

# APONTAMENTOS JURIDICOS

REPOSITORIO

OU

COLLECCÃO SELECTA

DE

APONTAMENTOS JURIDICOS

POSTERIORES AO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

CONTENDO

INTERPRETAÇÃO DE ARTIGOS DE DIFFERENTES LEIS,  
CONSULTAS, ARTICULADOS,  
REFLEXÕES JURIDICAS, REQUERIMENTOS,  
E OUTROS ESCRIPTOS

POR

*João Maria Mergulhão Neves Cabral*

ADVOGADO QUE FOI EM ARMAMAR

OBRA POSTHUMA



VENDE-SE NA LIVRARIA ARCHIVO JURIDICO

DE

A. G. VIEIRA PAIVA — EDITOR

67, Rua do Bomjardim, 67

1887

# AO LEITOR

---

A publicação do presente livro parecerá um ar-rojo. A estante e a banca do jurisconsulto e do jurisperito gemem sob o peso de muitos jornaes de direito, em cujas columnas se discutem constante e proficientemente pontos mais ou menos difficeis dos diversos ramos de jurisprudencia theorica e eureka. Não desanimamos, porém, com a concorrência; foi mais uma circumstancia para empendermos a impressão de tão valioso repositório de optimos apontamentos juridicos.

O seu auctor, o distinctissimo jurisconsulto de Armamar, dr. João Maria Mergulhão Neves Cabral, alando-se, deixou copioso e interessante peculio de consultas, de requerimentos modelos e de formularios de acções, etc., que não deviam ficar sepultados no esquecimento, e que, sendo o producto preciosissimo do trabalho intellectual de um só homem, tem sobre

outros a reconhecida superioridade da unidade de estudo e de investigação profunda ácerca de importantíssimos assumptos juridicos e legislativos, consideração que nos persuadiu a comprar aos seus herdeiros a propriedade de tão valiosos escriptos, que pessoas entendidas nos aconselharam a reunir em volume.

O snr. dr. Mergulhão tornou-se conhecido no mundo juridico como um dos principaes jurisconsultos; e os seus escriptos, que methodicamente e por ordem alphabetica dispozemos, tratam cada uma das questões com tal precisão, clareza e fundamentos legaes e doutrinarios, que necessariamente são um solido subsidio a particulares e a lettradós, tanto mais que aquelles fundamentos são tomados no Codigo Civil vigente, legislação e tratados coevos e posteriores ao mesmo Codigo.

Uma obra que reúne ao nome illustre do seu auctor a diversidade de assumptos, a lucidez com que são tratados e a unidade e harmonia que preside ao seu conjuncto, não precisa de encarecimentos, que, quando muito, poderiam ser a homenagem ao talento e ao trabalho. Uma obra assim não carece de elogios; ella propria se recommenda.

Porto, 1 de maio de 1887.

O EDITOR.

# REPOSITÓRIO

OU

COLLECÇÃO SELECTA

DE

## APONTAMENTOS JURIDICOS

---

§ 1.º

### Acção

Se para ser intentada em nome de menor pubere era precisa a nomeação de curador á lide, e n'este caso se a sua falta era nullidade insupprível, e quem era competente para fazel-a valer.

### CONSULTA

Poderá o pae ou mãe, que exercem o poder paternal sobre o filho menor, intentar qualquer acção a favor d'elle, independentemente de auctorisacção? Poderá tambem deixar de nomear-se curador *ad litem* ao mesmo menor? Intentou-se assim uma acção ordinaria, e o juiz, em lugar de tomar conhecimento d'ella, annullou o processo por falta de tal nomeação. Pergunta-se: poderá appellar-se d'esta sentença, com esperanças de que seja revogada na relação?

### RESPOSTA

Na *Gaz. dos Trib.* n.º 4069 o advogado n'ella mencionado sustenta o principio, que a redacção approvou, de que o pae ou mãe, que exerce o poder paternal sobre um filho menor, não carece de auctorisacção alguma para intentar uma

acção a favor d'este, mas não sustenta, como a consulta parece suppôr, que se dispensa a intervenção, no processo, de um curador *ad litem*. Pelo contrarioahi se considera a mesma necessaria *ibi* — ao que ha de acrescer o auxilio do curador *ad litem* que for nomeado — ; e em verdade, se é um elemento do processo pela disposição da Ord. liv. 3.ª tit. 41.ª e art. 259.ª § un. da Ref. Jud., e se o Cod. Civ. não curou do processo, nem essa era a sua missão, é obvio ser necessaria ainda hoje a sua nomeação. Na *Rev. do Leg.* n.º 258, a pag. 631, o que se sustenta, é que o menor pubere, representado por sua mãe, não precisa de constituir procurador, questão diversa da nossa, em que só por equivooco podia citar-se a *Gaz.* n.º 4069, e na qual a *Revista* seguiu uma opinião que é repellido pela praxe.

Deveria portanto ter-se requerido e nomeado curador *ad litem*; porém o nomeado por occasião do incidente da habilitação deveria, por equidade, considerar-se nomeado com relação a todo o processo, e por cautella mandar-se ratificar o anteriormente processado, e poder-se-ia então invocar a doutrina de Pereira e Sousa, *Linh. Civ.*, nota 111, e de Meirelles, *Repert. Jurid.*, n.º 860, a saber: que, uma vez nomeado curador *ad litem*, não se attende a nullidade resultante da falta da sua antecedente nomeação.

Mas, quando esta doutrina não parecesse solida, creio que o juiz deveria na sua sentença nomear outro curador, ou o mesmo, indicando-lhe que ratificasse o processado, pois que esta falta era supprível, como ensina Correia Telles, *Man. do Proc.*, § 293.

E demais d'isso, é principio corrente, que a nullidade da falta da nomeação do curador, só pôde ser invocada pelo menor, quando a sentença lhe sahir contra, e não pelo seu adversario, porque não ha de um favor, concedido por direito ao menor, converter-se em seu damno. Assim o decidiu o supremo tribunal de justiça no accordo de 27 de junho de 1815, transcripto no *Diar. do Gov.* n.º 294 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2208, e no accordo de 1 de março de 1837, no *Diario* n.º 79 e na *Gaz.* n.º 3865, bem como se segue nas teções copiadas na *Gaz.* n.º 3085, e que tambem sustenta o *Direito* do 5.º anno, pag. 599.

Até nos contratos succede o mesmo, não podendo a pessoa, com quem o menor contratou, combater-lhes a validade a pretexto da menoridade, ou da falta de autorisa-

ção dos representantes do menor. — Pereira e Sousa, nota 879; Meirelles, n.ºs 2161 e 2317; Lobão, *Acc. Summ.*, § 626; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 373 da ultima edição; *Gaz. dos Trib.* n.ºs 3478 e 3848; accordo na *Gaz.* n.º 2390; *Cod. Civ.* art. 695.ª e 700.ª.

Portanto, se a sentença de primeira instancia sahisse a favor do menor, como se informa que linha de sahir, em face das provas, devia o juiz supprir a nullidade e não annullar o processo; se tinha de sahir contra, attentas as provas, tambem não devia annullar; o menor pensaria se lhe convinha appellar, porque na relação faria valer a nullidade, e em nenhum dos casos carregava com as custas.

Ha portanto grandes probabilidades de que a sentença seja revogada no Porto, se bem que sobre isso não possa haver certeza.

§ 2.ª

## Ação

Nella, quando negado um titulo particular pelo B., pôde o A. requerer que se inquiram as testemunhas e factor d'elle, e ainda outras pessoas que saibam do contrato.

E' provavel que os herdeiros de Antonio não queiram reconhecer o titulo particular de 11 de fevereiro de 1866, mas é de erer que Antonio não negue a sua assignatura. Quando porém aconteça o contrario, podem inquirir-se em juizo o escriptor e testemunhas do titulo, e ainda outras, que saibam do contrato, com o que se completará a prova nos termos do art. 2433.º do Cod. Civ. Veja-se o snr. Sousa Cabral, *Cons. sobre a prova por escr. part.*, §§ 30 e seguintes.

§ 3.º

Acção

Quem é competente para intentar a sobre passaes, ou servidões n'elles impostas; se só o M. P., ou se tambem deve intervir a junta de parochia e parochio.

Parece-me que o § unico do art. 14.º da lei de 22 de junho de 1866 não tem applicação ao caso de que se trata, porque legisla para o caso especial da annullação de contratos anteriores á lei, e ainda assim duvido que seja applicavel a passaes. Porque o M. P. figurou como parte principal, representando uma confraria e uma misericordia, foi annullado um processo pela relação do Porto em accordo transcripto no *Diraio* n.º 11 do 3.º anno. Apesar d'isto o M. P. foi considerado competente para intentar uma acção, a fim de libertar um passal da servidão de mina imposta por um parochio, como se vê do *Diraio* n.º 20 do 2.º anno. O *Jornal de Jurispr.* n.º 52 do 1.º anno, firma a these de que nas questões sobre propriedade dos bens dos passaes não só devem intervir os parochios, mas tambem as juntas de parochia, e n'este sentido julgou o juiz de direito de Tondella, fundando-se em que os passaes estão no dominio e propriedade das parochias, e em beneficio dos parochianos se descontam os rendimentos nas congruas, e tanto assim que a lei de 22 de junho de 1866, art. 8.º n.º 2.º, declarou as juntas de parochia competentes para a subrogação dos bens dos passaes, muito embora elles não estejam sujeitos á administração das ditas juntas pelo art. 308.º do Cod. Adm., e d'elles sejam os parochios legitimos administradores e usufructuarios, como se deduz d'aquelle artigo e foi declarado pelas portarias de 5 de maio de 1836 e 12 de fevreiro de 1849. Pelo contrario a *Gaz. dos Trib.* n.º 4442 entende ser o parochio o unico competente para intentar a acção, não com fundamento n'aquelle art. 308.º, mas em vista dos art. 2206.º e 2219.º do Cod. Civ.

No meio d'esta confusão o mais seguro é, a junta de parochia pedir auctorisação ao governador civil para intentar a acção em nome d'ella e do parochio, e depois requerer que o M. P. intervenha como parte accessoria e auxiliar.

§ 4.º

Acção por aguas

Se pôde usar-se da acção possessoria sobre a turbação do uso d'ellas, quando o dono do predio dominante é embaraçado pelo dono do predio serviente no gozo da sua servidão, constituída por prescripção.—Analyse do art. 490.º do Cod. Civ., sobre o que seja justo titulo, e modo de adquirir taes servidões por prescripção.

CONSULTA

Pedro por si, seus paes e avós, é senhor e possuidor de um predio, que rega com aguas, que nascem no predio visinho de Paulo ha mais de quarenta, cincoenta e mais annos, isto é, desde tempos sem memoria; Pedro e antepassados estão no uso não interrompido de por si e seus caseiros entrarem no predio de Paulo a fazerem preza, que segure as aguas, e a gñal-as depois para o seu predio, isto sem opposição alguma, nem do procurador que Paulo sempre teve no povo da situação do predio; succede agora Paulo vender o predio a Francisco, e este quer-se oppôr a que Pedro, ou seus caseiros, entrem no predio, que foi de Paulo, a conduzir as aguas: note-se que Pedro estava ausente em diferente logar, e trazia o predio em mão de caseiros.

Pergunta-se: terá Pedro adquirido a posse das aguas pela immemorial?

Terá Pedro servidão descontinua apparente, constituída por prescripção immemorial, em face do § unico do art. 2273.º do Cod. Civ.?

E tendo a posse, e querendo usar da acção meramente possessoria, está ella isenta do registro; mas, entendendo-se que deve usar da acção pela servidão, qual o modo de fazer o registro, visto não haver mais que o uso de regar pela posse immemorial?

E visto que Pedro entrava no predio de Paulo, e construía a preza, e conduzia a agua, não está a prescripção no caso da 2.ª parte do art. 438.º § unico?

E tendo Francisco comprado a Paulo, ha muito mais de um anno, Pedro tem sempre sustentado a sua posse de re-

gar desde que Francisco comprou; deverá pois este acobertar-se com a disposição do art. 489.º do Cod. Civ. ?

## RESPOSTA

A resposta á proposta retrò, tem muita difficuldade pela obscuridade com que se acham redigidos os respectivos artigos do Código, e grandes alterações, que o mesmo introduziu na materia de aguas e servidões; ao que acresce não estar ainda bem fixada na pratica a intelligencia dos mesmos artigos.

Este no art. 2270.º tem por fonte os art. 688.º e 689.º do código civil francez, que tambem dividem as servidões em continuas e não continuas, apparentes e não apparentes. Alli, como aqui, tambem se consideram continuas aquellas, cujo uso é, ou pôde ser, incessante, sem necessidade de facto actual do homem, como a de aqueducto, de vistas e similhantes; e descontinuas as que estão no caso inverso, como as de passagem e similhantes; e Rogron no *Commentario* dá como exemplo de uma servidão cujo uso pôde ser continuo, a de fazer cahir no predio do visinho as aguas pluvias do telhado, por isso que os beirões estão sempre n'essa disposição.

Considera o mesmo código civil francez servidões apparentes as que se annunciam por obras exteriores, como uma porta; e não apparentes as que se não manifestam por signal exterior da sua existencia, como a prohibição de edificar sobre um predio, ou de não edificar se não até certa altura.

Antes da promulgação do Cod. Civ. já Coelho da Rocha, *Inst.*, § 589 da ultima edição, e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 441.º e 442.º, tinham adoptado a mesma classificação das servidões, e se achava sancionada na praxe. Cumpre pois, primeiro que tudo, ver como havemos de considerar a servidão de Pedro com relação aos respectivos predios, para assim apreciarmos o novissimo direito applicavel.

Da proposta, e melhor, das informações verbaes, consta que no predio que Paulo vendeu a Francisco, existem quatro poças ou prezas, e dois regos sempre abertos na superficie do solo, parte dos quaes não tem outro destino, que a conducção de agua para o predio de Pedro; mas, como n'ella tambem Francisco é consorte, torna-se necessario fa-

cto do homem para ir buscá-la, quando pertence a Pedro, e d'ella precisa. Afigura-se-me pois, que na mui dõta proposta foi esta servidão bem classificada de *apparente e descontinua*.

Não poderia Pedro adquiril-a por prescripção depois da execução do Cod. Civ., por força do art. 2273.º, que n'esta parte seguiu ainda o art. 691.º do código civil francez, mas bem podia tel-a adquirido antes da sua promulgação, conforme o uso e costume das terras, em vista do disposto no § unico do mesmo artigo. Ora, se este tinha posse immemorial, parece não haver duvida de que por via d'ella prescreveu a servidão, e talvez bastassem trinta annos, se a servidão se conceituar apparente, como me parece. Veja-se Corrêa Telles, citados art. 454.º e 455.º e Coelho da Rocha, § 599.

Mas ha uma disposição especial no Cod. Civ., alem da geral do art. 2273.º § unico, que Pedro pôde invocar para fundamentar a constituição da sua servidão, e vem a ser o § unico do art. 438.º, pela referencia que para ali faz o § unico do art. 444.º. Garante aquelle a prescripção, quando recahir sobre construcção de obras no predio superior, ao que já attendia a Resol. de 17 de agosto de 1775, ou 1776, copiada por Lobão, *Aguas*, §§ 76 e 130; e tal é o nosso caso, porque, se as prezas se podem dizer feitas para utilidade do predio de Francisco, outro tanto não pôde dizer-se com relação á parte do rego que só pôde servir para levar as aguas ao predio de Pedro. Além de que este tem o direito, fundado na mesma posse immemorial, de entrar no predio de Francisco com sacho e enchada, sempre que lhe competem, circunstancias importantissimas n'estes casos.

Posta a questão n'estes termos, resta saber se Pedro, sendo prohibido por Francisco de ir buscar a agua em que é consorte, pôde usar das acções possessórias mencionadas nos artigos 484.º e seguintes do Cod. Civ. O que levanta a duvida, e duvida mui séria, é o art. 490.º, emquanto rejeita as referidas acções com relação a servidões *descontinuas*, salvo fundando-se a posse em título provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelles de quem este o houve, o que tem feito acreditar, que *título* equivale a documento escripto, e acolhida esta interpretação, rarisimas vezes poderá collocar-se a posse de uma servidão sob a egide dos tão uteis interdictos possessorios.

E' possivel, e talvez provavel, que esteja illudido, mas

salvo o respeito à opinião quasi geral, inclino-me para outra parte, e desde já peço venia para o meu arrojado voto.

O art. 518.º do Cod. Civ. chama posse titulada a que se funda em justo titulo, e define justo titulo *qualquer modo legitimo de adquirir independentemente do direito do transmittente*. E será a prescrição positiva um modo legitimo de adquirir? Ninguém jámais o duvidou, e expressamente o diz a sabia *Rev. de Leg.* n.º 91, e o distincto juristaconsulto snr. Bruschy, *Mon. do Dir. Cre. Portug.*, tomo 2.º § 233, pag. 78 *ibi*: «Os donos d'estes predios teem direito de se servirem das fontes e nascentes... como entenderem... salvo se um terceiro tiver a ellas ou sobre ellas (direito?) por justo titulo. E são justo titulo a disposição da lei, o uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescripção».

A *Revista* em o n.º 64 igualmente respeita o direito adquirido por qualquer d'estes meios, e em o n.º 100 considera a construcção de obras no predio superior como meio de adquirir por prescripção, no que concordam a *Gaz. dos Trib.* n.º 3922, e as sentenças que transcrevê em os n.ºs 4194, 4195, 4233 e 4234.

Tem portanto Pedro posse fundada com titulo justo; e nem se diga que este não proveio do dono do predio serviente, porque, se a prescripção se constituiu pela construcção de obras no predio superior e subsequentemente pela repetida successão de actos possessorios, nada do que podia praticar-se sem a sciencia e consentimento do dono do predio dominante, temos a sua aquiescencia deduzida de factos, de que trata o art. 648.º, temos ainda mais, porque se Francisco por si e seus antepassadores se teem aproveitado para seu predio das poças e regos, do mesmo modo que Pedro e seus maiores, sendo ambos consortes na agua, não pôde deixar de vêr-se n'isto um contrato, ou fosse meramente verbal, ou na sua origem reduzido a escripto, que com o andar dos tempos se perdeu. Tudo isto me leva a crer, que Pedro pôde usar da acção de manutenção ou espolio, segundo as circumstancias.

D'esta opinião é tambem a illustrada redacção do *Direito* em o n.º 6, do 2.º anno, sempre que a servidão estivesse prescripta ao tempo da execução do Cod. Civ., mas devendo articular-se na acção o complemento d'essa prescripção e não limitar à posse de um anno, como em geral é bastante nos outros casos.

Restando porém duvida ou receio de intentar a acção possessoria por causa do *pavoroso espectro* do art. 490.º, o que me parece inquestionavel, é que Pedro pôde usar da acção ordinaria chamada confessoria, para fazer declarar o seu direito de servidão. Tambem aqui surge uma difficuldade, que não ha na acção possessoria, e vem a ser, se é forçoso registrar antes a posse, *ex ei* do art. 952.º, que prohibe invocar a em juizo para prova da propriedade, em quanto se não mostrar registrada. No entretanto, como excede a quinze e trinta annos, vou para a opinião do *Direito* citado e da *Revista* n.º 72 e 77, que sustentam, n'esta hypothese, a desnecessidade do registro, com fundamento nos art. 528.º e 529.º, combinados com o 375.º n.º 2.º e outros do Cod. Civ. Mas, quando mesmo se julgue arriscada esta opinião, tem Pedro o remedio radical nos art. 524.º e 525.º, e hem assim nos art. 126.º e seguintes do regulamento do registro predial de 28 de abril ultimo, justificando a sua posse, e depois de obtida sentença, registrando-a e intentando depois a acção confessoria, que tambem submeterá a registro.

## § 5.º

### Acção commercial

Modelo da petição para intentar uma por letras vencidas e não pagas.

Diz F., negociante, que na qualidade de portador e sacador das letras da terra juntas, na importancia de réis 2:000\$000, acceitas em 7 de setembro de 1870 e com vencimento uma em 6 do mesmo mez de 1872 e outra em 6 de setembro de 1873, e ambas datadas de 6 do dito mez de setembro de 1870, ao pagamento das quaes é responsavel F. por ser o accitante das mesmas, pretende o supplicante haver do supplicado as referidas quantias, visto terem sido as letras ajuzadas protestadas por falta de pagamento, como fazem certo os instrumentos de protesto juntos ás mesmas letras, e hem assim os juros da data d'estes, gastos do protesto e mais despezas legitimas, e seus juros, na conformidade dos art. 414.º e 415.º do Cod. Com.,

para que o supplicante requer se cite o supplicado dito F., para na 2.<sup>a</sup> audiência posterior a citação, que ha de ser a da installação da presente acção, vir assignar termo de confissão ou negação da sua firma, pena de se haver por confessada a acção, nos termos do art. 1086.<sup>o</sup> do citado Codigo, e ser o supplicado condemnado a pagar ao supplicante o montante das duas referidas letras, juros da mora e o mais que se pede na forma exposta retrò e nas custas e multas respectivas. E quando o supplicante compareça e confesse a firma, mas negue a obrigação de pagamento, se siga o disposto no art. 1087.<sup>o</sup> do Cod. Com. Vão juntas as letras a que se allude e os instrumentos de protesto.

P. a v. exc.<sup>o</sup> snr. dr. juiz presidente do tribunal commercial, seja servido mandar se cite o supplicado com a pena de revelia.

E R. M.

### § 6.<sup>o</sup>

#### Acção commercial

Pode pedir-se na contestação, que se julgue nulla uma letra, quando n'ella interveio dolo, má fé ou simulação. — O aceite de uma letra supõe a existencia de fundos na mão do acceptante. — O direito a pedir a importancia de uma letra ao saccador, prescreve passados cinco annos, provendo este que tinha fundos na mão do saccado. — Na contestação da acção commercial pode oppôr-se a simulação e dolo que intervieram no contrato, cuja responsabilidade se pede. — N'estas negces tambem é admissivel a inquirição *ad perpetuam rei memoriam*.

#### CONSULTA

Romão saccou sobre Manoel, letras que este acceitou, na importancia de 4:588\$340 réis, com vencimentos a 3 de fevereiro, 17 do mesmo e 4 de julho de 1866, sendo estas letras saçadas a favor de Joaquim, que d'ellas é portador, que as protestou.

Tendo fallecido Romão, que figura como saccador, pretende sua herdeira libertar-se da responsabilidade que pos-

sa resultar-lhe de achar-se a firma de seu pae n'aquellas letras, que o portador não tem querido ajuzar, havendo-as protestado em tempo. Pergunta-se:

1.<sup>o</sup>— Assistirá á herdeira de Romão direito a intentar contra o acceptante acção para que a liberte de toda a responsabilidade, provando-se que não havia entre Romão e Manoel contratos pelos quaes um fosse devedor ou tivesse fundos do outro?

2.<sup>o</sup>— Haverá direito a demandar o portador das letras para que accione ao acceptante sómente, sob pena de, não o fazendo, ficar inhibido de mais tarde importunar a herdeira de F.?

3.<sup>o</sup>— E provando-se que o saccador quantia nenhuma recebeu nem fiou do portador, nem com elle teve nunca contratos, poderá com proveito intentar a herdeira do saccador acção contra o portador, para que este seja condemnado a reconhecer a simulação do contrato figurado na letra?

Em data de 27 de janeiro de 1866 o acceptante obrigou e hypothecou por escriptura publica ao portador varias propriedades para garantia d'estas letras. Não interveio n'estas escripturas Romão. Poderá essa circumstancia favorecer a?

4.<sup>o</sup>— Caso haja fundamentos seguros contra o portador em algum dos factos expressados, qual será melhor, propor já a acção, ou aguardar a do portador das letras?

#### RESPOSTA AO PRIMEIRO E TERCEIRO QUESITOS

O accordão do supremo tribunal de justiça de 5 de agosto de 1859, publicado no *Diar. do Gov.* n.<sup>o</sup> 139 e na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 2667, estabelecendo, que todos os contratos presuppõem boa fé, que o dolo os vicia substancialmente na sua origem, e que são nullos aquellos contratos em que interveio engano e simulação, conclue, que estes principios se ampliam por maioria de razão aos contratos commerciaes, por que as transacções mercantis assentam sempre sobre a boa fé; e portanto que, devendo uma letra ser considerada um verdadeiro contrato de mandato nos termos do art. 361.<sup>o</sup> do Cod. Com., não pôde reputar-se valido, havendo n'elle dolo e má fé.

Posta esta doutrina, tambem adoptada pelo snr. Rosado, *Min. do Proc. Com.*, 2.<sup>a</sup> edição, a pag. 59, e que parece muito juridica, se a herdeira de Romão poder provar, que

interveio dolo, má fé, ou simulação na letra, e que seu pae a saccou por engano, ou illusão ou por outro motivo semelhante, é de esperar, que a acção se julgue procedente.

A grande difficuldade está na prova da simulação, mormente porque o accete de uma letra suppondo fundos na mão do accitante, como diz Ferreira Borges no *Dicc. Jtr. Com.*, verbo Letras de cambio; pelo que se presume, que Manoel, accitando as letras, tinha em seu poder provisão ou fundos do saccador, isto é, a somma ou os valores destinados ao pagamento das letras accites, como se exprime Pardessus, *Cours. de Dir. Com.*, n.º 388.

Se em vez de Romão não ter fundos na mão do saccado, pelo contrario os tivesse, melhor era para a sua herdeira, porque, quando demandada, oppunha a prescripção de cinco annos, de que reza o art. 423.º do Cod. Com., e que Rogron, no *Commentario* ao art. 189.º do código commercial francez, justifica pelo favor do commercio, e necessidade de tranquillisar os banqueiros e negociantes.

E' verdade, que eu supponho não se tratar de uma letra de cambio, mas da terra, ás quaes, quanto ao passador, Gaspar Pereira da Silva, nas *Fontes doCodigo*, só julga applicavel a prescripção de trinta annos, do art. 441.º; porém o sr. Forjaz é de outro sentir no tomo 2.º das *Anotações aoCodigo* a pag. 176, entendendo a palavra passador com relação ao passador das licenças, e não ao saccador das letras da terra.

Se a herdeira de Romão se resolver a intentar a acção, sou de opinião, que deve dirigir-se simultaneamente contra o saccado e o portador da letra, nos termos do Assento de 11 de janeiro de 1653, visto ser negocio que a ambos interessa.

#### RESPOSTA AO SEGUNDO

Respondo negativamente, porque em direito só se conhecem dois casos, em que qualquer póde ser constrangido a intentar uma acção contra a sua vontade, e vem a ser, ou na hypothese de difamação, ou quando, delapidando o devedor seus bens, o fador, ha muito tempo obrigado, interessa em que o credor o desobrigue. — Mello Freire, liv. 4.º tit. 7.º § 16; Corrêa Telles, *Acq.*, §§ 21 e 342; e Meirelles, *Repert. Jurid.*, n.º 7 e 942.

#### RESPOSTA AO QUARTO

Segundo os art. 866.º e 1085.º do Cod. Com., é licito na contrariedade oppôr todas as excepções, e consequentemente a de simulação ou dolo. Sendo assim, parece convenientemente não intentar já a acção, mas esperar a do portador da letra, Joaquim, que póde ou nunca apparecer em juizo, e accusado é ir agora gastar dinheiro, ou apparecer somente quando estiver já prescripta a acção.

Cumpra porém notar que, se a herdeira do saccador tiver de provar a sua excepção com testemunhas, como podem fallecer, e a prova perder-se, será boa cautella usar da inquirição *ad perpetuam rei memoriam*, de que trata a Ord. liv. 3.º tit. 55.º § 7, e a Ref. Jud. art. 270.º, e me parece não a rejeitar o Cod. Com., visto o art. 967.º

Eis o que se me offerece dizer a respeito d'esta consulta.

#### § 7.º

#### Acção commercial

Requerimento para uma perante arbitros, pedido o lavrador ao commerciante o preço da venda do vinho de sua lavra. — *Idem* de uma casa commercial a pedir a um logista a conta de diferentes artigos do commercio, que lhe vendeu a credito para elle revender. — *Idem* a pedir o preço de uma porção de baga, vendida pelo lavrador a um comprador para revenda. — *Idem* para pôr em juizo, onde não ha tribunal de commercio, uma letra protestada e não paga. — *Idem* para ajuizar uma letra no tribunal commercial. — *Idem* para exigir o preço de uma lá, e em que se torna applicavel á acção o art. 1086.º do Cod. Com. a umas cartas escriptas pelo R.

Dizem F. e mulher que pretendem intentar uma acção commercial contra F. e mulher, do logar de ..., pelos fundamentos seguintes:

#### 1.º

J. que o R. marido ha mais de doze annos é negociante de vinhos, que compra para revender, e assim pratica actos commerciaes nos termos do art. 203.º e outros do Cod.

Com., devendo por isso ser demandado no fóro commercial, quando não cumpre os seus contratos.—Snr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, § 25 da 2.<sup>a</sup> edição, e *Add.* ao mesmo a pag. 305.

2.\*

J. que o mesmo R. marido compron aos AA. todo o vinho da sua novidade de 1872 a preço de 285800 réis cada pipa da medida antiga, ou 597,696, o qual foi revender á cidade do Porto.

3.\*

J. que o R., tanto nos annos anteriores como no de 1872, tem applicado os lucros do seu commercio para utilidade do casal, que é commum a ambos os RR., por serem n'elle meeiros, e assim se presume; e tanto é isto verdade, que, sendo antes pobres, tem augmentado muito de fortuna, comprando bens, pondo grandes haccelladas, e fazendo outras varias bemfeitorias, tudo devido a esses lucros, pelo que a R. mulher tem responsabilidade pessoal pela divida aqui pedida; pois que

4.\*

J. que conquanto o R. dêsse varias quantias por conta á A. mulher, as quaes se abonam, ficou contudo a dever de resto, por apuro de contas feito em 18 de outubro de 1873, a quantia de noventa e nove mil oitocentos e vinte réis, como até declarou no escripto particular por elle feito, e que se junta devidamente sellado e reconhecido.

5.\*

J. que, havendo assim começo de prova por escripto, podem os AA. completal-a com prova testemunhal.—Cod. Com. art. 247.<sup>a</sup>, 303.<sup>a</sup>, 958.<sup>a</sup> e 959.<sup>a</sup>; snr. Rosado, § 48.

6.\*

J. que os AA. são pessoas de verdade e boas contas, e o R. marido não dá mostras d'isso, porque emigron para parte incerta do Brazil sem pagar a seus credores, nem ter com elles attenção alguma.

7.\*

J. que a R. mulher, sendo chamada ao juizo de paz ou avindor civil, recusou conciliar-se pela sua parte, como mostra a nota junta.

8.\*

J. que n'esta comarca, como não ha tribunal commercial, tem as questões commerciaes de ser decididas por arbitros, nos termos do art. 1032.<sup>o</sup> do Cod. Com.

Nestes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo os RR. condemnados a pagar aos AA. a referida quantia de 995820 réis, nas custas e no juro da mora, art. 270.<sup>o</sup> e 490.<sup>o</sup> do Cod. Com.

P. a v. exc.<sup>a</sup> meretissimo snr. dr. juiz de direito se sirva mandar citar pessoalmente a R. mulher para a segunda audiencia d'este juizo posterior á citação, e mandar passar editos para a citação do R. marido, depois de verificada a sua ausencia em parte incerta: procedendo-se na audiencia em que se accusar a ultima citação á nomeação e escolha de arbitros, que decidam a presente questão e marcando-se então tambem a dilatação, em que ha de ter logar o arbitramento; e escolhidos que sejam os arbitros, se requer que v. exc.<sup>a</sup> lhes defira juramento, a fim de se propor depois perante elles a acção supra, por serem os competentes para deferir ao preparatorio do processo, como ensinam o dito snr. Rosado, § 99 e Obs. á formula 37 a pag. 243; snr. Sousa Duarte, *Nov. Prat. Jud.*, n.<sup>o</sup> 4548; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, §§ 116 e 117; e Correa Talles, *Man. do Proc.*, § 32.

E. R. M.

Dizem P. & C.<sup>a</sup> que querem intentar uma acção commercial contra F. e mulher, pelos fundamentos seguintes:

1.<sup>o</sup>

J. que os supplicantes possuem na cidade de ... um vasto estabelecimento commercial, cujas fazendas vendem por atacado, e d'ellas fornecem varias lojas de negocio em diversos pontos do reino, o que é publico e notorio.

2.<sup>o</sup>

J. que os supplicados teem tido ha muitos annos no lugar de ... uma loja de negocio sortida de diversos generos, que revendem a retalho ao publico, a qual loja era regularmente abastecida do estabelecimento commercial dos supplicantes, que lhes vendiam esses generos a credito, o que foi preseuceado por muita gente, e era geralmente sabido.

3.<sup>o</sup>

J., e tanto assim é, que dos documentos juntos em o maço que leva o n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup>, se mostra haverem os supplicantes remellido por diversos arraes em diferentes occasiões aos supplicados fazendas seguras nas quantias de 148\$000 réis, 103\$500 réis, 74\$000 réis, 58\$000 réis e 91\$000 réis, as quaes todas os supplicantes lhes venderam fiadas.

4.<sup>o</sup>

J. que as relações commerciaes existentes entre os supplicantes e os supplicados, e os abonos que aquelles costumavam fazer a estes, tambem se corroboram com as tres cartas escriptas pelo proprio punho do supplicado marido, reunidas no maço appenso n.<sup>o</sup> 2.<sup>o</sup>

5.<sup>o</sup>

J. que no 1.<sup>o</sup> de junho de 1872 deviam os supplicados aos supplicantes, como consta da conta corrente que vai junta, a quantia de 449\$775 réis; e porque pagaram depois por uma vez a quantia de 100\$006 réis, e por outra

vez a quantia de 50\$000 réis, ficaram devendo de resto a quantia de 299\$755 réis, que nunca pagaram, nem a solução se presume.

6.<sup>o</sup>

J. que esta divida foi contrahida em beneficio de ambos os supplicados, porque convertiam em proveito do casal commum os lucros do negocio, e tanto assim que compraram varios bens e melhoraram outros, depois que principiam a negociar.

7.<sup>o</sup>

J. que os supplicantes são commerciantes muito acreditados e de grande probidade.

8.<sup>o</sup>

J. que tendo os supplicados revendido com animo de auferir lucro das fazendas, que os supplicantes lhes venderam, fizeram actos de commercio nos termos do art. 203.<sup>o</sup> e outros do Cod. Com., e o foro commercial é o competente para a presente acção; e como n'este julgado de ... não ha tribunal commercial, tem a presente causa de ser julgada por arbitros, segundo os art. 1032.<sup>o</sup> e seguintes do mesmo Codigo e decreto de 6 de março de 1850.

9.<sup>o</sup>

J. que n'estes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo os supplicados condemnados a pagar aos supplicantes a referida quantia de 299\$755 réis, e os juros commerciaes da mora, e hem assim nas custas e multa.

P. a v. exc.<sup>a</sup> meretissimo snr. dr. juiz de direito, etc.

E. R. M.

Diz F. que quer intentar uma acção commercial contra F. e mulher, pelos motivos seguintes:

1.º

J. que o supplicante no mez de setembro proximo pasado vendeu ao supplicado marido dezenove razas de baga, correspondendo cada uma a 15,447 e todas a 292,923, a preço de dois mil e quinhentos réis, importando tudo em 475,700 réis. Este contrato foi feito entre o supplicante e o supplicado, o qual lhe entregou logo de signal uma libra em ouro, ficando assigna a dever 435,000 réis; e tudo foi presenciado por testemunhas fidedignas que não de depór.

2.º

J. que nenhuma duvida podem offerecer á producção de prova testemunhal os arts. 958.º, 959.º e correlativos do Cod. Com., enquanto exigem começo de prova por escripto, por quanto o supplicado confessou perante o juiz de paz, como consta da nota junta, quanto basta para considerar-se que ha começo da dita prova.—*Rev. de Leg. n.º 96 e Direito n.º 5 do 2.º anno.*

3.º

J. que passados alguns dias, precisando o supplicante de dinheiro, dirigiu-se ao supplicado marido, que promptamente lhe entregou por conta do preço da baga a quantia de 18,000 réis, ficando assim a restar tão sómente ao supplicante a quantia de 255,000 réis.

