está em circum-
«stancias de ganhar sua fortuna, poderá ser recolhido nalgum
«asylo de mendicidade, se estiver nesse caso, ou implorar
«a caridade publica por outro modo, mas não tem direito
«de continuar a viver á custa das rendas do concelho.» A isto accresce ainda que as camaras municipaes, não fazendo os regulamentos para a execução do codigo, roubam aos desgraçados o parco beneficio da lei!

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. ann.*, art. 294.^o

IV

Summario. — Direito alimenticio dos filhos illegitimos — Classificação d'estes filhos — Situação dos filhos naturaes não perfilhados — Doutrina do direito patrio e estrangeiro sobre o seu direito alimenticio — Poderá o filho natural não perfilhado accionar os paes por alimentos, fundando-se num escripto particular, em que elles declarem a sua paternidade? — Direito alimenticio dos filhos perfilhados — Fontes dos artigos 129.º, n.º 2.º, 174.º e 175.º — Poderão os filhos perfilhados pedir alimentos aos avós? — Gradação da obrigação tendo o perfilhado consorte, descendentes e paes — Terão os paes obrigação de alimentar os descendentes legitimos do filho perfilhado? — Discussão das tres opiniões que podem originar-se em face do codigo civil — Relação alimenticia entre os ascendentes e os perfilhados e entre estes e os irmãos — Direito alimenticio dos filhos espurios.

O que dissemos no capitulo anterior, classificando e graduando os ascendentes e descendentes em que póde incidir a obrigação alimenticia, tem unicamente logar nos casos de parentesco legitimo. Os artigos 173.º, 174.º e 177.º fallam expressamente em filhos legitimos ou legitimados.

Agora devemos estudar o direito alimenticio dos filhos illegitimos. D'estes ha uns que podem ser perfilhados ¹ e a

¹ Codigo civil, art. 122.º

que chamamos naturaes,¹ e outros que não podem ser perfilhados e os quaes a lei denomina espurios.²

Os naturaes, como filhos de duas pessoas entre as quaes não existe impedimento para o casamento, podem não estar perfilhados ou estar perfilhados. Os espurios nunca podem ser perfilhados.³

Temos, portanto, em a noção geral de filhos illegítimos:

- a) os naturaes não perfilhados;
- b) os naturaes perfilhados;
- c) os espurios.

Examinemos o direito alimenticio de cada uma d'estas classes.

Segundo o codigo civil, os filhos naturaes, que não tenham obtido a perfilhação por vontade dos paes ou por sentença judicial, conservam-se extranhos á familia a que os liga unicamente o laço de sangue. É necessario que exista a declaração dos paes em registro de nascimento, escriptura, testamento ou auto publico,⁴ ou que os filhos tenham alcançado sentença judicial na acção de investigação de paternidade illegítima, nos termos dos artigos 130.º, 131.º,

¹ Vej. o artigo 1192.º, n.º 4.º

² Artigo 134.º

³ O sr. Dias Ferreira chama espurios á primeira especie de filhos naturaes, isto é, *aquelles que, podendo ser perfilhados, o não foram*. Esta opinião é rejeitada pelo artigo 134.º, que sómente applica a denominação de espurios *os que não podem ser perfilhados*, e, portanto, nunca pôde applicar-se aos filhos que chamamos naturaes, visto que elles, por não existir impedimento entre seus paes para o casamento, podem ser perfilhados. Ficam na denominação de espurios unicamente os filhos adulterinos e incestuosos, segundo o art. 122.º

⁴ Artigo 123.º

132.^o e 133.^o, para gozarem do direito alimenticio concedido aos perfilhados no artigo 129.^o, n.^o 2.^o

No antigo direito portuguez Mello Freire não conhecia differença entre os filhos para o effeito da acção alimenticia: «Cum natura differentiam liberorum ignoret, et filii illegitimi dicti, cujuscumque ordinis et conditionis, natura filii sint; sequitur a patre omnes alendos, et honeste educandos esse.¹»

O seu explicador desenvolvia o pensamento do eminente civilista d'esta maneira:² «Como a obrigação de alimentar «faz parte da obrigação de educar, e esta tem por base ou «unico fundamento a geração, a qual se dá tanto nos filhos legitimados como nos illegitimos ou bastardos, em todas «as especies de filhos que formam esta classe, sem excepção «de uma unica, a coherencia impõe pela mesma ordem aos «paes a obrigação de alimentar-os.» O assento de 9 de abril adoptava tambem esta jurisprudencia, proclamando os direitos dos naturaes a serem alimentados pelas pessoas que lhes deram o ser.

Seria necessario para isto que elles estivessem habilitados com carta de perfilhação ou sentença, ou poderiam intentar a acção de alimentos independentemente de uma e de outra?

A ordenação liv. IV, tit. 99.^o, § 1.^o, consignava sem restricções o direito alimenticio do filho natural.³ Esta opinião era perfilhada por Borges Carneiro e Correia Telles, e parece-nos mais acceitavel pelas razões, que indicámos em

¹ Obr. cit., liv. II, tit. 6.^o, § 17.^o not.

² Liz Teixeira, obr. cit., part. 1.^a, p. 342.

³ Perfilhação dos filhos sacrilegos, p. 25.

outra parte,¹ do que a opinião de Rocha, que exigia a perfilhação espontanea ou o reconhecimento judicial. D'este modo, o direito moderno é mais rigoroso do que o direito antigo sobre a sorte dos filhos naturaes não perfilhados.

O codigo, neste ponto, encontrou na legislação dos povos cultos muitas disposições d'onde extrahiui a sua doutrina. A generalidade dos codigos estrangeiros exige o reconhecimento dos filhos naturaes para poderem demandar os paes por alimentos.

