

SENTENÇAS

(DIREITO E PROCESSO CIVIL)

SENTENÇAS

(DIREITO E PROCESSO CIVIL)

POR

FRANCISCO JOSÉ DE MEDEIROS

JUIZ DA RELAÇÃO DE LISBOA

PAR DO REINO

Segunda edição muito ampliada



LISBOA

M. GOMES, EDITOR

LIVREIRO DE SUAS Magestades e Altezas

61 — RUA GARRETT (CHIADO) — 61

—
MDCCCV

A primeira edição das *Sentenças* esgotou-se em pouco mais d'um anno. E esse favor publico animame a fazer segunda edição d'ellas.

Agradeço profundamente ás illustres Redacções dos periodicos *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, *Folha de Coimbra*, *Direito* e *Revista dos Tribunaes*, as benevolentissimas palavras de apreço, que dispensaram ao meu modesto trabalho. E, se alguma outra folha considerou as *Sentenças* com as suas referencias, aqui lhe deixo tambem a affirmação do meu reconhecimento.

Esta segunda edição contém importantes modificações da anterior.

O livro foi ampliado com mais decisões judicias sobre diversos pontos juridicos.

Na *Introdução* fiz alguns accrescentamentos doutrinaes, especialmente no capitulo VI, referente a organização judicaria, onde esbocei um projecto de reforma do jury.

E além d'isso effectuei na *Introdução* tambem, de onde a onde, diversas modificações de redacção, que aliás não lhe alteram os pontos de vista e os propósitos, com que foi escripta em fevereiro de 1904.

Oxalá que as *Sentenças* sirvam de incentivo a outros magistrados judicias, porque os ha entre nós superiormente intelligentes e verdadeiramente distinctos, para não deixarem sem a devida publicidade os seus valiosos julgados.

Lisboa, julho de 1905.

F. DE MEDEIROS.

INTRODUÇÃO

I

Os escriptos juridicos reunidos n'este livro, com o titulo de *Sentenças*, são algumas das minhas decisões judiciarias, proferidas desde o anno de 1880. São os poucos, os pouquissimos julgados meus, que ou foram publicados em revistas juridicas, ou n'estes ultimos tempos laboriosamente consegui colligir. E n'esses mesmos amputei tudo o que não fosse a parte estritamente juridica, para não avolumar, sem vantagem, esta publicação.

Comquanto seja certo que não ha livro sem um valor qualquer, maior ou menor, ou mesmo minuscuro, porque sempre representa as lucubrações da intelligencia de um homem, mais ou menos culta, não venho todavia reunir aqui trabalhos juridicos meus com a envaidecida pretensão de lançar em publico um livro com merecimentos. Sei o pouco que valho e o pouco para que sirvo; mas, ainda que os meus recursos de intelligencia e de trabalho fossem grandes, nunca me deixaria perverter pelo orgulho ou pela vaidade, que serão sempre «symptomas varios de enfermidade identica e manifestações diversas de uma só miseria do coração humano».

O meu proposito, fazendo esta publicação, é muito simples. No presente volume estão alguns julgados meus; contém-se n'elle uma parte da minha obra de juiz, que é o meu principal papel, embora modestis-

simo, na vida social do meu paiz. E eu quiz deixar aqui um exemplo de amor ao trabalho e á justiça, e ao mesmo tempo uma lição de dever, a alguém, que muito amo e a quem tenho obrigação de dar boas lições e de legar bons exemplos.

E já agora direi tambem que o fim d'esta introdução é prestar mais um culto a essa mesma justiça, eterna e immortal, pugnando a um tempo pelo cumprimento da lei e pela sua reforma em alguns dos pontos, onde esta é necessaria.

Para colligir os elementos d'esta publicação tive, é claro, de fazer o exame retrospectivo da minha vida judiciaria, e esse exame mostrou-me que mais de uma vez modifiquei as minhas opiniões, e até mesmo abandonei o antigo modo de pensar pelo contrario parecer, mas não me trouxe remorsos á consciencia, aliás pouco acostumada a branduras comsigo mesma.

Não me envergonho de uma ou outra vez ter julgado em sentido diverso de anteriores decisões minhas. Só quem não pensa é que não pode mudar de modo de pensar.

O argumento dos precedentes, tão deprimente da intelligencia como relaxista da consciencia e do character, e de que ahi tanto se usa e abusa, principalmente entre politicos para defensa das suas malfetorias, é inane para mim.

Nenhum precedente alheio me auctorisa. E assim é que as *Sentenças*, embora não digam cousas novas, tambem não se abonam com auctoridades e julgados, que, sendo aliás cousas excellentes e muito respeitaveis, não são todavia razões de decidir. Não dão certamente novidades as *Sentenças*, assim como tambem é verdade que, para se inventar uma ideia, cujo germen em nenhuma parte se encontre, seria preciso inventar a humanidade inteira; mas dizem claramente os motivos, bons ou maus, que determinaram quem as proferiu: e as razões de cada um é que nem sempre são as razões dos outros. Por mim não costumo inquirir das razões alheias para formar as minhas. Acertada-

mente ou desacertadamente, raciocino com a minha cabeça. Sempre preferi pensar a seguir.

Nenhum precedente proprio me obriga tambem, porque não devo sustentar por coherencia ou teimosia um erro, desde que me convença d'elle. Fazel-o, seria uma falta de probidade profissional. Até a lei manda que o juiz repare os aggravos, quando se convencer de que aggravou os aggravantes; e os embargos ás sentenças e aos accordãos foram legislados com eguaes intuitos. Não é bom errar; mas é peor a coherencia no erro depois de conhecido, porque esta significa já um desvio culposo da vontade, e peccados de tal natureza não merecem absolvição. Só os que não teem escrúpulos alguns é que podem ser contumazes e impenitentes.

As *Sentenças* versam assumptos varios de direito e de processo civil; e, comquanto algumas fossem proferidas ha mais de vinte e dous annos, todas ellas teem ainda actualidade.

Quem as lêr hade notar que não raro apparece ahi um protesto contra a lei applicada. Juiz, cumpro sem hesitações a lei, como ella é, ou como supponho que seja, nos casos occorrentes que tenho a julgar; mas, se a lei não me agrada por ser injusta ou inconveniente, digo-o tambem claramente, embora sem propositos de desacato.

E, porque a observancia da lei é dever indeclinavel dos juizes, não teem elles amigos a proteger, nem contrarios a perseguir, fazem justiça a todos; não são parciaes, são integros; nada occultam, nada dissimulam e nada tramam, e pelo contrario é dever do seu officio pôr a verdade e a lealdade em todos os seus actos; não teem caprichos nem desfallecimentos de vontade; não empregam habilidades, nem artes, teem honestidade nos seus propositos e honestidade nos seus processos; não são opportunistas, são justos; não preterem nem illudem as leis em nome das conveniencias, e pelo contrario cumprem-as, como ellas são, boas ou más, justas ou injustas, suaves ou violentas.

Certamente todos os juizes, os juizes de todos os

tribunaes portuguezes, de qualquer natureza ou categoria, procedem d'esse modo. Nem teem que hesitar. A ductilidade e o opportunismo são para a formação das providencias legislativas ou governativas a adoptar em face dos acontecimentos ou das circumstancias, e jámais para a execução d'essas medidas.

E, como assim, ninguém deve metter empenhos nem memoriaes aos juizes, como entre nós se faz por velha costumeira damnosa para o credito da funcção judiciaria, pois que elles só teem um caminho a seguir; ninguém deve inimizar-se com os juizes por haverem julgado em certo sentido, pois que só fizeram justiça, como honestamente a entenderam, e a que não lhes era permittido faltar; e ninguém deve tambem agradecer-lhes a decisão tomada, porque tal não fizeram por favor, que não lhes era licito dispensar.

E ainda bem que assim é, porque ao menos haverá essa resposta a dar a quem pergunte se n'este paiz ha alguém que cumpra as leis, como no ultimo quartel do seculo passado um bispo portuguez o perguntou audaciosa e impunemente a um ministro da corôa, em um documento official.

E ainda bem que assim é, para se poder dizer fundadamente que «o juiz é o pae do opprimido, o tribunal o abrigo do innocente, e a justiça o nervo do imperio».

II

Porque os juizes cumprem as leis, não devem elles applicar decretos, regulamentos, instrucções ou quaesquer resoluções do governo, auctoridades, corpos e corporações administrativas, contrarios nas suas disposições ás disposições das leis constitucionaes ou ordinarias.

Isto é o nosso direito publico vigente em face do artigo 119.º da Carta Constitucional. Os juizes applicam a lei, isto é, os decretos das côrtes geraes com a sancção do rei, e aquillo que vale como lei, segundo o direito constituido.

Assim, entre dois decretos do poder executivo, que sejam oppostos entre si, cumpre-se o ultimo. Entre uma lei, constitucional ou ordinaria, e um decreto ou regulamento contrario á mesma lei, cumpre-se a lei e despreza-se o decreto. Nem ha que hesitar.

*

O que todavia não quer dizer que os tribunaes devam abster-se de cumprir os chamados decretos dictatoriaes com o fundamento de elles terem sido promulgados com invasão e usurpação de funcções legislativas, isto é, fóra dos casos restrictos dos artigos 75.^o e 145.^o §§ 33.^o e 34.^o da Carta Constitucional, do artigo 15.^o §§ 1.^o e 2.^o do acto additional de 5 de julho de 1852, e de auctorisações concedidas por lei ao governo; porquanto os tribunaes não devem legalmente pronunciar-se a tal respeito, pelos seguintes fundamentos.

Segundo o artigo 71.^o da Carta é ao rei, como chefe supremo da nação, e não aos juizes, que compete velar sobre a manutenção da independencia, equilibrio, e harmonia dos mais poderes politicos; sendo para isso que o chefe do estado tem, como poder moderador, — com relação ás côrtes, o direito do veto e a faculdade de as prorogar e adiar, assim como a de dissolver a camara dos deputados e a de nomear pares do reino; — com relação ao poder executivo, o direito de nomear e demittir livremente os ministros; — e com relação ao poder judicial, o direito de nomear os magistrados e de os suspender no caso do artigo 121.^o da Carta, e tambem as faculdades de amnistiar crimes e de perdoar ou moderar as penas impostas por sentença passada em julgado.

Determinadamente ás côrtes, e não ao poder judicial, cumpre, nos termos dos artigos 15.^o § 7.^o e 139.^o da Carta, velar na guarda da constituição e examinar se esta tem sido exactamente observada, para proverem como fôr justo.

E, portanto, se os tribunaes se recusassem a cumprir quaesquer decretos do poder executivo com o fun-

damento de que este os promulgara com invasão das funções de outro poder do estado, fariam elles dictadura por sua vez, intromettendo-se a conhecer incompetentemente de um assumpto, reservado pela constituição para as côrtes sómente.

Para os tribunaes poderem conhecer d'este assumpto, seria preciso que tal faculdade não fosse concedida ás côrtes. Tendo simultaneamente os juizes aquella competencia e as côrtes esta attribuição, seria irreductivel o conflicto do poder judicial com o poder legislativo, quando o poder judicial declarasse por um lado que na promulgação de uns certos decretos houvera usurpação de funções legislativas, affirmando por sua vez o poder legislativo que não houvera tal usurpação. Ora conflictos de poderes politicos não significam certamente aquella divisão e harmonia dos mesmos poderes, que, segundo a Carta, é o principio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição offerece.

O poder judicial devera ser, pela sua indole, o guarda natural e fiel dos limites dos outros poderes, o juiz necessario dos seus excessos, dispondo para isso da maior força conhecida entre os homens, a força da inercia, ou fosse não cumprindo quaesquer determinações d'esses poderes, que excedessem as suas faculdades constitucionaes.

Isso, porém, que seria aliás o mais logico, e certamente o mais radical, e ainda o mais simples e facil, não se encontra estabelecido assim na constituição. E embora pareça que os juizes, cuja missão constitucional é, conforme o artigo 119.º da Carta, applicarem a lei, teem por esta disposição o direito e o dever de não cumprir e de declarar nullos os decretos dictatoriaes, em razão da incompetencia do governo para decretar fóra dos casos dos artigos 75.º e 145.º § 34.º da Carta e do artigo 15.º §§ 1.º e 2.º do acto addicional de 5 de julho de 1852, não hesito como juiz, em julgar de modo contrario.

Na falta de uma disposição legal, que auctorise, ou

antes, que declare impune, a inobservancia ou a transgressão dos decretos, instrucções e regulamentos promulgados pelo governo com usurpação de funcções legislativas ou com excesso da respectiva auctorisação legal; e dadas a divisão e independencia dos poderes politicos, assim como a faculdade outorgada ás côrtes de velarem pela guarda da constituição, examinando se ella tem sido exactamente observada, para proverem como fôr justo; o mais regular é cumprir taes decretos, se as suas provisões não forem contrarias ás de alguma lei. *

Creio mesmo que o legislador da Carta, ao estatuir o artigo 119.º d'esta, quiz apenas destrinçar bem as funcções dos juizes das dos jurados, dispondo que estes *pronunciam sobre o facto*, não podendo conhecer do direito, e que aquelles *applicam a lei*, sem deverem intrometer-se na constatação do facto. Não pensou certamente na hypothese de o poder executivo decretar genericamente, ou seja sobre qualquer assum-

* Se fosse convertida em lei a proposta sobre responsabilidade ministerial, apresentada ultimamente na camara dos deputados, em 1 de maio de 1905, pelo illustre ministro da justiça, sr. José Maria de Alpoim, a qual proposta, nas suas disposições e no seu relatorio, se conforma completamente com as minhas idéas sobre tal assumpto, salvo uma pequena variante na constituição do respectivo tribunal julgador; deviam cessar por completo todos os escrúpulos ácerca do não-cumprimento das medidas dictatoriaes, contrarias ou não ás disposições de qualquer lei.

Não as acataria eu em tal caso, em vista de diversas disposições da mesma proposta, e determinadamente do n.º 3.º do seu artigo 13.º, onde se diz que não é punivel a inobservancia dos decretos, instrucções e regulamentos, que forem promulgados, fóra dos casos previstos na constituição, com usurpação de funcções legislativas, ou com excesso da respectiva auctorisação legal, assim como não é punivel tambem a inobservancia de leis, instrucções e decretos contrarios a qualquer disposição constitucional.

Emquanto, porem, tal principio não fôr consignado em alguma lei, parece-me que o mais acertado é proceder como indico no texto d'esta *Introdução*.

pto, com usurpação das funções legislativas, porque aliás teria legislado para ella de modo generico tambem, como de um modo especial legislou no artigo 145.º § 34.º da Carta para o caso ahi especificado.

Por estes motivos hade parecer que, assim como o poder executivo não pode annullar as decisões dos juizes, mesmo quando elles não tinham competencia para julgar, ou julgaram mais do que podiam ou menos do que deviam, tambem o poder judicial não deve recusar-se a cumprir os decretos do executivo com o fundamento de que este não podia decretar, ou de que decretou alem do que lhe era permittido. Exige-o d'esse modo a independencia dos poderes, que não foi esta-tuida para ser mais uma ficção do regimen.

Em face do nosso direito constitucional deve ser indifferente ao juiz que o governo assumisse ou não funções legislativas, e que decretasse a seu talante sobre materia, em que só o poder legislativo devia legislar; porque elle não deve conhecer da competencia ou incompetencia do poder executivo para prover nem pronunciar-se sobre os abusos d'este. E o que sómente lhe cumpre, é averiguar se ácerca do assumpto, em que o executivo decretou, ha qualquer lei em sentido diverso das providencias governativas, para no caso affirmativo deixar estas sem execução e cumprir sómente aquella, e no caso negativo executar sem hesitações o decreto do governo, embora promulgado com usurpação de poderes legislativos.

A dictadura é sempre uma perturbação social; e mais se aggravaria esta com a recusa systematica dos tribunaes a cumprirem as medidas dictatoriaes, quando as disposições d'ellas não fossem contrariadas pelas disposições de qualquer lei.

Não se póde dizer que os tribunaes fariam por sua vez dictadura, deixando de applicar as disposições de um decreto qualquer, differentes dos preceitos de uma lei, constitucional ou ordinaria; porque elles d'esse modo não julgavam dos actos do poder executivo e apenas optavam, entre duas provisões diversas, por aquella que é rigorosamente legal em face da outra,

o que aliás cabe dentro da legítima esphera de acção do juiz e não invade a d'aquelle poder.

Fariam, porém, dictadura os juizes, se, não havendo disposição legal differente da provisão governativa, deixassem de cumprir os decretos do poder executivo com o fundamento de ter havido n'elles invasão de funcções legislativas; pois que em tal caso os tribunaes intromettiam-se a julgar da competencia do poder executivo para promulgar os alludidos decretos, e a conhecer dos abusos do mesmo poder, o que aliás não é auctorisado por qualquer disposição constitucional expressa, e transcende, segundo me parece, a esphera de acção, que o artigo 119.º da Carta marcou aos juizes.

D'este modo, na collisão de dois decretos, cumpre-se o ultimo; mas, em contrario de uma lei expressa, não ha decreto, dictatorial ou não, que prevaleça, salvo se esse decreto foi expedido no uso de uma auctorisação legal, concedida, sem bases determinadas, para reformar essa lei ou o serviço sobre que ella provia, pois n'este caso o juiz deve cumprir o decreto contrario á lei, pela simples razão de que só o poder legislativo, que deu a auctorisação, pode conhecer do uso, que o poder executivo fez d'ella.

O caso é que a lei tenha todos os caracteres externos, que a constituição prescreve e exige para a sua validade, isto é, — que fosse approvada pelas duas camaras legislativas, tal e tão inteiramente como foi promulgada, — que fosse sancionada pelo rei, — e que fosse devidamente publicada.

Sim, approvada pelas duas camaras; porque, averiguando-se que no decreto das côrtes geraes, sancionado pelo rei, ha qualquer disposição, que não foi approvada por alguma das camaras legislativas, essa disposição não pode ser acatada como lei.

E isso dar-se-ha sempre que uma das camaras legislativas fizer em qualquer projecto de lei algum additamento ou emenda, que não tiver depois a approvação da camara, d'onde emanou o mesmo projecto, embora tal modificação conste do respectivo decreto

das côrtes geraes, sancionado pelo rei e promulgado como lei do paiz.

*

Sobre o que pode haver hesitações é se, entre uma lei constitucional e outra lei ordinaria posterior, deve optar-se por aquella ou por esta, dispondo ellas em contrario uma da outra ácerca de materia essencialmente constitucional, como a define o artigo 144.º da Carta.

A disposição de uma lei ordinaria, que seja opposta a uma disposição constitucional da Carta, é illegal. Sim, n'estes termos pode haver leis illegaes, como ha decretos illegaes. Ora decretos illegaes e leis illegaes ninguem os deve respeitar, não se cumprem. E só podem orientar-se n'outro norte e seguir diverso rumo quem quizer viver e governar contra a legalidade.

Por exemplo, a proposito do antagonismo entre o artigo 145.º § 3.º da Carta, que aboliu a censura prévia para a imprensa, e o artigo 251.º n.º 2.º do codigo administrativo vigente, de 4 de maio de 1896, interpretado á maneira do juizo de instrucção criminal de Lisboa, que em nome d'elle tem usado, como e quando lhe apraz, do seu lapis azul no exercicio d'essa ominosa censura, cuja extincção todos criam aliás haver sido um fructo opimo da liberdade!

E de passagem direi que a respeito da liberdade de imprensa retrogradámos muito desde a lei de 17 de maio de 1866, tão liberal e tão justa nos seus propositos de maxima liberdade e maxima responsabilidade, e talvez mesmo desde a chamada *lei das rolhas*, de 3 de agosto de 1850, até ao celebre e altivo officio do juizo de instrucção criminal, de 6 de janeiro de 1903, publicado no *Diario do Governo* de 20 do mesmo mez, e que é um documento irrecusavel do novo regimen despotico da censura prévia.*

* A tal respeito deve consignar-se que o decreto de 7 de dezembro de 1904 estatuiu, em face do artigo 251.º n.º 2.º do codigo administrativo e do artigo 39.º e §§ da lei de 7 de julho de 1898, que a prohibição da circulação e exposição de qual-

No alludido caso de antagonismo entre a Carta e o código administrativo haveria manifestamente lei contra lei, a lei ordinaria posterior contra a lei constitucional anterior. E, porque era preciso ter opinião a tal respeito, a minha seria que se observasse a Carta, deixando de cumprir-se o código administrativo, embora a regra seja que a lei posterior revoga a anterior.

O código administrativo emergiu de uma legislatura ordinaria, e as legislaturas ordinarias não podem alterar as leis constitucionaes, como diz o artigo 144.º da Carta.

Uma lei constitucional só por outra lei constitucional pode ser invalidada; e, para que uma lei tenha os caracteres de lei constitucional, é preciso que na sua elaboração hajam sido observadas as formalidades e cumpridos os requisitos prescriptos nos artigos 141.º e 142.º da Carta e no artigo 9.º do acto adicional de 24 de julho de 1885, o que aliás não se deu evidentemente com a promulgação do código administrativo de 4 de maio de 1896.

A lei constitucional prevalece sobre todas as leis ordinarias posteriores enquanto não é regularmente reformada. Por isso e para isso é que ella é lei fundamental do estado. Se podesse ser alterada por uma legislatura ordinaria, e se contra ella podesse prevalecer a lei ordinaria posterior, e se esta devesse ser cumprida e obrigasse os cidadãos, a lei constitucional perderia a qualidade de lei fundamental, seria uma lei como outra qualquer.

Quer dizer, a lei constitucional, a chamada lei fundamental do estado, seria uma cousa leve como a espuma do mar, que a onda traz, e inconsistente e move-dia como a areia da praia, que o vento leva. O que não deve ser, nem é.

quer impresso ou numero de um periodico só pode ser ordenada e effectuada nos precisos termos das citadas disposições d'esta lei.

E, com effeito, nas referidas disposições do código administrativo e da lei de 7 de julho não ha censura previa, nem apprehensão previa, e sómente providencias administrativas, tendentes a obstar á *continuação* da pratica de crimes por abuso de liberdade de imprensa.

E os juizes, não cumprindo a lei ordinaria, opposta nos seus preceitos aos preceitos da constituição em materia rigorosamente constitucional, não exercem nenhum predominio sobre o poder legislativo, e apenas optam entre duas provisões contrarias por aquella, que reputam ser a verdadeira lei, pois que na outra fallecem requisitos e condições externas, que são privativas da promulgação de uma providencia reformadora da lei constitucional, e por isso essenciaes e imprescindiveis para a sua validade.

São estes os principios. Vamos com elles.

*

N'estas breves palavras deixo consignado, a traços largos, o meu modo de pensar sobre algumas graves questões de direito publico; mas, porque quero, devo e costume ser leal, é necessario consignar tambem que entre nós é costume cumprirem-se todos os decretos dictatoriaes emquanto o poder legislativo os não revoga, quer elles sejam quer não sejam contrarios ás disposições de alguma lei.

E isso é auctorisado pelas leis de 27 de abril de 1837, de 19 de agosto de 1848, de 1 de junho de 1853, de 10 de junho de 1869, de 27 de dezembro de 1870, de 27 de junho de 1882, de 6 de maio de 1885, de 1 de setembro de 1887, de 7 de agosto de 1890, de 14 de fevereiro de 1896, de 11 de abril de 1901 e de 31 de março de 1902.

Em todos estes diplomas se diz que as respectivas medidas legislativas, tomadas pelo governo, *continuam em vigor*. Ora, se essas medidas continuam em vigor depois das leis, que as approvam, é porque antes d'estas já o tinham. E mesmo quando a lei, que approva as chamadas medidas dictatoriaes, não diz que estas continuam em vigor, e sómente releva o governo da responsabilidade, em que incorreu, promulgando-as, reconhece *ipso facto* que antes d'ella estavam em vigor taes medidas, pois, se ellas não tivessem produzido effeitos, não importariam qualquer responsabilidade governativa, que tornasse necessario o bill de indemnidade.

Sempre desejava, porém, que me respondessem á pergunta seguinte :

Qual é a disposição legal, que antes d'essas leis dava vigor aos chamados decretos dictatoriaes, contrarios nas suas disposições aos preceitos de uma lei qualquer, que só por outra lei póde ser revogada?

Sim, é aquelle o costume. Mau costume, porém. E, se ao parlamento, com a nitida comprehensão dos seus direitos e com a coragem civica dos seus deveres, cumpre mostrar que elle é realmente aquillo, que os povos teem encontrado de melhor até hoje para se governarem, subtrahindo-se ao jugo das tyrannias pessoases, mostrem tambem os juizes, por sua vez, que n'este paiz da licença e do relaxismo ha poder judicial para cumprir a valer as leis, justas ou injustas, moderadas ou violentas, e tambem para desprezar quaesquer medidas, que lhes sejam contrarias.

Estricta legalidade ou legalidade estreita, como quizerem. Mas ninguem deve admirar-se de que assim a queira em tudo e em toda a parte, em todos os que mandam e nos que teem de obedecer, quem no exercicio já longo do seu officio de juiz, que afinal imprimiu caracter, se familiarisou completamente com a velha regra *dura lex, sed lex*, e com a moderna disposição, que colloca acima do espirito da lei o texto d'ella, para a resolução das questões sobre direitos e obrigações.

Sem duvida alguma, o regimen da legalidade em tudo e em toda a parte, desde a suprema altura social até á ultima camada humana, nas côrtes, nas secretarias de estado, em todas as repartições publicas, por parte de todos os representantes e de todos os agentes do poder, seria quasi uma novidade entre nós.

E novidade feliz, porque, com a cabeça recostada sobre a lei, principes e vassallos, governantes e governados, todos repousam tranquillos, e adormecem satisfeitos na suave beatitude do dever cumprido.

Novidade feliz, porque governar com a lei é dar garantias a todos os direitos, a todos os interesses le-

gitimos e a todos os merecimentos verdadeiros, e já-mais levantar o favoritismo em regra de administração, e destruir todas as culminancias para tudo ficar bem raso, fazendo do leito do antigo scelerado da Attica a bitola da egualdade.

Novidade feliz, porque o regimen da legalidade é cumprir e fazer cumprir todos os deveres, impondo as devidas responsabilidades, sem hesitações nem incertezas; é seguir a estrada larga, lisa e luminosa da verdade; é ser honesto por dentro e por fóra, nos propositos e nos processos, sem todavia pôr taboleta de moralidade para credito proprio e malsinação dos outros.

Novidade tanto mais feliz quanto é certo que os fructos do arbitrio e do relaxismo na administração e na politica ahí estão patentes a todos, nas vergonhas do passado, nas tristezas do presente, e nos pavores do futuro.

E, assim, n'este momento historico devemos ter presente, acima de tudo, como norma de vida, que cumprir e fazer cumprir as leis é a nossa maior necessidade publica.

III

Tudo isto veio a proposito de eu dizer que a função constitucional dos juizes é cumprirem a lei, como ella fôr, e de eu protestar muitas vezes nas minhas decisões contra a lei, que applicava, significando d'esse modo que ella carecia de reforma.

Com effeito, a nossa legislação civil precisa de ser alterada em muitas disposições suas, obscuras, duvidosas, arrevezadas, incoherentes, contradictorias e injustas. Ha mesmo deficiencias n'ella, que teem de ser suppridas pelos casos analogos, o que no fundo das cousas se parece com o raciocinio do esquimó, que, sabendo por experiencia propria que o gelo, um corpo transparente, se derrete na bôca, entende que ao vidro, outro corpo tambem transparente, deve acontecer o mesmo.

O codigo civil portuguez, promulgado em 1867, é

sem duvida um padrão de gloria nacional e o mais alto monumento da sciencia da legislação do seculo XIX, assim como as *Institutiones juris civilis lusitani* são outro padrão de gloria nacional e o mais alto monumento da sciencia da legislação do seculo XVIII. Este devido a um homem de genio, chamado Paschoal José de Mello Freire, o immortal reformador do nosso direito antigo; e aquelle devido principalmente ao primeiro jurisconsulto portuguez do seu tempo, chamado Antonio Luiz de Seabra.

Disse principalmente, porque o *Projecto do codigo civil portuguez*, elaborado por este jurisconsulto, que seria sempre grande em qualquer tempo e em qualquer paiz, soffreu variadissimas modificações até ser convertido no actual codigo civil, que pelas suas incongruencias bem mostra não ter emanado do cerebro de um homem só, como Minerva sahio armada da cabeça de Jupiter, mas ser obra de jurisconsultos diferentes e com differentes orientações.

O codigo civil portuguez é com effeito uma obra verdadeiramente grandiosa; mas não é intangivel, por ter imperfeições, como todas as obras humanas. A sciencia do direito não crystalisou nem podia crystalisar n'elle, porque as idéas não param. Na trajectoria da civilisação ha alternativas de luz e de sombra; mas a humanidade caminha sempre. As necessidades sociaes succedem-se e transformam-se. E a justiça, como a liberdade, não cansa na lucha contra os erros, que a negam e combatem. Deus só uma vez concedeu á mão do homem que fizesse parar o sol.

A propria lei de 1 de julho de 1867, que approvou o codigo civil, previu e regulou a revisão d'este para depois de decorridos cinco annos a contar da sua execução. Mas essa reforma ainda não foi feita até hoje, havendo apenas sido tentada com, fortuna adversa, pelo illustre ministro da justiça, sr. Campos Henriques, que para isso apresentou uma importante proposta de lei na sessão da camara dos deputados, de 7 de março de 1903, não conseguindo, porém, a approvação d'ella na camara dos pares do reino.

O decreto de 13 de junho de 1900 nomeara uma comissão de jurisconsultos para, em face dos varios relatorios enviados ao ministerio da justiça pelos nossos tribunaes judiciais superiores em observancia da portaria de 27 de outubro de 1898, colligir as duvidas, que tivesse havido na interpretação e applicação das leis, e propor o que houvesse por conveniente a tal respeito. Todavia, não foram reclamados os trabalhos d'essa comissão para a elaboração da referida proposta de lei, resultando d'ahi ficarem diminuidas as proporções d'ella, pois são mais e muitos os artigos do codigo civil, que precisam de ser substituidos ou modificados, como a pratica do fôro e a imprensa juridica teem demonstrado.

Mallograda, porém, esta primeira tentativa, outra e outras devem seguir-se-lhe até á realização do *desideratum*. E no intuito de concorrer para tal reforma com alguns elementos, embora desvaliosos, vou referir-me a diversos pontos do codigo civil.

*

a) As disposições, que hajam de ser applicadas em casos de direito internacional privado e sobre que as convenções não estatuem, precisam de ser remodeladas para n'ellas serem consignados os mais adiantados e seguros principios de direito, destinados a regerem em Portugal a capacidade civil dos estrangeiros, as relações juridicas, os contractos e mais actos civis entre individuos de differentes nações.

A tal respeito são em geral dignas de applauso as convenções emanadas da conferencia da Haya no anno de 1900, attinentes ao casamento, ao divorcio e separação de pessoas, e á tutela dos menores, as quaes convenções foram assignadas em 12 de junho de 1902, sendo muito de lamentar que ficasse adiada para ulterior exame a convenção relativa ás successões e doações causa-mortis.

E' tambem objecto para pensar, se os casamentos entre israelitas, celebrados em territorio, como o

de Marrocos, onde as leis de Moysés são reconhecidas ou pelo menos respeitadas, devem ser regulados pelas mesmas leis, quando a successão seja aberta em Portugal.

E mais devera consignar-se que a sentença de divorcio de marido e mulher portuguezes, proferida em paiz estrangeiro por motivo que auctorisce em Portugal a separação de pessoas, deve, para os effeitos d'esta apenas, ser confirmada n'este paiz, onde aliás não ha divorcio; principalmente se no paiz, em que foi proferida a sentença, não era admittida a simples separação de pessoas e sómente o divorcio.

b) Tambem as disposições do codigo civil relativas a correntes de aguas navegaveis e fluctuaveis, e não navegaveis nem fluctuaveis, devem ser novamente ponderadas pelo lado dos direitos dos proprietarios marginaes em collisão com os interesses da industria, que empregue directamente essas correntes como força motriz, ou na producção da electricidade, que será a principal energia d'este seculo e cuja applicação vae tomando proporções assombrosas. E ácerca d'este assumpto são objecto para estudo o decreto, n.º 8, de 1 de dezembro de 1892 com os seus 74 artigos e o respectivo regulamento de 19 dos mesmos mez e anno com os seus 362 artigos!

E' preciso resolver clara e precisamente :

c) Se deve admittir-se o reconhecimento judicial ou sómente a perfilhação voluntaria dos filhos illegitimos,—se estes, depois de perfilhados ou reconhecidos, entram em todos os casos e para todos os effeitos na familia de todos os seus ascendentes e dos seus transversaes, assim como na dos transversaes de seus paes, ou só e restrictamente na familia d'estes seus paes,—e se o embrião humano, ou antes o fêto humano durante a gestação, desde a concepção ao parto, pode ser perfilhado; sendo que,

Emquanto ao reconhecimento judicial, pode bem entender-se que nunca haverá a certeza de que os illegítimos sejam filhos dos paes, que os juizes lhes deram;

Relativamente aos effeitos da perfilhação voluntaria ou do reconhecimento judicial, deve ter-se por humano e de boa razão que os filhos illegítimos, uma vez admittidos na familia, sejam considerados sempre n'ella como taes, em todos os casos e para todos os effeitos, salva qualquer differença na sua quota hereditaria com relação á dos filhos legítimos;

E a respeito da perfilhação do feto durante a gestação, opino resolutamente pela affirmativa, valendo aquella, porém, no caso sómente de o perfilhado nascer com vida e figura humana, e retrotrahindo-se a capacidade juridica á epocha, em que se presume ter havido a concepção;

d) Se os filhos adulterinos podem ser perfilhados pelo pae habil para contrahir matrimonio, como é manifestamente justo; e se este legitima *todos* os filhos nascidos, antes d'elle, das pessoas que o contrahem; o que aliás é já certo para mim em face do artigo 119.º do codigo civil, interpretado não só pela sua disposição litteral, como tambem em vista dos trabalhos, que precederam a sua approvação;

e) Se o ministerio publico deve requerer a interdicção do demente e do surdo-mudo em todos os casos, quando os parentes successiveis ou o conjuge a não requeiram, opinando eu sem hesitação alguma, em direito constituendo, pela affirmativa;

f) Se a mulher deve ser equiparada ao homem em direitos civis, salva em todo o caso a primazia do marido, como chefe da familia, no governo d'esta e na administração do patrimonio d'ella; parecendo-me que, independentemente de algumas reivindicações feminis-

tas, pelas quaes não tenho enthusiasmo algum, deve conceder-se á mulher o direito de ser testemunha em todos os documentos particulares e documentos e autos publicos, como já o é em processo civil e criminal, e tambem o direito de ser tutora e vogal do conselho de familia em qualquer caso, visto que a lei lhe reconhece já competencia para mais, ou seja para exercer as funções do patrio poder ;

g) Se, admittido, contra a liberdade de testar, o principio da legitima para os descendentes e ascendentes, poderá o filho illegitimo, perfilhado ou reconhecido, ficar n'algum caso completamente excluido da successão legitima, herdando todos os outros descendentes; o que é de todo o ponto repugnante, assim como parece razoavel que a legitima dos perfilhados ou reconhecidos haja de sahir, em todos os casos, da parte da herança, de que não se pode dispôr ;

h) Se as doações entre vivos, depois de produzirem os seus effeitos, podem ser reduzidas por inofficiosidade em resultado do nascimento de filhos legitimos e da perfilhação, reconhecimento ou legitimação de filhos illegitimos dos doadores, posteriormente á data das mesmas doações; o que sem duvida é contrario á fé dos contractos;

i) Se em favor da liberdade da terra, ou antes da libertação da propriedade, deve, e até que ponto, e em que termos, ser applicado o preceito do artigo 2:313.º do codigo civil á extinctão das servidões de transito, que não foram adquiridas por expropriação para serviço de terrenos encravados, estabelecendo-se, como é justo, o principio da indemnisação em todos os casos de cessação da servidão a requerimento do dono do predio serviente; ainda que a não tivesse havido na constituição d'esta ;

j) Se os paes podem doar entre vivos ou deixar em testamento todos os seus bens a um filho só, com obrigação de este satisfazer em dinheiro as legítimas dos mais descendentes, como aliás parece tambem razoavel; e

k) Se a responsabilidade civil deve, em algum caso, ficar dependente da verificação do facto criminoso em processo penal, optando eu pela negativa, porque a diversidade de indoles das duas responsabilidades, civil e criminal, embora ellas tenham a mesma origem e promanem do mesmo facto, está a indicar naturalmente a diversidade de acções e de juizos, para cada uma d'essas responsabilidades ser exigida.

l) E' preciso ponderar tambem a doutrina da emphyteuse na revisão do codigo civil.

Depois da extincção das ordens religiosas e da venda dos seus vastos dominios territoriaes, que assim entraram verdadeiramente no commercio e na economia social pela sua divisibilidade e transmissibilidade; — depois das leis da desamortisação, de 4 de abril de 1861 e de 22 de junho de 1866, ás quaes accresceu mais tarde a de 28 de agosto de 1869; — e depois das leis de 30 de julho de 1860 e de 19 de maio de 1863, que aboliram os vinculos, os quaes immobilisaram durante seculos um capital territorial immenso, trazendo como que chumbado aos tumulos dos seus instituidores o dominio dos bens vinculados; — veiu o codigo civil abolir por sua vez os prazos de vidas e de nomeação, que eram outra monstruosidade odiosa e repugnante, admittindo, porém, o contracto perpetuo de emphyteuse, sem minimo de valor e de área do respectivo predio, com os prazos hereditarios na sua estimação, como os bens allodiaes, mas divisiveis por glebas com assentimento do senhorio até á pulveri-

sação da propriedade, e acabando com a subemphyteuse.

Deve restabelecer-se este regimen do código civil, alterado por diplomas posteriores?

Deve adoptar-se o regimen do decreto dictatorial de 30 de setembro de 1892, que obrigava o senhorio a consentir na remissão dos fôros em relação a prazos, cujo dominio directo não tivesse valor superior a 300\$000 réis, e além d'isso restaurava a subemphyteuse, não podendo todavia ser subemprazadas propriedades inferiores a cinco hectares, nem, feita a subemphyteuticação, ficar na posse do emphyteuta parcela inferior áquella área?

Deve manter-se o regimen do decreto, dictatorial tambem, de 10 de janeiro de 1895, confirmado pela lei de 14 de fevereiro de 1896, diplomas estes, que acabaram com a remissão obrigatoria dos fôros; que prohibiram os senhorios de consentirem na divisão dos predios emphyteuticos, quando os prazos separados não constituam uma unidade cultivavel não inferior a vinte hectares; e que só admittem a subemphyteuse para bemfeitorisar terrenos incultos, de que o casal não careça para o grangeio normal?

Estas perguntas envolvem graves questões publicas, nas quaes estão em jogo o direito de propriedade, que é um dos fundamentos da nossa civilização, e o interesse geral, a que dizem ser contraria a excessiva fragmentação da propriedade territorial.

Não me proponho estudar tal assumpto n'este logar, que é demasiadamente estreito para o desenvolvimento que elle exige. Quero, porém consignar duas cousas, e são:

Que a fragmentação da propriedade territorial tem, a meu juizo, mais vantagens do que inconvenientes; e

Que a theoria de o estado dispôr da propriedade alheia sem consentimento do seu dono, excepto no caso de expropriação por utilidade publica, me repugna tanto, como é contraria ao disposto no artigo 2:171.º do código civil.

Fazer da utilidade o fundamento do direito é redu-

zir a justiça a uma questão de egoismo, a um calculo arithmetico, a uma operação mercantil. Nem mesmo a utilidade do maior numero deve ser accete como tal. A maxima pharisaica — vale mais que pereça um homem só, do que um povo inteiro — será sempre tão infame, como nunca deixará de ser levantado e bello praticar o bem pelo amor do bem, e cumprir o dever pelo respeito do dever.

Que o estado disponha do alheio; que diga ao emphyteuta que não pôde subemprazar, ou que sómente o pôde fazer em certos casos; que diga ao senhorio que tem de consentir na divisão do prazo em determinadas circumstancias, é o socialismo em acção, violando-se tyrannicamente o principio da propriedade, que nos cumpre fortalecer e não enfraquecer. Tal, como se o estado se puzesse a legislar ácerca de partilhas e de actos e contractos, que importem transmissão de propriedade territorial, de maneira a prohibir a fragmentação d'esta além de uns certos limites.

Este systema de o estado dispôr da propriedade alheia, como dispoz nos alludidos decretos sobre emphyteuse, e como ainda hontem intentou dispôr com a pretendida desamortisação (?) dos bens da Companhia das Lezirias para arranjar muitas collectas de contribuição de registo, pôde ir longe, ainda mesmo que não seja levado ás suas ultimas applicações.

Tambem é certo que a pequena propriedade é um facto inevitavel nas regiões de população densa, assim como a grande propriedade é outro facto inevitavel nas regiões pouco povoadas. E a experiencia mostra que, onde a propriedade territorial está muito dividida, como em as nossas provincias do norte, a cultura é intensa, e tão extensa que não ha por ali terras incultas, que possam ser facilmente aproveitadas, como ha nos latifundios do Alemtejo. Quer dizer, a divisão da propriedade rural contribue poderosamente para o augmento da riqueza publica.

De ordinario o trabalhador rural tem irresistivel tendencia para se fixar na terra. Se algumas economias conseguiu fazer, emprega-as logo na acquisição

de uma casa humilde, onde acoita do vento e da chuva a mulher e os filhos, e de uma courella, onde planta logo arvores, que lhes deem fructo e sombra, e onde explorará agua para regar a horta, que é o jardim dos pobres.

E' claro que, podendo obter a terra por meio da emphyteuse ou da subemphyteuse, mais facilmente e mais depressa se fixará n'ella, visto que não precisa de capital de entrada; sendo a emphyteuse e a subemphyteuse mil vezes preferiveis ao arrendamento e á venda, — ao arrendamento, porque este deixará a terra privada de bemfeitorias, que só o amor da propriedade cria e desenvolve, — e á venda, porque ella absorve os capitaes, que na maior parte dos casos serão precisos para fructificar o solo.

E d'aqui se infere que a pequena propriedade hade acompanhar sempre a grande população rural, assim como é certo que ella, principalmente sob a formula juridica da emphyteuse e da subemphyteuse, é um factor importante da civilisação dos trabalhadores ruraes, elevando-os á classe de proprietarios, assim como a industria transforma tambem em operarios os mendigos das ruas.

O jornaleiro dos campos, para adquirir a propriedade, adquirirá previamente os habitos de economia e de previdencia; e depois, nos dias sem jornal, irá amanhar a sua courella, evitando o abysmo da ociosidade, da taberna e do jogo, dignificando-se e moralizando a familia com o salutar exemplo da obediencia á lei providencial do trabalho.

*

Outro assumpto que precisa de ser cuidadosamente revisto, é o casamento, regulado nos artigos 1:056.º a 1:239.º do codigo civil.

m) A tal respeito devera começar-se logo por se estabelecer que o casamento civil era a forma legal de se

constituir legitimamente a familia, qualquer que fosse a religião das pessoas que o contrahissem. Isto é, quem quizesse casar em Portugal teria de o fazer civilmente, embora, por seu livre alvedrio, santificasse tambem a união conjugal com os ritos da sua religião para obter a preceitos d'ella. Para o estado o casamento é apenas um contracto, e não um sacramento tambem.

n) Como, porém, obstaria a isso, se não explicitamente, implicitamente, o artigo 6.º da Carta Constitucional, devera ao menos estatuir-se que o casamento civil era permittido aos catholicos; o que aliás não está no codigo civil, em vista do artigo 1:057.º, ou antes está, conforme o disposto no artigo 1:090, isto é, está ou não está, como cada qual quizer.

o) Os não catholicos casarão civilmente; os catholicos casarão pela forma estabelecida na egreja catholica. E se um dos contrahentes fôr catholico e o outro não? O codigo civil não regula a hypothese e deve fazel-o.

p) Havendo entre nós uma colonia israelita importante, que não pode ser protegida por nenhuma convenção por não ter patria Israel, é caso para pensar se de algum modo e até que ponto podem ser admitidas para os israelistas as leis de Moysés, por que elles se regem, a respeito da constituição da familia, da successão, e dos contractos, *á simili* do que para os hindus gentios de Gôa foi estabelecido no decreto de 16 de dezembro de 1880.

q) E não se hade esquecer tambem, além de muitos outros pontos juridicos, determinadamente ácerca das segundas nupcias, a resolução das questões emergentes

do artigo 1:210.^o e § unico, sobre se no caso de separação de pessoas por adulterio da mulher pode effectuar-se a partilha dos bens, concordando os conjuges; e se porventura se communicam ou não os bens adquiridos por qualquer d'estes depois da separação.

r) Cumpre igualmente ponderar e resolver se o divorcio deve ser permitido em algum ou alguns casos extremos e irreductiveis, que parecem despedaçar para sempre a familia, e nos quaes a simples separação de pessoas tem todos os inconvenientes d'aquelle, sem ter nenhuma das suas vantagens.

O casamento é um contracto perpetuo. Tanto a lei civil como a lei religiosa reconhecem a sua indissolubidade, que é como que o sello imposto pela mão de Deus na instituição matrimonial.

Considerado, porém, o assumpto pelo lado civil apenas, é forçoso reconhecer que, por mais contrario que o divorcio pareça ao ideal do matrimonio, não ha direito a repellil-o em absoluto, quando este se torne o contrario do seu proprio ideal.

O casamento tem por fim constituir legalmente a familia, obrigando os conjuges a guardarem-se mutua fidelidade conjugal, a viverem juntos, e a soccorrem-se e ajudarem-se reciprocamente, impondo mais ao marido a especial obrigação de proteger e defender a pessoa da mulher, e a esta o dever especial de prestar obediencia ao marido. E' assim o casamento que Deus manda e que a lei quer. Mas, se elle se transmuda no contrario de tudo isto, a indissolubidade não parecerá então uma immoralidade a mais?!...

Pelo lado religioso não ha que discutir; nem com o dogma se discute, porque elle não transige nunca. E, desde que o estado admitte o matrimonio catholico como uma das formulas juridicas do casamento, é forçoso reconhecer que não ha, nem pode haver, em caso algum, divorcio para individuos catholicamente casados.

Emquanto, porém, á indissolubidade do casamento civil pôde e deve haver discussão.

Não adoptaria certamente, por ser demasiadamente largo, o projecto de lei sobre divorcio, apresentado na camara dos deputados em 1 de março de 1900, pelo illustre deputado sr. Roboredo Sampaio.

Auctorisar como fundamento do divorcio todas as causas de separação de pessoas, estabelecidas no artigo 1:204.º do codigo civil, inclusivamente as injurias graves, e mais ainda o mutuo consenso dos conjuges, é pôr em chéque a instituição da familia legitima. A dissolução do vinculo matrimonial dependeria, assim, de qualquer cousa, de uma bagatela ás vezes; da soffreguidão de riqueza, ou de uma explosão de máu genio; da febre do gozo, ou de uma forte vibração de nervos; do desejo de sensações novas, ou de um incidente de máu humor occasional; de uma offensa profunda, ou de um capricho de momento; e podia até ser objecto do mais vil dos negocios entre os conjuges.

Quasi equivaleria isto á abolição do casamento, ou seja á destruição da familia legitima, e á theoria da mulher livre, isto é, ao aviltamento da mulher. Não pode ser.

Mas, porque as exagerações são inconvenientes e perigosas, não se deve repulsar o que fôr justo, necessario e indispensavel, ou seja o divorcio severamente restricto a alguns casos, em que a sua adopção se imponha. E a regra é tambem que não hade querer tudo de uma vez, quem alguma cousa quizer conseguir.

Nos casos de condemnação de qualquer dos conjuges por adulterio, ou por attentar contra a vida do outro—homicidio frustrado e tentativa de homicidio—ou por offensas corporaes voluntarias nos termos do artigo 361.º do codigo penal, sem a attenuação do artigo 370.º, o divorcio não poderá certamente ser combatido a serio em nome da santidade da instituição matrimonial e da dignidade da familia legitima.

Principalmente no caso de adulterio da mulher, o qual cria sempre na familia uma situação irremediavel e irreductivel, a não ser pela morte do conjuge culpado ou pela dissolução do vinculo matrimonial.

A separação judicial de pessoas não basta, porque,

acabando, como o adulterio, com a associação de vontades, união de pensamentos e de interesses, consubstanciação de almas e de destinos dos conjuges, o marido continua ligado á mulher que o trahiui; e, para que á deshonra accresça o escarneo, essa mulher continuará tambem a ser conhecida no mundo por um nome que ella cobriu de lama.

Nem o divorcio será para os filhos—pobres filhos! —mais funesto do que a separação, sendo até facil demonstrar que esta é mais fatal para elles. Ao menos aquelle obsta a que os filhos sejam educados no meio dissolvente das naturaes accusações, ou seja das re-crimações violentas dos conjuges; e colloca estes n'uma situação honesta, arrancando-os a outra situação humilhante ou lastimosa, de mulher repudiada ou para sempre perdida, e de marido libertino ou para sempre deshonrado.

Demais a lei, que, dada a insufficiencia da separação de pessoas, não offerece a solução do divorcio para o terrivel drama familiar do adulterio, vê-se obrigada a desculpar e quasi a absolver em certos casos, isto é, a auctorisar outra solução mil vezes peor, a do assassinato do conjuge culpado. O codigo penal no artigo 372.^o e § 2.^o castiga apenas com o desterro para fóra da comarca por seis mezes o marido ou mulher, que matar o outro conjuge e o seu cumplice em acto de adulterio.

Legislação immoral esta, que recusa a solução honesta do divorcio, ao mesmo tempo que admite a terrivel e sangrenta solução do morticínio!

Não! O actual estado de cousas não deve continuar. Acerquem o casamento de mil precauções conservadoras; opponham obstaculos sem conta á pratica do divorcio; estatua-se que o conjuge culpado fica inhibido de se casar novamente; proclamem o divorcio uma desgraça; tudo o que quizerem: mas admittam a dissolução do vinculo matrimonial em alguns casos excepçionaes e extremos, como medida urgente de hygiene social, e até como meio de defesa da propria instituição da familia, que a desordem dos costumes traz por ahi em grande perigo.

*

Para não alongar este trabalho não proseguirei na enumeração de outros pontos juridicos, que a meu juizo devem ser ponderados na revisão do codigo civil; mas os já indicados significam que a mesma revisão é necessaria.

Venha, pois, a reforma d'este codigo, mas de uma vez só, de um só arranque, e não aos retalhos; e faça-se depressa tambem, além de outros motivos, para acabar com a divergencia e contradicção de julgamentos nos tribunaes, o que n'alguns casos chega a escandalisar. A jurisprudencia anda por ahi á matroca sobre muitos pontos juridicos, como que á tóa e á ventura. E o acaso não póde ser titulo de direitos e origem de obrigações, assim como não deve ser a providencia dos estados.

Onde no codigo civil houver uma duvida a cortar, uma obscuridade a esclarecer, um inconveniente a remediar, uma contradicção a corrigir, uma lacuna a preencher e uma injustiça a reparar, faça-se tudo isso, mas sem todavia lhe ser alterada a estrutura soberba.

E não se deve perder jámais de vista que a revisão do mesmo codigo deve ser principalmente um trabalho de interpretação e de correccão, e sómente de renovação juridica onde esta fôr imprescindivil.

O mesmo direi, até certo ponto, ácerca da revisão do codigo do processo civil, para a qual foi tambem apresentada por aquelle illustre ministro da justiça, sr. Campos Henriques, na sessão da camara dos deputados de 15 de maio de 1903, outra valiosa proposta de lei, que aliás não ha tido seguimento.

Certamente que as duvidas não acabarão. Resolvidas umas, apparecem outras. Nós, porém, temos principalmente de acudir ás necessidades conhecidas, pois que o futuro é só de Deus.

VI

Foi grande a obra legislativa do século XIX, pela extraordinaria quantidade de providencias adoptadas, e pela excellencia de muitas d'ellas.

Legislou-se com effeito muito, desde os immortaes decretos de Mousinho da Silveira até ao codigo administrativo de 21 de junho de 1900, que a doze dias da sua publicação no *Diario do Governo* foi suspenso, imprudentemente e precipitadamente, na sua execução pelo decreto dictatorial de 5 de julho do mesmo anno, como se fôra uma grande mafeitoria publica.

Nem admira que muito se legislasse. Havia uma nação a reconstituir e a consolidar politica e economicamente em bases novas, diversas das antigas. Portugal era um povo, que caminhava sob o poderoso influxo da liberdade; e a legislação tem de acompanhar todas as evoluções do progresso.

Mas em todo o caso legislou-se e decretou-se demais, porque são muitas leis, muitos decretos e muitos regulamentos a atropelarem-se uns aos outros, a amontoarem-se uns sobre os outros, a contradizerem-se, e com muitos artigos, muitos paragraphos e muitas alíneas, de modo a estabelecerem uma confusão babelica na legislação portugueza.

Determinadamente ácerca de leis constitucionaes o que não se tem feito ahi, apesar de ellas deverem ter um accentuado character de estabilidade! A' constituição de 1822 succedeu a Carta Constitucional de 1826, e a esta a constituição de 1838. Restaurada em seguida a mesma Carta em 1842, já ella teve depois d'isso tres actos addicionaes, o da lei de 5 de julho de 1852, o da lei de 24 de julho de 1885, e o da lei de 3 de abril de 1896, que teve origem no decreto dictatorial de 25 de setembro de 1895. o qual decreto foi um verdadeiro golpe de estado. E, se outra reforma constitucional não teve logar a breve trecho, foi porque cahiu no anno de 1900 o ministerio, que se propunha effectual-a.

Assim é varia e mobil a politica portugueza em materia de constitucionalismo. E como isso contrasta com o exemplo da grande nação, liberal e progressiva como nenhuma outra, que desde o anno de 1215 é regida pela *magna carta* de João Sem Terra, sagrado titulo das suas liberdades publicas, sem pensar até hoje em fazer uma constituição nova!...

Pois em toda essa enorme pilha de volumes de legislação, abarrotados aliás de cousas eruditissimas, gravissimas e urgentissimas, não se encontram:

Nem uma lei de responsabilidade ministerial, que sirva de garantia aos direitos individuaes e ás liberdades publicas, aos interesses das instituições e á justiça do paiz, contra ministros, que lhe arruinem o patrimonio, desbaratem a fazenda e posterguem as leis, que deveram ser religiosamente acatadas por governantes e governados, por todos e em tudo; a qual lei, feita aliás sem abominaveis apprehensões melancolicas e executada sem odios, transmudasse todavia a dita responsabilidade de uma cousa pittorescamente *precipua*, que agora é, n'outra cousa séria e honesta, satisfazendo-se assim os votos da nação;

Nem uma lei de contabilidade publica, assaz providente, clara, energica e mesmo dura, que tornasse facil, prompta, certa e efficaz a fiscalisação do thesouro publico, e preceituasse de modo a evitar que o dinheiro do imposto, que é sangue dos contribuintes, sabisse d'elle por qualquer porta falsa para applicação ou destino não auctorisados por lei;

Nem um codigo de processo penal, que substituisse ácerca d'este assumpto a actual miscellanea de prescripções numerosas, obscuras, dissimilhantes e contradictorias, por um corpo methodico e homogeneo de disposições claras e precisas, simplificando as fórmulas do processo, tornando prompta a acção da justiça, embora sem a celeridade do despotismo, e assegurando por igual ao innocente o seu direito e á sociedade o seu interesse na repressão do crime;

Nem finalmente uma lei geral organica da justiça em Portugal, assumpto este da mais alta importancia,

digno da ponderação dos governos e dos parlamentos, e do qual não pode dizer-se que esteja perfeitamente regulado entre nós.

Estas providencias não augmentariam a confusão babelica da legislação portugueza, nem por si dariam logar á applicação da sentença do grande historiador romano — *corruptissima republica, plurimae leges* —, por serem taes medidas a satisfação de graves e inilludiveis necessidades publicas.

Emquanto á responsabilidade ministerial já se fez, entre nós, pelo menos uma tentativa a sério. Foi a da proposta de lei apresentada na camara dos deputados em 4 de fevereiro de 1880 pelo sabio ministro da justiça Adriano Machado, ora fallecido, tendo o respectivo parecer da commissão de legislação criminal, de que tive a honra de ser relator, a data de 19 de março do mesmo anno, e sendo o competente projecto de lei, depois de discutido e approvado nas sessões da mesma camara de 10, 12, 13 e 14 de abril e de 1 de junho do dito anno, enviado em seguida á camara dos pares em 3 d'este mez de junho, quasi ao encerrar da sessão.

N'esta camara, porém, não teve seguimento tal negocio em razão da *guerra santa*, feita no anno de 1881 ao honrado e patriotico ministerio progressista de então, principalmente pela camara dos pares de mãos dadas com a rua; a qual desvairada guerra teve como bandeira a celebre moção politica da «*altura da gravidade das circumstancias*», e como epilogo triumphal o advento do ministerio de 25 de março de 1881.

Depois disso * N'esta occasião não tenho o pro.

* Seria injusto, se não fizesse aqui uma menção honrosa da proposta de lei sobre responsabilidade ministerial, apresentada á camara dos deputados em 16 de maio de 1893 pelo illustre ministro da justiça, sr. Antonio de Azevedo Castello-Branco, e bem assim do respectivo parecer da commissão de legislação criminal da referida camara, de 8 de julho do mesmo anno; e seria tambem ingrato, se deixasse de affirmar n'este logar o

posito de tractar de tal assumpto, nem da reforma da contabilidade publica, da qual tambem me occupei já nas sessões da camara dos deputados, de 20 e 27 de abril e de 15 e 16 de maio de 1903, em que apresentei e discuti largamente algumas propostas tendentes a fechar as portas falsas da thesouraria e a calafetar as fendas do erario.

Sem quaesquer explicações sobre esses assumptos, aliás de importancia maxima para a governação do estado, vou direito ao meu fim, que é fazer agora algumas rapidas considerações ácerca das reformas do processo penal e da reorganisação judiciaria.

V

Com o fim da promulgação do codigo do processo penal foi apresentada na camara dos deputados, em 6 de março de 1889, pelo illustre ministro da justiça, sr. José de Alpoim, illustrado auctor do codigo de fallencias, uma proposta de lei, que, por mais de um motivo, não poudo obter a sancção legislativa antes da queda do governo, que a levára ao parlamento.

Depois, nos annos de 1901, 1902, 1903 e 1904, foi sempre promettida essa reforma na falla do throno por occasião da abertura das côrtes. Em vão, porém, porque até hoje nem ao menos foi renovada a iniciativa d'aquella proposta de lei, ou apresentada outra ao parlamento, por quem devera fazel-o para não se quebrar a fé da palavra real.

meu reconhecimento a quem tem direito a elle pelas benevolentissimas referencias feitas, em ambos esses documentos, ao meu modesto relatorio ácerca da já alludida proposta de lei do fallecido ministro Adriano Machado.

Emquanto á proposta sobre responsabilidade ministerial, apresentada á camara dos deputados, em 1 de maio de 1905, pelo sr. Alpoim, só direi que é com especial e intima satisfação minha que ella tem sido geralmente elogiada nas suas disposições e no seu relatorio.

Ora a jornada, embora não seja curta, nem isenta de difficuldades, não é todavia excessivamente longa, nem fortemente escabrosa.

Já no capitulo anterior me refri a esta reforma, ácerca da qual direi, de modo generico, que seriam egualmente inconvenientes o espirito de rotina e as exaltações desordenadas.

Quem se propuser effectual-a, não deve innovar nem conservar demais, nem de menos, fazendo holocausto dos principios aos preconceitos, ou pondo se a legislar para um paiz de chimeras.

Só hade reformar utilmente e perduravelmente a sociedade quem combinar em justo equilibrio os elementos, que a constituem, as forças, que a dominam, e as aspirações, que se lhe agitam no cerebro, e não quem apenas lhe applicar os artificios de uma theoria aventurosamente construida nas regiões da pura abstracção.

O accordo do respeito pelo passado e da tendencia irresistivel para o futuro das tradições fortes e das grandes esperanças, é o problema de todos os tempos, que aos legisladores e aos estadistas cumpre resolver no momento, em que legislam e governam.

E em conformidade com estas ideas, consignarei aqui algumas indicações, que se me affiguram acceitaveis na reforma do processo penal.

a) Conforme o que se legislou no codigo do processo civil, deve o processo penal ser dividido sómente em ordinario e especial, sendo ordinario aquelle em que intervem o jury. Nem são precisas mais divisões. E todos os processos especiaes, sejam elles quantos e quaes forem, devem ser especificados e regulados no codigo do processo penal, para se facilitar o conhecimento e applicação da lei do processo. A multiplicidade de leis produz confusões, que convem evitar.

b) Ao ministerio publico cumpre intentar todas as acções penaes, que não dependam de accusação, de-

nuncia, queixa ou participação do offendido, e desistir das mesmas acções, assim como deixar de recorrer das sentenças, que houver por justas, e desistir tambem dos recursos interpostos, se o contrario não lhe fôr ordenado superiormente; pois que os representantes do ministerio publico perante os tribunaes criminaes, são órgãos da sociedade, intelligentes e activos, e não meros automatós, salva em todo o caso a obediencia hierarchica.

c) Dependem de accusação do offendido os crimes de injuria e diffamação, salvo o disposto na ultima parte do artigo 416.º e § unico do codigo penal. N'estas acções o ministerio publico *poderá* accusar conjunctamente com o offendido, e, se a accusação d'este cessar, não continuará a d'aquelle; pois que os crimes de injuria e diffamação importam essencialmente e quasi exclusivamente ao offendido, e não era por isso razoavel *obrigar* o ministerio publico a intervir, assim como o não era que este continuasse a accusar depois de a parte prescindir da reparação criminal.

d) Dependem de queixa, denuncia ou participação do offendido os casos dos artigos 254.º § unico, 266.º § unico, 359.º, 391.º a 404.º, salvo o disposto no artigo 399.º, e dos artigos 431.º § 2.º, 452.º principio, 472.º § 1.º e 481.º § unico do codigo penal. N'estes casos o ministerio publico procederá *sempre* depois da queixa, denuncia ou participação do offendido, sem que a desistencia ou perdão d'este faça cessar a accusação d'aquelle; devendo parecer que, depois de quebradas pelo offendido as reservas, que a exigencia da queixa, denuncia ou participação respeitava, a retirada de qualquer d'estas cousas não pode fazer cessar a intervenção do ministerio publico, nem obstar-lhe, por já não haver quaesquer melindres a respeitar e sómente crimes a punir.

e) Com a acção penal não pode cumular-se o pedido da indemnisação civil, e esta indemnisação não depende em caso algum da verificação do facto punível no juízo criminal.

Em caso algum, haja ou não haja processo penal, e esteja ou não esteja verificado n'elle o facto criminoso, devesse ou não devesse intervir a acção publica, e fosse ou não fosse absolvido o accusado; isto é, sem dependencia alguma da responsabilidade criminal.

E' uma doutrina nova. Não sei de legislação estrangeira, que a consigne, e conheço aliás algumas que, como a nossa, estatuem ou auctorisam tal cumulação. Todavia a falta de precedentes não é argumento decisivo para dever ser recusada tal doutrina, se ella é boa em si. Os argumentos de auctoridades são na verdade excellente cousa, mas em regra é preferivel pensar a seguir.

A natureza diversa das duas responsabilidades, civil e penal, embora ellas tenham a mesma origem e promanem do mesmo facto, está a indicar naturalmente, como já consignei n'outro logar, a diversidade de acções e de juizos para cada uma d'essas responsabilidades ser exigida.

A doutrina da verificação do facto criminoso no processo penal, como condição para a exigencia da responsabilidade civil, é, na verdade injustificavel. A responsabilidade civil emerge do facto da lesão, e esta existe independentemente da instauração do processo penal, ou o réu seja absolvido da responsabilidade criminal, ou mesmo não se chegue a constatar o crime no corpo de delicto. E além d'isso a lesão bem póde ser provada por quaesquer meios de prova na acção civil, onde o offendido os tem por completo á sua disposição.

Por estas rapidas considerações, e attendendo-se tambem á diversidade de prazos para a prescripção do processo penal e para a prescripção das obrigações civis, como é a indemnisação, deve, a meu juizo, parecer de boa lei e justa a doutrina, que venho propondo.

(f) As nullidades do processo devem ser divididas em suppriveis e insuppriveis, como é a nossa tradição legal, reduzindo-se estas ao menor numero possível. E' certo que em regra as formulas são garantias dos direitos; mas também o não é menos que em muitos casos a formula mata, ao passo que o espirito vivifica sempre.

A principal reforma n'este assumpto é a de se acabar de vez com a disposição legal, que, além das tantas nullidades insanaveis admittidas presentemente, outorga aos tribunaes criminaes o mau arbitrio de julgar nullos os processos pela preterição de qualquor formalidade ou omissão de qualquer acto, que houverem como necessarios para a averiguação da verdade. E o vago, o indefinido, o imprevisto, tudo o que se quizer. Para tudo dá margem o artigo 13.^o n.^o 14.^o da lei de 18 de julho de 1885, que é uma d'aquellas cousas más, que devem acabar.

g) Não deve haver prisão por custas. Isto nem se discute. E se algum interesse ferido barafustasse, tal demasia seria a melhor justificação da reforma. A prisão por custas é repugnantissima.

(h) Os tribunaes criminaes podem conhecer, para os effeitos penaes sómente, de todas as questões, qualquer que seja a sua natureza, que respeitarem aos elementos constitutivos do crime; e a instauração e proseguimento do processo penal não dependem em caso algum de previa decisão de outro qualquer juizo.

Parece-me incontestavel isto. A acção penal deve ser independente e livre, e o tribunal, criminal, que d'ella tem de conhecer, egualmente; pois só assim poderá este verificar por si os elementos constitutivos do crime, em todos os casos e em quaesquer circumstancias, como deve ser.

i) A detenção preventiva e a caução de liberdade são dous assumptos, em que as franquias individuaes brigam viva e tenazmente com os interesses da segurança social por meio da repressão do crime; em que o principio da liberdade mais contende com o principio da ordem.

Será bem difficil sempre encontrar o justo meio, em que estes dois principios coexistam regularmente, sem offensas reciprocas, ou seja sem excessos de predominio e sem humilhações e desfallecimentos de um com relação ao outro; porque nunca será facil determinar as raias do direito de cada um perante o justo interesse de todos, e do legitimo interesse individual perante o direito da collectividade. Tudo tem direito e avesso. E, sem duvida, os bens e os males estão tão misturados na natureza humana que uma cousa, que é um bem, é ao mesmo tempo um mal.

Para serem feitas as justas e convenientes concessões áquelles contrarios interesses, devem observar-se os seguintes principios: — prisão preventiva só nos casos em que ella fôr absolutamente necessaria; e a sua substituição por caução sempre que esta der garantias de que não será fraudada a acção da justiça.

*

Qualquer individuo póde ser preso em flagrante delicto por qualquer infracção grave ou leve, quer o respectivo processo penal dependa de accusação ou queixa do offendido, quer não dependa. E preso o deliquente e levado *logo* á presença do juiz, será *immediatamente* posto ahi em liberdade, sob caução ou sem ella, como fôr ou não precisa, ou recolhido á cadeia, se o caso não admittir caução, ou o réu a não prestar.

Parecerá estranho que se admitta a prisão em flagrante delicto por infracções leves. E, porém, essa a logica do flagrante delicto. E demais um crime insignificante póde ás vezes ser o inicio ou provocação de

outro maior, que mais vale prevenir do que castigar.

As unicas excepções admissiveis á regra da prisão em flagrante delicto são a da contravenção de regulamentos administrativos, e a da transgressão de posturas municipaes. E nem precisam de ser justificadas.

Fóra do flagrante delicto só é admittida em regra a prisão com culpa formada pelo respectivo despacho de pronuncia, excepto nos casos previstos nos tratados e convenções; nos crimes, a que corresponder alguma das penas maiores fixas de degredo ou prisão; nos delictos, a que corresponder algumas d'estas penas não fixas, quando se tratar de crimes contra a segurança do estado; e excepto ainda para averiguações policiaes.

A regra é do nosso direito constitucional; e as excepções justificam-se facilmente pela qualidade, natureza e gravidade das respectivas infracções, e pelas exigencias da função policial. Sem duvida alguma a sociedade tem a necessidade, e por isso o direito, de se assegurar do julgamento dos delinquentes, contra os quaes apparelhou as extremas punições, ou que attentaram gravemente contra a segurança do estado; e, portanto, não deve ser-lhe recusada a prisão d'elles fóra do flagrante delicto e sem a previa formação da culpa.

Esta doutrina é certamente mais repressiva do que a do artigo 1:023.º da novissima reforma judiciaria, por comprehender maior numero de casos de prisão sem culpa formada; mas é logica e coherente. Nem eu comprehendi jámais o criterio, a que obtemperou o legislador da novissima reforma judiciaria n'este assumpto, permittindo a prisão sem culpa formada por crimes de gravidade inferior á de outros, para que a não admittiu, e deixando de auctorisal-a em alguns casos, a que correspondem as maximas penas da escala penal.

Effectuada uma prisão, só ao juiz competente é permittido fazel-a cessar, podendo elle para isso avocar a si o preso, se este não tiver sido posto desde logo á

sua disposição, salvo o caso unico de prisão feita, aliás com fundamento plausivel, para averiguações policiaes.