4.º

J. que o supplicante é pessoa de toda a verdade, e incapaz de pedir o que se lhe não dever.

5.º

J., e é verdade, haver a baga do supplicante sido medida por F., como o supplicado mesmo declarou no acto da conciliação, e o supplicante a elle se dirigiu primeiro, por já lhe constar, que o supplicado propalava ser o mesmo o verdadeiro comprador; porém este declarou terminantemente que o comprador fôra o supplicado, o qual decerto não pôde evadir-se á sua solução, por haver sido a pessoa com quem o supplicante contratou, e que n'esse acto não disse ser a

bagá para outrem, ao passo que F., quando a mediu, logo disse que a baga era para o supplicado.

6.º

J. que o supplicado comprou muita baga, toda em seu nome, a diferentes pessoas, além do supplicante, e toda ella para revender e metter os lucros no casal commum, o que tornou o acto commercial, como é expresso no art. 203.º e outros do Cod. Com.

7.º

J. que, não havendo n'este julgado de ... tribunal de commercio, teem as causas commerciaes de ser julgadas por arbitros, nos termos dos artigos 1032.º e seguintes do Cod. Com. e decreto de 6 de março de 1850.

ARTIGO ADDICIONAL

J. que se o R. allegar ser commissario de F., isso não o salva de pagar ao supplicante, em vista do disposto nos arts. 42.º, 792.º e outros do Cod. Com.

8.º

J. que n'estes termos e nos de direito devem os supplicados ser condemnados a pagar ao supplicante a referida quantia de 255,000 réis e nas custas e multa.

P. a v. exc.ª meretissimo snr. dr. juiz de direito, etc.

E R. M.

Diz F., do logar de .... e residente em ..., que quer intentar uma acção commercial contra F., do mesmo logar, mas hoje residente em ..., porquanto

4.º

J. que o supplicado se obrigou pela letra junta a pagar

ao supplicante, ou á sua ordem, a quantia de 225854 réis, prata ou ouro, com exclusão de papel; e, como não pagasse no dia do vencimento, lavrou-se o termo de protesto, tambem junto, no dia 29 de abril ultimo, do qual se vê que o supplicado na resposta dada ao escrivão reconhece a veracidade da divida.

2.º

J. que, tendo a importancia da letra de ser paga no logar de . . . , é competente este juizo de . . . para correr a presente questão, como se deduz dos art. 338.º e 400.º do Cod. Com., e ensina o snr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, § 30, e decidiu a relação de Lisboa no accordão de 11 de janeiro de 1851, na *Gaz. dos Trib.* n.º 1353. E quando mesmo a letra junta se não podesse considerar rigorosamente de cambio, tinha logar esta mesma disposição pelos art. 429.º e 436.º do citado Codigo e lei de 27 de julho de 1850.

3.º

J. que o supplicado ainda não pagou, nem a solução se presume; e, chamado perante o juiz de paz, ou aviador civil, nos termos do art. 1032.º, foi revel, o que mostra a nota junta.

4.º

J. que n'estes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo o supplicado condemnado a pagar ao supplicante a referida quantia de 223854 réis, com os juros commerciaes desde o protesto, e nas custas.

P. a v. exc.ª meretissimo snr. dr. juiz de direito, etc.

E R. M.

Diz F. que é credor de F. pela quantia de . . . , importancia da letra junta, que o supplicado accetitou, a pagar em . . . E porque não satisfizes esta letra no dia do seu vencimento, pelo que foi devidamente protestada, segundo verifica o protesto tambem junto, e o supplicante quer embolsar-se assim do capital e juros d'essa letra desde o seu ven-

cimento, como das despesas do protesto e dos juros do mesmo desde a proposição da acção, pretende por isso o supplicante, que o supplicado seja citado para na primeira audiencia d'installação vir assignar termo de confissão ou negação da sua firma, nos termos que prescrevem os art. 1086.º e 1087.º do Cod. Com., a fim de seguirem os demais termos legais, e ser condemnado no capital, despesas e juros pela fórma exposta.

P. a v. exc.ª se digne mandar, que o supplicado seja citado para fallar á presente acção, sob pena de revelia, expedindo-se para este fim a competente deprecada.

E R. M.

Diz F. que quer intentar uma acção commercial contra F. e mulher, pelos motivos seguintes:

1.º

J. que o supplicante vendeu fiadas aos supplicados no anno de . . . sete arrobas e meia de lã, que pelo peso actual fazem 110<sup>2</sup>,160, sendo o preço de cada uma arroba, ou 14<sup>2</sup>,688, dois mil e setecentos réis, importando assim a divida em 205250 réis, tudo salvo erro.

2.º

J. que o supplicado marido é almocreve e commercia n'este e n'outros generos, que costuma comprar e levar para . . . onde os revende para auferir lucro, o qual redunda em proveito do seu casal; e o mesmo aconteceu com relação á já mencionada no artigo antecedente, a qual revendeu, convertendo o lucro em beneficio de ambos os supplicados; e d'esta sorte

3.º

J. que tem cabimento a acção commercial, como se vê do art. 203.º do Cod. Com. e doutrinas do snr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, § 25 e nota a pag. 48, e *Add.* a pag. 305 da 2.ª edição.

4.º

J. e tão verdade é o que fica expellido, que, escrevendo o supplicante no 1.º de maio de 1869 ao supplicado uma carta, a qual se junta por appenso em n.º 1.º, pedindo o pagamento da sobredita divida, elle confessou a sua veracidade, como se manifesta da resposta exarada por seu proprio punho no verso da mesma carta; e mais

5.º

6.º

J. que depois d'isso os supplicados ainda não pagaram, nem a solução se presume, antes tem pedido espera por varias vezes, por prazos que ha umito findaram; e porque ha começo de prova por escripto, pôde o supplicante completal-a com prova testemunhal.— Cod. Com. art. 247.º, 503.º, 958.º e 959.º, cit. snr. Rosado, § 48 a pag. 121.

7.º

J. que o supplicante é homem de toda a probidade e verdade, e o supplicado marido é um pouco descuidado no cumprimento de seus contratos.

8.º

J. que os supplicados, sendo chamados perante o juiz de paz, ou avindor civil, em cumprimento do art. 1032.º do Cod. Com., foram reveis, como mostra a nota junta.

N'estes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo os supplicados condemnados a pagar ao supplicante a referida quantia de 205250 réis, nas custas e nos juros commerciaes da mora, art. 270.º e 490.º do Cod. Com.

P. a v. exc.ª meretissimo snr. dr. juiz de direito, etc.

R. M.

§ 8.º

### Acção commercial

É esta a que tem logar para haver de um sujeito uma quantia que se lhe emprestou para compra de cereaes para serem revendidos, correndo os lucros e perdas por conta do credor e devedor. — N'este caso dá-se uma verdadeira sociedade por haver todos os requisitos para ella se constituir. — Sendo intentada esta acção em juizo onde não ha tribunal commercial, deve correr perante arbitros. — Intentando-se similhante acção civilmente, deve o processo julgar-se nullo, e a todo o tempo pôde deduzir-se a excepção de incompetencia, em razão da materia. — Sendo porém pedida aquella quantia pelo processo civil a titulo de emprestimo, não podia o A. vir a juizo sem prévio manifesto, e sem que fizesse a prevenção de que trata o art. 1641.º do Cod. Civ.

### Reflexões jurídicas por parte do R.

No memorial para a conciliação fl. 3, declarou o A. ter entregado ao R. ha oito para nove annos, a quantia de trinta mil réis para *negociarem em cereaes, sendo o ganho e perdas a meias*; e que mais tarde, exigindo *contas* ao mesmo R., recebeu d'este a quantia de 43500 réis a titulo de *lucros auferidos* no tal *negocio*. Declarou finalmente, que não lhe tendo o R. dado *mais lucro* algum, nem o *capital*, nem tendo feito *contas*, pretendia haver o seu *capital*, prescindindo de qualquer *lucro* ou *juro*.

No libello fl. 7 e art. 1.º continou o A. affirmando ter dado ao R. dinheiro a *meio ganho* para este o *empregar em cereaes*; no art. 2.º, que o R. lhe entregara, quando lhe pediu *contas*, 43500 réis, que dissera ser a *pretensão* d'elle A. nos *lucros* que tinha auferido; e no art. 3.º, que exigiu ao R. muitas vezes a quantia que para o *negocio* tinha recebido.

Parece-nos evidente em face das declarações do A., que ahí deixamos fielmente compendiadas, e que o R. tambem affirma serem verdadeiras, que sobejam os elementos para determinar a natureza do contrato celebrado entre o A. e o R. As palavras — *negocio em cereaes, ganho e perdas a meias, lucros, contas, capital e meio ganho* — são bastante claras, para que se veja n'ellas a expressão de uma sociedade commercial estabelecida entre um e o outro.

Todos os cultores da sciencia juridica sabem que dnas são as características dos actos commerciaes, a saber: *medeação*, ou o acto que approxima dos consumidores a mercadoria havida dos productores, e *especulação*, ou a intenção de auferir lucro da medeação; e a *compra para revender* é a forma mais usual e simples da medeação, sendo o fim d'esta operação auferir lucro, o que importa a especulação. E por isto que o Cod. Com. considera no art. 203.º acto de commercio a compra para revenda; é por isto que a doutrina legal se acha desenvolvida e apoiada pelos mais insignes commercialistas, taes como o sr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, § 25, nota 30, e o sr. Forjaz, *Comment. ao Cod. Com.*, tomo 1.º pag. 153 e seguintes. Vejam-se tambem no mesmo sentido Pardessus, *Cours. de Dir. Com.*, tomo 1.º pag. 603, e Rogron, *Comment. ao art. 632.º do codigo commercial francez.*

Ora se o dinheiro que o A. entregou ao R., foi com o destino de por este ser empregado em *negocio de cereaes*, o que equivale a dizer *compra e revenda*, e portanto *medeação*, e com o intuito de *auferir lucros e ganhos*, que deveriam ser *partidos a medias*, o que envolve *especulação*, fica bem patente que o acto que faz objecto d'esta acção, revestiu a natureza de commercial.

Mas não é só isto. O Cod. Com., legislando sobre as diferentes especies de sociedades commerciaes, trata nos art. 565.º e seguintes da sociedade tacita, que é aquella cuja existencia se induz de actos proprios de sociedade, e que regularmente se não costumam fazer sem qualidade social (art. 565.º), e em que o socio tacito, cujo nome não apparece ao publico como socio, tem qualquer interesse ou no fundo social ou nos ganhos, ou em uma e outra cousa, na precisa qualidade de lucros sociaes (art. 566.º).

A vista d'esta doutrina parece-nos ainda, que entre A. e R. houve uma verdadeira sociedade commercial tacita, já porque o capital fornecido pelo A. destinava-se a operações mercantís (compra e revenda de cereaes com intenção de auferir lucros), já porque o mesmo A. ficava com direito a partilha a medias nos ganhos, e já porque a sua qualidade de socio não se revelava ao publico, por ficar gerente da sociedade só o R., vindo assim o A. a tornar-se um verdadeiro socio tacito.

E nem venha o mesmo A. dizer-nos na sua replica, que

foi um contrato de emprestimo de dinheiro, regido pelos art. 1506.º e seguintes do Cod. Civ., porque a tão estranha pretensão resiste a verdade dos factos, que elle francamente historiou no memorial para a conciliação e no libello, e que mais tarde quiz desfigurar, quando viu que tinha errado o tribunal a que dirigira a sua pretensão. Onde está com effeito a cedencia gratuita do capital, para que possa conceituar-se de emprestimo o contrato celebrado? O proprio A. declarou ter pactuado a partilha nos lucros, e ter já recebido á conta d'estes 45500 réis; além de que a entrega dos 2045000 réis foi com o fim de negociações commerciaes, como já se disse, o que tira ao acto a natureza civil. E tambem não pôde dizer-se, que houvesse um contrato de usura, de que tratam os art. 1636.º e seguintes do mesmo Codigo, não só pela mesma razão do destino commercial do dinheiro, mas tambem porque se não estipularam *juros certos* (certa retribuição diz o art. 1636.º), ficando pelo contrario o A. com direito a partilhar nos lucros, se os houvesse, e por isso interessado em todas as negociações que o R. fizesse, e cujo resultado o affectaria tambem. Vê-se, pois, a distancia incommensuravel que separa este contrato do emprestimo gratuito ou remunerado, no qual o A. nada teria com a applicação que o R. desse ao dinheiro, por lhe assistir sómente o direito de haver d'elle o seu capital com juros determinados ou sem elles, e não precisando por isso de *chamal-o a contas*.

Se pois o A. por fornecer o capital social, por ter direito a partilhar nos lucros, e por estar tambem sujeito á metade das perdas, era directamente interessado nos contratos de compra e revenda de cereaes que o R. celebrasse, os quaes são indubitavelmente commerciaes, quem pôde negar que esta acção, destinada a assegurar a responsabilidade resultante dos mesmos contratos por parte do R. para com o A., devia ser intentada commercialmente, em vista do preceito dos art. 206.º e 1029.º do Cod. Com.?

Por outro lado a convenção que houve entre o A. e o R., teve a natureza de uma rigorosa sociedade commercial, sendo já se demonstrou, e por isso esta questão, filha de tal contrato, devia ainda, por este lado, ser levada perante arbitros commerciaes, como expressamente determinam os art. 748.º e 749.º do citado Cod. Com.

E não objecte o A. na replica, que o contrato não foi

commercial, por nenhum dos pactuantes ser commerciante. Na verdade não era preciso que acrescesse tal qualidade pessoal, revestindo ambos, ou um só d'elles, porque este requisito só é essencial n'aquelles casos; em que a lei o exige expressamente, o que não succede em a nossa hypothese; sendo doutrina corrente que fóra d'aquelles casos excepçõaes só tem a attender-se á propria natureza íntima dos actos, para os qualificar de commerciaes ou civis, conforme elles tiverem ou não as características que a lei commercial exige, sem attenção a serem commerciantes ou não os seus agentes. E o que dispõe terminantemente o art. 12.º do Cod. Com. na sua segunda parte, e que pôde encontrar-se desenvolvido no *Comment.* do sr. Forjaz ao mesmo artigo, no *Man. do sr. Rosado*, § 25, nota 30 a pag. 53 in-fine, e 74 da 2.ª edição, e na sentença do distincto escriptor de direito commercial, Gaspar Pereira da Silva, que se lê na *Gaz. dos Trib.* n.º 37.

Teve pois o contrato que o A. celebrou com o R. a natureza de commercial, e por isso era essencial que este pleito, que versa sobre elle, fosse intentado no juizo commercial; e assim o determinavam os citados art. 206.º e 1029.º do Cod. Com., confirmados ainda pelo decreto de 17 de dezembro de 1833. Aos arbitros commerciaes pertencia o seu conhecimento e decisão, nos termos dos art. 748.º, 749.º, 1031.º e 1032.º do mesmo Codigo, art. 4.º do decreto de 19 de abril de 1847, e art. 1.º do decreto de 6 de março de 1850.

Não se fez assim, não se cumpriu a lei, e por isso o presente processo vai irremissivelmente ser julgado nullo por incompetencia do juizo, a qual por ser absoluta e *ratione materiae* não podia ser supprida, ainda por consentimento das partes, subsistindo a facultade de a arguir até ás sentenças definitivas das relações, como expressamente prescreve o art. 843.º da Ref. Jud.

Esta é a doutrina legal. O decreto com força de lei de 21 de abril de 1847, diz no art. 1.º:

.....  
 Tal nulidade das sentenças por incompetencia dos juizes já apparece estabelecida na Ord. liv. 3.ª tit. 75.ª pr. 3.ª e deu origem á disposição especialissima da lei de 19 de dezembro de 1843, art. 7.º: tanto o legislador curou sempre da competencia do magistrado que julga!

Tambem os nossos tribunaes superiores teem sido rigorosos em annullar processos por defeito de competencia. Apontamos para os accordões do supremo tribunal de justiça de 27 de agosto de 1867 na *Gaz. dos Trib.* n.º 3939 e de 8 de junho de 1869 na *Gaz.* n.º 4208 e no *Dirito* n.º 42 do 1.º anno, nos quaes se firmou o principio de que as nullidades em materia de competencia são insanáveis, por dizerem respeito á ordem publica.

Igual doutrina é abraçada pelos nossos juriscultos. Veja-se Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 186 e respectiva nota, e *Gaz. dos Trib.* n.º 6, 2719 e seguintes, 3289 e 4289, e *Dirito* n.º 8 e 27 do 3.º anno.

Não deixando duvida a confrontação do libello com o memorial para a reconciliação, de que o A. adiantou ao R. 305000 réis para negociarem em cereaes, sendo o ganho e perdas a meias, é visível ser a acção commercial, como já notamos, embora se estipulasse a clausula de ficar livre o capital ao mesmo A., clausula nulla e reprovada pelos art. 531.º e 532.º do Cod. Com., e que não pôde ser attendida nos tribunaes commerciaes. Mas o A. na replica convolou para o emprestimo civil, como se vê no primeiro artigo a fl. 16, invocando-se até o art. 1596.º do Cod. Civ., que trata do emprestimo, se bem que parece ter havido equívoco n'esta parte, porque, se o emprestimo vencia juro, tinham applicação os art. 1636.º e seguintes do Cod. Civ.

Ora se a acção, constante do libello, era commercial, e portanto devia ser instaurada no juizo commercial, e se a acção, constante da replica, é civil, pertencendo o seu conhecimento ao tribunal civil, é claro que são duas acções distinctas, havendo assim variação de acção, o que não era permitido, como em caso analogo julgou o supremo tribunal de justiça em accordo de 20 de maio de 1853, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 1734 *ibi*.

.....  
 E com effeito foi sempre este o direito e a praxe — Ord. liv. 3.ª tit. 1.º § 7.º; Pereira e Sousa, *Segundas Linh.*, nota 267; Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 191; e Nazareth, § 333. O A. não o fez assim, e portanto o processo não pôde sustentar-se.

.....  
 Além de que se o A. diz no primeiro artigo da replica que o seu emprestimo vencia juro, não podia pôr em juizo

a presente acção sem a prevenção com trinta dias de anticipação, que estabelece o art. 1644.º do Cod. Civ., e esta falta é fulminada de nullidade no art. 10.º

Demais, havendo usura, ou ainda mutuo, não podia o A. vir a juizo sem prévio manifesto da divida, até com a pena de não ter acção para demandal-a, o que consta de uma serie de legislação, que começou no alvará de 26 de setembro de 1762, e ainda por este lado tinha o processo de haquear.

Em conclusão, debaixo de qualquer aspecto que o processo se encare, tem de ser julgado nullo, já que o A. não quiz a tempo confessar a nullidade, e instaural-o de novo, dando-lhe um rumo legal.

§ 9.º

**Acção commercial**

É a competente para o lavrador demandar o comprador do seu vinho pelo preço ajustado, quando o comprador comprou para revender.

CONSULTA

A. vendeu a B. o vinho da sua novidade do anno de ... que B. mandou carregar e conduzir, revendendo-o depois. B. recusa-se a pagar o resto do preço ajustado, e por isso pergunta-se: a acção é civil ou commercial?

RESPOSTA

Pelo conhecimento da questão que se me expõe, entendo que o fóro commercial é competente para ella se ventilar.

Trata-se de haver o resto da importância de um vinho da sua lavra, que um lavrador vendeu a um negociante d'este genero.

Comquanto o art. 504.º n.º 3.º do Cod. Com. pareça autorisar a opinião d'aquelles que julgam o fóro civil competente para esta acção, é certo que este numero só se refere ás obrigações do lavrador, para as quaes é competente o juizo civil.

As obrigações porém do negociante estão reguladas nos artigos do Cod. Com., e são da exclusiva competencia dos tribunaes commerciaes, segundo determinam os art. 206.º e 1029.º do mesmo Codigo.

Assim se tem entendido no fóro estes artigos, sendo assim a praxe continua de julgar.

§ 10.º

**Acção para destrinça do fóro pelas diferentes glebas do praso e eleição de cabecel**

Hoje não ha lugar para nomeação de cabecel, tendo o senhorio de receber dos diferentes possuidores. — Qualquer questão posta em juizo, tem de julgar-se pelo direito vigente ao tempo em que se preferir a sentença, e não pelo que vigorava quando se instaurou a causa, se este mudou. — O juiz não é obrigado a seguir o parecer dos peritos em qualquer vistoria, podendo julgar como entender sem attenção a ella.

**Reflexões juridicas por parte do R.**

1.º

O A. na conclusão do seu libello a fl. 17 v. pede que os RR. se louvem com elle A. e mais compassuidores do praso em louvados, que repartam a totalidade do fóro pelos predios foreiros; que paguem as quotas dos mesmos fóros, que no rateio lhes tocarem, assim os vencidos desde 1846, como os vincendos; que elejam um cabecel, o qual recebendo dos inquilinos as respectivas quotas de fóro, lhe satisfaça por inteiro, devendo ser o maior compassuidor; que assignem escriptura de renovação do praso na fórma e com as condições do anterior; e que exhibam previamente os predios foreiros para a competente vedoria, sob pena de se entender que renunciam os direitos do praso.

2.º

Foi este libello offerecido em audiencia de 31 de agosto

de 1867 sob o imperio da antiga legislação: mas, principiando depois a vigorar o Cod. Civ. em 22 de março de 1867, tornou impossiveis alguns dos petitorios que ficam enumerados, como vamos mostrar.

3.º

Mas ou estas divisões tiveram a acquiescencia do A. (ou de seus maiores), ou a não tiveram, em qualquer dos casos a legislação actual prohibe que se julgue procedente o petitorio.

4.º

Se o A. deu o consentimento (e o mesmo se foi pessoa a quem represente) para as divisões arguidas (sendo mui provavel que sim, porque não ousou allegar o contrario) prejudicou-se redondamente; porque até pelo direito antigo lhe ficava vedado exigir a nomeação de cabecel — Coelho da Rocha, *Inst.*, § 545; Lobão, *Fasc.*, tomo 3.º, dissert. 4.ª § 18, nota e § 22; *Rev. de Leg.* n.º 93; quanto mais hoje pela expressa disposição do § 4.º do art. 1662.º do Cod. Civ. Se não deu consentimento, supposto outr'ora pudesse pedir a eleição de cabecel, dizendo-lhe a lei de 1 de julho de 1867, que em 22 de março seguinte começava a ter força de lei o Cod. Civ., devia intentar sua acção a tempo de ser-lhe julgada antes, visto que o citado artigo virtualmente aboliu tal entidade para o futuro, não faltando até quem estenda a prohibição aos eleitos de preterito *ex vi* do art. 1694.º, sobre o que pôde vêr-se o *Direito* n.º 41 do 1.º anno. O que resta pois ao A. é, ou sujeitar-se a receber de cada foreiro a quota que na destrinça lhe couber, ou demandal-os para se conjunctar o praso illegalmente dividido.

5.º

E nem se diga que, sendo a acção intentada na vigencia da antiga legislação, é por esta que deve aferir-se o petitorio, porque para isso era mister, que, quando sobreveio o Codigo, houvesse já pelo menos sentença em primeira instancia, e ha quem entenda que nem assim. Dêmos a razão do nosso dito.

6.º

O decreto de 17 de julho de 1778, com relação a varias leis que suspenden, estabeleceu os principios seguintes: que a ninguem seja permitido intentar de novo acção alguma sobre o direito que lhe podiam dar essas leis suspensas, ainda com motivo de os ter adquirido em tempo habil; que fique em vigor o que se tiver julgado em causas findas por sentença, ou accordo em transacções amigaveis; que as causas pendentes por appellação ou agravo, em que houver sentença de primeira instancia, se julguem na superior em conformidade das leis vigentes ao tempo da sentença: *que aquellas em que ainda a não houver se julguem conforme a lei actual*; e passa a fazer applicação d'esta disposição ás legitimas das filhas das casas distinctas, se os inventarios não estiverem concluidos, *porque n'estas circumstancias está já suspensa a observancia da lei, quando se profere a sentença e faz a adjudicação.*

7.º

Com estes principios se havia já conformado o assento de 29 de março de 1770, interpretando o § 2.º da lei de 9 de setembro de 1769 sobre a nullidade dos testamentos, em que a alma era instituida herdeira, declarando comprehender os anteriores pendentes, isto é, por cumprir, á publicação da lei.

8.º

O decreto de 17 de dezembro de 1833, que poz em vigor o Cod. Com., provendo a respeito dos processos então pendentes *sem sentença*, mandou-os começar de novo, e discursando a este respeito diz, que, para se julgar do effeito retroactivo de uma lei, cumpre attender ao que está consumado, e ao que o não está, aos direitos que estão em suspensão; que n'estes se applica a lei nova, n'aquelles não. Concordou a portaria de 17 de julho de 1838, declarando que o passado para a lei é o que está perfeito e consumado, e que os negocios pendentes estão debaixo do dominio da lei nova, para serem por ella regulados todos os seus actos posteriores; d'onde concluiu que os aforamentos dos

baldios ainda não confirmados pelo desembargo do paço, estavam sujeitos á competencia dos novos corpos administrativos.

## 9.º

Era tambem esta a doutrina dos nossos melhores jurisconsultos, como Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, tomo 1.º § 11, n.º 10 e nota; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 8 e nota A; e Bruschy, *Man. de Dir. Civ. Portug.*, § 19, pag. 12. E nem outra coisa quer dizer Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 11.º, quando ensina, que o direito superveniente depois que a lide foi intentada aproveita a qualquer das partes contendoras: já o havia dito Cane., *Var.*, tomo 3.º cap. 3.º, n.º 468 *ibi — jus superveniens, etiam ex causa de futuro, prosit ad victoriam causæ, non solum reo, sed et actori.*

## 10.º

Nem arestos nos faltam. Na *Revista* n.º 53 achamos uma hem elaborada sentença n'este diário, a que tão sabia redacção presta seu apoio; e no *Diar. do Gov.* n.º 272, de 30 de novembro de 1865 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 3653 vem o accordo do supremo tribunal de justiça de 27 de outubro d'esse anno, o qual estabelece o principio de que, promulgada uma lei na pendencia de uma causa, as suas disposições de futuro fazem direito para ella. Se pois o Cod. Civ. vedou a creação de cabeceis para o futuro, e ainda não é liquido se tolerou os já creados, não seria injuridico, e até um contrasenso, que a requerimento do A. hoje, depois da lei e a despeito d'ella, se erigisse um de novo?

## 11.º

Acresce que a qualidade de cabecel é considerada como um serviço pessoal pelo sr. Ferrão, *Repert. sobre For.*, tomo 1.º pag. 85; pelo decreto de 20 de março de 1821, que, declarando extinctos os serviços pessoas, exceptuou o dos cabeceis ou cabeceiros, excepção que depois tambem extinguiu a lei de 5 de junho de 1822; e pelo supremo tribunal de justiça nos accordãos de 9 de dezembro de 1853 e 7 de abril de 1854, transcriptos na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 4795 e 4841, em que se consigna a doutrina de que um cabecel é

pessoa illegitima para, sobre controversias de direito e dominio, representar em juizo todos os colonos de um casal, que se ache dividido de tempos antigos, constituindo tantos prazos distinctos, quantos os diversos possuidores, por ser o serviço dos cabeceiros ou cabeceis pessoal, e se acharem abolidos esses serviços em qualquer hypothese pelas disposições da lei de 22 de junho de 1846. art. 3.º e 4.º § unico. Mas as leis que regulam direitos ou obrigações pessoas applicam-se, apenas promulgadas, ás causas pendentes. Veja-se o accordo da relação de Lisboa no *Direito* n.º 39 do 2.º anno; *Ree. de Leg.* n.º 6; Coelho da Rocha no logar citado; e Rogron, *Comentario* ao art. 2.º do codigo civil francez.

## 24.º

Está visto que os louvados, salvo o respeito, andaram mal, e jámais conseguirão convencer algum julgador de que a casa foi n'aquelle sitio de preferencia a outro. Nem os juizes tem obrigação de nas vistorias, arbitramentos ou exames seguir cegamente o parecer dos peritos, e só quando deram boas razões, obice muito justo ás resoluções menos acertadas. A este respeito diz Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 463: «O arbitramento não tem effeito de sentença, mas só de prova subsidiaria; e o juiz não é obrigado a seguir precisamente o parecer dos louvados, mas deve dar-lhe a fé que as circumstancias, conhecimentos e exposição dos louvados lhe merecera. O mesmo ensinam Lobão, *Aeal.*, § 138; Pereira e Sousa, *Link. Civ.*, § 258 e nota; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 196; e *Gaz. dos Trib.* n.º 2930. E' esta tambem a doutrina do Cod. Com. art. 999.º; e por igual razão a relação de Lisboa em accordo de 30 de novembro de 1861, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 3071, rejeitou as declarações dos peritos em uma vistoria. Hoje o Cod. Civ. adoptou este principio no art. 2419.º

## § 11.º

**Ação de investigação de paternidade  
illegítima**

Os filhos perfilhados, cujos pais morreram já depois de vigorar o Cod. Civ., conquanto nascessem na vigência da lei antiga, tem direito a legitima, embora sejam filhos de pae nobre, porque os seus direitos são regulados pela lei vigente á data da abertura da herança. Se pois o pae havia feito doação do usufructo de toda a sua herança, pôde o filho pedir a redução d'ella para ficar livre a sua legitima.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' innegavel que muito grande é a differença entre os efeitos juridicos produzidos pelas perfilhações no imperio da lei antiga, e os que hoje produzem á face do Cod. Civ. Outr'ora não conferiam direito a succeder necessariamente, e eram antes uma dispensa para os filhos poderem receber por testamento o que seus paes lhes quizessem deixar, e tambem succeder-lhes *ab intestato* em certos casos e dadas certas condições; e é por isso que estes não podiam que- relar os testamentos ou disposições em que fossem preteridos; e quando seus paes fossem nobres, nos termos da Ord. liv. 4.ª tit. 92.º § 1.º, nem mesmo *ab intestato* podiam succeder a seus paes, ficando limitados a receber o que estes aprouvesse deixar-lhes.—Veja-se Coelho da Rocha. *Inst.*, §§ 299, 339 e 347; e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 482.º e seguintes.

Encarada a perfilhação do consultante sob este ponto de vista, e em face dos efeitos, que lhe concedia a lei antiga, é fóra de duvida, que a escriptura ante-nupcial de 8 de fevereiro de 1854 estaria valida na parte em que os esposados se doaram reciprocamente o usufructo vitalicio de todos os seus bens, na hypothese de não haver filhos do matrimonio; e o filho perfilhado teria de resignar-se a receber só os seus alimentos durante a vida da usufructuaria.

Mas esta questão tem de discutir-se e resolver-se em face do Cod. Civ., o qual fez profundissimas alterações em materia de perfilhações e seus efeitos. Os art. 129.º n.º 3.º,

1784.º, 1785.º, 1989.º e seguintes, garantem aos filhos perfilhados o direito á sua legitima, considerando-os como herdeiros legitimarios, ou necessarios segundo a phrase da lei antiga, e d'esta fórma interpretam o Codigo a *Rev. de Leg. n.º 168* e o *Direito n.º 20* e 39 do 3.º anno. Sob este aspecto o filho perfilhado acha-se prejudicado na sua legitima pela sobrieda escriptura ante-nupcial, e pôde requerer a sua redução emquanto á doação do usufructo universal, invocando para isso os art. 1492.º e 1789.º do mesmo Codigo.

E nem se diga, que estas disposições da lei nova são applicaveis unicamente ás perfilhações operadas na sua vigencia, tendo de regular-se as anteriores pela legislação antiga. Contra esta pretensão está o preceito do art. 2009.º, o qual dizendo que a herança se abre pela morte do seu auctor, sanciona o bem conhecido principio juridico, de que as successões são sempre reguladas pela lei vigente á data da sua abertura.

Consequentemente, se o consultante se acha legalmente perfilhado, não só em vista da lei velha, mas ainda da nova; se n'essa qualidade juridica lhe assiste hoje direito indisputavel a receber a sua legitima; e se o seu direito successorio ha de regular-se não pela lei antiga, mas pelo Cod. Civ., vigente á morte do pae perfilhante, auctor da herança, parece-me que a consequencia logica de tudo isto é reconhecer-se-lhe o direito de exigir a redução da doação na parte em que offendeu a mesma legitima. Se assim não fóra deixaria de ter a qualidade juridica de herdeiro legitimario, que o Codigo lhe garante, e frustrar-se-ia a disposição do art. 12.º do mesmo.

E nem se objecte com a disposição do art. 8.º, para querer ver n'este caso retroactividade da lei civil e offensa de direitos adquiridos. E' verdade que a doação do usufructo universal foi feita no dominio da legislação antiga, que a permitia; mas não o é menos, que as leis respeitantes á ordem successoria são de interesse e utilidade publica, e que se executam apenas promulgadas, podendo o legislador ferir os actos anteriores que lhes forem contrarios. Não se dá aqui um direito puramente particular e individual, que a lei deva respeitar.

E' por isso que o *Direito n.º 9* do 3.º anno e o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 4.º, a pag. 374, resolvem por estes principios uma hypothese muito semelhante á nos-

sa. Em uma escriptura ante-nupcial, muito anterior ao Cod. Civ., os esposos fizeram doação recíproca do usufructo de seus bens, em falta de filhos, e estipularam que por morte do ultimo pertenceriam aos herdeiros legitimados ou testamentarios de cada um. Esta doação aproveitava aos herdeiros legitimados, em falta de testamentos, e bastava-lhes, para valer, a acceitação do tabellião. Veio o Codigo, e alterou a ordem de successão dos collateraes, collocando os conjuges depois dos irmãos e seus descendentes. Como o esposo falleceu na vigencia d'elle, e sem testamento, appareceu a questão, se deveria herdar a esposa sobrevivente, ou os collateraes remotos d'aquelle. Apesar da existencia da doação, e de que a mente dos doadores fora que herdassem os collateraes por consanguinidade até ao decimo grau, aquelles jurisconsultos pronunciam-se a favor do direito da esposa, invocando o principio de que as successões se regulam pela lei em vigor ao tempo da morte do auctor da herança.

Que diremos agora na hypothese da consulta, em que o filho é herdeiro legitimario?

Folheemos os commentadores do Codigo, e acharemos confirmada esta nossa opinião. O citado snr. Dias Ferreira diz a pag. 205 que os direitos successorios se regulam, não pela lei vigente ao tempo do nascimento de quem succede, mas pela lei vigente ao tempo da abertura da successão; e d'este principio conclue, que os filhos illegitimos de pae nobre, nascidos antes da promulgação do Codigo, mas cujo pae falleceu depois, estão sujeitos, não só quanto á acção, mas tambem quanto ao direito, ás disposições do mesmo Codigo, tendo assim acabado para elles o impedimento á successão, que lhes oppunha a antiga Ord. Este eminente jurisconsulto entende assim, que tem hoje direito á legitima, e, como consequencia logica, a requerer a redução das doações ou legados, que l'h'a offenderem, nos termos prescriptos no Codigo. A pag. 363 torna ainda a affirmar que a doutrina do Codigo sobre successão dos filhos illegitimos é applicavel a todas as heranças abertas depois da sua promulgação, embora a filiação seja de data muito anterior, porque em direito successorio rege a lei vigente ao tempo da abertura da successão.

Esta mesma doutrina é tambem abraçada pela *Rev. de Leg. e Jurispr.*, como é de ver em os n.º 113 a pag. 145 e 146 e n.º 211 a pag. 43.