Dalloz, referindo-se á legislação franceza, escreve:² «Nous avons vu que l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants pèse sur les père et mère naturels comme sur les père et mère légitimes. Il en est de même, et par les mêmes raisons, de l'obligation de leur fournir des aliments. Nous supposons, bien entendu, que la filiation de ces enfants est légalement établie, soit par une reconnaissance, soit par un jugement.»

Picot³ diz: «Le mariage est la seule base de la famille civile. L'enfant né de relations illicites est en dehors de la famille civile, et par conséquent il ne jouit point de la qualité d'héritier légitime. Cependant, inspirée par un sentiment d'humanité, la loi donne à l'enfant naturel *légalement reconnu* le droit de réclamer des aliments à ses père et mère, et celui d'obtenir une certaine portion des biens qu'ils ont laissés.» Esta opinião é seguida por todos os outros civilistas.

Não tendo obtido carta de perfilhação ou sentença, o filho

¹ *Perfilhação dos filhos sacrilegos*, p. 27.

² *Obr. cit.*, vb. *mariage*, n.º 623.º

³ *Obr. cit.*, art. 756.º

natural, segundo o código civil, não podendo demandar os paes por alimentos, fica extranho á familia d'onde foi oriundo, e póde considerar-se um abandonado, cujos paes não são conhecidos aos olhos da lei. Até aos sete annos está debaixo da tutela e administração da respectiva camara municipal, ou das pessoas que se houverem encarregado voluntaria, ou gratuitamente, da sua criação.¹ Depois dos sete annos é posto á disposição do conselho de beneficencia pupillar, ou da magistratura que o substituir,² que lhe dará o rumo de vida que for mais vantajoso, fazendo-o entrar em algum estabelecimento, ou entregando-o por contracto a pessoas que queiram encarregar-se da sua educação e ensino.³

Supponha-se, porém, que o filho, em vez de ter dos paes a declaração da paternidade em registro de nascimento, escriptura, testamento ou auto publico, tem apenas um documento particular para provar a perfilhação voluntaria que os paes lhe fizeram; poderá neste caso demandar por alimentos o auctor do escripto particular?

É evidente que, em vista do artigo 123.º, este documento não é titulo sufficiente para a perfilhação voluntaria; é unicamente um meio de prova para a acção de investigação de paternidade illegitima, nos termos do artigo 130.º, n.º 1.º, ou de maternidade, nos termos do artigo 131.º, que admite qualquer dos meios ordinarios de prova. Por isso, cremos que o filho póde intentar contra o auctor do documento uma acção de perfilhação, mas nunca póde ser-

¹ Código civil, art. 284.º

² Artigo 285.º

³ Artigo 286.º

vir-se do documento para o obrigar a dar-lhe alimentos com o fundamento do reconhecimento voluntario.

Póde dizer-se contra isto que, se o documento é sufficiente para a acção de perfilhação, deve por maioria de razão ser sufficiente para a acção de alimentos. Não prova este argumento. O artigo 129.º dá aos *perfilhados espontaneamente* ou *por sentença* o direito de serem alimentados pelo perfilhante. D'onde se infere que este direito é uma consequencia da perfilhação espontanea ou da perfilhação judicial, e que, só realisando-se uma ou outra, é que póde effectivar-se o mesmo direito. Ora, na hypothese em questão não houve perfilhação espontanea, porque o documento particular não é prova bastante para ella, nem houve perfilhação judicial, porque o alimentando não intentou a acção competente. Não póde, portanto, pedir os alimentos com fundamento no escripto particular.

No direito francez já foi agitada esta questão; e Dalloz ¹ apresenta um caso julgado, em que se decidiu que bastava para o direito de alimentos um escripto particular: «Toutefois, il a été jugé, en effet, que l'authenticité de l'acte «de reconnaissance d'un enfant naturel nécessaire pour «établir sa filiation, ne l'est point pour lui donner droit à «des aliments, ce droit est suffisamment établi par un acte «sous seing privé.» E com effeito este parecer póde sustentar-se em face dos artigos 762.º e 335.º do codigo francez. Conforme o artigo 762.º os filhos incestuosos e adulterinos têm direito aos alimentos, e segundo o artigo 335.º elles não podem ser reconhecidos em auto authen-

¹ Obr. cit., vb. *mariage*, n.º 623.

tico, d'onde se conclue que não é preciso esse auto para que exista o direito aos alimentos.

Esta argumentação, ainda que fosse verdadeira, não poderia ser applicada ao nosso codigo. Os espurios têm, pelo artigo 136.º, o direito de demandar os paes por alimentos em dois casos, que não podem realizar-se sem que exista um documento authenticico, a *decisão judicial*, que julga procedente a prova da paternidade ou da maternidade d'elles em processo civil ou criminal controvertido entre seus paes ou outras partes, e a *decisão judicial*, que julga provado o estupro violento ou o rapto nos termos dos artigos 101.º e 130.º, n.º 3.º

Nada perde o filho natural em não poder intentar a acção de alimentos fundado num documento particular, visto que o artigo 130.º, n.º 1.º, permite a acção de investigação de paternidade illegitima, *existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade*, e o artigo 131.º permite a acção de investigação de maternidade, devendo provar *por qualquer dos meios ordinarios* que é o proprio que se diz nascido da pretensa mãe. Se o documento é sufficiente para a acção de investigação, o filho fica emfim com todos os direitos do artigo 129.º, e, por isso, em melhor situação do que se intentasse unicamente a acção alimenticia. Se o documento tem algum vicio que lhe illida a força probatoria, o pretenso filho decahiria na acção alimenticia, como decahe na acção de investigação de paternidade ou de maternidade. Seria sem duvida para desejar que o codigo ampliasse em beneficio dos filhos naturaes a acção de investigação de paternidade; mas não pôde deixar de reconhecer-se que a intenção do legislador foi restringir

o mais possível esta acção. Sendo isto assim, ampliar a acção alimenticia dos filhos naturaes a casos em que a investigação não é admittida seria ir de encontro á vontade da lei, porque na acção alimenticia devia procurar-se sempre o vinculo de sangue ou a relação de paternidade e filiação, o que a lei pretende evitar em todas as suas providencias sobre a perfilhação judicial.