Não deve todavia a prisão sem culpa formada com despacho de pronuncia, ou para averiguações policiaes, ir além de oito dias, contados d'aquelle em que foi feita. E, se dentro d'esse praso a auctoridade policial não soltar as pessoas por ella detidas para averiguações, poderá o juiz depois d'isso mandar pol-as em liberdade.

Tambem não deve ser de mais de oito dias o praso da incommunicabilidade dos réus durante a formação do processo preparatorio.

*

A respeito da caução de liberdade faria algumas modificações á lei de 15 de abril de 1886, devida á iniciativa fecunda e sempre liberal do illustre ministro da justiça, sr. Francisco Beirão.

Se no decurso do processo, antes do julgamento, estiverem completamente provadas circumstancias attenuantes, que, não sendo contrapesadas por outras aggravantes, possam, segundo a lei, fazer descer a pena até á correspondente ás infracções, que admittem caução, deve esta ser permittida. Por exemplo, no crime de homicidio voluntario commettido sem premeditação e provocado por pancadas ou outras violencias graves para com as pessoas.

A sociedade, na hypothese prevista, não tem perante si o réu de um crime gravissimo, que seria perigoso deixar em liberdade, e sómente um delinquente, a cuja responsabilidade criminal não repugna a caução, que por isso lhe deve ser concedida.

Mais tarde, por occasião do julgamento, podem, é certo, ser dadas como não provadas as alludidas attenuantes, porque quem julga não as considere sufficientemente averiguadas; mas isso não deve obstar a que, antes do julgamento, se admitta a caução em face do estado de cousas existente no processo até esse momento.

Ao réu condemnado em pena correccional deve ser permittida caução durante os recursos interpostos, embora o crime a não admittisse. E' tão justo isto, como admira que não tenha sido estabelecido, desde muito, clara e expressamente na lei.

Em regra admittem caução antes do julgamento as infracções, a que corresponder alguma das penas maiores não fixas, de prisão ou degredo ; mas entendemos que devia ella ser recusada aos réus, contra quem concorresse alguma das circumstancias aggravantes de reincidencia, successão ou accumulção de crimes praticados em diversas occasiões.

Esses delinquentes denotam, por taes circumstancias, uma indole, ou tão incorrigivel, ou pelo menos tão propensa ao mal que torna bem cabidas todas as desconfianças de que procurarão por todos os meios evitar a acção da justiça, furtando-se á imposição e cumprimento das penas correspondentes aos seus maleficios. E a sociedade tem o inquestionavel direito de se assegurar da punição d'elles, premunindo-se e acautelando-se contra a sua fuga. A cada um o que lhe pertence.

O réu de qualquer crime, absolvido por sentença, de que se recorrer, deve ser posto em liberdade sem necessidade de caução em caso algum durante a pendencia do recurso interposto, seja este qual fôr.

Este principio foi já, por proposta minha, admittido e consignado no parecer da commissão de legislação criminal da camara dos deputados, de 12 de março de 1881, sobre fiança criminal.

Na verdade é isso direito irrecusavel do réu absolvido. A sociedade já não tem perante si em tal caso, durante a pendencia do recurso interposto da sentença absolutoria, um criminoso, e sim um innocente como tal declarado pelos órgãos judiciaes d'essa mesma sociedade, juizes e jurados.

A prisão sem admissão de fiança era uma injustiça monstruosa. A fiança, substituindo a prisão, será ainda

a denegação de meia justiça, e por isso uma injustificável violência feita á liberdade individual.

j) O offendido, que não fôr parte no processo e o arguido do crime poderão durante a formação do processo preparatorio juntar aos autos documentos e rões de testemunhas, sendo permittido tambem a este requerer exames e a inquirição de um certo numero de testemunhas; e o juiz procederá a estas diligencias quando ellas tenderem verosimilmente á constatação da infracção e descobrimento dos seus responsaveis, e não forem manifestamente superfluas ou impeditivas.

Aos juizes cumpre averiguar, officiosamente mesmo, durante a formação do processo preparatorio, se ha ou não crime, e descobrir no caso affirmativo os delinquentes, indagando leal e escrupulosamente a verdade; e não procurar apenas as provas de que ha crime e de que certo individuo é criminoso. Legislar e proceder em contrario d'isto é seguir um caminho errado, que hade levar muitas vezes ao precipicio.

k) O interrogatorio dos réus é um assumpto grave e melindroso; e na organização judiciaria nenhum outro serve melhor para se estudar por essa historia fóra as evoluções, que se têm dado no processo penal.

O interrogatorio do réu, como elemento de instrucção do processo, tem má procedencia. Vem do processo inquisitorial, onde elle foi introduzido, apparelhado e aperfeiçoado como a principal peça de resistencia do mechanismo judiciario.

O seu fim ahi era obter atravez de tudo a confissão dos delinquentes, que se reputava a prova real por acabar com todas as incertezas. E, para se conseguir tal fim, não se hesitava na applicação dos meios mais perfidos e violentos, desde as suggestões capciosas com todas as suas velhacarias, até á tortura com todos os seus horrores.

Ainda hoje faz arripiar a simples leitura do que en-

tão se praticava em nome da justiça, e até em nome de Deus. Em nome da justiça, como se á justiça não repugnassem absolutamente as promessas enganosas, os ardis da astucia, as mentiras impudentes, as ameaças terríveis, as brutalidades de toda a casta e as carnicerias ferinas ! Em nome de Deus, como se invocar o santo nome de Deus, para cobrir com elle tantas atrocidades diabolicas, não fosse apenas uma blasfemia !

Pois, apesar d'isto, não obstante a negra historia do interrogatorio dos réus, como elemento de instrucção do processo penal, deve elle ser admittido ; mas com outros intuitos e para ser applicado sempre com honestidade e com lealdade, embora tambem com habilitade e firmeza.

Sem duvida alguma o interrogatorio do réu é um importante meio de instrucção e deve ser empregado não só como elemento de averiguação da verdade, mas tambem para collocar o réu em estado de defeza. Não ha, porém, objecto a respeito do qual deva o juiz ter, sentir e affirmar mais serenidade, mais frieza, mais imparcialidade e maior correcção, para que essa cousa, destinada a ser boa e util, não se converta n'um perigo e não degeneres mesmo em infamia, que só mereceria ferro em braza.

A justiça, que é em si mesma a verdade, deve pôr a verdade em todos os seus actos. O juiz não deve empregar meios, que vão inquinados de dolo e de fraude. Fazer uso de rodeios perfidos, tendentes a enganar o accusado, é armar traiçoeiramente um laço á sua imprudencia e á sua fraqueza.

O réu não será obrigado a responder precipitadamente. As perguntas ser-lhe-hão repetidas, quando pareça que não as comprehendeu; e não serão suggestivas nem cavillosas, nem acompanhadas de dolosas persuasões, falsas promessas ou ameaças.

Os abusos praticados a tal respeito devem ter uma correcção especial, severa e sobre tudo de applicação facil e prompta. E com o intuito de evitar taes abusos deve estatuir-se tambem que o interrogatorio dos réus, ou seja judicial ou administrativo ou policial,

será feito sempre, ainda durante o prazo da incomunicabilidade d'estes, na presença de duas testemunhas, que saibam ler e escrever e não sejam funcionarios judiciaes, nem administrativos, nem policiaes, preferindo-se as testemunhas indicadas pelos réus, se estiverem presentes. Isto é uma garantia para os arguidos, e tambem uma egide, que põe o interrogatorio a coberto de quaesquer malsinações.

l) Não serão dadas cartas de inquirição de testemunhas, que tenham os depoimentos escriptos no processo; e para as provincias ultramarinas e paizes estrangeiros sómente serão passadas quando as testemunhas, além de não terem os depoimentos no processo, forem offerecidas para prova de algum facto, essencialmente demonstrativo da culpabilidade ou innocencia do réu, e que não esteja provado já nos autos, ou a respeito do qual não seja offerecida outra prova.

Infelizmente não me occorre outro alvitre, que, sem offensa fundamental dos direitos das partes, corte cércce o abuso, que abi se faz d'aquellas cartas de inquirição, principalmente para perseguição acintosa dos réus, que aliás teem direito a ser julgados com a brevidade possivel.

m) Eu supprimiria no codigo do processo penal a disposição do artigo 1:144.º da novissima reforma judiciaria, que impõe ao juiz a obrigação de, terminada a discussão da causa, resumir o facto, fazendo d'elle e de todas as suas circumstancias, um relatorio simples e claro, apontando aos jurados, com rigorosa imparcialidade, as principaes provas, assim a favor, como contra os réus.

Este relatorio é na verdade uma tentação para os juizes, cuja tendencia não raro se accentua no sentido de considerar a distribuição da justiça criminal mais sob o ponto de vista da manutenção da ordem pelo castigo dos ataques feitos á paz publica, do que sob o

aspecto da justiça absoluta e das offensas aos direitos individuaes.

O relatorio dos juizes nas audiências geraes, na parte referente ás provas da accusação e da defeza, é o lado fraco, por onde é costume ferir estes magistrados na sua imparcialidade a respeito de julgamentos com jury. E não se lucra cousa alguma com isso, porque o desrespeito dos magistrados importa em regra o desrespeito das leis.

Demais, a discussão da causa é com as partes. O juiz dirige-a apenas, cumprindo que fique inteiramente estranho ás questões de facto, e só competente para affirmar o que seja de direito, como é proprio do seu officio.

Clama-se desde muito contra tal relatorio; e já em 9 de janeiro de 1861 foi apresentada na camara dos deputados uma proposta de lei governamental para a sua suppressão. Pois faça-se essa reforma, e eu creio bem que ninguem perderá com ella, sendo o poder judicial quem mais lucrará com a sua adopção.

n) Conservaria a faculdade, que hoje teem os juizes de direito, de annullarem as respostas do jury, quando as considerem manifestamente injustas ou iniquas, ordenando novo julgamento com outro jury. Cumpre todavia que ella seja exercida com toda a circumspecção e com o maior escrupulo.

Apezar das razões, que combatem tão violenta faculdade, parece ella preferivel á de as partes poderem recorrer de novo para o jury, sempre que a resolução d'este não seja tomada por unanimidade. Em contrario de antigas ideias minhas, tenho actualmente em grande desconceito este recurso, pelos abusos continuos a que daria logar.

O réu condemnado em pena grave recorreria sempre, por nada ter a perder com isso, podendo aliás ganhar; e, absolvido elle, recorreria quasi sempre o ministerio publico para se libertar de responsabilidades, e sempre a parte accusadora em cata da justiça, que o primeiro jury lhe recusara.

No capitulo seguinte indicarei a organização, que deve ter o jury, que novamente julgar o feito em consequencia da annullação do primeiro veredicto por iniquo ou injusto; e heide tractar *especialmente* d'esta importantissima instituição judiciaria.

*

Para não avolumar este trabalho não me occuparei d'outros assumptos tambem graves, proprios do codi-go do processo penal; taes como alçadas e recursos, segredo de justiça, revisão da sentença condemnatoria passada em julgado, detenção suplementar e liberdade condicional; mas as considerações, que ficam expostas, mostram já por si a conveniencia e a necessidade de tal reforma, sempre promettida e sempre adiada!

Em todo o caso consignarei que:

Os actos e termos do processo preparatorio devem ser publicos, salvo o caso de, em crimes a que corresponder pena maior de prisão, ou degredo, ou expulsão do reino sem limitação de tempo, o juiz instructor declarar por despacho fundamentado que, para a averiguação da verdade, convém que a respectiva investigação seja feita sem publicidade;

A detenção suplementar só deve ser permittida a proposito da correcção de menores e emquanto elles não attingirem a maioridade legal;

A liberdade condicional, nos casos dos artigos 1.^o e 8.^o da lei de 6 de julho de 1893, não deve ser concedida aos réus condemnados nas penas de prisão ou degredo, sem que o prazo de garantia seja pelo menos o triplo do tempo, a que respeita aquella concessão; e ficará sem effeito, se os condemnados commetterem outro qualquer crime, ou abusarem da liberdade nos termos do artigo 17.^o do decreto de 16 de novembro de 1893; sendo a concessão ou revogação d'essa liberdade attribuição do juiz da causa.

E, para fechar este capitulo com chave de ouro, consignarei ainda que é justo, honesto e moralizador acabar com a garantia, que teem diversos funcionarios.

publicos, de não serem demandados criminalmente, sem auctorisação do governo, por factos relativos ás suas funções.

VI

A reorganisação judiciaria parece negocio arrumado desde o mallogro da notavel proposta de lei apresentada á camara dos deputados, em 9 de julho de 1887, pelo illustre ministro da justiça, sr. Francisco Beirão, benemerito reformador do nosso direito commercial, como anteriormente se frustrára tambem outra proposta de lei analoga, de 29 de fevereiro de 1860, apresentada á mesma camara pelo sabio ministro da justiça Martens Ferrão, ora fallecido.

Ultimamente ainda houve esperanças de que, no uso da auctorisação concedida ao governo pela lei de 12 de junho de 1901, effectuasse elle tal reforma até ao fim d'esse anno, como outras fez attinentes tambem aos serviços de justiça. Mas..... nada.

O governo não soube? O governo não poudes? O governo não quiz?

Não ha direito de dizer que o governo não sabia, sendo do *metier* judicial, e juiz muito distincto, o illustre ministro da justiça, sr. Campos Henriques. Demais, se acaso não soubesse, estudava. E, se não queria estudar, ou, sabendo, não quizesse elaborar a reorganisação judiciaria para applicar toda a sua attenção ás magnas questões urgicas da trama politica, podia tal reforma ser encommendada a qualquer d'esses *poderes legislativos*, que ahi ha para os differentes ministerios. Mas o governo sabia certamente.

Podia tambem o governo, sem duvida alguma.

E, portanto, o governo não quiz. E n'este nosso Portugal, de clima suave e ameno, com um povo de indole branda e paciente, doce e soffredora, com a relaxação nos costumes publicos e particulares, com a subserviência nos caracteres, e com um parlamento

ordinariamente accomodaticio, em os senhores ministros, qualquer que seja a sua estófa, querendo ou não querendo seja o que fôr, não ha com effeito volta a dar-lhe.

O governo não quiz, certamente; e todavia a organização do poder judicial é sempre um objecto da mais alta importancia, pois que os juizes julgam da liberdade, honra e fortuna de todos os cidadãos. Ora, para os juizes bem desempenharem o seu officio, escutando apenas as vozes da sciencia e da consciencia, sem obtemperarem a qualquer perfida suggestão, e mostrando-se a toda a altura da funcção de garantia, que teem a exercer nas sociedades cultas, é indispensavel que sejam bem recrutados para todos os tribunaes, bem remunerados e bem responsaveis.

a) E vale a pena fazer-se a reforma da organização judiciaria, ainda que seja sómente para se modificar em sentido liberal essa famosa instituição do juizo de instrucção criminal de Lisboa, com attribuições tão descomunamente oppressoras, com intuitos tão liberticidas, com processos tão inquisitoriaes e com faculdades tão discricionarias, principalmente depois do celebre regulamento de 19 de setembro de 1902, que nem no tempo do absolutismo estreme e sem disfarces havia instituição mais descaradamente absolutista.

Na sessão da camara dos deputados, de 16 de março de 1903, discuti largamente este monstruoso decreto, com o intuito de contribuir para a reforma d'aquelle extraordinario juizo, que foi inventado, não direi como machina infernal contra a liberdade, mas, sem duvida, como formidavel machina de guerra para defesa e fortalecimento do poder real.

Para fortalecer o poder real! Como se o poder real precisasse de ser fortalecido, e ainda bem que não precisa; e não fosse o poder popular, que tanto carece de ser amparado, e ainda mal que assim é!

Ora para a reforma alludida só no parlamento confio, pois que, pelo lado do poder executivo, não creio que em

bons e dilatados annos haja n'este paiz um governo, que ouse pôr mão violenta e sacrilega na *arca santa* do juizo de instrucção criminal de Lisboa, que, embora ordinariamente manso nas apparencias, e de exterioridades em regra brandas e compostas, está todavia ahi para tudo o que fôr preciso, com a sua indole bravia e ferina e com a sua assombrosa organização, que faz, simultaneamente, de um homem só juiz de instrucção criminal e chefe de policia preventiva, com alçada em todo o continente do reino!...

b) A lei geral de organização judiciaria deverá ter um capitulo especial para cada uma das nossas jurisdicções, a fim de todos poderem orientar-se facilmente a tal respeito; o que actualmente é, não raro, difficil, em razão da multiplicidade dos diplomas, que crearam e organisaram as nossas multiplas jurisdicções.

Todas as nossas instituições judiciarias teriam ali uma referencia precisa e clara, fixando-se-lhes de um modo generico a indole e attribuições. E isto não obstava a que separadamente existissem, como não podia deixar de ser, os complementares regulamentos especiaes, ou codigos, para a administração da justiça criminal, da justiça militar, da justiça da armada, da justiça civil, da justiça commercial, da justiça administrativa e da justiça fiscal.

c) A proposito das nossas variadas instituições judiciarias, direi que no meu entender deve ser supprimida a jurisdicção criminal da camara dos pares do reino para conhecer dos delictos mencionados no artigo 41.º § 1.º da carta constitucional.

E na verdade, ainda que o pariato fosse sómente a consagração social das reputações formadas na suprema direcção dos negocios do estado, nas luctas da palavra, nas pugnas da imprensa, nos labores da sciencia, na funcção da judicatura, na pratica da administração,

no apostolado do ensino, no exercicio do commando, e finalmente em quaesquer serviços publicos relevantes; nem por isso se devia esquecer que á camara dos pares é um corpo essencialmente politico, vacillando n'essa qualidade entre as diversas correntes da direcção das cousas publicas, e sempre sujeito por indole propria ao influxo das paixões partidarias, que, por via de regra, são a negação do direito.

Não é raro, e é de todos os tempos, que os interesses politicos vençam de ordinario os dictames do senso moral, e façam emmudecer a voz do dever em consciencias, que nos actos da vida particular se regulam pelas mais strictas exigencias do escrupulo. Os impulsos do patriotismo, do dever, da amizade, da gratidão, e até da natureza, cedem muitas vezes perante as exigencias da politica, que em regra só se inspira na moralidade e na justiça, quando a *conveniencia*, sua lei suprema, está em harmonia com ellas. E n'estas condições é pelo menos imprudente conferir áquella corporação as funcções da justiça, que nem sempre ficará immaculada ao lado dos interesses politicos, dos odios e prevenções partidarias.

Demais, aquella competencia privilegiada é contraria á indole e independencia dos poderes, que é preciso manter acima de tudo, como garantia suprema da ordem e primeira salvaguarda dos direitos individuaes e das liberdades cidadãs. A missão do poder legislativo é fazer e interpretar authenticamente as leis; julgar pertence só ao poder judicial; não sendo licito a nenhum d'estes poderes annullar as decisões ou deliberações do outro, sob pena de attentarem contra a sua mutua independencia.

Ora, depois de estabelecida assim a divisão dos poderes, deve ella ser mantida, não se deferindo a um d'elles attribuições, que só d'outro são proprias, e não se auctorizando de modo algum a confusão dos mesmos poderes, contra a qual tanto quiz precaver-se a sociedade.

d) Assim, eu submetteria ao julgamento do supre-

mo tribunal de justiça, em secções reunidas, os crimes dos membros da familia real, pares do reino e deputados, ministros e conselheiros de estado, membros do corpo diplomatico, bispos, conselheiros do supremo tribunal de justiça, vogaes do supremo tribunal administrativo, tribunal de contas e do supremo tribunal de guerra e marinha, juizes de segunda instancia, procurador geral da corôa e seus ajudantes, e procuradores regios e seus ajudantes. Legislava-se de um modo inteiramente conforme á indole e natureza do poder judicial; não se faria do legislador juiz, invertendo a instituição legislativa e confundindo os poderes; e os direitos dos accusados e da sociedade seriam assim apreciados e definidos pelos primeiros julgadores do paiz.

Eu já vi combater como estrambotico e perigoso desatino o julgamento dos ministros, pares e deputados pelos juizes do supremo tribunal de justiça, com receio de que a fraqueza senil d'estes magistrados não dêsse garantias bastantes de acerto, firmeza e isenção, no julgamento de tão illustres delinquentes. *

Mas, se homens encanecidos no officio de julgar questões de todas as especies, entre pessoas de todas as cathegorias sociaes, fazendo justiça inteira em tudo e a todos com aquelle saber de experiencias feito,

* Na proposta de lei sobre responsabilidade ministerial, apresentada á camara dos deputados, em 1 de maio de 1905, pelos sr. Alpoim, entrega-se o julgamento dos crimes propriamente ministeriaes a um tribunal especial, composto dos seguintes membros, presidente e mais dois juizes do supremo tribunal de justiça, dois juizes de cada uma das relações de Lisboa e Porto, presidente do supremo tribunal administrativo, presidente do tribunal de contas, presidente do supremo conselho de justiça militar, o mais antigo conselheiro de estado, e presidentes da camara dos pares do reino e da camara dos deputados.

Tambem parecerá accitavel esta organização do tribunal de julgamento, aparte talvez a intervenção dos presidentes das duas camaras legislativas. E, em verdade, se um tribunal assim organizado, fóra de todas as prevenções politicas, com os mais altos representantes da justiça publica, não dêsse a todos, a todos sem excepção de ninguem, seguras garantias de boa e firme administração da justiça, é que ellas não poderiam ser encontradas na sociedade portugueza.

de que fallava o poeta immortal ; se uns velhos juizes no ultimo quartel d'esta mundana vida enganosa, mais proximos já de Deus que dos homens, não podem dar garantias seguras de boa e firme administração da justiça ; onde se encontrarão ellas então ?

Deus me livre de duvidar jámais da integridade moral do mais alto tribunal judicial do meu paiz. Ainda, porém, que alguma vez me entrasse no cerebro qualquer suspeita fundada contra magistrados venerandos, que teem de nos edificar e fortalecer com o seu exemplo a todos nós, a quem coube o arduo encargo de julgar da honra, liberdade e fortuna dos outros ; ainda mesmo que eu visse, de onde a onde, os tribunaes do meu paiz sob o influxo do patronato, ou das lagrimas, á mercê de algum interesse ou de qualquer paixão, deixando de ser egide do direito para se converterem em capa de malfetorias, eu cobrir-me-hia de lucto, mas nem por isso descreria da justiça. Abusos dos homens ; e os homens passam. Depois do eclipse vem sempre a claridade.

e) Convirá manter os juizes singulares na primeira instancia, ou substituil-os por tribunaes collectivos ?

Os juizes singulares teem entre nós uma tradição forte e antiga ; e nenhuma razão ponderosa determina a sua supressão.

E' certo não ter produzido maus resultados para o julgamento de alguns crimes de abuso de liberdade de imprensa, segundo o artigo 24.º da lei de 7 de julho de 1898, a experiencia dos tribunaes collectivos, que, para tal, foram originariamente propostos por mim na camara dos deputados, em 16 de junho de 1890 ; e o mesmo deve dizer-se ácerca do julgamento dos crimes de moeda falsa, conforme a lei de 12 de junho de 1901. Mas tambem não ha motivo para se dizer que maus seriam esses resultados, se taes crimes fossem julgados pelos juizes singulares, como são os de anarchismo, segundo o artigo 3.º da lei de 13 de fevereiro de 1896.

A proposito d'estas duas ultimas leis excepcionaes quero consignar que a respeitante á moeda falsa deve acabar em consequencia da reforma do jury, adiante proposta; e que a respeitante aos anarchistas, já alterada pela lei de 21 de julho de 1899, comquanto seja acceitavel no seu pensamento fundamental, como excepcional meio de defeza contra inimigos tambem excepcionaes da sociedade, deve todavia ser modificada de maneira a não se prestar na sua execução a violencias injustificaveis, porque nem são necessarias.

f) E o jury deve ser conservado?

Para mim o jury é não só a mais augusta forma da magestade popular, como a mais alta, a mais ideál, a suprema concepção da justiça social. E' na administração da justiça uma collectividade imprescindivel, e até a unica insubstituivel por qualquer individualidade ou por outra collectividade, que não tenha a sua indole.

E isto, por que só o jurado julga, condemna e absolve sem provas legaes e contra as provas legaes, obtemperando apenas aos dictames da sua consciencia e intima convicção, quaesquer que sejam os meios, pelos quaes elle esclareça aquella e forme esta; e porque só o jury pode verdadeiramente temperar as durezas e reparar as injustiças da lei, produzindo perante a sociedade veredictos, que, embora injustos algumas vezes nas suas exterioridades, são todavia honestas soluções de problemas existentes no amago das questões submettidas ao seu julgamento.

Diz-se que o jury é por ora um mal necessario; mas não é assim.

Certamente o jury nem sempre funciona bem, peccando não raro por indulgencia, algumas vezes pelas influções do patronato, e excepcionalmente pela veniaga ou por outro motivo assim de má raça.

Os abusos d'elle, porém, não são argumento decisivo contra a sua conservação.

Em odio á liberdade está fundamentalmente pervertido o nosso regimen eleitoral, e tanto que, sendo

em regra uma mentira, até o convertem ás vezes em anedocta grotesca ; e comtudo ninguém ousa supprimir o suffragio, sendo até os governos conservadores os que mais o alargam e dynamizam.

Tambem a intolerancia e o fanatismo teem practicado, em nome da religião e invocando o santo nome de Deus, atrocidades e horrores capazes de espantar as almas mais depravadas ; e todavia não se hade destituir Deus por esse motivo.

De todas as instituições sociaes, embora criadas num espirito de justiça e de interesse publico, se abusa pela falta de sinceridade na sua execução ; e não havemos de banil-as por isso, lançando a sociedade no cahos ou, pelo menos, em aventuras perigosas.

D'isto quero inferir que o jury pode ser reformado na sua organização, do que certamente precisa, mas não deve ser supprimido. Nem a liberdade tem estado para ahi tão fortalecida que possa prescindir d'aquelle reducto para sua defesa.

g) Com effeito a organização do jury é tudo o que ha de verdadeiramente difficil e melindroso a respeito delle. Dada a sua intervenção, segundo o artigo 118.º da carta constitucional, assim no crime como no civil, que comprehende tambem as causas commerciaes, é preciso organisal-o de modo que os individuos, que o compõem, deem garantias de illustração, independencia e moralidade.

Bem sei que as estatisticas ainda não chegaram ao aperfeiçoamento de apresentarem em algarismos a moralidade de cada individuo ; mas é certo que ella não deve andar muito afastada da illustração e dos meios de fortuna, que dão em regra independencia de caracter e obrigam moralmente ao respeito pelos outros e ao proprio respeito. A presumpção é esta, embora falle uma ou outra vez.

Nos termos da legislação actual, a illustração por mais vasta que seja e geralmente notoria, e os meios de fortuna por mais opulentos que sejam tambem, só

dão capacidade para jurado, se estiverem representados em gráus e títulos litterarios, que dispensam a prova do censo eleitoral, ou poderem ser provados pela mesma forma por que se prova a renda necessaria para ser eleitor.

Ora ha por esse paiz fóra muitos individuos, que, sem terem titulo official de habilitações litterarias, dispõem todavia de mais variada e solida instrucção do que outros, que teem comsigo o respectivo diploma; e ha tambem um consideravel numero de ricos, que, sem terem os seus rendimentos descriptos nas matrizes fiscaes ou nos recenseamentos eleitoraes, dispõem comtudo de rendas avultadas.

Taes individuos devem ser incluídos no recenseamento dos jurados conjunctamente com os dos titulos litterarios e com os que são ricos segundo as matrizes, parecendo-me que a unanimidade de votos de uma comissão composta do juiz de direito da comarca, do presidente da camara municipal e do administrador do concelho, é garantia bastante de circumspecção e acerto das resoluções n'aquelle sentido.

h) Alem das indicações feitas na ultima parte da alínea *g)*, outras mais devem ser adoptadas para cuidada pesquisa e justo aproveitamento dos elementos, que podem contribuir para a racional e util reformação do jury. Taes são a inclusão de todos os titulares e de todos os professores de instrucção superior, especial e secundaria no recenseamento dos jurados, e a suppresão de muitas das actuaes exclusões d'este cargo.

Essas medidas, alliadas á diminuição do numero dos individuos a recensear, devem contribuir singularmente para o melhoramento do jury, pois que esta traz naturalmente a selecção dos seus elementos, e as outras fazem entrar no recenseamento materia prima excellente, que agora anda como que fugida aos direitos.

O serviço do jury prefere, por via de regra, a outro qualquer serviço publico.

Sem duvida, do recenseamento feito sobre estas ba-

ses resultará maior gravame para alguns individuos, para os illustrados, para os ricos e para os titulares; mas nem por isso elles se demittirão da sua riqueza e dos seus titulos, nem desejarão transformar-se de lettrados em analphabetos. É sobre tudo é optimo para todos ter boa justiça, que nas sociedades modernas é a força proeminente na manutenção da ordem, assim como é verdade que a respeito de jury o que não é bom não presta para nada.

Diminuindo o numero dos recenseandos, parece-me tambem conveniente reduzir o numero dos jurados das pautas, e até o numero de jurados para cada julgamento nas comarcas que não forem capitães de districto, onde não abunda, por via de regra, a materia prima de boa qualidade para a constituição do jury.

i) Entendo que na constituição do jury para o julgamento deve ser permittida á defeza e á accusação a recusa motivada de qualquer jurado, e não motivada de um certo numero d'elles.

Recusa de qualquer jurado motivada na amizade intima, ou inimizade, ou parentesco até ao quarto gráu, entre o jurado e o réu e a parte accusadora; na immediata dependencia do jurado a respeito dos outros individuos referidos; e na reconhecida protecção e favor prestados pelo jurado ao réu ou parte accusadora, e vice-versa. A respectiva prova deve ser feita *in continenti* na occasião do sorteio, não sendo admittidas mais de duas testemunhas para cada facto.

Recusa não motivada apenas, em numero de tres jurados tanto para a accusação como para a defeza, seja qual fôr o numero dos réus e dos accusadores.

O direito de recusa é incontrovertivel. Dá elle aos accusados a garantia de não serem julgados por individuos, que alimentem odios e prevenções contra elles, e á sociedade a segurança de não fazerem parte do jury individuos ligados aos réus pelas relações da dependencia ou da amizade intima, ou que sejam faceis em ac-

ceder ás instancias do patronato e até ás seducções da corrupção.

Para o réu principalmente a recusa é um direito sagrado. O accusado em face do jury é o individuo perante a sociedade, o fraco perante o forte. E precisamente porque a sociedade é forte, corre-lhe o dever impreterível de afastar de si tudo o que possa assemelhar-se a uma oppressão para o réu, que é o fraco.

j) No processo penal o jury poderá declarar qualquer circumstancia modificativa do facto principal, que pela lei tenha o effeito de diminuir a pena, ainda que tal circumstancia não fosse comprehendida nos quesitos, ou seja contraria ás conclusões dos peritos nos exames ou ás declarações juradas dos offendidos?

Não tenho duvida alguma em responder affirmativamente, visto o contexto do § unico do artigo 13.º da lei de 18 de julho de 1855; mas, porque nem todos assim o entendem, bom era consignar-se isso mais claramente noutra lei. E d'esse modo o reclama a justa liberdade da defeza, exigem-no os verdadeiros interesses sociaes, e impõem-no a humanidade e a justiça, que não são palavras vãs.

Ao réu deve ser permittido provar que o facto praticado por elle não tem a gravidade inculcada no processo preparatorio; e ao jury compete conhecer da verdadeira criminalidade do accusado, affirmando-a tal como ella é, sem todavia aggravar a accusação, embora para aquillo haja de contrariar as declarações dos peritos. O inverso d'isto seria injustiça monstruosa.

k) Proferida pelo jury a decisão condemnatoria do réu, deve ser permittido áquelle representar oralmente, por meio do seu presidente, ao juiz de direito sobre o quantitativo da pena, que deve ser imposta ao accusado?

E' uma reforma, que lembro; e se a opinião a condemnar, não o fará sem eu dar conta de mim, boa ou má que seja.

Quem frequenta habitualmente os tribunaes criminaes, observa que algumas vezes os réus são absolvidos por causa do terror, que as levantadas punições causam no animo do jury. Leio nos publicistas estrangeiros que o mesmo acontece lá por fóra, onde é tambem frequente cahirem as accusações mais bem estabelecidas, ou circumstancias aggravantes perfeitamente averiguadas, só porque as questões, que vão resolver-se, fazem presentir ao jury uma forte punição. E é verdade tambem que não bastam as circumstancias attenuantes para tranquillisar os jurados contra as apprehensões de excessiva severidade.

Eu já vi em certa comarca o jury absolver quasi todos os réus, parecendo que o fazia como protesto contra o juiz, que só excepcionalmente deixava de applicar o maximo da pena.

Commigo deu-se tambem o seguinte caso.

Estando a presidir, como juiz de direito, a uma audiencia geral, em que se tratava de um crime leve, e horas depois de o jury se haver recolhido á sala das suas deliberações para proferir o seu veredicto, veio o presidente d'este perguntar-me se podia fazer-se certa declaração na resposta a um determinado quesito, e qual era o effeito legal d'essa declaração em favor do accusado.

Dei, alto e claro, ao presidente do jury o esclarecimento pedido, e, decorridos poucos minutos, sahio o jury da sala das suas deliberações com um veredicto condemnatorio por unanimidade.

Não fiz accôrdo algum com os jurados, porque não devia. Os accordos repugnam á natureza da função judicial.

Nem elles eram ainda n'esse tempo em politica mesmo a grande moda, que todavia começou quasi logo, com o accôrdo politico de 29 de dezembro de 1883, e nunca mais deixou de imperar; sendo que esse celebre accôrdo politico e os seus derivados alteraram fundamentalmente as condições da politica portugueza, quebrando-lhe os antigos moldes, que certamente não teem sido substituidos por outros melhores.

Não fiz accordo algum com o jury, repito, porque não devia. Bastou, porém a este conhecer os effeitos legaes da declaração, que intentava fazer, para cessarem logo todas as suas hesitações e para que a impunidade não triumphasse.

Tudo isto me convence de que o jury é melhor do que dizem os que não lhe querem bem, e de que não é inconveniente nem imprudente entregar-lhe a concessão, que indiquei, de consultar ácerca do quantitativo da pena; outorga esta que não parece demasiada para quem póde, embora por um abuso deploravel, condemnar innocentes e absolver criminosos, e irrevo-gavelmente em qualquer dos casos.

Essa consulta, ou representação, não obriga os juizes de direito, mas é certamente objecto a ponderar por parte d'elles; e affigura-se-me inoffensiva, porque não substitue a lei penal pelo arbitrio do jury, nem o poder auctoritario do juiz de direito pela vontade dos chamados juizes de facto. Consultar ou representar não é o mesmo que resolver ou julgar.

E depois na infracção da lei penal, mesmo consciencie e livre, ha sempre o influxo maior ou menor do temperamento e das naturaes inclinações do seu agente, dos vícios e da corrupção moral da geração, a que pertence, do meio social, em que vive, e principalmente da falta de educação ou da má educação, que recebeu na familia. E é na familia, onde melhor se aprende a crêr e a pensar, a querer e a sentir, onde se communicam á alma as crenças e os principios, que depois influem sempre nos actos da vida, e onde os paes apresentam com seus exemplos aos olhos dos filhos a imagem da sua alma, fórma immorredoura, que a arte não reproduz, mas que os costumes dos filhos teem o poder de traduzir.

Ora sómente o jury póde apreciar estas circumstancias e aquilatar, com provavel acerto, o grau de virtude ou de depravação do delinquente, tendo em vista os precedentes da sua vida, que lhe fixam a physionomia moral, apreciando os elementos do crime, e ponderando todas as circumstancias que determinam a mo-

ralidade do acto e influem na responsabilidade do seu auctor. Nem a lei podia abranger tudo isso nas circumstancias attenuantes e aggravantes.

O jurado em materia penal não é sómente um juiz de facto; conhece tambem da intenção do agente. A missão do jury não se reduz apenas a declarar se tal facto existe ou não, e foi ou não praticado pelo réu; pois decide tambem ácerca da criminalidade do accusado. Ora na imputabilidade ha graus diversos, que devem traduzir-se no quantitativo da pena, o qual não é, por isso, *estranho á indole e competencia do jury*.

E não o é, em verdade, como ácerca dos crimes por abuso de liberdade de imprensa foi já expressamente consignado na lei, bem justamente celebre, de 3 de agosto de 1850, denominada *lei das rolhas*. O artigo 54.^o d'essa lei dispunha d'este modo:

«Se o jury decidir que o crime ou delicto está provado, o juiz applicará ao réu a pena, que tiver sido declarada pelo jury.»

O conde de Thomar legislava assim. Pois agora, meio seculo depois, chama-se a menos do que isto uma medida revolucionaria, pelo que tem de ousada!

1) Por ultimo farei ainda duas indicações para a reforma do jury, uma no sentido de tornar obrigatoria a sua intervenção nos casos dos artigos 1:031.^o e § unico e 1:034.^o do codigo civil, excepto prescindindo d'elle as partes; e outra, admittindo a annullação da decisão do jury pelo juiz de direito em materia criminal sómente, e quando essa decisão fôr tomada por maioria, não havendo jury mixto em mais caso algum.

E' que a experiencia tem-me mostrado, relativamente á primeira indicação, que muitas vezes ha a certeza moral da existencia da simulação e da má fé, sem todavia haver a certeza juridica d'esses factos. Tambem a inversa póde ser verdadeira. E só o jury, portanto, como tribunal de consciencia, que não está adstricto, como os juizes, ao rigor das provas legaes, pode em tal caso fazer justiça inteira e verdadeiramente justa.

A respeito da segunda indicação direi que o veredicto tomado por unanimidade é para a consciencia publica a verdade social, devendo a opinião curvar-se reverente perante elle, e consideral-o irrevogavel por tal motivo.

Quando, porém, a decisão é tomada por maioria, ella propria dá margem a todas as duvidas e incertezas, deixando a auctoridade moral do jury exposta aos azares de discussões apaixonadas. E n'este caso é bem justificavel a annullação do veredicto, sob a responsabilidade moral do juiz, para o qual ella será um caso de consciencia.

E, pois que essa annullação dá sempre logar á intervenção do jury mixto, deve parecer que não ha necessidade d'este em mais caso algum.

*

m) Abstenho-me de fazer mais largas considerações ácerca do jury, e concretizando em formulas precisas as idéas, que tenho expellido, esboço a tal respeito o seguinte

PROJECTO DE LEI

Artigo 1.º Os jurados pronunciam-se, nos termos dos artigos 118.º e 119.º da carta constitucional, sobre as questões de facto, suscitadas nos processos penaes, civeis e commerciaes, exceptuando-se, porém, nos processos commerciaes e civeis os factos, sobre que houver confissão ou accordo das partes, ou que estiverem provados por documentos authenticos ou authenticados.

§ unico. Com a acção penal não pode cumular-se o pedido da indemnisação civil; e esta não depende em caso algum da verificação do facto punivel no juizo criminal.

Artigo 2.º No processo penal é obrigatoria a intervenção do jury sempre que ao crime corresponder alguma das penas maiores declaradas nos artigos 55.º e 57.º do codigo penal.

§ 1.º Quando ao crime corresponder alguma das penas mencionadas no artigo 3.º do decreto n.º 2, com força de lei, de 29 de março de 1890, terá logar a intervenção do jury, se as partes estiverem de accordo a tal respeito antes de começar o julgamento.

§ 2.º Nos mais casos não intervirá o jury.

§ 3.º Fica salvo o disposto no artigo 3.º da lei de 13 de fevereiro de 1896, e no artigo 23.º da lei de 7 de julho de 1898.

*

Artigo 3.º No processo commercial intervirá sempre o jury, excepto se as partes, antes de começar o julgamento, concordarem em desistir d'elle, não sendo, porém, esta excepção applicavel ao processo de fallencia.

Artigo 4.º No processo civil é obrigatoria a intervenção do jury nos casos dos artigos 1:031.º e § unico e 1:034.º do código civil, salvo se as partes prescindirem d'elle. Nos mais casos só intervirá, se as partes concordarem n'isso antes de começar a inquirição das testemunhas.

Artigo 5.º O recenseamento do jury criminal, civil e commercial será feito annualmente e na mesma occasião por uma comissão composta do juiz de direito da comarca, do presidente da camara municipal e do administrador do concelho; funcionando perante ella um representante do ministerio publico, que terá voto consultivo e poderá recorrer das suas deliberações para a relação do districto judicial e d'ahi para o supremo tribunal de justiça, sendo eguaes recursos facultados tambem aos interessados.

§ 1.º Nas comarcas de Lisboa e Porto os juizes de direito, administradores dos bairros e agentes do ministerio publico servirão annualmente por turno, sendo o juiz nomeado pelo presidente da relação, o administrador do bairro pelo governador civil, e o agente do ministerio publico pelo procurador regio.

§ 2.º Nas comarcas, em que houver mais de um concelho, servirão como presidente da camara e como administrador do concelho os respectivos funcionarios, que o forem no concelho, séde da comarca.

Artigo 6.º Só não podem ser recenseados para o jury os membros da familia real; os ministros de estado effectivos; os magistrados judiciaes em effectivo serviço; os delegados do procurador regio; os padres, salvo se forem advogados ou commerciantes, ou exercerem algum emprego publico, que seja puramente civil; os militares em effectivo serviço; os que tiverem mais de setenta e cinco annos de idade; os menores de vinte e um annos, ainda que estejam emancipados; os que tiverem impedimento physico permanente; os que não estiverem no gozo dos seus direitos civis e politicos; e os que não souberem ler e escrever.

Artigo 7.º Serão recenseados como jurados criminaes todos os cidadãos portuguezes, residentes na comarca:

1.º Que tiverem um curso completo ou forem professores de instrucção secundaria, superior ou especial, ou forem membros da Academia real das sciencias de Lisboa, ou tiverem illustração tão notoria que despende aquelle curso como prova de capacidade intellectual;

2.º Que forem conselheiros de estado, ministros de estado honorarios, pares do reino, deputados e antigos deputados da nação; que forem ou tiverem sido governadores civis; que tiverem qualquer dos titulos de duque, marquez, conde, grande do reino, visconde e barão, ou a carta de conselho, ou o fôro de fidalgo,

ou forem gran-cruzes de qualquer ordem nacional ou estrangeira ;

3.º Que forem governadores, vice-governadores, administradores, gerentes, directores e membros do conselho fiscal de algum banco ou companhia ;

4.º Que tiverem de rendimento liquido annual réis 2:000\$000 em Lisboa, 1:500\$000 réis no Porto e 1:000\$000 réis nas mais comarcas do reino, qualquer que seja a procedencia d'esse rendimento.

§ 1.º Se todos os recenseados nos termos d'este artigo não chegarem a trezentos e vinte em Lisboa, a duzentos e quarenta no Porto, a oitenta nas mais comarcas, que forem capitães de districto administrativo, e a sessenta nas outras comarcas, serão recenseados até ao preenchimento d'esses numeros os cidadãos, que tiveram o rendimento liquido immediato.

§ 2.º Nas comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra serão sempre resenseados, nos termos do n.º 4.º e do § 1.º d'este artigo, quarenta individuos na primeira comarca, vinte na segunda e dez na terceira.

§ 3.º Os membros das camaras legislativas, recenseados como jurados, não funcionam n'esta qualidade enquanto aquellas estiverem abertas.

Artigo 8.º Serão recenseados para o jury commercial todos os negociantes matriculados e não matriculados da comarca, e todos os socios de responsabilidade illimitada de quaesquer sociedades commerciaes, que estejam collectados nos termos do artigo 51.º n.º 1.º do codigo do processo commercial ; e os governadores, vice-governadores, gerentes, administradores, directores e membros do conselho fiscal de algum banco ou companhia.

§ unico. No caso de os recenseados nos termos d'este artigo não chegarem a cento e oitenta em Lisboa, a noventa no Porto e a trinta nas mais comarcas do reino, serão estes numeros preenchidos com bachareis formados em direito, na falta d'estes pelos que tenham as mais habilitações litterarias alludidas no artigo 7.º, e ainda na falta d'estes pelos mais recenseados para o jury criminal, segundo a ordem por que foram indicados no mesmo artigo.

Artigo 9.º Para o jury civil serão recenseados todos os bachareis formados em direito ; e quando elles não chegarem a noventa em Lisboa, a sessenta no Porto, e a trinta nas mais comarcas do reino, serão preenchidos estes numeros conforme o disposto no § unico do artigo antecedente.

Artigo 10.º Em cada districto criminal de Lisboa e Porto e em cada uma das outras comarcas haverá duas pautas de jurados criminaes annualmente.

§ 1.º Nos districtos criminaes e nas comarcas, que forem capitães de districtos administrativos, cada pauta constará de trinta jurados, sendo de nove jurados e um supplente o jury para cada causa.

§ 2.º Nas mais comarcas cada pauta será de vinte e um

jurados, e o jury composto de sete jurados e um suplente,

Artigo 11.º Em cada uma das varas commerciaes de Lisboa e no tribunal do commercio do Porto haverá tres pautas de jurados annualmente, e nas outras comarcas haverá uma só pauta de jurados commerciaes por anno; sendo composta de vinte e um jurados cada pauta, e de sete jurados e um supplente o jury para cada causa.

Artigo 12.º Para todas as varas civeis de Lisboa e Porto haverá annualmente tres pautas de jurados em Lisboa e duas no Porto, sendo uma pauta para duas varas; e nas mais comarcas do reino haverá uma só pauta de jurados civeis por anno.

§ unico. Cada pauta constará de vinte e um jurados; e o jury para cada causa será de sete jurados e um supplente.

Artigo 13.º As pautas dos jurados criminaes, civeis e commerciaes serão todas formadas na mesma occasião,

§ 1.º A organização das pautas dos jurados criminaes será feita por sorteio entre os recenseados.

§ 2.º Na formação das pautas dos jurados commerciaes terão preferencia os commerciantes, havendo sorteio entre estes, se o seu numero fôr maior do que o preciso, e effectuando-se aquelle entre os mais recenseados, se for necessario preencher a falta de commerciantes.

§ 8.º Na formação das pautas do jury civil terão preferencia os bachareis formados em direito, observando-se o mais que fica preceituado para a organização das pautas do jury commercial.

Artigo 14.º Quando o jury criminal proferir a sua decisão por maioria, poderá o juiz annullal-a, se fôr manifestamente iniqua ou injusta; e o feito será novamente julgado por outro jury, composto de jurados da comarca, onde pender o processo, e das duas comarcas mais proximas, não entrando n'elle nenhum dos primeiros jurados.

§ 1.º O segundo jury será sempre de nove jurados e um suplente; e a respectiva pauta, de trinta jurados, será composta de dez jurados de cada uma das ditas comarcas.

§ 2.º O recenseamento d'este segundo jury, feito annualmente em cada comarca, constará de cinco bachareis formados em direito ou de outros individuos, que, na falta d'aquelles, estiverem recenseados nos termos dos n.ºs 1.º e 2.º do artigo 7.º; e dos cinco maiores contribuintes da contribuição predial, ou dos que forem necessarios para com aquelles se perfazer o numero de dez.

§ 3.º Não haverá jury mixto em mais caso algum; e a decisão d'elle será irrevogavel.

Artigo 15.º Não podem ser jurados na causa as pessoas particularmente offendidas, nem os seus ascendentes, descendentes, irmãos e affins no mesmo gráu, nem os participantes do crime em juizo; observando-se tambem o disposto no artigo 292.º n.º 2.º e no artigo 1:107.º § 2.º do codigo do processo

civil, a respeito dos jurados sorteados que estiverem nas circumstancias ali previstas.

§ 1.º Na occasião da constituição do jury para o julgamento pode qualquer jurado sorteado ser arguido de suspeito por algum dos fundamentos seguintes, de amizade intima, inimidade conhecida, ou parentesco até ao quarto grau, entre o jurado e o réu ou accusador particular; de immediata dependencia do jurado a respeito d'estas pessoas; e de conhecida protecção e favor prestados pelo jurado aos mesmos individuos, e vice-versa.

§ 2.º As suspeições serão provadas e julgadas acto continuo, ouvidos os interessados; não sendo admittidas mais de duas testemunhas a cada facto.

§ 3.º Tanto a accusação como a defeza poderão, cada uma d'ellas, recusar tres jurados sem motivo justificado.

Artigo 16.º O serviço do jury preferirá a outro qualquer serviço publico, com excepção do de conselheiro de estado,

§ unico. Não é permittido ao juiz dispensar qualquer jurado do serviço de julgamento; mas poderá este deixar de comparecer por impedimento physico ou caso de força maior, emquanto elles durarem, ou por tempo de oito dias seguintes ao fallecimento do seu conjuge ou de algum ascendente, descendente, irmão ou affirm no mesmo grau.

Artigo 17.º Se algum jurado fizer parte ao mesmo tempo de uma pauta de jury criminal, de outra de jury commercial e de outra de jury civil, preferirá elle o serviço criminal a outro qualquer, e o commercial ao civil.

Artigo 18.º O jurado, que fôr dado como testemunha da causa, deixará de ser jurado para depôr como testemunha, se no acto do sorteio declarar debaixo de juramento que tem conhecimento de factos, que podem influir na decisão; e, depois de o jurado fazer tal declaração, não pode desistir do seu depoimento a parte, que o tiver offercido como testemunha.

Artigo.º 19.º As decisões do jury serão tomadas por maioria ou por unanimidade.

§ unico. O jury poderá declarar qualquer circumstancia modificativa do facto principal, que por lei tenha o effeito de diminuir a pena, ainda que tal circumstancia não esteja comprehendida nos quesitos ou seja contraria ás conclusões dos peritos ou ás legaes declarações juradas dos offendidos.

Artigo 20.º Proferida pelo jury uma decisão condemnatoria, é-lhe permitido representar oralmente, por meio do seu presidente, ao juiz de direito acerca do quantitativo da pena a impor ao réu.

Artigo. 21.º Fica revogada a legislação em contrario.

A simples leitura do projecto mostrará que elle con-

tem uma alteração profunda no actual modo de ser da instituição do jury.

E pensando d'esta maneira, e escrevendo assim, fui sempre determinado pela convicção de que é absolutamente preciso constituir o jury com elementos, que inspirem confiança publica, e de que não é sensato nem util, não é justo nem liberal, investir na altissima funcção de jurado quem não tem capacidade para a comprehender e exercer.

A liberdade e a justiça, para serem cousas praticamente excellentes, precisam de ser bem servidas; e não pode bem servir-as quem não sabe.

Reforme-se, pois o jury. E, se elle, reformado d'este ou de melhor modo, não se approximar ao menos do que deve ser, ai então do paiz, ou pela sua imbecillidade senil, ou pela sua pouca civilisação intellectual, ou pela depravação dos seus costumes, ou seja pela incapacidade da sua gente para exercer a liberdade!

*

n) Desejava referir-me largamente a outros assumptos de organização judiciaria, taes como a separação das funcções de instrucção das de julgamento, a nomeação de juizes para a primeira e segunda instancia e para o supremo tribunal de justiça, a sua inamovibilidade, transferencia periodica e a requerimento seu, remuneração e responsabilidade, passagem dos juizes do ultramar para a magistratura do reino, nomeação de presidentes dos tribunaes superiores, limite de idade; mas direi apenas:

Que o juiz instructor em materia criminal não é certamente o que dá melhores garantias de imparcialidade para julgar;

Que o ingresso na magistratura judicial deve ser feito por meio de concurso entre os delegados do procurador régio;

Que na nomeação dos juizes para os tribunaes superiores deve obtemperar-se por egual ao principio da antiguidade, e ao merecimento e zelo comprovados

*

no exercicio do cargo, para todos ficarmos sabendo que na magistratura judicial trabalhar ou não trabalhar, trabalhar muito ou pouco, bem o mal, melhor ou peor, não é tudo a mesma cousa ;

Que deve mesmo reconhecer-se ao poder executivo a faculdade de, ouvido previamente o conselho superior disciplinar da magistratura judicial, não promover algum juiz, que fundadamente não o deva ser ;

Que nas transferencias deve observar-se o principio da antiguidade entre os juizes, que requererem o mesmo logar, salvos os casos de preferencia ou de preterição por conveniencia do serviço publico, com previa audiencia do conselho superior disciplinar da magistratura judicial ;

Que deve ser adoptado o limite de idade, como constava das propostas de lei apresentadas á camara dos deputados, em 9 de julho de 1887 e em 20 de março de 1900, pelos illustres ministros da justiça srs. Beirão e Alpoim, estatuinto-se, porém, no caso negativo que todos os magistrados judiciaes em exercicio, desde que attingirem setenta e cinco annos, serão submittidos annualmente, por todo o mez de dezembro, a um exame de sanidade, feito por dois facultativos nomeados pelo governo ;

Que egual exame de sanidade deve ser feito annualmente em todos os magistrados, que por motivo de doença estiverem no quadro com vencimento ;

Que o presidente de cada tribunal superior deve ser eleito pelo mesmo tribunal d'entre os seus membros e por tres annos, acabando-se com a usança injustificavel da nomeação d'aquelles presidentes por antiguidade ;

Que os juizes de segunda instancia do ultramar não devem ser collocados em qualquer das relações do Porto ou Lisboa, sem terem servido dois annos na relação dos Açores, a qual deverá ser reduzida ao numero de tres juizes, quando não seja supprimida por desnecessaria ; sendo provisoria aquella medida enquanto não se fizer uma reforma completa a tal respeito, e mais radical aliás do que a da proposta de lei governamental apresentada á camara dos deputados, em 18 de abril

de 1889, pelo illustre ministro da marinha e ultramar, sr. Eduardo Villaça ;

Que o quadro dos juizes da relação do Porto deve ser augmentado com dois juizes mais, em vista do excessivo serviço judicial d'esse tribunal, e emquanto não fôr criada mais uma relação com a séde em Coimbra. com a qual lucrariam o ensino do direito e a função da judicatura ;

Que no julgamento por tenções, ou votos escriptos, devem ser contadas para o vencimento as tenções dos juizes de segunda instancia, que, depois de as professarem, falleceram ou deixaram de fazer parte do respectivo tribunal ;

Que o juiz, que tiver um processo em seu poder, para tencionar ou para o visto nos julgamentos em conferencia, ao tempo do sorteio annual, de que fallam o artigo 1:025.º do codigo do processo civil e a lei de 1 de julho de 1903, será competente para intervir no mesmo processo, ainda que pelo dito sorteio fique pertencendo a secção diversa da do respectivo relator ; e

Que o supremo tribunal de justiça deve em sessões plenas, realisadas nos ultimos dias uteis de cada anno judicial, e por maioria de votos dos seus membros, assentar na jurisprudencia a adoptar-se sobre os pontos juridicos, em que elle ou as relações tiverem julgado de maneiras differentes ; obrigando aquillo, que se vencer, emquanto outro assento judiciario não fôr tomado, ou a lei não fôr interpretada authenticamente pelo poder legislativo.*

* Depois de impressas as folhas anteriores, foram apresentadas pelo illustre ministro da justiça, sr. Arthur Montenegro, na sessão da camara dos deputados, de 22 de agosto de 1905, duas propostas de lei sobre a reorganisação da magistratura judicial e sobre o jury. São dous trabalhos muito importantes, que terei occasião de apreciar na camara dos pares do reino, a que tenho a honra de pertencer, quando elles forem ali discutidos.

VII

Nenhumas referencias mais farei a quaesquer outras reformas, porque é preciso acabar esta modestissima introdução ás *Sentenças*, sendo que o fim, que me propuz ao encetal-a, está conseguido. Queria prestar n'ella mais um culto, humilde mas sincero, á justiça; e isso está feito.

Render cultos á justiça, n'este tempo de profunda decadencia moral e de tamanho rebaixamento politico, em que o interesse faz até referver as consciencias; em que o arbitrio supplanta a razão; em que a sinceridade e a verdade são apodadas de tolice, e a mentira e a insidia são cotadas como habilidade; em que aos desregramentos na administração não corresponde a responsabilidade ministerial, séria e effectiva; em que o dever não é uma religião, e apenas uma maçada; em que o exercicio do mando é menos uma nobre ambição patriótica do que um arranjo, ou funesto vicio d'alma; em que a moralidade é um fedôr, e a falta de escrupulos uma regra de vida; em que as vaidades fatuas e as cobiças nunca bastante saciadas põem em chéque todas as boas vontades cheias de abnegação; em que a austeridade é troçada pelo scepticismo, e os ladinos triumpham; em que á subserviencia nos caracteres corresponde o egoismo nas almas; em que os governantes tudo ousam, porque os governados tudo soffrem; em que a lei não é devidamente respeitada, nem a liberdade sinceramente amada; prestar hoje cultos á justiça, repito, é quasi estar fóra do tempo, em que vivemos, e d'este canto do espaço, em que nos agitamos.

Como fôr, porém. A fortuna adversa, os annos, o conhecimento dos homens e a experiencia das cousas trouxeram-me alguns desalentos e mais desillusões; mas não me levaram de todo a fé e a esperanza. Comquanto pareça que uma força mysteriosa, destino ou providencia, nos arrasta fatalmente para a perdição, como ás vezes ha outras forças, mysteriosas tambem,

que impellem os individuos e as nações, os povos e as raças para grandes e afortunados successos, eu ainda creio no poder e no influxo da liberdade e do direito, da verdade e do bem. Estas quatro forças dão como resultante a justiça, eterna e immortal, tão grande e tão forte que ás vezes convulsiona as nações e faz até estremecer a humanidade inteira, quando é fundamentalmente ultrajada ainda que seja n'um individuo só.

Quem attentar na situação actual do paiz hade reconhecer que o nosso mal estar é geral e sob todos os aspectos. E, se esta desditosa nação não tem de afundar-se no abysmo, á força dos erros e dos abusos dos seus dirigentes, e avergada tambem ao peso das proprias culpas, ou esmagada pela fatalidade das cousas, sempre mais poderosa do que a vontade dos homens, é preciso que isto mude para que d'esse mal estar geral, dos soffrimentos do maior numero, não haja de emergir alguma grande perturbação social, que leve a desolação e a ruina a toda a parte, confundindo na mesma vindicta justos e peccadores, culpados e innocentes.

Não se governa com artes, mas com actos.

A politica deve apoiar-se na força da justiça e na inviolabilidade do direito, na honestidade dos propositos e na honestidade dos processos, nas inspirações do bem publico e no amor da verdade e da legalidade, para não ser apenas uma sombria urdidura de intrigantes, ou triste e funesta machinação de egoistas, destinados á conquista ou conservação do poder, e sacrificando a taes propositos todos os principios e todos os respeitos.

Certamente a politica nem sempre é uma conjuncção de patriotas e menos ainda de santos ; mas tambem não deve ser nem parecer, em caso algum, uma associação de malfeitores.

Certamente a politica não tem a quietude dos lagos, e ao contrario é, pela sua propria indole, agitada sempre e não raro fremente como o mar ; não é a paz suave do paraizo, mas sim lucta incessante entre homens com ideaes diversos sobre o governo da sociedade. Será, porém, uma cousa immoral, quando se converter em

industria gananciosa, ou briga de ambiciosos em disponibilidade contra ambiciosos em exercicio; será uma cousa repugnante, sempre que, pondo em jogo todos os elementos ruins, que ha no fundo do ser humano, trazer á tona social os lódos das suas mizerias; e será uma cousa execravel mesmo, quando nos seus desvairamentos vituperar os homens, desacatar as mulheres, e não respeitar até o santo recato do lar domestico.

Sim, isto tem de mudar, com a vontade dos homens, ou pela força das cousas. São indispensaveis nova orientação e novos processos de vida, de alto a baixo, em tudo e em todos; e principalmente em cima, nos que superiormente mandam, porque os bons exemplos são tantos mais edificantes e salutaes e os maus exemplos são tanto mais deletorios e corrosivos, quanto mais do alto vêem, uns e outros.

Cumpramos todos a lei, governantes e governados, principes e vassallos, dirigentes e dirigidos: e colloque-se cada um no seu logar, sem prescindir de qualquer dos seus direitos, mas não faltando tambem a nenhuma das suas obrigações.

Recte et honeste vivere. Nem ha intelligencia e energia, e menos ainda allianças e couraçados, capazes de salvarem uma nação, se ella não fôr honesta.

E depois d'isto terminarei, dizendo que n'esta hora difficil, em que a estreiteza das circumstancias, em conjunção com outros factores de diversas raças, parece fechar as portas á esperanza, eu, já que mais não posso, quero ao menos em nome d'essa justiça, eterna e immortal, e ainda com fé na alma, renegar o grito desolador de Herculano — *Isto dá vontade de morrer* —, e exclamar como Galileo — *E pur se muove!*

SENTENÇAS

(DIREITO E PROCESSO CIVIL)

I

Summario. — As duas terças partes incommunicaveis, a que se referem os artigos 1:235.º e 1:109.º n.º 4.º do código civil, ficam pertencendo ao conjugue binubo, que as pode alienar. — Os filhos do segundo matrimonio concorrem com os do primeiro á herança d'essas duas terças partes. — As mesmas duas terças partes communicam-se com o conjugue do binubo, se os filhos do primeiro matrimonio fallecem durante a constancia do segundo. — Como se compõe a terça no caso do referido artigo 1:235.º

Procede-se ao presente inventario por fallecimento do inventariado C, que, tendo do seu primeiro matrimonio um filho B, casou em segundas nupcias com a inventariante D, que era solteira, resultando d'este casamento o filho F. — Não houve escriptura ante-nupcial; mas o inventariado falleceu com o testamento de fl. 12, em que deixou a terça dos seus bens á inventariante sua viuva. — Na descripção estão especificados os bens, que o inventariado tinha quando passou a segundas nupcias, e os que adquiriu depois por successão testamentaria de um irmão seu. Os mais bens descriptos ou eram da inventariante, ou foram adquiridos na constancia do segundo matrimonio, sem ser por doação ou herança dos ascendentes ou de outros parentes do inventariado.

Sem duvida alguma teem de ser applicados no caso dos autos os artigos 1:235.º e 1:109.º, n.º 4.º, do código civil.

*

O artigo 1:235.º, dispondo que «o varão, ou a mulher, que contrahir segundas nupcias (conjugue binubo), tendo filhos ou descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjugue, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes» ;

Não tem evidentemente relação alguma com as doações ou deixas em favor de outra pessoa, que não seja o conjugue do binubo, nem com as doações ou deixas de bens, que não sejam os especificados no mesmo artigo, regendo para estes casos, não elle, mas sim os artigos 1:492.º e 1:784.º do mesmo codigo ;

Refere-se nas palavras *doar-lhe* tanto ás doações entre vivos (artigo 1:456.º, como ás doações, que teem de produzir os seus effeitos por morte do doador e que estão sujeitas ás regras dos testamentos (artigo 1:457.º), comprehendendo assim as doações propriamente ditas e os testamentos ;

Na palavra *herança* abrange a successão testamentaria e a legitima, visto que não faz distincção alguma a tal respeito, não haver do razão para excluir a successão testamentaria por ser cousa imprevista, pois que inesperada é tambem a doação e o artigo referiu-se a ella especificadamente ; e

Nas palavras *outros parentes* comprehende quaesquer parentes successiveis, inclusivé os descendentes, que tambem são parentes inquestionavelmente.

Conforme os citados artigos 1:235.º e 1:109.º, n.º 4.º, o conjugue binubo, com descendentes de anterior ma-

trimonio, não pode communicar com o outro cônjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe, nem testar-lhe mais do que a terça parte dos bens, a que as mesmas disposições legaes se referem.

Isto, porém, não quer dizer que as duas terças partes restantes dos alludidos bens pertençam aos descendentes do anterior matrimônio, porque as mesmas disposições legaes não radicam n'esses descendentes a propriedade d'aquellas, como o artigo 1:236.º o faz, no seu caso, em favor dos irmãos germanos do filho fallecido. Nenhuma disposição do código civil sobre successão legitima exclue os filhos do segundo matrimonio do binubo de succederem em concorrência com os filhos do primeiro matrimonio nas alludidas duas terças partes, em contrario do disposto nos artigos 1:969.º, n.º 1.º, 1:981.º e 1:985.º a 1:992.º do código civil. E a successão legitima vem da lei, artigo 1:735.º; não pode ser deferida a quem a lei a nega, mas também não deve ser recusada a quem a lei a outorga.

A propriedade d'essas duas terças partes dos alludidos bens continua pertencendo ao binubo, porque nenhuma disposição legal percebeitua o contrario e o inibe de as alienar até. Da propria incommunicabilidade se deduz isto. Se o binubo communica com o cônjuge sómente uma terça parte dos bens, e não communica as outras duas terças partes, isto significa manifestamente que estas duas terças partes, que eram do binubo, continuam sendo suas, porque sem a propriedade não podia haver communhão nem incommunicabilidade.

E tanto assim é que, se os descendentes do primeiro matrimonio fallecerem durante a constancia do segundo, a communicação das mesmas duas

terças partes dá-se logo pela regra geral do artigo 1:108.º do código civil. A lei estabeleceu a incommunicabilidade d'estas duas terças partes, não por odio ás segundas nupcias, mas só como favor aos filhos de matrimonio anterior; pois que, quando o binubo não tem descendentes legitimos, não são applicaveis os artigos 1:235.º e 1:109.º n.º 4.º; e ainda porque mais odiosas serão as segundas nupcias da mulher quinquagenaria, e todavia o código civil só como favor aos filhos e outros descendentes da binuba quinquagenaria estabelece a prohibição de ella alienar duas terças partes dos bens, a que se refere o artigo 1:237.º, mantendo tal prohibição apenas enquanto existirem esses filhos e descendentes. Ora, *sublata causa, cessat effectus*: é a velha logica, e será a logica de sempre.

Se pois as duas ditas terças partes dos alludidos bens ficam sendo do inventariado, é claro que á sua morte pertencem a todos os seus descendentes successiveis, a B e F.

*

E agora, como o inventariado C deixou a terça dos seus bens á inventariante D, é preciso decidir como hade ser computada essa terça.

Relativamente aos bens descriptos, que não os que o inventariado tinha quando casou com a inventariante e os que depois houve por herança de seu irmão, não ha duvidas. Esses bens communicaram-se completamente entre os conjuges, e por isso ficou pertencendo metade d'elles á inventariante por direito proprio em virtude da communhão; e da outra metade, que faz parte da herança do inventariado, tem ella uma terça parte, por virtude do testamento d'este.

Pelo que respeita aos bens, que o inventariado tinha quando casou segunda vez e que depois adquiriu por herança de seu irmão, não se communicou entre os conjuges mais do que a terça parte, nem mais do que essa terça podia o inventariado doar ou testar em favor da inventariante, em vista do disposto nos artigos 1:109.º, n.º 4.º e 1:235.º citados. Mas, porque se communicou a terça parte, ficou assim pertencendo á inventariante por direito proprio uma sexta parte, ou seja metade da terça dos mesmos bens. E a outra sexta parte, ou seja a outra ametade da terça d'estes, deve ser deferida tambem á mesma inventariante por força do testamento do inventariado, em que lhe *deixon a terça dos seus bens*.

Esta clausula testamentaria não póde ser interpretada para mais do que fica dito, isto é, para a terça deixada no testamento ser calculada sobre a quota dos alludidos bens pertencente á herança, a qual quota é composta das duas terças incommunicaveis e da ametade da outra terça que se communicou; porque isso seria contra a disposição expressa do artigo 1:235.º, que não permite que ao conjuge do binubo possa em caso algum e por qualquer titulo pertencer mais do que a terça dos mesmos bens.

E tambem não deve a dita clausula testamentaria ser interpretada para menos do que se consignou, isto é, para a terça deixada no testamento ser calculada apenas sobre a sexta parte dos alludidos bens, vindo d'este modo a ser a terça da ametade da terça; porque isso seria contra a intenção do testador (artigo 1:761.º), que, deixando a terça d'esses bens á inventariante, quiz certamente que ella

ficasse com a maior quantidade possível dos mesmos bens, que podesse ser-lhe deferida em razão da terça, e que em face do artigo 1:235.º é toda a sexta parte dos bens a que elle se refere, pois que a outra sexta parte já a inventariante a tem por direito proprio em consequencia da communhão.

Assim, se o inventariado tivesse casado com a inventariante com separação de bens, podia elle depois doar ou testar em favor d'esta toda a terça dos bens, que tinha quando contrahiui as segundas nupcias e dos que adquiriu por herança de seu irmão. A disposição da terça valeria até ahi.

Tendo elle, porém, casado segundo o costume do reino, e communicando-se por isso uma terça dos mesmos bens, só podia o inventariado doar ou testar em favor da inventariante a metade da referida terça communicada, ou seja a sexta parte dos bens. A disposição da terça só vale então o montante d'esta sexta parte.

Outra qualquer pessoa poderia ter n'este ultimo caso maior quota nos bens em razão da terça, porque esta seria calculada para essa pessoa sobre as duas terças incommunicaveis dos bens, juntas á ametade da outra terça communicada.

A inventariante todavia não pôde receber em caso algum e por qualquer titulo, meação, doação e deixa, mais do que a terça dos mesmos bens, como é expresso no artigo 1:235.º; e por isso a terça disponível tem de ficar para ella reduzida ao montante da sexta parte dos bens, visto ter havido communhão da terça d'estes.

Estabelecido isto, a partilha é facil:

.....

II

Summario. — No pagamento das prestações censiticas não ha lugar ao abatimento da contribuição predial respeitante aos predios onerados. — Diferenças entre o contracto do censo consignativo e o contracto de emphyteuse. — Confessada pelo réu a obrigação de pagar a pensão censitica, a incidencia do onus recae no predio indicado pelo auctor, até prova em contrario.

.....

