

NOVAS OBSERVAÇÕES

SÔBRE O

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

PELO DOUTOR

JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA

Vogal da Comissão Revisora



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1863

NOVAS OBSERVAÇÕES

SÔBRE O

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

NOVAS OBSERVAÇÕES

SÔBRE O

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

PELO DOUTOR

JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA

Vogal da Comissão Revisora



COIMBRA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE

1863

Ill.^{mo} e Ex.^{mo} Sr.

No fim das observações, que eu, como membro da Comissão revisora do Projecto do Código Civil PORTUGUEZ, fiz sobre este projecto, e em data de 9 de novembro de 1858 enviei a V. Ex.^a, na qualidade de presidente d'aquella commissão, prometti offerer quaesquer outras observações, que por ventura me occorresse durante os trabalhos da mesma commissão. Ésta promessa cumpro agora, remettendo a V. Ex.^a as novas reflexões que tenho feito sobre alguns artigos do dicto projecto e sobre o meu primeiro trabalho, para que V. Ex.^a se sirva de as apresentar á commissão revisora, a cujo sabio e prudente juizo submetto éstas, e as minhas outras opiniões.

Coimbra 11 d'abril de 1862.

Joaquim José Paes da Silva.

O art. 144 do Projecto precisa de ser esclarecido. Diz elle — que ao conselho de familia pertence supprir o consentimento dos paes ou tutores para o casamento dos menores de 25 annos; mas, não declarando as causas pelas quaes os paes ou tutores podem obstar áquelle casamento, e deixando isso dependente da vontade do conselho de familia, vem assim a conceder ao dicto conselho mui grande arbitrio sôbre objecto alias de maxima gravidade. Parece-me pois que conviria mais que o Projecto determinasse aquellas causas, como fez o sr. Correia Telles, *Digesto Portuguez*, tom. 2, artt. 352 e segg.

Eu bem sei que póde haver outras causas igualmente fortes, e que o conselho de familia não deve ser impedido de obstar ao matrimonio na presença d'ellas, ou de supprir o consentimento, quando por ventura não procedam: mas, como é muito para reccar o arbitrio em objecto de tamanha importancia, parece-me que seria menor o inconveniente, que acaso se seguisse de fixar as dictas causas (embora fôsem

declaradas exemplificativa e não taxativamente); porque assim sempre ao conselho ficaria uma norma, a que devesse attender.

Sobre o art. 181, que diz que a obrigação dos alimentos cessa no caso de desherdação, occorre-me notar que deve declarar-se que a obrigação cessa so a respeito dos alimentos civis, e não dos alimentos naturaes, como entendeu o sr. Mello Freire, *Inst. Jur. Civ.*, liv. 2, tit. 6, § 20; porque o crime do filho para com seu pae, por mais grave que seja, não pôde extinguir a obrigação natural que esto tem para com seu filho, como bem adverte aquelle insigne mestre. O mesmo entendeu elle quanto á pena de confiscação de bens, quando ésta tinha lugar. Uma opinião de tanta auctoridade e justiça não pôde deixar de ser tomada em consideração.

Aproveito ésta occasião para advertir, a respeito dos alimentos limitados so aos menores, segundo o art. 173 do Projecto, que o não acho justo na hypothese de os maiores não podêrem alimentar-se por defeito de fôrças physicas ou moraes. Deve declarar-se egualmente, se a obrigação dos alimentos é divisivel ou não; pois do art. 178 do Projecto parece deduzir-se que ella é effectivamente divisivel entre os herdeiros. Este ponto porém é muito questionado entre os escriptores francezes, como pôde ver-se em Marcadé, *Explicação* ao art. 207 do *Cod. Napoleão*, n.º 4; e por isso convirá tornar este artigo muito explicito: até porque sobre tal objecto têm havido entre nós julgados differentes, como se ve do accordão do Supremo

Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 1854 (*Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1930), que julgou a obrigação dos alimentos indivisivel, assim como o é a vida, e o encargo real e legal sobre os bens d'aquelle que era obrigado ao seu pagamento, revogando-se 'nesta parte um accordão da Relação de Lisboa tomado em sentido contrário.

No art. 259 diz-se que o alcance contra o tutor vencerá os juros legaes desde a data das contas. Parece-me que, havendo, como não pôde deixar de haver, contas annuaes, e havendo depois as que o tutor ultimamente dá, quando o menor se emancipa, pôde ser questionavel, se estes juros de que falla o artigo, são do alcance das contas annuaes, ou so do da conta geral, quando a tutela acaba. É certo que qualquer alcance que annualmente haja contra o tutor, pôde ser-lhe necessario para as despesas do anno seguinte; e não se mostrando que o tutor converteu o dinheiro em utilidade propria, não acho razão para se lhe levarem juros: ja assim não acontece nas contas a final, em que ao tutor, que não tem mais despesas a fazer, corre a obrigação de entregar o saldo a favor do menor emancipado ou casado. E por isso entendo que a doutrina do artigo deve proceder so a respeito das contas finaes, excepto quando se mostrar que o tutor converteu o dinheiro em utilidade propria; pensamento que me parece teve o art. 448 da Reforma, combinado com o art. 474 do *Cod. Civil Francez*, do qual foi tirado.

Advirto mais, que não é possivel deixar de marcar tempo para as contas; as quaes me parece devem ter lugar todos

os annos, como está determinado no art. 446 da Reforma, e no art. 27, § 2, da lei de 16 de junho de 1855; porque o interesse dos orphãos pede que o juiz e o curador todos os annos examinem o bom ou mau estado da administração dos bens do menor, e tomem contas ao tutor com rigor e maduro exame. Não me parece que o protutor, que segundo o art. 265 e seguintes do Projecto deve haver, com obrigação de vigiar pela administração dos bens do menor em podêr do tutor, possa dispensar o juiz d'este dever, cujo cumprimento reputo da maior importancia: d'esta regra porém so deverá exceptuar-se, o caso de o Conselho de familia entender que, por serem tenues os rendimentos, as contas não devem tomar-se assim.

Relativamente ao art. 264, que diz que o menor emancipado, não tomando dentro de 6 mezes contas ao seu extutor, perde o direito de requerer a pena do art. 261 (que é a de prisão) contra o tutor que não tem bens por onde pague o alcance; parece-me que esta doutrina se deveria substituir pela do art. 451 da Reforma, que diz que a acção do menor para obrigar o tutor a dar contas prescreve por dez annos, contados da emancipação ou maioridade. Entendo que ao menor emancipado deve dar-se tempo bastante para podêr examinar a boa ou ma administração do seu extutor, e que para isso é regular o tempo de dez annos, muito embora se verifique depois a pena de prisão contra o tutor, que não tenha bens por onde pague o alcance. Cumpre porém advertir que estes dez

annos devem entender-se so para o effeito do apuro e exame das contas; por quanto é possível que o tutor tenha causado com a sua administração damnos ao menor, os quaes não se comprehendem então na regra da prescripção dos dez annos de que estamos tractando, mas devem estar sujeitos ás regras das prescripções respectivas a tal objecto, como bem adverte Rogron sobre o art. 475 do Codice Civil Francez, que foi a fonte do art. 451 da Reforma. Noto mais que alli não se falla nas contas geraes da tutela, de que tractam o art. 448 da Reforma, e o art. 27, § 1, da lei de 16 de junho de 1855; contas, que o tutor deve dar ao menor, quando este se emancipa ou casa, para que conheça o estado da administração. Poderá dizer-se que, existindo as contas annuaes no inventario, que está no cartorio do escrivão respectivo, onde o menor emancipado as pôde examinar, e que foram approvadas no tempo devido, se deveria poupar este incômodo ao extutor, principalmente havendo o protutor, e sendo as contas, segundo os artt. 255 e 256 do Projecto, examinadas e approvadas pelo conselho de familia. Todavia não acho inconveniente, em que o tutor faça por este meio conhecer ao menor o estado da administração; ja se sabe, em resumo quanto aos rendimentos, e por extenso quanto aos capitães e titulos, que é o que, segundo me parece, a conta geral deve comprehender, mais que tudo, pois a conta especial dos rendimentos está feita annualmente. Tambem noto que não se falla na arca dos orphãos, de que tracta a Ord. liv. 1, tit. 88, § 31 e segg., o art. 420 da Reforma, e a Portaria de 25 de Outubro de 1841, que declara

terem as Camaras a obrigação de nomear os depositarios respectivos; sendo para advertir, que ésta arca não serve so para arrecadar os dinheiros que pertençam aos orphãos por fallecimento de pae ou de mãe, ou as dividas de que elles sejam credores, ou os rendimentos de sua fazenda, tanto que for em mão do tutor, como diz o § 34 da citada Ord.; mas serve tambem para 'nella se guardarem todas as pedras preciosas, perolas, jóias, ouro, prata, que pertencerem aos orphãos, com declaração do nome, conta, pêso, valor e signaes de cada peça, como determina o § 35 da mesma Ord.; tudo especificado em livros proprios, e havendo tres chaves, das quaes tera uma o juiz, outra o escrivão, e outra o depositario. Parece-me que um objecto de tal importancia não deve esquecer no Codice

Quanto aos artt. 482 e 1766, onde se falla em predios *rusticos* e *urbanos*, parece-me que, adoptado no Codice o systema das definições é mister definir o que sejam estes predios para todos os effeitos; alem do de que tracta este artigo; porquanto, supposto seja certo que o especial destino do predio ou para habitação e recreio, ou para recolhimento de fructos e para serviços da agricultura, em qualquer logar que o predio se ache, seja a caracteristica entre predios, rusticos e urbanos; d'onde a regra — «*Rustica aut urbana praedia non locus facit, sed materia*»: comtudo tem sido objecto de questào, se os quintaes juncto a predios urbanos, quando os dictos quintaes produzam fructos, são predios rusticos ou urbanos, como

póde ver-se em Lobão, *Dissert. sobre as aguas* pag. 171; onde este auctor segue a opinião, que são predios urbanos, quando proximos a casas de habitação, mas não quando distantes d'ellas. E para o fim da lei que elle analysou, que foi o Alvará de 27 de novembro de 1804, art. 12 e 13 (fonte do art. 482 do Projecto do Codice, de que estou tractando) foi prohibido construir aqueductos por dentro de quintaes nobres e murados, e pelos quintaes de predios urbanos nas cidades, e villas por dentro dos quaes seria gravemente prejudicial construir canaes para as regas; permittindo-se isto so com prévia resolução régia sôbre consulta do desembargo do paço, no caso de haver grande interesse na construcção dos canaes. O Projecto no art. 482 segue a opinião de serem os quintaes predios urbanos, quando fiquem adjacentes a quaesquer predios urbanos; e assim, para o effeito de que se tracta, está isto definido: porém, como o Projecto nos artt. 1736, 1766, 1806, § unico, e outros mais, falla de predios urbanos, e ésta ideia póde apparecer para muitos effeitos juridicos, parece-me bem que se dê uma definição que abranja todas as especies, a que ésta ideia póde ter applicação.