Cumpra todavia confessar, que nem todos abraçam esta opinião, que parece ser a mais racional e conforme a direito. Assim o snr. Alexandre de Seabra no *Direito* n.º 23 do 2.º anno inclina-se a que as prescripções do Cod. Civ. em materia de filiação, investigação de paternidade e successão só se applicam aos filhos concebidos depois da sua vigencia; no que parece concordar a redacção d'este jornal em o n.º 33. O mesmo se sustenta em umas reflexões juridicas, filhas da penna de um habil advogado, as quaes veem transcriptas na *Gar. dos Trib.* n.º 4421 e seguintes; mas que são energeticamente combatidas pela *Rev. de Leg.* n.º 29.

Do exposto concluo, que o consulente tem a seu favor boa copia de razões para pretender que a doação do usufructo seja reduzida á terça dos bens do doador, e que é muito provavel que os tribunaes assim o decidam, se esta questão for levantada no inventario, aonde pôde ser resolvida, por ser puramente de direito, e não exigir alta indagação (art. 2087.º do Codigo).

## § 12.º

## Acção de nullidade de subemphyteuse e de commissio

Pôde annullar-se uma escriptura de subemphyteuse, por não ser permittido em direito o commissio, principalmente quando pela primordial escriptura estava implicitamente prohibido. — A acção a pedir tal nullidade não pôde proscrever passados vinte e quatro annos, e porque. — Hoje, não tem lugar a acção por commissio.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Se o nosso direito permite ao emphyteuta subemphyteuse os predios aforados, sobretudo intervindo auctoridade do senhorio, não vejo que permitta ao subemphyteuta fazer nova subemphyteuse d'esses predios a um segundo; e se o permittisse, não haveria razão, para que o segundo não podesse fazer o mesmo a um terceiro, e este a um quarto, e assim successivamente. Mas d'aqui resultava poder fraccionar-se ate ao infinito o dominio, pondo-se em perfeita confusão

os direitos dos senhorios e emphyteutas, onerando-se os mesmos predios com repetidos foros a favor de diferentes pessoas, e creando-se immensos embaraços ás transacções sobre elles, contra os interesses sociaes e os principios economicos, que anseiam pela liberdade da terra, o que a moderna legislação tem muito em vista. Não me parece pois difficil sustentar a nullidade das segundas emphyteuses, feitas por Maria a terceiras pessoas.

Póde tambem sustentar-se a nullidade em fação do subempramento feito aos antepassados de Maria. Que quer dizer a clausula — nem outro qualquer partido fazer de todo ou parte d'esse praso? Achando-se posta depois da prohibição de dar, doar, dotar, trocar e escambar, parece ter em mira o vedar que o subemphyteuta fizesse, sem licença do emphyteuta, a um terceiro qualquer interesse, vantagem ou conveniencia com relação aos bens subemphyteuticados, porque a palavra *partido* tambem tem esta significação, como póde ver-se do dicionario de Fonseca-Boquette.

Parece-me pois que na clausula supra se deve entender comprehendida a prohibição de subemphyteuticação, e que é valiosa, porque em contratos d'esta natureza a convenção das partes faz lei em tudo o que não ferir a sua substancia. — Mello Freire, liv. 3.º tit. 11.º § 3.º nota; Lobão, *Dir. Emphyt.*, § 7.º; e Corrêa Telles, *Quest. 14 de Dir. Emphyt.*

Com fundamento n'estes principios, e por argumento da Ord. liv. 4.º tit. 38.º § 1.º, inclino-me a que o emphyteuta (salvando sempre o usufructo de João) póde intentar acção contra Maria, e os que com ella contrataram, para que se conjuncte o praso n'ella, e se julguem nullos aquelles contratos subemphyteuticos, nos termos que ensina a *Rev. de Leg. n.º 244*, podendo tambem ver-se a *Gaz. dos Trib. n.º 3065, 3066 e 3877*.

E em vez d'esta acção não poderá a emphyteuta pedir o commisso, a fim de entregar-se dos proprios bens?

Ou ha de pedi-lo por força da Ord. liv. 4.º tit. 38.º § 1.º, ou por força da condição estipulada na escriptura e acceita pelos antepassados de Maria, e quer-me parecer, que por qualquer d'estes fundamentos a acção é muito arriscada.

E' verdade, que a citada Ord. diz, que, fazendo-se qualquer alheação (em que se póde julgar incluída a subemphyteuse) sem auctoridade do senhorio, será nenhuma e de nenhum vigor, e o foreiro por esse mesmo feito perderá todo

o direlto que tiver na cousa aforada, e tudo será devoluto e applicado ao senhorio, se o quizer. Porém esta lei regula as relações, n'esta parte, entre o senhorio e o emphyteuta, e não entre um emphyteuta e um subemphyteuta, e a hermenutica juridica veda-nos ampliar as leis penaes, que são de interpretação restricta, e por isso receio que os tribunaes venham a julgar uma tal acção improcedente.

Emquanto ao contrato, podia outr'ora servir de base á acção de commisso, como ensina Coelho da Rocha, *Inst.*, § 556; mas hoje tambem temo que não vingue, e que se adopte a opinião da *Rev. de Leg. n.º 46* a pag. 726 *ibi*.

Acresce, que a imprensa juridica se está hoje inclinanda a rejeitar o commisso, fóra do caso do art. 1672.º do Cod. Civ., sobre o que podem ver-se a citada *Revista*, o *Direito* n.º 44 do 3.º anno, e n.º 8 do 4.º anno, e a *Gaz. dos Trib. n.º 4613*, comquanto ás vezes pareçam admitir a dita acção emquanto aos commissos incursos antes da promulgação do Cod. Civ. — *Rev. de Leg. n.º 42, 71 e 93*, e *Direito* n.º 25 do 1.º anno.

Repito portanto, que a acção de nullidade é que me parece a mais livre de duvidas, e que, voltando o terreno aforado para Maria, tem ella de indemnisar das benefeitorias aos que as fizeram.

#### RESPOSTA A OUTRA CONSULTA

Na escriptura de subempramento, feita a Maria ou sens antepassados, estabeleceu-se o direito de opção a favor dos emphyteutas unicamente no caso de venda, e como o senhorio approvou este contrato, não duvido de que se prejudicasse, tendo de respeitar aquella clausula, e não preferindo elle proprio, senão na falta do emphyteuta.

Tambem não me parece, que o lapso de pouco mais de vinte e quatro annos seja sufficiente para a prescripção, se a emphyteuta ignorou similhante contrato, e a subemphyteuta lhe pagava a pensão por inteiro, como com razão sustenta Lobão, *Dir. Emphyt.*, § 1089 da edição de 1828.

Mas o que destroe pela base a pretensão do emphyteuta, é que a opção, que lhe foi concedida, é no caso de venda, e não no caso de aforamento. Todavia, como Manoel emprasou a José o predio como allodial, quando já era foreiro, poderá ainda fazer-se declarar nullo um contrato tão prejudicial ao antigo senhorio e emphyteuta.

## § 13.º

**Acção de rescisão de partilhas**

Não tem lugar enquanto as feitas antes ou depois do Cod. Civ., pelo facto de terem ficado bens de fora d'ella, e só tem lugar uma partilha adicional d'esses bens.

.....  
 Confessam os AA. no art. 8.º do libello a fl. ..., que os casaes de B. e V. se contemplaram na partilha, e no memorial para a conciliação a fl. ..., que do casal de B. entraram cem medidas na mesma partilha, e trezentas do casal de V., e o mesmo diz a carta do A., reconhecendo-se que os outros bens ficaram por partir, a titulo de vinculados ou emphyteuticos. Quando pois os AA., mudando de opinião, entendessem agora que estes bens deviam ter sido partidos, quaes os meios a seguir? Leia-se Coelho da Rocha, *Inst.*, § 495; Lobão, *Ob. recipr.*, §§ 734 e 735; Valasco, *de Part.*, cap. 8.º n.º 45; Alberto Carlos, cap. 4.º § 11; Corrêa Telles, *Acc.*, §§ 155 e 158; e *Dig.*, tomo 2.º art. 1161.º; e Secco, *Orph. Prat.*, art. 134.º a pag. 249, e ahí verão, que feitas as partilhas, não se rescindem, se alguns bens ficaram por partir, ou conferir, mas ha um supplemento ou nova partilha. O mesmo dispõe hoje o Cod. Civ. art. 2166.º  
 .....

## § 14.º

**Acção popular**

Existem argumentos pró e contra ella.

Existem argumentos a favor e contra ella, e da mesma forma accordãos nos dois sentidos, como pôde vêr-se na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1301, 2708 in-fine, 2923, 3385, 3553, 4225 e 4394; na *Rev. de Leg.* n.ºs 45, 50, 55, 57 e 294;

no *Jornal de Jurispr.* n.º 13 do 5.º anno; e no *Direito* n.º 49 do 6.º anno a pag. 296.

Hoje em face do art. 369.º do Cod. Adm. actual não pôde duvidar-se que a acção popular pôde intentar-se, nos casos alli previstos, e dadas as circumstancias mencionadas no § 4.º

## § 15.º

**Acção possessoria**

Quando pôde obstar-lhe o art. 490.º do Cod. Civ.; e o que seja justo titulo; e se o Codigo teve em vista o titulo escripto, ou se pôde considerar-se justo titulo outro qualquer modo de adquirir. — Diversos modos de adquirir por justo titulo, sem que este seja escripto. — Quando pôde usar-se do desforço.

A minha longa pratica forense fez-me logo prever os inconvenientes do art. 490.º do Cod. Civ., e por isso, concordando com as apreciações do juiz de direito de Youzella estampadas no n.º 4471 da *Gaz. dos Trib.*, prestei-lhe o meu humilde apoio na *Gaz.* n.º 4468, e no n.º 4482 rebati extensamente a opinião contraria da redacção. Tambem o sr. Alexandre de Seabra reconhece os graves inconvenientes d'aquelle artigo, que obriga a usar sempre, ao que parece, da acção ordinaria, creando immensos obstaculos a quem tem as posses, como pôde vêr-se no *Direito* n.º 24 do 1.º anno e n.º 6 do 2.º anno. Parece que todos tinhamos diante dos olhos a questão de F. com o seu vizinho.

Com effeito se a palavra — *titulo* —, de que falla o art. 490.º, se refere a documento escripto, de certo que o dito F. não pôde usar da acção de manutenção ou restituição, por lhe faltar esse documento, provindo do proprietario do predio serviente, ou d'aquelle de quem este o houve. Mas eu estou tentado a dar-lhe outra intelligencia, ignorando porém se abraçarei a nuvem por Inno, e receiando muito, que os tribunaes rejeitem o meu modo de vêr.

Antes do Cod. Civ. a palavra — *titulo* — não queria dizer sempre documento escripto, significando antes o fundamento

justificativo da aquisição, isto no sentido juridico, porque na linguagem vulgar, e muitas vezes na forense, significa o documento, que serve para provar os direitos, ou obrigação. E' Coelho da Rocha quem o diz no § 53 e nota ao § 409 das *Inst. de Dir. Civ.*, dando como exemplos da primeira significação o contrato, a successão, etc. — Veja-se tambem Lobão, *Not. a Mello*, liv. 1.º tit. 4.º § 6.º n.º 3.º e seguintes.

O art. 518.º do Cod. Civ. diz — *justo titulo* — qualquer modo legitimo de adquirir, independentemente do direito do transmittente. Será pois essencial, que esse titulo seja sempre escripto? Inclinamo-nos a que não. Feita verbalmente uma doação de cousa mobiliaria com tradição, ficou ella valida — Cod. Civ. art. 1458.º § 1.º —, e o doado tem um *titulo justo*, embora não escripto. Vendida uma cousa mobiliaria, fica o contrato valido, ainda que se não reduza a escripto — art. 1589.º —, e ninguém dirá, que o comprador não tenha um justo titulo. Se qualquer filho, unico e maior, succede na herança de seu pae, que ninguém lhe disputou, e sem inventario, porque não era preciso, tem o *titulo justo* da successão. Quando no caso do art. 529.º do Cod. Civ. se opéra a prescripção positiva, apesar da falta de documento escripto, nem por isso deixa de ficar tendo *justo titulo*, desde o momento em que essa prescripção se completou; e certo é, que ha de recorrer á prova testemunhal, quando se lhe conteste esse *justo titulo*.

Por direito antigo havia varios contratos e actos juridicos, que não exigiam escriptura publica nem particular, e que hoje não podemos deixar de respeitar, como actos consumados sob outra legislação, nem podemos negar-nos a reconhecer *titulo justo* n'esses contratos ou actos: taes eram as doações, que não precisavam de escriptura, quando não careciam de insinuação — Corréa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 83.º e 84.º, *Gaz. dos Trib.* n.º 3852: — taes as compras e vendas celebradas antes da lei de 9 de julho de 1819, e durante o regimen do art. 463.º da Ref. Jud., e anteriores reformas, que haviam revogado a Ord. liv. 3.º tit. 59.º

Fundado n'estes principios é que na minha consulta transcripta na *Rev. de Leg.* n.º 117 eu opinei, que a prescripção positiva, embora não houvesse titulo, era um modo legitimo de adquirir, e constituia um d'aquelles titulos a que allude o art. 518.º do Cod. Civ.; e a redacção concordou commigo quanto ás prescripções constituidas antes de

de março de 1868, sobre o que pôde vêr-se a mesma *Revista* n.º 150 e 183, e o *Direito* n.º 6 do 2.º anno, aonde tambem se sustenta, que o art. 490.º não tem applicação ás servidões adquiridas por prescripção anteriormente ao Cod. Civ., devendo porém articular-se e provar-se o complemento da servidão.

Portanto, se a servidão do consulente tivesse a seu favor a posse immemorial, não tinha grande duvida em votar pela acção possessoria nos termos da opinião de Coelho da Rocha, *Inst.*, § 599, e Corréa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 455.º Cumprere notar, que alguns praxistas sustentam a constituição de taes servidões pela posse de trinta annos; mas não dou muito por esta opinião. No entretanto, se fosse verdade estar a servidão constituida, tambem podiamos ir pela acção confessoria, e era de certo o mais seguro.

Sendo pois muito arriscado invocar constituição de servidão por posse anterior ao Cod. Civ., que não seja immemorial, só resta fundar na divisão e demarcação do predio entre os tres co-herdeiros, e estabelecimento da servidão por occasião e como consequencia d'este acto. Não apparecendo porém, infelizmente, os autos d'essa divisão e demarcação, talvez possa provar-se pelos marcos e por testemunhas: e a servidão, pela porta commum, aberta no muro do adversario, pela qual este e o consulente se servem; pelos muros que circundam o predio, e que mostram não haver passagem por outro lado, ao passo que o predio do consulente tem sido sempre por elle cultivado e desfructado, e de certo o não fazia por meio de um balão; e enfim por testemunhas.

Parece pois, que, se não ha um documento escripto, não deixa de haver um *justo titulo*, que autorise a acção possessoria, ou melhor, a ordinaria confessoria.

E' mister porém não dissimular, que os tribunales parece irem tomando muito á letra o art. 490.º, no sentido de exigirem documento escripto; e portanto estamos muito longe de aiançar o resultado da questão. Vejam-se os accordãos da relação transcriptos na *Rev. de Leg.* n.º 153 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 4577: será por isso mais prudente ir pela confessoria.

Emquanto ao desforço com auxilio da justiça, apesar da decisão da relação do Porto, que se vê na *Revista* n.º 169, é meio arriscado pelas razões que dá a *Revista* n.º 170, e

mesmo porque poderá entender-se, que, quando admissivel, não será no caso do art. 490.<sup>a</sup>, fallando *justo titulo* no sentido de documento escripto.

§ 16.<sup>a</sup>**Ação prescripta**

Deve ter-se como tal a acção para se julgar sem effeito um titulo feito ha mais de cinquenta annos, no qual se declarou que a todo o tempo se poderia rescindir o contrato, e logo que qualquer das partes se arrependesse. Esta ultima clausula parece não ter validade por se oppôr a direito.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

No titulo, cuja copia me foi presente, depois de se estipular uma troca de bens, com diversas clausulas, acrescenta-se: «E no caso que os nossos vindouros não queiram estar por este contrato, pegarão cada um nas suas terras, pagando a cada um as benfeitorias».

Esta clausula parece dar a entender, que até ao fim do mundo nunca haveria prescripção, podendo os herdeiros e successores das partes contratantes arrepender-se do contrato, e rescindil-o muito arbitrariamente. E seria valiosa?

O codigo civil francez no art. 2220.<sup>o</sup> estabeleca o principio de que não pôde de antemão renunciar-se á prescripção; e só pôde renunciar-se a ella depois de adquirida. Rogron justifica esta disposição com o fundamento de que a prescripção é de direito publico, por ser estabelecida no interesse geral, e, se fosse heito renunciar a ella, esta renuncia seria inserida em todos os contratos, e frustrar-se-ia a utilidade que a lei teve em vista; o que não acontece com a prescripção já completa, que se torna de interesse particular.

Esta disposição passou para o codigo das Duas Sicílias, da Sardenha, do Cantão de Vaud e da Hollanda, como pôde ver-se em Antonio de S. José, *Concordancia entre os Codigos*, pag. 173.

Este principio passou para o art. 308.<sup>o</sup> do nosso Codigo,

que o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, tomo 1.<sup>o</sup>, pag. 225, justifica com as mesmissima razões de Rogron. O mesmo seguia já antes do Codigo o sr. Ferreira Borges, *Dict. Jur. Com.*, verbo Prescripção, e Lobão, *Fusc.*, diss. 4.<sup>a</sup> § 85, considerava como melhor opinião a de que não podia renunciar-se á prescripção.

Ora a clausula de que nos occupamos, inserta no titulo, equivale nada menos do que a renuncia á prescripção; e portanto eu inclino-me a que hoje, depois de mais de cinquenta annos, não poderá rescindir-se o contrato contra a vontade de uma das partes, invocando-se a mencionada clausula.

E' certo porém, que esta opinião pôde ser combatida com o fundamento de que não havia lei expressa, que vedasse a renuncia da prescripção, e por outro lado que o titulo accusava continuamente má fe em quem o possuía, com a qual se não prescrevia, por virtude do disposto na Ord. liv. 4.<sup>a</sup> tit. 3.<sup>o</sup> e tit. 79.<sup>o</sup> Se esta opinião for abraçada, não podia a prescripção correr pelo direito antigo, e só começaria com a promulgação do Cod. Civ., completando-se no fim de trinta annos, nos termos dos art. 529.<sup>o</sup> e 535.<sup>o</sup>, se se não der alguma das circumstancias, que tornem o prazo mais curto.

§ 17.<sup>a</sup>**Ação de reivindicção de bens arrematados que não pertenciam ao executado**

Para esta acção se julgar procedente, não é preciso cumular a annullação da arrematação. — Quando lhe pôde obstar a prescripção; como esta se interrompe; com que factos; e como principio de novo a correr. — A auctora pôde vir de novo a juizo, como filha sacrilega perflhada, porque tal perflhação é valida; mas quando o não fosse, podia em todo o caso ser instituida herdeira.

**Reflexões Juridicas por parte do A.**

Não ignoramos, que algum tem pretendido, que na nossa hypothese deve rescindir-se a arrematação, cumulan-

do-se a rescisão com a reivindicação; e a A., por cautella, o teria feito, se tivesse noticia da sua existencia.

No entretanto essa rescisão não era essencial; já porque, para proceder a acção de reivindicação, o direito só exige a prova do dominio do A., e da posse do R., como se vê em Corrêa Telles. *Acz.*, § 69, e a A. provou o primeiro requisito com a escriptura de 10 de fevereiro de 1829, e subsequente posse e o segundo com as testemunhas, e melhor ainda com a confissão dos RR. no art. 5.º da contrariedade; já porque os actos e contratos só prejudicam os que n'elles interveem, ou seus representantes, como em especie igual á nossa foi decidido em primeira e segunda instancia na causa mencionada na *Rev. de Leg.* n.º 439; já porque a disposição do art. 322.º da Ref. Jud. sobre auctoria mostra que não ha nullidade, ainda que nas acções de reivindicação se não chamem a juizo os que figuraram em quaesquer contratos ácerca do predio reivindicando, o que bem nota o *Direito* n.º 5 do 5.º anno; e já porque seria a maior dureza, se o dono da coisa que outrem lhe tirou injustamente, tivesse, antes de pedil-a ao possuidor, de andar indagando pelo mundo e pelos cartorios, quaes os contratos e actos juridicos, que occorreram no intervallo, muitos dos quaes seria impossivel descobrir sem pôr a acção em juizo, e até poderiam ter sido multiplicados para dificultar a restituição.

A *Gaz. dos Trib.* n.º 3460, comquanto julgue mais prudente cumular a nullidade da arrematação, contudo não o considera essencial no rigor do *Direito*, porque ella está por sua natureza nulla, como feita em bens alheos, sendo o senhor da coisa sempre dono d'ella onde quer que a mesma esteja, e podendo reivindicar de quem a possuir, qualquer que seja o titulo. Esta doutrina triumphou em ambas as instancias na causa a que se refere a *Gaz. dos Trib.* n.º 4334.

Justificado n'esta parte o libello contra as arguições que é possível se lhe façam nas reflexões juridicas dos AA., resta-nos occupar-nos da prescrição acquisitiva invocada pelos RR.

Segundo se vê a fl. ..., F. tomou posse do lameiro de ... em 10 de janeiro de 1835, e por isso nada mais facil do que dizer, que ao cabo de trinta annos, isto é, em 1865, completaram a prescrição, mesmo que houvesse má fé, e com isto hão de fazer grande cavallo de batalha.

Todavia é innegavel, que ha muitos casos em que a prescrição se interrompe, e um d'elles é o mencionado por Coelho da Rocha, *Inst.*, § 438 ibi: «a segunda (interrupção natural) dá-se: primeiro quando o possuidor na acquisitiva foi desapossado, quer o fosse pelo proprietario, quer por terceiro, se dentro em anno e dia não requer restituição». E' igual a doutrina de Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 1335.º, e de Lobão, *Not. a Mello*, liv. 3.º tit. 4.º § 10, n.º 4.º, e que foi transplantada para o n.º 1.º do art. 552.º do Cod. Civ. E foi o que exactamente aconteceu no nosso caso.

Com effeito no art. 4.º do libello articulou a A., que, tendo sido assassinado F. em 9 de agosto de 1847, José, irmão do padre F., se entregou dos bens d'este sem opposição da mulher e filhos de F., que bem sabiam não lhes pertencerem, e que na sua administração esteve o mesmo mais de um anno.

Os RR. no art. 12.º da sua contrariedade a fl. ... reconhecem que José esteve no gozo do predio questionado em 1847, mas acrescentam, que passado esse anno lh'o restituiu, e até pagou renda pelo tempo que o destructivo. Não passaremos adiante sem notar, que n'esse mesmo artigo dão elles duas razões difficeis de conciliar-se; é a primeira, que José procedeu assim por instigação de Antonio, inimigo politico dos RR.; é a segunda, que o fez só pelo facto de ver os bens abandonados. Mas se foi só por este facto, fica excluida a intervenção de Antonio, porque sobre elle havia as auctoridades, e não era de crer, que Antonio tirasse bens a uns para dar a outros. O abandono porém tambem não é de acreditar, porque as testemunhas são conformes em que a viuva de R. nunca deixou de viver domiciliada em ..., não obstante ter algumas ausencias.

As proprias testemunhas dos RR., sem o saberem e sem o quererem, prestaram á A. um grande serviço, enquanto confessaram a posse e administração de José em 1847 por mais de anno, marcando algumas anno e meio, o que pôde ver-se a fl. ..., sendo muito de notar, que José e irmão Antonio fixaram a posse em anno e meio.

Deu-se pois a interrupção natural, de que acima fallamos; e o resultado d'esta foi ficar perdido para a prescrição o tempo anterior á interrupção, como prescrevia a Ord. liv. 4.º tit. 79.º § 1.º, preceito que o Cod. Civ. adoptou no

art. 559.º Eis ahí perderam os RR. para a prescrição acquisitiva os annos decorridos desde janeiro de 1835 até meado do anno de 1848.

.....  
Sendo portanto evidente que houve interrupção da prescrição em 1847, e que só anno e meio depois começou ella a correr de novo, isto é, ha vinte e tres para vinte e quatro annos, vamos mostrar em como ainda se não completou a favor dos RR.

O accordo do supremo tribunal de justiça de 24 de julho de 1835, publicado no *Diar. do Gov.* n.º 208, e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2059, rejeitou a prescrição acquisitiva de dez e vinte annos, entendendo que entre nós (afora certos casos especiaes, que menciona) a prescrição era sempre a de trinta annos, marcada na Ord. liv. 4.º tit. 79.º, dando-se valiosas razões, que o digno julgador ha de devidamente apreciar.

Posto isto, e principiando a prescrição a contar-se novamente desde que os RR. voltaram á posse do predio reivindicando, apenas em fins de 1878, ou principios de 1879, acabariam os trinta annos; e, quando o Cod. Civ. começou a vigorar, em 22 de março de 1868, tinham decorrido dezoito para vinte annos.

Mas, tendo este reduzido na nossa especie a prescrição de trinta annos a quinze, em vista dos art. 527.º e 528.º, como deve contar-se agora a prescrição? Sendo o prazo que faltava para preencher os trinta annos menor que o marcado no Cod. Civ. para a constituição das prescrições d'esta natureza, é ainda applicavel o direito antigo, conforme dispõe o art. 564.º, combinado com o art. 566.º, e é opinião dos juriconsultos, como pôde ver-se no *Commentario* do snr. Dias Ferreira ao citado art. 564.º, na *Rev. Crit. de Jurispr.* tomo 4.º pag. 23 e 139; no *Direito* n.º 3 do 1.º anno; na *Rev. de Ley.* n.º 41, 44, 51 e 58; e assim decidiu a relação de Lisboa no accordo copiado no *Direito* n.º 32 do 4.º anno.

Admittido pois o principio de que a Ord. liv. 4.º tit. 79.º é a reguladora de todas as prescrições entre nós antes do Cod. Civ., é consequente não poder haver prescrição, quer acquisitiva, quer extinctiva (na phraseologia do antigo direito), sem ser acompanhada de boa fé, pois no final do principio da mesma Ord. se diz:

E poderá dizer-se, que F. estava em boa fé? De certo que não, porque se valeu do seu poderio para fazer penhorar e sub-lastar bens alheios, de que se apoderou, sem nem ao menos pagar o preço da praça á exequente. Não podia pois prescrever em sua vida pela má fé em que se achava; e pelo menos sem decorrerem trinta annos, e ainda n'essa hypothese podiam os AA. provar a má fé—Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1342.º E começaria a boa fé nos herdeiros de F.º Não, porque como os autos mostram, era publico e notorio em toda a ... que o lameiro de ... era do patrimonio do padre F.

Quando mesmo fôra admissivel entre nós a prescrição de dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes, era nos termos de direito romano, d'onde foi importada; e então, para poder ter applicação, tornava-se necessario, que o verdadeiro dono da coisa soubesse que ella era sua, e que o possuidor de má fé a alheara para o prescrevente de boa fé, e apesar d'isso o dito dono a não reclamou dentro d'aquelle espaço de tempo. E' o que com referencia á *Nov. 119*, cap. 7.º sustentam Coelho da Rocha, *Inst.*, § 462 nota, e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1367.º e nota, ambos os quaes affirmam ser rarissimo o poder invocar-se proficuaemente esta prescrição. Ora o padre F., preso ou exilado, ignorava completamente que o predio reivindicando fosse alienado pelo juizo de ..., como se fôra de seu pae, para F., e só agora se soube da arrematação feita em 1835, com visivel má fé. Quando pois podesse haver prescrição, só podia ser de trinta annos, e sendo interrompida em 1847, começaria de novo em fins de 1848 ou principios de 1849, e estaria hoje por completar.

Portanto, se os RR. ainda não adquiriram o predio reivindicando pela prescrição acquisitiva ou positiva, é claro que sua dona, a A., tem ainda acção para o reivindicar, porque esta só pôde extinguir-se no momento d'aquella prescrição.

Resta ainda responder ao que no final da contrariedade a fl. ... se objectou contra a legitimidade da A. Pretendese, em summa, que ella, como filha sacrilega, não podia ser perfilhada, nem podia ser instituida herdeira ou declarada donataria pelo padre F. Ainda que a primeira parte fosse verdadeira, não se seguia logicamente, que tambem o fosse a segunda, mas a verdade é não o ser, nem uma, nem outra.

Abrindo o Cod. Civ., achamos o art. 122.<sup>o</sup>, que diz assim: «Podem ser perflilhados *todos os filhos illegitimos, excepto*: primeiro os filhos adulterinos; segundo os filhos incestuosos».

Na palavra *todos* comprehendem-se os sacrilegos, muito mais porque o art. 11.<sup>o</sup> dispõe, que: «A lei, que faz excepção ás regras geraes, não pôde ser applicada a *nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei*».

Não ignoramos, que a *Rev. de Leg.*, tem sustentado, que os filhos sacrilegos não podem ser perflilhados, com fundamento no art. 125.<sup>o</sup> do Cod. Civ. Mas em sentido contrario rotam o snr. Dias Ferreira no seu commentario ao dito artigo desde pag. 168; o snr. Ferrão no seu *Dicc. Elem.*, tomo 1.<sup>o</sup> ex pag. 87; a *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 4164; e o *Direito* n.<sup>o</sup> 25 do 3.<sup>o</sup> anno, onde segue, que o filho perflilhado de clerigo se deve considerar como legitimo para o effeito de não pagar contribuição de registro. Tambem o supremo tribunal administrativo considera taes filhos perflilháveis, o que se vê do decreto de 29 de dezembro de 1870, publicado no *Diar. do Gov.* n.<sup>o</sup> 105, e na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 4502.

Se porém se entender, que a opinião da *Revista* é a verdadeira, ainda assim a A. não está de mau partido, porque examinada a secção 2.<sup>a</sup> do cap. 2.<sup>o</sup> do tit. 2.<sup>o</sup> do liv. 3.<sup>o</sup> do Cod. Civ., que se inscreve — dos que podem testar, e dos que podem adquirir por testamento —, não se encontra um só artigo, que iniba os filhos espiuros de adquirir por testamento, off sendo juridicamente se conclue, que podem ser herdeiros, legatarios ou doados, e a A. é donataria *causa mortis*, equiparada a uma herdeira.

A esta conclusão chegaram tambem o *Jorn. de Jurispr.* n.<sup>o</sup> 5 e 21 do 4.<sup>o</sup> anno, o *Direito* n.<sup>o</sup> 12 do 1.<sup>o</sup> anno, e a *Rev. de Leg.* n.<sup>o</sup> 113: já assim era por direito antigo, como é de ver na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 3526, e no citado n.<sup>o</sup> 5 do *Jorn. de Jurispr.*

Desfeitas assim as objecções dos RR. á acção dos AA., e, provado o dominio d'estes e a posse d'aquelles, esperamos vêr julgar procedente a mesma acção, fazendo-se assim a costumada justiça.

§ 18.<sup>o</sup>

## Acção de reivindicção

Depois da lei de 9 de julho de 1849 o contrato de compra e venda, que excesse a 505000 réis, só podia ser celebrado por escriptura publica, e, sendo-o por titulo particular, devia a siza ser paga dentro de sessenta dias, aliás podia o vendedor ou seus representantes reivindicar os predios vendidos. — Mas para intentar esta acção, podia já estar prescripto o direito de ir a juizo, e n'este caso, como se conta e corre a prescripção. — Esta acção pôde ser dirigida de forma a rescindir os contratos, por virtude dos quaes o R. possui, cumulando-se o pedido da nulidade d'elles. — Se a mãe, que passou a segundas nupcias, venden bens, que herdou de um filho do primeiro matrimonio, quando viuva, podem os outros filhos d'esse matrimonio, reivindicar-os, por isso que a mãe pelo facto de se recasar, ficou sendo mera usufructaria.

## Reflexões jurídicas por parte dos AA.

Não nos cançaremos em fazer o relatorio da presente causa, por desnecessario e fastidioso, e limitar-nos-hemos a rebater directamente os quatro pontos da defeza dos RR., constantes da sua contrariedade.

Querem os primeiros RR. impôr-nos a data de 4 de outubro de 1856, como começo da sua prescripção, por ser então que se celebrou o escripto particular de fl. ... mas baldado empenho. Vigorava então a lei de 9 de julho de 1849, e, segundo o seu art. 10.<sup>o</sup>, o contrato de compra e venda, de que rezam os autos, só podia fazer-se por escriptura publica, por exceder o seu preço a 505000 réis, e consequentemente ficou o mesmo nullo; concedendo todavia por hypothese a sua validade por escripto particular, cumpria que, nos termos do § unico do dito artigo, a siza (hoje contribuição de registro por titulo oneroso) fosse paga no prazo de sessenta dias; quando a fl. ... se mostra, que os compradores apenas a solveram em 9 de março de 1858, dia da celebração da escriptura de fl. ..., isto é, quasi anno e meio depois, e assim tornar-se-ia o contrato nullo, ainda que valido estivera na sua origem.

Ora, sendo principio corrente em direito, que a posse é

tal, qual o título, não sendo este justo, *scilicet* revestido das solemnidades legais, nulla se tornou aquella no periodo decorrido desde 10 de dezembro de 1856 a 9 de março de 1858, e, ou não poderia contar-se para a prescrição, ou quando muito só poderia contar-se para a de trinta annos. — Vejam-se Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1340.º e 1341.º; sentença na *Gaz. dos Trib.* n.º 2488; *Gaz.* n.º 3220; e *Jorn. de Jurispr.* n.º 18 do 4.º anno.

Outras razões nos levam ainda a crer, que a prescrição de dez ou vinte annos não pôde ser proficuamente invocada pelos RR., e vamos expendel-as.

O accordão do supremo tribunal de justiça de 24 de julho de 1855, transcripto no *Diar. do Gov.* n.º 208 de 4 de setembro do mesmo anno, e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2059, rejeitou absolutamente a prescrição *longi temporis* entre nós, admitindo unicamente como regra a de trinta annos, por isso que estabelecida na *Ord. liv. 4.º tit. 79.º* para todos os casos. Pedimos venia para chamar a attenção do sábio julgador para a leitura d'este accordão, onde se expendem as razões d'esta decisão com a maior lucidez e proficiencia.

Se porém se entender, que a prescrição de dez e vinte annos tem logar entre nós, como ella foi importada do direito romano, é claro que só deve ser admitida nos mesmos casos, em que aquelle direito a admitia, e contudo na nossa especie não teria ella cabimento, e só a de trinta annos.

Com effeito mostram os autos (e agora se corrobora com as certidões dos assentes de baptismo juntas), que assim a A., como seus irmãos, a quem ella representa, eram menores no acto da venda do campo de . . . ; e em tal caso os seus possuidores só podiam invocar proficuamente a prescrição de trinta annos, como se vê dos textos invocados e seguidos por Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 463, e por Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1369.º

Ainda mesmo que se tratasse de maiores, cumpre notar, que, nos termos da *Nov. 119*, cap. 7.º, só teria logar a prescrição ordinaria de dez e vinte annos, quando o proprietario soubesse, que a cousa era sua, e que o possuidor de má fé a alheára para o prescrevente de boa fé. Veja-se *Rev. de Leg.* n.º 192. Isto fez dizer ao citado Coelho da Rocha, nota ao § 462, que a prescrição de dez e vinte annos, ficou su-

jeita a tantas difficuldades, que raras vezes se poderá implorar com esperanças de bom resultado. E fez dizer a Corrêa Telles, nota ao art. 1368.º, que por esta lei veio Justiniano a destruir quasi todas as prescripções de dez e vinte annos.

Dêmos porém de barato, que, apesar de tratar-se de menores, e apesar de tudo levar a crer, que estes ignoravam ter parte no predio, que sua mãe alheára em menos boa fé, ainda assim podia ter logar a prescrição *longi temporis*; era por isso indispensavel, que ao lapso de tempo rennissem os RR. a boa fé, de que todavia careciam, como vamos vêr.

Allegam os RR., que F. e marido nada tem com esta questão, porque, sendo a acção intentada a da reivindicacão, devia ser dirigida contra quem possui os bens reivindicandos, que são os primeiros RR.