Confessam os réus na contestação a obrigação de pagar aos auctores o censo annual, de que se falla na petição da acção, bem como as prestações atrasadas, pedidas pelos auctores; e esta confissão, ratificada de mais a mais por termo, determina a condemnação dos réus na parte confessada — Codigo civil, artigos 2:408.º, 2:410.º e 2:412.º

Não ha lugar, porém, a qualquer abatimento de toda ou de parte da contribuição predial, que os réus tenham pago; porque, se tal abono se dá no caso da emphyteuse, pela razão de ao senhorio directo pertencer parte do dominio do prazo, como é expresso nos artigos 1:653.º e 1:675.º, § unico, do codigo civil, não tem lugar o mesmo abono no caso do censo consignativo, pois que nenhuma disposição o auctorisa e nem para tal ha fundamento, pertencendo ao censuario a propriedade plena do predio consignado ao pagamento das prestações censiticas — Codigo civil, artigo 1:644.º Esta consignação vale,

como garantia da pensão censitica, o que a hypoteca vale como garantia da divida hypothecaria.

E n'isto, assim como na circumstancia de a emphyteuse ser um contracto perpetuo e de poder ser temporaria a obrigação da pensão censitica, estão as differenças entre os dois contractos do censo consignativo e da emphyteuse.

Cumpre agora decidir, se o alludido censo, confessado pelos réus, está imposto nos predios d'estes, declarados para tal na acção.

Reconhecida e confessada a existencia do censo consignativo, como pelos réus está confessada e reconhecida a do censo consignativo de que se trata, forçoso é, porque é de direito antigo e moderno, que um determinado immovel sirva de garantia ao pagamento das respectivas prestações, sendo consignado n'elle o encargo d'esse pagamento.

Sem esta consignação não se comprehende mesmo a existencia do censo, assim como não ha fôro sem predio em que elle incida; mas os réus confessam que o censo existe: logo estão obrigados á consignação.

Não ha documentos, que provem a constituição do censo, que aliás é anterior á promulgação do codigo civil, e digam qual o predio em que incide; e por isso, e porque não é applicavel no caso dos autos o artigo 1:646.º d'este codigo, forçoso é admitir quaesquer meios de prova para demonstração d'aquella incidencia, sendo que, dada principalmente a circumstancia da confissão do censo, a lei que reconhece a existencia de um direito, não pode deixar de legitimar os meios indispensaveis para o seu exercicio.

Aos réus pertencem os predios indicados na acção

como obrigados ao censo, e, segundo os depoimentos das testemunhas dos auctores. o fallecido marido, pae e sogro dos réus, declarava que o dito censo estava imposto no Casal do Mó do qual fazem parte os predios articulados pelos auctores.

Não é licito aos réus recusarem esta declaração do anterior censuario, seu marido, pae e sogro, principalmente confessando e reconhecendo elles a existencia do censo.

Ora tal confissão ou reconhecimento estabelece em favor dos auctores a presumpção da verdade do seu allegado; presumpção essa que deve prevalecer emquanto os réus não mostrarem que é, n'outros predios seus que incide o censo reconhecido.

Sem duvida, o principio da liberdade da terra, invocado pelos réus, é justo e liberal; mas tambem o direito do censuista deve ser respeitado e garantido, e tanto mais que no caso dos autos os réus, confessando o censo, que impõe a consignação, não provaram e nem ao menos allegaram que elle incidisse em outros quaesquer immoveis seus, que não os indicados pelos auctores.

A cada um o que seu é. Quem se confessa censuario, reconhece implicitamente que algum immovel seu está onerado com o encargo respectivo. Nem pode deixar de ser. A presumpção é n'este caso em favor do censuista e não do censuario, ao qual não pode por isso aproveitar o argumento da liberdade da terra.

.....

III

Summario.—Em todos os casos em que se trate de divisão de coisa *commum*, a falta de citação de todos os interessados n'ella é nullidade insupprível do processo, apesar do disposto no artigo 2:186.º do código civil e no artigo 8.º do código do processo civil.— Interpretação do artigo 568.º d'este código.

.....
Cumpre agora conhecer da nullidade do processo, proveniente de não serem citados para a acção de fl. 2 diversos individuos, que, além dos réus, deviam por lei ser chamados a ella; nullidade essa arguida na allegação juridica dos réus, a fl. 73.

A presente acção ordinaria tende evidentemente á divisão de coisa *commum*, ou seja á partilha, entre auctor e réus, da agua explorada em uma mina aberta no campo do Machado, do auctor, para irrigação do campo do Pomar, pertencente tambem a este e do campo das Figueiras, que elle diz pertencer aos réus; e tanto que se conclue n'ella, pedindo a nomeação de partidores, que dividam a agua a meio entre auctor e réus.

Como assim, devera a dita partilha ser pedida em juizo pela fórmula declarada no artigo 568.º do código do processo civil; e só quando os réus, depois de citados, fizessem questão da posse ou dominio exclusivo da agua, é que haveria logar ao meio ordinario intentado.

Mas, pois que, nos termos do artigo 130.º n.º 5.º do mesmo código, só é nullidade insanável o emprego de processo especial quando a lei o não admite, e não ha disposição legal que decreta tal nullidade quando se recorre ao meio ordinario apesar de a lei prescrever um processo especial; e porque, sendo supprível tal nullidade, deve considerar-se supprida, por não se haver reclamado contra ella no prazo declarado no artigo 132.º § 2.º do referido código; não julgo com esse fundamento o presente processo nullo, embora outro pareça ser o direito estricto do § 2.º do artigo 568.º citado.

É todavia certo em face dos documentos de fl. 77 a 85 que o direito de propriedade do campo das Figueiras, que tem como pertença parte da agua da dita mina, não é dos réus, mas sim de seu filho e enteado C, assim como é certo, em face dos ditos documentos, que os réus e seus paes e sogros J e M são todos usufructuarios do mesmo campo e respectiva agua. E d'este modo são comproprietarios na propriedade, perfeita ou imperfeita, da mesma agua, segundo os artigos 2:187.º, 2:188.º e 2:189.º n.º 4.º do código civil, além dos réus usufructuarios, os ditos J e M usufructuarios tambem, e o referido C proprietario.

Ora, pretendendo o auctor effectuar a divisão da dita agua commun, em que é tambem comproprietario, parece-me claro e ineluctavel, em vista do disposto nos artigos 2:180.º e 2:181.º d'este código e no artigo 568.º do código do processo civil, que elle devia chamar á acção, não só os réus, mas tambem estes tres individuos ultimamente mencionados, por todos elles serem comproprietarios na propriedade, perfeita ou imperfeita, da agua partilhanda.

O citado artigo 568.º diz que o comproprietario, que pretender a divisão da coisa commun, requererá a citação dos *outros interessados*. Estas palavras grifadas querem evidentemente dizer — todos os interessados na divisão da coisa commun. Podia elle dizer *todos os interessados*, como o artigo 2:193.º do código civil disse *todos os quinhoeiros* no seu caso; mas em verdade a palavra *todos* não era precisa no contexto do artigo 568.º para que elle significasse a mesma ideia. Os interessados são uma generalidade e não uma fracção. Quem diz *os outros interessados*, sem fazer qualquer restrição, diz todos os interessados.

Tal e qual como na hypothese do artigo 740.º § 6.º do código do processo civil, onde se manda intimar os interessados na divisão do predio commun; e só porque ali não se falla em *todos* os interessados, ninguém dirá que essa disposição legal não se refere aos interessados todos. Tal e qual como nos casos dos artigos 555.º, 559.º § 2.º e 566.º do mesmo código do processo.

Em vista, portanto, do que fica exposto, e pois que os referidos C, J e M, comproprietario um e usufructuarios os outros da agua partilhanda, não foram chamados á causa, e tendo em attenção o que se dispõe no artigo 130.º n.º 2.º d'este código; é forçoso concluir pela nullidade do processo.

Nem contra isto prevalecem o artigo 8.º do código do processo civil e o artigo 2:186.º combinado com o artigo 2:016.º do código civil.

O artigo 2:016.º «permite a cada coherdeiro pedir a totalidade da herança, a que fôr chamado juntamente com outros, sem pue o *demandado* possa oppôr-se com o fundamento de que ella não lhe pertence por inteiro»; e não dispõe mais nada.

Este artigo não auctorisa o coherdeiro a pedir a totalidade da herança a outro coherdeiro, que acaso a tenha em si, e sómente a terceira pessoa, que esteja de posse da mesma herança; porque, se o *demandado* fosse coherdeiro, poderia este oppôr com justo fundamento o seu direito, que é pelo menos igual ao do *demandante*.

Tambem o mesmo artigo não auctorisa manifestamente o coherdeiro a pedir separadamente a sua parte na herança a outro coherdeiro ou a terceira pessoa. Isso importava partilha da herança, que não se comprehende bem sem citação de todos os interessados n'ella.

Conformemente a isto, o artigo 2: 185.º, que dá ao comproprietario, com relação á coisa commum, os direitos de que gozam os herdeiros na partilha da herança, permite assim que o comproprietario reclame de um terceiro a entrega da coisa commum, sem que este possa oppôr-lhe a excepção, de que a mesma coisa não lhe pertence por inteiro; mas não o auctorisa a pedir separadamente a essa terceira pessoa, ou a outro comproprietario, a parte que possa pertencer-lhe na dita coisa commum, porque isso importaria já divisão d'esta, a qual divisão não faz sentido racional e juridico sem o chamamento de todos os comproprietarios para ella.

E relativamente ao artigo 8.º do codigo do processo civil, pelo qual «é permittido a qualquer dos interessados pedir separadamente a parte que lhe competir na responsabilidade commum», parece-me claro, em vista do seu contexto, que elle não rege a hypothese de o credor, quando ha diversos responsaveis em commum, poder demandar separadamente cada um d'elles pelo que lhe competir na

divida de todos ; e sómente regula o caso de um concredor poder demandar separadamente o devedor pela parte, que lhe pertencer na responsabilidade d'este devedor commum a todos os credores.

Ora esta hypothese, regulada no citado artigo 8.º, não é positivamente a dos autos, em que os réus não se podem dizer, com relação á agua partilhanda, devedores communs perante e para com um grupo de credores, entre os quaes o auctor, pois que os proprios réus são tambem credores ou seja usufructuarios da dita agua.

Ainda, porém, que o mesmo artigo 8.º abrangesse a hypothese dos autos, não aproveitaria elle ao auctor para se haver como dispensado de fazer citar para o pleito os outros já ditos interessados, C, J e M, além dos réus, porque a lei manda, como já foi consignado, que a divisão de cousa commum seja feita com citação de todos os interessados.

N'estes termos e com estes fundamentos, e por muito que eu desadore a annullação de processos, tenho de concluir pela nullidade d'estes autos. Exige-o assim a lei, que de mais a mais é racional e justa n'esse preceito.

.....

IV

Summario. — A herança do ausente ha mais de vinte annos pode pedir-se pelo processo do artigo 414.º do codigo do processo civil. — Dada tal ausencia, já não tem logar a curadoria definitiva.

.....

Os auctores não requereram que se lhes deferisse a curadoria definitiva dos bens de F., mas sim que nesses bens lhes fossem entregues como unicos e legitimos successores d'este individuo, ausente ha mais de trinta annos. Pediram a herança d'este, e fizeram bem.

A curadoria definitiva não podia legalmente ser requerida pelos auctores desde que elles allegaram a ausencia de mais de vinte annos. Com o lapso de vinte annos, que segundo os artigos 78.º n.º 4.º, 73.º, 80.º, 83.º e 87.º do codigo civil, devem contar-se, não desde o deferimento da curadoria definitiva, mas desde as ultimas noticias do ausente, presume-se e considera se fallecido este individuo. E como por isto não podia ter logar a curadoria do ausente F., porque a não ha de homem morto, cumpria que os auctores pedissem, como pediram, a herança do ausente na qualidade de unicos successores legitimos d'elle.

Não usaram, porém, os auctores do processo ordinario, e sim do processo especial do artigo 414.º

do código do processo civil. E estará por isso nullo este processo nos termos do artigo 130.º n.º 5.º do mesmo código?

Um tribunal superior julgou ultimamente que o citado artigo 414.º é applicavel sómente ao caso em que, *tendo havido a curadoria judicial* e finda ella por qualquer dos modos declarados no artigo 78.º do código civil, os curadores ou herdeiros peçam a successão e entrega dos bens sujeitos a essa curadoria.

Não concordo.

No referido artigo 414.º nada indica que o seu uso e applicação dependam do previo deferimento da curadoria, sendo que elle, a meu juízo, legisla precisamente para o caso de *não ter havido curadoria definitiva* quando se requeira a successão ou entrega dos bens do ausente, que se considera morto, ou por elle ter completado noventa e cinco annos de idade, ou porque a sua ausencia é de mais de vinte annos.

E se o código do processo civil não quizesse regular no artigo 414.º esta hypothese, mas sim aquella a que se refere o tribunal alludido, seria então a mesma disposição legal um pleonasma e até uma discordancia na lei; porque, para o caso de ter havido curadoria definitiva quando se pedisse a herança do ausente, e de ter de julgar-se terminada a mesma curadoria por se considerar morto o ausente, lá estava o artigo 416.º do mesmo código, que de mais a mais estabelece evidentemente uma forma do processo diversa d'aquella, que é facultada no artigo 414.º

Quando ha curadoria definitiva e chega o momento de se considerar fallecido o ausente, ou

porque a ausencia é superior a vinte annos, ou porque elle completou noventa e cinco annos de idade, julga-se terminada a curadoria pela forma prescripta no artigo 416.º, ficando os bens, sem caução, em poder dos curadores, que são os herdeiros presumidos.

Se não ha curadoria definitiva, e o ausente se presume legalmente morto, não ha logar em tal caso a requerer-se a curadoria; e a successão ou entrega dos bens do ausente é deferida então pela forma do processo ordinario ou pela prescripta no artigo 414.º, que ambas ellas podem ser usadas sem perigo de nullidade, como se deprehende do artigo 4.º § unico e do artigo 130.º n.º 5.º do codigo do processo civil.

Usar-se do processo do artigo 414.º no caso de ter havido previamente curadoria, era contrariar manifestamente o artigo 416.º E pois que não deve haver disposições superfluas e menos ainda contradictorias, forçoso é concluir que o artigo 414.º rege para um caso diverso do artigo 416.º, isto é, para a hypothese de não ter havido curadoria, quando, presumindo-se morto o ausente, se pede a successão d'elle ou a entrega da sua herança.

A petição de herança deve, em regra, ser demandada pelo processo ordinario. Como excepção, porém, a successão ou entrega dos bens do ausente, que se considera morto, pode ser requerida tambem pelo processo especial do artigo 414.º, se antes não tiver sido deferida a curadoria definitiva. Foi isto uma innovação da moderna lei do processo.

Em vista do exposto, e porque os auctores provaram que o dito F. está ausente ha mais de vinte

annos desde as ultimas noticias d'elle, e pois que esta ausencia faz legalmente presumir o fallecimento d'aquelle individuo, segundo os artigos 78.º, n.º 4.º, 79.º e 87.º do codigo civil; tenho que é admissivel e competente o processo especial do artigo 414.º do codigo do processo civil, intentado pelos auctores, para haverem a successão ou entrega dos bens do ausente, não obstante a falta de curadoria previa, ou seja por isso mesmo.

.....

V

Summario. — Interpretação do artigo 2:495.º do código civil. — Um documento pode ser nullo a respeito de um dos contractos n'elle celebrados, e valido em relação aos outros contractos também n'elle effectuados.

.....

Certamente na escriptura publica de fl. ha dois contractos de doação para casamento, ambos diversos, porque são differentes as pessoas, que n'elles outorgaram, e differentes os objectos d'esses contractos. N'um d'elles os paes do noivo doaram a este alguns dos seus bens ; doação que foi devidamente acceite. No outro contracto os paes da noiva doaram-lhe diversos bens seus, sendo também acceite esta doação. E' certo egualmente que o pae da noiva não assignou a escriptura, nem por si nem por meio de outrem a seu rogo, assim como o é que a rogo da mesma noiva e de sua mãe assignou a mesma pessoa. São estes os factos, que ha a ponderar para se julgar afinal, se a dita escriptura é completamente nulla, ou sómente o é pelo que respeita á doação feita á noiva, sendo valida emquanto á doação feita ao noivo.

Evidentemente a doação feita á noiva está nulla por virtude do disposto no artigo 2:495.º n.º 4.º do código civil. Na respectiva escriptura não assignou o doador, pae da noiva, nem outrem a seu rogo ; e

além d'isso a rogo da mãe doadora e da noiva donataria assignou um só individuo, que não pode simultaneamente representar a doação e a acceitação, o doador e o donatario, pela regra elementar de direito de que ninguem pode contractar consigo mesmo.

Tal nullidade, porém, não alcança o documento todo, não lhe illide a força probatoria a respeito da outra doação feita ao noivo. Comquanto o citado artigo 2:495.º n.º 4.º declare nullos os documentos extra-officiaes pela falta de assignatura das partes ou de outras pessoas a seu rogo, tal disposição deve ser entendida de modo que não produza contra-senso.

Sendo incontrovertivel que no mesmo instrumento podem ser celebrados diversos contractos entre as mesmas ou differentes pessoas, porque nenhuma lei a tal se oppõe; sendo tambem certo que os alludidos documentos extra-officiass são destinados a provar a realisacão de todos os actos juridicos n'elles effectuados; e não podendo duvidar-se egualmente de que o util não se vicia pelo inutil e de que os contractos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos: tenho para mim que a falta de assignatura de alguma das partes n'um dos contractos celebrados em um documento só induz a nullidade d'este documento com relação a tal contracto, e não lhe illide a força probatoria a respeito dos outros contractos lá celebrados tambem, se estes não dependem d'aquelle e a seu respeito foram observados e cumpridos os precisos e legaes requisitos.

Ha vicios dos referidos no artigo 2:495.º, que tornam absolutamente nullo o documento extra-of-

ficial; taes são a falta de duas testemunhas instrumentarias e a falta de assignatura do official publico. Ha, porém, outros vícios, que não podem nem devem importar mais do que a nullidade do documento com relação a determinado acto juridico dos lá celebrados, ao qual sómente affectam, sob pena de monumental desacerto; taes são a falta de assignatura de uma das partes em um dos contractos effectuados no documento, e a falta de menção da procuração de um dos outorgantes no mesmo contracto, se o acto foi celebrado por procurador.

Que relação de dependencia ha entre a doação feita ao noivo e a doação feita á noiva na escriptura publica de fl. ..., que venho apreciando? Que ha de *commum* n'estes dois contractos?

Ora, se a doação feita ao noivo não depende da doação feita á noiva. e se a dita escriptura publica tem todos os requisitos legaes para prova d'aquella doação, só injusto e insensato seria declarar-se nullo o documento em razão de um vicio, que só affecta directa e essencialmente o contracto de doação feito á noiva.

Esta jurisprudencia, que ha pouco tempo consignei já em outro julgado meu, causou estranheza a um jurisconsulto illustre. Continuarei todavia a adoptal-a pelos fundamentos, que a legitimam e que ficam expostos.

E ha de parecer sempre que a contraria interpretação dada ao artigo 2:495.^o é verdadeiramente a *summa injuria*, porque, ultrapassando a regra do *stricti juris*, chega a ser mais do que o *summum jus*.

.....

VI

Summario — Quem intenta uma acção executiva para a exigencia de fóros deve ser julgado parte illegitima, se não junta o titulo da respectiva emphyteuse, não valendo por este o titulo de um contracto de arrendamento perpetuo. — São nullas e tambem não legitimam o auctor as escripturas publicas, d'onde constem contractos, que importam transmissão de bens emphyteuticos, não se mostrando paga a contribuição de registo relativa ao laudemio. — Os arrendamentos perpetuos eram prohibidos pelo direito antigo, e não são auctorisados pelo codigo civil. — A certidão do registo, não cancellado, tambem não legitima o auctor na acção executiva por fóros, se é nullo o titulo em virtude do qual foi feito o mesmo registo, ou se do titulo consta que o réu deve rendas, quando o que se pede são fóros.

.....

O que tudo visto, cumpre julgar; e como a primeira cousa de que o juiz deve certificar-se é a legitimidade das partes, della vou por isso conhecer, sendo que de mais a mais foi deduzida nos embargos a illegitimidade dos embargados para a presente acção.

Pela petição inicial mostra-se que os embargados, intentando a acção executiva do artigo 615.º do codigo do processo civil, pedem aos embargantes o pagamento do *foro* annual de litros 619,86 de milho, relativo aos annos de 1879 e 1881, fôro esse que pela dita escriptura de 1859 dizem imposto no pre-

dio, articulado na dita petição e penhorado na mesma acção executiva, e do qual fôro os embargados se dizem senhores pela compra que d'elle fizeram pelas referidas escripturas de 1875 e 1881 aos herdeiros de E, em favor da qual fôra imposto n'aquella escriptura de 1859.

Ora, lendo-se com attenção esta ultima escriptura, observa-se que nella se pactuou um contracto de *arrendamento* do referido predio pela *renda* annual de 35 alqueires de milho, e não um contracto de *emphyteuse*, como os embargados pretendem, pois que pedem *fóros*. E como a *renda* é cousa essencialmente diversa do *fôro*, e tão diversa como são differentes os contractos de arrendamento e de *emphyteuse*, pois que neste se transfere parte do dominio para o foreiro, e n'aquelle fica o dominio inteiro no senhorio; e como os embargados não podiam pelas ditas escripturas de 1875 e 1881 adquirir, na qualidade de representantes de E, outorgante na escriptura de 1858, mais direitos do que ella tinha por esta escriptura; tenho como certo que os embargados não se legitimaram nos termos do citado artigo 615.º com documento authenticico ou authenticado para pedirem *fóros*, quando só de *rendas* falla esta escriptura.

Ninguém pode ser condemnado a pagar fóros, se o que deve são rendas; e quem pede aquelles é sem duvida alguma parte illegitima para tal, se não mostra com titulo bastante que esses fóros lhe são devidos, não valendo por esse titulo um outro, em que se hajam estipulado rendas.

Há mais. Na escriptura de 1859 pactuou-se evidentemente um arrendamento perpetuo do predio articulado. Ora, comquanto algum praxista antigo,

de incontestavel auctoridade, diga que nenhuma lei prohibe o arrendamento perpetuo, eu não conheço lei alguma, antiga ou moderna, que auctorisce tal arrendamento, que me parece contrario á ordenação liv. 4.º, tit. 54.º, e certamente é reprovado pelo artigo 1:595.º do codigo civil.

E, se a lei de 4 de julho de 1776 mandou regular pelos principios do contracto da locação, e não da emphyteuse, os aforamentos perpetuos de terras cultivadas e casas feitas, como era o predio articulado, considerando assim como arrendamentos perpetuos taes aforamentos, essa lei não é applicavel á hypothese da fallada escriptura de 1859, porque n'esta se estipulou um arrendamento perpetuo e não um aforamento, e tambem porque tal lei, estatuinto um regimen especial para as colonias agricolas do Alemtejo, não pode fixar a regra geral dos arrendamentos perpetuos.

Logo, se o contracto de arrendamento perpetuo era prohibido pela legislação anterior ao codigo civil, e tambem o é por este codigo, parece-me fóra de duvida que a dita escriptura de 1859 não pode legitimar os auctores e embargados para a acção executiva, que intentaram ; porque, alem de ella não fallar de fóros e só de rendas, contem um contracto prohibido por direito antigo e moderno.

Mais ainda. Lendo-se a mesma escriptura de 1859, observa-se que ahi não se encontra a assignatura do réu embargante C, ou de outra pessoa a rogo d'elle, que foi outorgante na mesma escriptura e parte no contracto, em nome do qual os embargantes são demandados. E esta falta torna nulla a mesma escriptura nos termos da ordenação liv. 1.º tit.

78, e artigo 2:495 n.º 4.º do código civil, não podendo por isso tal documento legitimar os embargados para a acção que intentaram.

Alem d'isto, mostrando-se pelas escripturas de 1859, 1875 e 1881 que o predio articulado na acção era já foreiro ou emphyteutico, quando se celebrou a primeira escriptura e se effectuaram as posteriores, o que os embargados tambem reconhecem na contestação dos embargos; e não se mostrando pelas escripturas de 1875 e 1881 que os embargados pagassem a contribuição de registo por titulo oneroso devida pelo laudemio, nos termos do artigo 7.º n.º 8.º do regulamento de 30 de junho de 1870, em razão da transmissão operada por estas escripturas; tenho ainda como certo que, não podendo ellas produzir quaesquer effeitos em juizo, segundo o disposto no artigo 14 d'este regulamento, as ditas escripturas de 1875 e 1881 não legitimam os embargados na presente acção executiva como representantes de E.

Os auctores embargados apresentaram tambem o certificado do registo, pelo qual se prova que em favor d'elles foi registada, no predio articulado e penhorado na presente acção executiva, em 17 de fevereiro de 1881, a referida *renda annual* de litros 619,86 ou 35 alqueires de milho. Todavia, apesar do disposto no artigo 615.º § 2.º do código do processo civil e no artigo 965.º do código civil, tenho tambem como seguro que a dita certidão do registo não obsta á illegitimidade dos embargados pelos seguintes fundamentos.

O registo não cria direitos, e não os dá por isso alem dos titulos em virtude dos quaes foi effectuado,

assegurando sómente aquelles que emergem dos mesmos títulos.

A falta de cancellamento não tem mais effeitos do que o proprio registo; e nem uma nem outro sanam as irregularidades e nullidades dos titulos e actos juridicos, a que respeitam.

E, como foi já demonstrado, os embargados não tinham direito algum a pedir fóros; — é reprovado em direito o contracto de arrendamento perpetuo constante da escriptura de 1859, a qual por isso não pode servir como titulo sufficiente dos direitos transmittidos pelas escripturas de 1875 e 1881; — e nenhuma d'estas tres escripturas pode produzir effeitos em juizo.

N'estes termos é forçoso concluir pela illegitimidade dos embargados para intentarem a presente acção executiva.

.....

VII

Summario: — O instituído em qualquer quota certa da herança, mas indeterminada emquanto ao valor ou objecto, é herdeiro e não legatário — A parte da terça, que caduca pelo fallecimento de um dos tercenários, accresce aos outros tercenários e mais herdeiros instituídos, e não aos herdeiros legítimos — Interpretação dos art. 2:736.º e 1:796.º do código civil.

Cumprê resolver a seguinte questão, de que depende a fôrma de partilha: — a parte da terça da inventariada, que deveria pertencer a seu filho J, se não fallecesse antes d'ella, accresce aos outros seus filhos A e M, também instituídos na terça, ou tem de ser dividida por estes e pelos mais filhos da mesma inventariada?

Se o tercenário é legatário, não se dá em favor de A e de M, na qualidade de tercenários, o direito de accrescer relativamente á parte da terça, que pertenceria a J, se não morresse antes da inventariada, porque entre legatários não ha direito de accrescer, código civil artigo 1:854.º; e por isso essa quota de J vem em favor de todos os herdeiros legítimos d'esta.

Mas, se o tercenário é herdeiro, então a quota de J accresce aos outros tercenários A e M sómente, por virtude do artigo 1:852.º do mesmo código, o qual sem duvida alguma se refere aos herdeiros

instituidos apenas, e não aos herdeiros que succedem por vocação da lei.

*

Por mim entendo que o tercenario é herdeiro e não legatario ; porque o legatario é, codigo civil artigo 1:736.º, aquelle em favor de quem o testador dispõe de valor ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles, requisitos estes que se não dão na disposição respeitante á terça ou sexta ou outra quota parte da herança, as quaes quotas são incertas no quantitativo e indeterminadas nos objectos, que as hão de compor ; e porque herdeiro é, citado artigo 1:736.º, aquelle que succede na totalidade da herança, ou em parte d'ella sem determinação de valor ou objecto, definição esta que se ajusta perfeitamente á entidade tercenario, ou ao instituido em outra quota parte da herança, os quaes, embora succedam em uma quota certa da herança, que no caso do tercenario é a terça d'ella, não tem na respectiva disposição testamentaria nem o *quantum do valor*, nem a *especificação do objecto*.

A leitura dos artigos 1:791.º a 1:857.º do mesmo codigo tambem convence d'isto, ou seja de que é do character do legado a determinação do valor ou do objecto ; requisito este que não se dá quando se dispõe apenas da quinta ou vigessima parte da herança por exemplo, sem se precisar o objecto ou fixar a quantia.

Mais ainda. O legatario, pagas as dividas da herança, recebe sempre pelo remanescente d'esta o seu legado no todo ou em parte, emquanto que o tercenario, assim que os mais herdeiros, instituidos ou legitimos, com excepção dos legitimarios, só re-

cebem pelo que sobrar depois de satisfeitos os legados, código civil artigo 1:792.^o Podem o tercenario e mais herdeiros nada haver, mas o legatario recebe sempre todo ou parte do seu legado, se as dividas não absorvem a herança.

Além d'isto o legatario levanta o legado sem pagar a quota correspondente de dividas do auctor da herança, excepto no caso do artigo 1:794.^o do código civil, em que todos os legatarios são havidos como herdeiros; e o tercenario paga sempre a terça parte das dividas.

Ora, se o tercenario não fosse equiparado ao herdeiro, mas sim ao legatario, havia de receber sempre como este a sua quota na herança, e pro-rata, se o rateio fosse necessario, código civil artigos 1:795.^o, 1:789.^o e 1494.^o, e jámais ser preferido *sempre* pelo legatario; e havia de em tal caso o legatario ser equiparado ao tercenario para pagar tambem, como este, a sua respectiva parte nas dividas.

E finalmente, confrontando se os artigos 712.^o § 1.^o, 714.^o e 715.^o do código do processo civil, conhece-se tambem que o tercenario é uma entidade completamente distincta do legatario. Aquelle responde sempre ácerca da partilha, intervem na conferencia de que falla o artigo 714.^o, tem o direito de licitar, e é ouvido em todos os incidentes do inventario; ao passo que o legatario não responde ácerca da partilha, não licita, e só intervem na alludida conferencia para approvar dividas e regular a fôrma do seu pagamento no caso restricto do artigo 715.^o citado.

E a isto accresce que o legatario não tem direito a requerer inventario da herança, nem por causa d'elle, sendo menor ou pessoa a este equiparada, ha obrigação de fazer inventario officioso; emquan-

to que o tercenario tem aquelle direito, e, sendo menor, dá origem a esta obrigação, pois é indispensavel liquidar a quota que lhe pertence na herança.

*

Contra isto argumenta-se com o disposto no artigo 1:796.º do codigo civil ; — e dizendo se mais que em nenhum artigo d'este codigo se estabelece, como caracteristica do legado, que este esteja já liquidado quando é estabelecido, bastando que elle possa liquidar-se depois por meio de inventario e partilha ; — e dizendo-se ainda que, na hypothese de o auctor da herança ter herdeiros legitimarios, todos os instituidos na parte disponivel são legatarios, porque a parte disponivel é fixa e certa na lei.

O primeiro argumento não procede. Embora o artigo 1:796.º estatua que, «se o testador houver disposto só de certa e determinada parte da herança, será esta parte havida como legado», d'ahi não vem damno á opinião que estou defendendo. Se o artigo 1:796.º se considerar subordinado ao artigo 1:736.º, onde se define o que é herdeiro e o que seja legatario, é este afinal o dominante, e é de accordo com elle que o outro artigo tem de ser interpretado. Se o artigo 1:796.º for considerado como excepção a regra do artigo 1.736.º, o que parece razoavel, regendo a hypothese de o auctor da herança dispor só de certa e determinada parte d'esta, podendo aliás dispor de toda ella, a excepção confirmará a regra, e o artigo 1:796.º não servirá positivamente para a hypothese de o auctor da herança com herdeiros legitimarios haver disposto de toa a sua quota disponivel, pois que elle não podia dispor do resto da

herança, código civil artigos 1:784.º § unico, 1:785.º n.º 2.º e 1:787.º (*)

Contra a afirmação contida no segundo argumento creio que pode oppor-se com vantagem a disposição do artigo 1:736.º e quasi por inteiro a secção 4.ª do capitulo 2.º, livro 3.º, parte 2.ª do código civil. Infere-se d'ahi, a meu ver, que foi proposito mani-

(*) Presentemente intendo a tal respeito o seguinte:

O artigo 1:796.º do código civil não deve ser intepretado no sentido de ser havido como excepção do artigo 1:736.º, e de ser applicavel sómente quando o auctor da herança dispoz apenas de uma certa e determinada parte d'esta, não dispondo do resto, porque não quiz ou não podia, ou ainda não dispondo de toda a sua quota disponível no caso de haver herdeiros legitimarios.

Em verdade não ha razão para que o instituido em uma certa quota da herança seja herdeiro ou seja legatario, conforme o auctor da mesma herança tenha disposto ou não de tudo aquillo de que podia dispor validamente. O criterio legal para se differenciar o herdeiro do legatario não é a maior ou menor extensão da deixas.

Se o artigo 1:796.º tal disposesse claramente, havia de cumprir-se. Não o dispõe todavia assim, pois que, embora a palavra *só*, do mesmo artigo, possa significar que, no seu caso, o testador não dispoz de tanto quanto podia dispor, as outras palavras *certa e determinada parte da herança* não são manifestamente equivalentes das palavras do artigo 1:736.º *uma parte d'ella* (herança), *sem determinação de valor ou de objecto*, referentes aos herdeiros sómente, e antes, sem violencia alguma, devem considerar-se correspondentes ás outras palavras d'este artigo *de valor ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles*, que respeitam ao legatario apenas.

Deixar *parte certa e determinada* de uma herança é alguma cousa mais precisa e definida do que deixar uma quota da mesma herança, por exemplo a terça, a decima ou vigesima parte, *incerta no valor e determinada no objecto*. Sem duvida alguma.

E por isto intendo que o artigo 1:796.º deve ser interpretado em harmonia com o artigo 1:736.º, tomando-se as palavras d'aquelle — *certa e determinada parte da herança* — como equivalentes das palavras d'este — *valor ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles*.

festos do legislador consignar, como característica do legado, que a disposição seja de valor ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles, e não deixar dependente de futura liquidação em inventario e partilhas a fixação do valor ou a verificação dos objectos legados.

E parece-me que é igualmente improcedente o ultimo argumento, porque no codigo civil não ha disposição alguma no sentido de declarar que, havendo herdeiros legitimarios, todos os mais successores do auctor da herança sejam legatarios. E apesar de ser certa pela lei a quota disponivel, isso não é por si bastante para denominar-a legado, de cuja essencia é que na respectiva disposição testamentaria fossé precisado o valor ou especificado o objecto.

*

De tudo isto concluo que o tercenario não é legatario, nem mesmo no caso de se tractar de herança a que concorra com herdeiros legitimarios, e que é forçoso consideral-o como herdeiro, pois que a lei vigente não reconhece outra qualidade de successores além dos d'estas duas especies.

Conforme esta jurisprudencia, sendo herdeiros os tercenarios instituidos no testamento da inventariada, e vista a disposição do artigo 1:852.º do codigo civil, que evidentemente se refere apenas aos herdeiros instituidos, e não aos legitimos e legitimarios, a parte da terça da inventariada, que pertenceria a J, fallecido antes d'esta, accresce aos outros tercenarios A e M, e não aos herdeiros legitimarios da mesma inventariada.

.....

VIII

Summario: — O certificado do registo só por si não é bastante, sem a exhibição de titulo exequivel, para fundamentar artigos de preferencia. — O registo não dá direitos, que não constem de respectivo titulo. — Os effeitos do registo não podem retrotrahir-se a tempo anterior á data d'elle. — Interpretação do artigo 907.º e § unico do codigo civil.

.....
Desattendo no presente concurso o articulante M pelos fundamentos seguintes.

As pensões ou prestações, cujo pagamento elle pede, são o censo reservativo de que falla o artigo 1:706.º do codigo civil, como se declara nos artigos de preferencia; censo esse que foi constituido pela referida escriptura publica de 1854;

Para o articulante M poder ser admittido como preferente, era preciso que se legitimasse, nos termos do artigo 934.º do codigo do processo civil, com titulo exequivel, do qual constasse que as alludidas prestações censiticas tinham sido reservadas nos bens arrematados;

Mostra-se pela fallada escriptura publica de 1854 que o dito articulante, doando ao seu dito filho B, fallecido marido da executada C, os seus bens sitos nos limites do logar do Pereiro de Cima e os seus bens sitos no logar do Pereiro de Baixo, reservou

n'aquelles a referida pensão annual ou censo, e *nestes* o usufructo vitalicio ;

Os bens arrematados, sobre cujo producto pende o presente concurso de credores, são os situados no logar do Pereiro de Baixo, em que o articulante não reservou prestação ou pensão alguma censitica, e sómente o usufructo vitalicio de que não se tracta aqui :

Logo, o mesmo articulante não se legitimou devidamente com titulo exequível, d'onde conste que as pensões censiticas pedidas foram reservadas nos bens arrematados, que não são os do Pereiro de Cima, nos quaes ellas foram realmente reservadas; e por tanto os artigos de M não podem ser attendidos.

E' verdade que o conservador registou o alludido censo reservativo como hypotheca legal—codigo civil artigo 880.º n.º 1.º e artigo 907.º — nos predios arrematados, e que esse registo não está cancellado.

Mas, não obstante o disposto no artigo 965.º do mesmo codigo, porque a falta de cancellamento não pode ter mais effeitos do que o proprio registo, e porque este não cria direitos e sómente garante os que se derivam do titulo em virtude do qual é effectuado; parece-me incontrovertivel que o alludido registo, effectuado pelo conservador nos bens arrematados, não prevalece contra a dita escriptura publica de 1854, a qual não dá ao articulante M direito algum a receber pelo producto dos mesmos bens as pensões censiticas pedidas, que sem duvida alguma foram reservadas *n'outros bens differentes*, nos que são situados no Pereiro de Cima.

Accresce que, ainda no caso de as prestações pedidas haverem sido reservadas nos bens arrematados, — tendo a hypotheca do exequente A sido

registada n'elles em 17 de julho de 1875, e por isso anteriormente ao registo do censo do articulante M, que só foi effectuado em 2 de março de 1877, — e não chegando o producto dos mesmos bens para pagar o capital exequendo; — nunca M poderia receber qualquer quantia por este producto. Determina-o assim o artigo 1:017.º do codigo civil, segundo o qual, no concurso de hypothecas entre si, o pagamento é feito pela ordem da prioridade do registo. E por isto preferiria sempre a hypotheca do exequente com registo mais antigo.

As dividas de censos relativas aos dois ultimos annos e ao corrente gozam, em verdade, do privilegio mobiliario especial nos fructos dos predios rusticos *respectivos*, nos termos do artigo 880.º n.º 1.º citado; e, segundo o artigo 907.º e § unico do codigo civil, os creditos privilegiados tem hypotheca legal todas as vezes que se acharem registados como creditos hypothecarios, não perdendo o privilegio pelo facto do registo.

Todavia d'aqui, e pois que não se tracta do pagamento das prestações censiticas pelos fructos dos predios *respectivos*, não se deduz que o articulante deva ser pago d'estas prestações pelo producto da arrematação com preferencia a outros credores, que tinham hypotheca com registo anterior ao da hypotheca legal do mesmo articulante.

O credito mobiliario privilegiado por dividas de censos só alcança a natureza de credito hypothecario desde o registo, e assim deve ser preferido em concurso de creditos hypothecarios pelos que antes hajam sido registados nos *respectivos* bens immoveis. Nem o artigo 1:017.º tem limitação alguma, não admittindo por isso qualquer excepção.

E comquanto esse credito não perca pelo facto do registo o privilegio mobiliario, isto significa apenas que elle gosa simultaneamente das duas garantias, de credito mobiliario com relação aos fructos, e de credito hypothecario com relação ao fundo dos predios, para essas garantias serem attendidas conforme as regras geraes de preferencia estabelecidas na lei.

Nenhuma disposição legal consente que os effeitos do registo se retrotráiam a tempo anterior á data d'este; que seria isso contrariar e até negar a propria natureza do registo.

.....

IX

Summario. — O donatario da totalidade dos bens é obrigado a pagar todas as dividas do doador, com data *authentica* ou *autenticada* ao tempo da doação, salvo declaração em contrario, e até pelos seus proprios bens. — Interpretação do artigo 1:470.º § 2.º do codigo civil.

.....

Cumpre por isso decidir, se o primeiro fundamento dos embargos de terceiro deduzidos pelo executado procede ou não; isto é, se o embargante donatario é obrigado a pagar a divida exequenda, vinda do doador, pelos seus proprios bens, ou sómente pelos bens que houve por virtude da doação. Da decisão d'este ponto é que ha de resultar a procedencia ou improcedencia dos embargos, sendo que o embargante pretende, é claro, que os bens penhorados, como sendo propriamente seus e não procedentes da doação, não estejam por isto mesmo sujeitos á execução, conforme o disposto no artigo 923.º do codigo do processo civil.

Os embargos não procedem pelos fundamentos seguintes.

Pela escriptura publica de 25 de fevereiro de 1877, existente nos autos appensos, mostra-se que o originario devedor *doou* ao executado e embargante *todos os seus bens de qualquer especie e natureza que fossem*, doação que este acceitou, sem que na mesma

escriptura fossem feitas quaesquer declarações a respeito do pagamento das dividas do doador.

Nestes termos, e tendo se em vista o disposto no artigo 1:470.º § 2.º, combinado com o artigo 1:469.º do codigo civil, é manifesto que o embargante do natario acceitou a obrigação de pagar todas as dividas do doador, que tivessem data authentica ou authenticada ao tempo da doação. E sómente d'estas dividas anteriores á doação e d'esta fôrma constituidas, e não de quaesquer dividas posteriores, para não deixar sujeito aos abusos e fraudes do doador o donatario, que de mais a mais não podia razoavelmente pensar nas dividas futuras do doador no momento em que acceitava a doação.

De tal obrigação sómente poderia eximir-se o embargante donatario, se provasse que por virtude da doação não recebera bens alguns, pois em tal caso a doação era como se não fosse, isto é, não se tinha feito na realidade das cousas doação da *totalidade dos bens*, porque nada se doara com effeito; e, faltando a doação, não podia subsistir o encargo de pagar as dividas do doador, o qual encargo só da mesma doação podia emergir.

Os autos, porém, mostram que o donatario recebera por virtude da doação todos os bens do doador, muitos ou poucos que elles fossem. E, comprovado isto, parece fôra de duvida que o embargante não pode eximir-se ao cumprimento da obrigação, que lhe impõe o citado artigo 1470.º § 2.º, e tem, portanto, de responder pela divida exequenda, em que o doador se constituiu por título authentico, antes da doação, para com o exequente e embargado.

Ora, incumbindo assim ao embargante o dever de pagar todas as dividas do doador anteriores á exe-

cução, constituídas por titulo authenticico ou authenticado, e por isso a divida exequenda; — e como o citado artigo 1:470.º § 2.º não isenta d'esse pagamento os bens proprios do donatario; — e pois que esta disposição legal não determina tambem, como devera determinar, que o donatario de uma totalidade de bens só é obrigado a responder pelas dividas do doador até á importancia dos bens doados, sendo que pelo contrario o sujeita ao pagamento de todas as dividas d'este:

Tenho como certo que os bens sobre que versam os embargos, embora proprios do embargante e não havidos do doador; não devem por este motivo ser excluidos da execução appensa para ella correr sómente pelos bens, que o donatario recebeu por virtude da doação, ainda mesmo que estes não cheguem para o pagamento de todas as dividas.

Em contrario d'isto argumentar-se-ha, acaso, com o principio de que é da essencia da doação ser mais ou menos gratuita sempre, codigo civil artigo 1:453.º, sendo que por isso os encargos da doação não devem ir além do montante d'esta.

Este argumento porém. que aliás é ponderoso e cujo pensamento eu acceito da melhor vontade em direito constituendo, não procede perante o nosso direito escripto; — porque a lei, sujeitando o donatario ao pagamento de *todas* as dividas do doador, não o exime de tal obrigação, quando os bens doados não chegam para tanto; — porque o argumento diminue de força, ponderando-se que a doação tambem deixaria de ter uma parte gratuita no caso de os encargos serem eguaes á importancia d'ella; — e porque, conforme os artigos 1:792.º e 2:019.º e § unico do codigo civil, tambem o herdeiro pode ser

obrigado a pagar todos as dividas do auctor da herança, até pelos seus proprios bens, se elle, para de tal se defender, não observar e cumprir as obrigações, que ali lhe são impostas.

Não procedem, portanto, os embargos.

.....

X

Summario : — Antes de excutidos os bens hypothecados não é, em regra, permittido ao credor hypothecario o arresto n'outros bens do devedor.

A questão posta no requerimento de fl. ., impugnado a fl. . ., é se ao credor hypothecario é permittido, antes de excutidos os bens hypothecados, o arresto n'outros bens do devedor.

Tenho visto sustentar *à outrance* a doutrina de que, dadas as condições referidas no artigo 364.º n.º 2.º do codigo do processo civil, o arresto deve ser facultado sempre ao credor hypothecario, antes de excutidos os bens hypothecados, para garantia do embolso do seu credito, uma vez que se prove tambem com testemunhas que os ditos bens não bastam para isto.

Não me parece, todavia, verdadeira esta opinião, assim affirmada de modo absoluto, embora n'algun caso ella seja acceitavel.

Em regra o credor hypothecario não tem a meu ver direito a usar do arresto antes de excutidos os bens hypothecados. E é facil demonstrar isto.

Para se ordenar o arresto é necessario que se prove o justo receio de insolvencia, ou de occultação ou de dissipação de bens. Ora este *justo* receio não pode dar-se como averiguado, por parte do cre-

dor com hypotheca registada e contra o seu devedor, antes de excutidos os bens hypothecados, porque estes estão a protestar contra tal *justo* receio e a garantir o pagamento da divida, qualquer que seja o possuidor d'elles.

Verdade é que a hypotheca pode ser insufficiente para segurança da obrigação, e que, antes de excutidos os bens hypothecados, pode o devedor dissipar os mais bens que tenha, tornando afinal insolvel em parte o credito hypothecario.

Mas, pois que o credor accitou a hypotheca, a si impute as consequencias do seu facto. E demais, só depois de excutidos os bens hypothecados, é que se pode conhecer, se o seu producto bastou ou não para o pagamento a que estavam sujeitos; e só então é que o credor, não ficando integralmente paga a sua divida, pode, nos termos do artigo 959.º § unico do citado codigo, fazer seguir o processo como execução commum contra o originario devedor ou seus representantes, e soccorrer-se ao arresto, que até ahí repugnava ao lado da hypotheca, pois que sómente sobre os bens constitutivos d'esta é que o processo tem de correr emquanto fôr execução hypothecaria.

Além d'isto, o arresto só pode ser requerido contra o devedor originario ou seus representantes. A execução hypothecaria, que é o processo legal para a exigencia de creditos d'esta natureza, pode todavia correr contra outrem, que esteja na posse dos bens hypothecados, como é expresso nos artigos 892.º do codigo civil e 952.º do codigo do processo civil. E, portanto, antes de excutidos estes bens, não podia haver logar n'este caso ao arresto n'outros bens do devedor originario ou seus represen-

tantes, como incidente ou acto preventivo e preparatorio de uma causa, que contra outrem fôra ou tem de ser intentada.

D'aqui se deduz a meu ver um argumento irrespondivel para mostrar que, em regra, o arresto é nas execuções hypothecarias uma excrescencia, que lhes repugna.

Mais ainda: segundo os artigos 518.º do codigo do processo civil e 901.º do codigo civil, o credor hypothecario só tem direito a pedir o reforço da hypotheca, quando esta por qualquer motivo *se tornar insufficiente* para segurança da obrigação. Isto é, não basta que a hypotheca fosse insufficiente quando se constituiu, sendo necessario que ella diminuisse de valor depois d'isso. Ora, se sómente em taes condições é permittido o reforço da hypotheca, injusto, incoherente e sem explicação razoavel seria facultar-se ao credor hypothecario o arresto n'outros bens do devedor fôra das referidas condições. Negar-se o reforço da hypotheca e conceder-se ao mesmo tempo o arresto não pode ser.

No caso, porém, de a hypotheca diminuir de valor depois de constituída — e tal hypothese não é a dos autos —, tornando-se por isso insufficiente para garantia da divida, como por exemplo se o predio ardeu, ou a vinha foi devastada pelo phylloxera, parece-me incontestavel que, verificado além d'isso qualquer dos requisitos do artigo 364.º n.º 2.º do codigo do processo civil, e quando a execução hypothecaria tenha sido ou haja de ser intentada contra o devedor originario ou seus representantes, deve ser permittido ao credor hypothecario o arresto n'outros bens d'elles.

Então já não pode dizer-se que a hypotheca, que

diminuiu de valor, é sufficiente para segurança da obrigação. N'este caso a hypotheca, acceite pelo credor, já não protesta contra o *justo* receio de insolvencia, ou de occultação ou dissipação de bens do devedor. E, se o reforço era facultado em tal hypothese, tambem deve conceder-se n'ella o arresto, uma vez que sejam provados os legaes requisitos para este ser auctorisado.

Mas este caso não é o dos autos, pois nem ao menos se allega que a hypotheca diminuisse de valor.

Com estes fundamentos indefiro o requerimento de fl. ..., recusando o arresto pedido.

..... ..

XI

Summario:—O juramento suppletorio para prova do quantitativo da acção ou da defesa só póde ser admittido quando esse quantitativo, e não o de cada um das verbas que o constituam, não exceder na sua totalidade a importancia de 50,000 réis. — Interpretação do artigo 2:533.º n.º 4.º do codigo civil

.....
Attendendo a que pelos depoimentos das testemunhas de fl. 36 a 77 está provado que, no tempo declarado na petição inicial, o auctor emprestara ao réu algum dinheiro e lhe abonara algum milho, mas não está provado, e assim o reconhece tambem o auctor a fl. 92, que esse dinheiro fosse da importancia de 39,000 réis, e que o milho fosse na quantidade de 790 litros, sendo aliás esses os respectivos objectos da acção;

Attendendo a que d'este modo, embora esteja provado o fundo da acção, ou seja a substancia do pedido, não o está comtudo o quantitativo d'este ;

Attendendo a que a importancia d'aquelles 790 litros de milho, calculada mesmo sobre o preço minimo, que lhe é attribuido nos autos pelas testemunhas de fl. 36 a 77, não é inferior a 24,000 réis, a qual quantia com aquella de 39,000 réis do dinheiro do emprestimo sommam em mais de 50,000 réis ;

Attendendo a que, em vista d'esta importancia do pedido e do disposto no artigo 2:533.º n.ºs 1.º e 4.º do codigo civil, segundo os quaes o juramento suppletorio é admissivel sómente, quando ha duvida sobre o quantitativo da acção ou da defesa e o valor d'esse quantitativo não excede a 50000 réis, não pôde deferir-se ao auctor o juramento suppletorio pela simples razão de o quantitativo da acção exceder esta importancia, embora elle seja composto de duas parcellas, cada uma das quaes é inferior á mesma quantia de 50000 réis ;

Attendendo a que o quantitativo da acção ou da defesa, de que fallam as disposições legaes citadas, se refere naturalmente á importancia total da acção ou da defesa, e não á importancia de cada uma ou de algumas das verbas ou parcellas respectivas ; e nem d'outra maneira devia ser para não se dar o caso de poder haver condemnação, por virtude do juramento suppletorio, em quantia superior a 50000 réis, caso esse que me parece ser repellido pelo n.º 4.º do citado artigo 2:543.º ;

Attendendo a que, embora se intendesse por uma jurisprudencia equitativa, aliás contraria ao contexto do mesmo artigo 2:533.º e seus n.ºs 1.º e 4.º, que o quantitativo, a que elles se referem, não é o da acção ou da defesa, mas sim o da parcella ou parcellas sobre que o juramento suppletorio seja preciso e haja de recahir ; seria necessario, para tal doutrina aproveitar ao auctor, ou que estivesse provado o quantitativo de alguma das parcellas do pedido, ou que a somma d'essas duas parcellas, milho e dinheiro, não excedesse a quantia de 50000 réis, ou, que, excedendo-a, o auctor tivesse reduzido o pedido a esta importancia em conformi-

dade com o preceituado no artigo 815.º do código civil.

E' forçoso concluir pela improcedencia da acção.

.....

XII

Summario : — Da competencia do juizo arbitral em questões sobre baldíos.

Mantenho o despacho recorrido pelos seguintes fundamentos :

Na respectiva acção pretende a auctora, junta de parochia da freguezia de....., em razão da sua allegada posse antiquissima e até immemorial, reivindicar da ré, camara municipal d'este concelho, uns baldíos, que esta chamou a si, haverá sete annos. Ora questões d'esta natureza, entre taes corporações, são, depois do offerecimento dos articulados, preparadas e julgadas pelo juizo arbitral, de que falla o artigo 3.º § 2.º da lei de 20 de julho de 1850, unico competente para isso.

Nem a lei de 8 de novembro de 1876, que approvou o codigo do processo civil, nem este codigo revogaram aquella disposição legal, pois não se occuparam evidentemente da organização judiciaria, sendo até que o mesmo codigo no artigo 36.º n.º 1.º e no art. 56.º exclue da competencia dos juizes de direito a instrucção e julgamento das causas, que pertencem a *juizo especial*, e aquellas cujo *julgamento arbitral* for determinado por lei especial, como é o da presente causa.

Isto consignei eu já em despacho anterior, que foi confirmado superiormente, como os autos mostram.

Agora é preciso constituir o tribunal arbitral.

Por mim entendo que o tribunal deve ser composto com seis arbitros nos termos e segundo o preceituado no artigo 3.º § 2.º da citada lei de 26 de julho de 1850, que rege especialmente este assumpto, e que é mandada observar no artigo 56.º, §§ 2.º, 3.º e 6.º do referido código.

E assim o determinei, não obstante o contrario accordo das partes, auctora e ré, que entendem dever o tribunal arbitral ser composto de tres membros sómente; accordo esse que não respeito pelos seguintes fundamentos.

N'este assumpto de juizo arbitral é, a meu ver, fundamental o seguinte: — quando ha lei especial, rege ella de preferencia a tudo; — quando a não ha, prevalece o accordo das partes; — e quando não ha aquella lei nem este accordo, observam-se as prescripções da lei geral do processo.

Ora aqui ha lei especial, que é a de 26 de julho de 1850, a qual é forçoso respeitar e cumprir; lei de organização judiciaria na parte em que criou um tribunal especial e regulou a sua constituição; lei que o código do processo civil não revogou, como já foi consignado acima; lei especial de organização judiciaria, lei que, respeitando á fôrma dos juizos, é de direito publico e não pode ser alterada por qualquer accordo dos litigantes, e menos ainda substituida pelas glosas da jurisprudencia.

E noto ainda que o proprio § 3.º do artigo 56.º do código do processo civil, a cuja disposição as litigantes se socorrem para concluir em ambas que os arbitros devem ser em numero de tres sómente,

manda respeitar a disposição especial, que houver em contrario.

Sei que na imprensa juridica tem sido sustentado que, depois da promulgação do codigo do processo civil e da lei que o approvou, as questões d'esta natureza são tractadas perante o juiz de direito e não perante os arbitros. Assim devia ser; mas, segundo me parece pelas considerações expostas, não é assim em direito positivo.

E por fim direi que as formulas do processo, que os arbitros hajam de seguir e observar na preparação e julgamento d'este pleito, podem não ser as da citada lei de 26 de julho, mas sim as do artigo 49.^o do codigo do processo civil. Ainda, porém, que assim seja, é preciso nunca esquecer e ter sempre em vista que termos do processo e organização judiciaria são objectos distinctos; que acção e competencia dos tribunaes são cousas inteiramente diversas.

Em conformidade, portanto, da citada lei de 26 de julho de 1850 deve proceder-se á constituição do tribunal especial com seis arbitros, nomeados segundo as determinações d'ella.

.....

XIII

Summario : — Nas acções conhecidas antigamente com o nome de *nunciação de obra nova*, não é obrigatorio o foro *rei sitæ*.

.....
Em conclusão pede o auctor que, julgando-se valido e subsistente o embargo de obra nova, seja o réu condemnado a tapar a dita janella já aberta, e a não abrir outras sobre o predio d'elle auctor, por serem offensivas dos seus allegados dominio e posse.

Na audiencia competente foi deduzida pelo réu a excepção de incompetencia d'este juizo para n'elle ser demandado, pois que, embora o respectivo predio seja situado n'esta comarca A, era na comarca B que a acção devia ser proposta, por ser ahi que o réu reside.

Esta excepção foi impugnada pelo auctor com o fundamento de que, tractando-se da posse na acção, devia esta ser intentada, como foi, no juizo da situação do respectivo predio prejudicado com a obra nova, ou seja n'esta comarca, em observancia do disposto no artigo 21.º n.º 3.º do codigo do processo civil.

A excepção procede, porque o réu tem o seu domicilio na comarca B, e era ahi que, visto o disposto no artigo 16.º do codigo do processo civil, devia ser

accionado ; pois no caso dos autos não se verifica nenhuma das excepções do citado artigo 21.º, e determinadamente a do n.º 3.º d'este artigo na parte em que se refere a *acções, em que se tractar da posse*.

Sem duvida alguma a acção intentada é a que no fôro e na legislação, anteriormente á promulgação do codigo do processo civil, era conhecida como *nunciação de obra nova*.

Conforme o disposto no artigo 181.º n.º 4.º da novissima reforma judiciaria, tinha essa acção de ser instaurada no fôro *rei sitæ*. O codigo do processo civil, porém, não consignou em nenhum dos seus artigos identico preceito.

Embora se entenda que tal acção compete não só ao proprietario para defeza do seu direito de propriedade, como é expresso no artigo 2:355.º do codigo civil e no artigo 380.º do codigo do processo civil, mas tambem ao possuidor, que nos termos do artigo 477.º d'aquelle codigo tem a seu favor a presumpção da propriedade, e que certamente está comprehendido na generalidade das palavras do artigo 380.º d'este codigo do processo — *Toda a pessoa, que se julgar offendida no seu direito* — ; e ainda que se entenda egualmente e coherentemente que o embargo de obra nova póde ser preliminar das acções possessorias, quando a offensa do direito resultar effectivamente de obra nova e não de outro qualquer facto : é sobre tudo certo que o n.º 3.º do artigo 21.º do codigo do processo, quando falla em *acções, em que se tractar da posse*, não comprehende a dos autos, que não é possessoria.

Acções em que se tracta da posse são aquellas, que teem a posse como objecto e fim, e não todas

as que compitam ao possuidor, e tenham a posse como fundamento ou causa de pedir.

Ninguém dirá que uma acção de reivindicação, por exemplo, que tenha por fundamento a posse capaz de fazer adquirir a propriedade, é uma acção possessoria, em que se tracte da posse ou tenha a posse por objecto e fim; pois que o intuito d'ella e o seu destino são haver-se o predio, que outrem tem indevidamente em si, embora o seu ponto de partida e o seu fundamento sejam a posse.

Assim na acção de nunciação de obra nova, o objecto d'ella é obstar á obra e fazer demolir a parte d'esta já construída, embora a causa de pedir seja a posse, que o offendido pretende defender de tal lesão.

E' que são cousas muito differentes a idoneidade da pessoa para intentar a acção, o fundamento d'esta e o seu objecto.

As unicas acções, que, segundo a legislação vigente, teem a posse como objecto, são as dos artigos 492.º a 497.º do código do processo, — a que compete ao possuidor que tiver justo receio de ser perturbado ou esbulhado por outrem, — a de manutenção da posse para o que foi perturbado nella, — e a de restituição da posse para o que d'esta foi esbulhado. Não ha outras acções possessorias.

Mas a presente acção não é evidentemente nenhuma d'estas, porque o seu objecto é **decidir** se o réu tem ou não o direito de fazer a obra nova embargada, e o seu fim é que este seja condemnado a tapar a janella já aberta n'essa obra e a não fazer mais janellas sobre o predio do auctor; e não é a manutenção ou restituição da posse, embora esta

seja um dos fundamentos da acção e uma das causas de pedir.

Logo a acção intentada n'este processo não está comprehendida na disposição do citado artigo 21.º n.º 3.º do código do processo civil, o qual não póde legitimar por isso a competencia d'este juizo para n'elle ser demandado o réu em contrario da regra do artigo 16.º do mesmo código.

Além de que, no artigo 385.º d'este código vê-se bem que o embargo de obra nova póde ser feito n'um juizo e a subsequente acção correr n'outro; e d'isso infere-se mais um argumento para mostrar que a acção de nunciação de obra nova não tem como fôro obrigado o da situação do respectivo predio prejudicado com a obra embargada.

E assim procede a excepção deduzida pelo réu.

.....

XIV

Summario. — Da substituição das testemunhas. — Interpretação dos artigos 262.º e 279.º do código do processo civil.

A questão do presente incidente é a seguinte:

Expedida uma carta precatoria para inquirição de testemunhas em causa civil, e faltando no juízo deprecado duas testemunhas no dia ahi designado para a inquirição, por não serem encontradas para se verificar a sua intimação podem essas testemunhas ser substituidas por outras, que deponham no juízo deprecante, onde corre a causa?

Não me parece que o § 2.º do artigo 262.º do código do processo civil contenha a resposta á pergunta, porque essa disposição legal refere-se, a meu juízo, essencialmente ao modo da substituição das testemunhas segundo o tempo em que ella é feita, e não aos casos em que a mesma substituição pode effectuar-se.

Assim, antes de expedida a carta para inquirição, podem quaesquer das testemunhas ser substituidas por outras do julgado ou comarca, ou de fóra, ainda mesmo residentes em paiz estrangeiro, comtanto que essa alteração do respectivo rol possa ser intimada ás partes tres dias antes do designado no juízo da causa para o começo da inquirição. É o que se infere do artigo 261.º § 2.º, e tambem à *contrario sensu* do § 2.º do artigo 262.º citado.

Expedida, porem, a carta para inquirição, as testemunhas do pleito, quer as da carta, quer as que tenham de depôr no juizo da causa, só podem ser substituidas por outras, que hajam de depôr n'este juizo. É a determinação d'este § 2.º do artigo 262.º

Todavia a respeito dos casos, em que se pode verificar a substituição das testemunhas, não provê este § 2.º, mas sim o § 3.º do mesmo artigo 262.º e o artigo 279.º do referido codigo, havendo até hypotheses para que não ha providencia especial, como são as de a testemunha dada em rol nunca ter existido, a de ser já fallecida a esse tempo, ou de se recusar a depôr; casos estes em que, na falta de provisão especial, e quando n'elles não haja malicia da parte de quem produziu taes testemunhas, deve ser applicada a disposição generica do § 2.º do artigo 279.º citado, para essa parte não ficar privada, sem culpa sua, da prova da sua intenção.

Entendo tambem que o § 3.º do artigo 262.º não tem igualmente applicação ao caso dos autos, porque n'este não se dá a circumstancia essencial, ahi consignada e exigida, de a falta das testemunhas no juizo deprecado e no dia da inquirição provir *da mudança de residencia dellas depois de offerecido o rol*.

Embora, porem os §§ 2.º e 3.º do artigo 262.º não auctorisem a substituição das testemunhas na hypothese dos autos, parece-me que essa substituição é legitimada pelo preceito do § 2.º do referido artigo 279.º, segundo o qual a parte, que tiver offerecido a testemunha que faltar, pode substitui-la, embora não possa exigir carta para a inquirição da nova testemunha.

Sem duvida alguma este preceito legal, não indi-

cando nem limitando os motivos da falta da testemunha, comprehende na sua generalidade a falta da testemunha por não ser encontrada para se effectuar a sua intimação, que é precisamente o caso dos autos, assim como comprehende as faltas por outro qualquer motivo, para as quaes não haja tambem uma providencia especial.

Em contrario d'isto allega-se comtudo que o artigo 279.º respeita sómente á falta das testemunhas perante o juiz da causa e não perante o juizo deprecado, para concluir d'ahi que o § 2.º do mesmo artigo não legitima a pretendida substituição de testemunhas.

Reconheço que ha uma certa plausibilidade n'esta allegação; mas, não obstante, é juizo meu que, embora alguns dos preceitos contidos nas diversas disposições subordinadas ao artigo 279.º sejam sómente applicaveis á inquirição de testemunhas perante o juiz da causa, taes são o n.º 2.º e a segunda parte do § 1.º, outros d'esses preceitos são communs, e teem necessariamente de o ser, como reguladores do processo, á inquirição das testemunhas no juizo deprecante e no juizo deprecado, taes são os n.º 1.º e 4.º e o § 3.º, não havendo razão para não ser mencionada tambem entre estes ultimos a disposição do § 2.º

Suppondo-se, porem, que o artigo 279.º legislasse somente para a falta das testemunhas perante o juizo da causa, eu nem ainda assim deixaria de o applicar por analogia na hypothese dos autos.

O § 3.º do artigo 262.º refere se a uma hypothese restrictissima, a da falta da testemunha no juizo deprecado por ter mudado de residencia depois de offerecido o respectivo rol. É uma provisão, que intuitiva-

mente não abrange a falta das testemunhas por outros motivos no juízo deprecado, e que por isso não repelle a substituição das testemunhas da carta por motivos diferentes do mencionado n'este § 3.º

Ora, não estando prevenidos e regulados na lei do processo taes casos de falta de testemunhas no juízo deprecado, e não sendo justo que os litigantes ficassem inhibidos de dar prova quando não tivessem culpa e responsabilidade na falta das testemunhas, só justo seria que por analogia, e perfeitissima analogia, fosse applicado á substituição das testemunhas faltosas no juízo deprecado o mesmo principio regulador dessa substituição no juízo da causa.

Quer dizer, cumpria, porque era necessario, e era necessario, porque era justo, sem ser contrario á lei escripta e antes conforme á sua letra e espirito, fazer applicação do § 2.º do artigo 279.º do codigo do processo civil, tanto a proposito d'ª inquirição no juízo deprecado, como na feita perante o juiz da causa. Onde a razão de legislar é a mesma, a mesma deve ser a disposição: casos analogos, iguaes decisões.

Portanto, ou o § 2.º do artigo 279.º resolva directamente a hypothese dos autos, ou lhe deva ser applicado por analogia, admitto em qualquer caso a pretendida substituição das testemunhas, que faltaram no juízo deprecado por não serem encontradas para serem intimadas, devendo, porem, as testemunhas novamente offerecidas depôr no juízo da causa.

.....

XV

Summario: — Interpretação do artigo 2:416.º do código civil.

.....
Nos autos não ha outra prova, que possa determinar a procedencia da acção, a não ser a confissão extrajudicial da divida pedida na importancia de 200.000 réis; confissão feita verbalmente pelo réu, como depõem as tres testemunhas inquiridas. Mas essa confissão basta só por si, independentemente de outra qualquer prova ou circumstancia, que lhe fosse conforme, para fundamentar a condemnação do réu em virtude do disposto nos artigos 2:416.º e 1:534.º do código civil, visto que tambem não ha outras provas, que se lhe opponham.

Aquelle artigo 2:416.º preceitua que nos casos em que a confissão extrajudicial, meramente verbal, pode ser admittida como prova — e certamente o pode ser no caso dos autos, onde se tracta de uma divida de 200.000 réis —, fica ao prudente arbitrio do julgador avaliar os effeitos da mesma confissão, *conforme as circumstancias e demais provas dos autos*; e d'estas palavras grifadas tem-se geralmente inferido que esta especie de confissão, meramente verbal, não basta só por si para prova da divida, sendo preciso que outras circumstancias ou demais provas dos autos a reforcem.

Sou contrario a tal jurisprudencia pelas razões seguintes:

As palavras do artigo 2:416.^o — «fica ao prudente arbitrio do julgador avaliar os efeitos da confissão extrajudicial, meramente verbal, conforme as circumstancias e demais provas dos autos» — não significam que essa confissão, para produzir efeitos, precise de ser secundada ou confirmada por outras provas ou circumstancias, e sómente que os seus efeitos sejam avaliados em conformidade das circumstancias e demais provas que, acaso, constem dos autos.

Isto é, se nos autos não ha provas, que resistam á confissão, nem circumstancias, que lhe debilitem a força probatoria, esta produz só por si os seus effeitos, assignalados no artigo 2:408.^o do codigo civil; mas na collisão entre a confissão e outras provas, que a contrariem, ou circumstancias, que a desauctorem e invalidem, é que ao prudente arbitrio do juiz fica avaliar e decidir se deve ou não attender a confissão, ou seja dar preferencia a esta, ou ás circumstancias e demais provas constantes dos autos.

E' d'este modo que entendo o artigo 2:416.^o

Se assim não fôra, a confissão meramente verbal ficaria em muitos casos sem resultados com grave e irremediavel prejuizo de quem não tivesse outra prova contra quem, depois de lhe reconhecer os seus direitos, veio negal-os aleivosamente com uma doblez de character infelizmente frequente nos dias de hoje.

Se assim não fôra, a confissão meramente verbal tornar-se-hia quasi inutil, pois que precisava da confirmação das circumstancias e demais provas dos autos para ter força probatoria; seria mera superfluidade legislativa, e por isso dispensavel.

.....

XVI

Summario. — Interpretação do artigo 72.º do código civil

.....

Os auctores A e B pedem que lhes sejam entregues os bens constitutivos das legítimas paterna e materna de seu irmão germano C, ausente ha mais de trinta annos, como essas legítimas constam do inventario appenso, a que se procedeu por fallecimento dos paes communs, D, fallecido em 25 de julho de 1864, e F, fallecida em 24 de janeiro de 1875, sendo que as ultimas noticias de C são anteriores á data do fallecimento do pae D, e sendo mais que não consta ter o mesmo C casado ou deixado procurador, ou descendente, ou testamento. E está provado isto.