Indaguemos agora o direito alimenticio dos filhos naturaes perfilhados.

Entre os direitos, que os perfilhados espontaneamente ou por sentença adquirem, figura no artigo 129.º, n.º 2.º, o de serem alimentados pelos paes. Na falta dos paes podem ser alimentados pelos irmãos, conforme o disposto nos artigos 174.º e 175.º A doutrina d'estes artigos encontrava-se já no primitivo projecto do sr. Seabra nos artigos 133.º, n.º 2.º, 176.º e 177.º, e no projecto da commissão revisora nos artigos 129.º, n.º 2.º, 174.º e 175.º A fonte do artigo 129.º é o artigo 130.º do projecto hispanhol, que dispõe: «El hijo, reconocido por el padre ó la madre, ó «por los dos de comun acuerdo, tiene derecho: 1.º á llevar «el apellido del que le reconozca; 2.º á ser alimentado «por este; 3.º á percibir la porcion hereditaria que se determina en los artículos 776 y 777.» A fonte do artigo 175.º é o artigo 186.º do codigo italiano, que dispõe: «*Il «genitore é tenuto a mantenere, educare, istruire ed avviare «ad una professione o ad un'arte il figlio naturale riconosciuto, ed a somministrargli anche successivamente gli «alimenti in caso di bisogno, se il figlio non ha coniuge o «discendenti in condizione di somministrarglieli.*»

No direito francez não se dá claramente aos perfilhados

o direito aos alimentos; mas, chamando-os o artigo 756.^o e seguintes á successão dos paes, entende-se com todo o fundamento que devem ter o direito de ser alimentados por elles. Alem d'isso, como a lei dá alimentos aos incestuosos e adulterinos no artigo 762.^o, não podia negal-os, sob pena de contradicção, aos simplesmente naturaes. Dalloz resumiu os fundamentos d'este parecer nas seguintes palavras:¹ «Peu «importe d'ailleurs que les enfants soient naturels simples, «incestueux ou adultérins. La loi (art. 762.^o) reconnaît «positivement le droit des enfants adultérins ou incestueux, «ce qui implique à *fortiori* celui des enfants naturels simples. Comment d'ailleurs la loi refuserait-elle à l'enfant «naturel une action pour aliments contre les père et mère «qui l'ont reconnu, quand elle lui accorde, sur les biens «de ceux-ci, après leur mort, des droits successoraux?»

O codigo da Sardenha, negando os direitos de successão aos perfilhados, tambem os admittia á acção alimenticia.²

Neste, como em muitos outros pontos, a jurisprudencia moderna segue o pensamento do direito romano. O direito romano chegava a impôr aos filhos legitimos a obrigação de alimentar os seus irmãos naturaes. A novella LXXXIX, cap. 12.^o, § ult. dizia: «Si quis... habens filios «legitimos, relinquat et naturales, *pasci naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam.*»

O direito aos alimentos é portanto reconhecido pela juris-

¹ *Obr. cit.*, vb. *mariage*, n.^o 623.^o

² Artigo 950.^o Veja-se tambem o codigo de Parma, art. 121.^o; das Duas Sicilias, art. 261.^o; da Luisiana, artt. 224.^o; e 183.^o do codigo da Sardenha.

prudencia antiga e moderna nos filhos naturaes perfilhados. O codigo civil, no artigo 174.º, chama á realisacão d'este direito em primeiro logar os paes, em segundo logar os irmãos.

Não poderão os filhos perfilhados pedir alimentos aos outros ascendentes, como os filhos legitimos ou legitimados?

O codigo civil falla unicamente dos paes. Goyena, commentando o artigo 130.º do projecto hispanhol, diz: «*No alcanza, pues, la obligacion de los alimentos á los abuelos: el reconocimiento es un hecho personal del padre ó de la madre, y no puede producir obligaciones contra un tercero.*» Este é sem duvida o pensamento dos artigos 174.º e 175.º do codigo civil portuguez.

Estamos longe de defender em direito constituendo a disposicão do codigo. Se o reconhecimento é *personal*, como diz Goyena, para negar aos filhos perfilhados os alimentos dos avós, tambem deve ser pessoal para o effeito de os não chamar á successão dos perfilhados. Ora o artigo 1999.º, mandando applicar o disposto na secção á herança do filho perfilhado ou reconhecido, evidentemente mostra que os avós são chamados á successão dos perfilhados. O principio da correlacão do onus alimenticio com o direito successorio exigia ou a eliminacão do artigo 1999.º, ou a modificacão do artigo 175.º no sentido de se ampliar a obrigacão alimenticia aos outros ascendentes alem dos paes. É certo, porém, que a clareza do artigo 175.º e a da sua fonte, o artigo 130.º do projecto hispanhol, tiram toda a duvida sobre a sua verdadeira interpretacão.

Se um perfilhado tiver, alem dos paes, consorte e des-

cedentes, entendemos, em harmonia com os principios que deixámos estabelecidos no capitulo anterior, que em primeiro lugar deve ser alimentado pelos bens da consorte, depois pelos bens dos descendentes, e só depois pelos bens dos paes perfilhantes. O codigo italiano no artigo 186.^o emprega as palavras, *se il figlio non ha coniuge o discendenti in condizione di somministrarglieli*.