Não ha duvida que Corrêa Telles, *Acc.*, §§ 68 e 69, ensina dever dirigir-se a acção de reivindicacão contra quem possui; mas no libello dos AA. não ha só acção de reivindicacão, ha tambem cumulada a de nullidade do contrato celebrado entre os primeiros RR. e os segundos RR., e sem a intervenção e a audiencia d'estes não podia ser validamente processada e julgada.

Nem se argua de inutil esta rescisão, porque modernamente se está dando grande extensão ao principio consignado no Assento de 11 de janeiro de 1653, entendendo-se que o reivindicante tem de pedir a rescisão dos contratos, por virtude dos quaes os RR. possuem, como se vê do accordão da relação de Lisboa transcripto na *Rev. de Leg.* n.º 235 a pag. 426, e se deduz da doutrina sustentada na mesma *Rev.* n.º 192.

Quando pois ha divergencia de opiniões entre juriscultos e juizes sobre qualquer ponto, ninguém dirá, que seja superfluo ou injuridico seguir o caminho mais seguro. Se os AA. não pedissem a rescisão, era contar que os RR. vinham com essa excepção.

Arguem os RR. de infundada a allegação da successão de F. ao filho sómente quanto ao usufructo, porque, sendo a morte d'este anterior ao segundo casamento d'aquella, concinem pertencer-lhe a propriedade plena. Este raciocinio pecca na materia.

O art. 1236.º do Cod. Civ. diz assim: «Se ao dito varão ou mulher (que contrahir segundas nupcias) ficarem, de algum dos filhos de qualquer dos matrimonios, bens que este filho, etc.» Note-se, que no artigo antecedente (1235.º) se prohibe a communicação dos bens do binubo com o outro conjuge e a doação, menos da terça, e declara-se muito expressamente que isto se entende tanto com os bens *que tiver ao tempo do casamento*, como com os que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes, ou d'outros parentes. Ora, achando-se ligados estes dois artigos, e, sendo o fim de ambos o mesmo, *scilicet* o não passarem os bens a uma familia estranha á do fallecido, parece não poder duvidar-se de que o art. 1236.º tanto se refere aos bens que advieram ao sobrevivente emquanto viuvo, como depois de recasado.

Tambem isto se corrobora com a regra de interpretação, de que não deve distinguir-se onde a lei não distingue.

Melhor se patenteia esta verdade, attendendo á sua fonte, a Ord. liv. 4.º tit. 91.º §§ 2.º e 4.º, que expressamente se refere a uns e outros bens nas palavras *e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo, que succeden, era casada*.

Se se quizer, que o Codigo tenha antes por fonte o art. 801.º do projecto do codigo civil hespanhol, chegamos ao mesmo resultado. Diz elle: *La disposicion del articulo anterior comprende tambien los bienes que el viudo ó viuda adquirió, etc., etc.*

Mas, quanto a nós, o que acabá de tirar qualquer duvida, é o art. 1109.º do Cod. Civ., que no n.º 3.º exceptua da communhão os bens *herdados pelo pae ou mãe viuos*, por morte de filho d'outro matrimonio, existindo irmãos gernos do filho fallecido. Se o pae ou mãe viuvo não communica n'este caso nos bens, e porque os não herdou quanto á propriedade, e á confrontação d'este artigo com os art. 1235.º e 1236.º nos leva á conclusão de que o binubo é só usufructuario, ou casasse segunda vez antes, ou depois da morte do filho, distincção que o artigo não faz, antes está concebido em uma generalidade, que abrange ambas as hypotheses, e mais claramente ainda a de estar viuvo o conjuge.

Finalmente seguem isto mesmo o sr. Villena nas *Segundas Nupcias*, a pag. 178; o sr. Dias Ferreira, *Codigo*

*Civil annotado*, 3.º vol. pag. 81; e o *Direito* n.º 4 do 2.º anno a pag. 56.

Parece-nos ter sobejamente pulverisado a defeza; e como o libello está provado já por testemunhas, já na maior parte por documentos, esperamos ver julgar a acção procedente, fazendo-se assim a costumada justiça.

### § 19.º

#### Acção de reivindicção

Nestas acções parece não ser preciso pedir o cancelamento do registro, mórmente quando elle está por fazer, estando sómente apresentado, porque com a sentença final pôde elle requerer-se, por ser documento sufficiente para isso. — O cancelamento de qualquer registro pôde requerer-se em face de qualquer documento autentico ou authenticado, não sendo indispensavel uma sentença. — Pôde mesmo requerer-se com uma sentença em que elle não foi ordenado, por se não haver pedido.

#### Reflexões jurídicas por parte dos AA.

Na primeira parte do art. 5.º da contradição de A. ..., allegam os RR., que fizeram registrar na conservatoria a sua compra, mas na segunda parte dizem que o registro ainda se não fez pela abundancia de serviço. Depois d'este *era não era*, continuam nos tres artigos seguintes affirmando que no libello devia pedir-se o cancelamento do registro, e para chegarem a esta conclusão, argumentam, que nos termos do art. 965.º do Cod. Civ. e do art. 149.º do regulamento de 28 de abril de 1870 os effectos do registro subsistem emquanto não fór cancelado; que elle dá a presumpção jurada de que o direito lhe pertence (supponimus querer dizer-se áquelle em favor de quem se fez); que é um erro dizer-se, que não devia pedir-se o cancelamento do registro effectuado; e que, se a sentença se proferisse a favor dos AA., já encontrar-se com o registro, *que a esse tempo está concluido*, e cujos effectos subsistem contra a sentença.

Creemos ser esta a argumentação, a qual todavia não é procedente.

Se não ha registro feito, como confessam os RR., e

mostra o documento de fl. ... embora o venha a estar quando a sentença se proferir (o que é audácia de mais afirmar) como pedir no libello que se cancelasse o que não existia? Como condemnar á morte quem ainda não nasceu? Como pedir a demolição d'um edificio ainda não construido? Ha certas cousas que o proprio bom senso logo repelle.

O art. 951.º do Cod. Civ., estabelecendo o principio de que a falta de registro dos titulos e direitos a elle sujeitos não impede que sejam invocados em juizo entre as proprias partes e seus herdeiros, ou representantes, preceitua tambem, que para com terceiros os effeitos de taes titulos ou direitos só começam desde o registro, e não diz desde a apresentação d'elles para registro: é o mesmo que lêmos no art. 450.º do regulamento de 28 de abril de 1870 *ibi* — *se não depois da data do registro respectivo*.

Tanto é este o pensamento do legislador, que o decreto de 23 de maio de 1873, prevendo a hypothese de achar-se atrazado o serviço da conservatoria, permite sim, que prosiga qualquer acção posta em juizo, juntando-se a certidão de que ahí se falla, mas não consente que se profira sentença sem se ter juntado ao processo certificado do registro provisorio. E' pois este quem produz effeitos legais.

Deduz-se d'estas disposições, que, não estando o registro feito na epocha da apresentação do libello, não podem os AA. ser prejudicados, ainda que aquelle esteja já concluido no acto da execução da sentença, do que todavia não ha certeza, apesar da segurança com que os RR. o affirmam.

Se esta doutrina em geral é verdadeira, por maioria de razão o é na presente especie, em que os RR. com a apresentação do seu titulo a registro andavam com dólo, tendo em mira crear embaraços aos AA.; e tanto assim foi, que deram este passo depois de chamados a primeira vez á conciliação, como convence o documento ora junto, combinado com o documento de fl. ...

Suppunhamos porém, que, proferida sentença a favor dos AA. (do que temos firme convicção), obstava á sua execução o registro, segundo os AA. sustentam, o que se seguiu? Seguiu-se que os AA. ou com a sentença na mão iam requerer o cancelamento do registro, ou iam tentar uma acção ordinaria para esse fim; e não tenham os RR. dó da bolsa dos AA., que não deixariam, a troco de maior despeza, de ir desalojar-os do seu ultimo reducto.

«Nestes embargos (os do art. 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870), que tem de ser contestados pelo exequente (diz-se a pag. 45 da *Gaz. da Assoc. dos Adv. de Lisboa* do 1.º anno) é que cabe julgar-se a nullidade da hypotheca, e consequentemente do seu registro, e com a sentença n'elles proferida tem o executado um titulo para requerer o cancelamento nos termos do art. 992.º e seguintes do Cod. Civ.»

O mesmo se repete a pag. 110 da dita *Gazeta*, e, sendo tal materia discutida na conferencia de 5 de novembro de 1873, foi perfilhada esta doutrina por quasi todos os socios.

Com effeito o art. 992.º do Cod. Civ. diz, que o cancelamento do registro definitivo pôde ser requerido pela pessoa, em favor de quem foi constituido, ou ainda pela pessoa contra quem foi feito, ou por aquella que n'isso tiver interesse, provando ellas por documento authenticico ou *authenticated* a extinção completa da obrigação ou encargo, ou a cessação do facto que deu occasião ao registro. Mas o art. 995.º determina, que, quando com *falsidade* ou *indevidamente* se fizer qualquer registro, o seu cancelamento será feito por virtude de acção para esse fim intentada.

Quer o *Direito* em alguns numeros que o cancelamento só possa obter-se por meio da acção, de que falla o art. 995.º; mas n'esse caso fica completamente annullado o art. 992.º tão proximo, pois não ha então especie a que se applique, mórmente attendendo a que, se á sentença cabe a classificação de documento authenticico, não lhe pôde caber o de *authenticated*. Estaria demais d'isso esta opinião em desacordo com outros textos legais, como iremos vendo.

O regulamento de 28 de abril de 1870 no art. 144.º exige tambem para o cancelamento titulos authenticicos ou *authenticated*, conforme tiverem sido precisos para o mesmo registro, isto é, os mencionados no art. 978.º do Cod. Civ., e observando-se os mais preceitos determinados nos arts. 988.º até 999.º do mesmo Codigo (note-se que aqui se inclue o art. 992.º), e no art. 145.º diz assim: «*Nas acções sobre nullidade de registro será este cancelado á vista da respectiva sentença passada em julgado*». Logo o regulamento distingue o caso de haver-se mandado fazer o cancelamento por sentença, e o de não haver essa sentença, mas em vez d'ella outros documentos *authenticicos* ou *authenticated*; por quanto do contrario viria o art. 145.º em parte repetir o que

estava dito no art. 144.º pela palavra *authenticos* applicavel ás sentenças, e em parte destruir o mesmo artigo e o art. 992.º do Cod. Civ., prohibindo a admissão de títulos *authenticos*, que não são as sentenças. Isto contrariaria os mais obvios principios de direito, e destoaria das regras mais triviaes da hermeneutica juridica.

E se pelo art. 992.º do Cod. Civ. se admittem tres categorias de pessoas a requerer o cancelamento, fica de parte a exigencia exclusiva d'uma sentença, a qual difficilmente abrangerá tanta gente.

Se fosse indispensavel uma sentença para obter-se o cancelamento do registro, cahiriamos no absurdo maior da marca de que, distratado por accordo das partes um contrato qualquer, que houvesse dado logar ao registro, não poderia este cancelar-se, sem entre si litigarem contra a vontade de ambos, e se proferir sentença ordenando aquillo mesmo que sem questão queriam fazer! E não estaria isto em opposição com o que dispõe o art. 988.º do Cod. Civ.? Será elle letra morta?

E' por isso que o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 2.º pag. 472, a *Rec. de Leg.* n.º 115 a pag. 472, e o proprio *Direito* n.º 1 do 2.º anno a pag. 8, n.º 10 do 3.º anno a pag. 149, e n.º 21 do mesmo anno a pag. 326, estabelecem a doutrina muito legal, de que pôde requerer-se e obter-se o cancelamento por *documentos authenticos ou authenticados*, sem exigirem unica e precisamente uma sentença.

E que o cancelamento pôde requerer-se com uma sentença em que elle não foi pedido, o ensina a *Rec. de Leg.* n.º 334 a pag. 343 e 344, e já o havia ensinado em o n.º 285 a pag. 390 *ibi*.

Parece que os sabios redactores tiveram em vista a questão d'estes autos.

O sr. Crespo, competentissimo n'estas materias, no seu *Commentario á lei do registro predial* ex pag. 7, conta-se tambem com documentos authenticos ou authenticados, respeitando o art. 992.º do Cod. Civ., e não querendo inutilisalo pela má intelligencia do art. 993.º; alem de que vae conforme á resposta dada pela procuradoria geral da corôa á consulta n.º 74 que transcreve.

Demais ás leis posteriores servem de intelligencia as anteriores, e no regulamento de 4 de agosto de 1864, art. 192.º,

se admittem tres qualidades de documentos para pedir o cancelamento, a saber: 1.º sentença passada em julgado; 2.º documento authenticos em que os interessados prestem expressamente o consentimento para esse fim; 3.º *documento authenticado pelo qual se mostre a cessação ou transmissão do direito registrado*.

Se em todo o caso fosse indispensavel tentar a acção de cancelamento, tornar-se-ia inutil, e em parte inexecuvel, o art. 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870. Em verdade pelo art. 206.º e seu § 1.º os titulos constitutivos d'uma hypotheca, acompanhados do certificado do registro são a base do processo para a expropriação dos predios hypothecados, o que suppõe a existencia do registro, e contudo o art. 211.º permite ao executado embargar a execução, ou por falsidade do titulo constitutivo da hypotheca, ou por nulidade ou extincção d'esta, e sobre estes embargos tem de recabar uma sentença; e se ella os julgar procedentes a execução cabe sem precisão do cancelamento, de que nenhum dos respectivos artigos falla, e que b' executado poderá requerer mais tarde em face da sentença que implicitamente o mandou cancelar, sobre o que pôde vêr-se a *Rec. de Leg.* n.º 180.

Portanto, fóra dos dois casos especiaes marcados no art. 992.º do Cod. Civ., de haver-se feito o registro ou com *falsidade, ou indevidamente*, subsiste a regra geral do art. 992.º, e, quando se entenda necessario o cancelamento para ter execução a sentença, que os AA. esperam conseguir (o que não parece verdade pelas razões adduzidas), iriam requerel-o em face da mesma sentença, ou mesmo intentar outra acção.

Assim o diz tambem, além dos já citados, o insigne jurisculto sr. Alexandre de Seabra no *Dirito* n.º 35 do 6.º anno a pag. 316, onde com verdadeira energia sustenta os mesmos principios que vimos de sustentar, e para onde chamamos respeitosamente a attenção do sábio julgador.

Finalmente supponha-se, que o requerimento e a apresentação para o registro foi posterior ao offerecimento do libello, segundo os principios dos RR. era mister pedir o seu cancelamento, o que importa o absurdo de que o A., que vae a juizo, tenha de fazer o papel de D. Quichote, combatendo o que não existe senão na imaginação para não achar embaraços á execução da sentença que obtiver!

§ 20.º

### Acção de rescisão de partilhas

Esta acção não era procedente para rescindir as anteriores ao Cod. Civ., celebradas entre irmãos por título particular, embora n'elle se declarasse que mais tarde seria o mesmo título redigido a termo, porque a escriptura n'esta hypothese, não era substancial do contrato, sendo por isso dispensavel.

#### Reflexões jurídicas por parte do R.

3.º

Os AA. e o R. com sua mulher F., e estes como representantes de seu irmão e cunhada, fizeram entre si em 31 de janeiro de 1851 um título particular de partilhas da herança de sua mãe e sogra F., no qual, orçando em 960 as medidas liquidas de pão produzidas nos bens do casal dividendo, adjudicaram a terça parte ao 320 aos AA., designando-se as terras correspondentes para lhes ficarem pertencendo, e havendo algumas em que lhes tocou a terça parte, carecendo assim de divisão e demarcação, assentaram que para esse fim seriam escolhidos louvados, a todo o tempo que algum dos interessados o exigisse.

4.º

Esta partilha foi reproduzida por outro titulo de 28 de fevereiro do mesmo anno, no qual se declarou que ella abrangia tambem a herança da tia F., e se fizeram algumas novas declarações, repetindo-se que seria reduzido o titulo a termo, quando qualquer dos estipulantes o requeresse, *pro mettendo de nenhum exigir dos outros mais cousa alguma.*

Seria esta partilha provisoria e rescindivel ou definitiva e firme? E sendo rescindivel dependeria a rescisão do mero arbitrio de qualquer dos interessados, ou de se alle-

gar e provar fundamentos legitimos para a rescisão? Examinemos.

5.º

A Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18 diz, que a partilha se não poderá mais desfazer, sendo feita por mandado da justiça, ou amigavelmente em escriptura publica, ou autos publicos, salvo havendo lesão. Porém a Ord. liv. 3.º tit. 59.º, depois de estabelecer no principio como regra geral, que todos os contratos excedentes a certa taxa se não possam provar, senão por escriptura publica, e o mesmo quanto a pagas... *divisões e partições de heranças e de quaesquer outros bens* estabeleco no § 11 uma excepção com relação aos contratos entre irmãos e outros parentes proximos, permitindo até quanto a estes a prova por testemunhas. Parecem duas leis contraditorias.

6.º

Adverte Lobão, *Ob. recipr.*, § 584, que poderia entender-se a primeira das citadas Ordenações, do caso especial em que as partes ao principio teem intenção de que só por escriptura publica se firme a partilha, sendo os escriptos apenas preliminares, e podendo antes da assignatura da mesma ter logar o arrendimento; ficando, já se sabe, a Ord. liv. 3.º tit. 59.º § 11 a vigorar em todos os mais casos; mas o mesmo juriconsulto responde, que isto é suppur uma cousa, que a lei não suppe. Em verdade, evidentemente não está na sua letra, e no seu espirito tambem não, porque no dito § 11 e nos dois seguintes do que se trata, é do modo de emendar lesões, e não de estabelecer as diversas maneiras e formalidades das partilhas, intelligencia a que nos leva a sua attenta reflexão.

7.º

Suppondo porém que a Ord. tivesse a interpretação lembrada e rejeitada por Lobão, as palavras dos dois titulos que acima sublinhamos, nem sombras de duvida deixam de que AA. e R. quizeram, que as partilhas ficassem desde logo valendo; e se se sujeitaram a auto publico, foi por um acrescimo de firmeza, e para tirar apprehensões, a quem por ventura as ficasse tendo, pelo receio de que os escriptos não

bastassem; mas jámais tiveram intenção de que até esse momento o arrependimento fosse permitido.

## 15.º

Outra interpretação pôde ainda adduzir-se, convem a saber, que, sendo o fim principal da dita Ord. nos §§ 18, 19 e 20 tratar de quando, e em que termos pôde ter lugar a emenda das partilhas depois de concluidas, o citado § 18 não quer dizer que as partilhas entre irmãos e mais parentes conjunctos se não possa celebrar pelo modo permitido na Ord. liv. 3.º tit. 59.º § 11; porém sim que, ainda mesmo solemnizadas com escriptura ou auto publico, estão sujeitas á emenda por lesão, se se derem as circumstancias ali previstas. E diga-se a verdade, esta ultima conciliação parece razoavel, e resolver a antinomia entre as duas leis.

## 16.º

A *Gaz. dos Trib.* n.º 2433 segue uma opinião um pouco diversa, mas que não nos prejudica, entendendo que se a partilha não foi feita em escriptura publica ou auto judicial, se podia revogar e desfazer, segundo a dita Ord., quando algum dos interessados a contradissem até o acto estar consumado pela entrega dos bens, apoiando-se até em Corrêa Telles, *Acç.*, nota 3.ª ao § 148. Segue o mesmo a *Gazeta* n.º 2809 e sustenta ser hoje praxe, que as partilhas em taes circumstancias sómente se podem desfazer antes de dadas quitações reciprocas pelos coherdeiros, *ou de terem tomado posse dos bens.*

## 17.º

E dissemos que não prejudica esta opinião, porque os autos mostram, e os AA. não negam, antes expressamente o confessam no memorial para a conciliação, que todos estão entregues do que lhes coube *ex vi* das partilhas. E tanto assim, que os AA. compraram ao R. por a escriptura appensa, de 4 de outubro de 1856, duas terças partes da casa e capella de . . . , outro tanto no quintal das trazeiras das casas, e igual porção de quintal murado defronte, o que havia cabido

nos titulos de partilha appensos ao R. por si e como representante de seu irmão F.

Isto tambem prova exuberantemente, que não julgaram provisórias as partilhas, e importa até ratificação d'ellas; sem que valha o dizerem, que, como eram tres herdeiros, a divisão n'outras partilhas seria a mesma, porque não ha obrigação de fraccionar todos os predios, antes a razão manda o contrario e a praxe o observa, e assim bem podiam os bens comprados vir a pertencer a um só, ou a dois dos coherdeiros.

## 18.º

Apesar da Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18 tanto os praxistas não julgavam substancial a escriptura publica para as partilhas, que ensinavam presumirem-se ellas, mesmo sem haver titulo, só pelo facto de possuirmos os coherdeiros por espaço de dez annos os bens divididos, isto é, uns d'elles certos bens, e outros, outros. E a doutrina de Paiva e Pona, *Orph. Prat.*, cap. 1.º n.º 51; de Guerreiro, *Trat.* 2.º, liv. 1.º cap. 4.º n.º 48; de Pegas, á Ord. liv. 1.º tit. 87.º § 4.º n.º 226; de Valasco, *de Part.*, cap. 38.º n.º 6, e do Rep. á Ord., verbo Partilhas feitas, onde diz que a Ord., emquanto exige instrumento publico para prova da partilha, procede quando as partilhas particulares ainda não tiverem execução perfeita, porque depois que os herdeiros se emitirem na herança — *divisim* — basta a observancia da sua posse.

## 19.º

Tal era o estado da nossa legislação, quando o art. 84.º do decreto de 16 de maio de 1832 lhe descarregou um profundo golpe, admitindo a prova de testemunhas, fosse qual fosse a quantia ou cousa que se pedisse. Seguindo-se porém a Reforma de 1837 poz no art. 116.º a restricção de quando a escriptura fosse substancial do contrato, a qual passou para a nova Reforma art. 463.º

## 20.º

Poderá alguém dizer, que as partilhas estão comprehendidas na excepção da Reforma. No entretanto já mostramos, que a praxe antiga, que é o melhor interprete das leis,

nunca o entendeu assim, pelo menos com relação aos próximos parentes, podendo ainda vêr-se Alberto Carlos, *Juiz. Div.*, cap. 2.º § 2.º, que ensina poderem estes fazer partilhas amigáveis por escripto particular. Os que escreveram depois da Reforma, enumerando os contratos, para que a escriptura é da substancia, e diversificando a respeito de alguns, nem um só nos falla das partilhas. Vejam-se Castro Netto, nota ao art. 463.º da Ref. Jud.; Corrêa Telles, *Acq.*, § 347; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 438; Sousa Duarte, *Form. dos Tabell.*, § 1.º; e Scabra, *Propried.*, ex pag. 271.

21.º

Note-se agora, que apesar d'esta legislação, Liz Teixeira, *Curs. do Dir. Civ.*, tomo 3.º pag. 215 da 2.ª edição, reconhecendo que pela Ord. liv. 3.º tit. 59.º § 11 os parentes podiam fazer partilhas sem escriptura publica, acrescenta que hoje até os estranhos o podem fazer, qualquer que seja a importancia do objecto, e até cita o art. 463.º da Ref. Jud.

Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 2418 Not., depois de mostrar, que a Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18, só era applicavel ás partilhas de pessoas estranhas, porque ás dos parentes o era a do liv. 3.º tit. 59.º § 11, addiciona, que nem questão deve haver hoje a este respeito, visto que a Reforma no citado artigo admite prova testemunhal, sempre que a escriptura não seja da substancia do contrato.

Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 1139.º; supposto não vá tão longe, concede a validade das partilhas extrajudiciaes, feitas por herdeiros maiores por escripto particular com testemunhas, e assignado por todos os interessados, e o mais é que cita a Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18.

E faltaria alguma d'estas solemnidades nas partilhas de que se trata? Não.

22.º

Baseado tanto na antiga legislação como na moderna, assim o decidim tambem o accordão da relação do Porto de 40 de maio de 1870, a que a *Rev. de Leg.* n.º 120 presta a sua valiosissima aprovação, dizendo os juizes nas lhenções, que a Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18 regula a partilha entre estranhos, e que a Ord. liv. 3.º tit. 59.º § 11 a regula entre os

parentes, afirmando ser esta a intelligencia que vingou no foro, e que hoje, depois da Reforma, até por testemunhas se podem provar.

§ 21.º

Acção de rescisão

Quando o fundamento d'esta acção era a lesão, contava-se o tempo decorrido per annos de 365 dias, e por isso, havendo dentro do periodo decorrido annos bissextos, os dias que estes tinham de mais, contam-se separadamente.

E' o primeiro titulo de partilhas de 31 de janeiro de 1851, e a citação para a conciliação teve lugar em 30 de janeiro de 1866, segundo se vê a fl. ... Parece á primeira vista, que a prescripção só findava no dia seguinte; porém como não temos a regular-nos pelo Cod. Civ., mas pelo direito anterior, essa illusão desaparece com uma pouca de reflexão. Diz Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1361.º, que o tempo da prescripção se não conta de momento a momento, e sim por annos regulares de 365 dias cada um; ora segundo este principio importam os quinze annos em 5:475 dias, mas desde 31 de janeiro de 1851 a 30 de janeiro de 1866 decorreram 5:479 dias, quatro a maior, em razão de que este periodo comprehenden quatro annos bissextos — 1852, 1856, 1860 e 1864; tendo-se assim completado a prescripção em 25 de janeiro do dito anno de 1856.

§ 22.º

**Ação de sonogados**

Em lugar d'ella podem os lesados pedir sómente a partilha dos bens sonogados, com rendimentos desde a morte do auctor da herança. — Juntado o R. um título para mostrar que algum dos predios pedidos lhe pertence, desde quando se considera datado em face da lei. — Se se pediu praso para se juntar esse título, e se não se apresentou no marcado pelo juiz, embora se junte mais tarde, não pôde ser attendido. — Juntando-se alguma certidão, pelo direito antigo precisava de conferencia. — O que são registros publicos, para as certidões d'elles extrahidas ficarem authenticas; e sendo de documentos antigos, é por um paleographo que ella deve ser tirada. — Como se conta a prescripção para se intentar a acção de sonogados; quando corre; e quando está suspensa. — Uma sentença só obriga as partes a respeito de quem foi proferida. — Se no inventario se partiram bens, que deviam passar precipios a qualquer coherdeiro, pôde rescindir-se n'esta parte a partilha e sentença que a julgou; e porque. — Na acção de reivindicção não é preciso pedir a rescisão de um inventario, em que o A. não figurou.

**Reflexões jurídicas por parte dos AA.**

1.º

Já Corrêa Telles, *Acc.*, § 458, nos ensinava, que, em lugar da acção penal de sonogados, podiam os lesados pedir sómente a partilha dos bens occultados, com rendimentos desde a morte do defunto. Hoje o Cod. Civ. no art. 2166.º determina, que a omissão de alguns objectos na partilha não é motivo para esta se desfazer, e tão sómente para d'elles se fazer uma partilha adicional.

Estas poucas palavras bastam para justificar o libello e a sua conclusão de fl. ..., sobretudo porque os AA. teem a fortuna de ver julgar a sua causa por quem, á nunca desmentida rectidão, reune profundos conhecimentos juridicos e a maior pericia para descortinar a trapaça, e desalojar-a dos seus ultimos reductos. Entremos pois no exame dos autos.

Mas o intitulado documento não passa d'um escripto particular, que nem assignado está pela vendedora; que só se considera datado de 20 de novembro de 1872, em que foi apresentado na respectiva repartição para pagar a differença do sello (Cod. Com. art. 947.º, Cod. Civ. art. 2436.º, e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1030.º); e que os AA. de nenhum modo reconhecem. Não ha pois possibilidade legal de ser attendido em juizo.

Em primeiro lugar, requerendo o advogado dos RR. na audiencia de 7 de fevereiro de 1874 a concessão d'um praso para arranjar certos documentos, foi-lhe concedido o de trinta dias, como se mostra a fl. ..., o qual findava no dia 7 de março seguinte, e contudo só no dia 9 é que esses documentos foram juntos, *ut* a fl. ..., e portanto não podem ser attendidos, como apresentados extemporaneamente, contando-se entre elles o de n.º 9.

Em segundo lugar no termo de junção fl. ... se notam alguns dos defeitos do documento n.º 9, e é um d'elles a falta de assignatura do escriptivo no fim, e outro a falta de concerto, que eram necessarios pelo direito antigo. — Coelho da Rocha, *Inst.*, § 492; e Sousa Duarte, *Form. dos Tabell.*, § 77; defeitos estes que lhe tiram a fé.

Segundo o § 2.º do art. 2423.º do Cod. Civ., são considerados como registros publicos, para a qualificação da authenticidade dos documentos, os tomos das corporações ecclesiasticas extinctas, *conservados em qualquer estacção publica*; mas estando o tomo, de que foi extrahido o documento n.º 7, em mão d'um particular, que foi quem requereu a extracção, e d'elle se tornou a entregar, ja se vê que lhe falta a authenticidade, ficando reduzido a mero documento particular, que os AA. não reconhecem.

Acresce, que nem o escriptivo nos diz, se está sellado, e tudo leva a crer que não; nem era competente para decifral-o, e só um paleographo, pois no fim reconhece a antiguidade e illegibilidade da letra, *ibi* — as quaes vão aqui fielmente copiadas do dito tomo, *como foi possível lêr-se em letra tão antiga*. — Se o escriptivo pois não soube lêr, que fé ha de merecer o que escreveu?

E' corrente em direito, que a acção de sonogados contra a cabeça de casal nunca prescrevia, e podia intentar-se a todo o tempo, porque com má fé não havia prescrição possível. — Vejam-se Corrêa Telles. *Arg.*, nota ao § 57.º; *Ord. liv. 4.º tit. 79.º*; e *Gaz. dos Trib. n.º 4033*. — E n'este sentido se julgava constantemente no fóro.

Se o coherdeiro, em vez d'esta acção penal, usa d'est'outra lembrada pelo mesmo praxista no § 158, é manifesto vigorar a mesma disposição com relação á cabeça de casal. Sendo-o pois F., no inventario de seu sogro F., se, por impossivel, vivesse ainda cem annos, e d'aqui a noventa e nove se intentasse contra ella a presente acção, não lhe aproveitaria a excepção de prescrição, se o *Cod. Civ.* não tivesse sido promulgado.

Portanto até 22 de março de 1868 não podia começar a prescrever a favor da cabeça de casal, principiando n'esta occasião, por virtude da nova legislação, a correr a seu favor a prescrição de trinta annos, embora com má fé (*Cod. Civ. art. 529.º*), que só viria a completar-se lá para 1898, se antes não fosse interrompida.

Debalde pois se soccorreu a cabeça de casal a esta excepção: passemos aos filhos.

O mesmo Corrêa Telles diz na citada nota, que a acção de pedir partilha nos bens não descriptos no inventario, não sendo dirigida contra o cabeça de casal, dura trinta annos, o que vae em harmonia com o estatuido a respeito da acção *familia heriscunda*. — Citado Corrêa Telles, § 148. — Ora se ella dura trinta annos, é claro que antes d'elles completos não podem os possuidores dos bens adquiril-os por prescrição positiva, aliás seria uma burla estabelecer aquelle longo prazo, para logo o inutilisar.

Além de que o accordão do supremo tribunal de justiça de 24 de julho de 1855, publicado no *Diar. do Gov. n.º 208*, e na *Gaz. das Trib. n.º 2059*, rejeitou absolutamente a prescrição *longi temporis* entre nós admitindo unicamente a de trinta annos estabelecida no *Ord. liv. 4.º tit. 79.º* Mas se o inventario de F. começou em 1853, como os RR. confes-

sem no requerimento para a certidão appensa u.º 8. isto é, no dia 22 de agosto, findando em 7 de fevereiro de 1859, segundo se vê a fl. ..., e, derivando-se o seu direito da adjudicação que se lhes fez dos bens, é bem de vêr que só em 1889 se terá preenchido a prescrição.

Isto ainda é concedendo aos RR. filhos boa fé, que tudo induz a crer que não havia, attenta a convivencia com sua mãe e a idade da maior parte, e mórmente desde que se inutilisou o inventario de seu pae F., e surgiram as questões que sobre os bens sonogados tem havido.

E' principio inconcusso de direito, que uma sentença, ainda proferida contraditoriamente em juizo contencioso, só faz direito entre as partes, a respeito de quem foi proferida, e se não estende a terceiros, afóra em certos casos especiaes, que aqui se não dão. Assim o dispõe a *Ord. liv. 3.º tit. 81.º, ibi*. — *Posto que a sentença não aproveita, nem empece mais, que as pessoas, entre que é dada*. Assim o ensina a torrente dos praxistas, taes como Pereira e Sousa. *Linh. Civ.*, § 281 e nota 572; Nazareth. *Elem. do Proc. Civ.*, § 511; e Meirelles. *Repert. Jurid.* n.º 2913. Assim o estão julgando os tribunaes, como no accordão da relação do Porto de 7 de agosto de 1869, publicado no *Direito n.º 42 do 1.º anno*; no accordão do supremo tribunal de justiça de 12 de maio de 1854, na *Gaz. dos Trib. n.º 1864*; e de 5 de abril de 1859, na *Gazeta n.º 2622*.

E nem podia ser de outra fôrma, porque se não foram citados, nem ouvidos no processo com a sua defeza, ou allegações, seria a maxima das tyrannias que os efeitos da sentença podessem prejudicial-os.

Já se vê portanto, que, posto uma tal sentença só possa ser rescindida por algum dos casos taxativamente marcados no decreto de 19 de maio de 1832 e lei de 19 de dezembro de 1843, e antes da rescisão, ou quando não admissivel esta, há de fazer do branco preto e do quadrado redondo, e só com relação ás partes, entre quem foi proferida, e seus

herdeiros ou representantes, podendo os terceiros exercer seus direitos, como se tal sentença não existira.

É isto um corollario tão racional, que nos surprehe de altamente, que alguém tenha ensinado o contrario, e que não só abra a porta a terceiros para se ingerirem n'um processo e sentença alheios, mas os obrigue a isso sob pena de não poderem exercer esses mesmos direitos, que lhes dizem terem ficado intactos. É realmente o — *era não era* — e a logica fecha as mãos na cabeça e foge espavorida.

E se só se admite a rescisão d'uma sentença em casos especiaes, e esses muito raros, como a maxima parte das vezes elles se não dão, os terceiros prejudicados ficam inibidos de obter a rescisão, e portanto do exercicio dos seus direitos; sendo o principio, que na universidade nos ensinaram, e os praxistas proclamam, de que as sentenças alheias, como — *res inter alios* —, não os prejudicam, falso, falsissimo.

Ou quererão os propugnadores de tão inconsequente doutrina, que as partes, a quem a sentença se referiu, só possam rescindir-a, se se der algum dos poucos casos marcados na lei; e, ao inverso, que os terceiros a possam rescindir sempre, sem carecerem de mais nada, que allegar o seu interesse na rescisão, tendo os juizes de conceder-a cegamente e sem exame, como uma cousa de mero expediente? Mas se isto não é uma brincadeira, impropria da seriedade do juizo, é pelo menos uma formalidade inutil, e cujo unico prestimo consiste em augmentar as custas e despezas dos litigantes; e não podia ser essa a mente do legislador.

E rescindida a sentença para um terceiro, tambem o fica para os outros interessados; ou continua a ser sentença para uns, e para outros não?

Vejam-se as difficuldades e incoherencias, que nascem d'um principio falso e irrational!

25.º

Se estas reflexões teem cabimento quanto a sentenças contenciosas, do mesmo modo o teem com relação ás partilhas e sentenças que as julgam, as quaes são igualmente — *res inter alios* — para com terceiros, que não foram partes no inventario, e, só a quem o foi, aproveitam, ou empecem: — Pereira de Carvalho, *Primeiras Lih.*, § 110 da 3.ª edição; Alberto Carlos, *Juz. div.*, cap. 2.º § 18, e cap. 4.º § 3.º;

*Gaz. dos Trib.* n.º 1765, 1960, 3217, 3317 nota, e 3502; tenção na *Gazeta* n.º 3505, 3907 e 3923; *Assoc. dos Advog. de Lisboa*, resposta na *Gazeta* n.º 1355; accordão da relação de Lisboa de 7 de dezembro de 1869 no *Direito* n.º 14 do 2.º anno. Veja-se tudo o que dissemos no § antecedente.