No caso dos autos já não havia logar a pedir-se a curadoria definitiva, porque esta, começando aliás com a ausencia de quatro annos, código civil artigo 64.º, termina com o lapso de vinte annos, artigo 78.º, n.º 4.º do mesmo código; e desde as ultimas noticias do ausente C já haviam decorrido mais de trinta annos.

.....

Os bens pertencentes ao ausente C, como herdeiro da mãe commum F, não podem ser entregues por meio da presente acção aos auctores A e B, por não se ter allegado nem provado n'ella, — e dado

mesmo que o provassem, nada valeria isso sem a allegação previa —, que ao fallecimento de F não tinha o ausente outros ascendentes, os quaes, nos termos dos artigos 72.º e 1:969.º do codigo civil, seriam, e não elles auctores, os chamados a succeder ao mesmo ausente.

O codigo civil, artigos 73.º, 78.º, n.º 4.º, 80.º, 83.º e 87.º, presume em verdade fallecido o ausente pelo lapso de vinte annos sem noticias, ou desde a data das ultimas que d'elle houve. Mas por outro lado tambem é certo que a doutrina dos artigos 71.º e 72.º do mesmo codigo, a respeito dos bens do ausente, é clara e precisamente a seguinte: — que os curadores definitivos, que são os herdeiros presumidos ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias, recebam os bens e exerçam todos os direitos pertencentes ao ausente no dia em que desapareceu, ou á data das ultimas noticias; — e que os bens e direitos sobrevivendo eventualmente ao mesmo ausente, desde que desapareceu sem d'elle haver noticias, ou desde a data das ultimas noticias, e que sejam dependentes da condição da sua existencia, passem áquelles, que teriam de succeder ao mesmo ausente ao tempo do advento d'esses bens, se elle fosse fallecido então.

Esta ultima hypothese é rigorosamente a dos autos. Os bens pertencentes ao ausente C, como herdeiro de sua mãe, e pois que do mesmo não ha descendente conhecido, só podiam ser entregues aos auctores seus irmãos, como herdeiros d'elle, tendo-se allegado e provado que o mesmo ausente não tinha quaesquer ascendentes ao tempo da abertura da herança materna, pois que estes seriam chamados então pela lei a succeder-lhe de preferencia aos irmãos.

Parece que, presumindo-se morto o ausente C ainda antes do fallecimento da mãe F, e pois que os mortos não herdam, devera a legitima materna do mesmo ausente ser entregue aos irmãos d'elle, como filhos e herdeiros da mae commum.

Todavia, por mais razoavel que isto se afigure e seja, o texto do artigo 72.º, que é o regulador do assumpto, não auctorisa tal doutrina; e o texto da lei tem de ser, primeiro que tudo, acatado pelos juizes, a quem não cumpre reformar as leis e que sómente devem applical-as taes como as formulou o legislador.

Para se deduzir do artigo 72.º uma conclusão diversa d'aquella que naturalmente se infere do respectivo texto, diz-se que as palavras *succeder-lhe*, que ahi se leem, devem referir-se não ao ausente, mas áquelle individuo de quem provéem os bens, ou que o pronome *lhe*, que devia estar no plural, se refere as palavras *bens e direitos*, pelas quaes começa o artigo.

Não convencem estas observações. A primeira refere o pronome *lhe* a uma entidade, que o artigo não menciona; o que não pode ser. A segunda tem como ponto de partida a supposição gratuita de um erro de redacção ou de impressão no mesmo pronome *lhe*, o que nenhuma consideração auctorisa, pois que o texto do artigo com o pronome no singular dá um sentido perfeito.

Porque os mortos não herdam nem acceitam doações, e os que por lei se presumem fallecidos nada devem ter por isso com doações ou heranças, que eram dependentes da sua existencia, ou que sómente lhes pertenceriam, se existissem, eu não teria duvida alguma em adoptar, como direito a constituir,

doutrina diversa da que attribuo ao artigo 72.^o; mas, em direito constituido, sigo o texto da lei, que é isso o meu indeclinavel dever de juiz.

Entendido assim este artigo, e não estando allegado e provado nos autos que ao fallecimento de F não tivesse C outros ascendentes, a conclusão logica é a improcedencia da acção n'esta parte.

.....

XVII

Summario. — Para a venda dos bens nos termos e para os efeitos dos artigos 2:110.º e 2:139.º do código civil, e do artigo 717.º do código do processo civil, podem effectuar-se duas e mais praças. — Na falta de accordo das partes, devem os bens ir á segunda praça por ametade da sua avaliação.

Como não há accordo dos interessados no presente inventario entre maiores sobre o objecto da conferencia ordenada a fl. 120, cumpre a este juizo resolver. E assim,

Attendendo a que a hypothese dos autos é a de venda de bens em segunda praça para se arranjar dinheiro, com que, nos termos dos artigos 2:110.º e 2:139.º do código civil e do artigo 717.º do código do processo civil, seja feita ao interessado B o inteiramento correspondente á importancia das licitações effectuadas por D, interessado tambem e cabeça de casal;

Attendendo a que é improcedente a impugnação feita pelo mesmo interessado D á segunda praça com o fundamento do artigo 719.º § 4.º d'este código, porquanto, embora esta disposição legal só auctorise uma praça para a venda dos bens, a que se refere, deve reconhecer-se que ella é especial para o caso que rege, de se ter reclamado contra o excesso da avaliação dos mesmos bens, caso esse em

que, não havendo arrematante para estes por uma quantia superior ao valor offerecido pelo reclamante, devem elles entrar em partilha pelo mesmo valor offerecido ;

Attendendo a que na hypothese dos autos os bens teem de ser vendidos necessariamente, porque é forçoso arranjar dinheiro para o dito inteiramento, que é um direito inauferivel do interessado B ; e só não terião elles de ser vendidos, se os interessados proovessem d'outro modo ao mesmo inteiramento ;

Attendendo a que o proprio inventariante D, para a eventualidade de ser desattendida aquella sua impugnação, indicou logo o valor, com que os bens devem ir á segunda praça, valor esse divergente aliás do que foi indicado pelo interessado B ; e

Attendendo finalmente a que, não havendo disposição especial, que prohiba a segunda praça no caso dos autos, e fixe o valor, com que os bens teem de ser postos novamente em haste publica na falta do accordo dos interessados, é, por analogia, applicavel á hypothese o preceito do artigo 850.º do codigo do processo civil :

Determino que os respectivos bens sejam postos de novo em praça por ametade da sua avaliação.

XVIII

Summario : — Da successão dos irmãos e seus descendentes, e mais transversaes até ao decimo gráu. — Interpretação dos artigos 2:000.º, 2:002.º, 2:003.º, 2:004.º e 2:005.º do código civil.

.....
O caso a decidir é o seguinte :

O inventariado A, filho illegitimo de B, teve duas irmãs C e D, tambem filhas illegitimas de B. Falleceu A no estado de solteiro sem descendentes, nem ascendentes, nem testamento, sobrevivendo-lhe E, filho illegitimo de C, — F. filho legitimo de D, — G, tio illegitimo de B, e — H, primo legitimo de B tambem.

Como deve ser deferida a successão ab-intestato de A ?

a) A successão n'este caso não é regida pelo artigo 2:000.º do código civil, porque o inventariado falleceu sem qualquer irmão legitimo, nem descendente de algum irmão legitimo anteriormente fallecido; e os irmãos legitimos e seus descendentes são os transversaes chamados por este artigo em primeiro logar á successão na falta de descendentes, de ascendentes e de herdeiros testamentarios do fallecido.

Em breves palavras consignarei que o artigo

2:000.º é applicavel, quer o auctor do herança seja filho legitimo, quer seja illegitimo, pois não se faz ali distincção alguma a tal respeito: e, contra o que tenho visto escripto e julgado, o filho illegitimo não tem só transversaes illegitimos, podendo-os ter legitimos tambem.

Certamente o filho legitimo não é irmão illegitimo do filho illegitimo do pae commum, repugnando á natureza das cousas que elle, nascido do casamento d'este, seja em qualquer caso um illegitimo a respeito de qualquer parente de seu pae. Um filho legitimo pôde ter irmãos legitimos e irmãos illegitimos; mas elle é que será sempre, e assim o deve parecer a toda a gente, irmão legitimo de uns e outros, dos filhos legitimos e dos filhos illegitimos do progenitor commum. E o artigo 2002.º tambem faz sentir, duramente até, ao irmão illegitimo que ha para elle irmãos legitimos, não o admittindo a concorrer com estes á herança do irmão fallecido.

Ora os irmãos são parentes collateraes, sem duvida alguma.

Que será tambem para o filho illegitimo o descendente legitimo, de um seu irmão legitimo, se não um sobrinho ou collateral legitimo? Que será para o filho illegitimo o irmão legitimo de seu pae, senão seu tio ou transversal legitimo?

Não fazia sentido que o mesmo individuo fosse ao mesmo tempo um collateral legitimo para um irmão de seu pae, e para outro irmão d'este um transversal illegitimo. O parente legitimo ou illegitimo é-o em todas as situações.

Consignarei ainda que os descendentes de irmãos legitimos, a que se refere o artigo 2000.º, assim como o artigo 2002.º, são tanto os descendentes le-

gitimos como os illegitimos, visto que nem o contexto d'esses artigos faz qualquer distincção a tal respeito, nem os titulos das respectivas secções, a que pertencem, fornecem indicação no sentido dos descendentes legitimos sómente.

E embora aconteça que, entendidas assim estas disposições leaes, venham sobrinhos illegitimos do fallecido a preterir na herança d'estes os seus irmãos illegitimos, tal absurdo é da lei, e não de quem a cumpre lealmente.

b) Tambem o caso dos autos não tem de ser resolvido pelo artigo 2:002.º do codigo civil, porque os transversaes chamados por elle á herança do fallecido, ou seja filho legitimo ou illegitimo, depois dos irmãos legitimos e seus descendentes legitimos ou illegitimos, são os irmãos illegitimos do auctor da herança. Ora o inventariado A falleceu sem irmãos illegitimos.

O artigo 2:002.º chama os irmãos illegitimos sómente, e não os seus descendentes tambem, como o faz o artigo 2:000.º a proposito dos irmãos legitimos; e por este motivo os descendentes dos irmãos illegitimos ficam tão excluidos de concorrer com seus tios á successão ab-intestato do fallecido, como os irmãos illegitimos estão excluidos de concorrer á mesma successão com os irmãos legitimos e seus descendentes. E é n'este sentido e com tal restricção que deve ser entendida a disposição generica do artigo 1:969.º n.º 3.º

Nem o direito de representação do artigo 1:982.º aproveita aos descendentes dos irmãos illegitimos, porque para lhes aproveitar seria preciso, artigo 1:980.º, que a lei chamasse ou admittisse os repre-

sentantes a succederem conjuntamente com o irmão do representado; e o artigo 2:002.º não chama os descendentes de irmãos illegitimos a succederem com estes, e pelo contrario repelle manifestamente tal concorrência. não fallando sequer n'aquelles descendentes.

A proposito do artigo 2:002.º consignarei tambem que as palavras d'elle *herdarão do mesmo modo* não querem, a meu juizo, significar que os irmãos legitimos e seus descendentes só herdaram do irmão illegitimo na falta de outros irmãos illegitimos, ou seja que, se fôr illegitimo o auctor da herança, os irmãos illegitimos d'elle preferem na successão os irmãos legitimos e seus descendentes.

Como já demonstrei, para o filho illegitimo não ha sómente collateraes illegitimos, podendo havel-os legitimos tambem. Ora tal preferencia em favor dos transversaes illegitimos não está legislada no artigo 2:002.º; e nem o podia estar, porque o mesmo artigo foi até feito precisamente para o caso de não haver irmãos legitimos, nem descendentes d'estes, e em que a preferencia era por isso impossivel. Para a hypothese de o auctor da herança, legitimo ou illegitimo que seja, ter algum irmão legitimo ou descendentes de irmão legitimo, rege o artigo 2:000.º, e em caso algum o artigo 2:002.º

O mesmo modo de herdar é naturalmente o que no artigo 2:001.º foi prescripto a proposito da successão dos irmãos legitimos.

c) Não é applicavel tambem á hypothese dos autos o artigo 2:003.º do codigo civil, segundo o qual «na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e descendentes d'estes, succederá o conjuge sobrevivente»; porquan-

to, embora o artigo diga *irmãos e descendentes d'estes*, parecendo assim comprehender os irmãos legítimos e os illegítimos e os descendentes legítimos e illegítimos de uns e outros, é forçoso reconhecer que estas palavras grifadas se referem apenas a irmãos legítimos e seus descendentes legítimos ou illegítimos, designados no artigo 2:000.º, e aos irmãos illegítimos designados no artigo 2:002.º, com exclusão dos descendentes d'estes irmãos, que não estão designados em artigo algum anterior.

Tambem o artigo 2:003.º diz na *falta de descendentes*, parecendo assim referir-se a todos os descendentes; e comtudo n'esta palavra *descendentes* não estão comprehendidos os descendentes illegítimos do segundo gráu e seguintes em vista dos artigos 1:989.º a 1:992.º

D'este modo os filhos das irmãs illegítimas do inventariado A não succedem a este pelo referido artigo 2:003.º

d) E assim temos que o caso dos autos tem de ser decidido pelo artigo 2:004.º do código civil, que, «na falta de todos os parentes e do conjugue mencionados no artigo antecedente, chama á herança os transversaes não designados precedentemente, achando-se esses transversaes dentro do decimo gráu».

Manifestamente os transversaes, chamados por este artigo á successão, são uma classe de successores inteiramente á parte dos irmãos legítimos e seus descendentes e dos irmãos illegítimos, a que se referem os artigos 2:000.º e 2:002.º, pois que entre estes e aquelles collocou o código civil, artigo 2:002.º, o conjugue sobrevivente. E esses transversaes

são por certo os legítimos e os illegítimos, salvo o disposto no artigo 2:005.º do mesmo código.

e) A meu juízo este artigo nada tem com a questão dos autos.

Se eu entendo bem o artigo 2:005.º, parece-me que as palavras d'elles *transversaes de seus paes* excluem evidentemente os irmãos legítimos e illegítimos dos filhos illegítimos, e os descendentes legítimos e illegítimos d'esses irmãos, pois que todos elles são descendentes e não collateraes dos paes dos filhos illegítimos; — e que esses transversaes são tanto os legítimos como os illegítimos, visto que a lei não faz distincção alguma, e a proposito do artigo 2:000.º já demonstrei que o filho illegítimo podia ter collateraes legítimos e illegítimos.

Ainda mais. Se eu entendo bem o mesmo artigo 2:005.º, parece-me que as suas palavras *outros parentes dentro do decimo grau* não podem deixar de referir-ee a transversaes sómente, visto que o artigo faz parte de uma secção, em que se tracta da successão de transversaes e não de descendentes, nem de ascendentes; — e que se referem a transversaes legítimos apenas, porque, embora o artigo não distinga tambem a tal respeito, é certo que em odio aos illegítimos é que esses *outros parentes* são chamados á successão de preferencia a estes, ainda que seja mais afastado o seu parentesco com o auctor da herança; — e parece-me tambem que a contagem dos gráus de parentesco não pode deixar de ter como ponto de partida o auctor da herança.

Assim, ao passo que o filho legítimo e o transversal legítimo de seu pae herdam ab-intestato, sem-

pre, na respectiva altura do gráu do seu parentesco com o auctor da herança, em conformidâde do disposto no artigo 1:970.º do código civil, o filho illegítimo e o transversal illegítimo de seu pae só herdâo um do outro na falta de algum transversal legítimo d'este dentro do decimo gráu, ainda que o seu parentesco com o auctor da herança seja mais afastado.

Em todo o caso é sobre tudo certo que o artigo 2:005.º não é applicavel quando se tracta da successão de irmãos e seus descendentes, legítimos ou illegítimos que sejam uns ou outros, pois com taes parentes nunca pode dar-se a hypothese de um filho illegítimo concorrer á herança de um transversal de seu pae, ou a reciproca, visto que todos esses parentes, aliás transversaes entre si, são descendentes do pae d'aquelle filho illegítimo.

f) Evidentemente todas as considerações expostas ácerca dos artigos 2:000.º, 2:002.º, 2:003.º, 2:004.º e 2:005.º referem-se ao nosso direito positivo, pois que em direito constituindo o meu modo de pensar é no sentido de todos os parentes illegítimos, perfilhados e reconhecidos é claro, herdarem em concorrência com os parentes legítimos, precisamente na altura do gráu do seu parentesco. O filho illegítimo, depois de perfilhado ou reconhecido, é membro da familia, de toda a familia, é parente de todos os parentes do pae perfilhante, em todos os casos e para todos os effeitos.

g) Em vista do exposto, — e porque no caso dos autos concorrem á herança do inventariado A dois sobrinhos seus, E e F, filhos de suas irmãs illegíti-

mas, C. e D, com os quaes nada tem evidentemente o artigo 2:005.^o, por não serem collateraes mas sim descendentes de B, mãe do inventariado, sendo todavia os mesmos E e F dos transversaes chamados á succesão pelo artigo 2:004.^o; — e pois que os ditos sobrinhos do inventariado são parentes mais proximos d'este, do que F, tio de sua mãe B, e do que H, primo d'esta tambem; — e sendo certo que o parente mais proximo exclue o mais remoto nos termos do citado artigo 2:007.^o:—é forçoso concluir que a herança do inventariado deve ser deferida aos referidos E e F, filhos de suas irmãs illegitimas.

.....

XIX

Summario: — Da ineptidão do requerimento em que se deduz a acção. — Da cumulação das acções dos artigos 1:031.º e 1:033.º do código civil.

.....

A fl. 100 é o processo arguido de nullidade insu-
prível pelos réus, com o fundamento da ineptidão do
requerimento de fl. 2, em que foi deduzida a acção.
Cumpre conhecer disto.

Não julgo nesse sentido pelos fundamentos seguin-
tes.

Nos termos precisos do § unico do artigo 130.º
do código do processo civil, o requerimento, em
que se deduzir a acção, só é inepto, quando da nar-
ração ou da conclusão não poder deprehender-se
qual é o pedido e fundamento d'aquella. E' claro
isto como o sol sem nuvens.

D'este modo só a obscuridade do pedido ou dos
seus fundamentos, de forma a não se saber o que
se quer e porque se quer, produzirá aquella inepti-
idão. E, portanto, se o pedido é claro e certo, em-
bora seja inconsequente com seus fundamentos, aliás
claros e certos também; se pedidos e fundamentos
não são confusos, ainda que aquelle não possa de-
duzir-se d'estes natural e logicamente; não ha logar

em tal caso a julgar-se inepta a acção e só cumpre decretar-se a improcedencia d'ella por falta de direito para pedir.

Ora pelo requerimento de fl. 2 conhece-se bem qual é o pedido, e qual é o fundamento com que elle é feito.

Assim a acção conclue pela annullação do contracto de compra e venda, constante do titulo particular de fl. 7 e feito entre os réus, comprador e vendedor, entregando-se consequentemente a coisa vendida a quem de direito e pagando estes ao auctor a respectiva indemnisação dos prejuizos soffridos por elle por causa de tal contracto.

E os fundamentos da mesma acção, como se mostra pela narração feita na petição inicial e determinadamente nos seus artigos 12.º e 13.º, são a simulação do alludido contracto, codigo civil artigo 1:031.º e § unico, e subsidiariamente a circumstancia de o mesmo contracto, quando verdadeiro, ser celebrado com damno e para damno do auctor, citado codigo artigo 1:033.º

Sendo as cousas assim, e fazendo-se applicação do referido § unico do artigo 130.º do codigo do processo civil á hypothese dos autos, parece-me forçoso concluir pela improcedencia da arguida ineptidão da acção ordinaria de fl. 2.

E' certo que na petição inicial foram cumuladas as duas acções do artigo 1:031.º e do artigo 1:033.º do codigo civil, que se repugnam nos seus fundamentos, pois que esta dá como verdadeiro o acto ou contracto, que a quella acção tem como simulado.

Tal repugnancia, porem, não existe em verdade, quando a acção do artigo 1:033.º é meramente subsidiaria da acção do artigo 1:031.º, isto é, para o

caso de a simulação não proceder, como se dá na hypothese do processo, onde em tal sentido se allegou precisa e claramente no artigo 13.º da petição inicial. E por isso a cumulação de acções feita nos autos deve considerar-se ao abrigo do artigo 5.º do código do processo civil.

Cumpre notar ainda que o pedido do requerimento de fl. 2 é compatível com qualquer das duas acções dos citados artigos 1:031.º e 1:033.º, e que por isso não se tracta aqui de diversos pedidos simultaneos sobre o mesmo assumpto, de modo a não se poder saber qual é ao certo o pedido feito.

Em resumo, só a obscuridade e confusão do pedido ou dos fundamentos d'elle, de forma a não se saber o que se quer e porque se quer, produziriam a ineptidão da acção; e taes obscuridade e confusão não existem no requerimento de fl. 2.

.....

XX

Summario: — Nos embargos, de que falla o artigo 740.º § 6.º do código do processo civil, pode deduzir-se toda e qualquer defesa contra a injustiça e desigualdade da divisão feita, ou mesmo contra o direito de dividir e demarcar, ainda que essa defesa respeite á propriedade e prescrição dos respectivos bens, ou á annullação da sentença da partilha d'elles; sem que a tal obstem o artigo 2:087.º do código civil e o artigo 148.º do código do processo civil.

.....

Assim o fundamento dos embargos é que os bens, de cuja divisão e demarcação se tracta como incidente emergente do inventario appenso por fallecimento de C, não pertenciam á herança d'esta. E a meu juizo os embargos não procedem.

As alludidas divisão e demarcação foram requeridas no dito inventario em conformidade com o artigo 740.º do código do processo civil, tendo os mesmos bens sido descriptos e partilhados no dito inventario entre os interessados n'este processo, e sendo a partilha julgada ahi tambem pela sentença de fl. . . , que fez transito.

Esse artigo 740.º diz no § 6.º que nos embargos pode ser feita *qualquer opposição* á divisão e demarcação; e estas palavras grifadas equivalem ás outras

«qualquer impugnação», postas nos artigos 557.º e 561.º e comprehendidas nos artigos 565.º e 567.º, e também ás palavras «a opposição que tiver», de que falla o artigo 569.º do referido código do processo civil.

Qualquer d'estas expressões significa naturalmente que não ha restricção alguma na adopção dos meios de defesa a empregar nos embargos, sendo todos elles acceitaveis, se juridicamente podem aproveitar a quem embarga.

E, portanto, nos embargos póde litigar-se não só acerca dos defeitos da divisão e demarcação, da sua egualdade ou da sua injustiça, das servidões novas a estabelecer ou das antigas a extinguir, como também sobre qualquer cousa, que vá de encontro ao direito de dividir e demarcar, como, por exemplo, algum contracto ácerca dos bens dividendos, prescripção ou outra causa extintiva d'esse direito.

E' certo que o código do processo civil, nas seis disposições citadas, só falla de opposição ou impugnação depois de feitas a divisão, demarcação, medição, repartição e reducção, de que aquellas tractam, parecendo por isto que a opposição ou impugnação não podem ser dirigidas contra o direito de reduzir, dividir, repartir, medir e demarcar, e sómente contra o modo, por que foi realizado esse direito.

Todavia a fôrma generica e absoluta mesmo, por que o dito código ali se exprime, significa que nos embargos póde discutir-se tudo. Qualquer opposição é toda a opposição, sem limitação alguma.

E', porém, fóra de duvida para mim que, não obstante isto, a opposição feita nos embargos de fl 2 não pode produzir effeitos juridicos. Resiste-lhe

a alludida sentença da partilha do inventario apenso, que ajudicou os bens, de que se tracta, aos interessados no presente pleito, e da qual vem o incidente da divisão e demarcação.

Ora, em contrario d'essa sentença, nem ha accordo dos respectivos interessados para se emendar a partilha, nos termos do artigo 732.º do codigo do processo civil; nem nos embargos se trata da annullação da referida sentença das partilhas, nos termos do artigo 148.º do mesmo codigo, como aliás podia fazer-se em vista dos termos genericos e absolutos d'aquelle artigo 740.º § 6.º

Sim, podia fazer-se, não obstante parecer, em face dos artigos 2:087.º e 2:164.º do codigo civil, que a annullação da sentença das partilhas só em acção ordinaria deve ser pedida; porquanto prevalece a simples razão já exposta, de que o codigo do processo civil, posterior áquelle codigo, admite nos embargos toda e qualquer defesa. E, embora o citado artigo 148.º do codigo do processo civil falle de *nova acção*, cumpre observar que os embargos de vem, no rigor de direito, ser considerados como acções, conforme o artigo 1.º e respectivo § 2.º d'este codigo; pois são elles meios de processo contencioso para regular nos juizos competentes os direitos civis e assegurar o seu exercicio.

Sim, podia fazer-se; mas não se fez. E por isso, e por tudo o mais que fica exposto, entendo que a alludida sentença das partilhas subsiste contra os embargos de fl 2, que assim considero e julgo improcedentes.

XXI

Summario : — Um documento authenticico extra-official, em que foi confessada uma divida, faz prova plena da mesma divida contra os herdeiros e representantes do confitente.
— interpretação do artigo 2:426.º do codigo civil.

.....

Tudo depende, portanto, de se resolver se a divida de 3000000 réis, confessada em favor do auctor pelo pae dos réus no testamento de fl... com que falleceu, está ou não legalmente provada pelo mesmo testamento, sem dependencia ou necessidade de outra qualquer prova.

Quanto a mim o testamento do pae dos réus, que é cerrado e foi approved devidamente por tabellião, é um documento authenticico extra-official, como os define o artigo 2:423.º § 2.º do codigo civil, pois que foi feito com a intervenção do competente official publico, exigida por lei, sendo que o mesmo testamento seria de nenhum effeito, se não fôra acompanhado do auto de approvação exarado por tabellião.

Ora, conforme o disposto no artigo 2:426.º do mesmo codigo, os documentos authenticicos extra-officiaes fazem prova plena quanto á existencia do acto a que se referem.

Logo o referido testamento faz prova da divida pedida na acção.

Os réus argumentam contra isto com a parte final do mesmo artigo 2:426.º, cujo contexto é o seguinte :

«Os documentos authenticos extra-officiaes fazem prova plena, quanto á existencia do acto, a que se referem, *excepto n'aquillo em que possam envolver offensas de direitos de terceiro, que não fosse parte no mesmo acto.*»

E é n'estas palavras grifadas que os réus fazem consistir a sua defesa, a qual não procede aliás.

Regra e excepção, contidas n'esta disposição legal, são justas. A primeira affirma a importancia dos documentos, que sem isso não teriam valor juridico. A segunda ressalva direitos, que elles não deviam ferir. Sem duvida.

Levar, porém, o alcance da excepção ao ponto de que o testamento ou outro documento authentic extra official não prova só por si a verdade da divida n'elles confessada, em litigio contra os herdeiros ou representantes do confitente, é amôr exagerado da excepção com sacrificio da regra; equivale a reduzir sem justiça o valor juridico dos documentos authenticos extra-officiaes; e traria incongruencias enormes na pratica da lei e prejuizos ás vezes irreparaveis na sua applicação, como no caso de não haver outra prova da existencia da divida confessada.

Demais, a excepção contida na parte final do artigo 2:426.º refere-se, a meu juizo, ao caso da offensa de direitos de terceiro, que já os tivesse no momento da celebração do documento, é só attinente a direitos já existentes então; pois só d'esse

modo o documento poderia ferir direitos de quem não fosse parte n'elle.

Por exemplo, o caso de alguém doar como sua uma coisa pertencente a outrem, — ou o de se vender um predio com a declaração de lhe pertencer uma determinada servidão sobre o predio visinho, sem lhe pertencer tal, — ou o de alguém dispôr em testamento, como legado, de uma quantia devida por outrem, que em verdade não lha devesse.

Mas não pôde tal excepção referir-se aos direitos de terceiro, que ainda os não tinha ao tempo da celebração do documento, como certamente os não tinham os réus sobre os bens de seu pae no momento em que fazia e legalizava o testamento cerrado, no qual confessava a divida pedida na presente acção.

Na primeira hypothese os documentos, independentemente mesmo dos vícios que, nos termos dos artigos 2:493.º a 2:496.º do codigo civil, lhes illidem a força probatoria, não fazem por si prova plena contra o senhor do predio visinho, contra o verdadeiro dono da coisa vendida, e contra o pretenso devedor, que n'elles não intervieram.

Na segunda hypothese o documento faz prova plena da confissão contra os successores do confitente, ainda que sejam legitimarios, enquanto não fôr annullado por alguns dos fundamentos d'aquelles citados artigos 2:493.º a 2:496.º, ou não fôr havida judicialmente como simulada a confissão da divida nos termos do artigo 1:031.º e § unico d'este codigo, pois que os mesmos successores não tinham a intervir em tal documento, nem se tractava n'elle de direitos seus já effectivos, ou de cousas que já lhes pertencessem.

E depois, se em lugar de se tractar de um testamento, o caso fôra com uma escriptura publica, tambem documento authenticico extra-official, accresceriam ainda as circumstancias, — de a escriptura publica de confissão de divida ser titulo executorio nos termos do artigo 798.º n.º 3.º do codigo do processo civil contra o confitente, que não podia reclamar a sua confissão, — e de a mesma escriptura ser tambem titulo executorio contra os herdeiros e representantes do confitente, devidamente habilitados segundo os artigos 342.º a 350.º d'este codigo, no caso de a execução ter começado contra aquelle.

Ora, se a escriptura publica tem estes effeitos, não havia de ella servir ao menos de prova da divida confessada, depois da morte do confitente? Valendo tudo durante a vida do confitente, e ainda mesmo se a sua execução começou antes da morte d'este individuo, ficaria acaso sem valor algum depois da morte do mesmo confitente, quando só então se tractasse da exigencia da divida reconhecida na mesma escriptura?

Deixando, porem, de estudar o assumpto por este lado, pois que o caso dos autos é o da confissão de divida feita em um testamento, que aliás não é titulo exequivel, concluo affirmando, pelas considerações acima feitas e que alguma vez expuz já na imprensa juridica, que o testamento do pae dos réus a fl. . . faz prova plena contra estes ácerca da divida, que lhes é pedida na acção.

.....

XXII

Summario: — As acções possessórias e as servidões descontinuas, segundo os artigos 486.º, 489.º, 490.º, 492.º e 2:273.º do código civil, e artigo 497.º do código do processo civil. — Fora do caso restricto do citado artigo 490.º a posse não é manutivel a proposito de servidões descontinuas, nem em favor dos auctores, nem em favor dos réus, ainda que o facto d'elles seja a repetição de outros factos eguaes desde muito praticados.

.....

Sem duvida alguma os auctores teem a posse do seu predio, descripto na acção de fl. 2, pelo qual os réus, tendo aliás servidão de passagem de pé, passaram tambem com bois e carro no dia 20 de novembro de 1885, fazendo d'este modo aos auctores a turbacção da sua posse e os damnos de que elles se queixam na dita acção. Isto é incontrovertivel em face dos autos.

Ora, para os auctores se manterem na sua posse, sendo os réus inhibidos de atravessar com bois e carro o predio d'aquelles, é admissivel a acção possessoria de manutenção de fl. 2, conforme o disposto nos artigos 486.º e 489.º do código civil e no artigo 493.º do código do processo civil.

Nem contra isto prevalece o disposto no artigo 490.º do código civil, segundo o qual as acções pos-

essorias não são applicaveis ás servidões descontinuas, salvo fundando-se a posse em titulo provindo do proprietario do predio servinte. Da combinação d'este artigo com o artigo 2:273.º do mesmo codigo resulta que aquelle artigo 490.º só diz respeito ás servidões, que se pretenda conservar por meio das acções possessorias, e não ás que se pretenda impedir por meio das mesmas acções. E manifestamente a acção de fl. 2 tende a impedir e não a conservar uma servidão descontinua, como é a de passagem, que depende sempre de facto do homem.

Os réus allegaram e provaram com os depoimentos das suas testemunhas que o facto turbativo, de que os auctores se queixam, é a repetição de outros factos eguaes, praticados pelos mesmos réus durante alguns annos. Isto, porem, não obsta á procedencia da acção.

Não obsta pelo lado da prescripção da mesma acção, porque, entre a pratica do facto turbativo e a instauração d'esta, não decorreu o anno, de que falla o artigo 504.º § unico do codigo civil.

E não obsta principalmente, porque a circumstancia de o facto turbativo ser a repetição de outros eguaes não determina, segundo a lei, a improcedencia da acção pelos fundamentos seguintes.

Se a posse dos réus, de passarem com bois e carro pelo predio dos auctores, não podia fundamentar a acquisição da respectiva servidão descontinua conforme o disposto no artigo 2:273.º citado, nem legitimar uma acção possessoria dos mesmos réus para conservarem a dita servidão contra os auctores, segundo aquelle artigo 490.º; parece claro que tambem não deve obstar á acção de fl. 2, que

só tende a impedir a constituição da alludida servidão de transito.

Evidentemente seria contradictorio e inexplicavel que a mesma posse fosse manutenivel, em favor dos réus, na acção de fl. 2 contra elles intentada, e que não fosse manutenivel para elles em acção, que intentassem contra os ora auctores, sendo possessorias ambas essas acções.

O principio consignado no artigo 497.º do codigo do processo civil, que aliás já vinha do artlgo 489.º do codigo civil, não auctorisa os réus a conservarem, por meio da sua contestação na acção de fl. 2, a sua posse de transito com bois e carro pelo predio dos auctores enquanto não forem convencidos na questão de propriedade ácerca d'essa servidão descontinua; porque a isso obsta o citado artigo 490.º d'este codigo.

Tal artigo 490.º, que ainda é integralmente lei do paiz, só admitte, considera e attende a posse nas acções possessorias, respeitantes a servidões descontinuas, quando essa posse se funda em titulo provindo do proprietario do predio servinte. Fóra d'este caso restricto e excepcional e a proposito de servidões descontinuas, como a de passagem, a posse não é manutenivel por meio das acções possessorias, nem em favor de auctores, nem em favor de réns.

E tal caso não é manifestamente o dos autos, pois que os réus não allegaram nem provaram que a sua posse se funde em titulo provindo dos auctores.

Por estes fundamentos, e visto ainda o disposto no artigo 492.º do codigo civil, é forçoso concluir pela procedencia da acção.

.....

XXIII

Summario: — Interpretação do artigo 1:213.º do código civil.

.....

A questão a resolver é se o réu, pelo facto de ser vencido na acção de separação, que a auctora lhe movera, e de ter assim dado causa á mesma separação, perdeu o direito aos bens, que a auctora communicara com elle por virtude do casamento entre ambos. E assim:

Considerando que pelo casamento segundo o costume do reino, como foi o contrahido pelos litigantes, se estabelece entre os conjuges a communhão de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei, nos termos do artigo 1:108.º do código civil; e que assim e conforme o preceituado nos artigos 1:109.º n.º 4.º e 1:235.º do mesmo código, o réu, que era solteiro, communicou com a auctora os bens, que elle tinha á epocha do casamento, e a auctora, que era viuva com filhos de anterior matrimonio, communicou com o réu a terça dos bens, que ella levou para o seu casamento com este;

Considerando que a auctora e réu estão judicialmente separados de pessoas e bens por sentença,

que julgou procedente a respectiva acção intentada por aquella, sendo que de tal modo foi o réu o vencido e por isso o que deu causa á separação ;

Considerando que não está provado nos autos que, antes de o réu praticar os factos, que determinaram o julgamento da separação, houvesse tambem a auctora dado logar a esta, como o mesmo réu allega, por qualquer dos fundamentos mencionados no artigo 1:204.º do codigo civil ; e, quando mesmo isso estivesse provado, devera tal materia, para ser acaso attendida n'este pleito, ter sido allegada, ponderada e apreciada na acção de separação, e não em a presente, onde se hade acceitar sem hesitações o facto da separação julgada já e como o foi, e, portanto, a qualidade de vencido decretada para o réu na respectiva acção ;

Considerando que, não obstante o artigo 1:213.º do codigo civil determinar que «o conjuge, que der causa á separação, perderá tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração d'este, lhe houver dado ou promettido» esta disposição legal, apesar de ser o réu que deu causa á separação, não auctorisa a procedencia da acção pelas razões que vão ser expostas ;

Considerando que receber alguma cousa de alguem é o mesmo que acceitar e tomar a cousa, que essa pessoa offereceu e deu a quem a acceita e toma, e por isso a expressão — *tudo o que houver recebido do outro conjuge* —, comprehende sómente, a meu juizo, as doações feitas pelo conjuge innocente ao culpado, e, não obstante a sua generalidade, é exclusiva da acquisição de tudo o que o conjuge, que deu causa á separação, adquiriu por disposição da lei em virtude do casamento, e que evidente-

mente não é offerta, dadiva ou doação, que o conjugue innocente fizesse ao culpado ;

Considerando que a communhão dos bens, que os conjugues, casados segundo o costume do reino, levam para o casamento ou adquirem depois d'elle, é por disposição da lei, código civil artigo 1:108.º, um effeito indestructivel do matrimonio, significa como que a confusão de bens entre os conjugues, de modo que, dada essa communhão, nenhum d'elles fica sabendo quaes os bens seus e quaes os do outro; e, sem duvida alguma, não é ella recebimento reciproco de bens, que elles mutuamente se dessem;

Considerando que a intelligencia, que venho dando ao citado artigo 1:213.º, no sentido de elle não se referir aos bens communicados entre os conjugues, é fortalecida e confirmada pelos artigos 1:121.º e 1:123.º do mesmo código, segundo os quaes, acabada a communhão pela separação, os bens communicados devem ser repartidos entre os conjugues com a devida egualdade; preceito este, que só tem a limitação do artigo 1:210.º § unico, no caso de separação por adulterio da mulher ;

Considerando que, entendendo-se o artigo 1:213.º como a auctora pretende, o preceito cathgorico dos artigos 1:121.º e 1:123.º, para serem repartidos com a devida egualdade entre os conjugues separados os bens da communhão, ficaria mera supérfluidade legislativa, pois que no julgamento das acções de separação, áparte o caso do artigo 469.º do código do processo civil, ha sempre conjugue innocente e conjugue culpado, ou que desse causa á separação ; e tal não pode ser, porque as leis devem ser tão cuidadosa e reflectidamente elaboradas como pontual e lealmente cumpridas ;

Considerando que, se é justissima a pena imposta ao conjuge culpado da separação, no sentido de perder tudo o que o conjuge innocente lhe dera ou doara, porque o ingrato é sempre indigno de beneficio, não me parece todavia contrario á justiça e aos bons costumes, nem incoherente e desigual que essa pena deixe de ser applicada ao conjuge culpado pelo que respeita aos bens da communhão, resultante do matrimonio, a qual não é por isso effeito de um contracto unilateral ou gratuito, ou mero beneficio feito pelos conjuges entre si, pois que a communhão tem por fim a sustentação dos encargos do matrimonio ; sendo de mais a mais que os conjuges podem em contracto ante-nupcial estabelecer para os seus bens um regimen exclusivo da communhão, que os premuna contra o estado de cousas, em que o conjuge culpado da separação venha a levantar parte dos bens, que o conjuge innocente leva para o casamento ;

Considerando finalmente que pelas razões expostas o réu tem ineluctavel direito á sexta parte dos bens, que a auctora possuia quando, em segundas nupcias e com filhos de anterior matrimonio, com elle casou :

E forçoso concluir pela improcedencia da acção.

.....

XXIV

Summario :— Das doações regias perante a lei de 22 de junho de 1846.

Na acção de fl. 2 o auctor B demanda o réu D para o effeito de elle ser condemnado a reconhecer que os seus respectivos predios, indicados nos artigos 5.º, 6.º e 7.º da acção, são glebas do prazo de L, cujo dominio directo foi comprado pelo auctor ao fallecido C na escriptura publica de 2 de junho de 1868, a fl. 6, sendo por isso o réu senhorio util das alludidas glebas; — e para o effeito de o mesmo réu ser condemnado tambem a pagar-lhe, em conformidade da posse antiga e immemorial, a respectiva ração de dez — um dos fructos produzidos nas mesmas glebas, relativamente ao anno de 1883, e seguintes, ficando a sentença com tracto successivo.

Por parte do réu nega-se a obrigação de pagar a alludida ração, porque, sendo imposta em tempos antigos em bens da corôa pelos reis ou donatarios d'ella, a titulo generico, e não por titulo especial de aforamento ou outro qualquer titulo particular, deve considerar-se extincta pela lei de 22 de junho de 1846.

Posta assim a questão com toda a simplicidade,

e não havendo duvidas ácerca da legitimidade das partes, cumpre julgar ácerca do merecimento da acção em face das provas dos autos e do direito applicavel.

*

Em virtude dos documentos juntos aos autos, e dos depoimentos das testemunhas produzidas, dou como assente que a ração pedida está imposta nos predios mencionados nos artigos 5.º 6.º e 7.º da acção; — que estes predios, glebas do praso de L, nos limites da freguesia de, são possuidos pelo réu como senhorio util, sendo actualmente senhorio directo do mesmo praso o auctor; — e que a ração alludida tem sido paga desde tempos muito antigos até ao annos de 1882.

A questão, portanto, reduz-se o averiguar se a dita ração está ou não extincta pela citada lei de 22 de junho de 1846. Examinemos.

*

Sem duvida alguma o praso de L, termo da villa de A, pertenceu aos bens da corôa. Nem para tal é necessario lançar mão da presumpção do artigo 22.º § 4.º da citada lei.

A leitura dos documentos de fls. 264 a 287, onde diversos reis de Portugal doaram a villa de A, ao conde de O na carta regia de fl. 264, depois ao neto d'elle na carta regia de fl. 267, e posteriormente a infanta Dona J na carta regia de fl. 270; ou que diziam o conde de O *senhor de villa de A*, como nas cartas regias de fl. 274 v.º e 278 v.º; essa leitura, repito, convence de que nos mesmos documentos se tractava estricta e rigorosamente de bens da corôa, cons-

titutivos do patrimonio nacional, que n'esses tempos era tambem patrimonio real.

N'esses documentos, já do seculo XV, não se tractava, por certo, de bens particulares, adquiridos por titulo oneroso pelos regios doadores, e dos quaes podiam dispôr nos termos e por todos os meios permittidos a outro qualquer individuo para dispôr tambem do que lhe pertencesse, pois que o character do adquirente não altera a natureza do acto, nem a qualidade do titulo.

E a proposito de bens da corôa consignarei n'este logar que no meu modo de entender, embora os reis devessem, em boa razão, considerar-se meros administradores e não senhores de taes bens para os darem a seu talante, podiam elles com effeito dispôr livremente e até caprichosamente dos ditos bens, por contracto oneroso ou a titulo benefico, como coisa propriamente sua. Era essa a logica do absolutismo. O *posso, quero e mando*, a *sciencia certa*, o *motu proprio e absoluto poder*, que os reis se attribuiram e a que a nação assentiu durante muitos seculos, davam aquelles a faculdade de tudo fazerem. E mesmo para que os bens da corôa, uma vez doados, podessem reverter para o centro d'onde tinham sahido, não era preciso que João das Regras inventasse a lei mental. Quem tudo pode, faz e desfaz, dá e tira, como lhe aprouver. Os reis doavam; os reis podiam fazer cessar as doações: a sua vontade era sempre a lei.

Dando, pois, como assente que os bens alludidos eram bens da coroa e que foram definitivamente doados por esta, vejamos agora o que deve decidir-se ácerca da alludida razão n'elles imposta.

*

A lei de 22 de junho de 1846 diz no artigo 3.º o seguinte :

E' confirmada e fica subsistindo a extincção de todos os direitos tributarios, de todos os direitos banaes, de todos os serviços pessoaes, de todas as quotas, censos, foros, jugadas, eiradegas, teigas d'Abrahã, direitos de portagens, rações certas ou incertas, laudemios, luctuosas, e quaesquer obrigações, ou prestações de qualquer denominação que sejam, impostas pelos reis d'estes reinos, ou pelos donatarios da corôa, *como taes*, por cartas de foral, de couto e honras, ou por outro qualquer titulo generico, ainda quando estas obrigações, ou prestações, se achem convertidas posteriormente em titulo especial.»

Não diz esta lei o que seja *titulo generico*, ao qual se refere aliás em varias disposições suas; e por isso não ha uma base segura para se estabelecerem precisamente os pontos de differença entre titulo generico e *titulo especial*, a que tambem se refere a mesma lei. Cada qual tem de soccorrer-se ao juizo proprio, que, dadas a incerteza das coisas e a fallibilidade humana, bem pode enredar-se n'um erro e produzir uma injustiça. E' comtudo todo o systema da lei de 22 de junho consiste em se fazer differença entre titulo generico e titulo especial; differença que não se encontrava no decreto de 13 d'agosto de 1832!

Como, porem, é forçoso ter opinião para julgar direi que as doações regias da villa de A e seu termo, a que já me referi foram feitas por titulo generico, ao que me parece, em vista dos documentos de fl.

234 a 287, e não por qualquer contracto especial, como o de emphyteuse, o de censo, ou outro assim, respeitante a uns certos e determinados bens apenas.

Depois de a villa de A e seu termo sahirem do dominio da corôa, é que se fez o contracto especial de aforamento dos bens do prazo de L por escriptura publica de 3 d'outubro de 1508, entre o respectivo donatario regio Dom S como senhorio directo, e H como senhorio util, segundo consta do documento de fl. 186 e do tombo appenso a fl. 7 d'elle, sendo de *trinta réis brancos* o foro então estipulado.

O prazo de L foi passando, no decorrer dos tempos, pelas transformações assignaladas no alludido tombo, até que, por escriptura de 13 de dezembro de 1659, ficou pertencendo ao capitão T por compra que d'elle fez a V, auctorisando esta venda o duque de A, ao qual se pagava o fôro de um frangão e se pagou então o laudemio de 10~~7~~500 reis, como se vê a fl. 52 e seguintes do referido tombo appenso.

Posteriormente a essa compra o mesmo T fez com os possuidores das glebas do prazo diferentes contractos, de que o mesmo tombo dá conta e nos quaes se estipulou a razão de nove-um de todos os fructos produzidos annualmente nas mesmas glebas, sendo que ultimamente os foreiros respectivos só pagaram a razão de dez-um, mais benefica para elles do que a estabelecida nos antigos contractos feitos d'esde 1659 a 1664 com o referido T.

*

Pois, apesar de os mesmos bens do prazo de L, mencionados nos artigos 5.º 6.º e 7.º da acção, se-

rem originariamente bens da corôa e de haverem sido doados pelos reis de Portugal por titulo generico, eu julgo procedente a acção de fl. 2 pela simples razão de o citado artigo 3.º da lei de 22 de junho não ser applicavel, como me parece, á razão pedida na mesma acção.

Esta disposição legal refere-se a obrigações ou prestações impostas em doações de bens da corôa pelos reis d'estes reinos ou pelos donatarios da corôa, *como taes*. E ninguem pode dizer fundadamente que a razão de dez-um, de todos os fructos produzidos nas alludidas glebas do prazo de L, á qual se refere a dita acção, foi estabelecida no mesmo prazo pelos reis doadores ou pelos respectivos donatarios regios.

Não foi.

Estipulou-a, sim, aquelle T nos diversos contractos, que fez com os possuidores das glebas do prazo; mas esse individuo não era donatario da corôa evidentemente, nem successor de donatario regio, e apenas um emphyteuta, segundo a dita escriptura publica de 13 de dezembro de 1659, sendo então o duque de A o representante do donatario da corôa.

Logo os titulos, aliás antiquissimos, de seculos, que servem de fundamento á razão de dez-um, pedida na acção, não são genericos para os effeitos da lei de 22 de junho, mas titulos especiaes.

Nem se tracta, no caso dos autos, de titulo generico, convertido posteriormente em titulo especial, pois que a dita razão nada tem de commum com qualquer encargo, se algum houve, imposto pelos reis doadores da villa de A e seu termo, ou pelos donatarios da corôa no prazo de L, a não ser aquelle fôro annual de *trinta réis brancos*, estabelecido em 1508

entre o conde de O e H, e que nem parecenças tem com a razão de dez-um de todos os fructos produzidos pelas respectivas glebas do prazo.

D'este modo o art.º 3.º da lei de 22 de junho de 1846 não pode ser applicado na hypothese dos autos, visto que a razão pedida na acção não foi certamente imposta no prazo de L, nem pelos reis doadores, nem pelos regios donatarios, nem pelos successores d'estes, sendo uma imposição especial constante, não de um titulo generico, mas de diversos titulos especiaes, ou sejam os contractos de aforamento feitos entre o referido T e os possuidores das glebas do prazo.

E por isto nem ha logar a inquirir se a dita razão podia ou não entrar nas excepções do art.º 4.º da citada lei, nem ha direito a applicar-se o artigo 7.º § 6.º da mesma lei pelo que respeita á redução das razões a metade.

*

Assim e com estes fundamentos julgo procedente a acção.

XXV

Summario:— No caso de doação feita por ambos os conjuges não ha em regra nova avaliação da ametade dos bens conferidos por fallecimento do conjuge superstite, prevalecendo a avaliação feita por morte do conjuge predifunto.

O incidente a resolver no presente despacho é, se a ametade, conferida n'este inventario, dos bens que a inventariada A e seu fallecido marido B doaram aos conferentes C e D, deve ser avaliada agora, tendo já sido avaliados na sua totalidade os bens doados, quando se procedeu ao inventario appenso por fallecimento do doador B.

Já alguma vez me pareceu em hypothese igual que se devia proceder á avaliação da ametade dos bens doados, conferida por morte do doador fallecido em ultimo logar ; mas, ponderando novamente este assumpto, convenci-me de que deve prevalecer a louvação feita no inventario do doador primeiramente fallecido. E as razoes são as seguintes.

O codigo do processo civil estatue no § 3.º do artigo 722.º que para a segunda partilha, isto é, para a que se faz no inventario do conjuge superstite, ter-se-ha por determinado o valor dos bens n'aquelle que constar do inventario do conjuge primeiramente fallecido ; e a meu juizo esta disposição legal é

applicavel não só aos bens, que no inventario do con-
juge predefunto entraram na meação do superstite,
como aos bens doados por ambos os conjugues.

No inventario e partilha da herança de B entraram
os bens doados, porque era preciso conferir ahi ame-
tade d'elles para o calculo da terça e egualação
da partilha, e para a reducção, codigo civil artigos
2:103.º, 2:088.º, 1:780.º § 1.º, 1:492.º e seguintes, e
1:789.º; e codigo do processo civil artigo 724.º § 1.º.
A outra ametade dos bens doados tem de ser con-
ferida agora para os mesmos effeitos no presente
inventario por fallecimento de A

E como assim, parece incontrovertivel que o § 3.º
do artigo 722.º do codigo do processo civil é appli-
cavel, além de outros bens, aos doados por ambos
os conjugues.

As excepções, porém, consignadas n'esta ultima
disposição legal, como limitativas da regra geral ahi
estabelecida, é que não podem respeitar aos bens
doados, cujo valor não pode variar com o tempo,
nem com todas as alterações posteriores á primeira
partilha, pois que esse valor é sempre o que elles
tinham ao tempo em que a doação produziu os seus
effeitos, codigo civil artigos 1:790.º § 2.º, e 2:107.º,
salvos os casos de os bens terem perecido ou se
haverem deteriorado por causa fortuita, de força
maior, ou do seu natural uso, conforme o § unico
d'este artigo e o § 3.º d'aquelle artigo 1:780.º

Se os bens doados pereceram ou se perderam
n'aquellas circumstancias depois da primeira parti-
lha, já não entram nem podem ser considerados na
segunda partilha. São, porém, considerados, se a
perda é imputavel ao donatario. No caso da deterio-
ração, conforme ella for ou não imputavel ao do-

natario, assim deixará de ser ou será attendida a mesma deterioração na segunda partilha por morte do conjuge superstite.

D'este modo, a regra geral estabelecida no § 3.º do artigo 722.º do código do processo civil tem como excepções, relativamente aos bens não doados, as que ahi são consignadas tambem; e a respeito dos bens doados temos já as excepções da perda ou deterioração não imputaveis ao donatario, assim como me parece necessaria a de ter havido erro ou fraude na avaliação feita para a primeira partilha.

Ninguém quererá recusar a nova avaliação no caso da deterioração não imputavel ao donatario, porque aquella é o unico meio de se liquidar esta. E o erro deve ser emendado sempre que isso seja possivel, cumprindo tambem desfazer e inutilisar por todos os meios legitimos as tramas da fraude.

Em nenhuma d'estas hypotheses obsta o caso julgado da avaliação da primeira partilha, pela simples razão de a proposito d'ellas não terem sido ponderados nem o erro, nem a fraude, nem a deterioração alludida.

Conformemente a estas ideias, e pois que não se allega que nos bens conferidos agora, ametade dos doados por A e B, houvesse depois da primeira partilha deterioração não imputavel aos donatarios C e D, ou que na avaliação feita no appenso inventario por fallecimento do doador B houvesse erro ou fraude; não ha logar a proceder-se agora á louvação dos bens conferidos no presente inventario, devendo a conferencia d'elles ser effectuada com o valor, que aos ditos bens foi dado no inventario do marido da inventariada.

.....

XXVI

Summario : — Interpretação dos artigos 1:109.º n.º 3.º e 4.º 1:235.º e 1:236.º do código civil.

O inventariado A falleceu sem testamento. — Foi casado em primeira nupcias com B, de quem lhe ficaram os filhos C e D e E, e os netos F e G, filhos de sua filha H, fallecida antes da mãe.—Durante a viuvez de A falleceu intestado e sem descendente seu filho C, ao qual sobreviveram, além do pae, seus irmãos germanos D e E e seus sobrinhos F e G, filhos de sua fallecida irmã germana H.—Em seguida passou A a segundas nupcias com a inventariante L, sendo este casamento segundo o costume do reino e resultando d'elle um filho, que é o interessado M.—Na constancia do segundo casamento de A falleceu seu filho D sem descendentes e sem testamento, ao qual sobreviveram, além de seu pae, seu irmão germano E e os seus sobrinhos F e G, filhos de sua irmã germana H.

No inventario estão descriptos com a devida clareza e precisão :

a) Os bens, que ficaram a A por morte de sua primeira mulher B ;

b) Os bens, que A, durante a sua viuvez, herdou de seu filho C e que este herdara de sua mãe ;

c) Os bens, que na constancia do segundo ma-

trimonio ficaram a A por fallecimento de seu filho D e que este herdara de sua mãe;

d) Os bens, que na constancia do segundo matrimonio ficaram a A por morte do mesmo seu filho D e que este não tinha herdado de sua mãe; e

e) Os bens, que A adquiriu na constancia do segundo matrimonio por doação de seu tio J.

A quem devem ser deferidos na partilha todos estes bens descriptos?

*

Pelo que respeita aos bens constantes da alinea a) e da alinea e), a inventariante L, segunda mulher do inventariado, communicou apenas na terça dos mesmos bens, conforme a determinação do artigo 1:109.º n.º 4.º e do artigo 1:235.º do código civil, sendo que, apesar de aquella disposição legal não se referir a bens *doados* por outros parentes, e só aos *herdados* d'estes, o artigo 1:235.º abrange todavia expressamente os adquiridos por *doação ou herança* de outros parentes; herança legitima ou herança testamentaria, visto que a lei não distingue.

Portanto L levanta apenas uma sexta parte dos bens d'estas alineas, pertencendo os restantes a E e M, filhos do inventariado e a F e G netos d'elle como representantes de sua mãe H.

*

Relativamente aos bens da alinea b), sem duvida alguma A herdou a propriedade plena d'elles por virtude do artigo 1:993.º, visto que era viuvo ao tempo do fallecimento de seu filho C, e este morreu sem descendentes nem testamento.

Comquanto, porem, esses bens pertencessem a A, quando contrahi segundas nupcias com a inventariante L, é certo para mim que esta não communicou em taes bens por força do artigo 1:109.º n.º 3.º, onde expressamente são exceptuados da communhão os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte do filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, como na hypothese sujeita; e isso qualquer que fosse a procedencia dos bens em poder do filho, ou este os herdasse de sua mãe, ou os houvesse de outro modo, visto que esta disposição legal não faz distincções a tal respeito.

O n.º 4.º do artigo 1:109.º e o artigo 1:235.º estabelecem em geral a communhão na terça dos bens, que o conjuge, que passar a segundas nupcias com filhos de anterior matrimonio, tiver ao tempo do segundo casamento, ou herdar de seus parentes, sem distinguir ácerca da proveniencia dos bens em poder do mesmo conjuge. E é isso a regra certamente.

Para o caso especial, porém, de os alludidos bens terem vindo ao dito conjuge, durante a sua viuvez, por herança do filho, existindo irmãos germanos d'este, legisla então o codigo em o n.º 3.º do artigo 1:109.º a incommunicabilidade absoluta de taes bens. E isto é a excepção.

Entendidas assim as cousas, desaparece tambem a antinomia, que parece existir entre estas disposições da mesma lei.

Mas, pelo facto de A passar a segundas nupcias, perderia elle a propriedade dos mesmos bens herdados durante a sua viuvez, conservando apenas o usufructo?

Não perdeu, porque o artigo 1:236.º do código civil não é applicavel ao caso.

Este artigo, dispondo que, «se ao dito varão ou mulher (que contrahir segundas nupcias) *ficarem* bens de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios, que este filho houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, e existirem irmãos germanos d'aquelle filho fallecido, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pae ou mãe só terá o usufructo», occupa-se manifestamente da herança dos filhos de paes *binubos*, e não da herança de filhos de mãe ou pae *viuvos*, a qual por isso não está subordinada ao seu preceito. Não dá outro sentido o texto do artigo.

O varão, que contrahe segundas nupcias, deixou de ser viuvo; é binubo. Os binubos não são viuvos: foram. E é tão certo que o artigo 1:236.º se refere a bens, que o pae *binubo* não herda, como o é que o artigo 1:109.º n.º 3.º se refere a bens, que o pae *viuvo* herda e faz completamente seus.

D'esta ultima disposição legal, que exclue da communhão os bens herdados pelo pae ou mãe viuvos por morte de filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, vem tambem um argumento ponderoso em favor das ideias, que estou sustentando. Não pode haver communhão ou prohibição de communhão de bens, sem que elles pertençam a alguns dos conjuges. A communicabilidade ou incommunicabilidade presuppõe necessariamente a ideia de propriedade da cousa, que se communica ou que não pode communica-se. E, porque a lei prohibe que A, tendo herdado, durante a sua viuvez, uns certos bens em propriedade plena, os communique com L, sua segunda mulher, pelo

casamento de ambos, não se pode dizer que A perdeu a propriedade de taes bens, e sómente se deve affirmar que essa propriedade continua integra em poder de A sómente.

Demais, se A antes de passar a segundas nupcias tivesse gasto ou vendido os bens, que durante a viuvez herdou de seu filho C, estavam elles bem gastos e bem vendidos como cousas suas, pois que nenhuma lei lhe impunha a obrigação de o não fazer. E tambem não ha disposição legal expressa, que torne resolúvel, pelo facto de A passar a segundas nupcias, a propriedade adquirida por elle, como herdeiro de seu filho C, durante a sua viuvez.

E assim os bens da alinea *b*) teem de ser deferidos por completo aos filhos e aos netos de A.

*

Nada tem o artigo 1:236.º com a hypothese da alinea *b*); mas tem tudo com o caso da alinea *c*), porque o rege evidentemente. E segundo elle os bens, que ficaram a A, na constancia do seu segundo matrimonio com L, por morte de seu filho D, e que este herdara de sua mãe B, pertencem na propriedade ao *irmão* germano de C, e no usufructo sómente a A. É a excepção do § unico do artigo 1:993.º

L não tem communhão n'esses bens pela simples razão de que A não herdou a propriedade d'elles; e, se a propriedade dos mesmos bens não pertencia ao inventariado, era impossivel que elle os communicasse com a inventariante. Não se communica com outrem o que não se tem ou pertence a terceiras pessoas.

Mas os bens da alinea c) devem ser deferidos na partilha a E. sómente, unico irmão germano, que sobreviveu a D, ou tambem a F. e G., sobrinhos de E, como representantes de sua mãe H, irmã germana de E, fallecida muito antes d'este?

O artigo 1:236.º diz que a *propriedade dos bens pertencerá aos irmãos germanos do filho fallecido*; e assim exclue os sobrinhos, porque a elles não se refere.

E' duro isto e fundamentalmente injusto, pois não ha motivo plausivel para que os filhos do irmão germano, fallecido antes do auctor da herança, não tenham parte n'esta ao lado de seus tios; mas tal consideração é mera philosophia, porque aos sobrinhos não se pode fazer favor sem destruir a letra do artigo 1:236.º

Nem em contrario do que venho expondo, se argumentará vantajosamente com o artigo 1:982.º do codigo civil, onde aliás se estabelece o direito de representação, na linha transversal, em favor dos filhos do irmão fallecido quando concorrem com algum irmão do mesmo fallecido; porque, segundo o disposto no artigo 1:980.º, para se dar o direito de representação era preciso que a lei chamasse á successão os filhos do irmão germano fallecido; e o artigo 1:236.º não os chama evidentemente, e radica na propriedade dos bens da herança tão só os irmãos germanos vivos ao tempo da morte do auctor d'esta.

D'este modo os bens da alinea c) teem de ser attribuidos na partilha sómente a E.

*

Falta resolver ácerca dos bens da alinea d).

N'esta hypothese não é applicavel a disposição do

artigo 1:109.º n.º 3.º, porque ella tracta de bens herdados pelo *viuvo*, e em o nosso caso os bens advieram a um *binubo*. Tambem não é applicavel o artigo 1.236.º, porque n'este tracta-se de bens que o filho fallecido herdara de seu pae ou de sua mãe, e na presente hypothese os bens deixados por D não lhe tinham advindo por herança de sua mãe.

Mas, se estas disposições legaes não podem ser chamadas para o caso, nem por isso a inventariante L communicou inteiramente nos bens de que me estou occupando.

Eu acho razoavel que sejam exceptuados da communhão os bens, que ficaram ao pae ou mãe *viuvos ou binubos* por morte de um filho do anterior matrimonio e que esse filho houvesse herdado da mãe ou pae, existindo irmãos germanos do filho fallecido. Taes bens pertenciam ao casal do pae ou mãe fallecidos, que não deve ser desfalcado com a communhão dos mesmos bens em desfavor dos filhos do matrimonio anterior. E n'este sentido é o nosso direito escripto.

Já, todavia, não me conformo bem com a doutrina da absoluta incommunicabilidade dos bens herdados pelo pae ou mãe *viuvos* por morte de um filho do anterior matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, quando esses bens não vieram a este por herança de seu pae ou mãe. Para odio ás segundas nupcias bastaria a limitação da communhão. Como, porém, o artigo 1:109.º n.º 3.º estatue n'esse sentido, cumpra se.

Mas o que sempre me repugnaria era a incommunicabilidade absoluta dos bens herdados pelo *binubo* por morte de filho do anterior matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido, e que a este não

tivessem vindo por herança paterna ou materna. Nem o conjuge do binubo, quando casou com este, podia contar com a eventualidade da morte do filho do anterior matrimonio; nem taes bens haviam pertencido ao casal do pae ou mãe fallecidos. Um pouco de odio ás segundas nupcias, vá; mas nem tanto que elle convide ás vezes a inverter o preceito do apostolo — *melior est nubere quam uri* —, e que destrua por disposição da lei, e fóra do razoavel, um dos effeitos naturaes do matrimonio, a communhão de bens entre os conjuges.

E ainda bem que n'esta conformidade está o direito do codigo civil, pois em face do artigo 1:109.º n.º 4.º e do artigo 1:235.º parece-me claro que a inventariante L communica na terça parte dos bens da alinea *d*).

N'estas duas disposições legaes percentua-se que o conjuge, que contrahe segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes do anterior matrimonio, communica com o outro conjuge a terça parte dos bens, que herdar ou venha a adquirir por doação ou herança de seus parentes. E pois que os filhos são parentes dos paes, e os mais conjunctos até, tenho que estes preceitos legaes são inteiramente applicaveis na hypothese da alinea *d*).

Assim L levanta a sexta parte dos alludidos bens, pertencendo os restantes a todos os herdeiros de A, a saber os filhos E e M e os netos F e G.

.....

XXVII

Summario: — Do inventario e caução para entrega de legados de bens mobiliarios, deixados a menores sujeitos ao poder paternal.

.....

Os litigantes estão de accôrdo em que por virtude do alludido testamento de A, fallecido em 3 de setembro de 1873, o réu B tinha de pagar á auctora C a quantia de 1:000.000 réis, que o testador legára a esta, e isso no prazo de dezoito mezes a contar do fallecimento do mesmo testador; — e estão ainda de accôrdo em que o réu pagou pela escriptura publica de fl. . . tal legado aos paes da auctora, tendo esta então tres para quatro annos de idade e estando debaixo do patrio poder dos ditos seus paes.

No que há divergencia entre as partes é sobre a legalidade do pagamento feito na alludida escriptura. E a tal respeito cumpre julgar.

Aos paes da auctora competia, como um dos direitos constitutivos do seu poder paternal, administrar o referido legado deixado a esta, segundo o disposto nos artigos 137.º e 138.º do codigo civil. Para o administrarem haviam de recebê-lo, salvo o caso do § unico do artigo 151.º do mesmo codigo;

mas para o receberem tinham de proceder ao respectivo inventario, que é a primeira obrigação de todo o administrador de bens alheios, e de prestar caução, sendo julgada necessaria.

Pertencia além d'isso aos paes da auctora o usufructo do mesmo legado durante a menoridade d'ella, conforme o artigo 145.º do dito codigo. Mas por isso mesmo tambem lhes cumpria, em observancia do disposto nos artigos 148.º n.º 1.º e 2:221.º, n.º 1.º, proceder ao competente inventario preceituado n'esta disposição legal, e que aliás é differente do inventario ordinario, regulado nos artigos 2:064.º e seguintes do codigo civil.

Logo os paes da auctora, tendo o direito de administrar e usufruir o dito legado de 1:000\$000 réis, só o deviam receber por meio de inventario; e o réu, entregando-lh'o sem essa previa formalidade, fez illegalmente o pagamento do que devia, não se desonerando por isso da obrigação correlativa ao direito da auctora.

Sem duvida alguma os paes da auctora não podiam receber da mão do réu, assim sem mais nem menos, sem fórma nem figura de juizo, o legado alludido; e que o réu não devia entregar-lh'o como fez, infere-se ainda do citado artigo 151.º e § unico.

Conforme estas disposições legaes, que, embora só tractem de bens advindos por herança, devem applicar-se por egualdade de razão aos bens legados ou doados, é manifesto que os paes da auctora, pois que se tracta d'um valor mobiliario já de consideravel importancia, teriam de prestar caução, se fôsse previamente julgada necessaria. E sendo julgada precisa a mesma caução, e não a prestando os paes da auctora, o legado haveria de ser depo-

sitado, ou, a seu requerimento, convertido em outros valores productivos.

Logo os paes da auctora não podiam receber o legado sem se decidir previamente ácerca da necessidade de caução, e sem esta ser prestada no caso de ser julgada necessaria.

Ora, se os paes da auctora só podiam receber o legado n'estes termos, é claro que fóra d'elles tambem o réu não lh'o podia entregar.

Diz, porém, o réu que elle nada tem com o inventario judicial, a que teria de proceder-se, nem com a caução alludida, por ser tudo isso obrigação sómente dos paes da auctora e não d'elle.

Mas não há tal, porque é dever de quem tem de pagar, saber a quem o faz e como o faz, e se a pessoa a quem paga está legitimada para receber e para dar quitação.

Ora o réu não curou d'isso; e, portanto, a si impute as consequencias do pagamento illegal, que fez, pois que os paes da auctora, ao tempo em que se celebrou a escriptura publica de fl . . . , não estavam legitimados nos termos acima expostos para receberem e tomarem conta do legado, embora exercessem o poder paternal e tivessem direito ao usufructo do mesmo legado.

A doutrina contraria seria um perigo para os interesses dos menores e a inutilisação das garantias com que os citados artigos 148.º, 151.º e 2:221.º intentaram acautelar-lh'os e defender-lh'os. Illegal e inconveniente.

N'estes termos a escriptura publica de paga e quitação de fl . . . não isenta, para com a auctora, o réu da sua responsabilidade relativa ao legado de 1:000\$000 réis, emergente do alludido testamento.

.....

XXVIII

Summario : — O usufructuario vitalicio de uma herança, embora seja legatario e não herdeiro, deve ser habilitado, naquella qualidade, como representante do auctor da mesma herança para intervir em uma causa, em que este era parte. — Não ha perfilhação de filho morto. — Os avós tambem não podem perfilhar os netos illegitimos.

Na petição de fl. 2 pretende o auctor G. ser habilitado como herdeiro de M., fallecido no estado de solteiro, sem ascendentes, mas com o testamento de fl. 10, em que instituiu usufructuario vitalicio de todos os seus bens o mesmo auctor; sendo tal habilitação para o effeito de este proseguir, como representante do fallecido nos termos da acção appensa, que elle intentara contra B.

Citado B como réu nos termos do artigo 345.º § 1.º do codigo do processo civil, veio elle com os embargos de fl. 15, em que impugnou a habilitação activa de G com os fundamentos de este individuo não ter a allegada qualidade de herdeiro de M, e de haver um herdeiro legituario e tambem instituido do mesmo M, o seu neto F, filho legitimo do fallecido D, que era filho illegitimo do testador, o qual reconhecera filho e neto no alludido testamento.