No art. 491 que diz, que aquelle que precisar de fazer prêsa, açude, ou obra necessaria para conduzir agua a que tenha direito, o poderá fazer; e que o vizinho, em cujo predio entestar a prêsa, sera obrigado a consentir 'nella, pagando-se do prejuizo; entendo que se deve acrescentar — com tanto que o prejuizo da prêsa, açude, ou obra não

seja superior ao beneficio da agricultura, que com a agua se pretende, — como opinou Lobão, *Dissert., sobre as aguas* (impressa com outras em 1808) nos §§ 80 e 81; doutrina, que, se funda no principio, que quando o interesse d'um entra em collisão com o prejuizo de outro, deve attender-se ao que prepondera mais; e tambem, porque neste caso ha o interesse geral da agricultura.

Quanto ao art. 654, que a respeito das prescripções diz, que o dia em que começar a correr a prescripção, se contará por inteiro, ajuda que não fôsse completo; mas que o dia em que acabar, deverá ser completo, pôde aproveitar-se esta occasião para se decidir, em geral, o célebre ponto—«Se o dia do termo deve contar-se no termo». É certo que a Ord. liv. 3, tit. 13, diz que em todo o termo, que de qualquer maneira for assignado, o dia do termo não se contará 'nelle, mas que se contará o dia em que findar o termo, excepto se for feriado, porque então so se contará para este fim o primeiro dia seguinte não feriado, em que se possa fazer o serviço que no termo se devia practicar. Esta regra foi limitada aos recursos na Ord. liv. 3, tit. 70, que diz que a appellação sera interposta dentro de dez dias, contados desde a hora em que a sentença foi publicada, se o appellante ou o seu procurador estavam presentes; não o estando porém, desde o tempo que cada um d'elles for sabedor. O mesmo diz a Ord. liv. 3, tit. 69, § 4, e tit. 79, § 2, tambem a respeito das appellações; e do mesmo modo, quanto aos embargos, e aggravos de petição e de instrumento o en-

sina Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o Processo Civil*, notas 595, 654, 659; e depois a Reforma Judicial artt. 681, § 2, 678, § 1, 726 e 673, § 1, e 674, § 1; e seguindo a mesma doutrina antiga, ensinaram os nossos praxistas que os dez dias correm de momento a momento, e que por tanto para este effeito se conta o dia do termo. Veio depois a lei de 16 de junho de 1855, que no art. 30 diz que a disposição da Ord. liv. 3, tit. 13, é extensiva a todos os termos judiciaes, quer sejam fixados pela lei, quer assignados pelos juizes, comprehendidos os fataes para a apresentação dos embargos ás sentenças, e para a apresentação dos recursos nos juizos e tribunaes, para que se tiver interposto recurso. Esta lei tirou a distincção da Ord. entre termos geraes do processo e termos dos recursos; e equiparando-os para o effeito de que se tracta, estabeleceu a regra geral, que não deve contar-se o dia do termo. Ora este principio, hoje geral para os termos e recursos judiciaes, parece-me que deveria estabelecer-se tambem no direito civil, assim como ja está estabelecido no Código Commercial, art. 266, para os effeitos commerciaes, por ser mais favoravel aos interessados; e d'esta maneira o direito judicial ficaria 'nesta parte em harmonia com o civil e commercial: e o mesmo devia succeder no administrativo, evitando-se d'este modo o contarem-se os termos por uma fórmula no direito civil propriamente dicto, por outra no judicial, e por outra no administrativo, quando estes differentes ramos de direito podem 'nesta parte ficar em harmonia uns com os outros.

Sobre o art. 1180, que diz que pôde o dote consistir em bens móveis e de raiz, devo observar que me parece deduzir-se d'ahi, que o dote não pôde consistir em direitos e acções. Da Ord. liv. 4, tit. 10, § 11, se collige que o dote pôde consistir 'nestes objectos; e a razão é por serem elles de natureza tal, que podem dar rendimentos, com que se satisfaçam os encargos do matrimonio, que é o fim do dote; e 'neste sentido o ensinou o sr. Mello Freire liv. 2, tit. 9, § 11. Alem d'isto, admittindo o art. 1184 do Projecto, que o dote possa consistir em numerario, e a mulher estipular que esse possa ser dado a juro, e o marido receber so os respectivos interesses, não ha razão para que os direitos e acções em geral não possam ser objecto do dote. Ora parece-me que ésta ideia mal se julgará comprehendida nas palavras — móveis e immoveis, attenta a noção que se lhes dá no art. 394 e segg., que consideram immoveis — os predios rusticos ou urbanos, as plantas e árvores unidas ao solo, o que for unido em permanencia ao predio rustico ou urbano, e os direitos inherentes á propriedade dos immoveis; e depois definem móveis tudo o mais que não é comprehendido 'naquella denominação de immoveis. Parece-me pois que é mister declarar isto.

Sobre o art. 1659, que diz que o comprador *a retro* exercerá sobre a coisa os mesmos direitos do vendedor, excepto os que importarem offensa do seu direito de retracto, cumpre-me observar que ésta redacção não corta

as questões que ha sobre este contracto, como são — se o comprador pôde cortar árvores, impor encargos ao predio, ou causar outros quaesquer detrimentos; e se, no caso de o fazer, sera ou não responsavel pelos prejuizos. É certo que alguns juriconsultos entendem que na venda com este pacto se transfere o dominio, embora temporario e resolovel; e que assim transferindo-se, pôde o comprador exercer direitos de verdadeiro senhor; e effectivamente no Codigo Civil Francez, art. 1665, acha-se consignada ésta doutrina. Outros, porém, com o sr. Correia Telles, *Dig. Port.* tom. 3, art. 367, entendem que o comprador pelo referido pacto não pôde deixar de ser equiparado so a um usufructuario, para o fim de não podêr cortar árvores nem practicar outros actos que o usufructuario não pôde practicar; e me parece que ésta opinião tem fundamento na Ord. liv. 4, tit. 4, pr. que diz, que o comprador, havendo a seu podêr a coisa comprada com o pacto de *retro*, ganhará e fara cumpidamente seus todos os fructos, renovos e rendas que houver da coisa comprada, até que o dicto prego lhe seja restituído.

Ésta última opinião parece-me mais acceitavel, porque, quaesquer que sejam os direitos que queiramos considerar no comprador por aquelle pacto, nunca elles poderão ser eguaes aos do comprador que houver a coisa por meio da transferencia perpétua do dominio, pois 'nesta hypothese o dominio é verdadeiramente illimitado, com todos os direitos que compõem a propriedade d'esta natureza; na hypothese porém do pacto de *retro*, não sendo pos-

sível que o comprador adquira direitos eguaes aos da venda sem aquelle pacto, porque está exposto a que o contracto seja resolvido, tambem não pôde exercer direitos eguaes aos d'um senhor perpétuo do predio comprado; e em tal caso é claro, que os direitos que mais lhe quadram, são os d'um usufructuario. Agora cumpre advertir, que a concessão dos direitos do verdadeiro senhor ao comprador pelo pacto de *retro* so serve para dar occasião a demandas, por effeito de novas vendas e encargos impostos ao predio durante a existencia do pacto e prejuizos que o comprador pôde causar; e é isto o que entendo que cumpre evitar, porque a lei deve ter bondade não so absoluta, se não tambem relativa.

Quanto ao art. 1692, que diz, que, se o arrendatario for estorvado ou privado do uso do predio por caso fortuito ou de fôrça maior, relativo ao mesmo predio e não á sua pessoa, poderá exigir que lhe seja abatido na renda o valor proporcional á privação que soffrer; parece-me que esta distincção de caso fortuito, relativo ao predio ou relativo á sua pessoa, ha de dar na prática occasião a dúvidas. O sr. Correia Telles, *Dig. Portuguez*, tom. 3, art. 788, diz, que o conductor pôde resilir do contracto, quando tenha justo receio de não podêr usar da coisa com segurança, v. g., por alguma guerra superveniente, por peste ou ruina do predio, e por outros casos semelhantes; mas que deve avisar o locador, entregar-lhe a coisa, e pagar-lhe a renda vencida; e sobre este objecto cita duas leis romanas. O Código Civil Francez, art. 1760, diz que, se o arrendamento

foi dissolvido sem culpa do arrendatario, deve este pagar a renda em proporção do tempo. Entendo que a doutrina do sr. Correia Telles é de mais facil execução, e mais conforme á razão; por que apparece uma justa causa de medo, e o arrendatario não está com segurança e liberdade de podêr usar do predio. Em Coimbra tem acontecido, que nos annos em que se tem mandado fechar a Universidade, os estudantes e lentes que se retiraram para fóra da cidade, não são obrigados a pagar as rendas das suas casas por inteiro, mas so o tempo que as habitaram.

No art. 1700, que diz que o arrendamento se presume renovado, quando findo o tempo d'elle, o arrendatario continúa sem opposição do senhorio, é mister declarar, se tambem se entende renovada a fiança. O Projecto no art. 944 diz, que a fiança so se julga extinta pela extincção da obrigação principal: ora, sendo a fiança por tempo determinado, ficou extinta a obrigação principal com relação ao fiador d'esse tempo, e por tanto parece-me que ella não pôde continuar: e neste sentido disse o sr. Correia Telles, *Ações* § 372, not. 2.^a, que, renovado o arrendamento, não se entende renovada a fiança. E assim para este caso, que é muito frequente, peço a applicação do que disse em geral nas minhas observações ao art. 947 do Projecto.

Ao art. 1711 que diz, que em caso de esterilidade extraordinaria, ou de perda consideravel de fructos pen-

dentos, por algum caso fortuito para que o arrendatario não haja concorrido, poderá elle eximir-se de pagar a renda, entregando ao senhorio os fructos restantes, depois de tirar as sementes, prevenindo porém o mesmo senhorio antes de tirar alguns fructos; tenho a observar que este é o caso do art. 292 da Refórma Judicial, e da Ord. liv. 4, tit. 27. Porém parece-me que deverá aqui providenciar-se o seguinte:

1.º Que o senhorio ou seu procurador seja avisado perante duas testemunhas para acceitar os fructos restantes; e quando, depois de avisado por esta fórma, o senhorio não comparecer, ou quando não for encontrado na terra elle ou o seu procurador, se faça a medição dos fructos restantes perante as mesmas duas testemunhas do aviso, ou, não sendo isso possível, perante outras, de modo que nunca possa duvidar-se nem do aviso feito ao senhorio ou ao seu procurador, nem da medição dos fructos restantes, como em geral havia providenciado a Refórma no art. citado.

2.º Que, se o arrendatario quizer usar antes do meio judicial para este caso, se declare que o póde fazer ainda em tempo de ferias.