26.º

Diremos ainda, que aqui se dá maioria de razão. Com effeito, tratando do meio de emendar o erro de se haverem descripto e partilhado bens, que deviam passar precipuos ao successor, ou fosse por ignorancia d'este, ou com sua contradição, diz Lobão, *Obrig. recipr.*, § 738, que não é prejudicado, porque a sentença obtida n'esse juizo não produz excepção de coisa julgada, nem obsta a que outra vez se questione em acção ordinaria. Se não obsta, é claro que não precisa rescindir-se, porque só se rescinde o que presta impedimento para ir a juizo.

Concordam Guerreiro, *Trat.* 2.º, liv. 8.º cap. 19.º; Silva, á *Ord.* liv. 3.º tit. 75.º pr. n.º 44; Barbosa, in liv. 8.º § fin. *pr. solut. matr.*; a *Gaz. dos Trib.* n.º 3844, e 2409 e seguintes, 2589, 3250; e os accordões do supremo tribunal de justiça citados por Hintze Ribeiro no *Caso Julgado* a pag. 40.

27.º

Por outro lado está-se considerando a sentença, que julga as partilhas, como uma homologação d'estas, sem caracter contencioso, e a que não tem applicação o decreto de 19 de maio de 1832, e a lei de 19 de dezembro de 1843. Assim diz a *Gaz. dos Trib.* n.º 2634 nota:

«As execuções e adjudicações, *assim como as partilhas...*, são antes contratos que se fazem em juizo, do que julgados, e as sentenças com que se firmam ou concluem simples decretos judiciais de ordem administrativa, e a contraria opinião tem funestos resultados, sendo absurdo que qualquer termo julgado por sentença produzisse excepção de caso julgado.»

Na tenção transcripta na *Gaz. dos Trib.* n.º 3505 chama o sábio juiz ao inventario processo administrativo, cujas sentenças só podem constituir direito entre os coherdeiros.

No mesmo sentido decidiu a relação do Porto no accor-

dão de 17 de maio de 1872, transcripto no *Direito* n.º 40 do 4.º anno, negando á sentença proferida em inventario de menores o caracter de contenciosa, e que lhe sejam applicaveis o decreto e lei acima citados, e dizendo que assim o tem entendido o supremo tribunal de justiça de que cita os accordãos de 4 de novembro de 1853 e 19 de julho de 1854.

A sentença publicada na *Gaz. dos Trib.* n.º 1073 nem considera um inventario lide pendente.

De tudo isto se deduz a desnecessidade de pedir a rescisão de similiaes sentenças e partilhas, não tendo figurado nos inventarios.

## 28.º

Se nos vizerem, que o Cod. Civ. revogou estes principios, responderemos, que elle não é applicavel ás partilhas feitas antes da sua execução, como decidiu a relação do Porto em accordão de 30 de maio de 1871, publicado na *Rev. de Leg.* n.º 174, a que o snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 4.º pag. 487, presta o seu apoio, por isso que os actos juridicos se regem pelas leis vigentes ao tempo da sua constituição, com o que se conforma o *Direito* n.º 14 do 6.º anno.

Responderemos mais, que o art. 2164.º do Cod. Civ., prohibindo a rescisão das partilhas, menos no caso de nullidade do processo, se refere evidentemente ás pessoas a quem ellas obrigam, pois que nem ahí, nem em outro algum artigo revoga o velho principio de que *res inter alios acta nec nocet nec prodest*. Ao contrario muito expressamente se mantem no art. 2503.º *ibi*:

«O caso julgado só pôde ser invocado como prova, verificando-se as seguintes condições... 3.º a *identidade dos litigantes*».

Que importa pois a Manoel o que se julgou entre seu irmão A. e a mulher e filhos d'este?

Aresce que mesmo entre as proprias partes o art. 2164.º não é na praxe interpretado á letra, como se vê do accordão de 30 de maio de 1871, da *Gaz. dos Trib.* n.º 4159, e do citado *Direito* n.º 14 do 5.º anno, e reconhece o snr. Dias Ferreira citado, pag. 487.

Que não é verdadeira a rescisão d'um inventario, em que o A. não figurou, se deduz do accordão da relação do Porto de 4 de maio de 1869, e tenções que o precedem, tudo copiado na *Rev. de Leg.* n.º 446. Ahí diz o primeiro juiz:

.....  
Eis ahí póis decidido, que uma acção de reivindicção procede sem ser mister rescindir o inventario, por virtude do qual o predio reivindicado foi á mão da R.; e o mais é, que o supremo tribunal de justiça por accordão de 2 de agosto de 1870 negou revista, sancionando assim essa doutrina.

E nem se argumente com o accordão do mesmo supremo tribunal de 24 de março de 1870 sobre a rescisão d'umas partilhas feitas e sentença que as julgou, porque ahí se trata de pessoas que foram partes no inventario, pois não obstante uma d'ellas estar degradada, devia ser representada no processo, nos termos dos art. 53.º e 54.º do Cod. Pen., e Secco, *Trat. de Orph. Prat.*, art. 16.º n.º 18. E' pois inapplicavel á nossa especie.

## 30.º

E que consequencias desastrosas se não seguiriam da doutrina, que impugnamos?

Suppunhamos, que preciso fazer uma viagem ao Brazil, e deixo os meus bens arrendados a Paulo por uma escriptura publica com todas as solemnidades legais, e que durante a minha ausencia, morrendo a mulher do arrendatario, dá á descripção do inventario os meus bens, conjunctamente os seus, cabendo-lhe aquelles em meação, e quando regresso, requiero o despejo, mas Paulo me objecta, que primeiramente hei de rescindir o inventario da mulher d'elle. Porém, como para validade da rescisão é preciso citar e ouvir quantos figuraram no dito inventario, e um dos filhos se acha hoje em Macau, outro em Montevideu, veja-se com que difficuldades hei de lutar, o tempo que hei de esperar, e o dinheiro que hei de desembolsar, antes de tornar a entrar para o que é meu. E' impossivel, que a lei auctorise similiaes espoliões e absurdos.

Apesar d'isto, e apesar da decisão mencionada no § 29 e de outra conforme, que se lê na *Rev. de Leg.* n.º 439, em que se não exigiu a rescisão de uma transacção, por n'ella não ter intervenido a A., e do que dizem a *Gaz. dos Trib.* n.º 3160 e *Corrêa Telles, Acq.*, §§ 68 e 69, com relação á reivindicação, e do disposto no art. 322.º da *Ref. Jud.*, é inegavel que alguém tem sustentado a necessidade de o reivindicante ir alacar e rescindir quantos actos e contratos houve, antes de a cousa chegar ás mãos do possuidor, mas isto que até ás vezes envolve uma impossibilidade, parece realmente uma aberração juridica, que o *Direito* n.º 5 do 5.º anno, e sobretudo em o n.º 3 do 6.º anno, profliga com razões irrespondiveis.

---

 § 23.º

**Accessão**

Sendo edificada uma casa em terreno alheio, e de má fé, pôde o dono do mesmo terreno requerer, que as obras sejam desfeitas, restituindo-se o terreno ao antigo estado á custa do factor, ou ficar com ella, pagando o valor que tiver n'esse tempo, ou o dos materiais e trabalho.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

Tendo Antonio e Antonia feito em terreno do passal as casas e outras obras, de má fé, isto é, com conhecimento de que edificavam em terreno alheio, tem applicação o disposto no art. 2307.º do *Cod. Civ.*, podendo portanto o reverendo párocho ou exigir que as obras sejam desfeitas, e o terreno restituído ao seu primitivo estado á custa de quem as fez ou de seus representantes, ou então ficar com os bens pagando o valor que tiverem n'esse tempo, ou o das materiais e trabalho, como melhor quizer, sobre o que pôde vêr-se o *sur. Bruschy, Man. do Dir. Civ. Portug.*, § 260.

 - 75 -  
§ 24.º

**Adulterio**

Se no processo crime por elle, pôde haver separação de culpas, para adiantar o julgamento de um dos réos preso.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

A *Ref. Jud.* permite no art. 1101.º a qualquer co-réu, accusado ao mesmo tempo, requerer a separação do processo, uma vez que o faça nos termos ensinados no art. 1102.º Todavia os co-réus n'estas condições tem de ser julgados conjunctamente com intervenção do mesmo jury, segundo o preceito do art. 1103.º De que vale então a separação? *Nazareth, Elem. do Proc. Crim.*, § 218, para fugir á inutilidade ou absurdo, resultante d'estas disposições, sustenta em a nota ao citado §, que o preceito do art. 1103.º só pôde applicar-se no caso, em que os processos dos outros co-réus tambem estejam promptos para entrar em julgamento; e é forçoso confessar, que esta opinião é muito racional. Mas contra ella está a circular n.º 554 da procuradoria regia do Porto, que mandou observar pelos delegados, em todo o seu rigor, a disposição do mesmo art. 1103.º, para se evitarem julgamentos oppostos; e no mesmo sentido parece ter decidido o accordão da *Relação* do Porto de 9 de julho de 1869, transcripto na *Rev. de Leg.* n.º 81, dando á lei uma interpretação rigorosa e litteral, no que tambem concorda o *Direito*, tomo 1.º n.º 6, dando como fim do artigo facilitar o esclarecimento dos factos por meio das declarações simultaneas de todos os co-réus, e acareação com as testemunhas.

Vê-se pois em face do exposto, que, ainda que a mulher conseguisse separação do processo, é muito duvidoso, se o juiz a submetterá a julgamento independentemente do seu complice.

Acresce, porém, a especialidade do crime de adulterio, em vista da disposição do *Cod. Pen.* Com effeito, attento o preceito do § 4.º do art. 401.º, e do art. 402.º, e seu § unico, parece reconhecer-se, que o pensamento do legislador foi, que ambos os co-réus fossem punidos ou absolvidos conjunctamente; e *Silva Ferrão* no *commentario* ao citado art.

401.º não duvida exprimir-se assim: «porém a incompatibilidade cresce desde que o processo tem de ser o mesmo, ou a querela contra ambos tem de ser simultaneamente dada, e consequentemente de marchar *par e passo* até julgamento final». O supremo tribunal de justiça em accordão de 20 de dezembro de 1870, inserto no *Direito*, tomo 3.º n.º 19, também firmou a doutrina de que o crime de adultério é comum e complexo, não podendo haver adultério sem adultério, e que tal crime é sujeito á intervenção do jury *communi*.

Julgo pois, que a mulher difficilmente obterá separação do processo, principalmente para o fim de ser julgada em separado do seu cumplice; todavia, se quizer tentá-lo, pôde requerer essa separação, sendo possível, que o juiz lhe defira, attenta a duvida que ha n'esta materia, por falta da precisa clareza na lei.

### § 25.º

#### Aguas

O foreiro pôde vender as que houver na propriedade, sem auctorisação uem licença do senhorio, uma vez que fique livre o valor do foro e mais um quinto.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A redacção está obscura, mas parece-me querer dizer-se, que Antonio era emphyteuta de prazos, para os quaes se lhe dera a agua do ribeiro, para o qual escorrem as aguas da tapada, e que pelo contrato este cedea a José.

Se é isto, entra a questão de saber, se o senhorio devia ser consultado para optar querendo, e se pôde usar de uma acção para fazer destruir a servidão constituída pelo novo titulo, que diminuiu o valor do praso, e consequentemente o laudêmio.

Lobão, 4.ª parte do direito emphyteutico, cap. 1.º art. 8.º, vota pela affirmativa, e, segundo elle, Antonio deveria offerecer ao senhorio as aguas, de que ia dispôr, e este poderia fazer annullar o contrato, em que se fez essa disposição d'ellas. Mas, se assim era antigamente, o isto ainda com duvi-

da, hoje é o contrario pelo art. 1676.º do Cod. Civ., que permite ao foreiro onerar o praso com encargos ou servidões, sem consentimento do senhorio, contanto que o onus não abranja a parte do valor do prédio, que corresponde ao foro, e mais um quinto. E' bem similhante a especie que vem tratada na *Gaz. dos Trib.* n.º 4605 e na *Rev. de Leg.* n.º 188, e ambos estes periodicos votaram, que o emphyteuta não tinha que offerecer ao senhorio a venda das aguas.

Aligura-se-me ser isto o que se perguntava, não obstante parecer, que só queria saber-se, se este contrato alterou a disposição dos prazos, ao que tem de responder-se simplesmente que sim. Se outra cousa é que pretendia saber-se, formule-se a pergunta com mais clareza.

### § 26.º

#### Aguas

O leito e margens dos rios navegaveis ou fluctuaveis, consideram-se publicos, podendo por isso o governo mandar demolir quaesquer obras que alli se façam, inclusive as pesqueiras. — Quem deve conceder licença para ellas se construirem ou repararem, e como deve ser requerida.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Pelo nosso antigo direito consideraram-se sempre o leito e margens dos rios como propriedades do estado.

O mesmo principio existe no Cod. Civ., como se vê do art. 380.º n.º 3.º e § 3.º; e é por isso que no art. 432.º se exige prévia licença da auctoridade administrativa para a feitura de obra ou construcção permanente, quando esta tender ao aproveitamento de aguas publicas navegaveis ou fluctuaveis.

Em face d'esta doutrina parece claro que o governo, mandando demolir a antiga pesqueira, obron dentro da esphera das suas attribuições, visto que tinha sido construída em terreno publico, insusceptível de apropriação individual, e sem que precedesse a competente licença.

Parece-me portanto que o que resta da antiga construc-

ção é *res nullius*, e nenhum dos antigos quinhoeiros pôde a tal respeito fazer valer direitos, que a lei lhe não reconhece. Mas d'aqui também se não infira, que é lícito a qualquer restaurar a antiga pesqueira sem previamente se munir da respectiva auctorisação.

Quem será o competente para isso? O Cod. Civ. no art. 432.º falla em geral de auctoridade administrativa, mas não diz qual é; todavia o sr. Dias Ferreira commentando o art. 380.º é de voto que a licença deve ser concedida, em a nossa hypothese, pelo ministerio das obras publicas.

Isto é verdade, e para o reconhecermos abramos o Cod. Adm. da edição de 1865 (annotado), que é por onde nos devemos guiar.

N'elle a pag. 52 nota achamos affirmado o principio de que os rios navegaveis e fluctuaveis são do dominio publico e imprescriptiveis, assim como as suas margens, o que se declarou por decreto de 31 de dezembro de 1864, art. 2.º

No mesmo logar se diz que as camaras não podem ingerir-se na administração dos terrenos marginaes dos rios, que são propriedade do estado; mas que lhes cumpre obstar, sob a direcção do governador civil, á construção de quaesquer açudes e pesqueiras, que se pretendam levantar sem licença do governo, como se determinou por portaria de 19 de dezembro de 1844.

Pelo decreto de 21 de dezembro de 1840, citado a pag. 53 do Codigo, estatuiu-se que as camaras municipaes dos concelhos confinantes com o Douro não podem ingerir-se na administração dos seus terrenos marginaes, a qual está incumbida aos governadores civis sob as ordens immediatas do governo, competindo a este ultimo a concessão de licenças aos particulares para fazerem quaesquer obras nas margens dos rios.

Estas licenças não de ser dadas por decreto, com prévia audiência do governador civil, do inspector geral das obras publicas e da camara municipal.

Pelas portarias de 30 de maio de 1837 e 31 de agosto de 1864 declarou-se, que é das attribuições do governo conceder licenças pelo ministerio das obras publicas para quaesquer construcções, que hajam de fazer-se junto ás margens dos rios, pertencendo aos directores das obras publicas a fiscalisação n'este assumpto, incumbida alié então aos governadores civis. Veja-se o citado Codigo a pag. 72.

Finalmente que a licença para este fim só pôde ser dada pelo governo declarou-se ainda em outras muitas portarias, decretos e decisões do conselho de estado, que vem apontadas a pag. 60 do Cod. Adm.

Em face do expendido parece-me, que o unico caminho a seguir pelo consulente é requerer ao governo a reparação da antiga pesqueira, fazendo vér que esta em nada prejudicava os interesses da navegação, e juntado para isso o attestado lembrado dos arraes, e quaesquer documentos que fossem favorecer o fim em vista. Se o governo, ouvidos os seus delegados, entender que deve deferir, pôde o consulente começar a obra com alouteza, e sem temor de opposição dos antigos quinhoeiros, que a meu vér, e attenta a exposição que me foi feita, nenhuns direitos tem sobre a antiga pesqueira.

## § 27.º

### Aguas

Sobre a sua classificação, de publicas, communs ou particulares, e qual o direito por que se regem em qualquer d'estas hypotheses. — Quando podere[m] ser divididas, e baja interessados menores, com que formalidades o devem ser.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

As aguas, sobre que versa a consulta retro, ou hão de ser publicas, ou communs, ou particulares.

Se fossem publicas, teriam de ser regidas pelas leis ou pelos regulamentos administrativos, na forma do art. 380.º do Cod. Civ., mas como se trata d'uma corrente d'agua doce, para ter essa classificação era mister que fosse navegavel ou fluctuavel, como dispõe o § 3.º do mesmo artigo, o que decerto se não dá.

Supponho que são communs, isto é, não navegaveis nem fluctuaveis, e que, atravessando terrenos municipaes, parochiaes, ou particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel — art. 381.º n.º 2.º — as quaes nos termos d'este artigo aproveitam só aos individuos

de certa circumscripção administrativa, guardados os regulamentos administrativos.

Mas estes regulamentos parece dizerem respeito ás substancias aquaticas e vegetaes terrestres — art. 468.º e seguintes e 473.º — Pelo que respeita porém ao uso das aguas, não carece de regulamento, porque este se acha compendiado nos art. 434.º e seguintes nas duas hypotheses, ou de os predios serem atravessados pelas aguas, ou de sómente serem por ellas banhados e tocados de um dos lados. — Sobre esta materia veja-se o sr. Dias Ferreira nos logares respectivos, e Bruschi, *Man. do Dir. Civ. Portug.*, vol. 2.º § 231.

Póde acontecer, que os donos dos predios atravessados ou banhados pelas aguas communs, ou prescindam dos seus direitos, conferidos pelo Cod. Civ., a fim de consentirem na partilha d'estas por todos, ou que reconheçam direitos adquiridos por Jodos os consortes em commum ás aguas, seja por uso e costume, ou por outro dos fundamentos mencionados no art. 438.º do Cod. Civ. Mas, não lhe convindo a communhão das aguas, como obter a sua divisão?

Não me opponho a que se siga o voto do meu douto collega dr. F., pedindo-se á camara, que se encarregue da distribuição por intervenção d'um repartidor nomeado annualmente; porém, se a camara se não prestar a isso, declarando-se incompetente, tenho alguma duvida, se o conselho do districto dará provimento no recurso. Além de que uma semelhante forma de divisão póde trazer grandes desgostos aos consortes no futuro, porque nem sempre os repartidores teem a necessaria consciencia ou intelligencia para fazerem uma boa distribuição.

Melhor seria talvez, que os consortes fizessem entre si uma partilha a seu contento, e a fizessem depois julgar por sentença.

Havendo menores, ou teem pae ou mãe vivos, que exerçam sobre elles o poder paternal, ou não teem: se teem, observe-se por paridade de razão o art. 450.º do Cod. Civ., e peça-se antes licença ao juiz (com audiencia do ministerio publico) para fazer a partilha da agua por dias, ou horas, ou como combinarem: se não teem, devem intervir os tutores (e elles se forem puberes), precedendo auctorisação do conselho de familia. — Cod. Civ. art. 224.º n.ºs 16 e 17.

Se as aguas forem particulares, e tenham de reger-se

pelos art. 444.º e seguintes, então a camara nada tem que ver com a partilha das aguas, e os consortes podem dividir-as do modo acima dito.

§ 28.º

Aguas

Aquellas a que a camara costuma nomear um repartidor para fazer a sua distribuição pelos diferentes compartes, devem considerar-se publicas.

Tendo F. mandado abrir uma mina na sua propriedade de . . . , foi lhe embargada pela camara municipal com dois fundamentos: é o primeiro, que ella vae já a entrar na estrada publica, o que não podia fazer sem auctorisação da mesma camara; é o segundo, que a mina já destruiu diferentes canos, que vinham para um reservatorio publico.

Procedendo-se a embargo, declarou o escrivão, que o cimo da mina ainda ficava muito distante da estrada publica; e pelo que respeita aos canos, que vem de uma poça publica, não se conhecia estarem destruidos.

Nestas circumstancias pergunta-se-me se a camara deverá progredir na acção principiada, ou se deverá desistir d'ella, e intentar outra, e qual.

Emquanto ao primeiro fundamento verifica-se do auto de embargo não ser exacto. Mas dir-se-ha, que progredindo a mina, e na direcção que leva, lá vae entrar na estrada publica, e consequentemente que o embargo foi bem feito, e póde sustentar-se. Esta doutrina é muito perigosa, e quanto fosse sustentada por um juiz de direito na sentença, que vem transcripta na *Rev. de Leg.* n.º 133, comtudo é impugnada pela mesma *Revista*, que contra um mero receio apenas admite a caução *damni infecti*, rejeitando o embargo.

Esta segunda opinião tem a seu favor muitos casos julgados na primeira e na segunda instancia, como póde vêr-se na *Gar. dos Trib.* n.ºs 1299 e 1233; na *Rev. Jurid.* n.ºs 42 e 97; na *Rev. de Leg.* n.ºs 41, 117 e 164; e no *Jorn. de Ju-*

*rispr.* n.º 1.º do 4.º anno. Em vista da corrente que a opinião dos tribunaes vaé tomando, receio muito, que se julgue imprudente o embargo com relação a este primeiro fundamento.

Com relação aos canos lá ficaram junto á superficie da terra, porque a mina, indo muito mais funda, não lhes tocou, caducando tambem por esta razão.

E' verdade informar-se, que por occasião de cheias, ou quando as aguas abundam, algumas escorriam por estes canos para a poça publica, mas bem pôde ser que fossem mandados construir pelo dono do predio para o enxugar, sendo muito duvidoso, que o publico tenha servidão no dito predio, indicada pelos canos. Além d'isto o embargo não foi feito pela usurpação da agua, mas pela destruição dos canos, a qual não existe, porque estão intactos.

Inclino-me pois a que se desista do embargo, antes de mais custas, dizendo-se no requerimento, que se desiste, por constar hoje, que a mina não entra na estrada, e que os canos não estão destruidos; quando estes eram os unicos fundamentos do mesmo embargo.

E poderá a camara intentar contra F. alguma nova acção?

No caso de que este, levantado o embargo, progrida com a mina em direcção á estrada, pôde a camara obrigar-o a prestar caução de não entrar n'ella.

Por outro lado o povo de . . . soffreu um grande prejuizo em ser privado da agua da poça existente no correjo, e que provinha encaçada do lado opposto ao predio de F. Poderá este ser demandado pela mesma camara; para que entupa a sua mina, a fim de que a agua reverta ao antigo encanamento publico?

Cumpre notar, que a poça está, como se disse, na barroca ou correjo, e que as suas aguas fertilisavam um grande numero de predios dos moradores de . . . , sendo a sua distribuição feita por um repartidor nomeado annualmente pela mesma camara.

Estará uma similhante agua nas condições de considerar-se como publica para os effeitos do art. 451.º do Cod. Civ.?

A *Gaz. dos Trib.* n.º 4039 entende que não; mas o *Jornal de Jurispr.* n.º 10 do 4.º anno sustenta desenvolvidamente que sim, e com elle concorda a *Rev. de Leg.* n.º 28,

hem como Bruschy, *Man. de Dir. Civ. Portug.*, § 233 a pag. 82, e o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 1.º pag. 430.

Apesar da opinião contraria da *Gaz. dos Trib.*, como a camara tem a seu favor auctoridades tanto ou mais competentes, é muito de esperar, que triumphe n'esta questão.

## § 29.º

### Aguas pluvias

Como pôde obstar-se no damno causado, pelas que calindo de um telhado, que deita directamente sobre o campo do visinho, podem infiltrar-se na parede da propria casa, resultando d'abi prejuizo.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A consulta, que tão simples parece, envolve, quanto a mim, bastante difficuldade.

Era possivel, que o caleiro collocado na extremidade do beiramento de A., tivesse por fim apanhar as aguas tanto para resguardar o pateo de P., como o muro da casa de B.; e se este ultimo poder provar esta circumstancia, decerto tem direito a demandar A., para de novo repór o caleiro no antigo sitio, ou tolerar que elle o faça, nos termos prescriptos no art. 2283.º do Cod. Civ.

Suppunhamos porém que assim não fosse, ou, ainda que o fosse, que não possa provar-se, como é natural, n'esse caso faço a seguinte distincção: ou as aguas pluvias do telhado de A., podem penetrar na casa ou lojas de B., ou não. No primeiro caso parece-me que B. tem direito a obstar a esse damno, como pelo antigo direito expressamente ensinavam Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 670.º, e Meirelles, *Repert. Jurid.*, n.º 101, concordando a *Gaz. dos Trib.* n.º 2126, e hoje pôde deduzir-se dos art. 14.º, 15.º, 16.º e 2283.º do Cod. Civ.

No segundo caso a opposição de B. seria filha de mera emulação, e duvido que os tribunaes lh'a admittissem contra o direito de propriedade de A.

Em conclusão, B. só poderá intentar acção contra A. com probabilidades de vencimento, ou se provar que o caleiro teve por fim desviar as aguas do telhado para lhe não prejudicarem o seu muro; ou se provar que estas podem infiltrar-se por elle, e vir-lhe alagar a casa ou as lojas.

Sabidos os unicos casos, em que B. tem direito a usar da sua acção, facil é saber qual a defeza, que A. póde deduzir.

§ 30.º

Alimentos

Na acção a pedil-os podem considerar-se nobres os bachareis. — Póde pedil-os a mãe aos paes, e os netos aos avós. — Os netos podem pedil-os aos avós paternos ou maternos, podendo escolher os de quaesquer das linhas. — Como se classificam; em que verbas se dividem; e como se regulam, attentas as necessidades de quem é obrigado a prestal-os, e de quem os pede.

Reflexões jurídicas por parte da A.

Embora o A. marido pertença a uma familia respeitavel, decente e optimamente aparentada, que sempre se tratou á lei da nobreza (depoimentos das testemunhas de fl. ...); embora a lei de 16 de setembro de 1597 confira nobreza aos graus de letras (*Gaz. dos Trib.* n.º 48); embora a relação do Porto considerasse tambem nobres os bachareis, e até transmissivel a sua nobreza (*Gazeta* n.º 3415); embora muitas outras leis concedessem privilegios aos bachareis, só proprios dos nobres, e os praxistas lhes reconhecessem nobreza (*Ord. liv. 1.º tit. 66.º § 42, tit. 91.º §§ 2.º e 9.º*; *Estat. da Univ. liv. 1.º tit. 4.º cap. 4.º § 5.º e cap. 5.º § 23*; *liv. 2.º tit. 11.º cap. 6.º § 16*; *liv. 3.º part. 1.º tit. 5.º cap. 5.º § 13*; *Moraes, de Exec.*, liv. 4.º cap. 8.º n.º 17; *Borges Carneiro, Dir. Civ.*, tit. 1.º § 45 n.º 22; *Villas-Boas, Nobil. Port.*, cap. 15; *Pereira e Sousa, Primeiras Linh. Civ.*, § 6.º e sua nota; *Pereira e Oliveira, Privil. da Nobr.*, cap. 8.º n.º 6; *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1133 e 3427); os RR. pertencentes á velha aristocracia, reputam-se manchados na mistura do seu sangue com o do A., sem se recordarem do anachronis-

mo d'essas ideias, e de que a verdadeira nobreza é a que resulta das qualidades pessoaes.

EXCEPÇÃO

Dizem que a obrigação d'alimentos impende igualmente aos avós paternos e maternos, e por isso não podiam estes ser demandados isoladamente para prestarem alimentos ao impubere Alexandre.

RESPOSTA

Em primeiro lugar cumpre notar, que em juizo não apparecem o impubere a demandar os avós, mas sim sua mãe auctorisada pelo marido a pedir alimentos para si e para subsistencia e educação de seu filho; temos pois uma filha a demandar seus paes, e não um neto a demandar seus avós, hypothese que se figura na excepção.

Em segundo logar na opinião de Potier, *Trait. des Contr. de Mariage*, n.º 391, e Toulhier, *Dir. Civ. Franc.*, tomo 2.º n.º 613, a obrigação dos alimentos é solidaria e indivisivel, podendo portanto um dos avós do impubere ser demandado por toda a importancia d'elles, a quem existe regresso de ir contra os outros, que possam mostrar-se igualmente obrigados. Esta opinião é a mais sensata, porque a solidariedade e indivisibilidade são o meio efficaz de garantir com facilidade ao desgraçado que tem fome a prompta aquisição d'um bocado de pão, da parte de quem desconhecendo os deveres da natureza se recusa a dar-l'h'o; e ella auctorisava a escollha feita.

Em terceiro logar do libello consta, que os paes do A. marido, e avós paternos do impubere Alexandre, apesar da grande differença que ha entre a sua fortuna e a dos RR., se prestam a alimentar sua familia, e só recusam fazel-o á nora e genro, que por isso recorreram aos RR. Bem sobrecarregados ficam pois quando, com um rendimento de 700\$000 a 800\$000 réis, teem de prestar alimentos a seu filho, collocado em uma posição elevada, e por isso pingue; ao passo que aos RR. com o rendimento de 3:800\$000 réis (depoimentos de fl. ...), se pedem apenas os sufficientes para a sua filha e educação de seu neto. Salta aos olhos, que os RR. ficam de muito melhor partido do que os paes do A.

Em quarto lugar o art. 173.º do Cod. Civ. diz assim:

«Na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou se esses mesmos não forem sufficientes, podem os fillos legitimos ou legitimados pedir-os aos ascendentes mais proximos de qualquer das linhas, segundo o seu direito successorio».

As expressões griphadas concediam a faculdade de dirigir a acção contra os avós paternos do impubere, ou contra os maternos, e escolhendo estes, fizeram boa opção, attenta a enorme differença de meios para mais que possuem.

E nem obstem as ultimas palavras, — segundo o seu direito successorio — que tem ligação com os outros ascendentes mais proximos, os quaes evidentemente querem dizer que enquanto houver avós, não podem pedir alimentos aos bis-avós, e enquanto houver estes aos terceiros avós, mas não como alguem pretende, que havendo avós paternos e maternos, hão de ser todos necessariamente demandados, porque esta interpretação destruiria a obvia intelligencia das palavras de qualquer das linhas.

Era este o direito antigo, que pôde vêr-se em Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 516.º *ibi*, e em Coelho da Rocha, § 324.

Bem se vê pois, que o art. 173.º teve por fonte o nosso antigo direito, substanciado pelos nossos dois melhores praxistas modernos, e segundo elle deve entender-se.

E nem se replique, que o art. 171.º do Cod. Civ. só comprehende nos alimentos o indispensavel ao sustento, habitação, vestuário, educação e instrução, porque esta disposição se completa pelo § unico do art. 1247.º por paridade de razão. E' esta tambem a opinião do sr. Dias Ferreira no seu commentario ao art. 171.º do Cod. Civ. a pag. 213 do vol. 1.º, e do sr. Bruschy, *Man. de Dir. Civ. Portug.*, § 150 a pag. 168 do 1.º vol. Tambem era esse o direito antigo portuguez como pôde vêr-se em Coelho da Rocha, § 31; Corrêa Telles, *Acç.*, nota e § 230; e Lobão, *Obrig. recipr.*, § 9.º O mesmo se entende na França, como diz Demolombe, *Du Mariage*, n.º 52: «Le mot aliments comprend tout ce qui est necessaire aux besoins de l'existence: le vêtement, l'habitation, la nourriture, et les remèdes en cas de maladie». Rogron nota ao art. 208.º do codigo civil francez que os alimentos se calculam sobre a idade, *sauvé*, e cathe-

goria da pessoa. Concorda Garcia Goiena, *Concordancia do codigo civil hespanhol*, art. 71.º, em que, dizendo que os alimentos comprehendem o necessario absoluto, e o necessario relativo, explica quanto a este, que a velhice tem mais necessidades que a infancia; o matrimonio, que o celibato; a fraqueza, que a força; e a enfermidade, que a boa saúde.

Forçoso é pois que se attenda ao estado doentio da A. mulher, á sua nobreza e cathgoria social, sobre o que diz Pegas á Ord. liv. 87.º § 45 n.º 9.

§ 31.º

Appellação

Praso para se interpôr, por direito antigo, e como se perdia esse praso, embora mesmo não fosse intimada a sentença, não podendo appellar quem consentiu n'ella. — Os titulos de partilhas são exequiveis, contra os que figuraram no inventario d'onde foram extrahidos.

Attendendo a que do titulo de partilhas, inserto n'este processo, consta a fl. ...., que o executado ficou obrigado a dar de torna ao exequente a propria quantia de 395782 réis, por que ora procede a execução :

Attendendo a que os titulos de partilhas são sentenças exequiveis entre as partes, que figuraram nos inventarios, d'onde foram extrahidos. — Pereira de Carvalho, *Primeiras Linh.*, § 110 da 3.ª edição; Alberto Carlos, *Prat. dos juiz. die.*, cap. 2.º § 18; *Gaz. dos Trib.* n.ºs 3907, 3916 e 3923 :

Attendendo a que, começando a Ref. Jud. a vigorar nas provincias em 8 de novembro de 1841, nos termos da lei de 9 de outubro do mesmo anno, pois que a sua publicação findou no dia 23 do dito mez de outubro, não podem as suas disposições ter applicação ao inventario de João e ao titulo de partilhas d'elle extrahido, e que serve de base á execução, que tudo foi processado e ultimado sob o imperio do decreto de 16 de maio de 1832 :

Attendendo a que, n'esta hypothese, similhante partilha não precisava de ser julgada por sentença, nem ella tinha

cabimento, como se deprehe de dos art. 24.º e seguintes do citado decreto, sendo portanto um termo superfluo, uma excessão:

Attendendo a que mesmo, se a sentença fosse uma entidade legal e necessaria, que não era, e mesmo appellavel, o prazo para a interposição do recurso tinha de ser avaliado pela legislação então vigente:

Attendendo a que esse prazo, segundo a Ref. Jud. de 13 de janeiro de 1837, art. 301.º e § 1.º, era de dez dias, contados ou da publicação (segundo as circunstancias), ou desde a intimação da sentença ou despacho, *ou desde a noticia*:

Attendendo a que esta disposição foi conforme com a anterior da Ord. liv. 3.º tit. 69.º § 4.º, tit. 70.º pr., e tit. 79.º § 4.º:

Attendendo a que tanto *teve noticia* o executado da referida sentença, que, sendo datada de 16 de junho de 1841, em 30 de agosto seguinte fez com seus irmãos o auto de partilhas dos montes de fl. ..., no qual se faz expressa referencia á partilha anterior, de que os mesmos se dizem excludidos:

Attendendo a que tanto teve d'ella conhecimento, que está na posse do que pela mesma lhe coube, o que, sendo allegado pelo exequente a fl. ..., não se atrevem a negal-o na sua allegação de fl. ..., o que se apressaria a fazer, se verdade não fôra:

Attendendo a que o conhecimento extrajudicial de uma partilha e da sentença que a julgou, é bastante para se reputar que ella passou em julgado, como sustentam a Associação dos Advogados de Lisboa, na resposta á consulta transcripta na *Gaz. dos Trib. n.º 3011; Lobão, Segundas Linh.*, parte 2.ª pag. 330; Pereira, *Dec. 65*; e Guerreiro, *Treat. 1.º, liv. 2.º cap. 3.º n.º 43*:

Attendendo a que tanto mais procede esta doutrina, quando a partilha se fez por combinação amigavel e aprazimento das partes, homologando ella sómente o seu accordo, como aconteceu na presente espécie, o que tornaria absurda a appellação:

Attendendo a que pelo art. 305.º da Reforma antiga, e hoje pelo n.º 13 do art. 681.º da Ref. Jud. se estabeleceu (em harmonia com a velha Ord.) a prohibição de appellar ao que consentiu na sentença; e bem consentiu n'ella quem por mais de trinta annos tem possuído os bens, que por

ella lhe advieram, pois, como diz a *Gaz. dos Trib. n.º 2885*, não pôde haver actum algum, que mostre melhor approvação, que qualquer tomar posse dos bens, que lhe foram dados ou lançados em partilha:

Attendendo a que, quando nada do exposto procedesse, o titulo de partilhas tinha de executar-se, não obstante o recurso de appellação, se porventura se interpozesse, citado art. 681.º § 7.º:

Por taes motivos indefiro o requerimento de audiencia de fl. ..., e mando que a execução siga seus termos.