Os embargos do réu B foram contestados pelo auctor G a fl. 20.

E agora, feita a prova, cumpre julgar.

a) No testamento de M a fl. 10 lê-se o seguinte:

«Deixo a G o usufructo vitalicio de todos os meus bens, dos quaes instituo meu universal herdeiro o meu neto F, filho legitimo do meu fallecido filho illegitimo D, se elle chegar á maioridade; sendo a maioridade do mesmo meu neto condição indispensavel para se verificar ou se realizar a herança. Para o caso de o usufructuario G fallecer antes de o meu neto chegar á maioridade, nomeio administrador dos meus bens o meu irmão R.»

E tambem é certo, que no inventario, a que se procede por fallecimento de M, foram feitas em conformidade do testamento as respectivas declarações de cabeça de casal por G, que ahi desempenha este encargo, como se prova pelo documento de fl. 3 e seguintes.

b) Ora, sendo G usufructuario vitalicio da herança de M, e tendo aliás para mim, em vista dos artigos :1736.º e 1:833.º do codigo civil, que o usufructuario é egatario e não herdeiro, o que tambem é jurisprudencia geralmente admittida hoje, como já o era antes da promulgação daquelle codigo, é forçoso em todo o caso reconhecer que G tem, como usufructuario, o direito de tomar conta de todos os bens de M para os gozar, segundo o preceituado nos artigos 2:107.º, 2:202.º, 2:206.º e 2:207.º deste codigo.

E assim, e attendendo-se ainda ás disposições do artigo 2:188.º d'aquelle codigo e dos artigos 342.º e 345.º do codigo do processo civil, é manifesto que o auctor G não pode deixar de ser habilitado activamente, na dita qualidade de usufructuario, como representante de M para proseguir nos termos da causa appensa.

c) E' verdade que no testamento de fl. 10 declarou M que tinha um neto, F, o qual era filho legitimo do seu fallecido filho illegitimo D. Todavia tal declaração não vale como perfilhação de D nem de F.

Não vale como perfilhação do filho de M por ser já fallecido esse filho á data do testamento. Segundo a lei não pode haver perfilhação de filhos illegitimos fallecidos, pela simples razão de não existirem as pessoas em favor de quem ella é permittida, e que assim não podem já oppor-se á mesma perfilhação, em conformidade dos artigos 126.º e 127.º do código civil.

Não vale como perfilhação do neto de M, porque em vista dos artigos 122.º a 133.º d'este código, a perfilhação só pode ser feita pelos paes do illegitimo, e não pelos avós d'elle, aos quaes não fazem referencia alguma.

Deste modo F não pode ser considerado herdeiro legitimo de M. Nem o seria, ainda mesmo que seu pae D houvesse sido perfilhado em sua vida, pois que os netos illegitimos não succedem aos avós, e a respeito destes tanto são netos illegitimos os descendentes illegitimos de filho legitimo, como os descendentes legitimos ou illegitimos de filho illegitimo.

Não ha, portanto, logar a habilitar F como herdeiro legitimo de M na qualidade de perfilhado por elle, ou de herdeiro de perfilhado.

d) Deverá, porem, o referido F ser habilitado como herdeiro testamentario de M para tomar o logar deste no processo appenso?

Não deve. A instituição de F foi feita debaixo da condição suspensiva de o instituido chegar á maioridade. F será ou não será herdeiro conforme che-

gar ou não chegar á maioridade, que no dizer do testamento é condição indispensavel para se verificar e realizar a herança. Ora F. ainda não attingiu a maioridade.

Por isso não tem applicação neste caso o artigo 1:810.º do codigo civil, invocado pelo réu B; mas sim tel-a-hia o artigo 1:822.º do mesmo codigo, pon-do-se a herança em administração, se ella não tivesse de ser entregue por inteiro ao auctor G para a usufruir. E o proprio testador preveniu tudo isto, porque, para o caso de o usufructuario G fallecer antes de F chegar á maioridade, nomeou administrador da herança o seu irmão R.

e) E depois, ainda que a instituição de herdeiro fosse effectiva já, tambem effectiva era a instituição do usufructuario G, ao qual não se deve recusar nesta qualidade o direito e a legitimidade para intervir na causa appensa como representante de M, cuja herança tem de usufruir.

Nestes termos julgo procedente a petição de fl. 2, e hei como activamente habilitado o auctor G para, na qualidade de usufructuario da herança de M, representar este individuo na causa appensa, que elle movia ao réu B.

XXIX

Summario: — Interpretação dos artigos 1:608.º n.º 4.º e 1:451.º do código civil.

.....

O auctor é parte legitima na presente acção pelos fundamentos seguintes.

N'esta argue-se a usurpação, pelos réus, de parte do terreno, que o auctor traz de arrendamento e que pertence ao senhorio F. Ora, impondo o artigo 1:608.º n.º 4.º do código civil ao arrendatario as obrigações de participar ao senhorio as usurpações tentadas ou feitas por terceiro, e de defender os direitos do mesmo senhorio, nos termos ordenados na segunda parte do artigo 1:451.º do mesmo código, é manifesto que o autor tinha, não só o direito mas também o dever de propôr a presente acção para defender o senhorio da usurpação, que diz feita em parte de terreno arrendado por elle auctor.

Além d'isto nada obstava também a que este propugnasse ao mesmo tempo n'essa acção o seu direito ao uso da coisa arrendada, recorrendo para isso aos necessarios meios legais.

O auctor intentou, como arrendatario, a presente causa, defendendo o senhorio e defendendo-se; e, como vimos, cumpriu a outra obrigação, que si-

multaneamente lhe era imposta no citado artigo 1:608º n.º 4.º, avisando ou notificando o senhorio.

Mas, pois que tal aviso foi feito, pretendem os réus que terminasse com elle a legitimidade do auctor, sendo que em vista da segunda parte do artigo 1451.º só ao senhorio cumpre prover depois do aviso.

Não concordo.

Em conformidade das duas disposições legaes citadas, o arrendatario é obrigado a dar, sem detença, aviso da usurpação ao senhorio, e a tomar a defesa dos direitos d'este até que elle proveja no caso, como cumprir; e, se o arrendatario preterir qualquer das ditas obrigações, isto é, se não der o dito aviso, ou não tomar a dita defesa, como se expressa o artigo 1:451.º, ficará o mesmo arrendatario responsavel por perdas e damnos.

Ora isto não quer dizer que tal responsabilidade cesse desde que o arrendatario fizer uma ou outra d'essas cousas, mas sim que a mesma responsabilidade existe, se elle deixar de praticar algum d'esses actos, que cumulativamente e não alternativamente lhe são impostos nas citadas disposições legaes. Nem a lei, que impõe duas obrigações simultaneas ao arrendatario, devia desonerar este só porque cumpriu uma d'ellas.

Se o senhorio, depois de notificado, como foi no processo, viesse tomar a defesa dos seus direitos, não seria desde este momento necessaria a continuação da intervenção do auctor arrendatario para defender-lh'os; mas, não vindo elle a juizo, como não veio, o auctor, sustentando o pleito, so cumpriu o seu dever legal, que era tomar a defesa do mesmo senhorio enquanto elle não provesse, e ao mesmo tempo usou do seu direito de arrendatario.

E de nada vale para o caso que o senhorio do terreno arrendado pelo auctor o seja tambem do terreno arrendado pelos réus, pois que o auctor, sem dever preoccupar-se com tal circumstancia, tinha sempre a obrigação de defender o direito do senhorio com relação ao terreno, que trazia de arrendamento para se libertar de responsabilidades.

Demais, o auctor precisava de intentar a acção e de a continuar, visto que o senhorio não veio a juizo; e aquillo não só para manter o seu direito ao uso de todo o terreno arrendado por elle, como ainda para poder pedir vantajosamente a diminuição da renda, de que fallam os artigos 1:612.º e 1:613.º do codigo civil, no caso de o seu arrendamento vir a ser cerceado em parte.

.....

XXX

Summario : — Responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal. — Interpretação dos artigos 2365.º e 2373.º do código civil.

.....

Da verificação d'estes factos e do disposto nos artigos 368.º, 2:169.º n.º 4.º, 2:356.º e 2:361.º do código civil resalta natural e logicamente para o réu a obrigação de reparar o damno, que fez ao auctor com o córte das varas de castanho e de carvalho, effectuado pelos criados do mesmo réu por ordem e consentimento d'este. E por tal prejuizo é solidaria a responsabilidade do réu, mandante e consentidor, como é expresso no artigo 2:380.º do citado código.

É verdade que o auctor, antes de intentada a presente acção civil recorreu ao processo criminal, que moveu ao réu para o fazer condemnar na pena correspondente ao crime de furto, sendo este pronunciado na primeira instancia pelo crime de furto das alludidas varas e depois despronunciado pelo accordo da relação do Porto por certidão a fl. 12, por não se ter provado que desse ordem aos criados para o córte das mesmas varas. Mas d'esta despronuncia não se infere, visto o disposto no artigo

2:505.º do mesmo código, que ficasse por virtude d'ella illidida a acção civil de perdas e danos, sendo que o proprio accordão, despronunciando o réu do crime de furto, resalvou o direito, que ao auctor assistisse de por outro meio exigir d'aquelle a responsabilidade civil ou criminal, que lhe resultasse do córte das varas alludidas.

Perante o accordão não ha crime de furto por parte do réu; é certo. D'isto, porém, sómente se deduz que por este lado não pode haver responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal, e não que a responsabilidade civil não possa existir isoladamente e independentemente da existencia d'aquell'outra responsabilidade.

Dada a responsabilidade criminal por facto criminoso, que offenda os direitos de outrem, essa responsabilidade é sempre acompanhada da responsabilidade civil, em virtude da lei e independentemente de qualquer declaração na sentença condemnatoria. Estão de accordo o código civil na primeira parte do artigo 2:365.º, e o código penal nos artigos 75.º n.º 3.º, e 80.º

D'estas disposições legaes, combinadas com os artigos 359.º, 365.º, 368.º, 2:356.º e 2:561.º d'aquelle código, onde se reconhece o direito originario da reparação civil da offensa, deve tambem inferir-se, por muito que repugne admittirem-se disposições e mesmo palavras inuteis na lei, que o ultimo periodo do artigo 2:365.º não tem significação real.

Sempre que um facto ou ommissão de um facto, crime ou não, offende os direitos de outrem, ha logar á indemnisação civil, que é um direito do lesado, ao qual não pode deixar de corresponder a cor-

relativa obrigação do lesante. Mas a responsabilidade civil nem sempre é acompanhada da criminal, como diz o mesmo artigo 2:365.º, porque, para a existencia d'aquella, não é preciso que haja crime, sendo bastante a offensa de um direito privado.

*

O artigo 2:273.º do código civil na parte em que estatue que «a responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal não poderá ser exigida judicialmente, sem que o facto criminoso tenha sido verificado pelos meios competentes, *nos casos em que a acção publica deve intervir*», que são os casos unicos para que rege esta disposição, impõe certamente uma restricção, aliás injustissima, ao exercicio do direito de indemnisação civil; mas certamente não significa que a responsabilidade civil dependa, nos alludidos casos, da fixação da responsabilidade criminal por sentença condemnatoria passada em julgado. E a demonstração é facil.

A verificação do facto criminoso, de que ali se falla, é apenas a constatação d'elle no corpo de delicto, que é a peça do processo criminal destinada a verificar a existencia dos crimes, e sempre assim foi considerado.

Mais. Os artigos 359.º, 365.º, 368.º, 2:169.º e 2:361.º já citados estabelecem, como foi consignado, o direito originario da reparação civil da offensa; e os direitos originarios só podem ser limitados por lei formal e expressa. Assim, e porque as restricções dos direitos originarios são sempre odiosas, deve a verificação do facto criminoso, exigida no artigo 2:273.º, ser entendida relativamente ao corpo

de delicto, e jámais com relação á sentença condemnatoria, para não ser ampliada a restricção do direito de indemnisação civil.

Além d'isto, os artigos 1:094.º e 1:165.º da novissima reforma judiciaria reconhecem expressamente que mesmo nos casos de o réu não ser indiciado ou de ser absolvido do crime, pode haver logar a perdas e danos, estatuinto tambem o codigo civil correspondentemente no artigo 2:505.º que a absolvição do réu nos tribunaes criminaes e correccionaes não illide a acção de perdas e danos.

Accresce ainda que o codigo penal dispõe, por sua vez, no artigo 51.º que a isenção de responsabilidade criminal não envolve a de responsabilidade civil, quando tenha logar; e no artigo 125.º § 1.º estatue tambem que a morte do criminoso e a amnistia do crime, as quaes acabam todo o procedimento criminal e toda a pena, não prejudicam todavia a acção civil pelo damno e perda,

Ora de tudo isto deve concluir-se que a exigencia judicial da indemnisação civil, connexa com a responsabilidade criminal, não depende em caso algum da sentença criminal condemnatoria; e que, nos casos em que a acção publica deve intervir, só depende da constatação do facto criminoso no respectivo corpo de delicto, o que aliás já é injustiça a faltar como restricção ao exercicio do direito de indemnisação civil.

Tambem é certo que tal restricção não é applicada pela lei aos casos em que a acção dubica não deve intervir. *Odiosa restringenda*: é a regra.

E d'este modo ha de entender-se egualmente que a connexão de responsabilidades, civil e criminal, de que falla o artigo 2:373.º, não quer dizer conjuncção

da responsabilidade civil com a criminal por virtude ou como effeito da sentença criminal condemnatoria, mas sim e naturalmente aquella simultaneidade de responsabilidades, de que falla o artigo 2:363.º do codigo civil, responsabilidades essas que ao mesmo tempo se originam do mesmo facto.

*

O corollario logico do que venho expondo é, para este processo, que o réu, embora não incorresse no crime de furto, como julgou o accordão da relação, por certidão a fl. 12, nem por isso ficou isento da responsabilidade civil pelo corte das varas de castanho e de carvalho, effectuado no predio do auctor por ordem e consentimento d'elle réu, como os autos mostram. Não havendo facto criminoso, é claro que não podia haver responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal, mas apenas e isoladamente aquella responsabilidade.

.....

XXXI

Summario: — Para pagamentos de dividas da exclusiva responsabilidade de um dos conjuges pode ser penhorado ou arrestado o direito d'elle á meação dos bens communs do casal.

.....

A questão dos embargos de fl. 2, reduzida á sua maxima simplicidade, é se, para pagamento de dividas da exclusiva responsabilidade do marido, pode ser penhorado o direito d'elle á meação dos bens communs do casal. Da solução d'ella n'este ou n'aquelle sentido, depende a sorte dos embargos, pela sua procedencia ou pela sua improcedencia.

Cumpre, portanto, decidir.

Não há disposição legal, do meu conhecimento ao menos, que prohiba tal penhora ou arresto; e, ao contrario, da combinação do artigo 815.º § unico do codigo do processo civil com o artigo 1:117.º do codigo civil deve inferir-se, a meu juizo, que ella é admissivel e factivel.

Assim, em face d'este artigo 1:117.º, o dominio e posse dos bens communs está em ambos os conjuges enquanto subsiste o matrimonio. Taes condominio e composse só acabam pela dissolução do casamento ou pela separação de bens entre os conju-

ges, salva em todo o caso a restrição do artigo 1:216.º do código civil. E por isso é claro e incontroversível que, durante a constância do matrimonio, qualquer dos conjuges tem direito em todo o momento á meação dos bens do casal commum, embora tal direito só possa tornar-se effectivo, dada qualquer d'aquellas circumstancias.

Ora o citado § unico do artigo 815.º do código do processo civil dispõe expressamente que em execução contra qualquer interessado em bens communs, que se conservem indivisos, pode ser feita penhora no direito que elle tiver aos mesmos bens indivisos.

Logo é forçoso reconhecer que, para pagamento de dividas privativas de qualquer dos conjuges, pode ser penhorado, e portanto arrestado conforme o artigo 367.º d'este código, o direito do conjuge devedor á meação dos bens communs do casal no momento da penhora ou arresto. E registados estes encargos em bens immobiliarios, é claro que taes encargos acompanham os mesmos bens emquanto a respectiva divida subsistir.

Seria injusto rejeitar esta solução, pois que em tal caso o direito, aliás legitimo, do credor a fazer garantir a satisfação do seu credito, ficaria sem defeza possivel contra uma administração ruinosa do casal e contra quaesquer eventualidades, que levassem á insolvencia o conjuge devedor.

Nem a doutrina, que venho propugnando, é contraria ao artigo 1:114.º § 1.º do código civil, visto que o arrematante só depois da dissolução ou da interrupção da sociedade conjugal pode tornar effectivo o seu direito á meação dos respectivos bens, que até então teem de continuar em poder do ma-

rido, como administrador de todos os bens do casal, sem excepção dos proprios da mulher.

E, porque assim, tambem me parece claro que o marido, ou a mulher nos casos do § unico do citado artigo 1:117.^o do codigo civil, hajam de ser nomeados forçosamente depositarios do direito penhorado ou arrestado, harmonisando-se d'este modo os direitos e os legitimos interesses de todos, do credor e dos conjuges.

.....

XXXII

Summario : — Efeitos da separação provisória de pessoas decretada nos termos do artigo 469.º do código do processo civil.

Em vista dos depoimentos das testemunhas inquiridas, julgo improcedente a acção de separação de pessoas e bens, intentada pelo auctor A contra a ré B, sua mulher, com os fundamentos do adulterio d'esta e de injurias graves dirigidas por ella ao auctor.

Todavia, vistos os autos e usando, em face do que d'elles consta, da faculdade que me é conferida no artigo 469.º do código do processo civil, auctorisso temporariamente, por trinta annos, a separação de pessoas dos conjugues.

Segundo esta disposição legal, quando o juiz auctorisa a separação temporaria, a qual, sem duvida alguma, deixa em pleno vigor o regimen matrimonial para todos os effeitos, menos para o da convivencia dos conjugues, deve elle arbitrar alimentos á mulher, se houver logar a elles; pois que de tal separação não resulta inventario e partilha dos bens, continuando o marido na administração de todo o casal.

No caso, porém, d'estes autos não se pode fazer na presente sentença o arbitramento de alimentos

á ré, porque, havendo estes de ser proporcionados aos meios do marido, que tem de prestal-os, e ás necessidades da mulher, que tem de recebel-os, não fornece o processo quaesquer provas d'aquella necessidade de alimentos nem da possibilidade da sua prestação.

Isto não obsta comtudo a que auctor e ré possam chegar a um accordo a tal respeito, querendo, na conferencia a que para outro fim os vou convocar; devendo aliás ficar entendido que, no caso de não accordarem, não se seguirá depois a intervenção do conselho de familia sobre o assumpto, pois que o citado artigo 469.º o exclue, quando a separação temporaria é decretada pelo juiz, para o arbitramento de alimentos, o qual na hypothese dos autos só poderá, na falta d'aquelle accordo, ser estabelecido por meio da respectiva acção ordinaria, que para isso fôr intentada.

Como os autos mostram, do matrimonio do auctor e ré resultaram cinco filhos menores.

Nada dispõe o referido artigo sobre as providencias que haja a tomar ácerca d'esses filhos no caso da separação temporaria; e não o faz, talvez porque, ficando em pleno vigor o regimen matrimonial para todos os effeitos excepto para a convivencia dos conjugues, e sendo certo que pelos artigos 137.º 138.º do codigo civil o poder paternal compete principal e especialmente ao pae na constancia do matrimonio, entenderia que não precisava de regular esse assumpto por ser da competencia do pae.

No entanto, apesar d'estas considerações, parece-me que, dada a separação das pessoas dos conjugues, que é tão effectiva no caso da procedencia da acção como no da separação temporaria emquanto

ella dura, e pois que pelo citado artigo 138.º do código civil as mães participam do poder paternal na constancia do matrimonio, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; cumpre providenciar-se ácerca dos filhos como no caso do artigo 465.º e § § do código do processo civil, isto é, chamando os conjugues a uma conferencia, ou convocando o conselho de familia na falta de accordo d'elles, ou julgando o juiz no caso de empate do conselho.

Parece-me ser este o verdadeiro caminho a seguir.

.....

XXXIII

Summario : — Interpretação dos artigos 1:566.º e 2:015.º do código civil. — A nullidade do contracto proveniente da falta de consentimento de um dos conjuges, no caso do artigo 1:216.º do mesmo código, só pode ser arguida pelo conjuge, que não deu o consentimento, e não pelos que outorgaram no contracto. — A sentença não póde ser condicional e ficar dependente de facto, que a parte não condemnada n'ella haja de praticar ou não.

A auctora B, separada judicialmente de seu marido o 1.º réu C, demanda este e o 2.º réu D nos termos seguintes :

Que por escriptura publica de 20 de agosto de 1889 o 1.º réu, estando já então separado judicialmente da auctora, vendera ao 2.º réu pela quantia de 600,000 réis ametade do que pertenceu a elle 1.º réu e á auctora no inventario de E, mãe d'esta, e ametade do que á mesma auctora e 1.º réu havia de pertencer no inventario a que se procedia n'esta comarca por fallecimento de F., pae d'aquella ; sendo que a auctora e 1.º réu casaram segundo o costume reino e a herança de seus ditos paes e sogros lhes adveio antes da acção de separação, e por isso communicaram entre si as respectivas quotas d'essas heranças, que ainda não partilharam entre ambos ;

Que o 1.º réu vendera assim ao 2.º réu cousa,

que não estava dividida entre aquelle e a auctora, e que a lei considera indivisivel para o effeito de esta poder optar como coherdeira e cnsorte ; opção que a mesma auctora quer fazer :

E que n'estes termos deve a acção julgar-se procedente, sendo os réus condemnados a virem declarar valida esta opção, e o 2.º réu além d'isso a entregar á auctora a parte vendida pelo 1.º réu, mediante o pagamento ou deposito judicial do referido preço da venda.

Os réus contestaram por negação.

A auctora, feita a sua prova, allegou afinal de direito, fazendo-o tambem os réus.

E visto tudo isso, e pois que é evidente a legitimidade das partes, cumpre julgar do merecimento da acção.

Os réus concluem a sua allegação, dizendo que a acção deve ser julgada improcedente, por que na petição inicial não se pede a annullação da sentença de fl 36, que julgou a cessão ou venda feita pelo 1.º ao 2.º réu na referida escriptura de 1889 : e porque a auctora não tem o direito de opção, por não ser proprietaria, e por ser nulla a compra constante da mesma escriptura em razão da falta de consentimento da mesma auctora apesar de judicialmente separada do réu seu marido.

Estão provados os factos allegados na acção ; mas, não obstante isso e apesar de os réus não se poderem prevalecer, em sua defesa, da nullidade que por ventura affecte a referida cessão ou compra pela falta de consentimento da auctora, conforme o disposto no artigo 1:216.º do codigo civil, — porquanto tal nullidade só podia ser arguida por

esta e não por quem a praticou e que não pôde recusar ou contravir o proprio facto; — tenho como seguro que a acção não procede pelos seguintes fundamentos.

Em primeiro logar, á procedencia da acção obsta a dita sentença de fl 36, proferida em 10 de outnbro de 1889 no inventario de F. e intimada aos respectivos interessados n'esse inventario, e portanto á auctora, como esta reconhece a fl 30, em 12 de outubro de 1889, segundo a certidão de fl 37.

Teve, pois, a auctora conhecimento judicial da mesma sentença muito antes de dar ingresso em juizo a presente acção; e todavia na petição d'esta nem ao menos se falla em tal sentença. que aliás reconheceu ao 2.º réu o direito de, na qualidade de cessionario, receber a quota do 1.º réu na herança dos paes da auctora, e isso com sciencia d'esta.

Ora não se comprehende que, pretendendo a auctora usar do direito de opção relativamente á venda feita na dita escriptura de 20 de agosto, deixasse ficar em pé a referida sentença, que, emquanto não fôr annullada, ha de servir ao 2.º réu de titulo para conservar em si as quotas de herança, por que a auctora pretende optar,

Em segundo logar, a auctora, fundando a sua acção nos artigos 2:015.º e 1:566.º do codigo civil, precisava de fazer, previamente á instauração d'esta, o deposito da quantia de 600,000 réis, preço da venda feita na referida escriptura, e satisfazer a importancia da respectiva contribuição de registo, sem o que não lhe pôde ser adjudicada a herauça comprada.

Assim o determina aquelle artigo 1:566.º e o

artigo 644.º § 2.º do código do processo civil ; e do mesmo modo se tem julgado nos tribunaes.

Mas a acção pede a entrega ou adjudicação do respectivo direito hereditario á auctora, sem todavia se ter feito aquelle deposito previo ou o competente pagamento.

Logo não póde decretar-se tal entrega por virtude do direito de opção.

E, se a sentença condemnasse o 2.º réu a entregar á auctora a parte das heranças de E e F. vendida pelo 1.º réu, mediante o pagamento ou deposito judicial do respectivo preço, a sentença não seria certa e só condicional ; por que, de se fazer ou não fazer o deposito ou o pagamento, dependeria a entrega alludida, e sem que alguma d'aquellas cousas estivesse consummada é que esta não se realisava.

Ora em taes condições não se profere uma sentença, que, para a sua execução, póde depender de liquidação, mas não deve depender de um facto, que alguém pratique ou não pratique a seu talante.

Em terceiro lugar, a acção fundada n'aquelles artigos 2:015.º e 1:566.º do código civil nunca pode proceder na parte respeitante á venda d'aquillo que ao 1.º réu coube na herança de sua sogra E.

Quando se outorgou a escriptura de 1889, já estavam effectuadas desde muito as partilhas da herança d'esta, e por isso não podia dizer-se indivisivel, nos termos d'aquelle artigo 2:015.º, a quota ou direito da auctora e 1.º réu respeitante a tal herança.

Pouco importa que estes não tivessem partilhado entre si aquella quota, á data da venda feita na escriptura de 20 de agosto de 1889, porque o artigo 2:015.º falla do direito indivisivel dos coherdeiros a uma herança antes da partilha d'esta, e de modo

algun se refere ao direito indivisível do marido e mulher com relação a uma parte d'essa herança, aliás dividida já pelos respectivos interessados.

Depois da partilha effectuada no inventario de E, a quota da auctora, communicada com o 1.º réu seu marido, não ficou indivisível e sómente indivisa entre estes. Ora o artigo 1:566.º não rege evidentemente para o caso de compropriedade de coisa indivisa, mas sim para a compropriedade de coisa indivisível, embora pareça que depois do artigo 848.º n.º 7.º do código do processo civil é também applicada á coisa indivisa.

N'estes termos a acção é sem duvida alguma improcedente.

.....

XXXIV

Summario : — Interpretação do artigo 1:942.º do código civil em concordância com o artigo 1:755.º do mesmo código.

.....
A questão dos autos reduz-se com effeito a julgar se é valida ou nulla a clausula marginal do testamento cerrado de fl. 10 dos autos, escripta, datada e assignada pelo testador F muito depois de approvado o mesmo testamento.

Neste documento o testador, depois de deixar alguns legados, instituiu B como seu herdeiro, declarando tambem que, no caso de B fallecer antes delle, deixava todos os seus bens aos filhos do mesmo B. E na alludida clausula marginal additada disse o testador que, visto ter fallecido B, deixava todos os seus bens a D, ao qual instituia seu universal herdeiro.

Conforme o testamento primitivo os herdeiros de F. eram os filhos de B, fallecido antes do testador. Pelo additamento marginal os filhos de B são eliminados como herdeiros, e D fica sendo o herdeiro unico.

Sem duvida alguma a clausula marginal propõe-se revogar o testamento primitivo em parte, relativamente á instituição de herdeiros. São duas cousas

incompatíveis, nesse ponto, o testamento primitivo e o additamento.

A meu juízo a clausula marginal additada não vale, apesar de parecer que está ao abrigo do artigo 1:942.º do código civil, onde se estatue que, «se o testamento se achar só alterado ou emendado em parte por letra do testador, com ressalva e assignatura, não será annullado por isso, e valerão as ditas emendas como se fossem parte delle.»

As palavras «alterado» e «emendado», que se leem no citado artigo, equivalem-se nelle manifestamente, porque o mesmo artigo abrange os significados de ambas ellas nas outras suas palavras «ditas emendas», que ahi se leem na parte final.

Todavia a faculdade de emendar ou alterar um testamento em parte delle, outorgada no artigo 1:942.º, não comprehende a faculdade de revogar o mesmo testamento em parte tambem; porque revogar não é simplesmente modificar, é annullar. Uma clausula testamentaria, alterada ou emendada, subsiste, apesar da modificação nella feita. Uma clausula testamentaria revogada deixou de existir.

Altera-se ou emenda-se um testamento em parte, quando, por exemplo, se nomeia mais um herdeiro ou mais um legatario, ou, tendo-se instituido alguém herdeiro de uma certa quota da herança, ou legatario de uma determinada quantia, se modifica depois para mais ou para menos a quota da herança ou a quantia legada. Em todos estes casos as respectivas clausulas testamentarias subsistem, apesar de modificadas.

Quando, porem, se elimina a instituição de um certo herdeiro ou de um determinado legatario, não se pratica então apenas uma simples alteração ou

emenda do testamento, mas sim a completa revogação de uma clausula testamentaria, que deixou de existir por ter sido annullada, ou directamente ou por meio de outra clausula incompativel com ella.

Ora está escripto no artigo 1:755.º do codigo civil que «o testamento só pode ser revogado, no todo ou em parte, por outro testamento com as solemnidades legaes, ou por escriptura publica, ou pela alienação dos objectos testados;» e nenhum destes meios de revogação do testamento é o que constitue o objecto do presente litigio, assim como ninguem dirá que eliminar de um testamento a instituição de um determinado herdeiro não é revogar em parte o mesmo testamento.

Da combinação dos citados artigos 1:942.º e 1:755.º não resulta que as emendas, de que falla o artigo 1:942.º, são um outro meio de revogação dos testamentos cerrados alem dos indicados no artigo 1:755.º, pois que isso contrariaria manifestamente a letra e o espirito desta ultima disposição legal.

O que naturalmente e plausivelmente resulta da combinação dos mesmos artigos é que as emendas ou alterações parciaes dos testamentos cerrados, feitas nos termos do artigo 1:942.º, valem em todos os casos, menos quando as modificações operadas importem a revogação dos mesmos testamentos em parte.

E, apesar do entendido assim este artigo 1:942.º, como subordinado ao artigo 1:755.º, ainda fica muito larga, mesmo excessivamente larga, a sua esphera de influencia.

.....

XXXV

Summario : — Efeitos da falta de procuração do auctor no processo.

.....
O processo está inteiramente nullo pelos motivos seguintes.

Não existe procuração nos autos, pela qual o justificante conferisse a quemquer que fosse mandato judicial para em seu nome se instaurar e seguir este processo. Ora o mandato judicial só pode ser conferido por procuração publica ou havida por tal, como prescreve o artigo 1:455.º do codigo civil.

Quer dizer, todos os actos d'este processo foram praticados em nome de um individuo, que é apresentado como auctor, e que é tão certo não estar em juizo, como é fóra de duvida não serem seus procuradores as pessoas, que por elle requereram.

É verdade que o artigo 130.º do codigo do processo civil não menciona como nullidade insupprivel a falta de procuração, e que por isso pode entender-se que, sendo ella supprivel e não se reclamando contra a mesma nullidade, como aqui não se reclamou, não é licito aos tribunaes conhecer de tal assumpto, segundo o preceituado no artigo 132.º do mesmo codigo.

Não acceito, porem, esta doutrina. A nullidade

dos actos do pretenso mandatario judicial não é estritamente uma nullidade de processo, é uma nullidade de direito; não precisava de ser decretada na lei adjectiva, porque é propria da lei substantiva. Desde que nos termos dos artigos 1:327.º e 1355.º do codigo civil é necessaria e indispensavel a procuração publica, ou havida por tal, para se exercer o mandato judicial, não temos que dirimir a questão perante os citados artigos do codigo do processo.

Nem o caso é de preterição de formulas n'este prescriptas, mas sim e fundamentalmente de o negocio ser feito por quem não tinha direito de o fazer, nem podia n'elle intervir.

Se a procuração não existe, não existe o mandato. E, não existindo o mandato, é ainda parecer meu, não obstante algumas decisões contrarias dos tribunaes, que a falta de procuração não pode ser supprida pela apresentação posterior d'ella, o que aliás não se deu n'este processo, para validar os actos anteriores do pretenso mandatario, porque estes actos são desde a sua pratica como se não existissem perante as citadas disposições do codigo civil. Comprehende-se que se sanem irregularidades; mas não se deve admittir que se considerem, como verdadeiras, cousas que são inteiramente falsas.

Por mim não sei de qualquer disposição legal, que auctorisie tal validação, sabendo comtudo que os contractos só existem desde que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito ou se sujeitam a alguma obrigação, e que sómente os contractos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos. Ora aquella validação repugna a estes principios, porque contraria profunda e essen-

cialmente os referidos artigos 1327.º e 1355.º do código civil.

Tambem o artigo 130.º do código do processo civil não declara nullidade isanavel e illegitimidade das partes, e comtudo ella tem o effeito de annullar todo o processo, como se vê nos artigos 281.º e 283.º n.º 2.º do mesmo código.

E depois, se a falta de procuração fosse uma nullidade supprivel, os tribunaes só poderiam conhecer d'ella a requerimento dos interessados; e não me parece justo e correcto que elles hajam para ahi de considerar como bons, validos e bem feitos, na falta de reclamação dos interessados, como no caso dos autos, os actos de mandatarios sem mandato, de procuradores sem procuração.

Demais, que tal falta não é nullidade supprivel mostram-no ainda os artigos 93.º, 168.º, 281.º e 283.º n.º 2.º do código do processo civil, quando mesmo perante elle se discuta o assumpto, convindo tambem notar que, nos termos d'este código, em um só caso é supprivel a nullidade proveniente da illegitimidade do procurador, — é o do § unico do artigo 146.º, que por ser especial confirma a regra em contrario e não obsta a que o juiz, em lugar de julgar por sentença a confissão, desistencia ou transacção, annulle o processo pela falta de procuração ou illegitimidade do procurador, independentemente de qualquer reclamação.

Mas ainda n'esta hypothese o supprimento de tal nullidade é restricto á das sentenças, de que falla o artigo 146.º, proferidas aliás menos reflectidamente; e não é applicavel á nullidade do processo proveniente da falta de procuração.

.....

XXXVI

Summario:—Interpretação dos artigos 1:759.º n.º 1.º, e 1:852.º do código civil.—Direito de accrescer.

C, tia paterna de A, fallecido sem descendentes nem ascendentes, pede para ser havida como herdeira legitima d'este individuo por não ter outro parente tão proximo.

M impugna tal pedido, fundando-se no testamento de A e nos artigos 1:736.º, 1:759.º n.º 1.º e 1:852.º do código civil, e concluindo de tudo isso ser ella a unica e universal herdeira d'este individuo, fallecido quatro dias depois de seu pae.

Cumpre decidir.

O testamento de A diz o seguinte :

«Actualmente é vivo meu pae B, ao qual instituo por herdeiro das duas terças partes da minha herança, que por direito lhe pertencem.»

Depois nomeia diversos legados importantes, e entre elles o deixado a M n'estes termos :

«Deixo este predio em que vivo e o predio contiguo á minha governante M. Deixo mais á mesma todos os moveis, roupas, louças e tudo o mais que exista dentro do predio que habito, exceptuando

dinheiro, lettras e quaesquer titulos publicos de credito em meu nome averbados, que estiverem no meu cofre».

E por ultimo diz :

«Instituo por herdeira de todo o remanescente da minha herança á dita M.»

Qualquer que seja a importancia da quota hereditaria, que haja de pertencer a M por virtude d'esta ultima clausula testamentaria, deve ella, em vista da mesma clausula e do disposto no citado artigo 1:736.º, ser considerada herdeira e não legataria de A emquanto á instituição em todo o remanescente da sua herança.

Todavia é juizo meu que em favor de M, embora herdeira instituida n'aquelles termos, não se dá o direito de accrescer, de que falla o citado artigo 1:852.º, emquanto ás duas terças da herança, que o pae de A não herdou por ter fallecido quatro dias antes d'este.

Para que tal direito de accrescer se desse em favor de M, seria preciso, nos termos expressos d'esta disposição legal, que B, pae de A, fosse rigorosamente herdeiro instituido por este ; e elle não o é, embora o testamento assim o diga. É forçoso attender a que o inventario do sómente deixava a seu pae as duas terças partes da sua herança, que por direito lhe pertenciam ; e se ellas lhe pertenciam por lei, como legitima sua, segundo o disposto nos artigos 1:784.º e 1:786.º do codigo civil, ou o filho lhas deixasse ou não deixasse no testamento, é claro que a instituição testamentaria de B, pae de A, é como se não existisse, uma cousa sem valor, uma inutilidade. Nem A podia, para depois da sua morte,

dispôr d'essas duas partes da sua herança, que eram a legitima de B.

Quer dizer, o direito de accrescer, estatuido no artigo 1:852.º, só pode dar-se a respeito de herdeiros instituidos; e o herdeiro legitimario, instituido na quota constitutiva da sua legitima, é sómente herdeiro legitimario para todos os effeitos, e não pode ser considerado como herdeiro instituido para effeito algum.

Ora, sendo em verdade herdeiro legitimario e não herdeiro instituido o pae de A, cumpre consignar que nem o artigo 1:852.º nem outra qualquer disposição legal estabelecem, em favor do herdeiro instituido na parte disponivel da herança, o direito de accrescer pelo que respeita á quota da herença, que constituiria necessariamente a legitima do herdeiro legitimario fallecido.

Tambem me parece mal invocado o artigo 1:759.º n.º 1.º do codigo civil por parte de M. Se o testamento de A era a cousa mais indifferente e mais inutil d'este mundo pelo que respeitava a B seu pae, se a alludida instituição era como se não existisse, não tem M o direito de inquirir seriamente, se o testamento caducou ou não pela morte do instituidor B, para d'essa pertensa caducação tirar vantagens e auferir interesses, que o mesmo artigo 1:759.º não lhe garante. Esta disposição legal refere-se evidentemente ao fallecimento do herdeiro instituido e não do herdeiro legitimario; e é tão certo que B não podia ser considerado herdeiro instituido para effeito algum, como é sem duvida, que a sua instituição testamentaria só valeria, se nada valesse a sua successão legitimaria.

Diz-se, porém, que M. succede nas duas ditas terças partes da herança de A pelo facto de este a instituir herdeira de todo o remanescente da sua herança, como se vê na ultima clausula do testamento acima transcripta. Mas não succede tal.

Quem ler despreoccupadamente o testamento de A ha de convencer-se de que este teve o intuito de beneficiar muito a M, mas não tanto que ao remanescente alludido se possa dar a extensão que ella deseja.

O remanescente da herança, de que fallava o testador, era evidentemente o que sobrasse depois de extrahidas as duas terças partes d'ella, que por direito pertenciam a B, como legitima sua, e de que A não podia dispor, e tambem depois de satisfeitos os legados nomeados, os quaes forçosamente tinham de sahir da outra terça disponivel.

E tanto o testador não queria contemplar desmarcadamente a M que lhe desfalcou com esses legados valiosissimos a terça de que aliás podia dispor inteira a seu favor, e que, deixando-lhe os moveis e tudo o mais que existisse dentro da casa em que elle habitava, exceptuou expressamente, para evitar tentações más e cortar duvidas gananciosas, o dinheiro, as letras e quaesquer titulos de credito publico em seu nome averbados, que estivessem no se cofre.

A intenção, pois do testador era contemplar M nos termos restrictos do testamento, dando-lhe, alem do legado determinado, o remanescente da sua terça. Nada menos, mas tambem nada mais. E tanto que se A tivera o proposito de a beneficiar com as duas terças partes da herança, que pertenciam por lei a seu pae, para o caso eventual de este falle-

cer antes do testador e não lhe succeder por isso, podia consignal-o assim no testamento; e tal não fez.

Ora, se estes eram os intuitos do testador, é dever de todos, prescripto no artigo 1:761.º do código civil, regular por elles a interpretação da clausula testamentaria, respeitante á instituição do remanescente, para não lhe attribuirmos mais largo alcance do que lhe quiz dar o testador.

N'estes termos, e visto o disposto nos artigos 1:969.º n.º 5.º, 1:970.º e 2:004.º do código civil, determino que C seja para todos os effeitos considerada como herdeira legitima de A emquanto a duas terças partes da heranca d'este.

.....

XXXVII

Summario : — Da legitimidade das partes. — A incompetencia do juizo e a illegalidade do processo empregado não importam illegitimidade das partes, sendo que estas tres cousas diversas não teem connexão entre si.

Intentada a execução appensa pelo exequente F. contra o executado Asylo de . . . , veiu este deduzir em tempo opportuno os embargos de executado de fl. 2 deste processo com o fundamento, auctorisado no artigo 912.º n.º 1.º do codigo do processo civil, da illegitimidade das partes na dita execução ; e isso nos termos seguintes.

O executado e embargante é um estabelecimento de beneficencia ; está assim no caso dos artigos 32.º e 37.º do codigo civil ; e são-lhe applicaveis por isso os artigos 815.º n.º 1.º e 837.º do codigo do processo civil, o artigo 33.º do decreto de 6 de agosto de 1892, e os artigos 420.º e 108.º do codigo administrativo de 4 de maio de 1896.

Em contrario, porém, destas disposições legaes foi intentada pelo embargado contra o embargante a execução commum appensa.

E d'ahi vem a illegitimidade de exequente e executado na mesma execução.

Os embargos foram contestados por negação,

cumprindo agora julgar ácerca da sua procedencia ou improcedencia.

*

As questões de legitimidade das partes nem sempre são faceis de resolver. E as difficuldades emergem principalmente da falta de um texto legal, antigo ou moderno, sobre que recaiam a analyse e a critica.

Não há a tal respeito um principio assente com firmeza, uma regra geralmente adoptada, e nem sequer um indicador mais ou menos seguro.

Assim, para uns a legitimidade das partes promana do interesse, que ellas teem no pleito.

Isto, porém, não é verdadeiro em absoluto, porque embora as partes legitimas tenham interesse no pleito, nem sempre os litigantes, que teem interesse neste, são partes legitimas. Por exemplo, o marido que intenta uma acção sobre bens immobiliarios sem outorga ou sem assistencia da mulher, ou o tutor que intenta uma acção persecutoria sem a respectiva auctorisação. Tanto o tutor como o marido teem interesse na respectiva causa, mas nenhum delles, nas condições em que está em juizo, é parte legitima nella.

Outros intendem que a legitimidade ou illegitimidade das partes depende de ellas serem ou não serem os sujeitos do direito reclamados ou da obrigação exigida. Mas isto tambem não é assim. Ter ou não ter por qualquer motivo aquelle direito ou esta obrigação não é caso de legitimidade ou de illegitimidade de partes, mas sim de procedencia ou improcedencia da acção. Pode uma parte não ter direito ao que pede e todavia ser legitima, como,

por exemplo, o legatario instituido quando reclama a entrega judicial do legado, que afinal é julgado nullo, ou herdeiro que pede o pagamento de uma divida, que fôra satisfeita já ao auctor da herança.

No meio da divergencia d'esses e d'outros pareceres sobre tal assumpto, o meu é que a legitimidade das partes depende essencialmente da qualidade juridica, em que estão em juizo como demandantes e como demandados, e da qual se faz dimanar o direito de pedir e a correlativa obrigação.

Ter essa qualidade é ser parte legitima, assim como é parte illegitima a que não a tem.

Se, porém, o direito ou a obrigação, de que se tracta, não existem, ou se, existindo, não pertencem um ao auctor e outra ao réu, ou se auctor e réu os não podem ter na qualidade, em que um vem e outro é chamada a juizo; então o caso é de improcedencia de acção e não de illegitimidade das partes, que não deve ser confundida com aquella.

Determinadamente n'esta ultima hypothese, quem não póde ter o direito ou a obrigação, não deve evidentemente demandar ou ser demandado em nova acção. O contrario d'isto repugna ao bom senso: mas o contrario d'isso poderia acontecer, dada apenas a illegitimidade das partes, a qual sómente produz a absolvição da instancia, não obstando a que se proponha outra acção sobre o mesmo objecto, como é expresso nos artigos 283.º n.º 2.º e 284.º do codigo do processo civil.

*

Sem duvida alguma a doutrina dos embargos de fl. 2, que faz depender a legitimidade das partes da

legalidade do processo empregado na respectiva hypothese, não se compadece com o meu modo de pensar sobre este objecto ; e por isso a não adopto.

As quantias, em que fôr condemnado o estado ou alguma das outras pessoas moraes, de que fallam os artigos 37.º do codigo civil e o artigo 815.º n.º 1.º do codigo do processo civil, não podem, certamente, ser exigidas pela execução commum, tendo a cobrança d'ellas de ser feita pela forma estabelecida nas leis especiaes, salvas as execuções para entrega de cousa certa, ou para o pagamento de divida, que tenha privilegio ou hypotheca. E' a disposição terminante do artigo 837.º § unico do codigo do processo civil.

D'este modo os tramites legaes a seguir para tal cobrança são com effeito os do artigo 108.º do codigo administrativo, em vista do artigo 837.º do codigo do processo civil, do artigo 33.º do decreto de 6 de agosto de 1892 e do artigo 420.º do referido codigo administrativo.

O facto, porém, de em contrario d'estas provisões legaes se intentar no juizo civil a execução commum, como no caso dos autos, pôde ser objecto de discussão, para os devidos effeitos, ácerca da competencia de tal juizo, e da legalidade, ou seja da validade do processo empregado, mas não dá logar certamente á illegitimidade das partes.

E' manifesto que pode um determinado juizo ser incompetente para se fazer perante elle uma certa reclamação, e que pode ser illegal e por isso nullo o processo para tal empregado ; e comtudo serem legitimas as partes no respectivo pleito, em conformidade das idéas acima expostas.

A illegalidade do processo importa sem duvida a nullidade d'elle, mas não a illegitimidade das partes.

Incompetencia do juizo, illegalidade do processo e illegitimidade das partes foram sempre cousas diversas e sem connexão entre si. Nem há razão para não o serem tambem agora.

.....

XXXVIII

Summario : — A falta de citação pessoal do credor hypothecario inscripto não obsta a que o direito d'elle seja attendido em concurso de credores, ainda que o funcçionario encarregado da citação informe que o dito credor é fallecido. — Não se deve tomar conhecimento de artigos de preferencia apresentados antes da arrematação, nem depois de decorrido o prazo de dez dias seguintes ao da arrematação do respectivo predio, ainda que posteriormente sejam feitas outras arrematações.

.....
Segundo a certidão do conservador a fl. 91 são credores inscriptos os irmãos A B e C, com hypotheca registada nos predios constantes dos autos de arrematação de fl. 193 e 208 para garantia da quantia de 300\$000 réis.

Os dois credores A e B foram citados a fl. 108; e pois que não deduziram artigos de preferencia, nem protestaram por elles, não podem ser attendidos nos seus creditos. Tal retrahimento d'estes credores ao concurso, quando não estabeleça a presumpção de que elles estão pagos, dá em todo o caso a certeza de que renunciaram ás vantagens da hypotheca e respectivo registo, não podendo assim os mesmos registo e hypotheca subsistir depois d'esta sentença.

O credor C, porém, não foi pessoalmente citado, sendo o funcionario encarregado da citação informado de que elle era fallecido. E n'estes termos e visto o disposto no artigo 934.º § 1.º do codigo do processo civil, deve o mesmo credor ser attendido no seu credito, independentemente de artigos de preferencia.

Se o credor é vivo, o seu direito é inquestionavel até prova em contrario. Se é morto, o que aliás não está provado legalmente, não se mostrando habilitados os seus herdeiros, nem havendo por isso audiencia d'elles, seria mera injustiça não attender n'este concurso o seu credito, que não se mostra pago.

Relativamente ao quantitativo do credito de C, computo-o em 100000 réis, porque, sendo de réis 300000 o credito total dos tres irmãos, e não havendo circumstancia alguma indicativa de que o credito de qualquer d'elles sobreleve aos dos outros, deve presumir-se que todos eram credores em partes eguaes.

Não tomo conhecimento dos artigos de preferencia do ministerio publico a fl. 121, e do credor inscripto D a fl. 241, por serem deduzidos fóra do praso legal.

Este prazo é o de dez dias seguintes á arrematação ou adjudicação, como diz o artigo 932.º do citado codigo; e, se a arrematação é feita por meio de deprecada em juizo diverso d'aquelle onde pende o processo, esse prazo só começa a contar-se do dia em que a respectiva deprecada voltar cumprida ao juizo deprecante segundo o disposto no artigo 979.º do mesmo codigo.

Pelo que respeita aos artigos de preferencia de

fl. 121, deduziu-os o agente do ministerio publico junto d'este juizo para ser paga á Fazenda Nacional, pelo producto dos bens arrematados, a quantia de 170.000 réis, proveniente de contribuições lançadas aos mesmos bens. Estes artigos não podem evidentemente ser attendidos, porque foram deduzidos *antes da arrematação*, e por isso fôra do decendio legal; pois tanto se está fôra d'este decendio depois d'elle findar, como antes d'elle começar. Quando taes artigos vieram para juizo, ainda não tinha começado o prazo para a instauração do concurso, nem mesmo podia haver concurso por não estar feita arrematação nem adjudicação.

Dizem que não ha lei que prohiba o offerecimento dos artigos de preferencia antes da arrematação; e já deste modo se julgou superiormente.

Ha, porem, tal lei; é o artigo 932.º já citado, que manda contar o decendio para a instauração do concurso desde o dia da arrematação, ou desde aquelle em que voltar cumprida ao juizo da execução a respectiva deprecada em que esta tiver sido feita, conforme o dito artigo 979.º

Nem se comprehende em boa e sã razão como se possam deduzir validamente artigos de preferencia ao preço de predios, que ainda não estão arrematados e que podem mesmo não o ser afinal.

Tanto assim que, podendo do offerecimento dos artigos de preferencia emergir o incidente do artigo 935.º do codigo do processo civil, com os respectivos recursos, seria verdadeiramente estrambotico que tudo isso occurresse a proposito de uns artigos de preferencia, que não chegassem a ter objectivo pela falta de arrematação do predio, sobre cujo preço haveriam de pleitear-se as preferencias.

Relativamente aos artigos de preferencia de D a fl. 241, para ser pago da quantia de 500,000 réis pelo producto dos predios arrematados nos autos de fl. 125 e 129, não ha para mim duvida alguma de que elles foram apresentados em juizo depois do respectivo decendio legal. A arrematação d'estes predios teve logar em março de 1890, e os artigos de D só foram deduzidos em outubro do mesmo anno.

É verdade que desde março a outubro verificaram-se na presente execução diversas arrematações, e que desde a ultima arrematação até á apresentação dos artigos de fl. 241 não decorreram mais de dez dias: mas tal circumstancia não faz alterar o dia do começo do prazo para a instauração do concurso, e que é sempre um dia fixo em vista dos referidos artigos 932.º e 979.º

Seria inteiramente desarrazoado que o prazo para o concurso de credores, respeitante ao preço de determinado predio já arrematado, dependesse da arrematação de outros quaesquer bens, que houvesse de effectuar-se posteriormente, dias, mezes ou annos depois, no decorrer dos tempos.

E se acaso, decorrido o prazo de dez dias seguintes á arrematação de um certo predio, sem durante elle ser instaurado o respectivo concurso, não houvesse depois por qualquer motivo mais arrematações, nem adjudicação no mesmo processo, desde quando havia de contar-se em tal caso o decendio legal para a instauração do concurso?

Além d'isto ponderarei que o caso não é de nulidade, supprivel ou insupprivel, de um acto do processo, e somente de se constatar o facto de o articulante D não vir reclamar o seu direito em tempo

util, ou seja no prazo legal, que é improrogavel nos termos do artigo 68.º § 1.º do mesmo codigo; sendo que, decorrido esse prazo, só poderia a reclamação dos mesmos direitos ser admittida com atropello da lei e com prejuizo de terceiros.

.....

XXXIX

Summario: — Não produz effeito algum a disposição testamentaria a favor do pae de uma testemunha do auto de approvação do respectivo testamento cerrado. — Codigo civil, artigos 1:772.º, 1:783.º, e 1:481.º e § unico.

.....

*

Assim a questão a decidir no presente processo é se vale ou não o legado, que S deixou a W no testamento cerrado de fl. 8, com que falleceu, tendo G, filho d'este, sido testemunha do auto de approvação do mesmo testamento. É uma questão meramente do direito, que por mim julgo do modo seguinte.

a) O codigo civil estatue no artigo 1:772.º que «o testador não pode dispôr a favor do tabellião que lhe faz o testamento publico, ou auto de approvação do testamento cerrado, nem da pessoa que lhe escreve este, nem finalmente das testemunhas que intervem no testamento, ou no auto de approvação do testamento cerrado;» e igual prohibição de dispôr em favor de outras pessoas impõe elle ao testador nos artigos 1:767.º, 1:768.º, 1:769.º e 1:771.º

D'este modo, todas as pessoas, em favor de quem

é prohibido dispôr, são declaradas inhabeis para serem instituidas herdeiras ou legatarias pelo testador. A lei fere-as por egual com a mesma incapacidade.

b) Mais: o artigo 1:783.º do referido codigo diz que «é applicavel ás disposições testamentarias o que fica ordenado no artigo 1:481.º» E por isso este ultimo artigo é extensivo a todas as inhabilidades decretadas nos referidos artigos 1:767.º, 1:768.º, 1:769.º, 1:771.º e 1:772.º, que de mais a mais fazem parte da mesma secção, que termina com aquelle artigo 1:783.º

c) Ora o artigo 1:481.º do citado codigo dispõe que «as doações feitas a pessoas inhabeis, quer sejam feitas simuladamente, quer o sejam com apparencia de outro contracto, ou por interposta pessoa, não produzem effeito algum»; e no § unico declara que «são havidas como interpostas pessoas os descendentes, ascendentes e consortes dos inhabeis.»

d) Logo a disposição testamentaria, feita a favor do pae da testemunha instrumentaria do testamento publico ou do auto de approvação do testamento cerrado, e todas as disposições feitas em beneficio de descendentes, ascendentes ou consortes das pessoas declaradas inhabeis para serem instituidas herdeiras ou legatarias, não produzem effeito algum, por serem havidas como feitas, por meio de interposta pessoa, áquelles incapazes de succederem ao testador por virtude das mesmas disposições.

Parece-me irreductivel esta argumentação, que na hypothese dos autos legitima, a meu juizo, a conclusão de que não vale o legado deixado por S a W no seu testamento cerrado de fl. 8, cuja approvação

foi feita com intervenção de G, filho d'este, como testemunha.

*

Em contrario d'isto diz se que o artigo 1:481.^o, mandado applicar ás disposições testamentarias pelo artigo 1:783.^o, se refere evidentemente a inhabilidades já existentes ao tempo da feitura do testamento, excluindo assim as que então não existiam, como é certo que no caso sujeito não existia com effeito, antes do testamento de S, a incapacidade de W nem a incapacidade de G para lhe succederem testamentariamente.

Mas tal argumento, apesar de plausivel e conforme á vontade do testador, não deve ser recebido como ouro de lei; porque vai de encontro á regra geral do artigo 1:778.^o do codigo civil, onde se dispõe que a capacidade para adquirir por testamento é a que o adquirente tiver ao tempo da morte do testador; e principalmente porque elle contraria de modo directo a lei, segundo a qual o testador não pode dispôr a favor das testemunhas, que intervem no auto de approvação do testamento cerrado, artigo 1:772.^o, nem mesmo por interposta pessoa, como é o pae a respeito do filho, artigos 1:783.^o e 1:481.^o e § unico.

Não está, em verdade, provado nos autos que W e G fossem, antes do testamento de S, a fl. 8, inhabéis para lhe succederem por disposição de ultima vontade; mas, para lhe succederem por virtude d'aquelle testamento, está certamente provada a incapacidade d'elles.

Esta incapacidade nasceu com o proprio testamento; emergiu d'elle pelo facto de G, filho do legatario instituido W, ser testemunha instrumentaria

do mesmo documento. Tal inhabilidade não era com effeito anterior ao testamento, nem o podia ser; não appareceu posteriormente ao mesmo testamento, nem podia apparecer; originou-se n'elle proprio, e nem podia ser de outro modo, pois, se G não fosse testemunha do auto de approvação do testamento de S, a fl. 8, não existiria a sua inhabilidade, e consequentemente a de seu pae, para lhe succederem por força do mesmo testamento.

A lei seria verdadeiramente incongruente, illogica e absurda, se na hypothese dos autos exigisse a incapacidade de G e a de W anteriores ao testamento, quando ellas só com o proprio testamento podiam apparecer, como aconteceu com effeito, durando depois, pela natureza das cousas, até á morte do testador S.

E se a lei, como está formulada, de-vesse ser entendida de modo contrario ao que tenho sustentado, nunca poderia em qualquer dos casos do artigo 1:772.º do codigo civil haver annullação de disposição testamentaria com o fundamento de ser feita a um inhabil por meio de interposta pessoa.

Quer dizer, ao testador, que não pode dispôr em favor de quem lhe escreve o testamento cerrado, nem da testemunha instrumentaria do testamento, nem do tabellião que lh'o faz ou approva, era permitido fazel-o em favor dos respectivos descendentes, ascendentes ou consortes d'essas pessoas. Consentia-se por meios indirectos, ou seja por interposta pessoa, o que directamente se prohibe.

Não deve ser.

E por estes motivos tenho como insubsistente a impugnação feita á solução, que acima adoptei no sentido da nullidade do legado, de que se tracta.

*

A proposito d'este assumpto podem discutir-se outras questões graves. Por exemplo :

O tutor nomeado a um menor depois de este o instituir legatario em testamento, ficou, pelo facto d'aquella nomeação, inhabil para succeder no respectivo legado ?

A herdeira instituida em um testamento tornou-se inhabil para succeder em virtude d'elle, pelo facto de casar com o tabellião, que o fez ou approvou ?

Vale o legado deixado ao tutor pelo menor não emancipado, se este, attingindo a maioridade, não revogou o respectivo testamento n'aquelle ponto ao menos ?

Como, porem, não é preciso resolver estas questões para julgar o caso dos autos, ponho termo aqui ás minhas considerações sobre o assumpto.

.....

XL

Summario:—Frestas e setteiras para luz.— Interpretação do artigo 2:325.º e §§ do código civil.

.....

Relativamente á outra parte do pedido da acção, o que tende a obrigar os réus a desviarem o alçamento referido, de modo que entre a obra embargada e a janella, ou seja frésta para luz, existente no alludido tabique da casa dos auctores sobre o predio d'aquelles, fique um intervalo de um metro e cinco decímetros, tenho que a acção não procede.

Os depoimentos das testemunhas e a vistoria mostram que no referido tabique de madeira da casa dos auctores ha com effeito uma abertura, que lança sobre a casa dos réus, a distancia de um metro e vinte cinco centímetros do respectivo soalho, tendo essa abertura *vinte centímetros de largura e sessenta centímetros de altura*. E pretendem os auctores que, sendo tal abertura uma janella, construida há mais de trinta annos, e não frésta ou setteira para luz, e constituindo assim verdadeira servidão de vista, não seja ella tapada com a obra dos réus, sem ficar o respectivo intersticio legal.

Tal abertura é janella ou frésta para luz?

O código civil francez fixa nos artigos 676.º e 677.º em um decimetro a largura, que podem ter as frés-tas para luz, e em vinte seis decímetros ou em de-sanove decímetros a distancia, a que ellas devem ficar do respectivo pavimento ou soalho, conforme o compartimento a alumiar é réz do chão ou andar superior.

O nosso código civil, porem, não dá indicação alguma a tal respeito em qualquer disposição sua, nem no artigo 2:325.º, nem em algum outro.

Quasi na mesma obscuridade nos deixava já a ordenação do reino, que aliás determinava ainda no liv. 1.º, tit. 68.º, § 24.º, que as frestas ou setteiras para luz não deviam servir para se desco-brir o predio visinho, e sómente para claridade. E por isso os praxistas antigos diziam, arbitraria-mente, que deixava de ser frêsta ou setteira para luz a abertura por onde coubesse a cabeça de um homem.

Tem por isso de prevalecer a tal respeito o pru-dente arbitrio dos juizes; e eu aborreço cordealmente todos os arbitrios, que as leis deixam aos juizes em materia de julgamento. Quem julga não faz leis, cumpre-as.

Mas é forçoso decidir.

Uma abertura, que tem *vinte centímetros de lar-gura*, não pode razoavelmente dizer-se uma ja-nella, embora tenha *sessenta centímetros de altu-ra*. É verdade que por tal abertura pode ser de-vassado o predio para onde lança, e por ella pode caber a cabeça de um homem, introduzida com va-gar e cautela. Todavia cumpre notar que não há disposição legal, nem antiga nem moderna, no sen-tido de estatuir que as dimensões da cabeça de um

homem sejam a característica para se destrinçar da janella a fresta ou setteira para luz.

Quem quer abrir uma janella não lhe dá a largura de vinte centímetros, e não vae collocar-lhe o peitoril a cento e vinte cinco centímetros de respectivo soalho. E se faz tal abertura sobre o predio visinho com a malicia de mais tarde lhe chamar uma janella, só em caso extremo tal malicia deve ser tolerada, porque legisladores e juizes devem estar prevenidos sempre contra a má fé.

As fréstras e todas as abertura para luz não prescrevem contra o visinho, que pode a todo o tempo levantar a sua casa, ou contro-muro, ainda que lhe véde a luz, conforme o disposto no artigo 2:325.º § 2.º do código civil. As janellas podem constituir servidão de vista.

Ora, sendo as servidões uma limitação do direito de propriedade, de character restricto e não raro odiosas, eu, no caso de duvida, entre a servidão e a não servidão, entre a janella e a frésta para luz, opto por esta e pela liberdade do predio, sobre que se pretende a servidão.

N'estes termos julgo improcedente a acção emquanto a esta parte do pedido n'ella, reconhecendo o direito dos réus a fazerem o alçamento da sua casa, sem embargo da referida abertura do tabique e sem deixarem o intersticio de quinze decimetros entre este e a obra embargada.

.....

XLI

Summario : — O direito de requerer inventario e partilha de uma herança entre os coherdeiros é prescriptivel por direito antigo e pelo direito moderno.

.....

Não conheço disposição legal anterior á vigencia do codigo civil, que declarasse imprescriptivel o direito de partilhar por meio de inventario uma herança entre os respectivos coherdeiros ; e pelo contrario leio nos praxistas antigos que á respectiva acção, intentada com tal fim, se pode oppor a prescripção de trinta annos.

Pelo que respeita ao direito moderno encontro o artigo 2:017.º do codigo civil, que diz prescriptivel o direito de petição de herança pelo mesmo tempo e forma, por que prescrevem os direitos immobiliares, parecendo-me que esta disposição é radicalmente contraria ao principio da imprescriptibilidade do direito dos coherdeiros a requererem inventario da herança para effectuarem a sua partilha. Se a petição da herança tem de acabar pelo inventario e partilha, quando ha mais de um herdeiro, repugna-ria que, sendo prescriptivel o direito d'aquella peti-ção, fosse ao mesmo tempo imprescriptivel o de re-quererem o respectivo inventario

E' verdade que o artigo 2:180.º do mesmo codigo declara que o comproprietario pode *em todo o tempo* requerer a partilha da coisa ou direito commum, assim como é certo que na herança commum ha uma tal ou qual compropriedade entre os herdeiros em vista do artigo 2:011.º do codigo citado.

Todavia d'aquelle artigo 2:180.º não se pode inferir a fallada imprescriptibilidade, inutilisando-se, no todo ou em parte, o preceito do artigo 2:017.º, que é especial para as heranças, cuja divisão tem no codigo civil e no codigo do processo civil assento diverso do que em ambos esses codigos é dado á propriedade commum e á sua divisão.

E não se pode inferir tal imprescriptibilidade do referido artigo 2:180.º, porque elle, admittindo *em todo o tempo* a partilha do direito ou coisa commum entre os comproprietarios, exige evidentemente, como condição previa, o facto da compropriedade, a qual pode todavia ter desaparecido pela prescripção. O comproprietario de hontem pode não o ser já hoje, se deixou perder o seu direito pelo não exercicio d'elle.

Nos tribunaes tem-se julgado de um e d'outro modo, pela prescriptibilidade e pela imprescriptibilidade do direito dos coherdeiros a requererem inventario e partilha da herança; e por mim concluo pela doutrina da prescriptibilidade em vista d'aquellas rapidas considerações.

Todavia, apesar do exposto, é juizo meu que não podem proceder os embargos de fl. 2 ao inventario appenso pelos seguintes fundamentos.

Quando em 22 de março de 1868 começou a vigorar o codigo civil, não se tinha dado a prescripção, que a embargante oppoz á feitura do inventario por fallecimento de seu marido. Nem se podia dar, ainda

que então houvessem já decorrido trinta annos completos a contar da morte d'este individuo, sendo aliás certo que não se provou ter decorrido tal prazo antes da vigencia do codigo civil.

E não se podia dar, porque pelo direito antigo a boa fé na posse era um dos requisitos essenciaes e imprescindiveis da prescripção, a qual nunca se verificava com a má fé do possuidor, conforme a ord. liv. 4.^o tit. 3.^o § 1.^o e tit. 79.^o Ora a embargante estava evidentemente em má fé, como possuidora da herança do inventariado seu marido, porque tinha de certo, nem podia deixar de ter, a persuasão de que esta não lhe pertencia, mas sim á filha d'entre ambos e mãe da embargada, e aos herdeiros da mesma sua filha depois da morte d'esta. Logo, antes do codigo civil não se podia verificar a prescripção em favor da embargante, sendo por isso inutil para tal fim o tempo decorrido até então, qualquer que elle fosse.

E depois do codigo a mesma má fé persistiu sempre e pela mesma razão, que a demonstrava para o tempo anterior. E, dada ella, é forçoso reconhecer que, não tendo ainda decorrido o prazo de trinta annos posteriormente á vigencia do mesmo codigo, é certo não se haver completado já a prescripção conforme o disposto no seu artigo 529.^o

No meu modo de entender as cousas, o art. 510.^o do codigo civil não pode ser invocado para a questão, porque a embargante *continuou* a possuir em nome proprio o casal commum d'ella e do inventariado seu marido desde a morte d'este, e não em nome dos herdeiros d'elle. E até de outro modo seria imprescriptivel o direito á petição de herança contra o que acima exposemos. Não houve, por-

tanto, a inversão do titulo, de que falla este artigo.

Nem se diga que a embargante ficou cabeça de casal logo ao fallecimento de seu marido, para d'ahi se inferir que ella começou desde então a possuir a herança d'este em nome dos seus herdeiros.

A entidade cabeça de casal é a pessoa encarregada de arrolar e dar á descripção os bens da herança, segundo diz o artigo 2:067.º do código civil; e por isso só existe legalmente quando em juizo dá ingresso o respectivo inventario. Ora no caso presente o inventario foi distribuido em 9 de maio de 1890, e por isso a embargante, antes d'esse dia, não podia possuir como cabeça de casal, que ainda não era, sendo, portanto, certo que possuia em seu nome, mas de má fé, como já foi dito.

Por todos estes motivos não se dá em favor da embargante a prescripção por ella allegada; e como assim não procedem os embargos, que oppoz ao inventario appenso.

.....

XLII

Summario: — Interpretação do artigo 836.º do código do processo civil. — O credor de penhora registada, ainda que não seja exequente no processo em que foi instaurado o concurso, e o credor de arresto registado com título exequível ao tempo do mesmo concurso, quer seja exequente quer não, tem direito a ser attendidos e graduados n'este em conformidade com as datas dos registos dos seus creditos.

.....

Cumpra agora apreciar os artigos de preferencia de fl. 97, deduzidos pelo credor F para ser pago da quantia de 900.000 réis pelo producto dos predios arrematados nos autos de fl. 65 a 74 da presente execução.

Este credor F tem execução pendente, que é a appensa, com arresto já convertido em penhora, sendo esse arresto registado nos predios arrematados antes do registo da penhora do exequente B.

Tem-se julgado que o artigo 836.º do código do processo civil não admitte mais de um exequente a usar do direito n'elle consignado, e que como exe-

quente só deve ser considerado para tal effeito o que o é na execução, em que se fizer a arrematação ou adjudicação e em que fôr instaurado o concurso de credores, ficando os mais exequentes considerados por este lado como credores communs.

Conforme esta jurisprudencia, somente B seria credor favorecido, e não o credor F, apesar do registo do seu arresto ser anterior ao registo da penhora d'aquelle.

Eu divirjo d'esta doutrina pelos seguintes fundamentos.

a) E' certo que o artigo 836.º só falla do exequente; mas nem elle nem o artigo 943.º do mesmo codigo dizem que, no caso de haver mais de uma execução e mais de um exequente, seja sòmente exequente, para os effeitos d'aquella disposição legal, o que o for no processo em que foi aberto o concurso.