O codigo italiano impõe aos paes a obrigação de alimentar os descendentes legitimos do filho perfilhado, quando a mãe ou os descendentes maternos não possam desempenhar este dever. No citado artigo dispõe: *«Egual obbligatione ha il genitore verso i discendenti legittimi del figlio naturale premorto, quando la loro madre o gli ascendenti materni non siano in grado di provvedervi.»* O codigo de Parma dizia, ao contrario, no artigo 122.^o ¹ *«Ce droit aux aliments ne s'étend pas aux descendants quoique légitimes des enfants nés hors mariage.»*

Qual das duas disposições seguiu o codigo portuguez?

O artigo 175.^o não se refere propriamente a esta hypothese, porque ahi se tracta sómente dos alimentos que os paes devem aos filhos perfilhados, mas não aos descendentes legitimos d'estes. A disposição do codigo italiano é justa, porque os effeitos da perfilhação, embora sejam pessoas, no sentido de o perfilhante não trasmittir aos seus ascendentes o onus alimenticio, não póde a mesma perfilhação ser pessoal no sentido de se não transmittirem os seus effeitos aos descendentes do perfilhado. Se o perfilhado póde pedir alimentos a seu pae, porque não ha de

¹ *Collection Saint-Joseph.*

o seu filho legitimo do mesmo perfilhado pedir alimentos a seu avô?

A hypothese, em nosso parecer, deve ser decidida pelo artigo 174.^o, que se refere ao caso de *não existirem os paes e existirem filhos legitimos ou legitimados* que precisem alimentos, a qual é precisamente a nossa hypothese. O artigo manda pedir os alimentos aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o direito successorio, d'onde se infere que, se os avós forem chamados á successão dos legitimos ou legitimados, oriundos dos filhos perfilhados, devem igualmente ser chamados ao pagamento da pensão alimenticia. Exemplificando para maior clareza da doutrina: Antonio, filho legitimo ou legitimado de Francisco, precisa de alimentos; na falta de seus paes poderá demandal-os a seu avô materno, e ao avô paterno, que perfilhou Francisco?

Podem offerecer-se tres opiniões. A primeira, sustentando que, estando os ascendentes no mesmo gráu e sendo chamados ambos á successão do alimentado, ambos têm por esse facto a obrigação alimenticia. A segunda, defendendo que o avô paterno, sendo chamado á successão unicamente na falta dos ascendentes maternos, só é obrigado no caso sujeito na falta do avô materno. A terceira, finalmente, sustentando que, não sendo em caso nenhum o referido avô paterno chamado á successão do alimentando, tambem em caso nenhum pôde ser demandado por alimentos. Todas as tres opiniões podem encontrar argumentos no codigo civil. É claro que, mandando regular o artigo 173.^o a obrigação alimenticia pelo direito successorio dos ascendentes, é este o fundamento da questão.

Quem examinar o código civil nas disposições relativas á successão legitima dos ascendentes illegítimos, que são a respeito dos paes illegítimos os artigos 1994.º e 1995.º, e a respeito da successão dos ascendentes do segundo gráu e seguintes os artigos 1996.º, 1997.º, 1998.º e 1999.º, convencer-se-ha de que não apparece uma disposição que regule o modo de distribuir a herança do neto quando concorram a ella o avô legitimo e o avô illegítimo. O artigo 1999.º refere-se á hypothese da successão dos ascendentes do *filho perfilhado*, e na questão que discutimos não se tracta do *filho perfilhado*, mas sim do *filho legitimo ou legitimado* d'este, e por isso não só este artigo não tem applicação, mas nenhum dos artigos 1996.º, 1997.º e 1998.º aos quaes elle se refere. Em vista d'isto, póde dizer-se a favor da primeira opinião que, não podendo ser a questão decidida pelo texto expresso da lei, deve ser decidida pelo seu espirito, segundo o artigo 16.º E então póde dizer-se ainda que, sendo o avô chamado á successão do filho perfilhado de seu filho legitimo, conforme o artigo 1999.º, deve ser chamado igualmente á successão do filho legitimo do seu filho perfilhado. Pelo que, havendo de regular-se a successão pelo artigo 1997.º, e estando ambos os ascendentes no mesmo gráu, ambos devem prestar a pensão alimenticia, porque ambos concorrem á successão.

A favor da segunda opinião póde argumentar-se por identidade de razão do disposto no artigo 2002.º Este artigo diz que «na falta de irmãos legitimados e de descendentes seus herdarão do mesmo modo os irmãos perfilhados ou reconhecidos.» D'onde parece inferir-se que a successão legitima só vai aos parentes illegítimos na falta dos pa-

rentes legítimos, e que, em a nossa hypothese, só na falta dos ascendentes maternos é que pôde ser chamado o ascendente paterno.

A favor da terceira opinião, seguida pelo código de Parma, pôde dizer-se que, sendo a fonte do código portuguez o citado artigo do código italiano, se aquelle quizesse perfilhar a disposição d'este, não se esqueceria de chamar claramente á obrigação alimenticia o ascendente, como faz o código italiano. Alem d'isto, pôde dizer-se que o código chama no artigo 1999.º o ascendente á successão do filho perfilhado; e não legislando sobre a successão do ascendente nos bens do filho legítimo do perfilhado, quiz exclui-lo da mesma successão; e que, ainda que o chamasse á successão, não devia concluir-se d'ahi para a obrigação alimenticia, visto que o ascendente do filho perfilhado tem direito á successão pelo artigo 1999.º, e não tem o onus alimenticio, segundo o artigo 175.º

Achamos a questão realmente embaraçosa. Por um lado a hypothese está sob o imperio do artigo 173.º, porque *faltam os paes* e ha um filho *legítimo* ou *legitimado* que carece de alimentos, o qual deve pelo mesmo artigo demandal-os aos *ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o seu direito successorio*. Pelo outro, a determinação do direito successorio, em vista da obscuridade do código, torna-se, na hypothese em questão, difficil de assentar.¹

¹ No direito francez Demolombe, *obr. cit.*, tom iv, n.º 21.º, sustenta que a obrigação alimenticia dos ascendentes se estende aos filhos legítimos do perfilhado: «car le lien qui unit le père et la mère naturels à leur enfant, comprend aussi la descendance légitime de

Ahi ficam enunciadas as tres opiniões e os seus fundamentos principaes. Ao caso julgado pertence fixar a verdadeira solução.