3.º Que depois deve propor a competente acção em praso certo, marcado pelo juiz. Agora devo advertir que, quando não tenha lugar esta acção, póde-o ter a acção de quita ou remissão de parte da pensão, quando a perda dos fructos não fôsse extraordinaria, e por isso não houvesse motivo para a encampação, mas so para a remissão. O que me parece dever declarar-se expressamente, bem

como, que, quando o arrendamento for so por um anno, de sorte que não seja possível compensar a esterilidade parcial d'um anno com a uberidade dos outros, poderá pedir-se quita, quando, tiradas as sementes, o arrendatario não tiver fructos bastantes para pagar, ao menos, ametade da pensão, como estabeleceu o Codigo Civil Francez, art. 1770, e seguiu Lobão na *Dissertação sobre remissão da pensão* nos arrendamentos, § 11. Parece-me mais conveniente taxar esta ou outra qualquer quantia, do que deixar inteiramente ao arbitrio do juiz o determinar as causas da quita e remissão. Tambem me parece que, neste caso, o arrendatario que pretender quita, deve avisar d'isto perante duas testemunhas o senhorio ou o seu procurador, a fim de que estes possam examinar o estado dos fructos, antes de colhidos pelo colono, e estar prevenidos quanto á pretensão do mesmo. Convem tambem ponderar, se esta ideia da remissão ou quita deve applicar-se ao caso dos foros, pois o art. 1794 do Projecto so falla de esterilidade extraordinaria: e me parece que deve, conforme a opinião de Valasco, *de Jur. Emphyt., Quaest. 27*, n.º 7.

Egualmente, assim para o caso de encampação como de quita se deve declarar, se é permittido o pacto, pelo qual o colono possa renunciar expressamente aos casos fortuitos, solitos e insolitos, cogitados e não cogitados. O sr. Correia Telles, *Man. do Tabellião*, § 48, n.º 3, not. (e) diz « que é tão licito este pacto, que elle se manda junctar a todos os arrendamentos de rendas reaes pela lei de 22 de dezembro de 1761, tit. 2, § 34. » O Co-

digo Civil Francez no art. 1772 permite a renúncia expressa dos casos fortuitos; mas logo no art. 1773 acrescenta que, se elles forem dos extraordinarios que não costumam acontecer, não pôde entender-se que o colono quizesse sujeitar-se a elles. Os nossos praxistas, como Silva á *Ord.* liv. 4, tit. 27. pr., n.º 36, e Lobão na *Dissertação* citada, suppõem válido o pacto, até na amplitude da renúncia dos casos fortuitos, solitos e insolitos, cogitados e não cogitados. Eu porém entendo, que quando o caso for insolito, v. g., uma inundaçãõ extraordinaria em relação ás que todos os annos costuma haver por occasião das cheias de inverno, ou uma inundaçãõ que, embora não seja da ordem d'estas, tenha arrastado uma grande porçãõ de terra, etc.; entendo, digo, que 'nestes casos não pôde valer a renúncia dos casos solitos e insolitos.

Sôbre o art. 1761 disse eu nas minhas primeiras observações, que impugnava a remissão forçada do dominio directo pelas razões que la toquei; e de mais que, quando ella se dêsse, deveria ser tambem permittido ao senhor directo remir o dominio util. Respondeu o illustre auctor do Projecto, que a emphyteuse no seu estado actual se acha gravada com grandes foros e laudemios, alem dos tributos para o Estado, de maneira que, depois de pagar os foros e tributos, o foreiro não fica com que se sustentar, e bemfeitorisar o predio; que a violencia feita ao senhorio cessa, logo que ha indemnisaçãõ; e finalmente, que para se conhecer a pouca consideraçãõ que a em-

phyteuse merece, basta reparar nas questões que ella offerece, na difficuldade das partilhas, complicaçãõ da legislaçãõ, occasião de demandas, etc.: d'onde o sabio auctor concluiu que o remedio para todos estes males é a remissão.

Visto que este objecto é um dos mais controvertidos que ha no Projecto, como o seu illustre auctor confessou logo no principio da resposta ás minhas observações a este artigo, declarando que por muito tempo hesitou, se o apresentaria ou não, mas que a final se decidira pela remissão; tambem eu entendi dever dizer alguma cousa sôbre a resposta que deu o illustre auctor, attenta a grande importancia do objecto.

Que a remissão é um meio violento reconhece-o o proprio auctor do Projecto: entende porém, que achando-se a emphyteuse tão onerada com foros e laudemios, é preciso permittir a remissão. Respondo que não é justo lançar mão de um meio tão violento, como é obrigar o senhorio directo a vender o seu dominio, quando ha o outro mais brando de reduzir as pensões ao seu justo valor por arbitrio de bom varão; meio este naturalmente suggerido pela consideraçãõ de serem excessivos os foros. Para este caso de excesso das pensões emphyteuticas foi que Lobão, no *Direito Emphyt.* § 748, lembrou a acção de reduçãõ, a qual tambem lembrou o sr. Rocha, *Instit. de Direito Civ.* § 546. Se esse excesso data do tempo do contracto, la está o remedio na *Ord.* liv. 4, tit. 13, § 6, que é intentar a acção de lesão, que a lei concede nos aforamentos. Ainda ha outro meio, que

é intentar o foreiro acção para obrigar o senhorio a aceitar o praso, desobrigando-o dos encargos a que, como foreiro, estava sujeito; acção ésta, de que tractou o sr. Correia Telles, *Acções*, § 403. Finalmente ainda pôde ter logar o remedio da Ord. liv. 4, tit. 27, que é o da encampação (em caso de grandes esterilidades), que deve ampliar-se aos prazos. Por consequencia em o nosso direito actual temos remedio para todos esses males, sem ser necessario recorrer ao meio tão violento de obrigar o senhorio a vender o seu dominio directo.

Agora ha mais a notar, que o remedio da redução das pensões não escapou (*de jure constituendo*) ao illustre auctor do Projecto; por quanto no art. 1193 diz «que quando o praso se inutilisar em parte, haja logar a redução da pensão; e que não consentindo o senhorio, tenha logar a encampação». Por tanto o illustre auctor la consignou os dois remedios do direito actual, o da *redução*, e o da *encampação*: o remedio da esterilidade estabeleceu-o no art. 1794, e estendeu no art. 1837 aos censos a providencia de se entregar ao senhorio o predio censitico. Se por tanto em o nosso direito actual temos o remedio contra o mal do excesso das pensões, se esse remedio se acha tambem consignado por differentes meios no Projecto do Codigo Civil, com que justiça ha de lançar-se mão d'um meio tão violento, como é obrigar o senhorio a vender o seu dominio directo? Sendo mais para notar, que esse dominio é adquirido por virtude de um contracto, cujos direitos e obrigações devem guardar-se tão religiosamente, como as de qualquer outro

contracto, no que tanto interessa a justiça e a sociedade. Pois desde o estado das pensões gravosas até ao meio extremo e assaz violento de obrigar o senhorio a vender o seu dominio não ha ja outro meio de justiça?

Diz o illustre auctor do Projecto que a violencia cessa, quando ha a indemnisação. Respondo, que para ter logar a indemnisação por causa da expropriação, a primeira cousa a attender é, se 'nesta expropriação ha utilidade geral; e por isso a lei de 23 de julho de 1850, que tracta das expropriações, reconhecendo quanto é vaga e arbitraria a ideia de utilidade geral, logo nos artt. 1 e 2 declara que a utilidade geral se verifica so nos casos seguintes:— 1.º por lei, quando para fim de interesse público ésta manda expropriar certa e determinada propriedade;— 2.º por decreto, quando precedendo processo por meio do governador civil perante o administrador do concelho, sendo citadas em pessoa as partes interessadas, e por editos de 8 a 12 dias as que possam ter algum direito, e fazendo vistorias em face das plantas da obra, se conhece que ha utilidade pública, e depois se lavra decreto sôbre consulta da secção administrativa do conselho de estado; e so depois de reconhecida a utilidade geral por meio d'este processo perante o poder administrativo, é que se tracta da indemnisação perante o poder judicial.

Applicando agora estes principios ao caso da remissão dos foros, em que se pretende fazer uma expropriação do dominio directo, dar-se-á por ventura a circumstancia da utilidade geral, qual se dá em uma expropriação para

caminhos de ferro, para estradas públicas, etc.? Parece-nos que não. 'Nestes casos não se descobre outro modo de fazer os caminhos publicos senão pela expropriação; aqui é inquestionavel a utilidade geral, é inquestionavel a necessidade, pois não ha outro meio de promover o bem público: mas no caso em que estamos, da remissão dos foros, ha os outros meios acima indicados, sem ser necessario recorrer ao meio extremo e violento da remissão forçada. Não pôde pois dizer-se que cessa a violencia por haver indemnisação, pois não se dá o caso da utilidade geral nos termos da lei. Acrescentarei mais, que a mesma indemnisação, nos termos em que vem no Projecto, não satisfaz o prejuizo do senhorio, como ja adverti nas minhas primeiras observações. Entendo que o illustro auctor do Projecto não quer acabar com a emphytense, da qual, força é confessal-o, grandes bens têm provindo á agricultura, e ao incremento da propriedade; quer so cortar os abusos que 'nella se tem introduzido, mormente os relativos aos foros excessivos: e assim parece-me melhor evitar esses e semelhantes males pelos modos indicados, do que lançando mão d'um meio, com que parece querer-se extinguir os prazos mesmos. Nenhuma instituição ha de que se não tenha abusado: o remedio de a melhorar não é acabar com ella, é sim cortar os seus abusos: *Tollatur abusus, et maneat res.*

Permitta-se-me ainda que advirta, que o remedio da remissão aproveita so aos foreiros ricos, e que aos pobres, que são em mui grande número, para nada serve, havendo por isso a sua applicação de tornar-se muito

desegual: porquanto, se o foreiro pagar os foros grandes e os tributos, pouco lhe ficará; e então como ha de sustentar-se a si e á sua familia, e ter ainda com que remir o foro? Quanto ás complicações que os prazos lançam na legislação, e ás demandas a que dão origem, respondo que essas cousas não são defeitos da instituição, mas effeitos da falta de legislação conveniente; e que o meio de lhes dar remedio é fazer boas leis, como acontece com respeito a outros casos.

Tambem não posso conformar-me com a ideia de que não haja reciprocidade na remissão forçada do dominio util. Pois ha justiça e conveniencia para o senhor util, e não as ha de haver para o senhor directo? O contracto emphyteutico é bilateral e oneroso: por conseguinte é forçoso que sejam reciprocos os seus direitos e obrigações. Na meia idade e ainda depois tudo era favoravel aos senhorios, e adverso aos foreiros; hoje, adoptada ésta ideia do Projecto, cahiremos no extremo opposto: haja pois a reciprocidade devida, que é um dos meios de não cahirmos em extremos.

Concluirei dizendo que os meios que lembrei para se remediar os males originados das pensões gravosas, não quero que fiquem dependentes de processos longos e dispendiosos, pois então continuará subsistindo o mal ainda por muito tempo: mas o meio da redução, assim como qualquer dos outros apontados, effeitue-se ou por uma medida geral (como, quanto aos prazos da Coroa e das corporações estatuiu a lei de 22 de junho de 1846 no art. 7), ou pelo meio legal da redução por arbitrio de

bom varão, precedendo a conveniente vistoria, e sendo as custas pagas por ambas as partes. A sábia Commissão revisora la meditará, e resolverá o melhor.