Não o dizem e fizeram bem, porque, se o dissessem, legislavam um desacerto. Tanto é exequente o d'esta execução como o do appensada. A appensação das execuções não inverte nem destroe a natureza dos respectivos credits, nem faz perder a nenhum exequente esta qualidade. Manifestamente.

b) Alem d'isto, nenhuma disposição legal estatue que o registo da penhora ou arresto, em favor dos exequentes das execuções appensadas, caduque pelo facto do o seu respectivo processo não ser o em que se effectuou a arrematação ou adjudicação. E o registo, emquanto subsiste, tem effeitos praticos e positivos, que ninguem pode preterir,

c) Do contrario do exposto resultaria que um exequente, com registo de arresto ou penhora mais antigo, que por qualquer motivo superior e mesmo

estranho á sua vontade, — por exemplo, necessidade de uma habilitação, extravio e reforma do processo, embargos de executado ou de terceiro, demora dos juizes no despacho —, não poude apressar a sua execução com a celeridade desejada, ficasse afinal preterido por outro exequente com penhora ou arresto registados posteriormente, só porque este teve a sorte ou a *habilidade* de fazer adiantar mais o seu processo. Uma injustiça, mesmo a olhos fechados.

d) Determinadamente no caso especificado no § unico do artigo 943.º citado, quando se instaura simultaneamente mais de um concurso, ou os bens são arrematados no mesmo dia em mais de uma execução, e quando por isso os exequentes chegam ao mesmo tempo, não seria um contrasenso que só fosse considerado exequente o da execução mais antiga, ou, tendo as execuções datas eguaes, o exequente d'aquella que proceder de causa mais antiga, sendo os outros exequentes atirados á valla raza dos credores communs?

Ora quem tem de applicar as leis deve fazel-o de modo que não resultem d'ahi injustiças e desconcertos, uma vez que para o conseguir não seja preciso fazer violencia á letra dellas.

*

Replicar se-há, porem, a isto que, no caso de todos os exequentes com penhora ou arresto registados deverem ser considerados como incluídos na sanção do artigo 836.º, ou seja que, se esta disposição tivesse de applicar-se no caso dos autos ao credor e exequente F, articulante de fl. 97, viria a admittir-se

concurso entre credores de penhora e de arresto, quando da combinação d'esse artigo com o artigo 933.º do mesmo código parece resultar que esse concurso é inadmissivel. Mas para mim é sem duvida que pode haver tal concurso, e até que a elle deve ser admittido o credor de arresto com titulo exequivel ao tempo do concurso, ainda mesmo que não seja exequente. E demonstro.

e) Tanto a penhora como o arresto são admissiveis a registo, segundo os artigos 949.º n.º 6.º, 978.º n.º 4.º e 2:423.º § 3.º do código civil. E o registo não foi instituido para ser uma burla, mas sim para garantir os direitos das pessoas em favor das quaes é effectuado, conforme a prioridade das respectivas inscripções ; e mera burla seria no caso dos autos, se o registo de F, com data anterior ao registo de B, não lhe desse melhora e preferencia, tendo elles ambos titulo exequivel e já execução pendente.

f) Conforme o artigo 835.º do código do processo civil o registo da penhora ou do arresto n'ella convertido produz o effeito de os bens não poderem ser transmittidos sem esse encargo ; e ainda no caso de estes serem arrematados por outra execução, inventario ou arrecadação, subsiste o mesmo registo, se o credor não é citado. Ora os effeitos d'esta disposição legal não podem ser preteridos por qualquer tribunal com damno injusto de quem, como o articulante F, tem a seu favor a prioridade do registo legalmente feito.

g) O arresto, desde que é effectuado, vale como penhora segundo o artigo 370.º do código do processo civil, pois que nenhuma disposição legal es-

tatue que só valha por tal, se o credor mover execução e esta chegou ás alturas de penhora. E, desde que elle é registado, o seu registo produz a contar da sua data os effeitos do registo da penhora, porque não ha preceito legal a estatuir que os effeitos do registo do arresto comecem n'outra epocha.

h) Os artigos 834.º n.º 2.º e 844.º n.º 2.º do código do processo civil ordenam que para a execução e para a arrematação sejam citados os credores em favor de quem existir algum registo de penhora ou arresto nos bens immobiliarios; e, segundo o artigo 947.º do mesmo código, a sentença, que julgar o concurso, mandará cancellar os registos de quaesquer penhoras ou arrestos feitos a favor de credores, que tiverem sido citados. Ora, não determinando este artigo que o mesmo cancellamento seja feito quando os respectivos credores não forem citados, é claro que n'este caso ficam subsistindo os registos das penhoras e arrestos.

E, se taes credores são citados, é sem duvida para deduzirem os seus direitos, e não para se verem espoliar iniquamente d'elles em proveito injusto de outros credores em peor situação.

i) Além d'isto, o artigo 943.º do código do processo civil manda appensar ao processo, onde primeiro se instaurar o concurso, as mais execuções que outros credores tenham pendentes na mesma comarca; e repugna admittir que a lei ordenasse essa appensação com o proposito de empurrar para a tal valla rasa dos credores communs os exequentes com arresto ou penhora, cujos processos foram appensados.

j) Demais, o código civil, tractando do concurso

de creditos immobiliarios, preceitua no artigo 1:025.º que não ha differença no concurso entre os creditos que são representados por qualquer dos titulos admissiveis a registo; e, sendo a penhora e o arresto admissiveis a registo, é logico concluir-se d'ahi que os credores de penhora, e tambem os de arresto com titulo exequivel, devem ser admittidos ao concurso de credores sobre o preço dos bens arrematados, ainda mesmo que não tenham execução pendente.

k) E' verdade que o artigo 933.º do codigo do processo civil diz que o concurso so tem lugar, havendo privilegio ou hypotheca, ou quando os bens do devedor não chegarem para o pagamento de todos os credores; e que o artigo 836.º so falla de credores privilegiados e hypothecarios, e do exequente. Todavia, considerando o que fica exposto, e attendo a que por isso a penhora e o arresto com registo valem o mesmo que a hypotheca registada no termos do artigo 888.º, 1012.º e 1017.º do codigo civil, não hesito em concluir que os credores de hypotheca registada, os credores de penhora tambem registada e os credores de arresto com registo e com titulo exequivel, sejam exequentes ou não, se equivalem; devendo, portanto. applicar-se a estes credores de penhora ou arresto o que nos referidos artigos do codigo civil é legislado para os credores hypothecarios.

l) Contra esta ordem de ideias, que venho defendendo, ha relativamente ao arresto um argumento ainda, que é preciso expor e apreciar. E' que no codigo do processo civil não apparece a disposição da artigo 384.º do respectivo projecto, que foi apresentado ao parlamento, e onde se dizia que — «O

registo do arresto em bens immobiliarios dá ao respectivo credor o direito de ser pago com preferencia a todos os outros credores communs, quaesquer que sejam as datas dos creditos, e aos credores hypothecarios com registo posterior.»

Este argumento da eliminação do artigo 384.º do projecto do codigo do processo civil é ponderoso, mas não é irreductivel, porque da combinação dos artigos 370.º, 835.º, 834.º n.º 2.º, 844.º n.º 2.º, 943.º e 947.º do codigo do processo civil e do art. 1:025.º do codigo civil, resalta nitido e vivido em a nossa legislação vigente o pensamento d'aquelle art. 384.º do projecto, como me parece ter demonstrado.

Quem ler estas disposições legais e pensar n'ellas um pouco — e todos temos obrigação de pensar mais e seguir menos — ha de convencer-se de que os credores de arresto registado serão tudo quanto quizerem menos credores communs. Se o registo do arresto, emquanto não cancellado, não garantisse direitos, não era preciso que ficasse subsistindo sempre na falta de citação do respectivo credor. Subsistir para... nada, seria irrisorio.

N'estes termos o credor de arresto registado, se tem já titulo exequivel ao tempo do concurso, pode deduzir artigos de preferencia, ainda que não tenha execução pendente; e, não tendo ainda esse titulo, pode protestar validamente por elles nos termos do artigo 938.º § unico do codigo do processo civil.

E demais é justo e moral que os direitos do credor com arresto registado sejam sempre respeitados para se fechar a porta ás traficancias dos devedores sem escrupulos, que, vendo os seus bens arrestados, iriam logo hypothecal-os a novas dividas em odio ao credor arrestante e para prejuizo d'elle.

*

A conclusão de tudo o que deixo exposto é que o credor de penhora registrada, ainda que não seja exequente no processo em que foi instaurado o concurso, e que o credor de arresto registrado com título exequível ao tempo do mesmo concurso, quer seja exequente quer não, tem direito a ser attendidos e graduados n'este em conformidade com as datas dos seus registos. E d'este modo o credor E, exequente do processo appenso e articulante de fl. 97, deve ser graduado antes do credor B, exequente no presente processo.

Julgando assim, sou coherente com outras decisões minhas e com aquillo que, na minha inteira liberdade de escriptor, tenho a tal respeito exposto na imprensa juridica.

.....

XLIII

Summario: — Avaliação de titulos de credito estrangeiros doados

Não havendo accôrdo dos interessados sobre o modo da avaliação dos fundos publicos brasileiros, doados a diversos interessados pelo inventariado e inventariante, cumpre a este juizo decidir. E assim.

Considerando que na fixação do valor d'esses titulos em réis portuguezes tem de attender-se á cotação d'elles e ao cambio como elementos imprescindiveis, pois que ambos são necessarios para se conhecer, pela cotação, o valor dos mesmos titulos em moeda brasileira, e depois, pelo cambio, o valor effectivo d'esta em moeda portugueza ;

Considerando que a collação de cousas doadas ha de ser feita pelo valor, que ellas tinham ao tempo da doação, ainda que então não fossem estimadas, como é expresso no artigo 2:107.º do codigo civil ;

Considerando que, segundo o que fica exposto, os titulos de credito brasileiros doados pelo inventariado e pela inventariante, e que são trazidos á collação, teem de ser agora avaliados conforme a cotação e cambio do tempo das respectivas doações, pois

só por esse cambio e cotação se póde conhecer o valor em réis portuguezes das cousas doadas relativamente ao tempo em que as doações produziram os seus effeitos, o que teve logar não á morte do inventariado, mas sim á data das mesmas doações entre vivos ;

Considerando que não ha disposição legal ou razão ponderosa, que, para a fixação do valor de titulos de credito estrangeiros doados, auctorisem o emprego do cambio existente ao tempo do fallecimento do doador com desprezo do cambio existente ao tempo da doação, como pretendem alguns interessados no presente inventario, embora se mantenha a cotação do tempo da doação ;

Considerando que, conforme o disposto no § unico do citado artigo 2:107.º, o augmento ou a deterioração, que as cousas doadas tiveram posteriormente á doação, são por conta do donatario ; e por isso, ainda que os titulos de credito brasileiros doados pelo inventariado e pela inventariante valham hoje menos, por estar mais baixa a cotação e mais alto o cambio do que á data da doação, tal differença de valor para menos é por conta dos respectivos donatarios ;

Considerando que no caso, de que se tracta, não se dá nenhuma das excepções consignadas no referido § unico do artigo 2:107.º, por não estar provado que a baixa da cotação e a alta de cambio proviessem de causa fortuita ou força maior ;

Considerando que as variações de cotação de titulos de credito e de cambio de moeda entre os differentes paizes não podem ser havidas, tambem, de per si, como causas fortuitas ou de força maior, das falladas no citado § unico do artigo 2:107.º,

pois que taes variações não são anormalidades e antes cousa frequente, quasi de todos os dias, e como que inherente ao commercio de taes titulos e ao da transferencia e troca de moeda entre os diferentes paizes, sendo até não raro e mesmo ordinariamente o resultado apenas da especulação dos jogadores de bolsa ;

Considerando que por isso não é só mais conforme á lei, mas até mais rasoavel, que para a avaliação de titulos de credito estrangeiros, que foram doados, se attenda á cotação e cambios existentes ao tempo da doação, porque foi sob o imperio d'elles que os donatarios receberam os mesmos titulos, sabendo o que recebiam, isto é, qual o valor real em réis portuguezes, que então lhes era entregue ;

Considerando finalmente que d'este modo todos os interessados, que acceitaram doações de titulos de credito brasileiros sem então serem estimados, ficaram pelo facto da acceitação da doação obrigados a conferir-lhes pelo valor que tinham e representavam ao tempo da doação, e que foi o que receberam :

Mando que os titulos de credito brasileiros doados sejam avaliados conforme a cotação e cambio existentes ao tempo das respectivas doações, indo para esse effeito os autos ao contador, se fôr preciso.

XLIV

Summario : — Depois da promulgação do código do processo civil a sentença das partilhas, ou outra qualquer passada em julgado, só pode ser annullada nos casos taxativos do artigo 148.º do mesmo código. — O direito do coherdeiro preterido na partilha está consignado na ultima parte do artigo 2:165.º do código civil.

.....
Não ha duvidas ácerca da legitimidade dos réus B e C. E relativamente á legitimidade da auctora D, comquanto ella seja impugnada pelos réus, parece-me que é manifesta, pois na qualidade em que vem a juizo, como herdeiro do dito inventariado A seu pae, ou tem ou podia ter o direito de annullar as partilhas da herança d'elle, e é evidente o seu interesse em tal negocio, qualquer que seja o resultado do pleito.

Emquanto ao fundo da questão diz a auctora que a ré B, viuva d'aquelle A e cabeça de casal no inventario d'elle, preteriu, com dolo e má fé, na indicação dos herdeiros do inventariado, a F e G, filhos do primeiro matrimonio d'este individuo com H, e ausentes no Brazil; resultando d'ahi não serem elles contemplados na partilha, e tambem as seguintes nullidades do inventario: — falta de citação dos

referidos coherdeiros ausentes por editos; falta da constituição da tutela em favor d'elles; falta de intervenção do curador dos orphãos; falta da intervenção dos ausentes em a nomeação de louvados; e emprego do processo de inventario entre maiores, devendo ser o orphanologico.

Ainda que tudo isto fosse verdade e os referidos ausentes não devessem considerar-se ou presumir-se fallecidos ao tempo da morte de seu pae, em 21 de agosto de 1900, e os réus se houvessem n'este negocio com a mais insigne velhacaria, a acção de fl. 2 nunca podia proceder pelos fundamentos seguintes.

Depois da promulgação do codigo do processo civil e conforme o seu artigo 148.º, *a sentença passada em julgado só pode ser annullada, ou seja rescindida, em nova acção, por algum dos fundamentos declarados no mesmo artigo*. E' uma disposição legal absoluta, que não admite restricções nem ampliações; e é applicavel tanto ás sentenças das partilhas como a outras quaesquer sobre outros assumptos. O adverbio — só — do citado artigo 148.º é exclusivo de quaesquer outros casos, tornando por isso taxativos os enumerados n'esta disposição legal.

Assim, tudo quanto o codigo civil dispõe nos artigos 2:164.º e 2:165.º ácerca da rescisão de partilhas está alterado, revogado e substituido por aquelle artigo 148.º do codigo do processo civil, que é uma lei posterior.

Nem mesmo a preterição de algum herdeiro, feita com dolo ou má fé, auctorisa hoje a rescisão da partilha. A auctoridade, a força e a extensão do caso julgado vão até ahí, entre as mesmas partes é claro, como na especie dos autos, para menor fluctuação das cousas e maior certeza dos direitos.

O que aliás não quer dizer que o herdeiro preterido, maliciosamente ou de boa fé, fique sem direito á sua porção hereditaria, pois que esse direito lhe está garantido em ambas as hypotheses pela forma estatuida na ultima parte do artigo 2:165.º do codigo civil. O herdeiro preterido tem o direito de obrigar os outros interessados a que lhe componham a sua devida parte; mas respeita-se sempre o caso julgado, não se annullando a partilha.

Tal e qual como nos termos do artigo 2:166.º do codigo civil e dos artigos 732.º e 734.º do codigo do processo civil é emendada a partilha ou faz-se partilha addicional, conforme as circumstancias; mas não se desfaz, não se rescinde a partilha feita por sentença passada em julgado.

Ora, sendo isto certo, e pois que a hypothese dos autos não é nenhum dos casos taxativos do artigo 148.º do codigo do processo civil, é manifesto que, independentemente e sem necessidade de mais investigações nos autos, é improcedente a acção de fl. 2.

.....

XLV

Summario: — Não ha logar ao despejo provisorio nos casos dos §§ 2.º e 4.º do artigo 500.º do codigo do processo civil, quando o fundamento do pedido na acção, ou seja a falta de pagamento da renda, é impugnado com o fundamento de falta da obrigação de pagar.

Cumpre conhecer desde já do requerimento do auctor a fl. 11.

Na acção de fl. 2, o auctor requereu o despejo do predio, de que se falla n'ella, com o fundamento de o réu não lhe ter pago adiantadamente a renda do presente semestre, como se contractou.

O réu contestou a acção, allegando que o pagamento da renda tem de ser feito no fim do anno sómente, porque assim foi estipulado.

E agora, findos os articulados, pede o auctor que se decrete desde já o despejo provisorio do alludido predio, em razão de o réu não ter juntado com a contestação de fl. 8 documento comprovativo do pagamento da renda; sendo tal pretensão impugnada pelo o réu a fl. 15.

Por mim decido o incidente, indeferindo o requerimento do auctor e recebendo a contestação com suspensão do despejo provisorio, pelos fundamentos seguintes.

Em vista do § 2.º do artigo 500.º do codigo do

processo civil, se o senhorio requereu o despejo por falta de pagamento da renda, a contestação não suspenderá o despejo, se o arrendatario não juntar logo com esta documento, que prove esse pagamento. E' assim que elle preceitua.

Todavia, comquanto esta disposição legal pareça uma lei de sangue contra o arrendatario, entendo que no caso dos autos e ainda n'outros, como por exemplo o de se allegar que o auctor perdoara a renda, a contestação suspende o despejo, em razão de os litigantes não estarem de accordo sobre os termos e clausulas essenciaes do contracto de arrendamento.

Ao passo que o auctor diz ter-se estipulado o pagamento adiantado da renda aos semestres, o réu por sua vez affirma que a estipulação foi que o pagamento se effectuasse no fim do anno do arrendamento. E pois que falta documento comprovativo de qualquer d'estas duas allegações, tendo sido verbal o arrendamento, é forçoso reconhecer que não se póde dar como certa a affirmação do auctor para em nome d'ella impôr a violencia do despejo provisorio ao réu antes de convencido da obrigação de pagar adiantadamente, que elle aliás nega.

De outro modo aconteceria que na falta de arrendamento escripto, o despejo provisorio seria feito sempre que aprouvesse ao senhorio. Era só allegar um arrendamento verbal a capricho, e que o arrendatario não tinha pago a renda como se estipulara; e... não havia volta a dar-lhe. Não deve ser.

E não é. Tal excepção não está expressamente na lei; mas nem isso é preciso, porque está em a natureza das cousas. Se afinal toda a questão é a falta da obrigação de pagar no tempo allegado pelo au-

ctor, e não a falta de pagamento, que não é contestada, com que fundamento legitimo e com que direito hade o réu ser responsabilizado pelos effeitos do não cumprimento d'aquella obrigação antes de ella ser definida na sentença final ?

Tambem em conformidade com esta ordem de ideias está o § 4.º do mesmo artigo 500.º, em que se dispõe que «os embargos por bemfeitorias, *não se impugnando o fundamento do pedido*, só suspendem o despejo quando essas bemfeitorias auctorisarem a retenção, nos precisos termos do artigo 1:614.º do codigo civil».

Na imprensa juridica já tem sido sustentado diversas vezes que este § 4.º deve ser entendido como significando que, «*se o pedido na acção não fôr contestado por algum dos fundamentos, que segundo a lei produzem a suspensão do despejo*, tambem o não suspendem os embargos por bemfeitorias, se estas por sua natureza não auctorisarem a retenção do predio».

Mas não me parece que deva ser assim. Nem a impugnação, de que falla o § 4.º, respeita ao pedido da acção, que é o despejo, pois sómente se refere ao fundamento do mesmo pedido, que é a falta de pagamento da renda; nem estas palavras, que em ultimo logar grifei, se encontram no dito §, e por isso não póde considerar-se modificada, restringida e limitada no sentido d'ellas a impugnação a que o mesmo § allude.

E assim no contexto d'este § 4.º, e principalmente nas suas palavras genericas — não se impugnando o fundamento do pedido —, está um importante elemento de interpretação da segunda parte do § 2.º do respectivo artigo.

D'esta ordem de ideias, que venho sustentando, podem resultar inconvenientes para o senhorio, pois que aos arrendatarios será facil inventarem motivos para impugnarem o fundamento do pedido na acção. Mas todas as cousas d'este mundo teem um lado bom e um lado máu. E esses inconvenientes, embora graves, serão sempre no fundo das cousas menos repugnantes do que a monstruosa injustiça de se impor ao arrendatario a violencia de um despejo provisorio a pretexto de falta de cumprimento de uma obrigação, cuja existencia é o objecto do litigio.

.....

XLVI

Summario : — Interpretação do artigo 900.º e § unico do código civil. — Os juros vencidos no decurso da execução não precisam de ser registados para gozarem da segurança hypothecaria.

.....
Pois que a presente execução hypothecaria começou há cinco annos e meio, é indispensavel decidir quaes os juros do credito do exequente, que gozam da segurança hypothecaria.

O código civil dispõe no artigo 900.º e § unico o seguinte :

«A hypotheca relativa a credito, que vença juros, abrange os vencidos no ultimo anno e no corrente, para o effeito de terem as vantagens d'ella, independentemente do registo.

«Os juros relativos aos annos anteriores teem hypotheca como credito distincto, se como taes tiverem sido registados».

Sem duvida alguma, o ultimo anno é um anno completo de juros vencidos, contado desde o dia em que elles começaram a correr, e, se mais annos decorreram, é o que em ultimo logar se completou, tomando-se sempre como ponto de partida para a contagem dos annos o dia, em que os juros começaram a correr ; — o anno corrente é o que a esse

ultimo se segue, isto é, o actual e que ainda não está completo ; — e os annos anteriores são os que precedem aquelle ultimo anno.

Mas o ultimo anno e o corrente, de que falla o artigo 900.º, reportam-se á data da exigencia dos creditos, ou á data da sentença, que gradua os credores no concurso aberto sobre o producto da arrematação dos predios hypothecados, ou á data da conta final, em que teem de ser liquidados os creditos attendidos naquella sentença ?

Nos julgados dos tribunaes há decisões varias em todos aquelles sentidos e ainda n'outros ; e isso pelas simples razão de não haver na lei um criterio positivo e seguro a tal respeito. E como é forçoso ter opinião sobre o assumpto, o meu parecer é que o ultimo anno e o corrente se reportam á data da reclamação dos respectivos creditos, ou seja o começo da execução com relação ao exequente, e, em todos os casos de concurso de credores, o dia em que os respectivos artigos de preferencia são apresentados em juizo.

Nenhuma disposição legal determina que os juros, que se venceram durante a execução, ou durante o processo do concurso, careçam de registo para gozarem da segurança hypothecaria ; e até o contrario d'isto se deve dar como assente pela simples razão de taes juros fazerem parte do pedido feito na execução ou nos artigos de preferencia.

Antes de vencidos não podiam os juros ser registados como credito distincto ; e, quando elles se venceram, já estavam reclamados na execução hypothecaria, ou nos artigos de preferencia, não havendo por isso necessidade nem logar de os registrar para os pedir.

Nas execuções communs, feita e registada a penhora, tambem o exequente, seja qual for o tempo que dure a execução, tem pelo artigo 836.º do código do processo civil direito e receber o *seu credito*, ou seja capital e juros, vencidos e vincendos, de preferencia a outro qualquer credor, que não tiver privilegio ou hypotheca anterior á penhora. E certamente o exequente, credor commum, não pode nem deve ter mais vantagens do que o exequente, credor hypothecario, ou outro qualquer d'esta qualidade mesmo sem ser exequente.

Quando, porem, o credor hypothecario ou o exequente com penhora registada são os arremetantes e ficam em seu poder com o producto da arrematação correspondente ao seu credito, a contagem dos juros a seu favor deve ser feita sómente até á data da arrematação, pois seria injusto que, tendo elles em si a importancia do seu credito, que não depositaram, continuasse este a vencer juros apesar d'isso

Os juros dos annos anteriores, de que falla o § unico do artigo 900.º, para gozarem da segurança hypothecaria, precisam de ser registados. Este registo, porem, visto que taes juros constituem um *credito distincto* do credito exequendo, de que promanam, só lhes dá preferencia em relação a outros creditos registados posteriormente; pois que a natureza da instituição do registo e a disposição do artigo 1:017.º do código civil não permitem que os effeitos do registo dos mesmos juros se retrotráiam a tempo anterior á data d'este.

.....

XLVII

Summario:— O pagamento ajustado em moeda metallica não pode ser feito em notas do Banco do Portugal, embora estas sejam verdadeiro papel-moeda.

.....
Os réus confessam e o auctor provou com os depoimentos das suas testemunhas a compra e venda da junta de bois, o preço ajustado de 119⁷/₄₀₀ e a época do pagamento.

Relativamente, porem, á fôrma do pagamento, comquanto os réus pretendam que elle fosse ajustado *sómente em moeda corrente*, para d'ahi inferirem que o podiam effectuar em notas do Banco de Portugal ou em cédulas da Casa da Moeda, é certo que o auctor provou de um modo irrefutavel com os depoimentos das suas testemunhas que se estipulara o pagamento em moedas metallicas de ouro ou prata com curso legal n'este reino, o que aliás não é contrariado pelos depoimentos das testemunhas dos réus e antes é confirmado n'elles até certo ponto.

Ora, se o pactuação é isto, e isto não é o contrario a lei alguma, vem já em favor da procedencia da acção o principio de que os contractos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos.

No caso de entre auctor e réus se haver ajustado

o pagamento sómente *em moeda corrente*, ou ainda sem se indicar a fôrma do pagamento da fallada quantia, eu não hesitaria em decidir presentemente que os réus podiam liberar-se da sua obrigação, pagando em notas do Banco de Portugal ou em cédulas da Casa da Moeda.

E não hesitaria, porque, embora nenhum diploma legal declare que taes notas e cédulas são papel moeda e tem curso forçado, é certo que varios diplomas, determinadamente o decreto de 9 de julho de 1891, dão curso legal a esses papeis e suspenderam a convertibilidade das notas por tempo indeterminado, que ainda dura e só Deos sabe quando acabará; sendo que, d'este modo e na essencia das cousas, as cédulas e as notas são verdadeiramente papel-moeda com curso forçado, apesar de nenhuma lei e nenhum decreto assim o dizerem clara, franca e expressamente.

Papel que tem curso legal, como instrumento de transacções, com o valor que representa, e que, ao mesmo tempo é inconvertivel em moeda metallica, é realmente papel-moeda; é moeda corrente, que é forçoso receber como tal durante o tempo da inconvertibilidade.

Mas, tendo sido pactuado entre auctor e réus que o pagamento da referida quantia fosse feito em moeda de ouro ou prata com curso legal n'este reino; e não estando provado que n'este paiz não ha moeda de ouro ou prata com curso legal; e sendo certo que as notas do Banco de Portugal, embora sejam legalmente instrumentos de transacções com o valor que representam, não são todavia e realmente moedas de ouro ou prata, pois que o banco, que as emmittiu, não é obrigado na actualidade a pa-

gal-as ; e sendo permittido pela lei que os pactuantes possam ajustar livremente a qualidade e especie de moeda em que o pagamento deve ser feito ; e não estando estabelecido em nenhum diploma com força legal que os devedores possam liberar-se, pagando em cédulas e em notas quando se estipulou o pagamento em moeda de ouro, prata ou cobre :

Parece-me claro, evidente e irreductivel que os réus só podem desonerar-se da sua obrigação, pagando ao auctor em alguma das especies de moeda metallica ajustadas.

E' tambem assim a terminante disposição dos artigos 723.º e 724.º do codigo civil, e dos art. 315.º e 316.º do codigo commercial, que cumpre observar.

Os diplomas, que fizeram das cédulas da Casa da Moeda e das notas do Banco de Portugal verdadeiro papel-moeda na essencia cousas, só crearam mais essa especie de moeda com curso legal.

Celebrado um contracto legalmente, as suas clausulas só podem ser alteradas e modificadas pelo consenso dos pactuantes. O devedor não tem a faculdade de transformar a seu talante a fórma de pagamento, que foi ajustada, convolvendo da qualidade da moeda estipulada para outra, que mais lhe convenha. E se ha quem desrespeite a fé dos contractos, ao poder judicial cumpre mantel-a.

E' este o direito ; nem ha outro.

Fique bem accentuado o meu modo de pensar sobre este grave assumpto. Quando não se ajustou a especie de moeda para o pagamento, pode este ser feito á vontade do devedor em cédulas da Casa

da Moeda ou em notas do Banco de Portugal. Mas quando se estipulou o pagamento em moeda metálica de ouro ou prata, o devedor só pode liberar-se, pagando na especie de moeda estipulada e não em papel.

.....

XLVIII

Summario : — O dono e possuidor de moveis existentes na casa arrendada, e penhorados por divida de renda, pode, não sendo arrendatario, oppor embargos á penhora, não obstante o disposto no artigo 882.º n.º 4.º do codigo civil.

.....
Os embargos á penhora procedem a meu juízo, pelos seguintes fundamentos.

Com quanto fosse o réu B na acção de despejo appensa quem tomou de arrendamento a casa alludida, onde estavam os moveis penhorados, está provado pelos depoimentos das testemunhas da embargante A que esta vive com elle e com a mulher d'elle na mesma casa, como na sua casa; e pelos depoimentos das tres primeiras testemunhas da mesma embargante está provado tambem que os moveis existentes na dita casa, e por isso os penhorados, pertencem á dita embargante, que está na posse d'elles ali.

E' verdade que essas tres testemunhas, para affirmarem essa posse da embargante, com exclusão dos ditos seu cunhado e irmã, se referem, além da circumstancia de aquella viver com estes na dita casa, ás affirmações da embargante e dos referidos B e mulher n'aquelle sentido. Mas taes declarações, sendo feitas por estes e pela embargante em tempo an-

terior á penhora alludida, como depõem as referidas tres primeiras testemunhas, são por isso acreditaveis

Podem duas pessoas viver na mesma casa, pertencendo a uma só d'ellas a mobilia lá existente; e se a outra pessoa, a quem esta não pertence, assim o reconhecer, principalmente em tempo e occasiões, que não façam suspeitar dolo em tal reconhecimento, só justo me parece que se acceite este como bom.

D'aqui, e porque a embargada D não provou que os moveis penhorados pertencessem aos ditos B e mulher, illidindo a prova feita pela embargante; e pois que não está demonstrado que esta tenha qualquer responsabilidade na divida da renda por motivo da qual se fez a penhora; resalta naturalmente a procedencia dos embargos em vista do disposto no artigo 922.º do codigo do processo civil.

Sem duvida alguma goza de privilegio mobiliario especial o credito por divida de renda *no valor dos moveis existentes no predio arrendado*, conforme o disposto no artigo 882.º n.º 4.º doCodigo Civil; mas d'esta disposição legal não se pode inferir a improcedencia dos embargos de terceiro, de que se tracta.

As palavras — *moveis existentes no predio arrendado* — não teem, não podem ter, não devem ter o largo e illegitimo alcance, de que taes moveis, não pertencendo ao devedor, nem estando na sua posse, e pertencendo a outrem, que os possui, respondam n'este caso pela renda do predio só porque lá existem, nem de que o seu verdadeiro dono e possuidor não possa haver para si o dominio e posse d'elles, não obstante a penhora e contra a penhora n'elles effectuada.

Isso seria um attentado contra o direito de propriedade. *Res suo domino clamat.*

No meu modo de entender aquella disposição legal, as referidas palavras sublinhadas são apenas exclusivas dos moveis, que, pertencendo aliás ao devedor, não existam no predio arrendado, e que, pelo facto de lá não existirem, não estão sujeitos ao privilegio mobiliario, de que falla a citada disposição do codigo civil, que interpretada assim, sem violencia para o seu espirito e para a sua formula, não dá logar ao attentado violento, a que alludi, de o verdadeiro senhor e possuidor dos moveis penhorados não poder em qualquer caso haver para si o que seu é.

N'estes termos julgo procedente os embargos de terceiro de fl. 2, d'este processo, e declaro sem effeito a penhora effectuada nos moveis constantes do auto de fl. 8 do processo appenso.

XLIX

Summario : — A quota parte do comproprietario nos predios communs, ou seja o seu direito a uma parte de cada um d'esses predios, divisiveis ou indivisiveis, podem ser alienados e hypothecados separadamente pelo mesmo comproprietario; e podem tambem ser penhorados. — Codigo civil, artigos 890 ° n.º 1.º, 894.º, 915.º, 1:553.º, 1:555.º, 1:559.º, 1:566.º e 2:177.º; e codigo do processo civil, artigo 815.º § unico.

Na acção de fl. 2 allega a auctora M contra os réus L e B:

Que no inventario orphanologico por fallecimento de Z ficaram pertencendo a ella auctora e a seus dois irmãos B e C os predios constantes da certidão de fl. 5, e entre elles a casa com o n.º 27 da rua do Calvario d'esta cidade, sendo a respectiva partilha julgada por sentença de 14 de dezembro de 1887, que fez transito;

Que depois, pela escriptura publica de 25 de outubro de 1899, a fl. 12, o réu B, irmão da auctora, hypothecou ao réu L a sua terça parte nos alludidos predios, e portanto a terça parte da referida casa da rua do Calvario, para garantia de 1:200,000 réis, que este lhe emprestára, reconhecendo-se na mesma escriptura que todos esses predios pertenciam em commun a ella auctora e seus ditos irmãos;

Que intentando o réu L contra o réu B no anno

de 1890 uma execução hypothecaria para a exigencia d'aquelle capital, fôra em 1 de junho do mesmo anno feita penhora na terça parte hypothecada da dita casa ;

Que a requerimento do curador geral dos orphãos se procedeu n'aquelle inventario a partilha complementar dos mesmos predios entre os tres irmãos, comproprietarios d'elles, sendo que n'essa partilha, julgada por sentença de 24 de março de 1891, pertenceu á auctora a casa referida ;

Que, são nullas taes hypotheca e penhora : e por isso ella auctora

Conclue, pedindo que as mesmas hypotheca e penhora na referida casa da rua do Calvario sejam assim julgadas, mandando-se tambem cancellar os registos effectuados d'esses encargos.

Só contestou a fl. 41 o réu L, defendendo a validade daquellas hypotheca e penhora, que a auctora pretende annullar.

E agora, feita a prova e verificada a legitimidade das partes, cumpre julgar ácerca da procedencia ou improcedencia da acção.

*

A hypotheca da terça parte da casa da rua do Calvario, feita na escriptura publica de 25 de outubro de 1899 pelo réu B em favor do réu L, é valida, como me proponho demonstrar.

a) Essa casa e os bens constantes da certidão de fl. 5 pertenciam então em commum aos tres irmãos C, auctora M e réu B. Nenhum d'estes tres irmãos tinha em verdade, uma certa e especificada parte ma-

terial de cada um d'esses predios ; mas todos estes eram compropriedade dos tres irmãos.

Ora, como comproprietario de todos os predios alludidos, cada um dos tres irmãos tinha irrecusavel direito a uma terça parte de cada um dos mesmos predios. Tal e qual como se a compropriedade se limitasse a um só predio.

Logo o réu B, hypothecando ao réu L a terça parte de cada um dos ditos predios, e determinadamente a da casa da rua do Calvario, não hypothecou cousa alheia, ou antes cousa, que não fosse sua.

E por isso, e não estando o mesmo réu B inhibido legalmente de dispôr dos seus bens em razão do seu estado, e não sendo invendavel a cousa, pois que não estava fóra do commercio, e attendendo ainda ao disposto nos artigos 890.º n.º 1.º, 894.º, 1:553.º, 1:555.º e 1:559.º do codigo civil ; parece-me que deve concluir-se pela validade da hypotheca da terça parte de cada um dos predios constantes da certidão de fl. 5, e determinadamente da casa da rua do Calvario, a que respeita a acção de fl. 2, ou seja do direito a uma terça parte d'este predio.

b) Nem a isto obstem os artigos 1:566.º e 2:177.º do codigo civil.

O artigo 1:566.º não obsta, porque, embora elle, depois da promulgação do codigo do processo civil, pareça applicavel tanto ás cousas indivisiveis como ás indivisas, em vista do artigo 848.º n.º 7.º d'este codigo, é preciso reconhecer, em face do mesmo artigo 1:566.º, que o comproprietario pode vender a sua parte no objecto commum a qualquer consorte, independentemente do direito de opção dos outros, que o não teem em tal caso, e que tambem a pode vender validamente a estranhos, salvo o direito de

preferencia dos comproprietarios, sendo exercido em tempo opportuno e forma devida.

E não obsta tambem o artigo 2:177.º, porque elle só prohibe o comproprietario de dispôr *especificadamente* de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha, isto é, só prohibe, como me parece, que antes d'esta partilha o consorte disponha da parte material A, D ou E do objecto commum; o que aliás não importa a prohibição de dispôr de uma certa quota d'elle, como a terça, ou a sexta ou a vigesima parte do mesmo objecto, a que tenha direito.

Ora, no caso dos autos, o réu B não hypothecou uma especificada parte material do objecto commum, inconfundivel com outra qualquer parte material d'elle, e sómente a terça parte de cada um dos mesmos predios, ou seja o direito a essa terça parte.

c) Tambem na hypothese questionada não resiste á validade da hypotheca o artigo 915.º do codigoo civil.

Na primeira parte d'este artigo estatue-se que o predio commum só pode ser hypothecado na sua totalidade, com o consentimento de todos os comproprietarios; e isto quer o predio seja indivisivel, quer seja divisivel, visto que a tal respeito não se faz distincção alguma. E d'aqui pode inferir-se que na parte ou no direito respeitante a cada comproprietario pode este fazer hypotheca separadamente, sem o consentimento dos outros, ainda que o predio seja indivisivel.

Nem só quando o objecto commum fôr divisivel, que é o caso expresso da segunda parte do mesmo artigo 915.º, poderá fazer-se tal hypotheca separadamente, pois que da primeira parte d'essa disposi-

ção legal se infere, embora *à contrario sensu*, que, mesmo sendo indivisível o predio commum, pode o comproprietario hypothecar validamente o direito, que a este predio tiver.

E ainda que um comproprietario não pudesse por si só hypothecar o seu direito ao predio commum indivisível, nem mesmo então o artigo 915.º citado inutilisaria a acção de fl 2, pois que nos autos não ha prova segura e irreductivel de que a casa da rua do Calvario não podia ser dividida.

*

Se é valida a hypotheca da terça parte da casa da rua do Calvario, feita pelo réu B em favor do réu L, por maioria de razão o é a penhora effectuada na mesma terça parte da dita casa por este réu L.

Pela validade de tal penhora militam tambem o artigo 367.º e o § unico do artigo 815.º do codigo do processo civil, que admittem penhora e arresto no direito do comproprietario aos bens indivisos.

E precisamente em 1 de junho de 1890, quando se fez a penhora na terça parte, materialmente indeterminada, da casa referida, ainda a mesma casa estava indivisa entre a auctora M, o réu B e o irmão commum C.

Consequentemente a alludida terça, que era penhoravel, foi bem penhorada.

*

Sem duvida alguma, depois da hypotheca e depois da penhora, toda a casa da rua do Calvario pertenceu á auctora M na alludida partilha comple-

mentar, julgada por sentença de 24 de março de 1891, entre aquella e seus ditos irmãos. Mas tal partilha não pode prejudicar o réu L no seu direito, proveniente da hypotheca e da penhora effectuadas e registadas antes da mesma partilha. E o registo, embora não dê direitos, garante-os segundo a prioridade d'elle.

*

N'estes termos e com os expostos fundamentos julgo improcedente a acção.

L

Summario : — Importancia a depositar nas expropriações por utilidade publica para a adjudicação da propriedade exproprianda, quando é impugnada a avaliação. — Interpretação do artigo 3.º da lei de 8 de junho de 1859.

.....
Cumpre resolver agora o incidente da quantia a depositar como indemnisação da expropriação.

Sem duvida alguma a expropriante tem direito a fazer o respectivo deposito provisorio para o effeito de lhe ser adjudicada desde já a propriedade exproprianda, não obstante a impugnação da avaliação d'ella feita pelo expropriado. O deposito todavia não deve ser apenas da importancia liquidada na avaliação, mas d'essa quantia e mais o terço d'ella.

Conforme o artigo 3.º da lei de 8 de junho de 1859, o deposito tem de ser feito nos termos dos artigos 46.º e 50.º da lei de 23 de junho de 1850.

Ora o artigo 50.º d'esta lei de 23 de junho de 1850 diz que o expropriante, feita a avaliação e havendo opposição, fará o deposito provisorio na conformidade do artigo 46.º. E este artigo 46.º determina que, tendo-se recorrido da sentença, que fixar a indemnisação, o expropriante depositará a importancia d'ella, se fôr o recorrente, e a mesma importancia e mais um terço, se fôr o recorrido.

Assim o artigo 50.º tem de ser completado, no caso de opposição á avaliação, pelo artigo 46.º. E da approximação e combinação d'estas duas disposições da lei de 23 de junho de 1850 com o artigo 3.º da lei de 8 de junho de 1859, resulta claramente que, havendo opposição á avaliação, o expropriante terá, para tomar conta do predio expropriando, de depositar a importancia da indemnisação calculada na vistoria, se fôr elle o impugnante da avaliação, e depositará essa importancia e mais um terço d'ella, se a impugnação fôr feita pela parte contraria.

E isto é justo. Tanto no caso de recurso da sentença como no de impugnação da avaliação, se o expropriante é o recorrente ou o impugnante, não deve elle depositar mais do que a quantia liquidada, pois que reclama contra o excesso da mesma quantia. Se, porem, o expropriante não é o que recorre da sentença, ou o que impugna a avaliação, deve então depositar mais um terço d'aquella quantia, visto que a parte contraria, ou dono do predio, recorrendo da sentença ou impugnando a avaliação, não considera bastante, como indemnisação sua, a quantia liquidada

Na hypothese dos autos a impugnação da avaliação não foi feita pela expropriante, mas pelo dono do predio. E por isso o deposito deve ser effectuado, como acima indiquei, na importancia da avaliação e mais um terço d'ella. Parece isto tão claro como a evidencia, e todavia não é já a primeira vez que isto é questionado.

Consignarei ainda que, no caso de o dono do predio pedir a mais, na impugnação, uma quantia inferior ao terço da liquidada, não deverá parecer

desarrazoado que o expropriante deposite sómente a quantia reclamada na impugnação; pois que, embora ella seja menor do que a importancia liquidada e mais um terço d'esta, é todavia reputada bastante pelo dono do predio como indemnisação sua.

.....

LI

Summario : — Interpretação do artigo 2:317.º do código civil.

.....
As partes estão de accordo em que alguns ramos das arvores existentes no predio do réu propendem sobre o predio do auctor, — em que o auctor fez intimar ou notificar o réu para em tres dias cortar os alludidos ramos, sob pena de elles serem cortados por aquelle, — e em que o réu não cortou os ramos.

Ora, ácerca d'este assumpto, o artigo 2:317.º do código civil estabelece o direito de cada um plantar arvores no seu predio a qualquer distancia da linha divisoria do predio visinho; — como correctivo ao exercicio d'essa faculdade assegura ao dono do predio visinho o direito de cortar os ramos, que sobre este propendem, não ultrapassando a linha perpendicular divisoria, pois que o seu dominio abrange não só o solo em toda a sua profundidade, mas tambem o espaço aereo correspondente ao mesmo solo na altura susceptivel de occupação, código civil artigo 2:288.º; — e, para regular o exercicio d'este direito concedido ao dono do predio visinho, dispõe que o sujeito d'elle não poderá exercital-o sem primeiramente *rogar* o dono do predio, onde existem

as arvores, para cortar em tres dias os alludidos ramos.

Eguae prescripções contém o mesmo artigo 2:317.º a respeito de raizes d'essas arvores, que se introduzam no predio visinho.

A referida disposição legal não estatue mais direitos, nem mais obrigações, para os donos dos predios confinantes.

Sendo isto assim, parece claro e incontrovertivel que o auctor tem o direito de cortar os ramos das arvores do réu, que propendem sobre o seu predio, visto que já cumpriu a obrigação de *rogar* ou fazer notificar este para que o fizesse em tres dias; e ao réu impende sómente a obrigação correlativa, de vêr ou deixar cortar pelo auctor os mesmos ramos, visto que elle o não fez n'aquelle prazo. Nada menos, mas tambem nada mais.

Direito do auctor a fazer cortar os ramos pelo réu e a correlativa obrigação de este os cortar, são cousas, que o dito artigo 2:317.º evidentemente não estabelece.

Se a lei quizesse impor tal obrigação e estatuir o direito correspondente, não mandaria que o dono do predio visinho, que no caso presente é o auctor, *rogasse* o dono das arvores, que na hypothese sujeita é o réu, para em tres dias cortar os ramos.

Esse *rogo* para cortar os ramos repelle manifestamente a imposição de o rogado os cortar como obrigação sua.

Quem é *rogado* faz ou não, accede ou não accede, como quer, e não é compellido a acceder ou não, a fazer ou não fazer.

Embora o *rogo* seja no caso sujeito uma condição essencial para o dono do predio visinho poder

exercitar o direito de cortar os ramos, que propendem sobre o seu predio, é sómente isso e mais nada. E, como assim, é claro que a obrigação correlativa do dono das arvores não é a de cortar aquelles ramos, e sómente a de os vêr ou deixar cortar pelo dono do predio visinho.

Ora, sendo o pedido da acção que o réu seja condemnado a cortar elle os alludidos ramos, parece-me seguro e certo pelas razões ponderadas que o mesmo réu não deve ser compellido a tal, visto que, não tendo o auctor direito para lh'o exigir, não pode impor-se ao réu a obrigação de o fazer.

.....

LII

Summario : — A desistencia da acção de separação, intentada pelo marido com o fundamento do adulterio da mulher, importa a insubsistencia de todo o processo, ainda que a mulher allegasse na contestação o adulterio do marido para os effeitos do artigo 1:210.º § unico do codigo civil. — A reconvenção é admissivel em regra nas causas de separação. — Interpretação dos artigos 445.º e 446.º do codigo do processo civil.

O caso d'estes autos é assim:

Intentou B a acção de separação de pessoas e bens de fl. 2 contra sua mulher C com o fundamento do adulterio d'esta.

Na contestação de fl. 16 C, depois de impugnar o fundamento da acção, negando o seu adulterio, allegou por sua vez nos artigos decimo e seguintes o adulterio de seu marido B, com escandalo publico, desde o casamento até á data da mesma contestação, pedindo afinal n'ella que fosse decretada a separação com o fundamento do adulterio do marido.

Seguiram-se a replica e treplica, e os termos subseqüentes do processo, até que, na vespera do julgamento, B desistiu da acção de separação, sendo a desistencia de fl. 148 julgada pela sentença de fl. 149.

Não se recorreu d'esta sentença; mas, antes de ella passar em julgado, veio C requerer a fl. 161 que se proseguisse nos termos do processo para ser julgada a acção na parte, em que a mesma C, reconvindo, pediu a separação com o fundamento do adulterio de B.

Esse requerimento foi impugnado a fl. 165 por B. E agora cumpre decidir.

*

Tenho visto sustentar na imprensa juridica, em vista do disposto nos artigos 445.º e 446.º do codigo do processo civil, que nas causas de separação de pessoas e bens só é admissivel a reconvenção no caso restricto d'esta ultima disposição legal; mas não me parece verdadeira esta doutrina.

a) O citado artigo 446.º estatue em verdade que, «intentando a mulher a acção de separação, qualquer que seja o seu fundamento, o marido, se quizer oppôr contra ella igual acção por motivo de adulterio, so poderá deduzil-a em reconvenção»; mas intuitivamente isto não é equivalente a dizer-se que a reconvenção só é permittida ou só pode ter logar no caso previsto na mesma disposição legal.

Que uma certa acção só possa, em determinado caso, ser deduzida em juizo por meio de reconvenção, é, foi e será sempre uma cousa diversa de que a reconvenção só é admissivel n'esse caso determinado. E' tão claro como o sol sem nuvens.

D'este modo o artigo 446.º não é, nas causas de separação, uma excepção á regra do artigo 331.º do

codigo do processo civil, e antes está conforme a essa regra estabelecida, de se admittir a reconvenção em geral.

Não é excepcional nas causas de separação, nem o devia ser. E para se mostrar que a reconvenção não deve ser recusada n'ellas basta attender a que, segundo o artigo 1213.º do codigo civil, o conjuge, que der causa á separação, perde tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem, por consideração d'este, lhe houver dado ou promettido. Ora seria injusto e iniquo não se reconhecer o direito de defeza a quem pode soffrer tão dura pena.

O artigo 446.º não é tambem uma excepção á excepção do n.º 1.º do § 1.º do mesmo artigo 331.º; porque acções de separação de pessoas e bens não são acções sobre o estado das pessoas, como se vê no artigo 42.º n.º 2.º e se deduz dos artigos 466.º § unico e 1:150.º do referido codigo; sendo tão certo que aquellas acções não versam, entre os conjuges, sobre o seu estado de casados, como o é tambem que estes, separados ou não separados, ficam sempre casados, são sempre marido e mulher, ligados pelo vinculo matrimonial indissolúvel.

Nem se pode dizer fundadamente que seria inutil a declaração constante do artigo 466.º, se o codigo do processo civil admittisse geralmente a reconvenção n'estas causas; por quanto tal declaração era precisa para se significar e ficar bem accentuado que, na hypothese regulada no mesmo artigo, o adulterio da mulher não podia ser allegado na contestação, nem em qualquer acção, que não fosse deduzida por meio de reconvenção.

Logo o artigo 446.º não podia obstar, por si, a

que no caso dos autos houvesse reconvenção. Não a auctorisa expressamente, mas também a não proíbe.

b) Obstar-lhe-hia, porém, o artigo 445.º do mesmo código?

Não. Esse artigo diz que, «intentando o marido acção de separação por adulterio, *a mulher, se quiser provar que, ao tempo em que commetteu o adulterio*, tinha direito de propor igual acção com fundamento no n.º 2.º do artigo 1:204.º do código civil, deverá deduzir essa materia na contestação para os effeitos do artigo 1:210.º § unico do mesmo código.» E, sem duvida alguma, tal disposição é sómente applicavel quando a mulher se reconhece e confessa adultera, pois que as palavras grifadas assim o mostram; o que em verdade não é o caso dos autos.

Se a mulher nega ter commettido o adulterio, de que é arguida, estamos manifestamente perante uma hypothese diversa da que é regida no citado artigo 445.º, e em que este não tem por isso applicação. E tal hypothese é sem duvida a do processo.

Assim, e pois que a ré C negou o seu adulterio, não estava ella sob a acção do imperativo cathego-rico *deverá* do mesmo artigo 445.º, e por isso não tinha de deduzir na contestação o adulterio do auctor B para os effeitos do artigo 1:210.º § unico do código civil. Podia e devia fazer isto por meio de reconvenção, que n'aquella disposição legal só é repellida no caso especial n'elle previsto, de a mulher se reconhecer adultera.

c) Também se deve consignar que a contestação,

de que falla o artigo 445.^o citado, é o mesmo articulado de que fallam egualmente os artigos 93.^o, 395.^o e outros do código do processo civil, e sempre uma cousa diversa da reconvenção mencionada nos artigos 446.^o, 332.^o e outros do referido código. Nem ha direito de confundir em caso algum a contestação com a reconvenção, que em materia civil corre até em processo differente do da acção, em que foi offerecido aquelle articulado, embora em materia commercial possa e deva a reconvenção ser deduzida na propria contestação, segundo o disposto no artigo 32.^o do código do processo commercial.

d) Em vista do exposto, e porque pela ré C não foi deduzida reconvenção, como podia e devia ser, visto que ella negou ser adúltera; e pois que a contestação de fl. 16 e seguintes não é reconvenção para effeito algum e sómente contestação para todos os effeitos; o artigo 334.^o do código do processo civil é manifestamente inapplicavel no caso dos autos.

A desistencia da acção de fl. 2, feita pelo auctor B e julgada por sentença, importa a insubsistencia da respectiva contestação e de todo o processado para todos os effeitos.

Nem em verdade a ré C, sendo mesmo adúltera, precisava de defender-se com o adulterio do marido contra a pena do § unico do artigo 1:210.^o do código civil, desde que o auctor B desistiu da acção, da qual não podia já emanar a imposição da mesma pena. Assim como é certo que a alludida insubsistencia da contestação não impede a mulher de requerer depois a acção de separação com o fundamento do

adulterio do marido ; o que aliás é de direito divino e nenhuma lei humana proíbe.

*

Com estes fundamentos indefiro o requerimento de fl. 161.

LIII

summario:— Da reducção das doações, da licitação e da segunda avaliação dos bens doados e legados.— Interpretação do artigo 720.º do código do processo civil e do artigo 2:128.º do código civil.

O inventariado A legou pela sua terça, no testamento com que falleceu, o predio rustico B ao seu amigo C; e a seu filho legitimo D havia doado entre vivos, na escriptura publica de 30 de abril de 1890, e por conta sómente da legitima d'elle, o seu predio urbano E e os predios rusticos G e H.

Sobre todos estes bens recahiu por parte do coherdeiro L, filho perfilhado do inventariado, declaração para licitação. E pois que os interessados C e D impugnaram a licitação dos mesmos predios, cumpre decidir a tal respeito.

*

A'cerca d'este assumpto diz o artigo 720.º do código do processo civil:

«Se algum interessado declarar que pretende licitar sobre cousa que, por sua natureza ou sem detrimento, não possa ser dividida, e em que algum coherdeiro tenha a maior parte por titulo que não seja o da successão, ou na qual necessariamente haja

de ser encabeçado, não terá logar a licitação, se esse coherdeiro a impugnar, mas proceder-se-ha a nova avaliação. . . »

Pelo contexto d'este artigo a indivisibilidade da coisa licitada é imprescindível no caso ahi figurado, de algum coherdeiro ter a maior parte n'esta por titulo que não seja o da successão; e pôde suppor-se com alguma plausibilidade que a mesma indivisibilidade da coisa licitada é também exigida no outro caso igualmente figurado ali, de algum coherdeiro ter de ser necessariamente encabeçado n'ella.

Todavia, combinando-se esta disposição legal com o artigo 2:128.º do código civil, em que a indivisibilidade da coisa licitada não era evidentemente exigida no alludido caso de encabeçamento necessario, não hesito em me pronunciar no sentido de entender aquelle artigo 720.º em harmonia com este preceito do código civil. O encabeçamento necessario não dava mesmo logar rasoavelmente á distincção entre divisibilidade ou indivisibilidade da coisa licitada.

As palavras do artigo 720.º — *por titulo que não seja o da successão*, com que foi modificado o dito artigo 2:128.º, tornam aquella disposição legal inapplicavel sempre que a maior parte da coisa licitada indivisivel advenha a qualquer coherdeiro pelo titulo da successão, quer legitima quer testamentaria, como por exemplo quando á herança do pae concorrerem um filho legitimo e outro perfilhado, código civil artigo 1:785.º, ou a coisa licitada foi deixada como legado em testamento. Em ambos estes casos a coisa licitada não adveio ao interessado por titulo diverso do da successão, mas pelo mesmo titulo da successão.

As outras palavras do mesmo artigo 720.º do código do processo civil e também do artigo 2:128.º do código civil — *na qual necessariamente elle haja de ser encabeçado* — não podem referir-se á partilha dos prazos, para os quaes não ha, segundo o regimen dos referidos codigos, encabeçamento necessario, como se infere do artigo 1:662.º § 1.º do código civil e do artigo 714.º e § unico do código do processo civil, visto que só pôdem ser encabeçados por accordo dos respectivos interessados.

E por isto entendo que esse encabeçamento necessario ha de referir-se a quaesquer bens, que tenham indispensavelmente de ser distribuidos, quer dizer adjudicados, ou seja deferidos, isto é, encabeçados na partilha a determinado interessado, como sejam, por exemplo, os antigos prazos de vidas e de nomeação, de que tractam os artigos 1:698.º e 1:699.º do código civil e que não se dividiam, nem ao menos por estimação, — ou os bens doados entre vivos, que pertencem ao donatario desde a acceitação da doação, excepto nos casos declarados na lei, código civil artigo 1:456.º, — ou os bens legados em testamento, que nas partilhas teem de ser distribuidos aos legatarios conforme os artigos 1:826.º, 1:843.º e 1:857.º d'este código.

*

Se os bens F, G e H doados a D estivessem dentro das forças da legitima d'este, ninguém diria que a impugnação da licitação d'elles era improcedente. O interessado D só tinha obrigação de os conferir pelo valor e não em substancia, segundo a regra do artigo 2:107.º, para os effeitos do artigo 2:098.º do código civil, porque, não sendo inofficiosa a doação,

não havia logar a fazer se a redução d'ella em especie, conforme e nos termos da disposição especial do artigo 1:498.º do mesmo código. E assim não havia direito a tirar esses bens, em substancia, do poder do donatario por meio de licitação contra o preceito do citado artigo 1:456.º

No caso de serem indivisiveis os bens doados, obstaría á licitação o facto de o donatario os ter havido a titulo de doação, que é diverso do da successão, conforme o artigo 720.º do código do processo civil; e, no caso de serem divisiveis, obstaría á licitação a circumstancia de os mesmos bens terem de ser necessariamente encabeçados no coherdeiro donatario por virtude da mesma doação, em conformidade tambem d'aquelle artigo 720.º

E assim, o que havia a fazer, era proceder-se a segunda avaliação em conformidade d'esta disposição legal e do artigo 9.º do decreto de 15 de setembro de 1892, ainda mesmo que D tal não requeresse, pois que é cathegorico o imperativo *proceder-se-ha*, posto no artigo 720.º, o qual nos casos n'elle figurados não torna a segunda louvação dependente de qualquer pedido.

E' certo, porém, que os bens doados a D excedem em muito a sua legitima, sem que esse excesso possa ser computado na terça do doador, código civil artigo 2:111.º, pois que o mesmo doador fez a doação por conta sómente da legitima do donatario, e de mais a mais desfalcou largamente a terça com o legado deixado a C. Mas ainda n'este caso é procedente a impugnação da licitação dos bens doados F, G e H pelos seguintes fundamentos.

O donatario D tem de conferir estes bens em substancia, sem duvida, porque, sendo inofficiosa a

doação, é indispensavel e forçoso effectuar a respectiva reducção em especie, como determinam os artigos 1:492.º e 1:498.º, visto que os bens estão ainda em seu poder. E o mesmo se infere à *contrario sensu* do artigo 1:502.º, quando dispõe que, se os immoveis não se acharem ao tempo da reducção em poder do donatario, responderá este pelo valor d'elles ao tempo da doação.

D, porém, traz os bens doados á collação sómente para que a doação seja reduzida em especie na partilha, tanto quanto baste para não exceder o montante da sua legitima; e não os confere para nada mais. O donatario, mesmo quando a doação é inofficiosa, tem inquestionavel direito pelo titulo da doação a ficar, em substancia, com tantos dos bens doados quantos possam caber na sua legitima. Nada mais, mas tambem nada menos. De outra forma as doações irrevogaveis de cousas certas, feitas por doadores, que tivessem herdeiros legitimarios, seriam a cousa mais incerta d'este mundo emquanto á substancia das cousas doadas.

A reducção das doações em especie, na parte inofficiosa d'ellas, é um direito dos herdeiros legitimarios, mas não póde nem deve envolver e importar consigo a insubsistencia das mesmas doações, em especie tambem, na parte efficaz d'ellas, contra o direito dos donatarios proveniente de contractos, que legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos, pelo menos tanto quanto o possam ser. Corta-se o excesso apenas, reduz-se sómente o que se deve reduzir; mas o resto fica em poder dos donatarios, porque é seu e lhes pertence por um titulo legal. O util não se vicia pelo inutil.

Ora d'estas considerações resalta naturalmente,

como corollario, a procedencia da impugnação da licitação dos bens doados a D ; impugnação essa que está sob a egide dos artigos 1:456.º, 1:498.º e 1:502.º do código civil, e do artigo 720.º do código do processo civil. Os herdeiros legitimarios, tendo direito de fazer reduzir a doação, em substancia, na parte inofficiosa, não teem todavia o direito de inutilisar por completo a mesma doação, em especie, por meio de licitação dos bens doados.

Consequentemente e para serem garantidos todos os direitos, deve proceder-se á segunda avaliação dos bens nos termos do mesmo artigo 720.º citado e do já referido artigo 9.º do decreto de 15 de setembro de 1892, independentemente de qualquer requerimento, como já consignei. E depois no despacho, que determinar a partilha, se resolverá quaes dos bens doados a D hão de compor a sua legitima, código do processo civil artigo 724.º § 1.º, ficando os restantes no casal para entrarem nas mais operações da partilha.

*

Tambem procede, a meu juizo, a impugnação feita por C á licitação do predio rustico, que lhe foi legado e que evidentemente não excede a quota disponivel do testador e inventariado.

Não está este predio no primeiro caso figurado no artigo 720.º do código do processo civil, porque advem ao coherdeiro C como legado, que lhe foi deixado no testamento do inventariado, não por titulo diverso do da successão, mas pelo mesmo titulo da successão testamentaria. Está, porém, no segundo caso figurado no mesmo artigo, visto que o predio tem de ser necessariamente encabeçado no

legatario por força do disposto nos artigos 1826.º, 1:843.º e 1:857.º do código civil. E n'estas circumstancias a impugnação da licitação de tal predio não podia deixar de ser vantajosa e efficazmente feita, nos termos d'aquella disposição legal.

✱

Ora d'este modo, não ha licitação a effectuar, e o que sómente ha a fazer é segunda avaliação, independentemente de qualquer requerimento para tal.

Se o predio legado excedesse a quota disponível do inventariado, teria de fazer-se a respectiva redução, código civil artigos 1:789.º e 1:493.º e seguintes, — sendo divisível o predio, conforme o disposto no artigo 1:498.º, e, — sendo indivisível, conforme o disposto no artigo 1:499.º do código civil. Mas o legatario só teria de ficar sem o predio no caso do § 1.º d'este ultimo artigo, e sómente n'elle é que a impugnação da licitação não procederia.

.....

LIV

Summario : — A viuva quinquagenaria, que contrahe segundas nupcias, tendo descendentes successiveis, é obrigada a inventariar os bens, a que se refere o artigo 1:237.º do codigo civil, e a caucionar duas terças partes d'elles.

Mantenho o despacho recorrido pelos fundamentos seguintes.

A requerimento dos aggravados A e J, filhos do primeiro matrimonio da aggravante M, mandei proceder ao arrolamento dos bens, que esta tinha, quando, já quinquagenaria, casou em segundas nupcias com o aggravante E, seu segundo marido, em 6 de setembro de 1894; sendo tal arrolamento um acto preparatorio e indispensavel da caução, que os aggravados pretendem exigir dos aggravantes para garantia dos seus direitos á propriedade de duas terças partes dos mesmos bens, direitos esses reconhecidos no artigo 1:237.º do codigo civil.

Da combinação d'este artigo com os artigos 2:221.º e 148.º n.º 1.º e § unico do mesmo codigo resaltam, ao que me parece, a justiça e a legalidade do despacho recorrido.

O citado artigo 1:237.º dispõe que a viuva quinquagenaria, que contrahir segundas nupcias, não pode alheiar por titulo algum a propriedade de duas terças partes dos bens mencionados no artigo 1:235.º,

ou sejam os que ella tinha quando casou segunda vez, e os que adquiriu depois por doação ou herança dos seus ascendentes ou de outros parentes; e isso emquanto tiver filhos e descendentes, que possam haver aquellas duas terças partes dos mesmos bens,

Estes filhos da viuva quinquagenaria são tanto os legitimos como os illegitimos, visto que o artigo 1:237.º não faz distincção alguma, e porque tanto uns como outros são chamados á successão legitima nos termos dos artigos 1:985.º a 1:992.º; mas os mais descendentes são apenas os descendentes legitimos dos filhos legitimos, visto que os descendentes illegitimos dos filhos legitimos e todos os descendentes dos filhos illegitimos são excluidos da successão legitima por aquelles artigos.

Ora, se a aggravante, já quinquagenaria quando passou a segundas nupcias, não póde alheiar a propriedade de duas terças partes dos seus alludidos bens, emquanto existirem os aggravados, que teem de succeder n'elles, é forçoso conceder aos mesmos aggravados as necessarias garantias, que os premunam contra a deterioração e desaparecimento dos ditos bens; porque toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio.

De outra fôrma a quinquagenaria e seu segundo marido podiam alienar os bens ou damnifical-os e deterioral-os a ponto de por sua morte o valor d'elles ser muito inferior ao que tinham, ou mesmo nullo.

Principalmente, se a aggravante tiver dinheiro, notas de banco, titulos ao portador, joias e outros bens mobiliarios, as garantias contra as possiveis dissipação e occultação de taes bens são absoluta-

mente necessarias e indispensaveis ; porque, desaparecidos esses valores, o prejuizo dos aggravados podia, acaso, ser irreparavel.

Reconhecer na aggravante uma obrigação, e nos aggravados o direito correlativo, e deixar ao mesmo tempo este direito sem garantia contra a falta de cumprimento d'aquella obrigação, seria edificar na areia ; não faz sentido rasoavel.

E não se póde em regra confiar muito na effecia do amor materno de mulheres, que, mesmo depois de quinquagenarias, se casam novamente para não deixarem arder em labaredas as suas paixões, n'uma idade aliás em que estas costumam actuar já com pouca intensidade.

Mas quaes são as garantias, que teem os aggravados para o seu direito ?

Não as designa a lei, e determinadamente o citado artigo 1:237.º do codigo civil, onde o seu direito é reconhecido ; e por isso é rigorosamente legal, em vista dos artigos 12.º e 16 do mesmo codigo, applicar na hypothese sujeita os casos analogos dos citados artigos 2:221.º e 148.º § unico.

Tendo decidido assim no despacho reccorrido, entendendo que por estes fundamentos não procede o recurso.

LV

Summario: — Para a divisão e demarcação nos termos do artigo 740.º do código do processo civil não ha primeira citação dos interessados, e sómente a intimação d'elles para embargarem, querendo, a divisão já feita. — E' competente o processo do artigo 740.º, e não o ordinario ou o especial do artigo 568.º para a divisão de um predio, attribuido na partilha a diversos interessados. — N'esta divisão não há sorteio de lotes ou quinhões. — No caso de embargos á divisão e demarcação, a rectificação d'ella em conformidade da sentença, segundo o § 7.º d'aquelle artigo 740.º e o artigo 557.º § 2.º do dito código, deve ser feita por novos louvados nos termos do § unico do artigo 260.º do mesmo código.

.....
O caso dos autos é assim.

No inventario por fallecimento de A pertenceu a cada uma das interessadas B e C, ora embargante e embargada, ametade da propriedade do Souto. Julgada por sentença a respectiva partilha, foi por parte da embargada C requerida a fl. 100 a divisão e demarcação do mesmo predio entre as duas proprietarias nos termos do artigo 740.º do código do processo civil. Fizeram-se a divisão e demarcação no auto de fl. 108, que em seguida foram impugnadas nos embargos de fl. 116 pela interessada B.

A embargante pretende que o processo seja an-

nullado desde fl. 100, — por falta de primeira citação de todos os interessados para a divisão e demarcação; — porque se adoptou o processo do artigo 740.º citado, devendo ser usado o dos artigos 568.º e seguintes do mesmo código; — e porque não se fez entre os interessados sorteio dos quinhões, sendo-lhes attribuidos estes pelos louvados do inventario.

E a respeito da divisão e demarcação effectuadas diz tambem a embargante que os quinhões são deseguaes e estão irregularmente feitos com manifesto damno seu.

*

Julgo improcedentes as nullidades alludidas.

a) Não ha nullidade pela falta de primeira citação dos interessados para assistirem á divisão e demarcação do referido predio, porque o dito artigo 740.º não manda fazer tal citação; e, ácerca do chamamento dos respectivos interessados ao incidente, sómente preceitua que, depois de feita pelos louvados do inventario a mesma divisão, sejam intimados os interessados n'ella para deduzirem a opposição que tiverem, por meio de embargos, na segunda audiencia seguinte; sendo que taes intimações foram effectuadas nos autos.

E em verdade a citação, cuja falta se argue, não era necessaria, visto que nos embargos se pôde deduzir *qualquer* opposição, e nem mesmo havia logar á nomeação de louvados, que fizessem a divisão, pois que ella tinha de ser effectuada pelos louvados do inventario, como foi.

b) Tambem não há a fallada nullidade do emprego de processo especial incompetente, porque o

processo do artigo 740.^o é applicavel ao caso dos autos, que n'elle enquadra perfeitamente.

Diz o artigo 740.^o que, se, em consequencia da partilha fôr necessario dividir algum predio, proceder-se-há á divisão e demarcação no mesmo processo do inventario; e em seguida nos respectivos paragraphos estatue o competente processo.

Ora, como aquelle predio do Souto ficou em commum no dito inventario para a embargante e embargada, sendo attribuida a cada uma d'ellas ameidade na respectiva partilha, e pois que ninguem é obrigado a permanecer na indivisão; é claro que, sendo necessario dividir e demarcar, tinha isso de ser feito não pelo processo ordinario, que aliás é a regra geral segundo o artigo 4.^o do codigo do processo civil, nem pelo processo especial da divisão de coisa commum regulado nos artigos 568.^o e seguintes do mesmo codigo, mas sim pela forma estabelecida no artigo 740.^o, que é uma disposição especialissima para o caso.

A hesitação poderia sómente apparecer, se os louvados declarassem que o predio era indivisivel ou que não podia ser dividido sem grande detrimento. Essa, porem, não é a hypothese dos autos; e, se o fosse, eu não duvidaria então de remetter as partes, não para o processo ordinario, mas para o processo especial do artigo 570.^o, que rege precisamente o caso analogo.

c) Da mesma forma não ha nullidade do processo por falta de sorteio dos quinhões entre os interessados, pela simples razão de que o artigo 740.^o não prescreve tal sorteio.