Verificada a obrigação alimenticia dos ascendentes para com os filhos perflhados e seus descendentes legitimos ou legitimados, cumpre-nos examinar a incidencia da mesma obrigação nos filhos perflhados a respeito dos seus ascendentes. Pelo principio da reciprocidade os filhos perflhados só podem, segundo o artigo 175.º, prestar alimentos a seus paes. A este respeito diz o artigo 187.º do codigo italiano: «*Il figlio naturale deve gli alimenti al genitore, quando questi non abbia ascendenti o discendenti legittimi o coniuge che siano in grado di somministrarglieli.*¹»

Buniva, fallando ácerca do projecto do codigo italiano,² defendia a mesma doutrina: «*È un dovere di natura quello di prestare gli alimenti al genitore che riconobbe il figliuolo, e non puossi esonerarne il figlio per altri riguardi sebben ri-levanti.*»

É esta a jurisprudencia seguida pelo codigo civil, e neste ponto o codigo é coherente, porque, não chamando os ascendentes do segundo gráu á prestação alimenticia dos netos, seria absurdo em chamar os netos, que não podem succeder

«*celui-ci.*» Dalloz segue a mesma opinião dizendo, *obr. cit.*, vb. *marriage*, n.º 627.º: «*En effet, le lien de parenté civile qui unit les père et mère à l'enfant naturel s'applique aux descendants légitimes de ce dernier. Il n'était pas besoin ici d'une disposition spéciale: l'art. 205 suffisait.*»

¹ Vejam-se sobre o mesmo assumpto o codigo de Parma, artt. 121.º e 124.º, e as leis 5.ª, §§ 1.º e 2.º, e 8.ª, Dig. *de agnoscendis et alendis liberis*.

² *Studi sul progetto di Codice civile*, cit. em Borda, art. 187.º

aos avós, na conformidade do artigo 1989.º, ao pagamento dos alimentos de que estes carecessem.¹

O código estabelece também no artigo 175.º o direito alimentício dos filhos perflhados a respeito de seus irmãos, dando o primeiro logar na gradação aos irmãos germanos, o segundo aos irmãos uterinos, e o terceiro aos irmãos consanguíneos. Sendo assim, poderão os filhos illegítimos pedir alimentos a seus irmãos legítimos? Sem duvida. Se o filho é perflhado pela mãe, os filhos legítimos d'esta são irmãos uterinos d'elle. Se o filho é perflhado pelo pae, os filhos legítimos d'este são irmãos consanguíneos d'elle.

Resta-nos fallar da divida alimentícia no attinente aos filhos espúrios.

O artigo 135.º do código civil concede aos espúrios o direito aos alimentos; mas, segundo o artigo 136.º, «o filho «espurio só poderá demandar seus paes para o effeito «sobredicto, se o facto da paternidade ou maternidade se «achar provado em processo civil ou criminal, controver-«tido entre seus paes ou outras partes, ou no caso do n.º 3.º «do artigo 130.º, se o facto tiver sido judicialmente pro-«vado.» Em dois casos póde, portanto, o filho espurio pedir alimentos a seus paes: 1.º, quando o facto da paternidade ou maternidade se achar provado em processo controver-«tido entre seus paes ou outras partes; 2.º, quando tiver sido judicialmente provado o estupro violento ou o rapto

¹ Também concordam os civilistas francezes em que, segundo o código Napoleão, são os filhos perflhados obrigados a alimentar seus paes. Podem ver-se Demolombe, *obr. cit.*, tom. iv, n.º 18.º; Dalloz, *obr. cit.*, vb. *mariage*, n.º 624.º; Duranton, Merlin, Delvincourt, Toullier e outros.

de sua mãe, e elle tiver nascido passados cento e oitenta dias e antes dos trezentos que decorrerem desde a practica do crime. Este caso não era indicado no primitivo projecto do sr. Seabra, que legislava sobre a materia nos artigos 135.º e 136.º, e foi introduzido pela commissão revisora.

A disposição do primitivo projecto era inspirada pelo artigo 193.º, n.º 1.º, do projecto italiano nas palavras *se la paternità o maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale*. Quanto á concessão em geral dos alimentos aos espurios, os codigos estrangeiros, abandonando o rigor do direito romano, deixam-n'a consignada em suas provisões.¹

Em tudo o mais os espurios são, segundo o nosso codigo, extranhos á familia dos paes, e nem mesmo podem pedir alimentos aos seus irmãos igualmente espurios.

Mas terão os paes direito a serem alimentados pelos filhos espurios?

Alguns escriptores francezes sustentam a negativa, dizendo que nenhum texto legal lhes concede esse direito, e que um crime tão grave, como o adulterio e o incesto, não pôde dar uma acção judicial. Demolombe e Dalloz seguem, comtudo, a opinião contraria.

No codigo portuguez cremos que, embora não haja uma disposição que estabeleça claramente a obrigação alimenticia, não deve negar-se ao pae o direito de ser alimentado pelos filhos espurios: «La dette d'aliments envers ses père et mère est pour tout enfant, quel qu'il soit, une dette sacrée. *Necare videtur et is qui alimonia denegat.*»² O

¹ Vej. projecto hispanhol, art. 132.º; codigo civil francez, art. 762.º; da Sardenha, artt. 187.º e 957.º; das Duas Sicilias, art. 265.º

² Demolombe, *obr. cit.*, tom. iv, n.º 19.º

codigo considera como fundamental na divida alimenticia o principio da reciprocidade. Alem d'isso, o reconhecimento da paternidade, nos dois casos do artigo 136.º, não produz sómente obrigações para os paes ; dá-lhes tambem direitos, como o de nomear por acto entre vivos, ou em seu testamento, tutor aos espurios, conforme o artigo 279.º Entre esses direitos deve, pela natureza e fundamento das relações de paternidade e de filiação, figurar em primeiro logar o que diz respeito aos alimentos. São verdadeiras as palavras de Demolombe: «Or, le refus d'aliments ne serait pas un «moindre scandale; et la loi ne doit pas tolérer que l'en-
«fant, quel qu'il soit, incestueux même ou adultérin, qui
«peut nourrir ses père et mère, les laisse sans asile et sans
«pain.»