Sôbre o mesmo art. 1761 adverti eu nas minhas primeiras observações, que deveria fallar-se da subemphyteuticação, para se declarar que ésta não é permittida sem consentimento do senhorio. Hoje ainda me resta para accrescentar, que tambem se deverá declarar que o subemphyteuta não pôde alienar sem consentimento do emphyteuta, porque a subemphyteuse é um contracto particular entre o emphyteuta e o subemphyteuta, no qual aquelle convencionou para si uma pensão, e até pôde convencionar que o predio subemphyteutico não seja vendido sem prévia licença sua: mas quando tal se não convencione, deve entender-se isto segundo a lei *a simili* da emphyteuse, preferindo sempre o senhorio ao emphyteuta no uso dos respectivos direitos. Tambem importa declarar, se na subemphyteuse pôde ter logar a opção, sendo preferido o senhorio tanto por tanto. E me parece que assim deve ser, porque sendo a subemphyteuse uma especie de alienação, pela qual o emphyteuta transfere para o subemphyteuta o dominio util, está comprehendida na generalidade da Ord. liv. 4, tit. 38, para dever preferir-se o senhorio. Entendo que tambem se deve resolver que na subemphyteuse todos os direitos do senhorio ficam salvos, e que quaesquer direitos estipulados pelo emphyteuta em beneficio seu nunca poderão lesar os direitos do senhorio. E igualmente cumpre determinar que

a subemphyteuse precisa de escriptura pública, como está determinado com respeito á emphyteuse no art. 1753; porque tambem isto tem sido questionado, especialmente quanto á subemphyteuse dos prazos ecclesiasticos.

É mister aclarar o art. 1775, quando diz, que se o foreiro não pagar por tres annos, tera logar o commisso. Parece-me que convem declarar que isto é independente da prova de dolo; pois é força confessar, que com tal causa ou antes pretexto tem sido illudida a maioria das acções de commisso; e tem corrido, como boa moeda, o principio — que do commisso escusa qualquer causa, ainda leve e grosseira. Similhante doutrina foi felizmente combatida pelo accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de março de 1855 (Gazet. dos Trib. n.º 1998). E effectivamente a pena de commisso é uma pena legal, e de mais quasi sempre convencional: logo deve observar-se pontualmente, independente por consequencia da prova de dolo; prova que a lei não exigiu, pois não se tracta d'uma pena criminal filha d'um delicto, mas d'uma pena civil, para a qual não se requer prova de dolo. Releva declarar bem este artigo de jurisprudencia.

Tambem se deve determinar, se alienada uma parte do praso sem consentimento do senhorio, o foreiro incorre em commisso por essa parte so ou pelo praso todo. O sr. Correia Telles, *Acções* § 291, (not.) é de opinião que incorre em commisso so por essa parte, porque o commisso, que é uma pena, não deve passar alem do objecto sôbre que recahir a falta de cumprimento do dever do fo-

reiro, em não dar ao senhorio conhecimento do facto da venda, privando-o assim de exercer o seu direito de opção. Todavia também contra esta opinião milita, que o foreiro não pôde alienar o praso sem consentimento do senhorio, e que quando o faça, incorre em commisso, como expressamente determina a Ord. liv. 4, tit. 38, que não distingue entre a alienação da parte e a do todo do praso. Accresce que o foreiro, alienando parte do praso, divide este sem consentimento do senhorio. Sem embargo d'estas reflexões contra, agrada-me a opinião do sr. Correia Telles. Lembro isto, não so para provocar uma decisão, que julgo indispensavel em um Codigo civil, mas porque estando declarado no art. 1785, quanto ao direito de opção, — que sendo varios os predios que constituem o praso, não poderá o senhorio optar uns ere jeitar os outros — cumpre harmonisar esta doutrina com a que acabo de expor, no sentido que se julgue ser melhor.

Sobre o art. 1786, convem egualmente que se declare, se a acção de commisso pôde ser intentada contra o terceiro, que houve o praso alienado sem preceder consentimento do senhorio. Sobre isto também tem havido opiniões differentes: a Relação de Lisboa julgou que podia intentar-se a acção contra o terceiro, e o Supremo Tribunal, que não podia, como tudo pôde ver-se da Gazeta dos Trib. n.º 1339. A mim parece-me que pôde intentar-se esta acção contra o terceiro, que comprou o predio sabendo que era praso, e não fez preceder o consentimento do senhorio; porque 'neste caso foi comprador de

ma fe, e quiz prejudicar o senhorio no uso do seu direito; pelo que não deve tirar lucro do vicio da sua posse. De mais, a acção de commisso deve reputar-se real, por que é fundada no dominio util, que o senhorio adquiriu pelo facto do foreiro que isso motivou, conforme a Ord. liv. 4, tit. 38, § 1; e porque tende a reunir os dois dominios, directo e util: por consequente pôde ser intentada contra o terceiro.

Tambem o art. 1774 precisa de ser aclarado, quando diz que o senhorio tem direito a ser pago das pensões convencionadas. Supponhamos porém que o predio passou para podêr de terceiro, quer por consentimento do senhorio quer sem elle, e que ficaram por pagar os foros atrasados: poderá 'neste caso o senhorio demandar por elles o terceiro possuidor, tendo este depois acção contra o devedor e seus herdeiros, como opinou Pereira e Sousa, not. 774; ou deverá demandar primeiro o devedor ou seus herdeiros, e so depois subsidiariamente o terceiro a *simili* da acção hypothecária, como opinou o sr. Rocha, *Instit. de Direito Civ.* § 548, applicada a este caso a generalidade da Ord. liv. 4, tit. 3, visto que o senhorio tem hypotheca legal? Entendo que é melhor a opinião do sr. Rocha.

Cumpre também decidir, se o senhorio que intenta a acção de commisso, pôde ao mesmo tempo pedir os foros atrasados. Uns dizem que não pôde, porque pedida a pena convencional, não podem ao mesmo tempo pedir-se os interesses, conforme a regra da L. 4, § 7, *Dig. de dol. mal. except.*, e L. 28 *Dig. de act. empt.*: e esta opinião

foi seguida pelo sr. Correia Telles, *Dig. Port.*, tom. 3, art. 981. Outros dizem que póde, fundados na Ord. liv. 4, tit. 39, § 1: e ésta opinião foi seguida por Lobão, *Direito Emphyt.* § 808. Agrada-me mais esta segunda opinião, ja porque nenhum inconveniente acho na cumulação d'estas duas acções, ja porque se deve evitar, que se intentem duas demandas por objectos que podem tractar-se em uma so.

Tambem importa cortar por uma vez a questão que se tem suscitado, se por dívidas do antepossuidor do praso de vidas póde vender-se este. A opinião mais geral é que não póde, fundada no Regimento dos Contos, cap. 81, e lei de 4 de fevereiro de 1765, § 5; excepto o caso de se haver contrahido dívida para conservar o praso, ou de este se achar hypothecado com consentimento do senhorio, ou de haver sido nomeado com esse encargo. Ésta doutrina torna-se por ora necessaria na prática, em quanto os prazos de vidas não se convertem em fiteusins; porque no caso mesmo de passar a ideia da conversão, ainda fica uma epocha de transição, e convem não deixar em questão e sujeito a controversia um ponto de direito de tammauha importancia.

Parece-me que tambem é preciso tomar alguma decisão geral sôbre a successão dos prazos de vidas, e sôbre a nomeação d'estes com encargos ou sem elles, tanto por contracto como por testamento; porque o art. 1833 do Projecto, que diz que os prazos de vidas serão, em quanto existirem, regidos pela legislação vigente, não póde satisfazer ás necessidades públicas em um ponto como este, no

qual, como geralmente em materia de prazos, o direito é controvertido, não sendo por isso possível applicar-lhe legislação, que ou não existe ou não corta as dúvidas: e por outra parte é força reconhecer, que não convem que éstas materias fiquem entregues á variedade de opiniões.

Agora advertirei que o art. 1778 do Projecto, que tracta da penhora no praso por dívidas do foreiro, não tira a dúvida relativamente ás dividas do antepossuidor; e quanto á renovação de prazos, tambem me parece que o art. 1832 não provê com legislação sufficiente. Em geral, para este e mais objectos relativos a prazos, lembro as ideias que sôbre a materia nos deixou o sr. Rocha nas suas *Instit. de Direito Civ. Port.*, edição de 1848.

Ás observações que ja fiz ao art. 1832 sôbre a conversão dos prazos de vidas em fiteusins, cumpre-me acrescentar que, havendo lido o que sôbre isto escreveu o sr. Correia Telles nas suas *Questões de Direito Emphyteut.*, achei que uma das razões, porque elle impugnou ésta medida, foi o ser preciso que se desse indemnisação ao senhorio. Depois de haver meditado sôbre isto, declaro hoje que approvo ésta ideia da indemnisação para o caso de vir a adoptar-se o plano da referida conversão.

Ao art. 1891, que diz que as disposições testamentarias caducam e ficam sem effeito em relação aos herdeiros ou legatarios, se uns e outros se finarem primeiro que o testador, tenho a observar que me parece não poder ter isto logar, quando o herdeiro ou o legatario tiver

filhos legítimos; porque me parece, que quem deixa bens a certa pessoa, a qual sabe que tem filhos, tem intenção de os deixar também a esses filhos, e de os contemplar, se podesse prever que o pae morreria primeiro que elles. Já não pôde fazer-se o mesmo juizo a respeito de irmãos, nem se presume, que quem deixa bens a um irmão, que-ria deixal-os a outro irmão, se aquelle morresse primeiro. É certo que, segundo o direito romano, um dos casos em que se transmite a herança não addida, é quando o herdeiro é filho, mesmo emancipado, d'aquelle a quem a herança era deixada, como diz Heinecio *ás Pandectas*, parte 5, § 97. Por tanto deve proceder a mesma doutrina no caso de que estou tractando; sendo que, tanto nos contractos como nos testamentos, a intenção ainda presumida dos contractantes ou do testador deve preferir ás palavras, como pensa o sr. Correia Telles em geral, *Dig. Port.*, tom. 1, art. 382, combinado com o art. 391. Em *Mantica De conjecturis ultimarum voluntatum*, pag. 331, vem esta mesma doutrina — que no legado ou fideicommisso deixados, quando são contemplados os paes, se entendem contemplados os filhos na falta d'elles.