Se o codigo do processo civil quizesse o sorteio, tel-o-hia declarado, como fez nos artigos 727.^o e 751.^o;

mas não o determinou, como aliás o não admittiu também a proposito da divisão de coisa commum, regulada nos artigos 568.º e seguintes.

Nem as sortes, de que falla o artigo 2:182.º do codigo civil, teem já logar perante os ditos artigos 568.º e seguintes, e artigo 740.º do codigo do processo civil, que agora regem o assumpto.

Bem ou mal que isto seja, é assim o nosso direito.

*

.....

Não podem subsistir, portanto, a divisão e demarcação do predio do Souto, constantes dos autos de fl. 106, cumprindo proceder-se á necessaria rectificação d'ellas de modo a desaparecerem os defeitos acima notados.

Essa rectificação, porém, deve ser feita pelos mesmos, ou por outros louvados?

O artigo 740.º não contem a resposta precisa á pergunta. Quando tracta da divisão e demarcação, manda fazel-as pelos louvados do inventario (§ 1.º), e só admite outros quando hajam de ser substituidos os que estiverem impedidos ou tenham fallecido (§ 2.º). Para o caso de se deduzirem embargos á divisão e demarcação feitas, determina elle (§ 7.º) que se observe o artigo 557.º do codigo do processo civil; e este artigo não resolve expressamente a duvida, pois que na sua hypothese só manda (§ 2.º) *fazer a competente rectificação em nova vistoria, e conforme a decisão da sentença*, sem qualquer referencia a louvados.

Apesar de alguma hesitação, parece-me que a respectiva diligencia a effectuar deve ser feita com outros

louvados, que não os do inventario, que aliás mal dividiram e demarcaram já o predio alludido.

E' certo que não se tracta de uma nova divisão e demarcação da propriedade do Souto, e apenas da rectificação, aliás profunda, da divisão effectuada no auto de fl. 108; mas d'essa circumstancia não se pode legalmente inferir que tal diligencia seja feita pelos mesmos louvados, que já erraram gravemente.

Ou essa rectificação seja profunda ou leve, o § 2.º do citado artigo 557.º ordena que ella seja feita em nova vistoria. Ora a nova vistoria reclama a intervenção de novos arbitradores, segundo a regra geral do artigo 260.º § unico, n.º 3.º do codigo do processo civil.

Tal regra tem excepções, como são as dos artigos 490.º, 554.º e 578.º § 2.º; mas para o caso dos autos não ha excepção expressa na lei.

E os novos louvados devem ser cinco em conformidade do citado § unico n.º 2.º d'aquelle artigo 260.º, visto que no auto de fl. 108 intervieram tres louvados.

.....

LVI

Summario: — A arrematação do direito ao fundo ou ao capital das acções das companhias não é titulo que faça prescrever essas acções contra o portador d'ellas, que já as possuia, com conhecimento do arrematante, ao tempo da arrematação e até da penhora, que precedeu esta. — O portador das acções tem direito de fazer-se reconhecer como tal e a fazer averbar estas em seu nome. — Interpretação do artigo 168.º § 1.º do codigo commercial. — O que são acções de *cofre* da companhia geral da agricultura das vinhas do Alto Douro. — Essas e outras quaesquer acções, comquanto cousas moveis, eram hypothecaveis pelo direito artigo; e as hypothecas feitas no imperio d'elle ainda hoje devem ser havidas como validas e subsistentes.

.....

O presente litigio vem originariamente do emprestimo forçado de 14:000.000 réis, com o juro annual de 5 0/0, feito na escriptura de 1 de setembro de 1759, a fl. 79, em conformidade do decreto especial de 17 de julho do mesmo anno, ali transcripto, pela ré confraria a D, que a hypothecou ao pagamento do capital trinta e cinco acções ou apolices da ré companhia geral da agricultura das vinhas do Alto Douro, e os interesses d'ellas ao pagamento dos juros. N'essa escriptura estipulou-se ainda que as acções não seriam alienadas, mas que, se o devedor

as alienasse, não seriam ellas transmittidas sem os referidos encargos.

E' a quatro d'essas acções ou apolices hypothecadas que se refere a presente acção, intentada pelo auctor B como senhor, possuidor e portador d'ellas por indosso feito por F, que por igual titulo de indosso as houvera de G, a quem haviam sido averbadas em 26 de outubro de 1865; pretendendo agora o auctor fazer-se reconhecer para todos os effeitos como dono das alludidas quatro acções, que aliás não estão ainda averbadas em seu nome.

*

.....

Não procede, a meu juízo, a excepção de prescripção emquanto ás ditas quatro acções, ou seja ao capital que lhes corresponde, ou, por outra forma ao direito e acção ao seu fundo; e isso pelos seguintes fundamentos.

E' certo que a confraria ré arrematou em 4 de novembro de 1872 o direito ao fundo das quatro referidas acções em execução de sentença contra o referido D, o qual direito e acção havia sido penhorado em 6 de junho de 1871, como pertencente a este individuo; mas tambem é verdade, e isto sobreleva a tudo, que desde muito antes da penhora e arrematação, e até de ser intentada a acção, tinham as mesmas acções da companhia ré deixado de pertencer a D, que as havia passado a outros individuos, que não foram chamados ás falladas acção e execução, como tudo os autos mostram, tendo a confraria ré conhecimento d'isso pelas declarações feitas no auto de penhora pela ré companhia.

Quer dizer, a confraria sabia que arrematava o direito ao capital de acções pertencentes, não a D, embora tal direito fosse penhorado como d'elle, mas a outros individuos, que não podem ser prejudicados com tal arrematação, e que eram os portadores das mesmas acções já antes da penhora.

Ora por isto é manifesto que a posse das acções não está, nem ha trinta annos, nem ha vinte annos, nem ha dez annos, nem ha trez annos, nem ha um dia sequer em poder da confraria ré; e sem posse não podia dar-se á prescripção em caso algum, conforme o disposto no artigo 501.º do codigo civil.

Deve attender-se ainda que, nos termos do artigo 536.º d'este codigo, o prazo para a prescripção negativa só começa a contar-se desde o momento em que a obrigação se tornou exigivel. Ora, quando se tracta de acções de uma companhia, é preciso ter sempre presente que o capital social d'esta permanece em seu poder, e só é exigivel quando ella é dissolvida; e por emquanto a companhia ré subsiste, tendo até as suas acções uma cotação altissima no mercado.

No § 1.º do artigo 168.º do codigo commercial diz-se, é certo, que «a propriedade e a transmissão das acções nominativas não produzirá effeitos para com a sociedade e para com terceiros senão desde a data do respectivo averbamento; mas evidentemente o averbamento não é o titulo da transmissão, presuppõe-no. A propriedade da acção transmite-se pelo contracto respectivo. E seria verdadeiramente monstruoso que o autor B, verdadeiro portador, pelo competente indosso, das acções, de que se tracta, não podesse compellir qualquer pessoa a reconhecer-o como proprietario d'ellas, e a companhia

ré a fazer em seu nome o averbamento das mesmas acções. A falta de averbamento pode importar a falta de effeitos commerciaes para as acções, mas não pode em caso algum destruir e invalidar a propriedade d'ellas, que é sempre do seu portador, averbadas ou não averbadas.

Sem duvida alguma, as acções ou apolices em poder dos seus donos dão a estes a certeza e segurança do seu direito a ellas, emquanto não forem annulladas e havidas como insubsistentes, ou não fôr transmittido a outrem aquelle direito com audiencia e convencimento dos mesmos accionistas, portadores das apolices. Ora as ditas quatro acções ou apolices não foram annulladas, nem havidas como insubsistentes, como os autos mostram; e áquellas acção e execução tambem não foram chamados, como se disse já, os donos das apolices, que ao tempo da penhora e arrematação já não pertenciam a D; e por isso não se podia dar de modo algum, contra os portadores das acções e em favor da confraria ré, a prescripção das mesmas apolices ou do seu capital ou fundo.

Julgar tal prescripção seria uma injustiça manifesta, uma espoliação revoltante contra os portadores e donos das acções, que deviam suppôr os seus direitos sob a egide da lei, que garante o direito de propriedade, e em favor da confraria ré, que desde a penhora, e por isso antes da arrematação, sabia que o dominio das referidas quatro acções pertencia, não a D, mas a outrem.

*

Cumpre agora conhecer do fundo da questão,

igual a outra, que julguei n'esta comarca, no anno de 1890 e no mesmo sentido da presente decisão.

Já foram expostos resumidamente o objecto e a origem d'este litigio ; e, pelo que a proposito da prescrição foi ponderado, não pode deixar de concluir-se que o auctor B tem o direito, como portador das quatro alludidas acções da companhia ré, de se fazer reconhecer dono e proprietario d'ellas para todos os effeitos, e determinadamente para as fazer averbar em seu nome.

Não devem, porem, as mesmas acções ou apolices ser havidas como liberadas pelos fundamentos seguintes:

Essas acções não são rigorosamente das chamadas acções de *cofre*, que na instituição da companhia ré, e enquanto não se completou o capital da sua fundação, de um milhão e duzentos mil cruzados, se obtinham, indo-se buscar o capital d'ellas por emprestimo forçado aos cofres publicos e particulares, a que se referem o aviso de 10 e a carta regia de 27 de setembro de 1756, passando o dinheiro directamente dos cofres, em que estava, para os da companhia ré, ficando o mutuario com o direito de receber o dividendo e com a obrigação de pagar o juro annual de 5 %, que aliás a companhia lhe descontava logo para occorrer a este pagamento, e ficando o mutuante, para sua segurança, com hypotheca especial em concorrente quantia nas mesmas acções e com penhora n'ellas como se fosse feita em execução de sentença.

« As acções, assim obtidas. teem a denominação de acções de *cofre*, ou porque o capital d'ellas não era do portador da acção, mas sahira por aquella forma dos cofres obrigados a mutual-o, ou porque esse

capital deva ser considerado em deposito no cofre da companhia, e o titulo da acção, enquanto o mesmo capital não fosse pago ao mutuante pelo mutuario, sómente dava a este o direito ao dividendo com o encargo de pagar o juro de cinco por cento do mesmo capital.»

Mas, repito, as quatro acções ou apolices, de que se tracta n'este pleito, não são das chamadas acções de *cofre*, porque, quando ellas foram hypothecadas na dita escriptura de 1 de setembro de 1759, já pertenciam a D, não foram adquiridas com o capital mutuado na mesma escriptura, e este capital não passou directamente do cofre da mutuante para o da companhia, e sim para o poder do mutuario D.

Nada importa, porém, á questão que as acções hypothecadas n'aquelle documento não sejam das de *cofre*, porque, apesar de não lhes serem por isso applicaveis as disposições dos citados aviso de 10 e carta regia de 27 de setembro de 1756, ellas eram em todo o caso hypothecaveis, apesar de serem bens moveis, conforme o direito romano, a ordenação liv. 4.º, tit. 3.º, e o artigo 46.º dos estatutos da companhia ré, approvados pela carta regia de 10 de setembro de 1756, em vigor ao tempo da celebração da mesma escriptura; e ainda especialmente em conformidade com o alludido decreto de 17 de julho de 1759, transcripto n'este documento, e que tinha de observar-se como vontade soberana do rei, que então reunia em si todos os poderes politicos.

E a hypotheca constituída n'essas acções pela fallada escriptura de 1 de setembro de 1759 ainda hoje tem de ser respeitada, apesar de no decreto de 30 de maio de 1834 haverem sido abolidos todos os

privilegios da companhia ré, e de a moderna legislação hypothecaria — decreto de 26 de outubro de 1836, lei hypothecaria de 1 de julho de 1863, e código civil artigos 888.º e seguintes —, prohibir terminantemente hypothecas em bens moveis ; porque da mesma escriptura consta um contracto de mutuo com juros e com uma determinada garantia, tudo effectuado e estabelecido conforme a legislação então vigente, e até em harmonia com uma lei especial para esse caso restricto, e que era o citado decreto de 17 de julho de 1759.

Ora os contractos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos. A moderna legislação hypothecaria não pode ter, não deve ter e não tem effecto retroactivo para espoliar os mutuantes, ou quem os represente, de uma garantia, qua a lei anterior auctorisava, que em conformidade com ella foi estipulada, e que n'alguns casos pôde até ser a ultima contra o mutuário ou quem o represente. Essa moderna legislação hypothecaria não podia atacar os actos juridicos celebrados antes da sua vigencia ; nem as disposições d'ella, relativas ao registo das hypothecas de preterito, podiam affectar a hypotheca sobre as alludidas quatro acções da companhia ré, porque, sendo ellas cousas moveis, nunca tal hypotheca seria registavel.

Assim, pois, os direitos dos interessados nas acções hypothecadas no imperio da legislação antiga continuaram a ser os mesmos ; depois do direito hypothecario novo continuaram as acções ou apolices a ser garantia do capital emprestado anteriormente ; e os interesses ou dividendos d'ellas continuaram tambem consignados, como originariamente se estipulara, ao pagamento dos juros convencionados.

Foi assim o contracto, é do mesmo modo o direito ; porque, sendo aquelle legal, não podia deixar de fazer lei entre os pactuantes ou quem os represente. De outro modo sancionar-se-hia uma violação do direito de propriedade.

*

Em vista do exposto ; e mostrando-se pelas quatro acções, de que se tracta, que o auctor B é o portador e dono d'ellas ; e não se mostrando nos autos que o capital mutuado na escriptura publica de 1 de setembro de 1759 esteja pago ; e sendo subsistente por isto a hypotheca ahi estabelecida ; é forçoso julgar, como julgo, o auctor dono das ditas quatro apolices, para o effeito de condemnar as rés confraria e companhia a reconhecê-lo assim, com a modificação, porém, de que taes acções não estão liberadas, mas sim oneradas com o referido encargo hypothecario para pagamento do capital e dos juros estipulados de cinco por cento.

.....

LVII

Summario: — Quando todos os interessados licitaram em valores desiguaes, os que menos licitaram teem direito de ser inteirados até á importancia da maior licitação, nos limites das suas quotas hereditarias. — Interpretação do artigo 717.º do codigo do processo civil.

No presente inventario todos os interessados licitaram em bens de raiz, ficando, porém, alguns d'elles com maiores valores do que outros. Em vista d'isto o interessado B, menor licitante, requereu no presente auto que os interessados resolvessem, como elle e os mais interessados, que licitaram em importancia inferior á da licitação do interessado D, que foi o maior licitante, haviam de ser inteirados até ao montante da maior licitação. Foi tal requerimento impugnado por D, dizendo que não havia logar aos inteiramentos, de que fallam os artigos 717.º do codigo do processo civil e 2:139.º do codigo civil, pela simples razão de que todos os interessados licitaram alguns bens do casal. E por isso cumpre decidir.

Assim, e

Attendendo a que todos os *bens de raiz* foram licitados pelos diversos interessados, restando agora apenas os bens mobiliarios e os fóros, que certamente

não são bens da mesma natureza e qualidade das d'aquelles bens licitados, pois que o mobiliario de uma casa, ou ainda um dominio directo, comquanto immobiliario, não podem ser considerados, nos termos dos artigos 2:109.º e 2:110.º do codigo civil e para os effeitos das outras disposições legaes citadas, cousas da mesma natureza e qualidade de um dominio util, e menos ainda de um predio livre e allodial ;

Attendendo a que os interessados, que menos licitaram, devem ser considerados como não licitantes com relação á differença entre os valores por elles licitados e os valores licitados pelo maior licitante ;

Attendendo a que, sendo isto claro, incontrovertivel é tambem que o caso presente cabe na alçada da disposição litteral da artigo 2:139.º do codigo civil e do artigo 717.º do codigo do processo civil, com o qual concorda o artigo 711.º do mesmo codigo ;

Attendendo a que os inteiramentos alludidos são uma operação necessaria e indispensavel da partilha, sempre que uns interessados licitem e outros não, ou sempre que uns licitem menos do que outros embora todos licitem, casos esses que se equivallem ; pois, só feitos taes inteiramentos, é que póde haver, nos termos do artigo 2:140.º do codigo civil, sorteio entre os coherdeiros por lotes eguaes, formados com os bens restantes ;

Attendendo a que seria injusto obrigar os interessados, que menos licitaram ou menos conferiram, a ficarem com os bens restantes, de especie e natureza differentes das dos licitados, até ao montante da maior licitação ou maior conferencia, ou mesmo até á importancia completa da sua legitima, se algum inte-

ressado licitasse bens até esse valor; e, além de injusto, seria isto contrario tambem á egualdade da partilha, que é o principal escôpo n'este assumpto:

Determina elle juiz que os interessados resolvam n'este acto sobre a fôrma, por que hão de ser inteirados os que menos licitaram, e que, na falta de accordo a tal respeito, se proceda nos termos do artigo 717.º § 2.º do codigo do processo civil.

LVIII

Summario : — Os fructos dos predios rusticos são hypothe-
caveis sómente enquanto estão unidos á terra ou ás ar-
vores ; e os rendimentos dos predios urbanos nunca o são.
— Interpretação do artigo 891.º n.º 1.º do código civil
pelo que respeita a fructos e rendas dos predios hypothe-
cados. — Os fructos e rendas dos predios penhorados en-
tram na massa executivel. — O privilegio, quer anterior,
quer posterior á penhora, prefere sempre a esta.

.....
A exequente C tem direito a levantar integral-
mente da caixa geral dos depositos a quantia de
1:043~~7~~518 réis, sobre que versa o presente litigio.

Tal quantia provem de rendimentos do predio da
rua de Traz da Sé, arrematado na execução appen-
sa, movida contra a viscondessa... pela fazenda
nacional. Esses rendimentos foram penhorados pela
exequente C, como o podiam ser, em vista dos ar-
tigos 811.º e 820.º do código do processo civil, para
pagamento da respectiva quantia exequenda, pedida
por ella á dita viscondessa.

E d'aqui e do disposto no artigo 836.º do citado
código resalta o direito da exequente a receber
aquella quantia depositada, aliás muito inferior á
exequenda.

Não obsta a esse direito da exequente o facto de

o articulante D, com quem agora se dá o litigio, ter hypotheca registada no mesmo predio ao tempo da penhora dos rendimentos, effectuada por parte da articulante C, como vou demonstrar.

a) Segundo o artigo 888.º do codigo civil, a hypotheca só pôde recahir em bens immobiliarios. Ora os fructos dos predios rusticos só podem considerar-se immobilisados, nos termos dos artigos 890.º n.º 1.º e 375.º n.º 1.º do mesmo codigo, emquanto estiverem pendentes, isto é, unidos á terra ou arvores, sendo evidente que, separados d'estas ou d'aquella, ninguem os dirá, sem contrasenso, cousas immoveis. E as rendas dos predios urbanos, como no caso respeitante á dita quantia exequenda, não podem em caso algum considerar-se cousas immoveis ou immobilisadas pela simples rasão de nunca estarem presas aos respectivos predios.

b) E' certo que o artigo 891.º e n.º 1.º do codigo civil diz que a hypotheca abrange as accessões naturaes. Ainda, porem, que os fructos dos predios rusticos possam, em vista do disposto no artigo 2:290.º do mesmo codigo, que aliás é bem diverso do que se estatua no artigo 118.º do regulamento hypothecario de 4 de agosto de 1864, considerar-se como accessão natural dos predios, que os produzem; não se comprehende todavia, sem absurdo de marca maior, que, estabelecida uma hypotheca em predio rustico, fiquem hypothecados *ipso facto* ao pagamento da respectiva divida todos os fructos, que, *desde esse momento* e pelo decorrer dos tempos, forem produzidos pelo predio hypothecado, até ao pagamento da divida.

Justifica-se bem que, feita a penhora do predio hypothecado, os fructos produzidos desde então en-

trem na massa executivel; mas, emquanto aos fructos produzidos antes, hade parecer absurdo isso, porque a lei não prohibe que o dono do predio os consumma, nem os manda depositar ou caucionar.

E depois no caso dos autos accresce que, tractando-se da renda de predios urbanos, não são evidentemente applicaveis os citados artigos 891.º n.º 1.º e 2:290.º, pela simples razão de que as rendas não são cousas, que accresçam a esses predios por effeito da natureza.

.) E' coisa assente para mim, apesar das opiniões e de alguns julgados em contrario, que os rendimentos dos predios rusticos e urbanos, vencidos depois da penhora d'estes predios, entram na massa executivel, quer esses predios estivessem, quer não estivessem hypothecados á divida exequenda.

Os artigos 824.º, 827.º, 828.º e 829.º do codigo do processo civil fornecem argumentos ponderosos e mesmo irreductiveis n'este sentido.

Se o exequente pode requerer que o depositario dos bens immobiliarios penhorados preste contas dos rendimentos d'elles; se é ouvido sobre as contas prestadas; se pode offerecer arrendatario aos ditos bens e intervir na praça em que se arrendem os rendimentos d'elles; e se alem d'isso tem o direito de, com accordo do executado, regular a administração dos referidos bens; é que taes rendimentos estão adstrictos ao pagamento da divida exequenda.

De outra maneira, e se os rendimentos dos bens immobiliarios se considerassem livres e desembarçados para o executado, não tinha rasão de ser aquella intervenção indispensavel e continua do exequente na administração dos mesmos bens e na arrecadação dos seus rendimentos.

E quem tiver algum privilegio sobre taes rendimentos, qualquer que seja a procedencia d'elle, ou a sua data anteriormente á arrematação dos respectivos predios, pode deduzil-o contra o exequente, ou contra quem fôr, em litigio sobre a applicação do producto de taes redimentos; pois que o artigo 837.º do codigo do processo civil não faz distincção entre privilegio anterior ou posterior á penhora, como a faz ácerca da hypotheca.

Mas, no caso dos autos não tem logar a applicação d'esta doutrina, porque o articulante D, comquanto fosse credor hypothecario no referido predio da rua de Traz da Sé, não tinha penhora no mesmo predio, nem mesmo requereu execução contra a dita viscondessa.

E assim prevalece para todos os effeitos legaes a penhora feita pela exequente C nos alludidos rendimentos, d'onde emanara a quantia questionada.

.....

LIX

Summario: — A certidão de uma escriptura publica, passada por um conservador em face dos documentos apresentados para registo, não faz fé, nem serve para base de execução, conforme o artigo 2:501.º n.º 2.º do codigo civil e artigo 798.º n.º 3.º do codigo do processo civil.

.....
Os embargos de executado de fl. 2 procedem pelo fundamento da illegitimidade do exequente e do executado, e pela insufficiencia do documento, que é base da execução.

A illegitimidade do exequente está allegada, e é fundamento legal de embargos conforme o disposto no artigo 954.º n.º 1.º do codigo do processo civil, que rege o assumpto, visto que é hypothecaria a execução appensa. E, quando mesmo não fosse allegada, era forçoso conhecer-se d'essa illegitimidade e da do executado tambem, por força do disposto no artigo 281.º do mesmo codigo, que é applicavel a todas as formas de processo e aos seus respectivos incidentes.

Se o documento, em que a execução se funda, não fôr bastante para provar que o exequente e embargado é credor do executado e embargante, são evidentemente partes illegitimas na execução o exequente e o executado.

A execução funda-se no documento da fl. 3 a 9 do processo appenso, que sem duvida alguma não

2, nem traslado, nem publica forma, nem certidão da escriptura publica de 18 de outubro de 1875, passada nos termos do artigo 2:501.º n.º 2.º do código civil, e sómente uma certidão da mesma escriptura passada pelo conservador do registo predial do 1.º districto do Porto em face de traslado, ou de publica forma, ou de certidão d'essa escriptura, que n'algumas d'estas formas lhe deve ter sido apresentada para registo.

Ora, conforme este artigo 2:501.º n.º 2.º, a certidão da escriptura alludida só teria fé, se fosse passada pelo official publico (tabellião), que a exarou, ou por outro official publico, que lhe succedesse no officio.

Esta disposição terá inconvenientes, mesmo graves se quizerem, mas é clara e inilludivel.

O conservador, porém, signatario da certidão de fl. 3 a 9 da execução appensa, não é o official publico, que lavrou a dita escriptura, nem certamente succedeu no officio ao respectivo tabellião.

Logo a certidão de fl. 3 a 9 da execução não tem fé, e por isso não prova que o exequente seja credor do executado, ou que este seja devedor áquelle da quantia de 6:250,000 réis e juros pedidos na execução.

E, portanto, exequente e executado são partes illegitimas na execução appensa; o que aliás é tão certo, como o é que o dito documento de fl. 3 a 9 da mesma execução não póde servir de fundamento e base d'esse processo nos termos do artigo 798.º n.º 3.º do código do processo civil, e que por isso tem a dita execução de ser havida como insubsistente e de nenhum effeito; o que aliás é tambem pedido nos embargos.

.....

LX

Summario : — Dos alimentos. — Interpretação do art.º 173.º do código civil. — A obrigação alimentícia não é solidária nem indivisível. — Quem tem meios para occorrer ás necessidades da sua alimentação, embora para isso tenha de cortar pelo capital, não tem direito de reclamar alimentos.

O auctor H, filho legitimo de M e N, pede na acção de fl. 2 que o reu X, seu avô paterno, seja condemnado a dar-lhe mensalmente, como alimentos, a quantia de 500000 réis, paga adiantadamente no primeiro dia de cada mez; pois, dados os seus encargos familiares e a sua condição social, precisa de tal importancia para sua alimentação, não lhe bastando para esta o rendimento dos seus bens, o qual não pode ser calculado em mais de outra quantia igual por mez; e felizmente o reu é abonado em meios de fortuna, de modo a poder comportar o pagamento da referida prestação alimentícia sem o menor sacrificio; e infelizmente os paes d'elle auctor não tem meios sufficientes para lhe prestarem os necessarios alimentos.

Por sua parte o réu, reconhecendo que o auctor, seu neto, não pode viver, modestamente mesmo, com menos de 1000000 réis por mez, e declarando que sem reluctancia alguma, e antes da melhor von-

tade, concorrerá para a alimentação d'este quando deva ser e como deva ser, entende todavia que por emquanto não deve ser compellido a tal, e menos ainda a pagar por inteiro a respectiva prestação alimenticia, pelos motivos seguintes :

Primeiro, porque, sendo reciproca sómente, e não solidaria nem indivisivel a obrigação alimenticia, elle réu só poderia ser compellido a concorrer com ametade da quantia necessaria para a alimentação do auctor pela simples razão de que sobre R, avô materno d'este, e que é rico, impende egualmente a obrigação de alimentar o mesmo auctor ; e

Segundo, porque o auctor possui, alem dos bens, que lhe produzem o rendimento mensal de 50.000 réis, joias importantes e um consideravel mobiliario de casa, e, sem taes valores estarem de todo esgotados, não tem elle o direito de pedir alimentos a qualquer pessoa, que por lei deva prestar-lh'os.

Feita a prova e averiguada a legitimidade das partes, cumpre julgar do merecimento da acção. E para tal dou como provados, em face dos autos, todos os factos allegados pelos litigantes. A acção, porém, não procede pelos fundamentos seguintes.

*

O artigo 173.º do codigo civil estatue sobre este assumpto que «na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou se esses meios não forem sufficientes, podem os filhos legitimos ou legitimarios pedil-os aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o seu direito successorio»; e por isso é claro que os avós são obrigados a prestar alimentos aos

netos legítimos na falta dos paes d'este, ou quando elles não poderem fazel-o.

E pois que a obrigação de alimentos é reciproca entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, como dispõe o artigo 172.º do mesmo código, segue-se d'ahi que os netos legítimos são igualmente obrigados a alimentar seus avós.

Não se dá, todavia, tal obrigação reciproca entre netos illegítimos e avós, porque, segundo o artigo 175.º do referido código, «os filhos perflhados (ou reconhecidos) só podem pedir alimentos a seus paes ou mães e a seus irmãos», excluindo elle assim da obrigação alimenticia os avós, os quaes não teem tambem por isso mesmo o direito de reclamar alimentos dos netos illegítimos, embora possam succeder-lhes ab-intestato em conformidade do artigo 1999.º do mesmo código.

D'este modo é certo que o auctor H tem direito de pedir alimentos ao reu X, seu avó paterno, e a R, seu avó materno, ambos pessoas ricas, visto que seus paes não podem prestar-lh'os.

Seria, porem, licito ao auctor pedir toda a quantia dos alimentos a um só dos seus ditos avós, ou seja ao reu X, como fez?

Não era, como em breves palavras, me proponho demonstrar.

a) Nas ultimas palavras do artigo 173.º manda-se regular a obrigação de alimentos entre descendentes e ascendentes, segundo o seu direito successorio. *Ubi successionis emolumentum, ibi onus alimentorum*: é a velha regra. Ora, a respeito do direito successorio dos ascendentes do segundo grau e seguintes, dispõe o artigo 1997.º do código civil que, «se os ascendentes estiverem no mesmo grau,

será a herança repartida entre elles por eguaes porções, seja qual fôr a linha a que pertençam.» E por isso a respectiva obrigação de alimentos deve soffrer a mesma divisão. A um direito successorio egual corresponde egual obrigação alimenticia. Nada menos, mas tambem nada mais.

b) Alem d'isto das palavras do mesmo artigo 173.º *podem os filhos legitimos ou legitimados pedir-os aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas*, infere-se egualmente que no caso de o alimentado ter ascendentes das duas linhas *no mesmo gráu*, não lhe é permittido pedir os alimentos só aos de uma linha, porque em tal caso não ha *ascendentes mais proximos* de qualquer das linhas, por serem os de ambas as linhas egualmente proximos em parentesco.

c) Accresce que a obrigação de alimentos, sendo reciproca, não é todavia solidaria nem indivisivel, porque, embora a vida do alimentado não possa dividir-se em partes, podem todavia as condições para a sua conservação e melhoramento ser prestadas por mais de uma pessoa ao mesmo tempo; e principalmente porque nenhuma disposição legal, nem antiga nem moderna, estabelece os principios da solidariedade e da indivisibilidade da obrigação alimenticia, de modo a poder ser exigida a um dos comdevedores d'ella, mesmo com regresso contra os outros.

E, portanto, é manifesto e certo que a acção de fl. 2, intentada contra o réu X para o obrigar a pagar ao auctor a prestação mensal de alimentos pedida, só poderia proceder por ametade, sendo improcedente emquanto á outra ametade.

*

Não procede, porem, a acção em parte alguma, como se ha de inferir das rapidas considerações, que vou expôr.

Em conformidade dos artigos 178.^o e 179.^o n.^o 1.^o do citado codigo os alimentos são proporcionados aos meios de quem houver de prestal-os, e á necessidade d'aquelle, que houver de recebel-os, cessando a respectiva obrigação quando aquelle que presta os alimentos não pode continuar a prestal-os, ou quem os recebe deixa de precisar d'elles.

Assim a obrigação de alimentos funda-se em a neceessidade do alimentando; e certamente não precisa d'estes quem pode occorrer com o que é seu ás suas despesas indispensaveis, ainda que para isso tenha de cortar pelo capital em razão de os rendimentos não bastarem.

Parece tão justo e moral, como conforme ao espirito da lei, sem aliás ser contrariada a sua formula, como se infere dos artigos 178.^o, 1:226.^o, 1:231.^o, 1:232.^o 1:883.^o e outros do codigo civil, que a obrigação alimenticia recaia apenas nos rendimentos e não sobre a propriedade dos bens do que é compellido a prestal-os; pois que este individuo, ao lado de tal obrigação, tem o direito sagrado de não ser empobrecido por causa ou culpa alheias.

Sim, isto será tão justo e moral, como é decerto profundamente injusto e immoral que quem tem capital proprio viva á custa de outrem antes de esgotar aquelle.

No caso dos autos o auctor tem bens, que rendem 6000000 réis, e alem d'isso um mobiliario con-

sideravel, caro e luxoso, e tambem joias de subida importancia, bens estes que, embora nada rendam, não deixam por isso de ser importantissimos valores. Ora quem está n'estas condições de fortuna não tem evidentemente comsigo aquella triste necessidade, que, só ella, dá direito de viver á custa alheia, ou seja da pessoa ou pessoas a quem a lei impoe a abrigação de alimentos.

*

Nestes termos e com taes fundamentos julgo improcedente a acção.

LXI

Summario: — Interpretação e applicação do artigo 195.º § 2.º do código do processo civil, quando o ultimo domicilio ou a naturalidade do fallecido foram em paiz estrangeiro.

.....
A fl. . . . é arguida a nullidade insupprível do processo por falta de primeira citação, pois que, para a citação dos incertos, não se fez affixar, nos termos do artigo 195.º § 2.º do código do processo civil, o respectivo edital na porta da freguezia ou capella do logar da *naturalidade* do auctor da herança, a qual freguezia, na Hespanha, é sabida nos autos.

Procede esta arguição pelos fundamentos seguintes.

Na hypothese mencionada n'esta disposição legal, e que é a dos autos, «quando os incertos forem citados como herdeiros ou representantes de outra pessoa, affixar-se-há um edital na porta da casa do *ultimo domicilio* d'essa pessoa, outro na porta da freguezia ou capella do *logar da sua naturalidade*, se *fôr conhecido*, e outro na porta do tribunal ».

A lei. fallando no ultimo domicilio e no logar da naturalidade da pessoa fallecida, não faz nem admitte distincção alguma entre ultimo domicilio e naturalidade em Portugal, e ultimo domicilio e naturalidade em paiz estrangeiro.

Nada auctorisa dizer-se que o ultimo domicilio é o que a pessoa fallecida teve no reino, e não o que teve em paiz estrangeiro. O ultimo é o ultimo, e não qualquer dos anteriores.

E nada auctorisa tambem dizer-se que a lei só se refere a naturalidade, quando ella é em Portugal, e não quando é n'outro paiz, pois que a naturalidade é sempre a mesma e sómente uma. Para se entender que a lei, fallando de naturalidade, *queria excluir a naturalidade em paiz estrangeiro*, seria preciso que assim o declarasse expressamente.

Por isso, se o ultimo domicilio do auctor da herança foi em paiz estrangeiro, ou lá era o logar da sua naturalidade, ahi devem ser affixados, por meio de rogatoria, codigo do processo civil artigos 69.º, 86.º e 88.º, os respectivos editaes para ser cumprida lealmente a disposição do citado artigo 195.º § 2.º. Ou antes, ahi, por aquella forma ou por outra, usada no paiz, que tem de ser rogado para se seguir o principio de que *locus regit actum*, deve dar-se conhecimento aos interessados incertos de que no juizo rogante se procede á habilitação dos herdeiros do finado.

Tudo quanto em contrario d'isto se disser será philosophia. E, philosophando, direi tambem que a interpretação, que dou á lei, tem por si a razão de que no logar do ultimo domicilio e no da naturalidade do finado, sejam onde fôrem, é onde devem estar provavelmente os interessados na herança d'elle. A affixação dos editaes em paiz estrangeiro póde causar difficuldades graves e complicações embaraçosas para o andamento rapido e breve acabamento das justificações avulsas e dos mais processos, em que hajam de ser citados os in-

certos, como herdeiros ou representantes de outra pessoa; mas isso é só argumento para determinar a reforma da lei, e não a sua preterição consciente e propositada.

No caso d'estes autos não foi affixado um edital na porta da freguesia da naturalidade do fallecido marido da justificante, na Hespanha, nem foi dado conhecimento aos interessados incertos, pela forma usada n'esse paiz, de que n'este juizo se procedia á habilitação dos herdeiros do finado, como aliás o podia ser por meio de rogatoria.

E por isso não está completa a citação dos incertos, não podendo valer como citação d'elles o que para tal foi feito, sem a demonstração da impossibilidade de se fazer o mais que a lei exige.

Assim há falta de primeira citação; e esta falta annulla todo o processo nos termos dos artigos 129.º e 130.º n.º 2.º do código do processo civil.

.....

LXII

Summario : — Os artigos 342.º e seguintes do código do processo civil não são applicaveis á habilitação dos representantes do individuo contra quem foi distribuida uma execução, se esse individuo já era fallecido quando esta foi requerida.

O caso dos autos era o seguinte :

O exequente C, tendo obtido no tribunal do commercio d'esta cidade do Porto contra F a sentença de 2 de dezembro de 1897 para o pagamento da quantia de . . . , requereu depois em 11 de fevereiro do anno corrente a execução da mesma sentença contra o dito F. Distribuida a execução n'este dia, veio em seguida o exequente com o requerimento de fl. 32 a declarar que este F falleceu em 20 de dezembro de 1897, o que provou com a respectiva certidão de obito; e a requerer que, em vista d'isso, e sendo incertos os herdeiros d'elle, o que pretendia provar com as testemunhas, que indicava, corresse a execução, depois de verificada essa incerteza, contra o ministerio publico nos termos dos artigos 342.º e 347 do código do processo civil. Depois da inquirição das testemunhas foi proferido o seguinte

Despacho

Agora, que estão já inquiridas as testemunhas indicadas no requerimento de fl. 22, cumpre conhecer do pedido n'elle feito.

Indefiro o mesmo requerimento, porque os artigos 342.º e 347.º do código do processo civil não são applicaveis á hypothese dos autos, pois regem, assim como os mais do respectivo capitulo, a que pertencem, para o caso sómente de no decurso do pleito fallecer algum dos litigantes; e na especie dos autos, quando a execução, na qual não houve citação ainda, foi requerida e distribuida, já tinha fallecido o devedor F, condemnado na sentença de 2 de dezembro de 1897, constante do titulo executorio de fl. 3 e seguintes.

A sentença alludida é exequivel contra os representantes d'este individuo, certos ou incertos que elles sejam; mas em todo o caso só o podia ser depois da previa e respectiva habilitação, que não estava feita, quando deu ingresso em juizo a petição de fl. 2, nem foi requerida conjunctamente com esta, sendo então fallecido já o respectivo responsavel, contra quem foi dirigida a mesma petição inicial.

Qualquer que seja a fórmula de se proceder a tal habilitação, o que me parece sem duvida é que, não havendo ainda litigio no presente processo por falta de primeira citação do executado, e apenas requerimento para execução, não pode aquella habilitação ser feita nos termos prescriptos nos citados artigos 342.º e 347.º, invocados na petição de fl. 22, e que sómente seriam applicaveis, se aquelle F tivesse sido pleiteante n'este processo pela sua citação como executado.

E' o que se infere do artigo 342.º, onde se estatue que, depois de, por certidão de obito ou documento official junto ao processo, constar a morte de qualquer dos *litigantes* não *proseguirá a causa*, sem estarem habilitados os representantes do fallecido ou verificada a incerteza d'elles.

Recorrendo-se d'este despacho, sustentei-o na seguinte

Resposta

A minuta de fl. 35 a 39 não me convence de que, sendo a execução requerida e distribuida contra um morto, o qual não foi nem podia ser citado para ella, e que, portanto, não foi nem podia ser litigante na mesma execução, possam e devam ser applicados na hypothese dos autos os artigos 342.º e 347.º do codigo do processo civil, que só regem para o caso do fallecimento de qualquer dos litigantes na causa.

Devo ponderar tambem em resposta a uma das considerações da minuta que, ainda quando a execução de uma sentença tem de correr no processo, em que esta foi proferida, o que aliás não se dá aqui, pois que a execução corre n'este juizo civil e o processo, onde a sentença foi proferida, correu e existe no tribunal commercial d'esta cidade, a execução é sempre uma causa diversa do processo da acção; e tanto que para ella tem de ser citado em todos os casos o individuo, contra quem é dirigida, sendo que sómente com essa citação se estabelece o litigio entre exequente e executado.

Finalmente pretende-se que no despacho recorrido, depois de repulsada a forma de habilitação re-

querida a fl. 22, devera indicar-se a que tivesse de ser adoptada.

Essa forma de habilitação é a mesma, que teria de praticar-se, se, em logar de se executar uma carta de sentença, fosse executado um auto de conciliação; podia ser.

Qualquer que seja, porem, a forma da verificação da incerteza dos representantes de F, ou da habilitação d'elles, facil ou difficil que seja encontrar essa forma; não era a mim que cumpria descobril-a e indical-a, pois só tinha a conhecer da que me foi requerida a fl. 22.

.....

LXIII

Summario :—O donatario de uma totalidade de bens pode defender estes como seus, independentemente do registo dos immobiliarios, ainda mesmo contra o donatario de determinados bens do mesmo doador por doação feita posteriormente, e devidamente registada quanto aos immobiliarios.—Se, porém, quizer, depois de determinados os bens, vendel-os, trocal-os, doal-os, hypothecal-os, ou oneral-os com servidões, só o pode fazer validamente para com terceiros, registando previamente a transmissão feita a seu favor.—Interpretação do § unico do artigo 1:459.º, do § unico artigo 951.º e do artigo 955.º do codi-go civil, assim como do artigo 163.º n.º 2.º do regula-mento do registo predial de 20 de janeiro de 1898.

.....

O que ha, portanto, a decidir é se a doação ge-ral de todos os seus bens, mobiliarios e immobilia-rios sem especificação alguma, feita pelo doador C, com reserva do usufructo, ao donatario e embargan-te A, que a não registou, prevalece sôbre a doação de uns certos e determinados predios, feita posteri-ormente, tambem com reserva do usufructo, pelo mesmo doador C, ora fallecido, ao donatario e em-bargado B, que aliás a registou. E do sentido d'es-sa decisão ha de resultar a procedencia ou impro-cedencia dos embargos oppostos pelo donatario da primeira doação, qne á morte de C entrou na pos-se de todos os seus bens, contra a posse judicial dos

alludidos predios determinados, requerida pelo donatário da segunda doação.

A meu juízo a doação feita ao embargado nada vale perante a doação feita anteriormente ao embargante pelos seguintes fundamentos.

Em primeiro lugar. A doação feita ao embargante A é anterior á feita por C ao embargado B, e por ser geral comprehendia os bens doados especificamente n'esta. A transmissão d'estes bens estava já effectuada pela primeira doação.

E' certo que no § unico do artigo 1:459.º do código civil se estatue que «as doações de bens immobiliarios só produzem effeitos com relação a terceiros desde que forem registadas, *como se determina no titulo respectivo*»; e tambem é certo que o embargante não registou a sua doação, tendo aliás o embargado feito o registo da d'elle.

Mas evidentemente esta disposição legal resalvou n'aquellas palavras grifadas o titulo do código civil; em que se tracta do registo, e onde no artigo 951.º se dispõe que «a falta de registo dos titulos, e direitos a elle sujeitos, não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes, ou seus herdeiros ou representantes; mas, para com terceiros, os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registo»; — e no seu § unico se — «exceptua, do que fica disposto na ultima parte d'este artigo, a transmissão de propriedade immovel, *quando esta fór indeterminada*».

E d'este modo a doação feita ao embargante A podia ser invocada em juizo entre as proprias partes n'ella, seus herdeiros ou representantes, como o pode ser contra terceiros, por exemplo o embarga-

do B, e sempre independentemente de registo, e mesmo contra o registo da doação feita posteriormente ao embargado; pois que os seus effeitos começaram a respeito de todas as pessoas no momento da sua outorga, em razão de ella, sem duvida alguma, ser de propriedade immobiliaria indeterminada.

Que seja má ou boa esta doutrina; que isto seja justo ou represente uma grande imperfeição do nosso direito predial; e pareça ou deixe de parecer que a doação da *totalidade* dos bens do doador bem podia dispensar a especificação d'elles para sujeitar aquella ao registo; é todavia assim o nosso direito sobre registo predial.

Em segundo lugar. Em contrario do juizo, que acima enunciei, argumenta-se com o artigo 965.º do codigo civil, onde se dispõe «que os effeitos do registo subsistem emquanto este não é cancellado»; — com o n.º 2.º do artigo 163.º do regulamento do registo predial de 20 de janeiro do anno corrente de 1898, onde se estatue que da regra, de que nenhum acto sujeito a registo produz effeito contra terceiros, se não depois da data do registo respectivo, «exceptua-se a transmissão de bens indeterminados *emquanto por algum modo se não especificam e determinam*»; — e com o artigo 955.º do mesmo codigo, onde se preceitua que «os actos, de que resulta modificação ou transmissão de propriedade, praticados por qualquer pessoa, a favor de quem a transmissão d'ella tenha sido feita, na forma indicada no § unico do artigo 951.º, ou por seus herdeiros ou representantes, são nulos, com relação a terceiros, se, achando-se determinados os bens, a transmissão não foi

registada. Mas nenhuma d'estas disposições legaes determina a improcedencia dos embargos de fl. 2 em favor do embargado.

O artigo 965.º citado, mesmo fortalecido com as disposições dos artigos 157.º e 160.º do referido regulamento de 20 de janeiro, não prevalece sobre o § unico do artigo 951.º, tambem já citado. Quando um direito não precisa de ser registado para estar garantido seja contra quem fôr, como o direito do embargante não precisa, é indifferente o cancellamento ou não cancellamento do registo do contrario direito de outrem, que, como o embargado, posteriormente o adquiriu. Se o direito do embargado não prevalece contra o do embargante, ou antes, e visto que não pôde haver direito contra direito, se o direito d'aquelle não existe, porque existe o d'este, que é anterior e não precisa de ser registado; é claro que o registo, feito em favor do embargado, não lhe dá esse direito, porque não o pôde criar, e sómente o garantiria, se elle existisse.

O artigo 163.º n.º 2.º do regulamento de 20 de janeiro de 1898 vae além do disposto no § unico do artigo 951.º do codigo civil, como já o fazia tambem o n.º 2.º do artigo 150.º do regulamento de 28 de abril de 1870, d'onde aquelle foi copiado. As palavras — *quando esta fôr indeterminada* — do § unico do artigo 951.º do codigo civil não são evidentemente equivalentes das outras palavras — *emquanto por algum modo se não especificam e determinam* do artigo 163.º § 2.º do regulamento de 20 de janeiro d'este anno. Quando não é o mesmo que *emquanto*. E por isso é illegal a modificação, que este regulamento fez ao codigo.

No caso, porém, de tal modificação ser recebi-

da como moeda de lei, aquelle *algum modo* de especificação e determinação de bens deve referir-se a actos, em que intervenha o individuo em favor de quem se deu a transmissão de propriedade indeterminada, pois seria uma verdadeira fraude contra elle a especificação ou determinação de bens, feita sem a sua intervenção em acto que aproveitasse a outrem.

E assim temos que a doação feita ao embargado não pode prejudicar, por virtude do citado artigo 163.º do regulamento de 20 de janeiro de 1898, a doação feita anteriormente ao embargante, que não interveio na escriptura, em que aquella foi outorgada.

Pelo que respeita ao artigo 955.º do codigo civil, não ordena este, evidentemente, que, effectuada a especificação dos bens, seja por isso mesmo registada logo a transmissão feita nos termos do § unico do artigo 951.º; pois que preceitua uma cousa bem diversa, e é que, se o donatario de propriedade indeterminada quizer, depois de determinados os bens, praticar qualquer acto, de que resulte modificação ou transmissão de propriedade, esse acto não pode ser praticado validamente, ou antes será nullo para com terceiros, se o donatario não registrar primeiramente a transmissão.

Quer dizer, o donatario de propriedade indeterminada pode defendel-a como sua e contra terceiros, independentemente do registo da doação, ou essa propriedade continue indeterminada, ou sejam especificados os bens; mas, se depois da determinação dos bens quizer vendel-os, ou trocal-os, cedel-os, doal-os, hypothecal-os ou onerial-os com qualquer servidão, só o pode fazer validamente para com ter-

ceiros, registando previamente a transmissão feita a seu favor.

E d'este modo se vê que o citado artigo 955.º também não aproveita ao embargado contra o embargante de fl. 2.

Apesar de ter visto sustentada na imprensa jurídica doutrina em parte contraria ás ideias, que tenho expendido, parece-me que o meu modo de pensar é mais conforme á lei, e que assim deve concluir-se pela validade da doação feita ao embargante contra a do embargado; sendo, portanto, procedentes os embargos.

.....

LXIV

Summario : — Não ha nullidade do processo, quando se intenta a acção especial do artigo 551.º do codigo do processo civil para a cessação de uma servidão de transito, ainda que se julgue não ser applicavel ao caso o artigo 2:313.º do codigo civil, em que a acção se fundára. — A disposição d'este artigo só é applicavel quando a servidão foi adquirida nos termos do artigo 2:309.º do codigo civil.

.....

Os auctores allegam que os réus, sem necessidade alguma e por mal entendida tolerancia, teem feito servidão de transito de pé e de carro pelo predio d'elles auctores para o dos mesmos réus, pelo ponto designado na planta de fl. 5 com a linha B B'; mas que tal servidão, pela qual os auctores nunca receberam indemnisação alguma, é desnecessaria aos réus, que teem communicação directa com o caminho publico da Salgueira, egualmente facil e commoda, no ponto indicado com a letra P na planta referida. E assim e em conclusão pedem que se «julge a cessação da mencionada servidão, visto os réus terem ou poderem ter communicação egualmente commoda com a via publica por terreno seu.»

Por sua vez os réus allegam que a servidão alludida fôra adquirida pela posse, que vem de tempos já immemoriaes, e não é desnecessaria para el-

les réus, que aliás não teem possibilidade de comunicação egualmente commoda com a via publica por terreno seu; — e que, fundando-se a acção no artigo 2:313.º do codigo civil, não podem os auctores usar do direito n'elle estabelecido em vista do que allegaram na mesma acção.

Cumpre julgar.

*

Não procede a nullidade de processo arguida a fl. 162 pelos réus, que dizem ter sido empregado o processo especial da cessação de servidão, estabelecido e regulado nos artigos 551.º e seguintes do codigo do processo civil, e isso para caso em em que a lei o não admite; da qual nullidade falla o artigo 130.º n.º 5.º do mesmo codigo.

Sem duvida alguma os auctores fundam a sua acção no artigo 2:313.º do codigo civil, como se deprehende da petição inicial de fl. 2 e claramente se mostra e affirma na sua allegação de fl. 162.

Nem ha com effeito outra disposição legal, que auctorisce a cessação da servidão de transito com o fundamento da desnecessidade d'esta, ou de o dono do predio dominante ter comunicação facil e egualmente commoda com a via publica por terreno seu.

Ora para estes casos é que o codigo do processo civil estabelece expressamente o processo dos artigos 551.º e seguintes, usado pelos auctores. E ainda mesmo que haja de julgar-se que o referido artigo 2:313.º é inapplicavel á hypothese dos autos, isso deve conduzir, não á annullação do processo, mas á improcedencia da acção pela falta de direito dos auctores, que o não teem reconhecido em nenhuma disposição legal.

Se os auctores não dessem como constituida a servidão, que se pretende abolir, então é que o processo especial dos citados artigos 551.º e seguintes não podia ser por elles usado, devendo em tal caso empregar-se ou a respectiva acção especial possessoria, de manutenção ou de restituição, ou a acção ordinaria conhecida antigamente com a denominação de *negatoria*, conforme a posse dos réus fosse sómente de um anno ou de mais tempo, ficando em todo o caso salvo o disposto no artigo 2:273.º e § unico do codigo civil. Elles, porem, dão a referida servidão como constituida, porque pedem que se julgue a cessação d'ella ou seja a sua abolição, e é evidente que uma servidão só pode cessar ou ser abolida, se existir. E por este motivo aos auctores cumpria usarem do processo, que empregaram, qualquer que venha a ser o resultado final da acção.

Por estas razões não ha, pois, logar á nullidade arguida.

*

Conhecendo agora do merecimento da acção, julgo esta improcedente pelos fundamentos seguintes:

Já está consignado que os auctores baseiam a sua acção no artigo 2:313.º do codigo civil, e que não ha outra disposição legal, que auctorise a cessação das servidões de transito pela desnecessidade, d'ellas, ou por os donos dos predios dominantes terem communicação, igualmente commoda, com a via publica por terreno seu. Os artigos 440.º e §§ e 2:279.º do mesmo codigo regem manifestamente outros casos, que não a cessação da servidão de transito por aquelles fundamentos.

Ora o artigo 2:313.º refere-se sem duvida alguma

ás servidões expropriadas nos termos do artigo 2:309.º do mesmo código, e a nenhuma das outras de modo diverso adquiridas, sendo que aquelle artigo é dependencia e complemento d'este, assim como o são também os artigos 2:310.º, 2:311.º e 2:312.º, cuja leitura convence de que, a proposito da servidão de transito n'elles alludida, o predio dominante é sempre o terreno encravado, de que tracta aquelle artigo 2:309.º

A *restituição da indemnisação recebida*, de que fallam o artigo 2:313.º citado e o artigo 553.º do código do processo civil, indica claramente que se tracta de servidão expropriada, ou seja obtida por expropriação, e não de servidão constituída por contracto, partilha ou outro titulo legitimo.

Nas servidões adquiridas pela posse, nos termos do § unico do artigo 2:273.º já citado, não ha indemnisação recebida pelo dono do predio serviente.

Nas servidões adquiridas por compra e venda, a quantia paga pelo dono do predio dominante chama-se preço e não indemnisação. A compensação, que o comproprietario ou coherdeiro, cujo quinhão ficou onerado com a servidão de transito, teve por este motivo em maior valor de propriedade, não é manifestamente a indemnisação *recebida*, que possa e haja de ser *restituida* nos termos do artigo 2:313.º

Nas servidões constituídas por uma doação gratuita não ha indemnisação.

E finalmente as servidões de transito estabelecidas em um contracto bilateral só podem acabar nos termos do artigo 2:279.º, e pelo accôrdo dos respectivos interessados.

*

Tudo isto demonstra que a acção do artigo 2:313.º só pode ter logar nos casos n'elle especificados, quando a servidão, que se pretende abolir, tiver sido constituida por virtude da lei, mediante a respectiva indemnisação, para dar passagem para terrenos encravados, isto é, que não tivessem comunicação alguma com a via publica. E não me parece regular que, sem disposição expressa da lei e sómente por analogia, aquella acção seja applicada a toda a especie de servidões, por qualquer forma constituidas; porque isso importaria indisputavelmente uma violação do direito de propriedade do senhorio do predio dominante, ou seja do dono da servidão, que é uma fracção da propriedade — codigo civil, artigos 2:188.º e 2:189.º

Muito de passagem consignarei aqui que o artigo 2:309.º só admitte a constituição obrigatoria da servidão de transito para qualquer predio, quando este não tem *comunicação alguma*, boa ou má, melhor ou peor, com o via publica; ao passo que o artigo 2:313.º exige para o acabamento da servidão que o dono do predio dominante tenha possibilidade de comunicação, *igualmente commoda*, com a via publica por terreno seu.

E consignarei ainda mais que por occasião da revisão do codigo civil deve ser ponderado este assumpto, e especialmente a exigencia excessiva imposta n'aquelle adverbio *igualmente*; e tambem até que ponto a disposição do artigo 2:313.º haja de ser ampliada ás servidões adquiridas por qualquer modo que não a expropriação; e finalmente os termos, em que deva ser fixada a indemnisa-

ção a pagar pela abolição da servidão de transito, que se pretende extinguir e que fôra constituída sem tal indemnisação.

Ora, dada ao artigo 2:313.º a interpretação acima exposta, aos auctores, que se fundam n'elle, cumpria provar que a servidão de transito, que se pretende abolir, tinha sido constituída por meio de expropriação, conformemente ao artigo 2:309.º

E todavia não provaram tal, pois que o artigo 7.º da petição inicial de fl. 2 e os depoimentos das testemunhas inquiridas mostram que a referida servidão de transito pelo predio dos auctores fôra constituída pela posse antiquissima e já immemorial ao tempo da promulgação do codigo civil. Não provaram tal, e, o que é mais ainda, nem ao menos o allegaram.

D'aqui resulta que o artigo 2:313.º é inapplicavel no caso dos autos, e, por tanto, que os auctores não teem por si o direito n'elle estabelecido. E, sendo esta disposição legal inapplicavel na presente hypothese; e regendo os artigos 440.º e 2:279.º casos muitos diversos; e não havendo disposição alguma legal, que estatua a desnecessidade da servidão e a possibilidade de comunicação, igualmente commoda, com a via publica por terreno pertencente ao dono do predio dominante, como causas genericas de abolição das servidões de transito: é forçoso concluir-se, como concludo, pela improcedencia da acção.

.....

LXV

Summario : — Do direito do licitante sobre os bens licitados, antes de ultimadas as partilhas.

A interessada M. pede no requerimento de fl... que lhe sejam entregues desde já os bens, que licitou nos autos de fl... e fl..., antes mesmo de ultimadas e julgadas as partilhas do presente inventario.

Indefiro o alludido requerimento, porque não ha disposição legal alguma, do meu conhecimento ao menos, que auctorisce a entrega pedida, n'esta altura do processo.

E' verdade que o artigo 2:127.º do codigo civil e o artigo 716.º do codigo do processo civil dizem que *se procederá á licitação* entre os interessados, *como se fôra em acto de arrematação*; mas estas palavras grifadas referem-se manifestamente á fôrma da licitação, isto é, á maneira de a effectuar, e não aos direitos emergentes d'esta para o licitante. D'essas palavras grifadas não se pode deduzir fundadamente que ellas equiparam em effeitos a licitação e a arrematação.

Tambem o artigo 2:131.º do codigo civil declara *irretractavel a licitação legalmente feita*, e o artigo 718.º do codigo de processo civil dispõe que o licitante tem o *direito de receber em pagamento os bens*

que licitou : mas isto quer dizer apenas o que naturalmente se contém n'estas palavras também grifadas, e nada mais. Isto é, as palavras ultimamente grifadas não significam evidentemente que o domínio dos bens licitados passa para o licitante logo no momento da licitação, como na arrematação o domínio da coisa arrematada passa logo para o arrematante.

Sem duvida alguma, o direito do licitante a receber em pagamento do seu quinhão hereditario os bens que licitou, é uma coisa muito diversa da transmissão effectiva do dominio dos bens licitados, a qual, no caso de licitação, sómente se dá com a ultimação das partilhas pela sentença, que as julgar, e que é o seu verdadeiro titulo.

E tanto é assim que o cabeça de casal continua, mesmo depois da licitação, ou seja até se ultimarem as partilhas, na administração de todos os bens da herança e a receber os fructos e rendimentos d'elles, como se deprehende dos artigos 2:082.º e 2:085.º do codigo civil.

E tanto assim é que, segundo o artigo 953.º d'este codigo, não poderia o licitante pedir a entrega e posse judicial dos bens licitados sem o respectivo registo do acto juridico, ou seja da licitação, em que se funda ; e o mesmo codigo não diz em parte alguma, e determinadamente no artigo 988.º, que as certidões dos autos ou termos de licitação sejam titulos admissiveis a registo.

E tanto é assim que o artigo 108.º do regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898 admite o registo provisorio da transmissão proveniente de arrematação, em vista de certidão do respectivo auto ; registo que se converterá em definitivo pela

carta de arrematação: mas não dispõe de igual modo a proposito da licitação, nem devia dispôr, porque nunca ninguém se lembrou de admittir *cartas de licitação* como as ha de arrematação.

E tanto é assim que o direito de receber em pagamento os bens licitados, se pode ser vendido, não pode comtudo ser hypothecado como o direito do arrematante ao predio arrematado, pois que aquelle direito do licitante não enquadra em nenhuma das especies dos bens mencionados no artigo 890.º do codigo civil.

A estes argumentos deve juntar-se ainda a consideração ponderosa de que, admittida a entrega dos bens licitados antes da ultimação das partilhas, se daria a injustiça manifesta de o licitante receber o seu quinhão antes de os outros interessados perceberem os que lhes pertencem, e de o mesmo licitante receber, logo desde a licitação, rendimentos e interesses dos bens que licitou, ao passo que os mais interessados só receberiam fructos e rendimentos dos seus quinhões depois de ultimadas as partilhas; o que é contrario á egualdade das partilhas, que é o supremo principio regulador d'ellas.

LXVI

Summario : — A posse titulada não pode fundar-se em testamento nullo ou em clausula nulla de algum testamento.— As substituições fideicommissarias em 2.º gráu são prohibidas; mas, se a substituição em 1.º gráu fôr nulla, ou considerada como não escripta n'essa parte a respectiva clausula testamentaria, pode valer a substituição em 2.º gráu, como sendo em 1.º, se ella se verificar em favor das pessoas favorecidas no artigo 1:867 do codigo civil.

.....

a) Conhecendo do litigio, começo por julgar im procedente a excepção da prescripção allegada pela ré M contra a auctora R.

A questão dos autos respeita sómente á Quinta da Estrada, de que falla a acção de fl. 2 ; predio esse, que J legou, pelas forças da sua terça, a sua segunda mulher A no testamento publico de fl. 4, com que falleceu.

A respectiva clausula do testamento de J está formulada nos seguintes termos :

« Lego a minha mulher A a terça da minha herança, com a condição de que no caso de ella não precisar de vender todos ou parte dos bens, de que se composer essa terça, passarão os mesmos bens e terça para meu filho B, nascido do meu primeiro matrimonio; o valor d'esta terça será preenchido

com os bens seguintes e com a Quinta da Estrada. Se á morte do ultimo dos legatarios da terça existir a dita Quinta da Estrada, lego esta propriedade á minha neta R, filha do meu filho L, nascido tambem do meu primeiro matrimonio.»

Os litigantes estão concordes em que a clausula testamentaria, transcripta contém uma substituição fideicommissaria. E sem duvida alguma assim é, sendo egualmente certo que tal substituição é em dois gráus, chamando-se depois da morte da instituida A, ao primeiro gráu a B, filho do testador J e marido da ré M, chamando-se ao segndo gráu, por fallecimento do primeiro fideicommissario B a auctora R, neta do mesmo testador.

Está constatado tambem nos autos que, fallecendo a instituida A em 15 de setembro de 1872, o predio passou logo para a posse do primeiro fideicommissario B, e que, morrendo este em 1892, o mesmo predio ficou na posse da ré M, viuva e herdeira de B.

Ora a posse d'este individuo, desde 15 de setembro de 1872 a 2 de dezembro de 1892, ou havia de ter lugar em nome proprio, ou em nome da auctora R por ser esta a fideicommissaria instituida em segundo gráu e a respeito da qual o dito B era fideuciario, e como tal usufructuario apenas dos referidos bens legados, conforme o disposto no artigo 1:873.º do codigo civil.

Se B possuia em nome da auctora R, a sua posse, por mais longa que fosse, nunca lhe daria o dominio dos mesmos bens como effeito da prescripção, que jámais se realisaria segundo o preceito do artigo 510.º do referido codigo.

Se elle possuia em nome proprio, a prescripção

tambem não se realisou no decurso de vinte e um annos e alguns mezes, decorridos entre o começo da sua posse em 15 de setembro de 1872, e a instauração d'este pleito, pela falta de justo titulo, em que tal posse assentasse, codigo civil artigos 517.º n.º 1.º e 518.º; não aproveitando assim á ré M a posse por tempo de vinte e um annos, ou seja a do artigo 528.º do mesmo codigo, por não ser titulada, e sendo que para o effeito da prescripção precisava a mesma ré M da posse de trinta annos, que é a do artigo 529.º do referido codigo e que em verdade não se deu.

E' facil domonstrar que a posse de B não se fundava em justo titulo, porque o testamento de J, *em que a ré M baseia a prescripção*, não era, a respeito d'aquelle individuo, meio legitimo de elle adquirir o dominio do predio alludido.

Um testamento é titulo capaz de transferir a posse e dominio, mas para tanto deve elle ser valido e valida a respectiva clausula. Se o testamento é nullo, por falta de uma formalidade essencial por exemplo, ou se a respectiva clausula é contraria a uma lei expressa e por isso de nenhum effeito, esse testamento ou essa clausula não são evidentemente titulo capaz, bastante, legitimo, ou seja justo titulo de modo de dizer do artigo 518.º do codigo civil, para transferir e para se adquirir a posse e dominio da cousa legada.

O titulo, para o effeito da prescripção, pode ser justo independentemente do direito do transmittente á cousa, que por meio d'elle se queira transmittir; como é expresso no citado artigo 518.º; mas não será justo, conforme a mesma disposição legal, se em si não fôr modo legitimo de adquirir.

No caso dos autos a clausula de testamento de J, relativa á disposição do predio questionado, nunca podia transmittir a seu filho B, fideicommissario em primeiro gráu ali instituido, a posse e dominio d'esse predio, porque isso é prohibido clara e terminantemente nos artigos 1:867.º e 1871.º do codigo civil, sem lhe aproveitar manifestamente a excepção do n.º 1.º d'aquelle artigo pela razão de este individuo ser filho e não neto do testador.

Logo o testamento de fl. 4 não é justo titulo para os effeitos da prescripção allegada pela ré.

Mais do que isso ainda: esse testamento é para tal fim como se não existisse, visto que a respectiva clausula testamentaria, na parte referente a B, é havida como não escripta conforme a determinação do artigo 1:869.º do codigo civil. E d'este modo o testamento de J não só não é justo titulo, como até nem ao menos pode ser invocado para os effeitos da prescripção allegada.

b) Julgando assim improcedente a excepção de prescripção, cumpre agora conhecer da procedencia ou improcedencia da acção pelo que respeita á Quinta da Estrada, a que se referia a dita excepção.

A tal respeito parece-me que esse predio pertence á auctora R por virtude da alludida clausula do testamento de seu avô J a fl. 4.

E' verdade que a auctora foi ahi instituida fideicommissaria em segundo gráu, e que o codigo civil nos artigos 1:866.º, 1867.º, 1871.º e 1874.º repelle absolutamente as substituições em segundo gráu, tanto nos fideicommissos de futuro como até nos de preterito.

Tal prohibição, porém, não alcança o caso dos

autos, porque, considerando-se como não escripta no testamento a clausula d'este, respeitante á substituição fideicommissaria do primeiro gráu, á qual era chamado B, marido da ré M, como já se demonstrou, fica assim e para todos os effeitos como substituição em primeiro gráu aquella, a que foi chamada a auctora, e, portanto, sob a egide do n.º 1.º do artigo 1:867.º citado, visto que a mesma auctora é neta do testador J.

D'este modo cumpre-se a lei e respeita-se a vontade do testador, que evidentemente quiz beneficiar a auctora, sua neta. Nem o util se vicia pelo inutil; principio este, que era já da antiga legislação e que foi consignado no artigo 1:773.º do referido código.

Por estes fundamentos julgo procedente a acção de fl. 2.

LXVII

Summario : — Da competencia das justiças portuguezas para procederem a inventario da herança de subditos hespanhoes residentes em Portugal, e aqui fallecidos com filhos nascidos n'este paiz. Interpretação do artigo 19.º da convenção consular entre Portugal e Hespanha, de 21 de fevereiro de 1870.

O requerente de fl..., cabeça de casal no presente inventario orphanologico, a que se procede n'este juizo, por fallecimento de sua mulher, fallecida ha pouco n'esta cidade, onde ella inventariada residia ha muitos annos, e onde por isso foi aberta a herança, pede que se suspenda o proseguimento do mesmo inventario; porquanto, sendo hespanhola a inventariada, e hespanholas as suas duas filhas e herdeiras legitimas, não é tal inventario da competencia das justiças portuguezas e sómente da competencia do consulado hespanhol n'esta cidade, nos termos do artigo 19.º da convenção consular entre Portugal e Hespanha, de 21 de fevereiro de 1870; e tanto mais que pende já uma reclamação diplomatica a tal respeito, feita perante o governo portuguez pelo ministro de Hespanha, acreditado n'esta côrte de Lisboa.

Indefiro o alludido requerimento de fl... pelos seguintes fundamentos.

Sem duvida alguma é hespanhol o cabeça de casal, e hespanhola era a inventariada. sua fallecida mulher.

Todavia as filhas d'esta e suas herdeiras legitimas, uma casada e outra menor impubere, não são hespanholas, como se allega no alludido requerimento, mas sim portuguezas; porque, segundo consta dos autos, ellas nasceram e residem em Portugal, não estando seu pae ao serviço da nação hespanhola: e além d'isso os mesmos autos não mostram que haja sido feita perante a municipalidade d'esta cidade declaração no sentido de as ditas filhas da inventariada não quererem ser portuguezas.

E' este o direito de Portugal, estatuido no artigo 7.º da carta constitucional, e no artigo 18.º n.º 2.º do codigo civil.

Inquestionavelmente o codigo civil hespanhol estabelece nos artigos 17.º e 18.º que são hespanhoes os filhos de paes hespanhoes, ainda que hajam nascido fóra de Hespanha, e que os filhos, emquanto permanecem debaixo do patrio poder, conservam a nacionalidade dos paes.

Mas tambem é certo que as leis hespanholas só para a Hespanha regem, e que a mim, juiz portuguez, me cumpre observar as leis do meu paiz.

Ora, sendo aberta n'esta cidade a herança da inventariada, e sendo portuguezas as filhas e herdeiras legitimas d'ella, e sendo menor uma d'essas herdeiras; é manifesta a competencia d'este juizo para proceder ao dito inventario, que de mais a mais é obrigatorio nos termos do artigo 22.º do codigo do processo civil e do artigo 2:064.º do codigo civil.

E a isto não obsta o artigo 19.º da referida convenção consular, que só rege para o caso de serem

portuguezes os herdeiros de subdito portuguez fallecido em Hespanha, e de serem hespanhoes os herdeiros de subdito hespanhol fallecido em Portugal.

A convenção não prevê no artigo 19.º, nem em qualquer outro, os casos de fallecer em Portugal um subdito hespanhol, deixando sómente herdeiros portuguezes, como na hypothese dos autos, ou conjunctamente herdeiros portuguezes e hespanhoes, ou herdeiros de nacionalidade diversa dos dois paizes contractantes, e de fallecer em Hespanha um subdito portuguez com herdeiros hespanhoes sómente, ou conjunctamente com herdeiros hespanhoes e portuguezes, ou com herdeiros de nacionalidade diversa dos referidos paizes.