V

Summario. — Será a obrigação alimenticia commum aos dois conjuges, qualquer que seja a forma do casamento? — Poderá o filho, a quem os paes entregaram a futura legitima, accional-os por alimentos? — Poderá a mãe pedir alimentos para o embryão aos ascendentes paternos d'elle? — Solução d'estas questões no direito antigo e moderno.

Existiam ainda no antigo direito portuguez algumas questões que é conveniente examinar neste capitulo, verificando qual seja a sua solução em face do direito moderno.

Questionava-se se a obrigação alimenticia era, ou não, commum a ambos os conjuges, qualquer que fosse o regimen do casamento. Havia quem defendesse que a obrigação commum dos esposos sómente tinha logar, havendo communhão dos bens, e não quando o casamento fosse contrahido segundo o regimen dotal. Lobão dizia a este respeito:¹ «Quando os paes são casados segundo o costume do reino «com communicação universal de todos os bens, nenhuma «duvida occorre em ser commum de ambos os paes a obrigação.» Emquanto, porém, ao regimen dotal, Lobão fazia as seguintes distincções: «Ou a mulher, ou alguem por ella

¹ *Not. a Mello*, liv. II, tit. 6.º, §§ 11.º e 12.º

«constitue todos os seus bens em dote ao marido; e então
 «como elle pelos fructos é obrigado a sustentar os encargos
 «dos filhos, ficam estes alimentados pelos fructos, que são
 «communs e cumpre o marido um dos encargos do dote.
 «Se porém a mulher ou seus parentes lhe assignam um
 «dote certo e os mais bens da mulher ficam parafernaes;
 «e então ou a mulher concede a administração e fruição
 «d'elles ao marido e ficamos no mesmo; ou a mulher se
 «reserva a administração e fruição dos bens parafernaes,
 «e então a primaria obrigação fica do marido já pelos
 «fructos dos seus bens já pelos do dote; e só a mulher fica
 «subsidiariamente obrigada, quando não possam supprir a
 «tudo as faculdades do marido.»

O fim d'este jurisconsulto era mostrar que «só da com-
 «munição de bens ou fructos é que podia proceder ficar
 «commum directa ou indirectamente a obrigação de ambos
 «os paes.»

Mello Freire não fazia distincção entre o casamento se-
 gundo o costume do reino e o contrahido por dote e arrhas
 para o feito da communhão da obrigação alimenticia:¹ «Et
 «alendi patris, matrisque expensis, sive matrimonium sim-
 «pliciter, et ad regni consuetudinem contractum sit, sive
 «ad juris romani formam per dotem et arrhas; namque
 «generalis est dicta ordinatio, (lib. iv, tit. 99.^o), et ideo
 «generaliter, et sine ulla distinctione intelligenda.»

Discutindo a questão em face do código civil, seguimos
 a opinião abraçada por Mello Freire no direito antigo, e
 cremos que a obrigação alimenticia é commum aos dois

¹ Obr. cit., liv. II, n.º 6.º, § 12.º

conjuges, seja qual for o regimen do casamento. Os artigos 172.^o e 173.^o do codigo civil impõem aos paes o onus alimenticio sem distincção de forma matrimonial. O casamento póde ser contrahido com communhão de bens, com separação de bens e de adquiridos,¹ com separação de bens e communhão dos adquiridos,² com o regimen dotal.³ A obrigação alimenticia não provém da natureza do contracto, provém do facto da procreação. Sendo a procreação um facto commum dos dois conjuges, egualmente commum deve ser a obrigação. A natureza inalienavel dos bens dotaes desaparece, desde que existe a necessidade alimenticia.⁴ O direito de existencia da familia está acima das estipulações da lei sobre as formas do contracto matrimonial. Isto prova que os deveres provenientes da procreação estão em primeiro lugar do que as convenções sobre os bens, e que, por isso, nunca póde argumentar-se da divisão dos bens estabelecida no pacto conjugal para a divisão da obrigação oriunda da procreação.

Julgamos, pois, sempre commum a obrigação alimenticia, seja qual for a convenção antenupcial.

Discutia-se tambem no direito antigo se o filho, que tivesse recebido a sua legitima, podia, tendo-a dissipado, accionar os paes por alimentos. O assento de 9 de abril regulava a hypothese, ampliando a obrigação alimenticia: «ou «os dictos filhos não tenham ainda recebido as suas legítimas, ou as hajam já recebido e dissipado; porque a si

¹ Artigos 1108.^o–1124.^o

² Artigos 1125.^o–1133.^o

³ Artigos 1134.^o–1165.^o

⁴ Artigo 1149.^o, n.^o 2.^o

«devem os pais imputar a intempestiva entrega, que dellas «lhe fizeram.»

Lobão, que glosou o assento de 9 de abril, recommendava que a um filho «assim prodigo e dissipador não se devem «já assignar segunda vez alimentos tão lautos como que «primeira vez se lhe assignariam, mas com muita parci-
monia.»