Sôbre o art. 2003 observei eu que os graus de substituição fideicommissaria deviam estender-se a dois de futuro, como a respeito dos de preterito está providenciado no art. 2662. E na resposta a ésta minha observação, fallou o illustre auctor na Ord. L. 4, tit. 87, dizendo que ésta lei so permittiu a dicta substituição no primeiro grau. Ao que respondendo, como eu adoptei o systema

de preferir o direito vigente ao novo, menos quando a justiça ou as conveniencias públicas pedem o contrário, e contra a minha opinião se argumenta agora com o direito actual; por isso com a devida licença digo, que o ponto de que se tracta, não é expresso na Ord. que se allega, e da qual apenas se deduz um argumento; e por isso, como um caso de questão o aproveita o sr. Rocha, *Instit. de Dir. Civ.* § 719, onde traz como cousa duvidosa, quantos graus se podem fazer de substituição fideicommissaria. O sr. Correia Telles no *Manual do Tabelião*, § 226 (nota), já havia tocado ésta materia como questionada, dizendo que em a Novella 159 apparecem exemplos de quatro graus de substituição; depois no *Tractado das Acções*, nota 2.^a ao § 165, inclinou-se para a opinião de podêr haver dois graus; e mais tarde no *Dig. Port.*, tom. 3, art. 1639, opinou por um so: o que bem mostra quanto este ponto é controvertido. Por isso opinei eu por dois graus, porque assim nem se facilita uma grande amortisação de bens, nem se restringe tanto a liberdade de testar; vindo ésta minha opinião a occupar um razoavel meio entre as duas extremas, uma que admite multos graus, e outra que não admite nenhum.

Tambem é necessario esclarecer o art. 2044 sôbre os premios dos testamenteiros, para se assentar, se deixando de ter todo o effeito a testamentaria, por fallecer o testamenteiro que a havia accetado, quando começava a cumprir o testamento; e sendo depois da morte d'este testamenteiro, nomeado outro que a cumpriu; se tiver deixado

premio pela testamentaria, quem o ha de receber? porventura os herdeiros do primeiro que acceitou e não cumpriu (porém sem culpa sua), ou o segundo que effectivamente cumpriu o testamento? ou deverá o premio ser rateado? Sôbre isto ha a lei 24 Dig. *De conditione et demonstr.*, e no Cod., titulo — *De his quae sub modo relinquuntur*, ha differentes leis que parecem dar o premio ao herdeiro d'aquelle, que havendo acceitado a testamentaria, morreu sem acabar de a cumprir; porque não o fez por culpa sua. A mim parece-me mais razoavel o rateio entre os herdeiros do primeiro que começou a cumprir o testamento, e o segundo que depois concluiu o cumprimento. O mesmo digo relativamente ao tutor, que, tendo-lho sido deixado um premio para o ser, elle depois de acceitar, e de principiar a cumprir os encargos da tutela, morreu, ou o orphão casou ou se emancipou pouco tempo depois d'aquelle acceitação: penso, que tambem 'neste caso o premio deve ser rateado.

Deve-se mais declarar, que as funções do testamenteiro não obstem á transmissão dos direitos e acções para os herdeiros, segundo o disposto no Alv. de 9 de novembro de 1754, no Assento de 16 de fevereiro de 1786, e no art. 2169 do Projecto; de maneira que para os effectos de que se tracta, se fique entendendo que, muito embora os testamenteiros tenham de defender as questões de nullidade do testamento, não devem contudo elles sos ser partes na causa: mas, devendo intervir tambem os herdeiros, entendo que as custas e a mulcta hão de sahir da herança, na hypothese de se julgar procedente a

acção intentada, harmonisando-se assim o art. 2035 do Projecto com o art. 2159.

Ao art. 2277 lembro uma alteração. Diz elle que estão sujeitas á collação as despesas feitas pelos paes nos estudos maiores de seus filhos. Esta innovação faz mudar o direito estabelecido na Ord., liv. 4, tit. 97, § 7, que isenta da collação o que o pae ou a mãe gastaram com o filho para aprender em escholas ou estudos, sem distinguir entre estudos maiores e estudos menores. A razão que houve para ésta lei foi promover o incremento das sciencias, pelo adiantamento dos filhos que se mostrassem aptos para ellas; e por isso parece-me que não ha motivo justo para a alterar: muito mais, porque, segundo o disposto no art. 140 do Projecto, é o pae obrigado a promover o adiantamento de seus filhos, e a dar-lhes um destino conveniente. Com tudo conheço bem que muitas vezes o cumprimento d'este dever pôde ser incompativel com as fôrças e meios da casa paterna, a ponto de so com prejuizo dos outros filhos podêr levar-se a effecto. Por isso lembro duas excepções á doutrina da lei vigente: 1.ª excepção — quando o pae não tiver meios para levar o filho á formatura sem prejudicar os outros filhos, como pensou o sr. Correia Telles, *Dig. Port.*, tom. 2, art. 1160; porque então não deverá ser obrigado ás despesas dos estudos maiores. Esta falta de meios porém parece-me que deve ser avaliada não com relação aos lucros cessantes, pelo dinheiro que se gastou, pois lucros cessantes sempre os ha; mas com relação aos damnos

emergentes : por exemplo, se o pae foi forçado a contrahir dívidas que ficaram pesando sôbre a casa, pagal-as-á o filho que d'ellas tirou proveito. Entenda-se porém, que ainda quando o pae, segundo as fôrças de sua casa, possa formar um filho, nunca deverá ser obrigado ás despesas do capello, ou da magistratura, ou da livraria, menos dos livros indispensáveis para a profissão a que o filho se destinar; pois outras despesas apenas podem pesar sôbre a terça do pae ou da mãe que assim o queiram. 2.^a excepção— quando o filho não aproveite em seus estudos; pois então deverá repor a seus irmãos o que tiver gastado nos annos que perdeu por culpa sua. Ésta mesma doutrina julgo ampliavel aos estudos das escholâs em que não ha graus.

Tambem lembro a conveniencia de esclarecer o art. 2287, onde se diz que, se o praso tiver sido comprado, o seu preço ou estimação sera conferido nos termos da legislação anterior ao presente Codigo. Ésta legislação não é explicita quanto ao praso comprado, ou ainda mesmo bemfeitorizado por um dos conjuges antes do matrimonio; e so o é quanto ao praso comprado ou bemfeitorizado na constancia do matrimonio, pois manda repartir o preço entre o conjuge superstite e os filhos, como se ve da Ord. liv. 4, tit. 95, § 1, e tit. 97, § 24. Que deverá porém fazer-se, quando o praso foi comprado ou bemfeitorizado antes do matrimonio? Dividem-se as opiniões dos auctores. Uns dizem que, tendo a Ord. fallado so da collação dos prazos comprados ou bemfeitorizados

durante a constancia do matrimonio, d'ahi se infere que fica excluido da collação o preço dos que foram comprados antes do casamento, porque tambem não se communicam entre marido e mulher. Outros dizem, que se o dinheiro empregado na compra e bemfeitorias não houvera sido despendido, existiria no casal e seria repartido, mantendo-se assim a egualdade que na partilha deve haver entre os filhos; e este foi talvez o pensamento do sr. Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3, tit. 12, § 10: pelo que, segundo a opinião d'este illustre jurisconsulto, deve a partilha ter logar tanto entre a viuva e os filhos, como entre os filhos, na hypothese de não ter vindo o preço á collação por morte do pae. Agrada-me mais a opinião dos que dizem que o preço do praso ou bemfeitorias não deve vir á collação em nenhuma das duas hypotheses.

Sôbre os artt. 2685 a 2698, onde se expende a doutrina das acções, tenho a observar que me parece ser este o logar proprio para se tractar da cumulação das acções fundadas em causas diversas, e para decidir se ella deve ser permittida, ou não; sem deixar semelhante objecto para o Codigo do processo, visto como tem mais estreita relação com a doutrina que em geral se toca nos citados artigos do Projecto, do que com a do processo. É certo que por direito romano não tinha logar a cumulação das acções, como reconhece o sr. Mello Freire, *Instit. Jur. Civ. Lusit.* liv. 4, tit. 6, § 34, em vista da L. 6, *Dig. de except. rei judic.*, a qual diz que para cada controversia

deve haver sua acção; e a razão dada pela lei é para não tornar difficil o exito das demandas. O direito canonico porém nos cap. 5 e 6 *De causa posses. et propriet.* introduziu a cumulação das acções, sendo por isso permittido cumular no mesmo libello acções fundadas em causas diferentes, uma vez que as acções sejam compatíveis. O foro portuguez admittiu ésta cumulação das acções; e tanto o sr. Mello Freire no logar citado, como o sr. Correia Telles, *Acções*, § 453 e seguintes, e notas respectivas, trazem exemplos das differentes acções que podem ser cumuladas.

Era ésta a nossa jurisprudencia práctica até o tempo do decreto de 16 de maio de 1832, n.º 24, no qual, art. 62, depois de expostos os requisitos geraes do libello, se diz no § 1: «Não se poderão cumular no libello pedidos fundados em causas diversas.» Depois veio o art. 256 da Reforma, dizendo que o libello sera feito por artigos; e que quanto á sua deducção, conclusão, addição, e declaração, se seguirão as regras prescriptas em direito. E o sr. Correia Telles no *Man. do Proc. Civil*, § 189, suppõe que este artigo da Refórma revogou o citado art. 62 do decreto de 16 de maio de 1832, e depois no *Formulario dos libellos*, § 7, tornando a fallar d'este objecto, ainda insiste na ideia da cumulação das acções; porquanto (diz elle) «sera duro que eu seja obrigado a intentar tres demandas contra um so devedor, que me deve um pouco de dinheiro de emprestimo, outro a ju-ro, e um legado; podendo eu demandal-o em um so processo por aquellas dividas.»

Por outra parte ha para ponderar em contrário, se-

gundo reconhece este mesmo escriptor, que póde ser grande a complicação de cousas que constituem o objecto de uma so acção, e que o ajunctamento de diversos petitorios torna o pleito demasiadamente laborioso; e que por tanto deve deixar-se ao prudente arbitrio do juiz o mandar pôr em auto separado aquellas acções, que junctas com a principal tornariam laborioso o inquerito das testemunhas e a discussão final. Á vista de todas éstas ponderações, parece-me que similhante objecto deve ser consignado no Codigo Civil, no titulo das Acções, no sentido em que opinou o sr. Correia Telles no *Formulario dos Libellos*; decidindo-se assim este ponto tão controvertido, e em que ha por uma e outra parte opiniões mui respeitáveis; não devendo eu deixar de mencionar contra a cumulação a opinião mui auctorizada do meu collega e amigo de saudosa memoria, o sr. Nazareth, *Elem. do Processo Civ.*, ediç. de 1860, § 331.

Devo advertir aqui que, com quanto em algumas das minhas antecedentes observações tenha opinado em geral contra o arbitrio concedido aos juizes, nem por isso deixo de reconhecer que não é possível tirar-lh'o inteiramente; e até casos ha, em que elles não podem deixar de o exercer razoavelmente, como 'neste de que estamos tractando, no qual fôrça é confessar que não se póde sahir das difficuldades que o negocio apresenta, senão deixando ao juiz um prudente arbitrio, que quando ultrapasse os devidos termos, poderá ser corrigido no juizo superior por meio dos recursos competentes.