E' que a convenção foi feita, como se vê do preambulo d'ella, para os consules das duas nações protegerem os seus nacionaes em paiz estranho, e não para os consules portuguezes protegerem cidadãos hespanhoes em Hespanha, ou para os consules hespanhoes protegerem cidadãos portuguezes em Portugal, absorvendo a jurisdição e poderes das respectivas auctoridades locais com offensa da soberania das duas nações.

E, tendo os consules por missão proteger os direitos e interesses dos subditos da sua nação, é forçoso concluir-se que, deixando de existir esses direitos e interesses por haverem passado para subditos de nação diversa da do fallecido, já não ha logar a exercer-se a jurisdição consular, a que estava sujeito o subdito morto.

Além d'isso, sendo a jurisdição consular uma jurisdição excepional em paiz extranho, só pode exercer-se nos casos expressamente previstos nos pactos internacionaes. E, havendo conflicto le-

vantado entre as jurisdições do juiz e do consul, deve sempre prevalecer a ordinaria do juiz sobre a excepcional do consul.

Proceder, portanto, ao inventario e partilha da herança da inventariada, embora hespanhola, entre as suas filhas e herdeiras legitimas, de nacionalidade portugueza, não é direito do consulado hespanhol, mas sim attribuição da justiça portugueza, e tambem dever seu, visto que uma d'essas herdeiras é menor.

Quem profere este despacho é, decidindo assim, coherente com o seu passado judiciario, pois já na comarca do Porto proferiu decisão igual, que foi confirmada pelos tribunaes superiores.

A reclamação diplomatica, a que allude o requerente de fl. . . . e que em verdade existe, não obsta ao proseguimento do presente inventario; porque, estabelecida a independencia do poder judicial, no artigo 118.º da nossa constituição politica, as decisões de qualquer tribunal judicial só podem ser legalmente invalidadas e revogadas por sentença d'outro tribunal judicial superior.

LXVIII

Summario: — Da successibilidade dos descendentes illegítimos do segundo gráu e seguintes.

.....
Os descendentes illegítimos do segundo gráu e seguintes, ou sejam os descendentes illegítimos de filho legítimo e os descendentes legítimos ou illegítimos de filho illegítimo, que todos elles são descendentes illegítimos em relação aos avós, uns por si, e outros por seus paes, succedem aos ascendentes do segundo gráu e seguintes ?

E' o velho e por ventura eterno thema da successibilidade dos netos illegítimos a questão dos presentes autos.

*

Em favor da successibilidade dos netos illegítimos produzem-se os seguintes argumentos :

a) O artigo 1:969.^o do código civil, que, estabelecendo o plano geral da successão legítima, a defere em primeiro logar aos descendentes, sem distinguir entre os legítimos e os illegítimos ;

b) A reciprocidade do direito successorio, sendo que pelo facto de os avós succederem pelo artigo 1:999.^o do mesmo código aos netos illegítimos, também estes devem succeder áquelles ;

c) O direito de representação, artigo 1:980.º do dito código, que se dá *sempre*, artigo 1:981.º, na linha recta descendente, sem distincção entre a descendencia legitima e illegitima ;

d) A recusa da successibilidade dos netos illegitimos daria em resultado o monstruoso absurdo de elles, descendentes, não herdarem nunca dos avós, a quem aliás succederão todos os collateraes legitimos e illegitimos até ao decimo gráu, o conjuge sobrevivente, e até o estado !

Contra a successibilidade dos netos illegitimos produzem-se os argumentos seguintes :

e) O artigo 129.º n.º 3.º do código civil, que a respeito de successibilidade dos descendentes illegitimos só a concede aos *filhos illegitimos* para succederem a *seus paes* ou haverem parte da herança, *canforme o que vae disposto nos artigos 1:989.º a 1:992.º*, excluindo-os assim da successão dos mais ascendentes ;

f) O artigo 175.º d'este código, que não confere tambem aos netos illegitimos o direito de pedirem alimentos aos avós ;

g) O artigo 278.º do mesmo código, que, ao contrario do que faz o artigo 200.º para os filhos legitimos, recusa a tutela legitima aos filhos illegitimos sendo que o artigo 276.º tambem não dá a estes conselho de familia e sómente um conselho de vizinhos ;

h) O facto de não haver no código civil nenhuma disposição, que chame expressamente os descendentes illegitimos do segundo gráu e seguintes a succederem aos ascendentes do segundo gráu e se-

guintes, havendo-a aliás nos artigos 1:985.º a 1:988.º em favor de todos os descendentes legítimos, e accrescendo que nos artigos 1:989.º a 1:992.º sómente se tracta da successão dos filhos illegítimos, e não se faz qualquer referencia aos mais descendentes illegítimos ;

i) A circumstancia de no codigo civil não estar regulado o direito de representação dos descendentes illegítimos, estando aliás regulado no artigo 1:987.º o direito de representação dos descendentes legítimos.

Cumpre ponderar estes argumentos.

*

O argumento da alinea a) não procede, porque o artigo 1:969.º, n.º 1.º não chama expressamente os netos illegítimos á successão dos avós ; e tambem não fica falseada no seu preceito essa disposição legal por ser praticada d'este modo, desde que são incontrovertiveis os direitos successorios de todos os descendentes legítimos e dos filhos illegítimos.

O codigo civil, estabelecendo o plano geral da successão legitima no artigo 1:969.º, defere esta em primeiro lugar aos descendentes ; mas depois, regulando este assumpto na secção formada pelos artigos 1:985.º a 1:992.º, só chama á herança os filhos legítimos e seus descendentes legítimos e os filhos illegítimos. E pois que a successão legitima emana da lei, é claro que não pode ser attribuida a quem esta não a concede.

Tal e qual como a respeito da successão *dos irmãos e seus descendentes*, assim chamados em geral pelo n.º 3.º do mesmo artigo 1:969.º sem distincção

entre os legítimos e os illegítimos; e todavia, regulamentando-se este assumpto na secção formada pelos artigos 2:000.º a 2:002.º do referido código, observa-se que, em vista d'este ultimo artigo, não são chamados com effeito á herança os descendentes legítimos ou illegítimos dos irmãos illegítimos.

Não é menos inane o argumento da alinea b), pois que a reciprocidade do direito successorio não é um preceito legal. Tal principio não se encontra estatuido em qualquer artigo do código civil ou de alguma outra lei; é apenas uma phrase da jurisprudencia. E do facto de os avós succederem aos netos illegítimos não se pode inferir que estes tambem succedem áquelles, pois que a successão legitima só pela lei é deferida.

O argumento da alinea c) é tambem improcedente.

Sem duvida alguma pelo artigo 1:981.º o direito de representação dá-se *sempre* na linha recta descendente. Este *sempre* do artigo 1981.º não quer, porém, dizer que todos os descendentes do segundo gráu e seguintes, sem distincção alguma, succedam em todos os casos, por virtude do direito de representação; mas sim que, *quando a lei chama*, artigo 1:980.º, esses descendentes do segundo gráu e seguintes a succederem em todos os direitos, em que um certo ascendente seu succederia, se vivo fosse, os decendentes d'esta pessoa herdaram sempre por estirpes ou seja por direito de representação, o qual se dá então até ao infinito, ou os des-

cendentes estejam em gráus eguaes ou deseguaes, proximos ou afastados.

Se todos os descendentes, legitimos ou illegitimos herdassem em todos os casos por direito de representação, seria incoherente o codigo civil, estabelecendo disposições dissimilhantes a proposito da successão dos descendentes legitimos e dos illegitimos, como as estabeleceu no artigo 1:985.º, chamando á herança os filhos legitimos e seus descendentes legitimos, e nos artigos 1:989.º a 1992.º, chamando só os filhos illegitimos *sem* os seus descendentes, quer legitimos, quer illegitimos.

Tambem na linha transversal se dá o direito de representação, artigo 1:982.º do mesmo codigo, em favor dos filhos de irmãos do fallecido, quando concorrem com algum irmão do mesmo fallecido. E, se por virtude d'este artigo todos os sobrinhos herdassem por direito de representação, seria igualmente incoherente o codigo civil, deferindo a successão no artigo 2:000.º aos irmãos legitimos e seus descendentes, e no artigo 2002.º aos irmãos illegitimos *sem* os seus descendentes.

Para ter logar o direito de representação é preciso que a lei chame os representantes a herdarem os direitos do representado. Se a lei os não chama á herança, nem pode haver logar ao direito de representação, codigo civil artigo 1:970.º, nem mesmo á succebilidade, que só por ella podia ser concedida. Ora o codigo civil não chama, em caso algum, os netos illegitimos a succederem aos avós, como espero demonstrar a proposito da alinea i)

Emquanto ao argumento da alinea d) é certo que,

recusando-se a successibilidade aos netos illegitimos, se dá a monstruosidade ali indicada ; mas isso não prova que tal recusa seja illegal. Demais, deve ter-se sempre presente que as disposições do código civil, attinentes aos descendentes illegitimos, foram escriptas, em regra, com pouco favor ou antes com odio para elles.

Comprehendia-se que aos filhos illegitimos fosse fechada hermeticamente a porta da familia de seus paes. Seria uma grande e atroz injustiça, seria mesmo uma affronta á natureza, perante a qual todos os filhos são eguaes ; mas era um systema.

Admittidos elles, porém, ali pela perfilhação voluntaria e pelo reconhecimento judicial, a razão e a logica social mandam que elles sejam lá considerados como membros da familia, em todos os casos e para todos os effeitos, salva qualquer differença nas quotas hereditarias em favor dos filhos legitimos.

Em todo o caso a lei é o que é, e não o que cada um quer ou deseja.

*

Parece-me ponderosissimo o argumento da alinea e). Embora o artigo 129.º do código civil não seja taxativo ácerca dos direitos dos filhos illegitimos, pois não consigna, por exemplo, o direito de serem alimentados por seus irmãos e até o de lhes succederem, como sem duvida alguma os teem, é certo em todo o caso que, fallando da sua successibilidade em relação aos ascendentes, lh'a reconhece apenas a respeito da *herança dos paes*, excluindo-os por isso da successão dos mais ascendentes.

E, para que a tal respeito não houvesse duvidas,

acrescentou as palavras finais *conforme o que vae disposto nos artigos 1:989.º a 1:992.º*. Ora n'estes artigos, em que se regula a successão legitima dos descendentes illegitimos, só é ella deferida aos do primeiro gráu, ou seja aos filhos. E sómente da lei vem a successão legitima, como ja foi dito.

Positivamente o artigo 129.º não quiz metter os netos illegitimos com os avós, contrariando-se d'este modo o principio da reciprocidade desde que o codigo mettera estes com aquelles.

O argumento da alinea *f)* faz sentido com o da alinea *e)*, pois que o artigo 175.º do codigo civil não impõe aos avós a obrigação de alimentarem os netos illegitimos; e isso prova que o codigo é coherente no systema de afastar estes d'aquelles, embora os avós succedam aos netos illegitimos.

Tambem é ponderoso o argumento da alinea *g)* para mostrar a má vontade persistente do codigo civil aos illegitimos, a quem não concede, nem conselho de familia, nem tutela legitima.

O argumento da alinea *h)* convence de que o codigo civil não quiz estabelecer o direito de representação em favor dos descendentes illegitimos, porque não o regulou para elles, como aliás o fez em relação aos descendentes legitimos; nem em verdade havia logar a estabelecê-lo e regulamental-o, se o seu proposito era relativamente a descendentes illegitimos chamar sómente os do primeiro gráu á successão legitima.

E afinal o que é de todo o ponto incontrovertível é o argumento da alinea 1).

O código civil regula a *successão dos descendentes* em uma secção assim intitulada, e composta dos artigos 1:985.º a 1:992.º. Essa secção é dividida em duas sub-secções, formada uma com os artigos 1:985.º a 1:988.º, na qual se tracta da *successão dos descendentes legitimados* (filhos legitimados e seus descendentes, como diz o artigo 1:985.º), e constituida outra com os artigos 1:989.º a 1:992.º em que se tracta da *successão dos filhos illegitimos*.

Os descendentes dos filhos legitimados, de que falla o artigo 1:985.º, da primeira sub-secção, são evidentemente os descendentes legitimados apenas, não só em vista da epigrafe d'esta, como também pelas ultimas palavras d'aquelle artigo — «posto que procedam de casamentos diversos».

Estas palavras do artigo 1:985.º reportam-se natural e grammaticalmente, pela sua collocação, tanto aos filhos legitimados como aos seus descendentes, tanto aos casamentos, de que hajam promanado os filhos legitimados, como aos casamentos, de que tenham provindo os descendentes d'estes. E do casamento só resultam filhos legitimados ou legitimados, e não illegitimos.

A segunda sub-secção chama á herança os filhos illegitimos com exclusão manifesta de quaesquer descendentes d'estes, em vista tanto da epigrafe d'ella, como do contexto dos respectivos artigos, que sómente aos filhos illegitimos se referem.

Quer dizer, o código civil na secção composta pelos artigos 1:985.º a 1:992.º, em que regula a *successão dos descendentes*, só chama a esta, como

herdeiros, os filhos legítimos e seus descendentes legítimos, e os filhos ilegítimos. E, pois que a successão legítima se dá sómente em virtude da lei, artigo 1:735.º, ficam sem duvida alguma excluidos d'ella todos os mais descendentes, ou sejam os filhos ilegítimos de filho legítimo, e os filhos, legítimos ou ilegítimos, de filho ilegítimo. E contra isto não ha philosophias que prevaleçam.

*

Logo os netos ilegítimos não succedem aos avós. E' uma doutrina injusta, mas é o direito do codigo civil.

Eu já pensei de modo differente, mais ou menos influído por um ideal generoso ; e, como assim, julgaria, por ventura alguma vez contra o que hoje se me affigura ser a verdade legal ; mas... só quem não estuda, nem pensa, é que nunca poderá mudar de modo de pensar.

LXIX

Summario:— O direito á curadoria definitiva dos bens do ausente transmite-se aos successores do presumido herdeiro d'este.— Interpretação do artigo 64.º do código civil.

As auctoras A e B pedem na acção de fl. 2 que seja deferida a quem tiver melhor direito a curadoria definitiva dos bens do ausente C, do qual não ha noticias desde o anno de 1885, e de quem são parentes no quinto gráu da linha transversal, como representantes de seu pae D, parente em quarto gráu do mesmo ausente e que vivia ao tempo das ultimas noticias d'este. O ausente não tem ascendentes, nem descendentes conhecidos.

Por sua vez E e F concorreram ao processo, pedindo nos seus artigos de fl. 39 que lhes seja deferida a elles a curadoria definitiva dos bens do mesmo ausente, como seus parentes em quarto gráu da linha transversal por serem representantes de G, tia do ausente C e sua parenta em terceiro gráu. No processo não está provado e nem ao menos allegado que G vivesse ao tempo das ultimas noticias do ausente.

.....

Como estão provados os factos allegados, e attendendo-se ao disposto nos artigos 64.º e 1:970.º

do código civil, parece que sómente a E e F., e não ás auctoras A e B, devia ser deferida a curadoria definitiva dos bens do ausente C, pois que as auctoras não eram presumidas herdeiras d'este ao tempo das ultimas noticias d'elle, sendo-o sómente os articulantes de fl. 39 E e F como seus parentes em gráu mais proximo.

Diversa, porém, tem de ser a conclusão a adotar-se pelos seguintes fundamentos.

As auctoras são representantes de seu pae D, que vivia ao tempo das ultimas noticias do ausente C, do qual era parente em quarto gráu sem duvida alguma e de quem por isso era então herdeiro presumido, como E e F, também parentes do ausente em quarto gráu; pois não está provado que ao tempo das ultimas noticias d'este vivesse ainda G, mãe dos articulantes de fl. 39, a qual, sendo viva então, excluiria do direito á curadoria definitiva, como parenta em terceiro gráu, a D, parente em quarto gráu.

Segundo os artigos 64.º, 67.º, 71.º e 72.º do código civil o systema d'este é presumir fallecido o ausente desde o seu desaparecimento, ou desde as ultimas noticias. E' então que se reputa aberta a herança do ausente para ser repartida pelos seus presumidos herdeiros, salvas apenas as restricções impostas pela possibilidade do seu reaparecimento.

Ora, se a herança se reputa aberta a esse tempo em favor dos presumidos herdeiros de então, é forçoso reconhecer-se que estes, fallecendo depois de terem direito á curadoria definitiva e por isso á herança, podem transmittir a seus successores tal direito, que faz parte do seu patrimonio. E esse direito vem manifestamente da lei, que o estabelece

e não da sentença da curadoria definitiva, que apenas o reconhece, porque elle existe.

E' verdade que a disposição litteral do citado artigo 64.º parece só admittir á curadoira definitiva os herdeiros presumidos do ausente ao tempo do seu desaparecimento ou das suas ultimas noticias, e não os successores d'esses herdeiros.

Todavia essa disposição legal tem de entender-se tambem com estes successores por virtude das considerações já feitas, e ainda por força do artigo 2:032.º do codigo civil; e tambem porque o contrario daria em resultado a injustiça de ficarem privados do direito á curadoria definitiva, e, portanto, á herança do ausente, os successores do presumido herdeiro, que fallecesse antes de decorrido o praso de quatro annos, posterior á data do desaparecimento ou das ultimas noticias do ausente, e do qual prazo falla o dito artigo 64.º como necessario para depois d'elle poder ser requerida a curadoria definitiva. Não deve ser.

Assim a curadoria definitiva dos bens do ausente C tem ser deferida ás auctoras e aos articulantes de fl. 39 conjunctamente.

.....

LXX

Summario: — Não se deve fazer obra pela declaração do cabeça de casal sómente, no sentido de que uns certos bens, descriptos no inventario como proprios de um con-juge, foram adquiridos na constancia do matrimonio com o producto da alienação de bens proprios do mesmo con-juge.

A inventariante R, viuva do inventariado M. descreveu os bens das verbas n.ºs 2 a 12 como proprios d'ella, e pretende que na partilha lhe sejam abandonados n'essa qualidade, com o fundamento de terem sido comprados pelo inventariado, na constancia do matrimonio, com o producto de outros bens vendidos, que a ella inventariante haviam sido deixados com a condição da incommunicabilidade d'elles com o marido.

Os mais interessados, porém, negam tal procedencia dos fundos, com que foram comprados aquellos bens descriptos sob os n.ºs 2 a 12, em face dos respectivos titulos de aquisição a fl. 6o e seguintes.

Cumpre, portanto, decidir a tal respeito antes da determinação da partilha.

Em face dos artigos 2:073.º do codigo civil e do artigo 695.º do codigo de processo civil, que mandam descrever pelo cabeça de casal, fielmente de-baixo de juramento, todos os bens da herança, pa-

rece que aquelles bens das verbas n.ºs 2 a 12 devem ser havidos como não pertencentes ao casal commum, visto que a inventariante R declara debaixo do respectivo juramento que elles, embora comprados na constancia do matrimonio pelo inventariado, o foram com o producto de outros bens proprios d'ella. E as declarações juradas da cabeça de casal devem ser acreditadas até prova em contrario, pois que para se fazer obra por ellas, e não para serem uma peça inutil do mechanismo processal, é que a lei as manda prestar.

Assim é em regra ; mas, apesar d'isto, na hypothese dos autos, cumpre considerar os alludidos bens das verbas n.ºs 2 a 12 como pertencentes ao casal commum, em vista do disposto no artigo 1:108.º do codigo civil, por terem sido adquiridos pelo inventariado na constancia do matrimonio, sem que dos titulos de aquisição de fl. 6 e seguintes conste que o preço da respectiva compra proviesse da alienação de bens proprios da cabeça de casal.

Comprados os bens das verbas n.ºs 2 a 12 na constancia do matrimonio, só elles devem ser excluidos da communhão, conforme o disposto no artigo 1:109.º n.º 2 d'este codigo, provando-se que n'esses bens estão subrogados outros, que eram incommunicaveis. Ora tal prova não está feita.

Nem por essa prova vale a alludida declaração jurada da cabeça de casal, porque tal declaração não é decisiva e insuperavel no litigio entre os interessados, devendo prevalecer sobre ella os titulos da compra dos bens questionados, dos quaes titulos não consta qualquer circumstancia, que faça inculcar a subrogação pretendida pela inventariante R.

A tal respeito consignarei ainda que alguns juris-

consultos sustentam, tanto pelo direito antigo como pelo direito moderno, que mesmo quando a aquisição de bens na constancia do matrimonio fosse feita com o producto da alienação dos bens proprios de algum dos conjuges, devem taes bens adquiridos entrar na partilha, salvo o direito de indemnisação do dono dos bens proprios alienados, por analogia do artigo 1:287.º do codigo civil.

.....

LXXI

Summario : — As margens dos rios navegaveis e fluctuaveis são cousas publicas, pertencentes ao estado e imprescriptiveis, salvo o caso previsto no artigo 4.º § 3.º do decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892. — A posse no terreno d'essas margens não pode ser objecto e fim de acção possessoria, não vindo de tempos anteriores á promulgação do mesmo decreto.

.....

Verificada a legitimidade dos réus, cumpre julgar ácerca da legitimidade da auctora a qual lhe é negada por aquelles com o fundamento de ella não ter a posse, que allega.

A acção de fl. 2, que é a de restituição de posse, auctorizada no artigo 486.º do codigo civil e no artigo 493.º do codigo do processo civil, tem por objecto e fim a posse, que a auctora diz ter desde tempos antigos em um terreno marginal do rio A, o qual terreno foi vedado com estacas de madeira pelos réus em setembro de 1898.

O rio A, no sitio da questão, é uma corrente de agua navegavel nos termos do artigo 38.º §§ 1.º e 2.º do codigo civil, e do artigo 1.º §§ 1.º e 2.º do decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892, como se prova pela vistoria de fl. 8 e seguintes e pelos depoimentos das testemunhas inquiridas na causa.

Antes da promulgação d'este decreto era questionavel se as margens dos rios navegaveis e fluctuaveis eram cousas publicas. Não obstante alguns argumentos ponderosos em contrario, considerei sempre mais segura a opinião negativa, e para isso fundava-me na razão bem simples de que o artigo 380.º do mesmo codigo não menciona entre as cousas publicas as alludidas margens, referindo-se aliás ao leito ou alveo d'aquellas correntes.

O citado decreto, porém, resolveu essa questão, declarando no artigo 1.º n.º 2.º cousas publicas as margens das ditas correntes navegaveis e fluctuaveis; e até definiu no artigo 4.º n.º 1.º a largura da faixa de terreno, que as constitue, e é geralmente de 3 a 30 metros, e excepcionalmente até 50 metros, a contar da linha, que limita o leito ou alveo.

D'este modo, sendo cousas publicas as margens dos rios navegaveis e fluctuaveis; e pertencendo ellas ao estado nos termos expressos do § 2.º do artigo 4.º d'esse decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892; e estando por isso fóra do commercio, codigo civil artigo 371.º; e sendo, como taes, imprescriptiveis, codigo civil artigo 506.º; parece que a auctora não pode ter no alludido terreno marginal, vedado pelos réus, posse que seja objecto e fim de qualquer das acções possessorias admittidas pelos artigos 484.º e seguintes do codigo civil e pelos artigos 492.º e seguintes do codigo do processo civil, como é a acção de fl. 2.

Não obstante isto, é todavia certo que o mesmo decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892, depois de declarar pertencente ao estado o terreno das alludidas margens, resalva no § 3.º do citado arti-

go 4.º os direitos dos proprietarios legaes de terrenos juntos a essas correntes, os quaes proprietarios haverão de receber a respectiva indemnisação pela expropriação dos mesmos terrenos para os serviços hydraulicos, de policia, ou accessorios da navegação ou fluctuação. E n'este sentido está a doutrina da portaria de 16 de maio de 1898.

Quer dizer, o decreto declarou pertencente ao estado as margens, que á sua data não estivessem apropriadas; e, com relação ás apropriadas por quem quer que fosse, determinou que ellas podessem ser expropriadas para os referidos serviços mediante justa indemnisação.

Ora d'isto infere-se que, embora a auctora não tivesse jamais ou não provasse conservar ainda a posse, que allega, vinda já de tempos anteriores á promulgação do referido decreto, nem por isso deixava de ser parte legitima para pleitear a tal respeito. O direito da auctora pode não existir, acaso; mais não repugna á qualidade, em que ella veio reclamar-o em juizo. A auctora pode ter esse direito, e isso a faz parte legitima; assim como a falta de fundamento da acção, pela carencia do mesmo direito ou da prova d'elle, determina a improcedencia da mesma acção e não a illegitimidade da mesma auctora.

*

Cumpre agora conhecer do merecimento da acção, que é restricta á posse do terreno vedado pelos réus na margem do rio A, não podendo questionar-se n'ella ácerca da propriedade do mesmo terreno, porque o prohibe o artigo 497.º do codigo do processo civil.

A auctora provou com os depoimentos das suas testemunhas a sua antiga posse do terreno questionado, descarregando n'elle madeiras, lenhas, ramas de pinheiro e outros objectos, e occupando-o assim quando precisava.

Por sua vez os réus provaram com os depoimentos das suas testemunhas que teem tambem por si e antepossuidores da sua quinta do Retiro, a posse antiga do mesmo terreno vedado por elles, no qual desde tempo anterior á promulgação do citado decreto de 1 de dezembro de 1892, ou seja desde o anno de 1889, ou do anno de 1883, ou mesmo do anno 1861, ninguem descarregou madeiras, lenha e qualquer outros objectos sem licença ou consentimento d'elles réus ou dos antepossuidores da sua dita quinta.

Importaria pouco a posse de qualquer dos litigantes, se ella sómente fosse posterior á promulgação d'aquelle decreto. Pertencente ao estado e imprescriptivel o terreno vedado pelos réus na margem do rio A, não podia haver sobre elle posse, que determinasse a sua manutenção ou restituição judicial. Mas, vindo a posse, allegada pelos litigantes, de tempos anteriores ao mesmo decreto, e resalvado esse caso pelo § 3.º do artigo 4.º d'esse diploma, é forçoso consideral-a no presente julgamento.

Porque os autos não fornecem elementos seguros para se affirmar qual seja a melhor posse, e visto o disposto nos artigos 2:515.º, 488.º § unico do codiço civil, dou preferencia, para os effeitos d'esta acção, á posse dos réus, que é a actual e que até certo ponto é abonada pelos documentios de fl. 3 e seguintes, dos quaes se infere que a quinta dos

réus chega até ao rio A, e também pelo documento de fl. 10, pelo qual se mostra que a violação do alludido terreno, da qual se queixa a auctora, foi auctorisada pela direcção da respectiva circumscricção hydraulica.

Em vista do exposto julgo improcedente a acção de fl. 2.

LXXII

Summario : — Da restricção e substituição da hypotheca legal para garantia dos valores mobiliarios dotaes — Do cancellamento da primeira hypotheca. — Interpretação dos artigos 906.º n.º 3.º, 908.º, 909.º, 925.º e 928.º do codigo civil,

Os recorrentes A e B, tendo casado um com outro por contracto dotal, estabeleceram depois, na escriptura publica de 23 de fevereiro de 1880, hypotheca no predio C para garantir á recorrente a restituição da mobilia e mais valores mobiliarios, tudo na importancia de 5:000~~000~~000 réis, com que ella se dotou. E essa hypotheca foi registada em 4 de março de 1880.

Depois, os recorrentes substituiram na escriptura publica de 11 de outubro de 1900 aquella hypotheca por outra no predio D.

Registada esta ultima hypotheca no predio D em 8 de novembro de 1900, os recorrentes pediram ao conservador respectivo o cancellamento do registo da hypotheca no predio C; e, como tal cancellamento lhes fosse recusado pelo conservador, veiu d'essa recusa o presente recurso para este juizo.

Cumpre conhecer do mesmo recurso.

Não está junta aos autos a escriptura publica de 3 de outubro de 1866, de que os recorrentes fize-

ram preceder o seu casamento ; mas dou como assente que n'ella se estipulou o regimen dotal para os bens da recorrente, pois que ambos os recorrentes assim o affirmam.

D'esse regimen dotal resultou immediatamente, por disposição da lei, codigo civil artigo 906.º n.º 3.º, em favor da recorrente mulher, hypotheca legal nos bens do recorrente marido para pagamento dos mobiliarios dotaes. E a circumstancia de, muito depois do casamento, se estipular na escriptura de 1880 que a hypotheca para garantia do pagamento dos bens mobiliarios dotaes da recorrente recalisasse no alludido predio C, não transforma, a meu juizo, em voluntaria a hypotheca legal, que a recorrente tinha independentemente da vontade d'ella e do recorrente seu marido.

A escriptura de 1880 só fez designar expressamente ou especificar o predio, em que havia de recahir e registrar-se a hypotheca legal como garantia dos seus bens mobiliarios dotaes, para effeito de a mesma hypotheca não ser registada nos mais bens immobiliarios do marido. O que alias é permittido pelos artigos 909.º e 926.º § 2.º do codigo civil, como me parece em vista do seu contexto.

E por isto tenho que a hypotheca constante da escriptura de 28 de fevereiro de 1880 é verdadeira e rigorosamente uma hypotheca legal, conforme o citado artigo 906.º n.º 3.º, e não uma hypotheca voluntaria.

Tambem é certo que, nos termos do artigo 908.º do mesmo codigo, «as hypothecas, de que faz menção o artigo 906.º, n.ºs 1.º, 2.º e 3.º, não podem ser renunciadas; mas podem ser substituidas, ou dispensadas nos casos expressamente declarados na lei.»

Eu entendo aquelle artigo 908.º como significando que as hypothecas legaes, a que se refere, não podem ser renunciadas, mas podem ser substituidas, podendo tambem ser dispensadas nos casos expressamente declarados na lei. As palavras do artigo *nos casos expressamente declarados na lei* não estão separadas por uma virgula da palavra anterior *dispensadas*, como esta o está da palavra *substituidas*, que a precede; e por isso é claro para mim que as palavras «nos casos expressamente declarados na lei», referindo-se apenas á palavra «dispensadas», e não tambem á outra «substituidas», restringem sómente a faculdade de dispensar aquellas hypothecas legaes, sem de modo algum modificarem a faculdade de substituir as mesmas hypothecas.

Parece-me egualmente que o artigo 928.º do codi-go civil não obsta á faculdade da substituição das hypothecas legaes, porque, em verdade, esta substituição é uma cousa inteiramente diversa da renuncia do direito de registar a hypotheca legal, ou da renuncia de qualquer outro direito proveniente do registo, prohibidas n'esta disposição legal á mulher casada, embora a substituição da hypotheca legal possa com effeito importar a cessação do direito de a registar, ou mesmo a do registo já effectuado no predio onerado com ella.

O artigo 928.º quer significar apenas que, emquanto subsistir a hypotheca legal, não pode a mulher casada renunciar, nem ao direito de a registar, nem a qualquer direito proveniente do registo. E assim deve ser entendido, porque de outro modo a hypotheca legal nunca poderia ser substituida, nem ao menos pelo deposito da quantia que garantia; o que evidentemente era um contrasenso de marca maior.

Em vista do que deixo exposto, é opinião minha que a hypotheca legal, a que se refere o artigo 908.º, pode ser substituída em todos os casos, com tanto que a nova garantia não seja reprovada pela lei e seja bastante, ou de importancia pelo menos igual á da hypotheca substituída.

Todavia, com quanto entenda que a hypotheca constante da escriptura publica de 1880 podia ser substituída, parece-me tambem que o conservador devia recusar, como recusou, o cancellamento do registo d'ella, apesar do que consta da outra escriptura publica de 1900; porque a lei não reconhece a substituição da hypotheca legal, mencionada no artigo 996.º n.º 3.º, por mera vontade dos conjuges, como foi feita a de que falla a escriptura de 1900, sem forma nem figura de juizo. Pelo contrario o contexto dos artigos 909.º e 926.º mostra que, depois de designados e especificados os bens da hypotheca, não pode este estado de cousas ser modificado ou alterado pelo simples arbitrio dos interessados.

Tal substituição, visto que não ha na lei forma especial de processo para ella ser effectuada, como ha para o reforço ou redução das hypothecas e para a subrogação de bens dotaes, devia ser feita, segundo o disposto no artigo 4.º e § unico do codigo do processo civil, por meio do processo ordinario, no qual se mostrasse e julgasse, depois da respectiva vistoria, que o predio D, constante da escriptura de 1900, era uma garantia pelo menos igual á do predio C, constante da escriptura de 1880.

E parece-me ainda que o conservador devia recusar o cancellamento do registo da hypotheca constante da escriptura de 1880, pela razão de não estar

expurgada essa hypotheca legal conforme o preceito do artigo 541.º do código do processo civil.

Com estes fundamentos nego provimento ao recurso, que julgo improcedente.

.....

LXXIII

Summario : — Interpretação do artigo 2.º da lei de 18 de maio de 1880 e do artigo 3.º n.º 10.º do regulamento de 23 de dezembro de 1899. — A quota hereditaria para o effeito da contribuição de registo, devida por tornas nas partilhas em razão da transmissão de propriedade immobiliaria, deve ser calculada sobre o valor de todos os bens da heranca, mobiliarios e immobiliarios.

.....
Em vista do disposto no artigo 2.º da lei de 18 maio de 1880, o meu juizo sobre a questão suscitada é o seguinte :

Nos casos de divisão e partilhas, a que esta disposição legal se refere, sujeita ella á contribuição de registo por titulo oneroso a transmissão da propriedade immobiliaria, em tudo o que esta exceder o valor da quota parte do adquirente da mesma propriedade.

E assim parece claro que a disposição citada não faz distincção alguma entre quota do adquirente, calculada sómente sobre bens immobiliarios, e quota do mesmo adquirente, calculada sobre a totalidade dos bens, mobiliarios e immobiliarios, que entrem na divisão e partilhas.

Por isso deve entender-se que as palavras do referido artigo 2.º da lei de 18 de maio de 1880,

valor da quota parte do adquirente, se referem ao valor da quota parte, que ao adquirente da propriedade immobiliaria cabe na importancia total dos bens, que entram na divisão e partilhas, ou sejam mobiliarios ou immobiliarios, pois que aquellas palavras grifadas os comprehendem a todos e não excluem nenhuns.

O sentido d'essa disposição legal não dá outro sentido, a meu juizo.

Era tambem razoavel que ella fosse entendida assim, para não se dar logar a que, no fundo das cousas, se sujeitasse ao pagamento de contribuição de registo por titulo oneroso a transmissão de propriedade mobiliaria. E d'essa maneira foi entendida com effeito em diversos diplomas officiaes, como a portaria de 9 de agosto de 1884, o officio da direcção geral dos proprios nacionaes de 10 de outubro de 1890, e especialmente o decreto de 22 de dezembro de 1887 nos respectivos addicionamento e modificação, que faz ao artigo 69.º do regulamento de 31 de março do mesmo anno.

Sendo assim a lei, é claro que em contrario d'ella não pode nem deve prevalecer a disposição do artigo 3.º n.º 10.º do regulamento de 23 de dezembro de 1899, que aliás está em conformidade com o artigo 68.º n.º 6.º do anterior regulamento de 1 de julho de 1895. Na collisão da lei com o regulamento d'ella, despreza-se o regulamento e cumpre-se a lei, tanto mais quanto é certo que em caso de duvida as leis fiscaes devem ser entendidas e applicadas no sentido mais favoravel aos contribuintes. São estes os principios.

Além d'isto, a base 3.ª da lei de 12 de junho d'este anno (1901) fornece outro argumento no sen-

tido da presente decisão. Tal base, regulando sómente o imposto de registo devido por tornas, no acto de divisão e partilhas, pela aquisição de bens immobiliarios excedentes ao valor da quota parte do adquirente dos mesmos bens, calculada em relação a todos os bens da herança, reconhece implicitamente que não ha logar a contribuição de registo por titulo oneroso, quando os bens immobiliarios, deferidos a um coherdeiro ou comproprietario, não excedem, só por si, o valor de toda a quota parte do adquirente d'elles em relação a toda a herança, embora os bens immobiliarios, juntos a outros bens mobiliarios, que ao mesmo adquirente sejam abandados tambem na partilha, excedam a referida quota parte.

E como d'este modo o entendo, assim o julgo.

LXXIV

Summario : — O legado dos bens determinados do casal commum, deixado por um dos conjuges, pode valer em substancia, se esses bens lhe tocarem em partilha, ou lhe vierem depois a pertencer por qualquer titulo ; e quando não seja valido em especie, será subsistente emquanto ao valor dos mesmos bens. — Sobre taes bens é admissivel licitação. — Interpretação do artigo 1:766.º do codigo civil.

Antes da determinação da partilha cumpre decidir ácerca da validade do legado da Quinta Amarella, deixada ao legatario B no testamento de fl. 8 pela inventariada C, que então era casada segundo o costume do reino com o cabeça de casal D; fazendo o referido predio parte dos bens da communhão entre os conjuges, e sendo mais que elle foi licitado a fl. 100 pelo dito inventariante e não pode pertencer por isso á meação ou herança da inventariada.

Esse legado é completamente nullo, ou é nullo sómente em substancia ou especie, subsistindo, porém, emquanto ao valor do predio legado, ou ao menos por ametade do mesmo valor ?

Discute-se ácerca d'este ponto juridico desde a promulgação do codigo civil ; e, todavia, a jurisprudencia continúa incerta ainda a tal respeito. Como,

porém, ha que decidir, é indispensavel ter opinião sobre o assumpto e fundamental-a.

*

O artigo 1:766.º do codigo civil diz sobre isto que «os casados segundo o costume do reino não podem dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhes tocarem em partilha ou não tiverem entrado em communhão» ;

Mas a Quinta Amarella, que entrara na communhão de bens entre o inventariante e a inventariada sua mulher, que a legou a B, foi licitada pelo conjugue sobrevivente D, não podendo, em razão d'essa licitação vir a pertencer á meação ou herança de C ;

E sobre o mesmo predio, apesar de legado por um dos conjugues, era, sem duvida alguma, permitido licitar ao outro conjugue, que não podia ser privado d'esse ou de outro qualquer direito attinente á partilha do predio, dada a sua compropriedade n'elle por força da communhão de bens entre os conjugues ;

Logo o dito legado não vale emquanto á substancia ou em especie.

Valeria, porém, assim, se o predio viesse a pertencer, na partilha, á meação ou herança da inventariada. E é esta a natural e logica inferencia das palavras do citado artigo 1:766.º *salvo se esses bens lhes tocarem na partilha* ; o que tambem se conforma com o artigo 1:802.º do mesmo codigo, do qual não deve esquecer-se jámais quem tiver de interpretar e de applicar aquell'outra disposição legal.

Da combinação d'estes dois artigos resulta evi-

dentemente que, dispondo um dos conjugues, casados segundo o costume do reino, de certos bens do casal *commum*, esse legado vale ou não vale em substancia, conforme esses bens vierem ou não vierem, depois, a pertencer em partilha á meação do conjugue, que d'elles dispoz, ou por outro qualquer titulo, se este conjugue fôr o superstite.

*

Não valendo, porém, em especie o legado da Quinta Amarella, deixado a B, subsistirá elle emquanto ao valor de todo esse predio?

Já está demonstrado que não é *ipso facto* nullo o legado de bens certos do casal *commum*, feito por um dos conjugues, pois que, se os bens vierem a pertencer-lhe por qualquer titulo, ou á sua herança, o legado vale, em substancia até.

Menos absoluta ainda nos seus effeitos é a prohibição de dispôr de determinados bens, expressa no citado artigo 1:766.º se o combinarmos com o artigo 1:084.º do mesmo codigo, o qual não deve tambem ser esquecido n'este assumpto. D'essa combinação resultará sem duvida que, na hypothese dos autos, effectuada a licitação pelo conjugue sobrevivente, o referido legado, deixado a B pela inventariada, meeira e proprietaria em todos os bens do casal *commum*, é subsistente pelo menos emquanto a ametade do valor do respectivo predio.

E, se no justo desejo de acatar e fazer respeitar, tanto como ser possa, a intenção da testadora, em conformidade do artigo 1:761.º do mesmo codigo, combinarmos ainda os dois artigos d'elle, 1:766.º e 1:801.º, havemos de chegar racionalmente á con-

clusão de que o legado, de que se tracta n'este processo, é subsistente emquanto a todo o valor do predio referido.

A inventariada, ao dispôr do alludido predio da communhão, estava com effeito na ignorancia de que falla o artigo 1:801.º Sabia ella que tinha meação nos bens do casal, mas ignorava se a cousa legada lhe tocaria n'esta. E por isso bem podia dispôr do mesmo predio na supposição fundada e justa de que elle seria entregue em especie, se lhe tocasse na sua meação, e de que seria pago o seu valor, em harmonia com o mesmo artigo 1:801.º, quando não lhe cahisse na dita meação.

Parece-me isto conforme a direito. E, mesmo praticado assim, não ficará sem uma larga esphera de influencia o artigo 1:766.º, dada a nullidade do legado em substancia.

A nullidade do legado em especie era tudo o que se devia á justiça do outro conjuge, para elle não ser expoliado do direito, que tinha, por virtude da communhão, a ficar com o predio em partilha. Ir, porem, mais longe, considerando-se o legado como nullo, mesmo em relação ao valor do predio, seria contrariar sem razão e ferir iniquamente os propósitos bemfasejos da inventariada.

A validade do legado não deve, em absoluto, estar dependente dos eventos da partilha, do acaso da sorte ou de factos de terceira pessoa, aos quaes ella não foi ligada pelo testador. O acaso não pode ser titulo de direitos, nem origem de obrigações. E seria absurdo, e por vezes até repugnante, que do facto do juiz ao determinar a partilha, ou do escrivão ao fazer o mappa d'esta, ou de qualquer interessado, que leal ou velhacamente licitase o

objecto da deixa, a salvo da intervenção do legatario, que não pode legalmente concorrer á licitação para defesa dos seus direitos e legitimos interesses, resultasse afinal a completa inutilisação do benefico proposito do instituidor do respectivo legado.

Não deve ser.

*

Tenho por isto que o legado da Quinta Amarella, não valendo em especie, é todavia subsistente emquanto a todo o valor do mesmo predio. E agora determino a partilha nos termos seguintes :

.....

LXXV

Summario : — O pae pode hypothecar validamente bens immobiliarios a um filho sem consentimento dos outros filhos.

.....
Nos embargos oppostos por A e B, filhos da inventariada C, aos artigos de preferencia deduzidos por D, filho tambem da invenrariada, pretendem os embargantes que, em vista dos artigos 894.º e 1:565.º do codigo civil, se declare nulla, sem effeito algum, a hypotheca constituida por C em favor de D, nos predios arrematados no inventario appenso, para garantia da divida, cujo pagamento, pelo producto dos mesmos predios, este D pede nos seus artigos de preferencia ; e isso porque os mesmos embargantes não foram ouvidos ácerca de tal hypotheca, nem consentiram n'ella.

Nos termos do artigo 894.º do codigo civil só pode hypothecar quem pode alienar ; mas, segundo o disposto no artigo 1:565.º do mesmo codigo, o pae não pode vender a filhos sem consentimento dos outros filhos : logo, não tendo os embargantes consentido na hypotheca constante da escriptura publica de fl. . . . e estabelecida pela inventariada em favor do embargado D, a mesma hypotheca é nulla, porque a inventariada, que não podia vender, ou seja alienar, tambem não podia hypothecar.

E' assim a argumentação dos embargantes ; mas tal argumentação não procede.

Para se mostrar que da combinação dos artigos 894.º e 1:565.º citados não resulta que os paes não podem hypothecar bens a filhos sem consentimento dos outros filhos, basta ponderar que alienar não é o mesmo que vender, porque é mais do que isto, como, por exemplo, doar, trocar ou escambar, ceder ou dar em pagamento.

Sem duvida alguma os paes, que aliás não podem vender a uns filhos sem consentimento dos outros filhos, podem fazer-lhes doações independentemente de tal consentimento, o que certamente é alienar.

E, assim, da prohibição de vender, imposta no artigo 1:565.º, não se pode inferir a prohibição de hypothecar, sendo que a faculdade de hypothecar é tão diversa da de vender, com a de alienar é muito mais lata e ampla do que qualquer d'ellas.

O citado artigo 1:565.º é uma lei de excepção e uma restricção especial da faculdade, que tem de alienar o que é seu todos aquelles, que são habéis para contractar. Igual restricção se contém no artigo 1:594.º do código civil em relação áquelle artigo 1:565.º a respeito do escambo ou troca. Mas a proposito de hypotheca não ha uma disposição legal analoga. E as leis de excepção e as restricções ás regras geraes nunca se ampliam, nem admittem interpretação extensiva.

Diz-se tambem que, se os paes podessem hypothecar validamente bens a uns filhos sem consentimento dos outros, ficaria inutilisada a disposição do artigo 1:565.º; porque o pae, que quizesse beneficiar um filho em detrimento dos outros, fazia confissão de uma divida, aliás falsa, em favor do be-

neficiado, e garantia-lhe essa divida com hypotheca.

Não é porém, assim. Evidentemente hypothecar não é vender, pois que a coisa hypothecada continua pertencendo a quem a hypothecou, ao passo que o dominio da coisa vendida transmite-se a quem a comprou. E os prejuizos alludidos, que o pae podia causar a uns filhos seus, não resultariam da hypotheca constituida em favor de outros filhos, mas sim e apenas da falsa confissão da divida, garantida com essa hypotheca, que aliás ficará sem effeito algum, se a divida fôr julgada falsa.

Demais, o pae pode legitimamente contrahir dividas, de que um filho seu seja credor verdadeiro, e isso sem consentimento dos outros filhos; e seria sempre injusto que o pae devedor não pudesse dar validamente ao credor seu filho as garantias, que pode dar a outro qualquer credor, e nas mesmas circumstancias. Valer o credito e não valer a garantia não faz sentido.

Assim, é claro que os embargos não procedem.

FIM

INDICE

Introdução

SUMMARY:—A missão publica do juiz.—Se o poder judicial deve cumprir os decretos chamados dictatoriaes.—Se os tribunaes devem cumprir as disposições das leis ordinarias oppostas a disposições constitucionaes — Reforma do codigo civil.— Outras reformas necessarias.—Codigo do processo penal.— Reorganisação judiciaria.— Projecto de lei sobre o juy.— Epilogo..... 1

Sentença I

SUMMARY:— As duas terças partes incommunicaveis, a que se referem os artigos 1:235.º e 1:109.º n.º 4.º do codigo civil, ficam pertencendo ao conjuge binubo, que as pode alienar.— Os filhos do segundo matrimonio concorrem com os do primeiro á herança d'essas duas terças partes.— As mesmas duas terças partes communicam-se com o conjuge do binubo, se os filhos do primeiro matrimonio fallecem durante a constancia do segundo.— Como se compõe a terça no caso do referido artigo 1:235.º..... 75

Sentença II

SUMMARY:— No pagamento das prestações censiticas não ha logar ao abatimento da contribuição predial respeitante aos predios onerados.— Diferenças entre o contracto do censo consignativo e o contracto de emphyteuse.— Confessada pelo réu a obrigação de pagar a pensão censitica, a incidencia do onus recae no predio indicado pelo auctor, até prova em contrario..... 81

Sentença III

SUMMARY:— Em todos os casos, em que se trate de divisão de cousa commum, a falta de citação de todos os interessados n'ella é nullidade insupprivel do processo, apesar do disposto no artigo 2:186.º do codigo civil e no artigo 8.º do codigo do processo civil.— Interpretação do artigo 568.º d'este codigo..... 84

Sentença IV

SUMMARY: — A herança do ausente ha mais de vinte annos pode pedir-se pelo processo do artigo 414.º do codigo do processo civil. — Dada tal ausencia, já não tem logar a curadoria definitiva. 89

Sentença V

SUMMARY: — Interpretação do artigo 2:495.º do codigo civil. — Um documento pode ser nullo a respeito de um dos contractos n'elle celebrados, e valido em relação aos outros contractos tambem n'elle effectuados. 93

Sentença VI

SUMMARY: — Quem intenta uma acção executiva para a exigencia de fóros deve ser julgado parte illegitima, se não junta o titulo da respectiva emphyteuse, não valendo por este o titulo de um contracto de arrendamento perpetuo. — São nullas e tambem não legitimam o auctor as escripturas publicas, d'onde constem contractos, que importam transmissão de bens emphyteuticos, não se mostrando paga a contribuição de registo relativa ao laudemio. — Os arrendamentos perpetuos eram prohibidos pelo direito antigo, e não são auctorizados pelo codigo civil. — A certidão do registo, não cancellado, tambem não legitima o auctor na acção executiva por fóros, se é nullo o titulo em virtude do qual foi feito o mesmo registo, ou se do titulo consta que o réu deve rendas, quando o que se pede são fóros. 96

Sentença VII

SUMMARY: — O instituido em qualquer quota certa da herança, mas indeterminada emquanto ao valor ou objecto, é herdeiro e não legatario — A parte da terça, que caduca pelo fallecimento de um dos tercenarios, acresce aos outros tercenarios e mais herdeiros instituidos, e não aos herdeiros legitimos — Interpretação dos artigos 1:736.º e 1:796.º do codigo civil. 101

Sentença VIII

SUMMARY: — O certificado do registo só por si não é bastante, sem a exhibição de titulo exequivel, para fundamentar artigos de preferencia. — O registo não dá direitos, que não constem de respectivo titulo. — Os effectos do registo não podem retrotrahir-se a tempo anterior á data d'elle. — Interpretação do artigo 907.º e § unico do codigo civil. 107

Sentença IX

SUMMARY : — O donatario da totalidade dos bens é obrigado a pagar todas as dividas do doador, com data authentica ou authenticada ao tempo da doação, salvo declaração em contrario, e até pelos seus proprios bens. — Interpretação do artigo 1:470.º § 2.º do codigo civil 111

Sentença X

SUMMARY : — Antes de excutidos os bens hypothecados não é, em regra, permittido ao credor hypothecario o arresto n'outros bens do devedor..... 115

Sentença XI

SUMMARY : — O juramento suppletorio para prova do quantitativo da acção ou da defesa só póde ser admittido quando esse quantitativo, e não o de cada um das verbas que o constituam, não exceder na sua totalidade a importancia de 50,000 réis — Interpretação do artigo 2:533.º n.º 4.º do codigo civil..... 119

Sentença XII

SUMMARY : — Da competencia do juizo arbitral em questões sobre baldios..... 122

Sentença XIII

SUMMARY : — Nas acções conhecidas antigamente com o nome de *nunciação de obra nova*, não é obrigatorio o foro rei sita..... 125

Sentença XIV

SUMMARY : — Da substituição das testemunhas. — Interpretação dos artigos 262.º e 279.º do codigo do processo civil..... 129

Sentença XV

SUMMARY : — Interpretação do artigo 2:416.º do codigo civil 133

Sentença XVI

SUMMARY : — Interpretação do artigo 72.º do codigo civil 135

Sentença XVII

SUMMARY : — Para a venda dos bens nos termos e para os efeitos dos artigos 2:110.º e 2:139.º do código civil, e do artigo 717.º do código do processo civil, podem effectuar-se duas e mais praças — Na falta de accordo das partes, devem os bens ir á segunda praça por ametade da sua avaliação..... 139

Sentença XVIII

SUMMARY : — Da successão dos irmãos e seus descendentes, e mais transversaes até ao decimo grau. — Interpretação dos artigos 2:000.º, 2:002.º, 2:003.º, 2:005.º do código civil..... 141

Sentença XIX

SUMMARY : — Da ineptidão do requerimento em que se deduz a acção. — Da cumulação das acções dos artigos 1:031.º e 1:033.º do código civil..... 149

Sentença XX

SUMMARY : — Nos embargos, de que falla o artigo 740.º § 6.º do código do processo civil, pode deduzir-se toda e qualquer defesa contra a injustiça e desigualdade da divisão feita, ou mesmo contra o direito de dividir e demarcar, ainda que essa defesa respeite á propriedade e prescrição dos respectivos bens, ou á annullação da sentença da partilha d'elles; sem que a tal obstem o artigo 2:087.º do código civil e o artigo 148.º do código do processo civil..... 152

Sentença XXI

SUMMARY : — Um documento authenticico extra official, em que foi confessada uma divida, faz prova plena da mesma divida contra os herdeiros e representantes do confitente. — Interpretação do artigo 2:426.º do código civil... 155

Sentença XXII

SUMMARY : — As acções possessórias e as servidões descontinuas, segundo os artigos 486.º, 489.º, 490.º, 492.º e 2:273.º do código civil, e artigo 497.º do código do processo civil. — Fora do caso restricto do citado artigo 490.º a posse não é manutivel a proposito de servidões descontinuas, nem em favor dos auctores, nem em favor dos réus, ainda que o facto d'elles seja a repetição de outros factos eguaes desde muito praticados..... 159

Sentença XXIII

SUMMARIO : — Interpretação do artigo 1:213.º do código civil..... 162

Sentença XXIV

SUMMARIO : — Das doações regias perante a lei de 22 de junho de 1846..... 166

Sentença XXV

SUMMARIO : — No caso de doação feita por ambos os conjuges não ha em regra nova avaliação da ametade dos bens conferidos por fallecimento do conjuge superstite, prevalecendo a avaliação feita por morte do conjuge predelfunto..... 173

Sentença XXVI

SUMMARIO : — Interpretação dos artigos 1:109.º n.º 3.º e 4.º 1:235.º e 1:236.º do código civil..... 176

Sentença XXVII

SUMMARIO : — Do inventario e caução para entrega de legados de bens mobiliarios, deixados a menores sujeitos ao poder paternal..... 184

Sentença XXVIII

SUMMARIO : — O usufructuario vitalicio de uma herança, embora seja legatario e não herdeiro, deve ser habilitado, n'aquella qualidade, como representante do auctor da mesma herança para intervir em uma causa, em que este era parte.—Não ha perfilhação de filho morto.—Os avós também não podem perfilhar os netos illegitimos... 187

Sentença XXIX

SUMMARIO : — Interpretação dos artigos 1:608.º n.º 4.º e 1:451.º do código civil..... 191

Sentença XXX

SUMMARIO : — Responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal. — Interpretação dos artigos 2365.º e 2:373.º do código civil..... 194

Sentença XXXI

SUMMARIO : — Para pagamentos de dividas da exclusiva responsabilidade de um dos conjuges pode ser penhorado ou arrestado o direito d'elle á sua meação nos bens communs do casal..... 199

Sentença XXXII

SUMMARIO : — Efeitos da separação provisória de pessoas decretada nos termos do artigo 469.º do código do processo civil..... 202

Sentença XXXIII

SUMMARIO : — Interpretação dos artigos 1:566.º e 2:015.º do código civil. — A nullidade do contracto proveniente da falta de consentimento de um dos conjuges, no caso do artigo 1:216.º do mesmo código, só pode ser arguida pelo conjuge, que não deu o consentimento, e não pelos que outorgaram no contracto. — A sentença não pôde ser condicional e ficar dependente de facto, que a parte não condemnada n'ella haja de praticar ou não..... 205

Sentença XXXIV

SUMMARIO : — Interpretação do artigo 1:942.º do código civil em concordancia com o artigo 1:755.º do mesmo código..... 210

Sentença XXXV

SUMMARIO : — Efeitos da falta de procuração do auctor no processo..... 213

Sentença XXXVI

SUMMARIO : — Interpretação dos artigos 1:759.º n.º 1.º, e 1:852.º do código civil. — Direito de accrescer..... 216

Sentença XXXVII

SUMMARIO : — Da legitimidade das partes. — A incompetencia do juizo e a illegalidade do processo empregado não importam illegitimidade das partes, sendo que estas tres cousas diversas não tem connexão entre si..... 221

Sentença XXXVIII

SUMMARIO : — A falta de citação pessoal do credor hypothecario inscripto não obsta a que o direito d'elle seja atendido em concurso de credores, ainda que o funcionario encarregado da citação informe que o dito credor é fallecido. — Não se deve tomar conhecimento de artigos de preferencia apresentados antes da arramatação, nem depois de decorrido o prazo de dez dias seguintes ao da arrematação do respectivo predio, ainda que posteriormente sejam feitas outras arrematações..... 226

Sentença XXXIX

SUMMARY : — Não produz effeito algum a disposição testamentaria a favor do pae de uma testemunha do auto de approvação do respectivo testamento cerrado — Codigo civil, artigos 1:772.º, 1:783.º, e 1:481.º e § unico.... 231

Sentença XL

SUMMA IO : — Frestas e setteiras para luz. — Interpretação do artigo 2:315.º e §§ do codigo civil.. 236

Sentença XLI

SUMMARY : — O direito de requerer inventario e partilha de uma herança entre os coherdeiros é prescriptivel por direito antigo e pelo direito moderno..... 239

Sentença XLII

SUMMARY : — Interpretação do artigo 836.º do codigo do processo civil. — O credor de penhora registada, ainda que não seja exequente no processo, em que foi instaurado o concurso, e o credor de arresto registado com titulo exequivel ao tempo do mesmo concurso, quer seja exequente quer não, teem direito a ser attendidos e graduados n'este em conformidade com as datas dos registos dos seus creditos..... 243

Sentença XLIII

SUMMARY : — Avaliação de titulos de credito estrangeiros doados..... 251

Sentença XLIV

SUMMARY : — Depois da promulgação do codigo do processo civil a sentença das partilhas, ou outra qualquer passada em julgado, só pode ser annullada nos casos taxativos do artigo 148.º do mesmo codigo. — O direito do coherdeiro preterido na partilha está consignado na ultima parte do artigo 2:165.º do codigo civil. 254

Sentença XLV

SUMMARY : — Não ha logar ao despejo provisorio nos casos dos §§ 2.º e 4.º do artigo 500.º do codigo do processo civil, quando o fundamento do pedido na acção, ou seja a falta de pagamento da renda, é impugnado com o fundamento de falta da obrigação de pagar..... 257

Sentença XLVI

SUMMARY : — Interpretação do artigo 900.º e § unico do código civil. — Os juros vencidos no decurso da execução não precisam de ser registados para gozarem da segurança hypothecaria..... 261

Sentença XLVII

SUMMARY : — O pagamento ajustado em moeda metallica não pode ser feito em notas do Banco de Portugal, embora estas sejam verdadeiro papel-moeda.

Sentença XLVIII

SUMMARY : — O dono e possuidor de moveis existentes na casa arrendada, e penhorados por divida de renda, pode, não sendo arrendatario, oppor embargos á penhora, não obstante o disposto no artigo 882.º n.º 4.º do código civil..... 268

Sentença XLIX

SUMMARY : — A quota parte do comproprietario nos predios communs, ou seja o seu direito a uma parte de cada um d'esses predios, divisiveis ou indivisiveis, podem ser alienados e hypothecados separadamente pelo mesmo comproprietario; e podem tambem ser penhorados. — Código civil, artigos 890.º n.º 1.º, 894.º, 915.º, 1:553.º, 1:555.º, 1:559.º, 1:566.º e 2:177.º; e código do processo civil, artigo 815.º § unico..... 271

Sentença L

SUMMARY : — Importancia a depositar nas expropriações por utilidade publica para a adjudicação da propriedade exproprianda, quando é impugnada a avaliação. — Interpretação do artigo 3.º da lei de 8 de junho de 1859. 277

Sentença LI

SUMMARY : — Interpretação do artigo 2:317.º do código civil..... 280

Sentença LII

SUMMARY : — A desistencia da acção de separação, intentada pelo marido com o fundamento do adulterio da mulher, importa a insubsistencia de todo o processo, ainda que a mulher allegasse na contestação o adulterio do marido para os effeitos do artigo 1:210.º § unico do código civil. — A reconvenção é admissivel em regra nas causas de separação. — Interpretação dos artigos 445.º e 446.º do código do processo civil 283

Sentença LIII

SUMMARIO : — Da reducção das doações, da licitação e da segunda avaliação dos bens doados e legados. — Interpretação do artigo 720.º do código do processo civil e do artigo 2:128.º do código civil. 289

Sentença LIV

SUMMARIO: — A viuva quinquagenaria, que contrahe segundas nupcias, tendo descendentes successiveis, é obrigada a inventariar os bens, a que se refere o artigo 1:237.º do código civil, e a caucionar duas terças partes d'elles. 296

Sentença LV

SUMMARIO : — Para a divisão e demarcação nos termos do artigo 740.º do código do processo civil não ha primeira citação dos interessados, e sómente a intimação d'elles para embargarem, querendo, a divisão já feita. — E' competente o processo do artigo 740.º, e não o ordinario ou o especial do artigo 568.º para a divisão de um predio, attribuido na partilha a diversos interessados. — N'esta divisão não há sorteio de lotes ou quinhões. — No caso de embargos á divisão e demarcação, a rectificação d'ellas em conformidade da sentença, segundo o § 7.º d'aquelle artigo 740.º e o artigo 557.º § 2.º do dito código, deve ser feita por novos louvados nos termos do § unico do artigo 260.º do mesmo código 299

Sentença LVI

SUMMARIO: — A arrematação do direito ao fundo ou ao capital das acções das companhias não é titulo que faça prescrever essas acções contra o portador d'ellas, que já as possuia, com conhecimento do arrematante, ao tempo da arrematação e até da penhora, que precedeu esta. — O portador das acções tem direito de fazer-se reconhecer como tal e de fazer averbar estas em seu nome. — Interpretação do artigo 168.º § 1.º do código commercial. — O que são acções de *cofre* da companhia geral da agricultura das vinhas do Alto Douro. — Essas e outras quaesquer acções, comquanto cousas moveis, eram hypothecaveis pelo direito artigo; e as hypothecas feitas no imperio d'elle ainda hoje devem ser havidas como validas e subsistentes 304

Sentença LVII

SUMMARIO: — Quando todos os interessados licitaram em valores desiguaes, os que menos licitaram teem direito de ser inteirados até á importancia da maior licitação, nos limites das suas quotas hereditarias. — Interpretação do artigo 717.º do código do processo civil..... 312

Sentença LVIII

SUMMARY : — Os fructos dos predios rusticos são hypothe-
caveis somente enquanto estão unidos á terra ou ás ar-
vores ; e os rendimentos dos predios urbanos nunca o são.
— Interpretação do artigo 891.º n.º 1.º do codigo civil
pelo que respeita a fructos e rendas dos predios hypothe-
cados. — Os fructos e rendas dos predios penhorados en-
tram na massa excutivel. — O privilegio, quer anterior,
quer posterior á penhora, prefere sempre a esta.... 315

Sentença LIX

SUMMARY : — A certidão de uma escriptura publica, passada
por um conservador em face dos documentos apresenta-
dos para registo, não faz fé, nem serve para base de exe-
cução, conforme o artigo 2:501.º n.º 2.º do codigo civil e
artigo 798.º n.º 3.º do codigo do processo civil.... 319

Sentença LX

SUMMARY : — Dos alimentos. — Interpretação do art.º 173.º
do codigo civil. — A obrigação alimenticia não é solida-
ria nem indivisivel. — Quem tem meios para occorrer ás
necessidades da sua alimentação, embora para isso tenha
de cortar pelo capital, não tem direito de reclamar ali-
mentos..... 321

Sentença LXI

SUMMARY : — Interpretação e applicação do artigo 195.º §
2.º do codigo do processo civil, quando o ultimo domicí-
lio ou a naturalidade do fallecido foram em paiz estran-
geiro..... 327

Sentença LXII

SUMMARY : — Os artigos 342.º e seguintes do codigo do
processo civil não são applicaveis á habilitação dos re-
presentantes do individuo contra quem foi distribuida
uma execução, se esse individuo já era fallecido quando
esta foi requerida..... 330

Sentença LXIII

SUMMARY : — O donatario de uma totalidade de bens pode de-
fender estes como seus, independentemente do registo dos
immobiliarios, ainda mesmo contra o donatario de deter-
minados bens do mesmo doador por doação feita poste-
riormente, e devidamente registada quanto aos immobi-
liarios. — Se, porém, quizer, depois de determinados os
bens, vendel-os, trocal-os, doal-os, hypothecal-os, ou o-
neral-os com servidões, só o pode fazer validamente pa-
ra com terceiros, registando previamente a transmissão

feita a seu favor. — Interpretação do § unico do artigo 1:450.º, do § unico artigo 951.º e do artigo 955.º do código civil, assim como do artigo 163.º n.º 2.º do regulamento do registo predial de 20 de janeiro de 1898. 334

Sentença LXIV

SUMMARY: — Não ha nullidade do processo, quando se intenta a acção especial do artigo 551.º do código do processo civil para a cessação de uma servidão de transito, ainda que se julgue não ser applicavel ao caso o artigo 2:313.º do código civil, em que a acção se fundára. — A disposição d'este artigo só é applicavel quando a servidão foi adquirida nos termos do artigo 2:309.º do código civil. 340

Sentença LXV

SUMMARY: — Do direito do licitante sobre os bens licitados, antes de ultimadas as partilhas. 346

Sentença LXVI

SUMMARY: — A posse titulada não pode fundar-se em testamento nullo ou em clausula nulla de algum testamento — As substituições fideicommissarias em 2.º gráu são prohibidas; mas, se a substituição em 1.º gráu fôr nulla, ou considerada como não escripta n'essa parte a respectiva clausula testamentaria, pode valer a substituição em 2.º gráu, como sendo em 1.º, se ella se verificar em favor das pessoas favorecidas no artigo 1:867 do código civil... 349

Sentença LXVII

SUMMARY: — Da competencia das justiças portuguezas para procederem a inventario da herança de subditos hespanhoes residentes em Portugal, e aqui fallecidos com filhos nascidos n'este paiz. Interpretação do artigo 19.º da convenção consular entre Portugal e Hespanha, de 21 de fevereiro de 1870. 354

Sentença LXVIII

SUMMARY: — Da successibilidade dos descendentes illegitimos do segundo gráu e seguintes. 358

Sentença LXIX

SUMMARY: — O direito á curadoria definitiva dos bens do ausente transmite-se aos successores do presumido herdeiro d'este. — Interpretação do artigo 64.º do código civil. 367

Sentença LXX

SUMMARY: — Não se deve fazer obra pela declaração do cabeça de casal sómente, no sentido de que uns certos bens, descriptos no inventario como proprios de um conjuge, foram adquiridos na constancia do matrimonio com o producto da alienação de bens proprios do mesmo conjuge..... 370

Sentença LXXI

SUMMARY: — As margens dos rios navegaveis e fluctuaveis são cousas publicas, pertencentes ao estado e imprescriptiveis, salvo o caso previsto no artigo 4.º § 3.º do decreto n.º 8, de 1 de dezembro de 1892. — A posse no terreno d'essas margens não pode ser objecto e fim de acção possessoria, não vindo de tempos anteriores á promulgação do mesmo decreto..... 373

Sentença LXXII

SUMMARY: — Da restricção e substituição da hypotheca legal para garantia dos valores mobiliarios dotaes — Do cancellamento da primeira hypotheca. — Interpretação dos artigos 906.º n.º 3.º, 908.º, 909.º, 920.º e 928.º do codigo civil... 378

Sentença LXXIII

SUMMARY: — Interpretação do artigo 2.º da lei de 18 de maio de 1880 e do artigo 3.º n.º 10.º do regulamento de 23 de dezembro de 1899. — A quota hereditaria para o effeito da contribuição de registo, devida por tornas nas partilhas em razão da transmissão de propriedade immobiliaria, deve ser calculada sobre o valor de todos os bens da heranca, mobiliarios e immobiliarios..... 383

Sentença LXXIV

SUMMARY: — O legado de bens determinados do casal commum, deixado por um dos conjuges, pode valer em substancia, se esses bens lhe tocarem em partilha, ou lhe vierem depois a pertencer por qualquer titulo; e quando não seja valido em especie, será subsistente emquanto ao valor dos mesmos bens — Sobre taes bens é admissivel licitação. — Interpretação do artigo 1.766.º do codigo civil..... 386

Sentença LXXV

SUMMARY: — O pae pode hypothecar validamente bens immobiliarios a um filho sem consentimento dos outros filhos 391

ERRATAS

Pag.	Linhas	Erros	Emendas
55	2. ^a	anedocta	anecdota
57	34. ^a e 35. ^a	individuos	pessoas
69	36. ^a	occassião	ocasião
86	33. ^a	pue	que
87	25. ^a	racionsl	racional
87	7. ^a	nesses	esses
101	6. ^a	2:736. ^o	1:736. ^o
120	21. ^a	2:543. ^o	2:533. ^o
140	19. ^a	em haste publica	em hasta publica,
149	20. ^a	com seus	a respeito dos seus
152	7. ^a e 8. ^a	artigo 2:087. ^o	artigos 2:087. ^o e 2:164. ^o
152	16. ^a	no dito	n'aquelle
155	14. ^a	§ 2. ^o	§ 3. ^o
166	17. ^a e 18. ^a	em tempos antigos	, em tempos antigos,
170	28. ^a	d'esde	desde
183	17. ^a	percentua-se	preceitua-se
188	21. ^a	egatario	legatario
197	30. ^a	dublica	publica
200	16. ^a	e portanto arrestado	e, portanto, arrestado,
206	3. ^a	cnsorte	consorte
206	6. ^a	virem	verem
207	34. ^a	determina	determinam
213	10. ^a	1:455. ^o	1:355. ^o
21	1. ^a	isanavel e illegitimida- de	insanavel a illegitimi- dade
		em que esta	, em que a dita arrema- tação
261	23. ^a e 24. ^a	comearam	começaram
266	20. ^a e 21. ^a	legaes	legal
318	7. ^a	837. ^o	836. ^o
324	26. ^a e 27. ^a	a um	a um só
377	2. ^a	violação	vedação

Além d'estes ha outros erros, que o bom criterio do leitor corrigirá. Erros de copia, erros de composição e erros de revisão, dos quaes resultam por vezes graves offensas á orthographia e á grammatica, e até ao pensamento do auctor.