Meirelles entendia ¹ que o assento fallava unicamente do caso, em que a legitima tinha sido entregue em vida dos paes, poisque só então é que devia reputar-se *intempestiva* a entrega. Por isso sustentava que «se por fallecimento de «um dos paes lhe entregar o superveniente a legitima do «defuncto, e esta sufficiente para alimentos, cessa neste «caso a obrigação de alimentos, ainda que o alimentario «dissipe a legitima recebida, porque neste caso a entrega «não foi intempestiva, foi no tempo marcado na lei, e por «isso não ha que imputar ao filho que dissipou o que de-
«via conservar.»

Segundo o codigo civil, cremos que em ambos os casos o filho tem direito aos alimentos. Deve attender-se, porém, ao disposto no artigo 180.º, pelo qual cessa a obrigação alimenticia, se a necessidade dos alimentos resulta do procedimento reprehensivel do alimentado, e este emendando-se os póde tornar desnecessarios. Se a emenda do alimentado já não póde fazer com que elle deixe de carecer dos alimentos, como no caso de já ter dissipado os bens que possuia, o acto reprehensivel d'elle será tido em consideração só para o effeito de se lhe arbitrarem menores, ou

¹ Rep. vb. *alimentos*.

de se lhe reduzirem os já arbitrados. É o pensamento de Lobão, quando recommendava a parcimonia no arbitramento alimenticio.

Mas supponha-se que o pae demandado por alimentos offerece ao filho a legitima, que lhe ha de pertencer por sua morte: poderá com a entrega da legitima escusar-se da pensão alimenticia?

Sobre esta questão dizia Lobão no commentario ao assento de 9 de abril: «Ainda que o pae offereça antecipadamente ao filho a sua legitima, não se escusa o pae de «lhe contribuir alimentos. Porque conforme a melhor opinião não é o filho obrigado a acceitar a legitima que o «pae em vida lhe offerece.» O mesmo deve dizer-se em face do codigo civil. O pae não póde obrigar o filho a receber a sua futura legitima. O filho seria até prejudicado com ella, porque, não vindo á collação os alimentos, teriam de vir os valores recebidos a titulo de legitima.

Discutia-se tambem no direito antigo se a mãe podia pedir alimentos para o filho que trazia no seio. A opinião geral inclinava-se á affirmativa. Borges Carneiro, adoptando o parecer commum dos jurisconsultos, escrevia:¹ «Esta «obrigação principia desde o momento do nascimento do «filho, e se estende mesmo ao embryão; pois deve o pae «alimentar a mãe desde a sua concepção.»

No direito francez ventila-se a mesma questão; e Demolombe, fundado nos artigos 393.º, 725.º, 906.º, exprime-se d'este modo:² «Le mari meurt sans laisser d'enfants; mais sa «femme est enceinte! Cette femme peut-elle demander des

¹ *Obr. cit.*, § 168.º, n.ºs 4.º e 5.º

² *Obr. cit.*, tom IV, n.º 26.º *bis*.

«aliments à son beau-père et à sa belle-mère? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement: *infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*. Objeçtera-t-on qu'il ne s'agit pas de l'intérêt de l'enfant, mais seulement de l'intérêt de la belle-fille? Comment! l'enfant est dans le sein de sa mère: et quand la mère demande des aliments, on répondrait qu'il ne s'agit pas de son enfant!»

Em face do código cremos que a mãe póde pedir alimentos aos ascendentes do filho que traz no seio. Assim, o sogro póde ser obrigado a alimentar a nora, embora o código civil não consagre, como o código francez e italiano, a obrigação alimenticia entre os *affins*. Os alimentos não são, na hypothese sujeita, prestados em attenção á nora, são prestados em attenção ao neto. Embora a capacidade juridica se adquira pelo nascimento, dos artigos 6.º, 1479.º e 1776.º conclue-se que o principio do direito romano, enunciado por Demolombe, em vista dos citados artigos do código francez, inspirou igualmente os artigos do nosso código, e, por isso, a protecção da lei ao embrião deve chegar a dar á mãe a acção alimenticia contra os ascendentes d'elle. Póde argumentar-se contra esta opinião com o proprio artigo 6.º, e dizer-se que este artigo, dispondo que o individuo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, sómente o *tem por nascido para os effeitos declarados no presente código*. Mas, como o código não falla dos alimentos, e unicamente se refere no artigo 1479.º á doação e no artigo 1776.º á successão testamentaria, segue-se que fica excluido o direito alimenticio.

Este argumento não prova, visto que seria absurdo con-

ceder ao embrião o direito de receber em doação ou testamento, e negar-lhe, ao mesmo tempo, as condições de vida intra-uterina. A lei que o protege, tornando-o herdeiro e donatário, não podia abandoná-lo, sob pena de contradicção, ao experimentar no seio materno a necessidade alimentícia.

Quem é competente para pedir os alimentos : a mãe ou o curador ao ventre ?

O artigo 157.º do código dispõe : «Se ao tempo da morte do marido a mulher ficar grávida, fará constar dentro de vinte dias, ou logo que conheça a gravidez, o seu estado ao juiz dos orphãos competente, *para que este nomeie curador ao ventre, que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro.*» D'este artigo parece concluir-se que o curador ao ventre só tem por fim tomar conta dos *bens* do menor, em quanto durar a gestação. Conclusão semelhante deriva do artigo 1824.º, que manda nomear *administrador á herança* deixada ao nascituro. Sendo assim, parece ficar excluído da acção alimentícia o curador ao ventre. Em sentido contrario pôde, comtudo, dizer-se que o fim da lei é converter o curador em representante dos direitos do embrião, e, por isso, deve ser elle o competente para intentar a acção de alimentos.