Dizendo o art. 2972 do Projecto, que a sentença sera

executada pela auctoridade judicial, se as partes não se accordarem amigavelmente, segundo o disposto no Código do Processo; parece-me que deveria declarar-se allí, qual seja a auctoridade judicial, competente para a execução, e reservar para o Código do Processo o marcar as fórmas respectivas; visto como, tractando o Projecto d'este objecto na execução, não é possível pôr de parte a ideia da competencia do juiz. É certo que a execução pôde correr no domicilio do reu, onde se obteve a sentença da primeira instancia, como é expresso no art. 565 da Refórma; e pôde tambem correr no juizo onde o executado tenha bens, quando por ventura os não tenha no seu domicilio. E ainda quando corra no domicilio do reu, onde tem bens, pôde ser que os não tenha sufficientes para a execução, e é então mister passar cartas precatórias para outro juizo onde os tenha. E 'nesta hypothese tem sido objecto de questão, se a arrematação deve ser feita no juizo onde estão os bens, ou no juizo deprecante. A mim parece-me que a execução deve, como está providenciado na lei vigente, correr no juizo onde foi obtida a sentença da primeira instancia; e que, quando hajam de passar-se cartas precatórias para a execução em juizo differente, e onde o executado tenha bens, a arrematação deve ser feita sempre perante o juizo da primeira sentença, onde a execução começou; porque ahí é tambem quo ella deve acabar: e devem correr os editaes, assim no juizo da primeira sentença como no outro onde estão os bens, declarando-se o dia e logar onde deva ser feita a arrematação. À vista do que, parece-me que a doutrina

do art. 3005 do Projecto deve ser meditada e retocada.

Alem d'isto é preciso declarar, se os juizes ordinarios são competentes para as execuções por uma quantia qualquer, e por consequencia superior á alçada do juiz de direito; por quanto, não tendo os juizes ordinarios (quando se entenda que devem continuar a existir) jurisdicção para a causa principal, senão até uma certa quantia marcada na lei, segundo os casos em que julgam sem recurso, ou com elle, para o juiz de direito dentro da alçada d'este; e não tendo nas causas excedentes á alçada do juiz de direito se não a faculdade de preparar o processo, e não a de o julgar; repugna que elles possam fazer execuções em quantias superiores á alçada do juiz de direito: ora é certo que, podendo haver sôbre os termos da execução requerimentos importantes a que os juizes ordinarios têm de deferir, 'neste caso vão elles julgar em quantias excedentes á sua alçada. Todavia é força confessar que mais geralmente se fazem as execuções perante os juizes ordinarios por toda e qualquer quantia, salvos os recursos legaes: e ésta é a opinião do sr. Nazareth *Tract. das Execuç.* § 630. E o sr. Correia Telles, *Man. do Proc. Civ.* § 375, em vista da Reforma, foi de opinião que a jurisdicção era cumulativa com os juizes ordinario e de direito: e me parece que ésta prática hoje pôde fundar-se no § 2 do art. 6 da lei de 18 de julho de 1855. Por tudo isto entendo que, tractando-se no Projecto materia de execuções, devia fallar-se na competencia em geral para todos os effeitos; parecendo-me que nas

causas excedentes á alçada do juiz de direito so este póde executar a sentença, visto que ao mesmo tempo é o juiz que proferiu a sentença da primeira instancia. E as execuções por dívidas passivas das camaras continuam conforme a lei de 28 de abril de 1845, ou ficam sujeitas á lei geral? Na hypothese de passar a ideia de serem as Camaras consideradas como meros particulares, segundo os artt. 604 e 1824 do Projecto, póde o caso admittir dúvida; parece-me pois que deve prevenir-se isto expressamente.

Sobre o art. 3014, alem do que ja disse nas minhas primeiras observações, tenho a dizer agora que cumpre declarar, se quem rime o predio, fica logrando os mesmos direitos do arrematante. Segundo o art. 602 da Refórma, e o art. 16 da lei de 16 de junho de 1855, a remissão so tem logar depois da arrematação, antes porém de assignado o respectivo auto pelo arrematante; ou, caso não tenha havido lançador, depois de fechada a segunda praça, e antes de publicada sentença de adjudicação. Ora segundo a Ord. liv. 4, tit. 6, §§ 2 e 3, é certo que a arrematação extingue as hypothecas e encargos reaes, impostos pelo executado, exceptuadas so as dívidas fiscaes, que não se extinguem pela arrematação, segundo determina a Ord. liv. 2, tit. 52, § 5, e Ord. da Fazenda, cap. 156, e o art. 655 da Refórma Judicial. Entra pois em dúvida se, visto que a remissão não póde ter logar senão depois da arrematação, e quem faz a remissão é obrigado a depositar o preço d'ella no acto da mesma remissão,

ou a prestar fiança para o depositar dentro em tres dias, segundo determina o § 1 do art. 16 da lei de 16 de junho de 1855, á similitude do que relativamente ao arrematante dispõe o art. 606 da Refórma, conforme com a lei de 20 de junho de 1774, § 16; entra em dúvida, repito, se a remissão extinguirá os onus hypothecarios, do mesmo modo que os extingue a arrematação. Todos os juriconsultos practicos costumam, neste caso de dúvida, aconselhar o remedio da Ord. liv. 4, tit. 6, a saber que se consigne em juizo o preço da remissão, e se citem os credores certos pessoalmente, e os incertos por editos. Importa pois lançar no Codigo a ideia, que os effeitos da remissão devem ser os mesmos da arrematação; e que aquelle que rime, não deve ficar exposto a soffrer a execução em bens que vieram para o seu podêr, pelos mesmos meios porque vão para o podêr do arrematante os que elle adquire pela arrematação, ou o adjudicatario pela adjudicação; devendo para este effeito da extinção dos encargos *impostos pelo executado ou por facto d'este*, ter logar a mesma providencia, tanto na arrematação como na adjudicação e na remissão.

Alem d'isto convem decidir tambem, se quem rime é ou não obrigado a pagar sisa (hoje contribuição de registro por titulo oneroso). O sr. Correia Telles, *Adições ao Tract. das Acções*, § 366, nota 5, opina que não se deve sisa: porém as palavras de que alli usa, «*parece não se dever sisa*», provam que julgou o caso duvidoso. A lei da contribuição do registro de 30 de junho de 1860 fallou so da transmissão da propriedade, effectuada

por arrematação ou adjudicação, como se ve do art. 7, § 5, e não fallou da remissão; ao mesmo passo que a generalidade do art. 2 sujeita á contribuição todos os actos que importarem transmissão de propriedade immovel, perpétua ou temporaria, por titulo gratuito ou oneroso, qualquer que for a denominação ou fórma do titulo, sem exceptuar a emphyteuse nem a subemphyteuse; e nas excepções designadas no art. 3 não se comprehende a hypothese da remissão. Sem embargo d'isto o direito de remissão é de equidade mui bem entendida em favor do executado, de sua mulher, e dos ascendentes e descendentes de ambos, como está expresso no art. 602 da Reforma; e por isso parece-me que o favor deve estender-se **tambem á isenção da sisa**, pois não é justo que a fazenda pública 'neste caso da remissão tire proveito d'um acto practicado por uma pessoa da familia, por occasião de a mesma familia ser vexada com uma execução; sendo mais para notar, que para o effeito dos direitos de transmissão, hoje comprehendidos na lei da contribuição do registro, excluiu a lei a transmissão entre ascendentes e descendentes. Resta observar finalmente que a interpretação usual, mais geralmente dada ao art. 602 e ao art. 16 da lei de 16 de junho, tem sido no sentido de não se dever sisa, como pensára o sr. Correia Telles.

Entendo que deve aproveitar-se a occasião para decidir aqui, se, uma vez que os artt. 604 e 1824 do Projecto consideram o Estado relativamente aos direitos civis, como mero particular, ainda deverá subsistir o direito de que acima fiz menção, de a arrematação não extinguir as

hypothecas á fazenda pública. Esta resolução depende da outra que se tomar sôbre o ponto, de dever ou não o Estado ser, relativamente aos direitos civis, egualado em tudo a um particular; e este ponto é na verdade de grande importancia e transcendencia: todavia releva que no Código se consigne a ideia relativa ao objecto especial da extincção das hypothecas constituídas em favor da fazenda pública.

Nas minhas primeiras observações ao art. 3016 disse eu que devia haver citação por editos. Declaro agora que não foi minha intenção dizer, que esta solemnidade fôsse necessaria para o caso da arrematação, no sentido de que esta não fizesse extinguir os encargos hypothecarios; **mas sim** foi que, tractando o artigo do caso da expurgação da hypotheca, de que fallou o Projecto no art. 1024, eu entendi que deviam ser citados não so os credores inscriptos, como diz o art. 3016, mas todos e quaesquer por editos, porque vejo que d'aquí so pôde provir utilidade, e prejuizo nenhum.

Eis aqui o que me occorreu de novo, depois das primeiras observações que escrevi sôbre o Projecto do Código Civil, e que remetti á sábia Commissão revisora, promettendo apresentar-lhe quaesquer outras que eu fôsse fazendo, assim novas como relativas áquelle meu primeiro trabalho: porque la disse eu, que o norte que levava, em todo elle era so prevenir, quanto me fôsse possivel, as pro-

videncias que devem apparecer no Codigo Civil, considerado na sua mais geral applicação; e que com essa mira não hesitaria até em fazer qualquer modificação ás minhas primeiras ideias. Esta promessa que então fiz, vou cumprir agora, expondo leal e francamente as considerações que fiz sobre as minhas primeiras observações, principalmente depois da resposta que lhes deu o illustre auctor do Projecto, e meu sempre respeitavel amigo; a quem começo por agradecer as honrosas expressões com que se dignou tractar-me, e por asseverar a elle e ao público que, em tudo quanto vou dizer, não tenho por fim entreter polemica, mas so, como disse, prevenir, quanto me for possivel, as providencias do Codigo, em bem da sua mais frequente applicação: e dirigindo a esse fim todo este meu trabalho, porei de parte quaesquer pontos de doutrina que sejão de mera opinião juridica.

Na observação ao art. 581, § unico, do Projecto, disse eu que era necessario resolver, se a acção de força velha podia ser intentada contra terceiro; e opinei que sim. Respondeu o illustre auctor do Projecto, que nascendo a força velha da turbação, não podia ser intentada contra terceiro. Parece-me que 'nesta resposta se parte d'uma ideia de facto, que pôde não ser verdadeira; porquanto pôde o facto haver principiado não por uma turbação, mas por um espolio, contra o qual não se intentasse a acção competente dentro do anno; e 'nesta hypothese, tendo o vicio da posse passado para o terceiro, não ha razão para não podêr proceder contra elle a acção de

fôrça velha. Se contra elle podia ser intentada a acção de espolio dentro do anno, como reconhece o art. 594 do Projecto, porque não ha de podêr intentar-se a acção de força velha, passado o anno? 'Nesta resposta ja se ve não tenho em vista sustentar polemica, pois sou o primeiro a modificar a minha opinião no caso de o facto da força proceder de turbação, com que dentro do anno podesse ter logar so o interdicto — *Uti possidetis*; e 'nessa hypothese adopto a doutrina da resposta: no caso porém de o facto da força haver procedido de espolio, em que dentro do anno podesse ter sido intentado o interdicto — *Unde vi*, que o Projecto admite contra terceiro possuidor; então não acho razão para que não tenha logar contra terceiro a acção de força velha.