§ 32.º

Arrematação

Se, estando o processo nullo, pôde sustentar-se a arrematação n'ella feita, ou se terá de baquear. — E se será motivo para se annullar a falta de nomeação de curador *in litem* ao executado quando fosse menor, e a citação da mãe binuba, como sua representante e investida do poder paternal.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Se effectivamente a executada Anna é menor, o que bem pôde provar-se pela certidão do assento de seu baptismo, não bastava a citação pessoal d'ella, mas era mister fazer citar tambem a mãe, por estar investida do poder paternal, segundo creio. E' o que se deduz dos art. 138.º e 155.º do Cod. Civ., que devem combinar-se com o art. 201.º § 2.º da Ref. Jud. Além d'isto devia nomear-se á menor um curador *in litem*, como preservem a citada Reforma no § unico do art. 259.º, e a Ord. liv. 3.º tit. 41.º § 9.º

E na verdade, que estas disposições tem de cumprir-se mesmo nos processos de execução hypothecaria, segundo o regulamento de 28 de abril de 1870, vê-se bem do seu art. 208.º, que manda, que o possuidor seja citado pela *forma da lei do processo*, e esta, como é sabido, é a da Ref. Jud., da Ord. do reino, e até do Cod. Civ. na parte em que legisla sobre processo, e possa ter applicação.

Por outro lado o mesmo regulamento no art. 230.º man-

da recorrer ás regras geraes sobre as execuções; e no art. 374.º da Reforma manda-se fazer a citação na fórma e com os requisitos, que se exigem para as acções.

D'este modo é também entendido o regulamento, n'esta parte, pela *Rev. de Leg.* n.º 176.

Consequentemente, se na citação se não observou a lei geral do processo, parece-me claro ter esta ficado nulla, e portanto o processo, que n'ella se baseou. E nem obsta o comparecimento da menor citada, que não pôde sanar os defeitos, porque não se trata aqui de vícios, que affectassem a *fôrma da citação*, que lhe fôra feita, mas sim da falta d'ella a outras pessoas, que também deviam ser ouvidas na causa; e estas nunca podem considerar-se prejudicadas com o andamento illegal que se lhe deu. Além d'isso a citada Ord. é terminante em fulminar nullidade aos autos e sentenças do feito processado sem curador *in litem*.

E nem importa que esta materia não esteja comprehendida no art. 211.º do regulamento, porque aqui só se trata dos fundamentos dos embargos para o executado se livrar da obrigação de pagar ao exequente, e nada se determina a respeito de formalidades de processo, sobre que teem a cumprir-se as respectivas leis, sob pena de nullidade.

Inclino-me pois a que, provada a menoridade, venha todo o processo a annullar-se desde o seu começo.

Poderá porém ficar de pé o acto da arrematação? Duvido muito d'isso, porque se esta é um acto do processó, affectado este de uma nullidade insanavel desde o seu principio, parece obvio que viciada fica também a arrematação, não podendo por isso subsistir. E' esta também a opinião abraçada por Pereira e Sousa, § 432 e nota respectiva (859); por Lobão, *Exec.*, § 461; e por Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, 2.ª parte § 735. Todos estes escriptores, sustentando que a arrematação solemnemente feita não se retracta, exceptuam contudo o caso, entre outros, de ter sido nullo o anterior processo de execução, e não exigem para se annullar a arrematação o meio da acção ordinaria, e só quando se arguir de lesiva. Corrobora-se ainda esta doutrina com o accordão do supremo tribunal de justiça de 26 de junho de 1862, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 3154, no qual se annullou um processo de execução, e revogou um accordão da relação, por ter julgado valida uma arrematação, apesar das nullidades substanciaes anteriores a ella, que tinha havido.

E' verdade que o supremo tribunal de justiça por accordão de 22 de dezembro de 1871, que se lê na *Gazeta* n.º 4614, julgou não ser meio competente para annullar-se uma arrematação judicial ni simples requerimento offerecido incidentalmente no processo da execução, mas decidiu n'este sentido, sobretudo por já estar de todo verificada e ultimada em juizo a arrematação; e na hypothese, de que nos occupamos, é certo ter-se arguido a nullidade do processo antes de irem os bens á praça, pelo que os arrematantes não podem allegar ignorancia da possibilidade existente de ser ainda attendida pelo juiz a nullidade.

Este ultimo é que me parece, salvo o respeito, não ter procedido bem, porque devia fazer sustar o acto da praça até ser decidido o incidente, como em caso analogo julgou o supremo tribunal de justiça por accordão de 23 de julho de 1861, que vem na *Gazeta* n.º 2986. Como porém assim não fez, aguardemos agora a sua decisão.

Se esta fór no sentido da annullação do processo, creio que os arrematantes podem appellar d'ella, e é este o recurso competente em face do art. 681.º da Ref. Jud., e sem que obste o art. 216.º do regulamento hypothecario, por se referir unicamente a despachos *puramente* interlocutorios, e não com força de definitivos, qual o de que tratamos. Quanto ao exito da appellação não pôde apançar-se, propendendo eu antes para que seja desfavoravel, pelas razões já ponderadas.

Segundo o meu modo de vêr a questão principal, talvez seja uma inutilidade pagar a contribuição de registro. Todavia é muito possivel, que o juiz sustente a arrematação, e n'esse caso convirá ter satisfeito o imposto, não só porque é um elemento de firmeza, que acresce ao acto, mas principalmente para fugir á difficuldade, que suscita o prazo de oito dias decretado no § 1.º do art. 11.º do regulamento de 30 de junho de 1870, e interpretado á letra pelo officio de 10 de junho de 1871, transcripto no *Direito* n.º 28 do 3.º anno, no qual se prohibiu a recepção da contribuição fóra d'aquelle prazo. Por outro lado, verificando-se o pagamento, se depois a arrematação fór annullada, entendo que ha direito a repetir da fazenda a sua importancia, com fundamento no art. 6.º do citado regulamento, visto que a arre-

matação é uma verdadeira venda feita judicialmente. E caso se opte por este alvitre, ainda que se recusem as guias, parece-me que uma certidão do auto de arrematação supprime as suas vezes.

Não devo porém omitir, que, seguindo-se o rumo opposto, poderia ainda mais tarde sustentar-se a validade do pagamento extemporaneo, caso a arrematação fosse julgada subsistente, allegando a existencia de impedimento invencível, sendo mister aguardar a decisão do incidente levantado. E para tal fim forneceria argumentos a doutrina sustentada na *Rev. de Leg.* n.º 176, e que é contraria á do officio acima citado; mas quem sabe se esta opinião vingaria? Talvez por isso fosse mais prudente pagar já.

---

§ 33.º

**Arrematação**

Sendo arrematada uma propriedade em execução hypothecaria para pagamento do credito a que servia de hypotheca, fica a mesma expurgada. — A hypotheca tambem se extingue pela prescrição; e a favor do arrematante tambem ella corre contra qualquer credor que se julgue com direito sobre o predio arrematado.

**Embargos a execução hypothecaria**

1.º

P. que a vinha no sitio do Sardoeiro, a partir pelo cimo com Anna, e pelo fundo com os embargantes, e que tambem foi hypothecada á credora exequente na escriptura de 20 de janeiro de 1857, passou para o poder dos mesmos embargantes por virtude da arrematação que d'ella fizeram em hasta publica no dia . . . , como se vê da carta de sentença junta e que está revestida de todas as formalidades legais.

2.º

P. que os embargantes entraram logo em deposito com o preço da arrematação, segundo consta do mesmo documento, e por isso o predio passou-lhes livre e expurgado da hypotheca, que o onerava, e serve de base a esta acção, como era doutrina corrente entre os nossos melhores juriscultos, taes como Pereira e Sousa, *Proc. Civ.*, § 433 e nota 860; Lobão, *Exec.*, § 467; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 261; Corrêa Telles, *Acç.*, § 170; e Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 736, os quaes se fundam na Ord. liv. 4.º tit. 6.º § 2.º

3.º

P. que portanto é applicavel aos embargantes a disposição do n.º 3.º do art. 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870 nas palavras — ou *extincção* da mesma hypotheca, para o effeito de serem os mesmos julgados desobrigados de pagar a divida exequenda na parte que diz respeito á vinha do Sardoeiro arrematada, sobre a qual não pesa a hypotheca constituida na escriptura de 20 de janeiro de 1857; demais

4.º

P. que os embargantes possuem em boa fé e com justo titulo a mesma vinha arrematada, ha perto de treze annos, e por isso teem em seu favor a prescrição acquisitiva, a qual se completava pelo lapso de dez annos, entre presentes, por serem credora e embargantes moradores na mesma comarca, como dizem Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1364.º e tomo 1.º art. 1372.º; e Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, §§ 643 e 644; é a doutrina legal tirada da Ord. liv. 4.º tit. 3.º § 1.º E que esta prescrição do antigo direito é applicavel á questão sujeita, dil-o o art. 564.º do Cod. Civ., visto não se dar a excepção do art. 566.º, por já ter decorrido, á data da sua promulgação, maior praso de tempo para a prescrição, do que o marcado no mesmo Codigo para a constituição d'ella, em harmonia com os art. 526.º e seguintes do Cod. Civ.

5.º

P. que assim por antigo direito (citada Ord. liv. 4.º tit. 3.º

§ 1.º: Coelho da Rocha, *Inst.*, § 644; e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1364.º), como por direito moderno (Cod. Civ. art. 1027.º n.º 3.º) as hypothecas extinguem-se pela prescrição, e por isso extincta deve também considerar-se a da vinha arrematada do Sardoieiro, e applicavel outra vez a determinação do art. 211.º n.º 3.º do regulamento de 28 de abril de 1870, para se considerar como fundamento legal d'estes embargos a allegada *extinção* da hypotheca.

### § 34.º

#### Arrematação

Se não forem expurgadas as hypothecas que pesavam sobre os predios arrematados, acompanham estes para o poder dos arrematantes, e ficam sujeitos ao pagamento das quantias que garantiam.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Do exame do processo de execução de sentença obtida por Soledade contra o Thimoteo, parece-me poder concluir-se o seguinte:

Pela disposição terminante do art. 892.º do Cod. Civ., combinado com o art. 209.º do regulamento de 14 de maio de 1868 e art. 231.º do regulamento de 28 de abril d'este anno, e mais o art. 207.º, que veio resolver a grave duvida a que dava lugar o art. 233.º do citado regulamento de 14 de maio, parece-me que os arrematantes das propriedades penhoradas ao executado se não podem esquivar ao pagamento da divida, que o credor hypothecario Thimoteo, repellido do concurso das preferencias pela sentença do juiz de direito que lhe annullou o processado, vem agora exigir dos mesmos, por na mesma sentença se lhe ter deixado ficar salvo o direito a haver a solução da divida.

Na verdade, se de toda aquella legislação comparada, resulta evidentemente, que a hypotheca acompanha os predios, na mão de todo e qualquer possuidor, e se os arrematantes não fizeram expurgar do onus hypothecario os predios em que lançaram, pondo em pratica o processo indicado nos art. 938.º a 948.º do Cod. Civ., e que foi desenvolvido no

regulamento de 14 de maio, art. 209.º a 230.º, e regulamento de 28 de abril, art. 231.º a 252.º, creio que a hypotheca subsiste ainda onerando as propriedades arrematadas, e tanto mais quanto a indole da nova legislação hypothecaria não consente, nem ha artigo algum d'ella que nos auctorisar a dizer, que a hypotheca ficou subrogada no preço da arrematação, como o ficava pela antiga legislação, revogada n'esta parte. Sendo assim, e se os direitos dos credores ignorados ou ausentes não podem ser prejudicados, nem os d'aquelles que, supposto viessem ao concurso das preferencias, não poderam ser admittidos, mas obtiveram que o seu direito ficasse salvo para o fazerem valer opportunamente, é claro que os arrematantes não fazendo citar os credores hypothecarios nem recorrendo aos meios de publicidade que o Codigo estatue no processo da expurgação das hypothecas, assumiram a responsabilidade resultante do onus hypothecario, que continuou gravando as propriedades arrematadas ou compradas em hasta publica.

Que os arrematantes tem pois de pagar ao credor que os vem demandar, parece-me indubitavel; mas a grande questão é se depois podem ter regresso contra a exequente Soledade, que levantou do deposito o preço da arrematação, depois que o mesmo credor foi desatendido no concurso de preferencias.

Eu creio que a exequente tem optima defeza, e que não deve ser coagida a pagar. Com effeito, se o credor hypothecario vem demandar os arrematantes, é porque em mão d'estes páram os objectos especialmente obrigados á solução da divida; mas se a hypotheca é só restricta aos bens em que designadamente recai (todos sabem que a especialidade e publicidade foram os dois grandes principios adoptados pelo legislador), e não pôde abranger o preço (art. 889.º e 890.º do Cod. Civ.), é obvio que a exequente nada tem a pagar ao credor hypothecario, visto que não possui o objecto sobre que recae o seu direito tambem hypothecario, e que se funda portanto n'uma garantia real. Se o Thimoteo vier a juizo como credor commum, tambem a exequente nada tem a pagar-lhe, porque a obrigação n'este caso é pessoal ao executado, e não se transmittiu a terceiro. Em summa se o credor vem a juizo na qualidade de credor hypothecario, só lhe é devedor quem possui o objecto hypothecado; se na qualidade de credor commum, deve pagar o devedor originario.

E embora a exequente levantasse o preço da arrematação, não vejo que os arrematantes tenham direito a exigilhe a restrição. A exequente fê-lo em virtude de um despacho do juiz, que transitou em julgado, depois de repellido a pretensão do credor no concurso de preferencias, e depois que os arrematantes se entregaram das propriedades sem procurarem expurgal-as da hypotheca. Se pagam segunda vez, a si o imputem, visto que não procederam legalmente.

Qual é a relação jurídica que se estabeleceu entre a exequente e os arrematantes, e em que possa basear-se o regresso d'estes contra aquella? Eu não vejo alguma; o que vejo é que os arrematantes compraram em praça, e que devendo pôr os meios legais para que o producto do preço da arrematação fosse ao seu verdadeiro destino, e não fossem obrigados no futuro a pagar outra vez, não o fizeram. No meio de seu desleixo a exequente baseada no seu direito tornado certo por uma sentença, requereu o levantamento, e o juiz que não podia duvidar da justiça da sua pretensão, embora houvesse algum com melhor direito (mas cujo comparecimento devia ser promovido pelos arrematantes, os unicos interessados em que se pagasse a quem tivesse esse melhor direito) deferiu e bem. Se houve prejuizo para os arrematantes, a si o imputem, porque a lei lhes facultava os meios de o evitarem.

### § 35.º

#### Artigos do Codigo Civil

Interpretação dos art. 1760.º e 1814.º e seus §§. — Como pôde ter lugar a instituição de herdeiros. — Quando tem lugar a redução dos legados para ficarem limitados à terça disponível do testador. — Diferença que se dá entre herdeiros e legatarios.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Parece-me, que os legados deixados no testamento aos filhos naturaes devem entrar ao monte, calculando-se depois

a terça para os sobrinhos, e levantando-se os filhos com as outras duas terças partes da herança, que constituem a sua legitima, nos termos do art. 1785.º e § unico do Cod. Civ., e que d'esta forma não podem lucrar a maior os legados, com que foram contemplados. As razões do meu voto são as seguintes:

Como a perfilhação dos filhos illegitimos se pôde considerar posterior ao testamento, porque foi o Cod. Civ. que attribuiu a declaração enunciativa do testador o poder sortir os effeitos de perfilhação, conforme o artigo 123.º, considero applicavel á nossa especie o § 1.º do art. 1814.º Ora se o elle se preceitua, que a instituição de herdeiro não fica nullo, mas sim limitada á terça do testador, claro está, que, se os filhos perfilhados lucrassem, além das duas terças da herança, os legados, vinha a contrariar-se a disposição do citado § 1.º do art. 1814.º, visto que os sobrinhos instituidos herdeiros já não ficavam com a terça por inteiro de toda a herança, a qual abrangia todos os bens do testador, segundo o art. 1737.º, porém sim só com uma parte d'ella, por já vir desfalcada em virtude de não terem entrado ao monte os bens legados. E nem se argumente contra isto com o disposto no § 2.º do art. 1814.º, porque n'elle ha referencia a legados deixados a pessoas estranhas, e não aos proprios filhos do testador, preteridos no testamento, e tanto assim é, que se determina, que taes legados podem ser reduzidos por *inofficiosas*. Por consequencia se o legislador previu a possibilidade de offenderem as legitimas dos filhos, é porque tratou só de legados em favor de pessoas estranhas.

Emais pelo art. 1761.º somos obrigados a respeitar a intenção do testador (suprema lei nos testamentos) em tudo aquillo que não contrariar o direito. Na hypothese da consulta ninguém desconhecerá, que a vontade d'elle foi beneficiar com o grosso da sua fortuna os sobrinhos: e quem não vê, que, se fossemos conceder aos filhos não só a legitima, mas tambem os legados, contrariariamos abertamente aquella vontade, e por isso a lei, que a manda respeitar quanto possível? Se aos filhos se vae conceder a legitima, é pelo motivo de se considerarem perfilhados, e portanto com direito a ella, mas já não existe principio juridico, que nos auctorise a conceder-lhes tambem, e a maior, os legados, quando é inquestionavel, que o testador jámais lh'os deixa-

ria, se pudesse prever, que elles haviam de obter a mesma legitima.

A resolução da segunda questão depende de saber-se se os sobrinhos podem considerar-se legatarios, ou se pelo contrario são herdeiros. Se heramos só em vista o art. 1736.º, diríamos abatemente, que são herdeiros, e n'essa qualidade lhes cumpre satisfazer a sua quota parte do fidejussorio, mais dividida da herança, em harmonia com o art. 1792.º, mas é necessario attende tambem ao art. 1796.º, que considera como legado a disposição só de certa e determinada parte da herança.

A pelo menos apparente desharmonia, que se nota entre os dois citados artigos, quando tratam de determinar o caracter dos legados, tem levado alguns escriptores a taxalos de contradictorios.

Outros porém, pretendendo concilia-los, como é dever de todo o interprete, sustentam, que a disposição de certa e determinada parte da herança, de que falla o art. 1796.º, só pode considerar-se legado, quando comprehenda uma universalidade de bens, que por alguma forma possam determinar-se, e nunca quando se refere a uma quota parte da herança e de todos os bens em geral do testador. Assim, por exemplo, se alguém deixa a outrem a terça parte de todos os seus bens de raiz, ou os bens que possue em tal sitio, ou determina, que se essa terça seja preenchida com taes e taes bens, entendem estes juristicos, que em qualquer d'estes casos ha legado, porque existe uma verdadeira determinação dos bens deixados; se pelo contrario se beneficia um terceiro com a terça, quarta ou quinta parte da herança, sem designação e determinação dos bens que a ha de compor, são de voto, que n'esta hypothese o beneficiado é herdeiro, e não legatario. Assim disseram a *Gas. dos Trib. n.ºs 4164; a Rec. de Leg. n.ºs 53, 167, 190 e 213; e o Direito n.ºs 15 e 21 do 3.º anno, e 17 do 4.º anno; e coherentes com este opinio sustentam, que os contemptrados com a terça, em geral, de qualquer herança, ficam obrigados a pagar a terça, em geral, do funeral e dividas passivas do testador, como se deduz dos art. 2115.º e 2116.º, visto que os contemptrados como herdeiros legatarios, e por isso comprehendidos na disposição do art. 1792.º. Sobre esta responsabilidade pelas dividas podem especialmente ver-se os já citados n.ºs 15 do 3.º anno e 17 do 4.º anno do *Dirito*.*

Em harmonia com este modo de interpretar o Código, que é o mais geral, e parece que mais conforme a verdade, tambem me inclino a que os sobrinhos legatarios são obrigados a satisfazer a terça parte do funeral e dividas passivas. Quanto ao bem d'alma, não podendo deixar de consistir-se em legado pio, e m'inda opinio, que tem de ser pago por todos os herdeiros, porque ahi se trata de satisfazer a legitima dos filhos, a qual é inviolavel e assegurada por lei, sendo por isso que todos os legados, quer pios quer profanos, só podem saber da terça. Já pelo antigo direito se entendia, que os legatarios eram obrigados a satisfazer todo o bem d'alma, e o mesmo pode hoje deduzirse do art. 2116.º do Cod. Civ. nas palavras — ou a terça d'ella — que dá a entender, que, havendo separação da terça, e pelas forcas d'essa que se satisfazem os sufragios ordenados em testamento.

Mas eu disse acima, que me inclinava a esta opinio, porque não pode dizer-se, sem a devida e já pela pouca clareza dos artigos do Código, e por que o s.ºr. Alexandre de Seabra sustenta no *Dirito* n.º 32 do 2.º anno, que a deixa da terça somente é um legado; e o mesmo se diz tambem no *Dirito* n.º 15 do 3.º anno, embora contradictoriamente com a doutrina, que pouco antes se havia propugnado, de que os legatarios estão obrigados ao pagamento das dividas. Ora se esta opinio vingeza no foro, e facil de ver, que emquanto existassem bens da herança, escondendo-se para isso com a doutrina dos art. 1792.º e 1793.º.

Repto porém, que a opinio contraria me parece mais juridica, e que os sobrinhos não podem eximir-se a pagar a sua quota parte.

Sobre a interpretação dos art. 1760.º e 1814.º do Cod. Civ. vejame-se a *Rec. de Leg. n.ºs 50 e 219*, onde vem um accordo da relação de Lisboa de 4 de outubro de 1871; *Dirito* n.º 32 do 2.º anno; e *Gas. dos Trib. n.º 4187*.

## Artigos do Código Civil

Interpretação do art. 692.º — Nas acções commerciaes pôde oppôr-se na contestação a simulação que assistiu no contrato, e ao aceite ou saque de letra, porque o direito civil é subsidiário do commercial. — E' porém mais seguro deduzir esta materia em reconvenção. — Um dos cooperadores para a simulação de qualquer acto, pôde depois vir arguir a juizo, e como é elle proprio quem a vem denunciar, parece que fica isento da responsabilidade do art. 455.º do Cod. Pen.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Como Pedro, apesar das suas boas intenções, effectivamente causou verdadeiro prejuizo á mulher e filhos do segundo matrimonio, aceitando as letras a que se allude na consulta, porque com esse facto se constituiu devedor, sem o ser, de importantes quantias em beneficio da filha do primeiro matrimonio, com cujo pagamento se vinha a desfalecer a legitima d'aquelles, e bem assim o terço doado á esposa, parece-me, que tal facto, como simulado em prejuizo de terceiro, foi nullo, e pôde hoje arguir-se essa nulidade.

Auctorisam-nos a votar assim a Ord. liv. 4.º tit. 71.º § inicial, e o art. 1031.º e § unico do Cod. Civ.; Coelho da Rocha. *Inst.*, nota ao § 101; accordão do supremo tribunal de justiça de 23 de agosto de 1870, na *Revista* n.º 184; *Direito* n.º 44 do 1.º anno; e accordão da relação de Lisboa de 13 de dezembro de 1871, na *Revista* n.º 264.

E nem obsta, que a lei de 27 de julho de 1850 considerasse como acto de commercio tudo o que diz respeito a letras da terra, pelo que devem estas ser demandadas no foro commercial, quando a legislação citada é de caracter civil, porque pelo art. 1.º do Cod. Com. é subsidiário o direito civil nos casos omissos da lei commercial.

E assim o entendeu o supremo tribunal de justiça no accordão de 5 de agosto de 1859, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 2667, onde decidiu que os principios sobre simulação, adoptados na legislação civil, são applicaveis por maioria de razão ás transacções mercantis, que devem assentar sobre a boa fé, conforme o preceito do art. 257.º do Cod. Com.;

e na especie dos autos applicou-os a uma questão de letras, e julgou estas nullas por n'ellas intervir d'ollo e má fé; declarando, que a defeza do devedor, confessando a sua firma, mas negando a obrigação, fôí legal e devia ser-lhe admitida.

O snr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, nota 32 ao § 26 a pag. 59 da 2.ª edição, considera justa a doutrina do accordão citado e em harmonia com a disposição dos art. 423.º in fine e 866.º do Cod. Com., e sustenta, que o R. chamado a juizo pôde defender-se com a simulação do acto juridico, que serve de base á acção, e que tal defeza deve ser-lhe admitida.

Em face do exposto, parece-me que Pedro pôde invocar em seu favor a simulação das letras ajuizadas, e que d'este facto redundou prejuizo real para sua familia, do segundo matrimonio, embora elle praticasse tal facto sem intenção criminosa, e só com o louvavel fim de, como pae consciencioso, indemnizar a filha do primeiro matrimonio do damno que lhe causava com a contração do segundo casamento, e com ter doado todo o terço á sua segunda esposa.

Já por direito antigo se discutia, se um dos proprios cooperadores no acto da simulação podia vir a juizo arguir esta, e, embora divergissem os votos, Lobão considerava mais segura a affirmativa, como é de vêr no tomo 1.º das *Notas a Mello* a pag. 297. Também na praxe se tem seguido o mesmo principio, annullando-se contratos simulados, e admitindo-se a accusal-os proprios pactuantes. — Vejame-se a sentença de primeira instancia na *Gaz. dos Trib.* n.º 3721; accordão da relação de Lisboa de 22 de maio de 1869 e respectiva tenção no *Direito* n.º 28 do 1.º anno; e *Direito* n.º 44 do 3.º anno a pag. 643.

E nem obsta o disposto no art. 692.º do Cod. Civ., talvez applicavel á nossa hypothese, por se invocar o direito civil, como subsidiário do commercial n'esta materia da simulação, porque a sua disposição deve entender-se no sentido de não poder executar-se contrato, que tenha por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado, e não como obstativa da defeza do R., tendente a mostrar a illegalidade do acto, que se mascara com a apparencia de justo. Se assim não fosse, dar-se-ia azo, á sombra da lei, a que se realisassem contratos, que ella mesma fulmina, por se não poder descobrir o vicio d'elles, contrariando-se d'esta fórma o

seu pensamento. Esta interpretação parece ser também conforme com a que dá ao citado artigo o sr. Alexandre de Seabra no *Direito* n.º 43 do 1.º anno a pag. 677, e o sr. Dias Ferreira no 2.º tomo das *Anotações* a pag. 209.

Mas como deverá Pedro arguir a simulação? Terá de oppô-la por meio de excepção na sua contestação, em harmonia com o preceito do Cod. Civ. art. 693.º, e do Cod. Com. art. 1085.º, deduzindo as provas do seu asserto? Por esta praxe vota o sr. Rosado, citado *Manual* a pag. 59, e na verdade parece ser muito jurídica e natural; e para ella se inclina também o *Direito* n.º 41 do 5.º anno a pag. 655. Cumpre porém notar, que o supremo tribunal de justiça em accordão de 16 de maio de 1874, copiado na *Gaz. dos Trib.* n.º 4521, firmando-se no principio de que a contrariedade não é meio de pedir, mas apenas de impedir, julgou que a defeza fundada em simulação devia deduzir-se por meio de reconvenção.

Na sentença de primeira instancia inserta no *Direito* ha pouco citado abraçou-se esta doutrina, e o sr. Dias Ferreira também a apoia a pag. 486 do 2.º tomo.

Será pois mais prudente usar do meio de reconvenção, expondo n'esta os factos comprovativos da simulação, e contestando por negação na acção principal.

Outra grave difficuldade levanta, porém, a disposição do art. 455.º do Cod. Pen. Expôr-se-ha Pedro, defendendo-se com a simulação, e se esta fór provada, a que se lhe impoeha a pena criminal?

A Ord. liv. 4.º tit. 71.º § 1.º relevava da punição os partuciantes que voluntariamente denunciasssem a simulação. Ora como esta disposição não pôde dizer-se revogada pelo Cod. Pen., porque não legislou sobre este ponto, nem dispoz nada em contrario, inclino-me a que se considere em vigor n'esta parte a Ord.; e assim o entende também o sr. Levy no *Commentario* ao citado artigo do mesmo Cod. Pen.: e na praxe de julgar parece ter-se assim entendido, aliás não haveria tantos processos, em que os proprios cooperadores na simulação veem denunciada, e é certo que, quando provada, não se tem perseguido criminalmente o denunciante.

Em todo o caso cumpre confessar, que este ponto é dudivido, e por isso não pôde affiançar-se o resultado.

Se Pedro, defendendo-se com a simulação, não fór attendido em juizo, é indubitavel que sua mulher e filhos não fi-

com inhibidos de mais tarde poder propôr em juizo a competente acção para annullação dos contratos de letras, porque, se não forem ouvidos no actual pleito, a sentença que os julgar não os obriga a elles como estranhos, excepto se o pae tiver fallecido e forem seus herdeiros, e os seus ditos reitos estão-lhes resalvados pelo art. 1031.º do Cod. Civ., para se lhes permittir intentar acção de nullidade e rescisão a todo o tempo, isto é, durante trinta annos, como entende o sr. Dias Ferreira no seu commentario ao mesmo artigo. Deduzida a reconvenção, pôde Pedro pedir n'esta em primeiro logar que se julgue a simulação, e por isso a des- obrigação de pagar; e em segundo logar, e subsidiariamente, que, caso se não attenda o primeiro petitorio, se lhe leve em conta, por encontro ou compensação na divida das letras, as quantias que já entregou, deduzindo para isso as provas.

E' bem de vêr, que o irmão do genro de Pedro também é connivente na simulação, porque de combinação com elle é que passou a ser saccador e portador das letras que Pedro tinha accedido sem saque, e cuja circumstancia não podia deixar de tornar-se suspeitosa ao que hoje figura de actor. Em todo o caso, como os factos principaes da simulação tiveram logar entre Pedro e seu genro, deve aquelle citar este para vir assistir á causa, nos termos do art. 324.º da Ref. Jud., e, ou elle venha ou não, deduzir contra o portador das letras todos os meios de defeza fundados na simulação.

Quando, apesar de bem provada esta, fosse condemnado a pagar, sempre restava á mulher e filhos do segundo matrimonio promover, á morte de Pedro, que no legado da filha do primeiro matrimonio se descontassem os valores que adiantadamente recebera em vida de Pedro, mas para isso seria preciso, que provassem pela sua parte a simulação das letras, e a convivencia n'ellas por parte do irmão do genro d'aquelle, e que ainda estivessem em tempo de propôr esta acção.

Por isso considero mais seguro, que, se Pedro perder o pleito, seja logo renovado por sua mulher e filhos, caso não tenham sido ouvidos no primeiro.

## § 37.º

## Árvores

São consideradas bens immobiliarios, e como taes não podem ser vendidas pelo marido sem auctorisação da mulher, devendo este contrato ser celebrado por escripto, e pagar-se contribuição de registro.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Não ha duvida, que Antonio, sem ouvir nem consultar sua mulher Rachel, vendeu vocalmente a seu irmão Bento um castanheiro no soute de . . . ; mas esta tanto posteriormente não approvou a venda, que chamou o comprador á conciliação, como elle proprio confessa no seu requerimento de fl. . .

Com effeito segundo o art. 375.º do Cod. Civ. são immoveis por disposição da lei os productos e as partes integrantes dos predios rusticos, e n'estas expressões se comprehendem as arvores, como até reconhece o snr. Bruschy no seu *Man. de Dir. Civ. Portug.* pag. 24. O mesmo se entendia já antes da promulgação do Cod. Civ., como se vê em Coelho da Rocha, *Inst.*, nota ao § 79. Outro tanto entendem os commentadores ao art. 517.º do codigo civil francez, e entre elles Rogron:

«Généralement (diz elle) les immenbles sont toutes les parties de la surface de la terre, et tout ce qui y est adhérent, comme les arbres» etc.

Sendo pois o castanheiro uma cousa immovel, não podia o marido alienar-o sem consentimento da mulher, como é expresso no art. 1119.º do Cod. Civ., e a sua alienação ficou nulla por força do referido artigo e do art. 10.º

Mas além d'este defeito capital acresce, que pelo art. 1590.º só podia legalisar-se, e consequentemente valer o contrato, sendo reduzido a escripto, nos termos que ahí se declara.

Ora a posse só se perde por algum dos modos mencionados no art. 482.º, e nenhum d'elles se dá na presente especie, pois que, podendo o comprador invocar só o mencionado em segundo lugar, isto é, a cedencia por titulo oneroso, era mister que a mulher, como possuidora do castanheiro, figurasse no contrato, e que este fosse celebrado não *volcamente* mas *por escripto*.

Estando pois ainda a posse nos respondentes, podiam até recorrer á justiça para os manter na mesma, como lhes permitia o art. 486.º, e parece-nos que no rigor de direito não poderia conceituar-se de illegal esta pretensão.

Sendo certo porém, que Bento chama seu o castanheiro, e que já o tinha mandado cortar, não obstante ir Rachel preveni-lo de que não approvava tal venda, entenderam os respondentes que poderia duvidar alguém se a posse estava n'elles, ou em Bento; e n'este estado de incerteza tinha lugar a que se soccorreram, requerendo o deposito, porque lh'o facultava o § unico do art. 488.º, que é lei tão viva como os outros artigos citados na douda allegação de fl. . .

E nem isto foi uma innovação introduzida pelo Cod. Civ., porque o mesmo era pelo direito antigo, como pôde vêr-se em Coelho da Rocha, *Inst.*, § 477 da ultima edição; e o mesmo é por direito francez, o que se mostra do art. 1961.º, fonte do nosso Codigo — *ibi*:

«La justice peut ordonner le séquestre . . . d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes».

Além de que, sendo o deposito ou sequestro feito em meio de fevereiro, só Bento se lembrou de requerer em fins de março, quando o despacho que o decretou tinha ha muito tempo passado em julgado.

Parece pois de justiça que se mantenha o deposito até á decisão da questão da nulidade do contrato alludido.

## § 38.º

## Árvores

O usufructuario d'ellas, de dezavas de talhadias, e mattas, como deve fazer os respectivos côrtes, e que regras deve adoptar. — Quando cause prejuizo, pôde ser obrigado a indemnisar d'elle o proprietario, por si ou seus herdeiros.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Pelo direito antigo pertenciam ao usufructuario as talhadias dos montes ou arvores, que costumam andar em côrtes

regulares, que se venceram dentro do usufructo, ou seja a eito ou por desbaste, *segundo os costumes do lugar e dos bons administradores*, e quanto aos pinhaes era preciso que o fizesse com moderação e segundo o costume do antigo proprietario. — Coelho da Rocha, *Inst.*, § 613. Mas supponhamos, que o usufructuario se excedia, qual era a pena d'esse excesso? Era a indemnisação dos prejuizos e até por via de regra tinha obrigação de prestar caução para esse fim — citado Coelho da Rocha, §§ 611, 620 nota, e 621 — suppondo que se não dessem elementos que arvorassem em crime estes factos.