Pensamos que a pessoa competente para intentar a acção alimentícia é a mãe, e não o curador ao ventre. A mãe é que sente a necessidade do embrião, que é ao mesmo tempo a sua propria necessidade. Ella é que pôde apreciar o momento em que a necessidade apparece e fazel-a apreciar em juizo. O fim da lei, instituindo a curadoria, não é tirar á mãe os direitos e obrigações do poder paternal; é prin-

principalmente salvaguardar os direitos das pessoas a quem a herança do marido será devolvida, se o embrião morrer, ou nascer sem forma nem figura humana. É por isso que a lei falla unicamente em *bens que houverem de pertencer ao nascituro*. Não ha receio de que a mãe possa abusar da obrigação de alimentar o filho, porque a necessidade d'elle é tambem a necessidade d'ella, e porque nada lucra a mãe em deixar morrer o filho que traz no seio, visto que ficará privada do usufructo dos bens, que lhe pertenceriam, e que serão entregues aos herdeiros do marido.

Continuaremos no opusculo terceiro a analyse das disposições do codigo civil sobre alimentos e apanagios.

INDICE

	Pag.
INTRODUÇÃO. — O direito de existencia definido pelo codigo civil — O direito de apropriação deriva do direito de existencia — Como realizar o direito de apropriação? — Situação do homem sem propriedade em face do codigo civil — Inefficacia da occupação — As officinas do Estado — Condemnação da partilha forçada da propriedade particular — Solução do problema — Organização da divida alimenticia em todos os gráus de successão legitima.	5
I. — O que sejam alimentos — Definição do codigo civil, do antigo direito portuguez e dos civilistas portuguezes e estrangeiros — Compreenderá o artigo 171.º os soccorros em caso de doença? — As despesas do funeral do alimentado? — A obrigação de pagar as dividas que o alimentado contrahiu? — E sendo as dividas contrahidas para alimentos? — Compreenderá o mesmo artigo a obrigação de dotar as filhas e estabelecer os filhos? — Doutrina sobre estas questões do direito portuguez e estrangeiro — Fundamento legal da divida alimenticia	13
II. — Natureza da obrigação alimenticia — Será solidaria e indivisivel, ou <i>pro parte</i> e divisivel? — Systemas dos civilistas francezes sobre esta questão — Discussão d'ella no direito portuguez — O que seja solidariedade da obrigação — Impugnação da solidariedade activa e passiva da obrigação alimenticia — Hypothese, extrahida de Demolombe, em que o fim da lei e a equidade pedem a solidariedade da mesma obrigação — O que seja indivisibilidade da obrigação — Impugnação da indivisibilidade da obrigação alimenticia — Hypothese em que se admite a indivisibilidade pela natureza da garantia hypothecaria — Criterio para a distribuição da divida dos alimentos — Restricções do	

direito successorio nesta distribuição — Admitte o direito portuguez o <i>beneficio de competencia</i> ? — Admitte o mesmo direito os alimentos provisionaes e <i>ad litem</i> ?	27
--	----

III.—A instrucção e educação terminam com a menoridade, ou abrangem a maioridade do alimentado? — Opinião do sr. Dias Ferreira—Sua refutação — Verdadeira intelligencia do artigo 171.º, § unico, do codigo civil — Se o menor tem direito á instrucção e educação, quem pôde tornar effectivo esse direito, e como ha de proceder-se á sua realisação practica? — Solução da questão nas tres hypotheses admissiveis — Pessoas a quem é imposta a obrigação alimenticia — Fontes do artigo 172.º no direito patrio e estrangeiro — Discussão das duas hypotheses realisaveis em face do artigo — Graduação completa das pessoas em que pôde incidir a obrigação alimenticia—Intelligencia dos artigos 173.º, 174.º, 177.º e 294.º	45
--	----

IV. — Direito alimenticio dos filhos illegitimos — Classificação d'estes filhos — Situação dos filhos naturaes não perflhados — Doutrina do direito patrio e estrangeiro sobre o seu direito alimenticio — Poderá o filho natural não perflhado accionar os paes por alimentos, fundando-se num escripto particular, em que elles declarem a sua paternidade? — Direito alimenticio dos filhos perflhados—Fontes dos artigos 129.º, n.º 2.º, 174.º e 175.º — Poderão os filhos perflhados pedir alimentos aos avós? — Graduação da obrigação tendo o perflhado consorte, descendentes e paes — Terão os paes obrigação de alimentar os descendentes legitimos do filho perflhado? — Discussão das tres opiniões que podem originar-se em face do codigo civil — Relação alimenticia entre os ascendentes e os perflhados e entre estes e os irmãos — Direito alimenticio dos filhos espurios	67
---	----

V. — Será a obrigação alimenticia commum aos dois conjuges, qualquer que seja a forma do casamento? — Poderá o filho, a quem os paes entregaram a futura legitima, accional-os por alimentos? — Poderá a mãe pedir alimentos para o embryão aos ascendentes paternos d'elle? — Solução d'estas questões no direito antigo e moderno....	85
---	----

ERRATAS

<i>Pag.</i>	<i>Link.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
12	9	apertal-os	apertal-o.
20	19	gravée	grevée.

Obras do mesmo auctor:

Os documentos particulares segundo o Codigo Civil Portuguez. Coimbra, 1872, 1 vol.

As segundas nupcias no direito civil moderno (Commentario aos artigos 1233.º a 1239.º do Codigo Civil Portuguez). Coimbra, 1872, 1 vol.

Theses selectas de direito. Coimbra, 1872, folheto.

As raças historicas, da peninsula iberica. Coimbra, 1873, 1 vol.

Problemas do direito moderno :

I — Perfilhação dos filhos sacrilegos. Coimbra, 1873, 1 vol.

II — Alimentos e apanagios. Coimbra, 1873, 1 vol.

NO PRELO

Problemas do direito moderno :

III — Alimentos e apanagios (*Conclusão*).

Preço de cada um dos opusculos dos *Problemas do direito moderno*:

Para os assignantes 300 réis, pelo correio 320 réis.

Avulso 360 réis, pelo correio 380 réis.