É certo que por direito romano os interdictos eram acções pessoaes; e foi o direito canonico, que no cap. *Saepe contingit de restitut. spoliat.* introduziu o remedio do espolio contra terceiro, sabedor do mesmo espolio; e no canon — *Redintegrandaecausae* 3, q. 1.^a, *segundo a opinião mais geral*, contra o terceiro possuidor, quer fôsse de boa quer de ma fe. A força velha nasce do mesmo facto e causa que a força nova, isto é, da turbação; ou do espolio, e so differe d'ella em ser intentada passado o anno, e em não se pedirem perdas nem damnos, mas so o que o espoliador ou turbador interessou. E assim parece-me que 'neste caso, de a força velha proceder de espolio, poderá ser intentada contra terceiro, nos mesmos termos porém, que a respeito do espolio dentro do anno admittiu o art. 594 do Projecto. Agora notarei

que o insigne Alvaro Valasco, *Consult.* 90, n.º 14, é de opinião, que a acção de espolio contra terceiro procede depois de anno.

Tambem me parece que deveria cortar-se a questão, se esta acção de força velha dura 30 annos, questão de que tracta Lobão, *Interdict.* § 317 e segg. Entendo que ella deve seguir a theoria geral que se adoptar sobre prescripções, quanto a serem mais largos ou mais curtos os prazos, combinados com a natureza das acções de posse; prazos, que devem sempre ser mais curtos aqui do que nas acções de propriedade.

Na resposta á minha observação sobre aquelle art. 581, diz mais o illustre auctor do Projecto, que concorda comigo em que, depois de decidida a questão de propriedade em acção de posse, não se torne a tractar d'ella em acção de propriedade; mas que isto la está providenciado nos artt. 2874 e 2875, e que o dominio comprehende a posse. A minha pretensão porém, no que vou dizer sobre isto, é que se esclareça mais este ponto, sem se fazer referencia áquelles artigos. A razão da minha dúvida quanto a similhante referencia é a seguinte: aquelles artigos fallam do caso julgado, e apontam as tres entidades — *rei, causae, et personae* —; e pelos artigos subsequentes relativos á mesma materia do caso julgado, ve-se que o auctor so fallou de casos julgados em questões sobre propriedade ou dominio, e não em questões sobre posse. Então a referencia vem augmentar a dúvida; porque a razão ou o fundamento de pedir em acções sobre propriedade ou dominio, é o direito; e em questões sobre

posse, quer a acção seja de força nova, quer de força velha, o fundamento de pedir é a posse mesma; e quando nestas acções de posse entra o direito em questão, é so occasionalmente. Ora sendo estes os principios geraes sobre acções de propriedade e de posse, é claro que a decisão em uma questão de propriedade comprehende de certo a questão de posse; porém, quando a decisão for em questão de posse, na qual ésta, e não o direito, foi o fundamento de pedir, ja não pôde entender-se que a decisão sobre propriedade, tractada occasionalmente em acção possessoria, comprehenda a propriedade. Foi por isso, e para evitar dúvidas, que eu lembrei na minha dicta observação que, depois de discutida a materia de propriedade em questão de posse, não tornasse ella mais a discutir-se em questão de propriedade; pois que entendi e entendo, que é mister consignar no Codigo ésta ideia mui explicita e terminantemente, porque, se assim se não fizer, apparecerá depois a dúvida; e para que não appareça, é melhor não fazer referencia alguma aos citados artigos do Projecto. Éstas questões sobre posse são mui frequentes no fôro, e por isso requerem disposições bem explicitas e terminantes.

Notei eu depois no art. 981, e tambem com referencia ao art. 992, n.º 8, que não se fallava em hypotheca testamentaria, pois so a havia para o legado; e que me parecia que a devia haver para qualquer effeito que o testador quizesse, v. g., para pagamento d'uma dívida. Respondeu o illustre auctor do Projecto que isto era menos

exacto, porque no fim do artigo, com a correção competente, se fallava 'nisto.

Ao que se me offerece advertir, que não ha dúvida que alli se falla em hypotheca testamentaria, mas é so para o caso do legado, como eu dissera n'aquella minha observação; porém não em geral, e para todo e qualquer effeito em que o testador a queira constituir, como está determinado na lei do registro das hypothecas, que é o decreto de 26 de outubro de 1836, art. 7. 'Neste sentido é que eu desejava, e desejo ainda, que ella se conserve, porque acho 'nisto conveniencia; e não que ella se restrinja, ou limite so ao caso do legado; porque, ficando o artigo como está, o testador so póde constituir hypotheca para o fim do legado, e não para qualquer outro; restricção em que, segundo entendo, não ha conveniencia alguma. Eis a razão por que, para evitar depois dúvidas na applicação d'este artigo, faço agora este pequeno reparo, pois como disse e repito, é este so o meu fim, e nenhum outro.

Aproveitarei ésta occasião para advertir em geral, que acho muito menos inconveniente em tornar explicita nos artigos a doutrina sobre que se fizer qualquer observação, do que em a suppor ja estabelecida, quando o caso, vista a generalidade ou a redacção menos clara dos artigos, poder admittir dúvida. E assim na minha observação ao art. 2491 disse eu, que devia declarar-se que ficam prohibidos os atravessadouros, que não se dirijam a pontes, fontes, ou predios, que não podem ter outra serventia, como ordena o Alv. de 9 de julho de 1773; e

que 'nesta parte não deve admittir-se prescripção. A isto respondeu o illustre autor do Projecto que ficava em vigor a lei sobre atravessadouros, porque as servidões devidas aos predios entre si podem ser mudadas segundo o disposto no art. 2453, e as constituidas por utilidade commum ficam para os regulamentos e leis especiaes. Agora noto eu que, declarado isto no artigo, nenhuma dúvida poderá haver; porém se não se declarar, antes suppozer estabelecido, é mister entrar em interpretações e discussões, o que ja se torna perigoso. Por isso parece-me que o que poder soffrer dúvida, e lembrar aos membros da commissão na occasião da discussão, deve ser expressamente mencionado.

O mesmo digo relativamente ás declarações que lembrei ao art. 935, e que o illustre auctor do Projecto respondeu estavam ja 'naquelle e 'noutros artigos; e que a mim me parece que o não estão. Previnamos o que é possível prevenir-se, e o que não o é, deixemol-o para a jurisprudencia.

Na minha observação aos artt. 992, n.º 7, 1047 e 1066 disse eu que a sentença, para valer em preferencias, devia ser obtida em juizo contradictorio, ou fundada em escriptura pública, ou titulo de igual fôrça para o effeito da preferencia. Respondeu o illustre auctor do Projecto que o art. 644, n.º 2, da Refórma não admite differença de qualidade de sentença, e não exclue as sentenças de preceito. Perdoe-me o illustre auctor do Projecto, se não posso entender assim o artigo da Re-

fôrma; porque estou convencido que elle tem por fonte a lei de 20 de junho de 1774, § 44, e a de 15 de maio de 1776, § 3, com referencia áquella, e as doutrinas de Pereira e Sousa, *Primeiras linhas do Processo Civil, sobre preferencias*, desde o § 459 e notas respectivas.

A legislação sôbre preferencias é especial, pois como diz no seu preambulo a lei de 20 de junho, o fim d'esta legislação é evitar as fraudes; e por isso a mesma lei no § 43 excluiu as sentenças de preceito; e diz a lei que é ainda no caso, em que antes da confissão do devedor tivesse havido prova de testemunhas aos artigos. E so admittiu sentenças obtidas em juizo contradictorio, ou segundo o Alv. de 15 de maio de 1776 fundadas em escripturas públicas, e entendidas como as entendem Pereira e Sousa, das de numeração de dinheiro, ou contracção da dívida, e não das de confissão do devedor; por quanto as escripturas de numeração de dinheiro provam uma verdade, e as de confissão nem sempre a provam: o que tudo foi assim providenciado, para se evitar que houvesse confissões falsas em prejuizo de credores verdadeiros. Este era o nosso direito antigo. Depois veio a Refôrma, e disse no art. 644: «Não se admittem os credores ao concurso, quando se não legitimam com sentença ou titulo, que tenha pela lei execução apparelhada, sendo fundado em escriptura pública ou documento de igual fôrça *para o effeito da preferencia.*» Ja se ve que a Refôrma não admittiu ao concurso todo e qualquer credor, qualquer que fôsse o titulo com que elle se apresentasse; porque, se tal fôsse o seu pensamento, o artigo era desnecessario:

mas exigiu que o crédor, para ser admittido ao concurso, se habilitasse com sentença, ou com titulo que tivesse execução apparelhada, sendo fundado em escriptura pública, ou em titulo de igual fôrça para o effeito da preferencia. Consequentemente a Refôrma fallando em sentença, ou titulo que tenha execução apparelhada, sendo fundado em escriptura pública, distinguin bem entre sentenças obtidas por provas controvertidas, em que não podesse duvidar-se da dívida, ou obtidas em face de escriptura pública, em que a dívida está provada pela fe do Tabellião e testemunhas, e entre sentenças obtidas por mera confissão do devedor; aliás seriam desnecessarias as palavras, *sentença, titulo fundado em escriptura pública, ou titulo para o effeito das preferencias.* Por quanto, como eu disse na minha observação, o titulo para a execução é um, pois so se tracta de questão entre credor e devedor; e o titulo para a preferencia é outro, pois se tracta de questão entre diferentes credores, e a lei permite que os credores se digladiem sôbre a verdade das dívidas julgadas ja entre o credor e o devedor, e quer que elles se habilitem com titulos mais seguros e menos suspeitos. Peço que se veja o mui bem elaborado accordo do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de novembro de 1859, (*Gazeta dos Tribunaes*, n.º 2716,) onde se acha assim entendida a nossa legislação actual. A questão pois agora reduz-se a saber, se em o novoCodigo deve vigorar ésta doutrina assim entendida, ou se deve admittir-se toda e qualquer sentença, até a fundada em confissão do devedor; e ainda mais, se deve admittir-se que no con-

curso nem seja precisa sentença, pois é certo que entre a data da dívida e o tempo em que ella se pede, podem ter-se effectuado pagamentos por conta, compensações ou transacções: e por isso é preciso que haja sentença, que prove que existe a dívida por inteiro ou por parte, ao tempo que se pede, e que o prove pelos meios acima indicados para o caso de preferencia.

Dizer-se la que atacar os titulos de confissão para não entrarem no concurso, é suppor que todas as confissões são falsas, não é exacto; porque, quando a lei de 20 de junho de 1774 excluiu dos concursos as confissões, foi, como diz Pereira e Sousa, *Primeiras linhas sobre o Processo Civil*, por militar contra ellas a presumpção de fraude e conluio, possível entre um credor e o devedor, em prejuizo dos credores verdadeiros e mais antigos. Este receio ja em 1774 o havia, e prouvera a Deus que posteriormente tivesse havido razões que o desvanecessem; infelizmente porém não tem succedido assim: os que têm prática do foro conhecem bem, quão frequentes têm sido fraudes em questões de preferencia, onde quasi sempre occorem dívidas de cuja verdade se duvida: para prevenir pois essas fraudes importa que a lei empregue todos os meios possíveis. Quanto a dizer-se que nas escripturas de numeração de dinheiro pôde ésta ser fantastica, respondo que não é tão facil isso, como em uma simples confissão: o arranjar dinheiro, mormente se for quantia grande, é cousa difficil, e por consequencia o perigo torna-se incomparavelmente menor. Dizer-se finalmente que a data prova antiguidade da dívida, parece-me muito perigoso.