O Cod. Civ. no art. 2211.º dispõe, que o usufructuario de devezas de talhadia, ou de quaesquer mattas, ou arvores de córte, é obrigado a observar a ordem e praxes usadas pelos proprietarios do sitio. E' portanto mais ou menos a disposição do direito antigo, e conquanto não haja no Codigo um artigo tão explicito a respeito da obrigação de indemnizar os prejuizos, bem se infero da caução exigida no n.º 2.º do art. 2221.º

Dir-se-ha, que pelo § 1.º do art. 2224.º é dispensado o doador com reserva do usufructo de prestar caução. Assim é, mas d'aqui a ser desobrigado de pagar os prejuizos, que por dolo ou culpa causar, é grande a distancia, e como o Codigo d'elles o não dispensa, creio que entram na regra geral. Com effeito o doador, doando a propriedade e reservando apenas o usufructo, abdicou o dominio d'aquella, que deixou de ser sua, e passou para o doado, e seria um contrasenso, que depois podesse impunemente destruir ou deteriorar essa propriedade alheia: aquella dispensa de caução é um favor ou privilegio, que a lei concede a quem faz um beneficio espontaneamente, mas, se causar prejuizos voluntarios, indo além dos limites prescriptos pelo usufructo reservado, é justo que os indemneze.

Voto pois, que o consulente pôde pedir a indemnisação d'elles aos herdeiros do usufructuario, usando d'uma acção ordinaria.

§ 39.º

## Assentos de registo parochial

Quem deve ser ouvido para a reforma d'elles no juizo ecclesiastico; e quando for para produzir effeitos civis, a sua reforma deve ser pedida no foro judicial.

.....  
 Acresce, que esse Carlos nasceu em 17 de outubro de 1848, como se diz no papel de fl. ... e seu pae só casou em 27 de agosto de 1850, e então para herdar d'elle, ou poder represental-o na herança dos avós, era indispensavel, ou que fosse reconhecido pelos paes no assento do casamento, ou do nascimento, ou em testamento, ou em escriptura publica, ou que intentasse a acção de filiação, e fosse reconhecido por sentença, como dispõe o art. 414.º do Cod. Civ.; ora como nada d'isto houve, e o assento de fl. ... é mudo a respeito de reconhecimento, e o requerente ou não quiz, ou antes não pôde intentar a acção, porque se não dava nenhum dos casos dos art. 130.º e 133.º do Cod. Civ., para que remette o § 2.º do art. 119.º, imaginou um meio muito comezinho de illudiar a lei, consistindo em requerer a reforma do seu assento de baptismo, para no novo assento se dizer filho de Manoel e de sua mulher Carlota; e isto fez-se sem audiencia dos supplicantes interessados, que se fossem citados, iriam impugnar tão illegal pretensão, do mesmo modo que poderiam ter impugnado o reconhecimento espontaneo dos paes, se o houvesse, e que poderiam contestar a acção ordinaria, se se tentasse, nos termos do citado art. 119.º

Se os assentos de reconhecimentos e legitimações (logo que se estabeleça o registo civil) feitos pelos proprios paes precisam de tanta cautela e formalidades, quaes as precitadas nos art. 2488.º e seguintes do Cod. Civ., como era possível, que a lei se contentasse no nosso caso com um processo ecclesiastico, feito quasi a occultas, em Lisboa, a mais de sessenta leguas da residencia dos interessados, e sem a estes se dar d'elle conhecimento? Facilimo era o meio de um estranho se introduzir em familia alheia, e partilhar-lhe

nos haveres. E tanto a lei vigente não permite tal absurdo, que os decretos de 18 de agosto de 1859 e de 2 de outubro de 1862, aquelle no art. 18.º e este no art. 17.º, não permitem rectificação alguma nos assentos sem ordem do prelado, baseada em sentença civil ou ecclésiastica, *proferida em juizo contencioso*; entendendo o *Direito* n.º 22 do 2.º anno, que se não ha interessados, que devam ouvir-se, é competente o juizo ecclésiastico; e se os ha, o juizo civil. Em todo o caso as expressões griphadas mostram a necessidade da audiencia dos interessados, aliás o juizo *não seria contencioso*.

De nada vale pois a certidão de fl. .... porque supposto n'ella se diga ter sido reformado o assento de Carlos por sentença e ordem do exc.º vigário geral do patriarchado, no processo, sobre que recahiu a sentença, não foram ouvidos os supplicantes interessados.

## § 40.º

**Atravessadouro**

Ainda hoje depois do Cod. Civ. tem lugar a acção de abolição d'elle.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' preciso não confundir a servidão de carro de — C — com o atravessadouro que fazem pessoas incertas, porque quanto áquella servidão, uma vez que se reconhece na consulta que ella está constituida, é mister respeitá-la, a menos que se não dé a hypothese do art. 2313.º do Cod. Civ.

Outra cousa é com o atravessadouro, cuja abolição já permitia a lei de 9 de julho de 1773 § 12, e nos indicam a fórma do processo — *Corrêa Telles, Man., do Proc.*, § 465 e seguintes; *Acções*, § 120; o *Form. de Libell.*, § 12; *Sousa Duarte, Nov. Prat. Jud.*, § 634 e seguintes; e *Chaves e Castro, Apont.*, pag. 49 e seguintes.

A grande questão vem a ser, se hoje, depois da promulgação do Cod. Civ., ainda tem lugar a acção de abolição de atravessadouro. Tem isso sido muito disputado, mas a opi-

não affirmativa vae lançando raizes no fóro, como pôde vêr-se da *Gaz. dos Trib.* n.º 4068; da *Rec. de Leg.* n.º 172; do *Direito* n.º 3 do 4.º anno; e accordão da relação do Porto, no *Direito* n.º 43 do mesmo anno.

Inclino-me pois, a que deve requerer-se a abolição, salvando logo a servidão de carro de — C —, caso não tenha applicação o citado art. 2313.º Não me parece que tenha lugar a acção negatoria, porque se não trata de servidão constituida no predio de — I — a favor de outros predios, mas apenas de um carreiro ou atravessadouro, de que o povo se serve para encurtar caminho.

A clausula obrigatoria da conservação da servidão ficou limitada na escriptura ao predio aforado, e portanto, logo que a abolição não diga respeito a esse predio, parece que a mesma clausula não terá applicação; comquanto isso não deixe de ser contestavel, se a conservação da servidão no prazo se tornar inutil pela abolição d'ella no predio contíguo, ficando d'est'arte illudidas as intenções da camara pela espezteza com que se inseriu a ultima clausula.

## § 41.º

**Autos**

Não podem estar fóra do cartorio, nem juntar-se a outro processo sem despacho do juiz. — Enquanto não estão findos, constituem lide pendente. — Nos contratos bilateraes, aquelle que pela sua parte não realisa aquillo a que se obrigou, deve restituir o que recebeu. — A um inventario podem ser deduzidos embargos. — Enquanto existir uma escriptura sobre transacções e partilhas, não pôde requerer-se inventario de maiores, sendo preciso rescindil-a previamente.

**Reflexões jurídicas por parte do. II.**

Quando parecia, que Marianno devia estar cansado d'uma lucta esteril de mais de vinte e cinco annos, assoma outra vez no horizonte, carregado dos alfarrabios ex fl. ...., e exclamando — *inveni, inveni*, — vindo requerer um inventario de maiores.

Acreditou o requerente, que por este meio summarissimo envolvia Bernardo em um circulo de ferro, dentro do qual, *sem tugir nem mugir*, largaria o que é seu e muito seu. Enganou-se, porque estamos em um paiz civilisado, onde a carta constitucional e as leis civis garantem o direito de propriedade, dando por isso na nossa especie o direito d'oppor embargos, como é praxe incostante do fóro, e pôde ver-se na *Gaz. dos Trib.* n.º 1938, 3473, 4053 e 4399, e na *Rev. de Leg.* n.ºs 120 e 137.

Foi d'este meio que lançaram mão Bernardo e mulher, allegando a fl. ... o seu direito, e offerecendo a sua materia por excepção e *por embargos*. Com effeito os velhos e seus documentos ex fl. ... foram mortos, e hem mortos, pela escriptura appensa de ..., e recibo de ...; e a escriptura de fl. ... não podia revocar á vida o repellente Lazaro, porque n'ella não interveio um dos co-interessados, Bernardo, como sabem ainda os mais hospedes em direito.

Pouco importa pois, que Angelica vendesse a Marianno os bens da herança da filha Rosa, primeira mulher de Bernardo, ainda indivisos, porque o comprador transigiu com o ultimo (e nosso constituinte pela procuração de fl. ...); por virtude da transacção recebem certos bens e mais a quantia de ..., e com isto se den por pago de toda a herança d'Angelica, cedendo de qualquer direito e acção aos mais bens communs, com a pena convencional de ... contra quem contraviesse o estipulado.

Existindo pois em vigor esta escriptura, resiste eternamente á feitura do requerido inventario, sendo que a transacção produz os effeitos de cousa julgada, não só por direito antigo (Coelho da Rocha, *Inst.*, § 738), mas até pelo moderno (Cod. Civ. art. 1718.º), e assim é mister rescindi-la primeiro, se o requerente quizer teimar em haver os bens d'Angelica. Se uma escriptura qualquer, apesar de defeituosa, não pôde ser invalidada em um inventario, mas ha de vigorar, emquanto não fór rescindida em processo e acção competente, como diz a *Rev. de Leg.* n.º 45, e entendeu a relação do Porto nas tenções e accordão ahi transcriptos, por maioria de razão não podem aqui attender-se os papéis ex fl. ..., e ha de attender-se a escriptura de transacção appensa.

Contra ella se surge o requerente na sua cota de fl. ... e, ainda que ella não pôde ser attendida por vir assignada

por advogado sem procuração nos autos, para que se não pense que suscitamos esta lembrança com receio á sua materia, vamos combatê-la.

Em primeiro logar, querendo inculcar-se, que a escriptura de transacção foi destruida por uma reclamação, juntaram-se por appenso uns autos. Mas sendo o logar d'estes o cartorio do escriptão, d'onde não podiam sahir legalmente, e só criminosamente, sem despacho do juiz, e nunca para se appensarem a um processo estranho, e não estando em cartorio algum, mas na mão do requerente, não temos certeza da sua authenticidade e veracidade, e nenhum credito merecem. Quando mesmo fosse possível consideral-os como um documento, tambem não podiam attender-se, porque o maior numero das folhas tem o sello de 30 réis, devendo os documentos ter o de 60 réis. — Regulamento de 18 de setembro de 1873, art. 84.º, e tabella n.º 1, classe 16, n.º 2.º

Em segundo logar, se nos fóra licito dar credito ao tal processosinho, que vagueia fóra da casa paterna, como o filho prodigo, achariamos uma acção incompetente n'elle deduzida, porque as reclamações, nos casos em que a lei as permite (que não era aquelle), deviam ser deduzidas em acção ordinaria, salvo o caso da excepção *non numerata pecunia*. — Vejam-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 3517; e Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 607. — Andou-se pois tumultuariamente.

Em terceiro logar a confissão que se acha a fl. ... do tal processo não só não chegou a ser julgada por sentença, nem o processo teve seguimento e fim, mas nem chegou a ser accepta pela parte. Com effeito a fl. ... se diz ter Bernardo comparecido na audiencia de 24 de janeiro de 1853 e confessar a acção de reclamação *com o protesto de se lhe entregar o que elle R. deu aos AA. na escriptura junta a fl. ...* Por despacho de fl. ... se mandou responder a parte sobre a confissão, a qual a fl. ... disse aceitar *com o protesto de não repór a parte da horta e quintal das adegas*. Vendo o juiz esta divergencia, pelo despacho de fl. ... mandou de novo dar vista ao R., *cisto não estarem as partes concordés*. Retirou Bernardo a sua confissão a fl. ... mas a fl. ... ratificou-a *com a mesma clausula*, isto é, *de se lhe entregar o que deu*. Mas aqui é que estava a divergencia da parte do reclamante, e como este não foi ouvido de novo sobre a ratificação de fl. ..., entende-se persistir na recusa. Ora não estando a

confissão aceita pela parte, nem o processo findo, não pôde agora o requerente invocar a supposta confissão. — Coelho da Rocha, § 177.

Em quarto lugar, se merecesse attenção o tal processo, estando, como está, por ultimar, constitue lide pendente, e emquanto ella se não decidir, não pôde o reclamante vir requerer inventario, o que se oppõe por excepção, e não se podia fazer primeiro, por só agora ser junto.

Em quinto lugar pela transacção se fez uma convenção bilateral, e seria a maior das injustiças, que o requerente ficasse com bens e dinheiro que recebem *ex vi* d'ella, e viesse agora buscar o que na mesma cedeu, ficando com ambas as cousas. O alvará de 31 de maio de 1774 nem admitia que alguém impugnasse transacção, sem depositar previamente o que recebeu por virtude da mesma; e assim decidiu o supremo tribunal de justiça em accordão de 24 de agosto de 1860, no *Diario* n.º 239 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2840, e ensina Coelho da Rocha, § 787; e é tambem o disposto no art. 697.º do Cod. Civ.

Demais a questão da subsistencia ou não subsistencia da transacção depois da pretendida reclamação é de alta indagação, e como tal só em acção ordinaria pôde decidir-se, tendo no entretanto de fazer-se obra pela escriptura. O accordão do supremo tribunal de justiça de 3 de feveiro de 1869, no *Direito* n.º 59 e na *Revista* n.º 78, considerou de alta indagação a questão da validade ou nullidade d'um testamento, e mandou fazer as partilhas em harmonia com elle até ser aniquilado em acção ordinaria; e no accordão da relação do Porto de 16 de julho de 1869, na *Revista*, se mandou ter como filho do inventariado o que apresentava d'isso sufficientes documentos, emquanto se não provasse o contrario.

Em conclusão, o inventario não pôde fazer-se, sem se annullar a transacção.

N. B. Se houver appellação, veja-se a *Rev. de Leg.* n.º 120.

§ 42.º

**Autos**

A sua guarda incumbe ao escriptão d'elles, não podendo saber do cartorio, nem entregar-se ás partes, quando lei expressa o não determinar; e sob que penas. — Antes do Cod. do Proc. a falta de distribuição é nullidade insupprivel, nos casos em que não era dispensada por a lei.

**Requerimento de impugnação**

Dizem Bernardo e mulher Maria, do lugar de . . . , d'esta comarca, que foram citados a requerimento de Marianno e mulher Joaquina, do mesmo lugar de . . . , para na segunda audiencia verem renovar a instancia em uns autos de reclamação de uma escriptura de transacção de 15 de novembro de 1849, os quaes autos os mesmos apresentaram n'este juizo, sendo distribuidos em 29 de novembro ultimo ao snr. escriptão Coutinho. Os supplicantes desde já requerem, que junto este aos autos se lhes tome termo de protesto contra as nullidades seguintes:

**PRIMEIRA NULLIDADE**

A guarda de uns autos incumbe ao respectivo escriptão, como diz Pereira e Sousa, *Linh. Civ.*, nota 475, o que deuz de diversas Ordenações que cita, e a portaria de 13 de maio de 1839 declarou terminantemente, apesar de tratar-se de negocios da fazenda, que os autos nem podem saber dos cartorios, nem entregar-se ás partes, quando lei expressa o não determinar; e no caso contrario incorre-se nas penas do art. 424.º do Cod. Pen. Tendo pois os AA. declarado, que desde 1835 tem em seu poder os autos que apresentaram, não merecem estes credito algum, porque não ha certeza da sua authenticidade e veracidade, d'onde resulta a necessidade de se não fazer obra por elles, julgando-os nullos.

.....

## TERCEIRA NULLIDADE

Examinado o chamado processo, que se diz ter corrido no extinto julgado de . . . , e que os AA. vieram apresentar a juízo, n'elle se não encontra distribuição, escrevendo portanto o tabellião F. (se é que escreveu) sem lhe haver sido competentemente distribuído, e portanto sem competência. E nem se diga, que era dispensada pelo § 3.º do art. 494.º da Ref. Jud., porque dando de barato, que fosse applicável ao requerimento para a reclamação, cumpria fazer a distribuição, apenas os supplicantes embargaram e a reclamação entrou em discussão contenciosa. A falta d'esta formalidade induz nullidade insanável, como reconhece Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 241, e nem podia deixar de reconhecer, porque essa pena é expressa em um dos alvarás por elle citado e *Gazeta* n.º 1481, e é praxe corrente em grande numero de accordãos do supremo tribunal de justiça, e entre elles citaremos o de 11 de dezembro de 1848, publicado na *Gaz. dos Trib.* n.º 1427; o de 9 de julho de 1849, na *Gazeta* n.º 1089 e no *Diar. do Gov.* n.º 170; o de 16 de novembro de 1853, na *Gazeta* n.º 2094 e no *Diario* n.º 293; o de 21 de fevereiro de 1868, na *Gazeta* n.º 4030 e no *Diario* n.º 65; no accordão da relação do Porto de 20 de fevereiro de 1869, publicado no *Direito* n.º 13 do 1.º anno; a sentença do juiz de direito de Taboa no n.º 7 do *Direito* do 2.º anno; e immensos outros.

## QUARTA NULLIDADE

O illustre advogado F., que figurou nos autos pelo A. reclamante, não tem procuração alguma, o que é nullidade insanável, e assim o julgou o juiz de direito das Caldas da Rainha na sentença publicada na *Rev. de Leg.* n.º 145, e sustenta a mesma *Revista* n.º 158 e 182, com grande copia de razões, textos de lei, e accordãos de tribunaes, e julgou a relação em accordão de 1 de fevereiro de 1871, no *Direito* n.º 20 do 3.º anno, e o accordão do supremo tribunal de justiça de 7 de março de 1871, *Rev. de Leg.* n.º 229, e accordão de 18 de dezembro de 1860, *Gazeta* n.º 2902.

Pretendem pois os supplicantes, que v. exc.ª lhes defira, e tomado o termo, se julgue nullo tão informe processo.

## § 43.º

## Avaliação

Dos bens a conferir, para verificar-se se cabem ou não na terça disponível do doador, deve fazer-se pelo valor que tinham á data da escriptura, embora tenham de passar precipuos ao donatario.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Da simples junção da escriptura, que se encontra a fl. . . e seguintes, não pôde inferir o cabeça de casal, meu constituinte, qual seria o fim, que com ella se teria em vista, por não ser acompanhada de nenhuma explicação, como aliás parecia dever ser. Abstem-se comtudo de qualificar esta especie de surpresa, e passa a expôr francamente o que se lhe offerece sobre o conteúdo da alludida escriptura.

O meu constituinte não se oppõe, antes considera de justiça, que se faça agora a descripção complementar dos bens, que seus paes Agostinho e mulher Thereza doaram para patrimonio a seu neto o reverendo F. Esta nova descripção é reclamada pela disposição do art. 1790.º § 1.º do Cod. Civ.: só depois d'ella é que se pôde fazer com verdade o calculo da terça e legítimas. Todavia cumpre notar, que a doação patrimonial foi feita por marido e mulher, e portanto cada um d'elles figurou n'ella por metade. Se pois no presente inventario se trata unicamente da partilha da meação de Thereza, claro é que só tem a descrever-se a metade dos bens patrimoniaes, doada por ella. Isto é obvio e claro a todas as luzes, mas para o autorisarmos com disposição legal, basta apontar para o art. 2108.º do Cod. Civ., que manda, quando a doação é feita por ambos os conjuges, conferir metade no inventario de cada um d'elles.

Descripta assim a metade dos bens doados em patrimonio por Thereza a seu neto o reverendo F., é mister proceder-se em seguida á avaliação d'essa metade, tendo em attenção o que os bens doados valiam na epocha da celebração da escriptura. Com effeito é este o valor, que tem de attribuir-se-lhe n'este inventario, e não o que actualmente tiver. Assim o determina o art. 1790.º § 2.º do Cod. Civ.

E nem obsta, que o reverendo doado não seja obrigado

a conferir estes bens, em vista da disposição do art. 2101.<sup>o</sup>, porque se não está sujeito á collação, está-o á disposição generica do § 1.<sup>o</sup> do citado art. 1790.<sup>o</sup>, em virtude do qual se deve determinar o valor de todos os bens que o fallecido haja doado, para depois se poder calcular a terça e as legítimas; e para no caso de inofficiosidade, ter o donatario de soffrer a competente redução na doação, nos termos que dispõem os art. 1492.<sup>o</sup> e seguintes.

Se pois o reverendo F. é, na nossa hypothese, equiparado a um donatario *estranho*, para não conferir os bens doados, mas levantar precipua a metade correspondente a Thereza pelas forças da terça d'esta, nem por isso está desobrigado de descrever essa metade (art. 2070.<sup>o</sup>) que em seguida se deve avaliar nos termos expostos, e para o indicado fim do calculo da terça e legítimas.

Tambem não obsta, que taes bens já fossem avaliados na escriptura. Tal avaliação não pôde aceitar-se, nem offerece base, sobre que possamos firmar-nos. O Cod. Civ. manda tomar em conta o valor que os bens doados tiverem na epocha, em que a doação produz os seus effeitos; mas tal valor é o *real*, e não o que os doadores arbitrariamente marcarem. E com effeito, se assim não fora nada mais facil do que um pae, para fraudar as legítimas dos filhos, doar valiosos bens, attribuindo-lhes porém infimos valores; ou proceder de um modo inverso, movido por quaesquer motivos. Ora a lei não podia querer taes contrasensos, que na pratica facilmente se traduzem em prejuizos ao dos filhos ou de terceiras pessoas. Quando pois o Codigo manda attender ao valor dos bens doados ao tempo da doação, quer que este se determine por um modo legal e com garantias de verdade. E' isto mesmo o que se infere da letra e espirito do citado § 2.<sup>o</sup> do art. 1790.<sup>o</sup>, o que melhor se conhece comparando com o § 4.<sup>o</sup> do art. 1449.<sup>o</sup>

Consequentemente, se a avaliação dada aos bens na escriptura patrimonial foi uma indicação meramente particular dos doadores, e que por isso nenhuma fé pôde ter em juizo, a consequencia necessaria é que se proceda agora á avaliação de metade dos mesmos por modo legal, sendo louvados os mesmos d'este inventario, ou outros em que os interessados combinem, uma vez que sejam homens experimentados, de probidade e com verdadeiro conhecimento do estado dos bens na epocha da doação.

§ 44.<sup>o</sup>

**Baldios**

Requerimento ao rei a pedir que se exclua da desamortisação parte de um, que se considera indispensavel para o uso commum dos moradores da parochia, aforando-se o resto.

SENHOR:

A junta de parochia da freguezia de . . . , districto de . . . , abaixo assignada, sendo convidada por uma circular do exc.<sup>mo</sup> governador civil a deliberar sobre a desamortisação dos montes baldios da sua parochia, vem expôr muito respeitosa e a vossa magestade o resultado das suas deliberações.

Ha na area da sua freguezia um vasto monte baldio, do qual deve uma grande parte ser desamortizada por meio de aforamento, e n'esse sentido já resolveu a junta supplicante em uma sessão, cuja acta vae submitter á approvação do exc.<sup>mo</sup> conselho de districto, conforme o preceito do art. 10.<sup>o</sup> da lei de 28 de agosto de 1869.

A outra parte porém do mesmo monte baldio, conhecida pelas denominações de . . . , e parte do norte, nascente e sul com a porção de monte baldio, que tem de desamortisar-se, e do poente com terras agriculadas da sua freguezia, entende a supplicante, que deve exceptuar-se da desamortisação, por ser absolutamente indispensavel ao logradouro commum dos muitos povos componentes da extensa freguezia de . . .

Com effeito é nos terrenos referidos que se apascentam grandes quantidades de gado ovelhum, caprino e vaccum; é n'elles que os moradores da parochia de . . . cortam os matos necessarios para adubo das terras grangeadas, e as lenhas e combustivel para os usos domesticos. Se os povos da freguezia de . . . fossem privados da porção do seu monte baldio acima exceptuada, prestes se extinguiria n'elles a industria pecuaria, definharia consideravelmente a industria agricola, e a fome e a miseria assaltariam implacaveis o lar domestico, sobretudo dos habitantes mais pobres, a quem não restava sequer a lenha precisa para a economia domestica.

Por estas razões, que também constam da acta junta, parece á supplicante, que pôde invocar em seu favor as salutaras disposições da citada lei de 28 de agosto de 1869, art. 2.º e n.º 3.º, das instrucções de 25 de novembro do mesmo anno, art. 42.º e n.º 3.º, para o fim de se declararem exceptuados da desamortisação os terrenos alludidos.

A supplicante teve em vista a indicação terceira da mencionada circular do exc.<sup>mo</sup> governador civil, e, para que melhor se possa apreciar o seu pedido, se procedeu á demarcação provisoria dos mesmos terrenos; e agora só lhe resta, em harmonia com o disposto na portaria de 13 de dezembro de 1872, representar a vossa magestade para que haja por bem confirmar aquella demarcação, e mandar, que os terrenos comprehendidos dentro d'ella, e que não teem rendimentos proprios, e só servem para os usos já expostos dos moradores da parochia, fiquem exceptuados da desamortisação.

P. a vossa magestade a graça de lhe deferir.

E R. M.

§ 45.º

### Baldios

Requerimento ao rei para que sejam excluidos da desamortisação todos os que possuem um logarejo, por serem de pequena extensão, e se tornarem todos indispensaveis ao uso commum, attentas as circumstancias que se davam.

SENHOR:

Dizem Luiz e Joaquim, que constituem a maioria da junta de parochia da freguezia de . . . José e os mais abaixo assignados, moradores do povo de . . . , pertencente á mesma freguezia de . . . , que nos limites da dita povoação de . . . existem umas lameiras ou corgas, a que se dá o nome de . . . parte das quaes são arrendadas todos os annos pelo regedor de parochia e no systema antigo pelo juiz da vara, rendendo uns annos por outros oito mil reis, com applicação para concerto de caminhos, fontes e outros melhoramentos,

e a parte não arrendada fornece hervagens para os gados, e tojos e outras materias primas para estrumes, com que se adubam os predios limitropes, também chamados de . . .

Mas não é só por este lado, que a agricultura, esta principal fonte da riqueza publica, terá de soffrer, se o povo de . . . for privado d'esta regalia. Estando as lameiras entre os sobreditos terrenos, parte dos quaes é semeado de centeio, e parte de milho e batatas, reveasando-se as culturas de anno para anno, o que se chama, *andar á folha*, e achando-se divididas entre os oitenta e quatro fogos do povo de . . . as servidões de passagem a pé, com animaes e com carros, estabelecidas por posses immemoriaes, são pelas lameiras mencionadas, e é bem de vêr, que se ellas passarem ao dominio particular, grandes conflictos hão de dar-se entre os donos dos predios servientes, e o dono das lameiras, ou seja comprador, ou seja emphyteuta.

Dadas estas circumstancias parece obvio, que, supposto as leis da desamortisação de 4 de abril de 1864 e 22 de junho de 1866 se tornassem extensivas aos terrenos baldios pelo n.º 3.º do art. 1.º da lei de 28 de agosto de 1869, é todavia applicavel ás sobreditas lameiras o n.º 3.º do art. 2.º da mesma lei, que exceptua os terrenos necessarios ao logradouro commum *dos povos*, dos municipios e parochias.

Foi por isso que a junta de parochia da freguezia de . . . , sendo-lhe ordenado em officio do administrador do seu concelho, que para a desamortisação dos baldios optasse pela venda, ou pelo aforamento, em sessão de 25 de outubro d'este anno deliberou, que as lameiras não podiam ser desamortisadas, por se tornarem de absoluta necessidade ao povo. Mas porque de novo foi instada pelo mesmo digno funcionario para escolher um dos dois meios, na sua sessão de 22 de novembro escolheu o aforamento, não porque este tenha menos inconvenientes, mas porque era forçoso obedecer.

Assim mesmo protestou na acta a maioria da junta usar da faculdade que lhe concede o § 4.º do art. 42.º das instrucções de 25 de novembro de 1869, o que agora vem respeitosa e humildemente fazer, representando e pedindo a vossa magestade, que sejam exceptuadas da desamortisação as lameiras de . . . as quaes partem de todos os lados com os terrenos afolhados acima referidos, sendo os seus rendimentos os já mencionados, e devendo ficar destinadas para os moradores do logar de . . . continuarem n'ellas a cortar as ma-

terias primas para estrumes, e sobretudo para alli apascentarem seus gados.

P. a vossa magestade haja por bem deferir ao requerido.

E R. M.

§ 46.º

**Baldios**

Requerimento ao rei para ser excluída da desamortisação parte dos de uma freguezia; e legislação antiga e moderna sobre este ponto.

SENHOR:

Dizem o presidente e membros da junta de parochia da freguezia de ..., concelho de ..., districto administrativo de ..., o regedor de parochia, juiz eleito e mais cidadãos abaixo assignados da mesma freguezia, que tendo de dar-se execução ás disposições da lei de 28 de agosto de 1869 e instrucções approvadas por decreto de 25 de novembro do mesmo anno, na parte relativa á desamortisação dos baldios, baixou uma circular do governo civil, na qual se declara, que o processo de desamortisação dos baldios deve começar pela designação e demarcação dos que forem marcados ao logradouro commum dos povos, e que, para esta designação se effectuar, devem as corporações interessadas requerer a vossa magestade competentemente.

N'esta conformidade os supplicantes veem humildemente representar a vossa magestade, que nos limites da sua freguezia, que consta de perto de quatrocentos fogos, existe um terreno inculto na extensão de seis kilometros, que parte do nascente com terras das freguezias de ... de norte o poente com montes da comarca de ..., e do sul com terras da quinta de ... e montes da freguezia de ..., o qual terreno produz matto e lenhas, estando em commum entre os moradores de toda a freguezia, e só d'elles, e tendo no centro a povoação de ...

Senhor! Uma grande parte dos habitantes d'esta freguezia alimenta-se do producto de seus rebanhos de gado ovelhum e vacum, os quaes são apascentados no referido monte, e, se este fór desamortisado e reduzido ao dominio particular, e portanto vedado ao gado, terão de vendel-o e ficar entregues á mais espantosa miseria, e privados das lãs, carnes, pelles, leite e queijos, com que subsistiam, e de cuja venda proviam ao seu vestuário e mais necessidades da vida.

Outra parte dos habitantes sustenta-se da agricultura; mas o solo, sobretudo no povo de ..., é tão frio e ingrato, que só a poder de estrumes produz, e estes provem-lhes em parte do gado, e em parte do matto produzido no monte de que se trata, e, desamortisado elle, ambas estas qualidades de adubos desaparecem. Acresce, que é do monte, que se abastecem de lenhas, mórmente os pobres.

Senhor, se o mesmo fór desamortisado, a parte pobre da freguezia tem de ficar reduzida á ultima miseria, e os moradores de ... de emigrar; e a parte abastada descerá a pessimas condições.

Não é decerto este o pensamento da lei da desamortisação dos baldios, cuja mente foi favorecer a agricultura, de que são poderoso elemento os gados, e na nossa hypothese matava-a, estando por isso comprehendida na sabia excepção consignada em o n.º 3.º do art. 2.º da lei de 28 de agosto de 1869, e n.º 3.º do art. 42.º das instrucções de 25 de novembro do dito anno, exarada em harmonia com a nossa antiga legislação, que é de ver na Ord. liv. 4.º tit. 43.º §§ 9.º, 12.º e 15.º; alvará de 23 de julho de 1766; alvará de 27 de novembro de 1804, § 10.º; alvará de 11 de abril de 1815, § 4.º; e até pela moderna segundo os art. 118.º n.º 3.º do Cod. Adm. e art. 309.º n.º 2.º; Cod. Civ. art. 2263.º; lei de 26 de julho de 1850; e decretos sobre consulta do conselho d'estado de 3 de julho de 1858, e 27 de outubro de 1862. Em toda esta legislação e diplomas se respeitaram os pastos necessarios para a criação de gados.

P. a vossa magestade que haja por bem mandar excluir da desamortisação o monte de ..., que a tantos subditos de vossa magestade ministra os alimentos quotidianos.

E R. M.

§ 47.º

**Barcos**

Tratado importante sobre ellas. — A quem é permitido tê-las sobre os rios e para que uso. — Se quanto a ellas pôde haver privilegios. — Modo como a imprensa jurídica e os tribunaes tem apreciado e julgado estas questões.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

A lei de 29 de maio de 1843 no art. 3.º, na *Gaz. dos Trib.* n.º 263, respeitou as barcas possuidas por particulares, e havidas por legitimo titulo; e no art. 2.º § 3.º permite ás pessoas, que tiverem barcos seus o passarem nos mesmos com as suas familias ou gados, sem que paguem direito algum.

A *Gaz. dos Trib.* n.º 2105 traz uma resposta da Associação dos Advogados de Lisboa, na qual se resolveu, que um lavrador, que possue terras adjacentes a um rio, aonde ha o direito exclusivo de passagem em barcas, pôde transportar em batel seu, e para serviço seu agricola, os trabalhadores, gados e materiaes de construcção agraria. Porém a *Gazeta* duvida muito d'esta decisão, porque a palavra familia não comprehende senão criados, que vivem por soldada e não obreiros.

Na *Gazeta* n.º 2393 se sustenta que só as camaras tem pela lei citada de 29 de maio de 1843 privilegio de as ter em rio publico; e que os particulares podem conserval-as, tendo direito adquirido, mas não como exclusivas d'outras, o que seria direito banal.

Tendo a mitra de Braga a posse de ter ella só uma barca de passagem no rio Douro em certos sitios, deu uma força de certas camaras municipaes por tambem alli as estabelecerem, sendo esta acção julgada improcedente na primeira instancia, e procedente na relação do Porto; mas recorrendo as camaras de revista, foi esta concedida por accordão do supremo tribunal de justiça de 2 de fevereiro de 1866 (assignando vencidos dois juizes), dizendo-se que o art. 3.º da lei de 29 de maio de 1843, garantindo a propriedade das barcas havidas por titulo legitimo, não manteve o exclusivo em favor d'alguem, nem o direito de exigir portagens, o que

importaria o restabelecimento de um direito banal. — *Gaz. dos Trib.* n.º 3697.

O *Direito* n.º 28 do 1.º anno não admite barcas de particulares, embora estabelecidas por contratos.

Em accordão de 24 de maio de 1870 concedeu-se segunda revista na questão da mitra de Braga com o fundamento de que o direito exclusivo de barcagem foi extinto pela lei de 22 de junho de 1846, art. 4.º § unico, não podendo haver posse em contrario, que seja manutivel. — *Gazeta* n.º 4358; *Direito* n.º 36 do 2.º anno; e *Revista* n.º 173.

No *Direito* n.º 43 do 2.º anno se sustenta não poderem os particulares ter exclusivo de barcas de passagem em rios publicos, nem ser manutivel uma tal posse, que o art. 3.º da lei de 29 de maio de 1843, no entender d'alguns, foi abolido pela lei de 22 de junho de 1846.

O snr. Alexandre de Seabra sustenta no *Direito* n.º 23 do 5.º anno, que acabou o exclusivo das barcas de passagem, quando estabelecido por foraes ou outro titulo generico dado pelo rei ao donatario, ou quando as barcas foram estabelecidas por doação regia; mas que subsistem as adquiridas por titulo legitimo.

No accordão de 27 de junho de 1874, copiado no *Direito* n.º 35 do 6.º anno, se resolveu, que não podem estabelecer-se barcas de passagem por particulares a fim de transportarem generos e mercadorias, mas só com o fim de passar gado, operarios e familia de uma para outra margem.

Parece-me que, a ter de intentar-se acção com B., deve ser por parte da camara, precedendo auctorisação do conselho de districto, sem embargo de não haver o regulamento, de que trata a lei de 29 de maio de 1843, e nada pôde obstar, a que junte ao libello a participação feita pelo arrematante ácerca dos factos praticados por B.

Entendo que a acção competente é a de força turbativa, ou manutención de posse de que tratam os art. 484.º, 486.º, 488.º, 489.º e 504.º do Cod. Civ.; e creio não ser indispensavel articular e provar todas as passagens feitas, bastando allegar, que a primeira teve logar em tal dia, ou tal mez (há menos d'anno), e que depois continnou a verifical-as em diversos dias.