Em uma palavra confesso francamente que receio muito o perigo d'esta doutrina, e espero que a Commissão revisora a medite bem.

Sobre o art. 1008 disse eu que julgava necessario declarar, se era so o credor quem tinha direito a promover o registro, ou se o deviam ter tambem outras pessoas interessadas. Respondeu o illustre auctor que adoptava a minha ideia de se dever fazer essa declaração, e assim em artigo adicional disse, que o registro pôde ser requerido tanto pelo credor como pelos seus *fiadores cessionarios*, subrogados, representantes legaes, ou qualquer pessoa por mandado ou em nome seu. Observo porém agora, que, segundo este additamento, se dá este direito do registro hypothecario ao fiador, so depois de ter pago ao credor, pois diz-se la — « *fiadores cessionarios*, subrogados.» Ora 'neste sentido é que me parece não deve passar ésta doutrina, porque entendo que o fiador, como é interessado no registro da hypotheca do devedor, a fim de que, paga a dívida do credor, não venha elle fiador a soffrer por ésta, penhora nos seus bens, e como é tambem possível que haja negligencia da parte do credor, deve o fiador ter o direito de promover o registro antes de pagar ao credor; e por isso deverá ser-lhe permittido obrigar o credor a apresentar a escriptura ou titulo legal para o registro, sob pena de não podêr usar do seu direito contra elle fiador, quando não promova o registro hypothecario em tempo competente.

Sobre o art. 1669 adverti eu, que era necessaria escriptura pública em todos os contractos de bens de raiz excedentes a 50,000 réis; porque, segundo notei a havia so em certos actos que referi. Respondeu o illustre auctor que não era possivel, porque havia distincções que fazer, segundo as differentes especies de contractos. Confesso que não posso comprehender, porque razão não seja possivel esta medida geral, tambem julgada possivel pelo sr. Correia Telles, e de que se tirava a vantagem de simplificar mais a legislação, e de tornar mais conhecido o modo geral de fazer os contractos dos bens de raiz.

Na observação ao art. 1726 disse eu que era preciso cortar as questões que se têm suscitado relativamente ao papel-moeda, quanto ao pagamento assim do capital como dos juros. A isto respondeu o illustre auctor do Projecto, que o negocio está decidido no art. 817. Mas peço licença para advertir, que o artigo está concebido em termos tão geraes, que não tira as dúvidas; e até se presta a ser entendido com respeito so aos capitaes que andam em circulação, e não com respeito ao papel-moeda. Por isso peço de novo que se medite este objecto, pois o nosso unico intuito deve ser prover ás necessidades e circumstancias do nosso paiz: e essa foi uma das razões, porque em pontos de direito preferi quasi sempre a opinião dos juriconsultos nacionaes, acreditados, ás dos estrangeiros, embora mui distinctos; lembrando-me de que, como o Codigo é para a nação portugeza, deve attender ás necessidades e circumstancias d'ella, e ás opiniões ca

mais seguidas e acreditadas; para o que serve melhor o juizo e pensamento dos escriptores nacionaes de boa nota.

Ao art. 2309 e 2310 disse eu que era preciso declarar, por quem deviam ser feitos os lotes nos inventarios, e se deviam tirar-se á sorte, assim nos inventarios de maiores como nos de menores. Respondeu o illustre auctor do Projecto, que entendia dever declarar-se que era á sorte, nos inventarios tanto de maiores como de menores, e que os lotes deviam ser formados pelo escrivão do inventario; d'onde nenhum mal se seguia, pois aos interessados ficava o direito de reclamarem. Aqui tenho a notar que este negocio da formação dos lotes é dos mais importantes e graves, e que por isso não deve confiar-se somente ao escrivão, mas deve intervir n'elle tambem o juiz, porque assim mais facilmente se consegue a egualdade nos valores e qualidade dos bens, e se poupa muita occasião de reclamações, que sempre vêm demorar a partilha; sendo esta a razão porque a legislação vigente não admite taes reclamações, e unicamente deixa salvo o direito de se fazerem por meio do recurso da appellação, depois da sentença que julgou a partilha. E em verdade é este um ponto que requer mui séria meditação; isto é, se devem admittir-se reclamações antes da sentença que julga a partilha; reclamações, que fazem sempre demorar a partilha muito, vindo assim a tirar-se ao inventario o character e fórma de processo summarissimo, além de se causar prejuizo aos herdeiros; ou se dever conservar-se a legislação vigente, que é o determinado na lei

de 16 de junho de 1855, art. 27 — que fique a partilha em segredo, deixando salva a appellação da sentença que julgou a mesma partilha; pois tendo ésta appellação effeito so devolutivo, e não suspensivo, e podendo ainda emendar-se no juizo superior quaesquer defeitos que se hajam dado no inferior, consegue-se o duplicado fim, ja de não se demorar a partilha e entrarem os herdeiros na posse de seus respectivos quinhões, ja de se emendar algum erro por meio do recurso da appellação: e alem de tudo isto, ainda ficam salvas as acções ordinarias, nunca excluidas pela sentença de juizo, quer inferior quer superior. Á vista do que deixo ponderado, parece-me que ha razões graves para se dever pensar muito este negocio.

Agora notarei mais que, permittindo-se no art. 2213 do Projecto que se admittam reclamações contra os lotes, e que o juiz as decida verbalmente sem appellação nem agravo, me parece que ou se deve admittir o direito das reclamações, mas com os recursos legaes; ou não se deve admittir, como está na lei vigente: porém admittir as reclamações, e vedar-lhes os recursos contra a decisão do juiz, não o julgo justo nem conveniente.

Declaro que modifiko a minha opinião quanto á observação que fiz ao art. 1915, sôbre o direito de representação, para o fim de elle ser ampliado aos descendentes dos irmãos; assim como declaro que hesitei se modificaria a opinião que emittira na minha observação ao art. 41, sôbre a conservação do beneficio da restituição *in integrum*, em vista das razões expendidas pelo illustre auctor

do Projecto para a sua extincção. Porém depois do novo exame que fiz, persisto na minha opinião; accrescendo, que a práctica de advogado e de juiz que tenho tido em causas de orphãos e de algumas corporações, me fizeram recear perigos pela extincção d'aquelle beneficio, os quaes eu ja nas minhas primeiras observações havia notado. Disse o respeitavel auctor do Projecto que não receasse eu esses perigos, porque os não havia nas nações onde não existe o beneficio da restituição. Salvo todo o respeito que me merece o talento transcendente e abalisados conhecimentos do auctor, não posso dar tanta importancia a esses argumentos de paridade, tirados da legislação de uma nação para a da outra, porque as circumstancias d'estas são differentes a muitos respeitos; e até entre nós ja vimos que, principalmente em pontos de legislação judicial, tem sido necessario retrogradar para a legislação anterior. Ao que accresce que ha ainda muitas nações, onde existe o beneficio da restituição *in integrum*, como bem se pôde ver na conferencia do Codice Civil Francez com os estrangeiros, feita por Antonio de S. José.

Ultimamente tenho a notar quanto ao art. 1911, que depois das ideias que alli expendi, appareceu o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de agosto de 1862, confirmando outro de 20 de abril de 1860, os quaes ambos entenderam a lei de 9 de setembro de 1769 e os dois assentos da extincta Casa da Supplicação de 1770 no sentido de que as misericordias podem ser instituidas herdeiras; e no mesmo sentido o julgou outro accordão do dicto Tribunal em março d'este anno de 1863; sendo

para observar que 'naquelle accordão, não so se olhou para as razões juridicas tiradas do espirito d'aquella lei, mas foram as disposições testamentarias 'naquelle sentido consideradas de grande interesse e moralidade pública. Porisso lembro que este objecto deve ser, so no sentido que expuz nas minhas primeiras observações, tomado em consideração na parte respectiva áquelle art. 1911.

Mais me occorre accrescentar ao que observei sôbre o art. 2059, quanto á aprovação de testamentos, que o meu pensamento foi preferir a formalidade da aprovação dos testamentos cerrados, conforme a nossa legislação actual, no que de novo apresenta o Projecto; porque me convenci então, e ainda continúo convencido, de que elles offerecem maiores garantias: e porisso disse eu la, que não devia ser alterado o número das cinco testemunhas para menos, como quer o Projecto. A razão é porque desde os mais antigos tempos se conheceu que não ha acto juridico mais sujeito a fraudes do que o dos testamentos; e foi por isso que as leis têm requerido 'nelle maiores solemnidades, entre as quaes avulta a do maior número de testemunhas, para assim se dar mais garantia á liberdade de testar, como declarei na minha observação áquelle artigo; e de certo as formalidades extrinsecas são garantia das intrinsecas. Pelo que, disse eu que preferia o systema da lei actual ao que de novo se offerece, adoptando todavia a nova solemnidade, lembrada la, de o tabellião declarar que o testador estava livre de coação. Partindo pois d'estes principios lembrei eu, que deviam cortar-se as questões que se têm suscitado quanto á ad-

provação dos testamentos; e que uma era que se decidisse, se as palavras *bom, firme, e valioso*, são ou não essenciaes, pois é sabido que sôbre isto tem havido julgados differentes. Como porém o illustre auctor do Projecto disse na sua resposta, que isto não estava no artigo do mesmo Projecto, entendi que devia tornar a fallar 'neste objecto, para que melhor se resolvesse qual dos dois systemas deva preferir-se.

Concluirei este meu trabalho, transcrevendo textualmente o juizo do meu respeitavel collega e amigo de saudosa memoria, o sr. Nazareth, sôbre o Projecto do Código Civil no fim da nota ao § 190 dos seus *Elementos do Proc. Civ.*

«A apparição do Projecto do Código Civil (diz elle) marca uma epocha notavel na historia de jurisprudencia patria; e tanto mais que veio excitar o gôsto e interesse pelo estudo do direito, sendo que hoje nas escholae e fóra d'ellas se debatem e profundam com todo o fervor as questões que o apparecimento do Projecto do Código veio levantar; facto este, que com muito prazer aqui deixámos registrado. Qualquer que seja a sorte e futuro destino do Projecto do Código, é elle ja um excellente livro de doutrina, que vae conquistando a opinião nas escholae e no foro; e que pela sua auctoridade intrinseca assumirá o lugar de lei do paiz nas questões omissas e opinativas. E a proposito seja-nos licito rematar ésta nota transcrevendo as palavras do nosso illustre amigo e collega o sr. Ferrer:—O Projecto, ainda que peze a muita gente, lha de abrir uma página brilhante na historia da legisla-

ção e da jurisprudencia nacional, e por elle tem o sr. Seabra bem merecido da patria.—Faço meu o juizo d'estes meus dois respeitaveis collegas e amigos.

FIM.