Mas a grande questão é outra, é saber, se as passagens são illicitas ou não, porque se forem permittidas, claro está que a camara não tem acção contra B.

A lei de 29 de maio de 1843 no § 3.º respeitou as casas possuidas por particulares, e havidas por titulo legitimo, e no art. 2.º § 3.º permite ás pessoas que tiverem bens seus, passarem nos mesmos com as suas familias ou gados, sem pagarem direito algum. Na *Gaz. dos Trib.* n.º 2103 vem uma resposta da Associação dos Advogados de Lisboa, a qual se sustenta, que os donos de barcos podem até passar n'elles os operarios que vão empregar-se no trabalho de pedreiros seus da outra margem, e no mesmo sentido decidida a relação em accordão de 27 de julho de 1874, publicado no *Direito* n.º 35 do 6.º anno. Veja-se tambem o *Direito* n.º 21 do 5.º anno.

Attenda-se pois a isto, e veja-se se a camara estará no caso de cohibir os actos praticados por B.

§ 48.º

**Bemfeitorias**

Como se adjudicam em inventario e faz a sua partilha.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

O cabeça de casal requereu a fl. ... nova avaliação a respeito das quatro verbas n.º ..., e que se separassem em cada uma d'ellas o valor das bemfeitorias pelo augmento que deram aos predios beneficiados. A fl. ... foi deferido este requerimento, e a fl. ... se deu a louvação, que supponho ser a do augmento de valor dado aos predios. Assim por exemplo o numero 1 tinha sido avaliado a fl. ... em ... réis, mas como os louvados avaliaram as bemfeitorias em ... réis, ficou sendo o valor das casas sem ellas ... réis; e portanto só estes pertencem ao monte dividendo, pertencendo os ... réis restantes ao cabeça de casal; e assim por diante.

Separado pois o valor das bemfeitorias e adjudicado ao cabeça de casal, que as fez com o seu dinheiro, o resto se divide em duas partes, uma constitue a meação do cabeça de casal, e outra a da inventariada, que tem de dividir-se em cinco partes, uma para os filhos de Maria, outra para José, outra para Antonio como representante de Cardoso,

contra para Santos filho do segundo matrimonio, e outra para Francisca tambem filha do segundo matrimonio, a qual pertence quanto á propriedade ao dito seu irmão Santos, e quanto ao usufructo ao viuvo cabeça de casal, por ter passado a segundas nupcias.

§ 49.º

**Binubo**

A mulher que com elle casar só communica na terça parte dos bens que elle possuir no acto do casamento, e dos que depois houver por doação ou herança. — Como se contam os graus de parentesco para a dispensa no casamento catholico em civil. — Pôde celebrar-se matrimonio entre tio e sobrinha. — Os filhos legitimados por subseqente matrimonio tem legitima igual á dos filhos do anterior matrimonio do perfilhante. — Podem ser perfilhados os havidos d'entre tio e sobrinha.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Como supponho que Francisco e sobrinha são catholicos, tem o seu casamento de ser regulado pela fórma estabelecida na igreja catholica e em harmonia com as leis canonicas. — Cod. Civ. art. 1057.º e 1050.º

Segundo o direito canonico é prohibido o matrimonio entre parentes por consanguinidade na linha transversal até o 4.º grau, contado pelo mesmo direito — Cap. 8.º, X. de *Cons. et affn.*; — mas este impedimento pôde ser dispensado — *Cavallario, Inst. Jur. Can.*, parte 2.ª cap. 22.º — Portanto, se Francisco obtiver dispensa do poder ecclesiastico para casar com a sobrinha, pôde realizar esse matrimonio. Mesmo, se se tratasse de não catholicos, e tivesse lugar o casamento civil, podiam contrahir-o havendo dispensa do poder civil, como se vê do n.º 3.º do art. 1073.º, porque a contagem dos graus n'este caso é pelo direito civil, segundo o qual o tio é 2.º sobrinha estão em 3.º grau na linha collateral.

Communica com a segunda mulher, visto ter filhos do primeiro matrimonio, a terça parte dos bens que possuir no acto do casamento, ou dos que depois houver por doa-



dos actos juridicos, dizem que aquella propriedade é um direito não adquirido e consummado, e que por isso deve ser regulado pela lei nova; mas aquellas que não admittem semelhante distincção, entendem que é um direito adquirido, e que deve ser regulado pela lei antiga.

O sr. visconde de Seabra na sua *Apostilla* 2.ª, pag. 40, diz que quando um direito é subordinado a uma condição que se chega a realizar, o seu effeito se retrotrahê ao tempo em que o germen do direito se constituiu. Por consequencia para elle, na hypothese da consulta, Pedro sobrevivendo á filha Angela, adquiriu a propriedade dos bens dos filhos Simão e Camilla, porque chegou a realizar-se a condição de sobreviver áquella filha para adquirir a propriedade, embora no imperio da lei nova. Mas parece, que isto não concorda com o que escreveu a pag. 39, quando diz que para haver direitos adquiridos, unicos que quer respeitar, deve o sujeito estar investido dos direitos definitivamente, e tel-os como um dominio e propriedade sua e d'um modo irrevogavel; por quanto quem tem uma propriedade ainda dependente d'um evento incerto, não tem o dominio e propriedade irrevogavel, e não está n'ella investido definitivamente, e por isso parece, que já pôde ser regulado pela lei nova.

Dias Ferreira, já citado, no tomo 3.º pag. 85, fallando de uma hypothese identica á da consulta, segue aquella mesma opinião do auctor do Codigo.

Mas parece-nos igualmente, que este logar destoa do que escreveu a pag. 19 do tomo 1.º, quando diz, que direitos adquiridos são aquelles, de que o sujeito se achá definitivamente investido, dos quaes tem posse e realisação effectiva; por quanto aquella investidura definitiva e esta realisação effectiva parece que não existem, emquanto ainda o direito depende de um acontecimento incerto.

No *Jorn. de Jurisp.*, tomo 4.º n.º 7 pag. 102, exige-se a permanencia do direito, para que se possa dizer adquirido. E parece que são ideias contraditorias, e que se destroem, o direito permanente e o direito ainda eventual.

A relação do Porto em accordão de 13 de agosto de 1869 (*Revista*, tomo 3.º pag. 12) decidia, que a nova lei regula os effeitos dos actos, aliás regula os actos que sortiram o seu effeito no seu imperio.

E se por um lado Meyer, citado por Paiva Pitta a pag. 52 diz, que é a lei antiga que deve regular os direitos de

pendentes de uma condição suspensiva ou resolutive, por outro lado o nosso Gomes Flaviense no seu *Man. Prat.*, pag. 319 (*mihi*) arvora em principio, que o acto juridico se não resolve durante o tempo, em que pende a condição; o que significa, que sem isso não está consummado, e como tal não está adquirido.

No meio d'estas duvidas e opiniões parece mais razoavel, que a eventualidade e a incerteza do direito da propriedade lhe tira a qualidade do direito adquirido e consummado ao tempo da promulgação do Codigo, ainda que o evento chegasse a realizar-se depois, e que por consequencia deve ser regulado pelo Cod. Civ.

E, se ainda é em duvida que dissemos isto, porque ha de haver-a necessariamente, não hesitamos todavia em dizer ao menos, que é muito provavel, que os tribunaes procedam n'esta questão, como procederam quanto ás mães que já eram vivas ao tempo da promulgação do Codigo, e ás quaes reconheceram o usufructo dos bens dos filhos menores, não obstante terem sido adjudicados a estes por sentença, anteriormente, na propriedade e no usufructo; e que portanto também hão de decidir, que o Codigo inutilizou o possível evento, e radicou a propriedade em Angela, conservando só o usufructo para o pae, e que os bens de Simão e Camilla pertencem aos filhos de Angela.

## § 51.º

### Cabeça de casal

Presta contas do rendimento da herança que administrou; e porque fórna.

### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A obrigação de um cabeça de casal pagar rendimentos aos coherdeiros passou da L. 9.ª Cod. fam. excise. para a Ord. liv. 4.ª tit. 96.º §§ 1.ª, 2.ª, 4.ª e 10.ª, como se vê da letra d'esta e do que ensinam Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art.

1148.º; Secco, *Trat. de Orph. Prat.*, art. 73.º n.º 20; e Lobão, *Obrig. recipr.*, § 748 è seguintes.

Em alguns juizos introduziu-se o systema de tomar contas aos cabeças de casal e tutores a 5 por cento do valor dado aos bens, e quanto aos tutores o ensina Paiva e Poga, *Orph. Prat.*, cap. 13.º n.º 31. Porém a *Gaz. dos Trib.* n.º 1227 diz que tal praxe não tem fundamento em lei, e só teve por fim obviar ás fraudes nas contas de despezas de cultura nos predios amanhados pelos tutores ou cabeças de casal. O certo é que Corrêa Telles, *Acc.*, nota ultima ao § 122, estabelece a doutrina de que, se o herdeiro não quiser aceitar os rendimentos a 5 por cento, ou o possuidor os não quiser assim pagar, qualquer d'elles pôde requerer liquidação; e nas *Add. lousã* o accordão do supremo tribunal de justiça de 11 de novembro de 1842, que annullou uma sentença que honve por liquidados os rendimentos de uma legitima a 5 por cento da avaliação dos bens sem outra liquidação.

Não duvido, que a cabeça de casal venha escudar-se com boa fé, em razão de entrarem os bens no inventario de seu marido, mas a isto ha a oppôr, que foi ella quem confundiu e baralhou tudo, como se me affirma poder provar-se, e alem d'isto, ser principio juridico, que o proprio possuidor de boa fé paga os rendimentos desde a morte do defunto. — *Vejam-se* Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1996; e Lobão, *Segundas Linh.*, nota 381, n.º 9.

Esensado é dizer, que, se as contas prestadas pela cabeça de casal não forem exactas, podem impugnar-se por embargos, que ella pôde contestar.

1148.º Secco, *Trat. de Orph. Prat.*, art. 73.º n.º 20; e Lobão, *Obrig. recipr.*, § 748 è seguintes.

Em alguns juizos introduziu-se o systema de tomar contas aos cabeças de casal e tutores a 5 por cento do valor dado aos bens, e quanto aos tutores o ensina Paiva e Poga, *Orph. Prat.*, cap. 13.º n.º 31. Porém a *Gaz. dos Trib.* n.º 1227 diz que tal praxe não tem fundamento em lei, e só teve por fim obviar ás fraudes nas contas de despezas de cultura nos predios amanhados pelos tutores ou cabeças de casal. O certo é que Corrêa Telles, *Acc.*, nota ultima ao § 122, estabelece a doutrina de que, se o herdeiro não quiser aceitar os rendimentos a 5 por cento, ou o possuidor os não quiser assim pagar, qualquer d'elles pôde requerer liquidação; e nas *Add. lousã* o accordão do supremo tribunal de justiça de 11 de novembro de 1842, que annullou uma sentença que honve por liquidados os rendimentos de uma legitima a 5 por cento da avaliação dos bens sem outra liquidação.

Não duvido, que a cabeça de casal venha escudar-se com boa fé, em razão de entrarem os bens no inventario de seu marido, mas a isto ha a oppôr, que foi ella quem confundiu e baralhou tudo, como se me affirma poder provar-se, e alem d'isto, ser principio juridico, que o proprio possuidor de boa fé paga os rendimentos desde a morte do defunto. — *Vejam-se* Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1996; e Lobão, *Segundas Linh.*, nota 381, n.º 9.

Esensado é dizer, que, se as contas prestadas pela cabeça de casal não forem exactas, podem impugnar-se por embargos, que ella pôde contestar.

Quasi todos os pontos de facto, allegados nos embargos do fl. ..., se acham provados pelos documentos authenticos appensos, já officiaes, já extra-officiaes, o que é de grande vantagem para a embargante, por não ser licito duvidar da sua veracidade, em face do disposto nos art. 2425.º e 2426.º do Cod. Civ.

Pela escriptura de 30 de dezembro de 1831 se mostra, que F., pae da embargante, comprara a João, e sua irmã Maria, a quinta de ..., na parte foreira a F. e á commenda de ...

Pela escriptura de 7 de março de 1839 se vê, que o referido comprador e sua mulher Dionyza doaram a mesma parte foreira á embargante, quando contratada de casar com o bacharel Joaquim; e, como fosse da mente dos doadores, que os doados viessem a ficar com toda a quinta, tomaram providencias, para que tambem viessem no futuro a pertencer-lhes os bens livres, n'ella incorporados.

Não se realisou porém esta previsão, pois que, tendo seu filho José contrahido uma divida de 6:000\$000 réis, constante da escriptura de 10 de novembro de 1857, para com Antonio,

### Reflexões juridicas por parte da R.

Quasi todos os pontos de facto, allegados nos embargos do fl. ..., se acham provados pelos documentos authenticos appensos, já officiaes, já extra-officiaes, o que é de grande vantagem para a embargante, por não ser licito duvidar da sua veracidade, em face do disposto nos art. 2425.º e 2426.º do Cod. Civ.

Pela escriptura de 30 de dezembro de 1831 se mostra, que F., pae da embargante, comprara a João, e sua irmã Maria, a quinta de ..., na parte foreira a F. e á commenda de ...

Pela escriptura de 7 de março de 1839 se vê, que o referido comprador e sua mulher Dionyza doaram a mesma parte foreira á embargante, quando contratada de casar com o bacharel Joaquim; e, como fosse da mente dos doadores, que os doados viessem a ficar com toda a quinta, tomaram providencias, para que tambem viessem no futuro a pertencer-lhes os bens livres, n'ella incorporados.

Não se realisou porém esta previsão, pois que, tendo seu filho José contrahido uma divida de 6:000\$000 réis, constante da escriptura de 10 de novembro de 1857, para com Antonio,

Quasi todos os pontos de facto, allegados nos embargos do fl. ..., se acham provados pelos documentos authenticos appensos, já officiaes, já extra-officiaes, o que é de grande vantagem para a embargante, por não ser licito duvidar da sua veracidade, em face do disposto nos art. 2425.º e 2426.º do Cod. Civ.

Pela escriptura de 30 de dezembro de 1831 se mostra, que F., pae da embargante, comprara a João, e sua irmã Maria, a quinta de ..., na parte foreira a F. e á commenda de ...

Pela escriptura de 7 de março de 1839 se vê, que o referido comprador e sua mulher Dionyza doaram a mesma parte foreira á embargante, quando contratada de casar com o bacharel Joaquim; e, como fosse da mente dos doadores, que os doados viessem a ficar com toda a quinta, tomaram providencias, para que tambem viessem no futuro a pertencer-lhes os bens livres, n'ella incorporados.

Não se realisou porém esta previsão, pois que, tendo seu filho José contrahido uma divida de 6:000\$000 réis, constante da escriptura de 10 de novembro de 1857, para com Antonio,

Quasi todos os pontos de facto, allegados nos embargos do fl. ..., se acham provados pelos documentos authenticos appensos, já officiaes, já extra-officiaes, o que é de grande vantagem para a embargante, por não ser licito duvidar da sua veracidade, em face do disposto nos art. 2425.º e 2426.º do Cod. Civ.

Pela escriptura de 30 de dezembro de 1831 se mostra, que F., pae da embargante, comprara a João, e sua irmã Maria, a quinta de ..., na parte foreira a F. e á commenda de ...

Pela escriptura de 7 de março de 1839 se vê, que o referido comprador e sua mulher Dionyza doaram a mesma parte foreira á embargante, quando contratada de casar com o bacharel Joaquim; e, como fosse da mente dos doadores, que os doados viessem a ficar com toda a quinta, tomaram providencias, para que tambem viessem no futuro a pertencer-lhes os bens livres, n'ella incorporados.

Não se realisou porém esta previsão, pois que, tendo seu filho José contrahido uma divida de 6:000\$000 réis, constante da escriptura de 10 de novembro de 1857, para com Antonio,

Quasi todos os pontos de facto, allegados nos embargos do fl. ..., se acham provados pelos documentos authenticos appensos, já officiaes, já extra-officiaes, o que é de grande vantagem para a embargante, por não ser licito duvidar da sua veracidade, em face do disposto nos art. 2425.º e 2426.º do Cod. Civ.

Pela escriptura de 30 de dezembro de 1831 se mostra, que F., pae da embargante, comprara a João, e sua irmã Maria, a quinta de ..., na parte foreira a F. e á commenda de ...

Pela escriptura de 7 de março de 1839 se vê, que o referido comprador e sua mulher Dionyza doaram a mesma parte foreira á embargante, quando contratada de casar com o bacharel Joaquim; e, como fosse da mente dos doadores, que os doados viessem a ficar com toda a quinta, tomaram providencias, para que tambem viessem no futuro a pertencer-lhes os bens livres, n'ella incorporados.

Não se realisou porém esta previsão, pois que, tendo seu filho José contrahido uma divida de 6:000\$000 réis, constante da escriptura de 10 de novembro de 1857, para com Antonio,

negociante da cidade do Porto, e sendo seus paes fiadores e principaes pagadores, declararam hypothecar á sua segurança a quinta de . . . de natureza allodial, o que deve entender-se da parte allodial, porque o resto já não era seu, e ninguém podia, nem pôde hypothecar, cousa alheia; e se elles quizeram referir-se a toda a quinta, o que não parece, a hypotheca da parte foreira ficaria nula.

Como José amortisasse sómente um conto de réis, seus paes Manuel e mulher tomaram sobre si os restantes réis 5:0005000 pela escriptura publica de 25 de abril de 1830, e ratificaram a anterior hypotheca, que, como se disse, só podia comprehender a parte allodial da quinta de . . .

Estavam as cousas n'este estado, quando, tendo já fallecido Manoel, e achando-se manifestada a divida sobredita, a fazenda nacional instaurou uma execução por decima de juros de varios annos, sendo o ultimo o de 1867 a 1868, dirigida contra a viuva Dionyzia, que ao principio foi a unica citada, nota a fl. . . e fl. . . da mesma execução, que anda appensa.

Cumpra aqui examinar, se por morte de Manoel a fazenda nacional ficou com direito a exigir a totalidade da divida, ou só da viuva, ou só de qualquer de seus filhos; ou então se tinha de haver metade d'aquella, e de cada filho a respectiva parte: por outra, se a divida era solidaria, e os devedores co-reus *debendi*, ou se era pelo contrario divisivel.

A decisão d'esta questão é de grande momento, porque, se a embargante e seus irmãos e mãe fossem então devedores solidarios, poderia sustentar-se, que ainda hoje cada um estava obrigado ao todo da divida, sem poderem obter o beneficio da divisão, salvo o regresso do que pagasse contra os outros, e por isso, que a embargante, como herdeira do pae, não poderia evadir-se a solvel-a pelos seus bens (o que todavia se não reconhece, como logo veremos); se porém tal solidariedade não havia, a procedencia dos presentes embargados nem sombras de duvida tem.

A Ord. liv. 2.º tit. 52.º § 5.º, diz assim:

«E quando o nosso devedor em sua vida vender, ou alhear a desvaírradas pessoas os bens, que já nos tinha obrigados, ou por sua morte ficarem dois herdeiros, ou mais, far-se-ia execução em qualquer fazenda, que acharem, que d'elle ficasse . . . . por quanto a fazenda do dito devedor fica sempre obrigada e hypothecada ás ditas dividas, e pas-

soa com seu encargo é hypotheca a cada um dos herdeiros, em cujo poder for achada, para por ella se poder haver in solidum toda a dita divida, conforme o direito.

Aqui se estabelece, é verdade, a solidariedade dos herdeiros, mas em que dividas? As palavras, que grifamos, mostram bem ser n'aquellas, em que a fazenda tinha hypotheca, cumprindo por isso investigar quaes sejam.

Lobão, *Notas a Mello*, liv. 4.º tit. 4.º § 11.º n.º 5, diz que esta Ord. deve declarar-se com a exposição de Pegas no seu commentario a ella, e de Moraes, de *Erec.*, liv. 6.º cap. 7.º n.º 57. Compulsemol-os.

Pegas no tomo 12.º á Ord., Gloss. 7 n.º 3, dá como razão — *quia res et bona debitoris manent obligata et hypothecata dictis debitis, et transeunt cum suo onere et hypotheca ad unumquemque ex hereditibus, in cuius potestate inventa fuerint bona, ad hoc ut per illa solvatur debitum in solidum.* — E no n.º 8 diz: — *Et ratione hypothecae, de quo in nostro textu, dicendum est, quod si post contratum et obligationem factam cum rege, bona obligata debitor fiscalis, aut fideiussor vendunt, aut etiam thesaurarius questor, aut exactor, aut lotent, talis venditio, alienatio, aut dos est nulla.*

D'aqui se vê, que Pegas entende a Ord. do caso de haver hypotheca proveniente de contrato ou emprego publico, e que não a estende a todos os casos em que qualquer seja devedor á fazenda por qualquer titulo.

Quanto a Moraes, de *Erec.*, este no liv. 6.º cap. 7.º n.º 56, fallando do caso em que o direito executivo contra o defuncto passa aos herdeiros, diz, que é *na proporção das quotas hereditarias*, e, expondo algumas excepções, enumera no n.º 57, citado por Lobão, a de usar-se da acção hypothecaria, d'onde é manifesto entender este ultimo juriconsulto a Ord. liv. 2.º tit. 52.º § 5.º do caso em que ha hypotheca.

E quando se dá esta? Póde haver-a ou convencional ou legal, e esta ultima, diz o referido Lobão, no n.º 6, achar-se estabelecida na lei de 22 de dezembro de 1764, tit. 3.º §§ 13.º, 14.º e 15.º; ora, compulsada ella, vê-se que se trata ali unicamente dos bens dos rendeiros que contrataram com a fazenda, e dos thesoureiros, officiaes e magistrados, que tinham a seu cargo a arrecadação d'esta; e foi a mesma dispensada do registro pelo n.º 4.º do § 1.º do art. 2.º do decreto de 26 de outubro de 1836.

É d'esta hypotheca que falla Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.<sup>o</sup> art. 1288.<sup>o</sup>; e em geral os praxistas.

Na sentença da 1.<sup>a</sup> instancia, copiada na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 2173, dá-se á Ord. liv. 2.<sup>o</sup> tit. 52.<sup>o</sup> § 5.<sup>o</sup> a mesma intelligencia de estarem os bens obrigados (*scilicet* hypothecados) á fazenda, a que diz fazer allusão o art. 635.<sup>o</sup> da Ref. Jud. E com effeito, se olharmos á epigrapha de baixo de que este artigo está collocado, bem como o art. 346.<sup>o</sup>, e ás notas de Castro Netto, mais nos convenceremos, de que a citada Ord. teve em vista as dividas dos rendeiros, dos recebedores, e seus fiadores.

O mesmo se deduz do accordão do supremo tribunal da justiça de 15 de dezembro de 1863, publicado na *Rev. de Leg.* n.<sup>o</sup> 39, e na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 4165, em que se trata de uma casa que já veio onerada com hypotheca legal á fazenda para o poder dos actuaes possuidores.

A lei hypothecaria de 4 de julho de 1863, art. 101.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 4.<sup>o</sup>, reproduziu as disposições da lei de 22 de dezembro de 1761, bem como o Cod. Civ. art. 906.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 1.<sup>o</sup>; mas ambos restringiram a hypotheca legal tacita com relação á fazenda, aos bens dos funcionarios responsaveis e seus fiadores.

Parece pois que a Ord. liv. 2.<sup>o</sup> tit. 52.<sup>o</sup> § 5.<sup>o</sup> se limita a este caso. Se se entender porém, que se estende ás dividas de impostos ou tributos, nem por isso a fazenda nacional melhora de posição, como vamos vêr.

O citado decreto de 26 de outubro de 1836, art. 2.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 5.<sup>o</sup>, exceptua do registro a hypotheca por tributos; mas fallará dos reaes, qual a decima, hoje contribuição predial, que affecta os predios, sobre que é lançada, ou tambem se estenderá aos pessoas?

O supremo tribunal de justiça em accordão de 19 de agosto de 1850 (*Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 4207) decidiu, que o privilegio d'esta hypotheca legal por tributos, de que falla o citado artigo, era restricta aos bens, em que elles recahiram. Outro tanto resolveu o accordão de 18 de dezembro de 1855 (*Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 2106).

A relação de Lisboa, em um accordão que traz o *Direito* n.<sup>o</sup> 27 do 1.<sup>o</sup> anno, confirmou uma sentença da primeira instancia, na qual se condemnou um réu *só na proporção dos bens que possuía, e sobre que pesavam os tributos pedidos, sendo absolvido da quota correspondente aos que eram possuidos por outras pessoas.* Se esta decisão reconhece hypotheca le-

gal aos bens tributados, dá por outro lado testemunho de que, apesar da hypotheca, não ha solidariedade nos possuidores dos bens, embora pareça isto envolver alguma incoherencia.

Em todo o caso a praxe, que é o melhor interprete das leis, tem entendido, que a hypotheca legal da fazenda é restricta a impostos reaes, e ainda sem solidariedade.

D'esta sorte ficam excluidas a contribuição industrial, pessoal e de juros, que não affectam em especial predio algum com o onus hypothecario. — Vejam-se a *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 1582; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.<sup>o</sup> art. 1281.<sup>o</sup>; e o *Man. do Escriv. de Foz.* do snr. Moraes Pimental, a pag. 38, onde classifica de tributo pessoal a decima de juros.

E por isso que a relação do Porto no accordão de 13 de dezembro de 1870 (*Direito* n.<sup>o</sup> 7 do 3.<sup>o</sup> anno) resolveu, que uma execução por decima de juros não podia correr contra o executado, que se absterivera da herança do devedor, aposando-se só dos bens de praso e vinculo, cuja successão lhe pertencia por lei. Ora, se a fazenda tivesse hypotheca legal, estender-se-ia a todos os bens do devedor, visto que não era restricta a certos predios, e não ficariam isentos os de praso e morgado.

Tambem a relação de Lisboa, em accordão de 13 de maio de 1871 (*Revista* n.<sup>o</sup> 163), em um concurso de preferencias graduado a fazenda nacional em primeiro lugar, sómente com relação á contribuição predial lançada ao predio arrematado, declarando que não tinha preferencia pela decima industrial, pessoal, de juros e direitos de mercê. Isto equivaleu a desconhecer-lhe hypotheca legal, por taes tributos, nos bens do devedor.

Se pela legislação anterior não havia esta hypotheca por decima de juros ou outro tributo pessoal, e só pelos tributos reaes, e nos bens dos contratadores e empregados publicos, que o mesmo é pelo direito moderno, se vê do Cod. Civ. art. 887.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 4.<sup>o</sup>, e do regulamento de 28 de abril de 1870, art. 223.<sup>o</sup>; e já n'este sentido interpretava o art. 249.<sup>o</sup> do regulamento de 14 de maio de 1868 a *Rev. de Leg.* n.<sup>o</sup> 55.

Dando porém e não concedendo, que por direito anterior ao Cod. Civ. houvesse solidariedade entre a viuva e herdeiros de Manoel, sendo a execução instaurada na vigencia do Cod. Civ., devia o processo accommodar-se ás prescripções d'este, o qual, por via de regra, exclue a solidariedade.

Em primeiro lugar o art. 731.<sup>o</sup> do Cod. Civ. determina,

que, sendo varios obrigados a prestar a mesma coisa, responderá cada um d'elles *proporcionalmente*, estabelecendo apenas tres excepções, nenhuma das quaes se dá no nosso caso. Já se vê pois, que a regra geral é a não solidariedade, quando, como aqui, se não dá alguma das excepções.

E nem se diga, que o Codigo não revogou a legislação de fazenda, porque por um lado elle tambem regulou em certos casos os direitos d'ella, do que são prova os art. 885.º, 887.º n.º 1.º, 1008.º e 2006.º e seguintes; e por outro lado, ainda que não revogasse em geral os regulamentos d'ella, como elle trata da solidariedade, sem fazer distincção, é pelos principios n'elle consignados que esta materia tem de reger-se, mesmo com relação á fazenda, em vista do art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que revogou a legislação anterior, que recabisse em materias que o Codigo abrangem, ou fosse geral ou *especial*.

Em segundo logar não se trata de originarios devedores, mas de herdeiros d'estes, e a seu respeito é expresso o art. 757.º em determinar, que os herdeiros do devedor solidario respondem collectivamente pela totalidade da divida, mas acrescentando: «Cada um d'elles, porém, individualmente, só responde por uma quota parte proporcional ao numero dos herdeiros, e á parte que na herança do devedor solidario cada um d'elles tiver, salvo no caso mencionado no art. 734.º n.º 2.º».

Quando pois a prestação não consistir em cousa certa e determinada, que se ache em poder de algum d'elles, ou não depender de facto que só um d'elles possa prestar, que é a excepção consignada n'esse n.º 2.º do art. 734.º, parece que nem a fazenda, nem pessoa alguma moral ou physica pôde demandar separadamente um dos coherdeiros por toda a divida do auctor da herança, embora em vida d'este houvesse solidariedade. Com o art. 757.º concorda o art. 2115.º

Finalmente no *Direito* n.º 45 do 1.º anno, consultando-se, se uma execução por decima de juros devida por um ha muitos annos fallecido, e que deixou oito filhos e herdeiros, devia correr contra todos, ou se a fazenda podia obrigar um só a pagar toda a divida, responde-se o seguinte:

«Grave é a questão aqui proposta. A solidariedade dos devedores achava-se estabelecida em alguns casos em favor da fazenda, como na especie do art. 658.º da Ref. Jud. e lei de 22 de dezembro de 1761, tit. 2.º § 31.º Depois, porém, do

art. 2115.º do Cod. Civ. outra deve ser a doutrina a seguir, porque a disposição d'este artigo é a seguinte — feitas as partilhas, os coherdeiros só respondem em proporção da parte, que lhes couber na herança. Isto é muito terminante. E regra geral, que não tem excepção, e por isso derogou quaesquer privilegios em contrario, conforme o art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que precede o Codigo, pois que por elle ficou revogada toda a legislação anterior, que recahir nas materias que o mesmo Codigo abrange, quer essa legislação seja geral, quer seja *especial*. Na especie proposta, portanto, se a partilha se mostra legitimamente feita, só a fazenda pôde demandar a cada um dos coherdeiros a sua legitima parte».

Parece pois não poder haver duvida de que a divida de decima de juros se dividiu, por disposição da lei, entre Dionyza e seus filhos, sem importar a hypotheca que Antonio tinha na parte livre da quinta de ..., porque, sendo — *res inter alios* —, em nada aproveita á fazenda.

Posto isto, logo que a embargante se offerceu a pagar, como herdeira de seu pae Manoel, a sua quota parte e a de seu irmão José, como consta do art. 8.º dos embargos a fl. ... e do requerimento na execução appensa a fl. ..., o que lhe foi deferido, nada tem com a quota restante de seu sobrinho Afonso, embora esteja fallido, por ter vendido a Manoel seus bens, inclusive as pertenças da quinta mencionadas no art. 9.º

Depois de radicada em Dionyza a obrigação do pagamento de metade da decima dos juros, falleceu ella em 1868, e, fazendo-se o inventario, n'elle figuraram os mesmos tres herdeiros; mas a embargante e seu irmão José somente acceitaram a herança a beneficio de inventario, em virtude do que ficaram responsaveis ás dividas da herança somente dentro das forças d'ella; como era já direito antigo, e se deuz dos art. 2019.º, 2056.º § 2.º, e outros do Cod. Civ. Ora a quinta de ... pertencem, na parte livre, aos dois filhos e ao neto de Manoel, e nenhuma parte da mesma se descreveu no inventario de Dionyza, não ficando por isso sujeitas ás dividas privativas d'esta, inclusivamente a de decima de juros, que se executa, na parte da quinta respeitante aos dois.

Cumpre notar, que em principio foi somente citada para a execução Dionyza, como se vê a fl. ... da execução appensa; que, sendo esta já fallecida, foi citado a fl. ... o marido da embargante, sendo á sua revelia penhorados a fl. ... bens

que não procediam da herança de Dionyzia, e por isso nada havia que oppôr; que a fl. ... reconhece a fazenda nacional haver fallecido o marido da embargante Joaquim, requerendo a citação da embargante para a nomeação de lances; que a fl. ... se penhoraram varios moveis no que a embargante não fez opposição, e todos os rendimentos da quinta de ... da qual a parte que é praso antigo lhe pertencia por doação, e a outra parte, já como legitima paterna, e já como aforamento, que lhe fez seu irmão José.

Estando a embargante assim na posse publica, pacifica, continua e de boa fé, da quinta de ... e seus rendimentos (mesmo da parte que foi de Affonso), como até testemunhalmente provou, cabe-lhe o direito de oppôr-se á penhora com embargos de terceiro.

Nem obsta achar-se o casal indiviso, porque reconhecendo-lhe a própria fazenda nacional, e o art. 2068.º do Cod. Civ. a qualidade de cabeça de casal, não ha remedio senão reconhecer-lhe tambem o direito, consignado no art. 2083.º, de exercer os meios conservatorios, entre os quaes se contam as acções possessórias, como são os embargos de terceiro; e já assim era pela Ord. liv. 4.º tit. 95.— Vejam-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 4024, e os accordãos da relação transcritos na *Rev. de Leg.* n.º 79 e 83.

Tambem não obsta, que de certo ponto da execução para diante, e depois da morte da executada Dionyzia, fosse citado o marido da embargante, e depois ella, parecendo assim terem sido ouvidos; por quanto, correndo então a execução em bens de Dionyzia, de quem aquella lhe herdara a beneficio de inventario, nem podia, nem queria embaçar-a. Apenas, porém, se convolou para a quinta de ..., correu a defender-se com os embargos de terceiro, por ella não provir da herança da originaria devedora. Assim lh'o ensinava Pereira e Sousa, *Linh. Civ.*, nota 890.

Assim lh'o ensinava Mendes, 2.ª parte da *Prat. Jud.*, liv. 3.º cap. 24.º § 5.º n.º 96:

*Item pro debito hereditario defunctis executio fieri non potest in re propria heredis, sed in re hereditatis.*

Concordam Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1683; e Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 808 e nota da 2.ª edição.

Nem se diga, que, competindo pelo art. 885.º do Cod. Civ. privilegio mobiliario em todas as classes pôr impostos

devidos á fazenda nacional, este privilegio vai abranger os fructos da quinta de ... Assim seria, se fossem vivos Manoel e mulher Dionyzia, e a fazenda preferiria a quaesquer credores, que disputassem sobre elles: mas, estando hoje esses fructos em poder de pessoa que não é obrigada a pagar a decima exequenda, senão por bens da herança de sua mãe, escaparam á acção do privilegio, como acontece sempre, quando sahem do poder do devedor, o que bem nota o sr. Ferreira de Mello no seu *Commentario* ao art. 159.º da lei hypothecaria, e é da natureza das cousas, logo que o privilegio não é sujeito a registro.

Competindo pois ao poder judicial decidir esta questão, como até reconheceu, em caso muito semelhante sobre dívida de decima de juros, o conselho de estado no decreto de 17 de julho de 1867, publicado no *Diario de Lisboa* n.º 232, espera a embargante, que os seus embargos não de ser julgados procedentes e provados, fazendo-se a costumada e imparcial justiça.

533

**Camaras**

Se podem fazer abatimento aos arrematantes dos seus impostos, e que parte pôde tomar o conselho de districto em taes resoluções.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

Segundo os decretos sobre consultas do conselho de estado, que vem citados no Cod. Adm. da edição de 1865 a pag. 164, não se admittem nas arrematações de rendimentos municipaes abatimentos, reduções ou quites no preço das rendas com o fundamento de esterilidade, havendo-se estipulado a renuncia de quaesquer casos solitos ou insolitos, por ser applicavel a estas arrematações a lei de 22 de dezembro de 1761. Mas, se os rendeiros não gosarem da cota arrendada por todo o tempo estipulado no arrendamento, ou se a camara lhes não fizer inteiramente bom o contrato,

n'este caso é de direito o abatimento no preço da renda, podendo ser ordenado pelo conselho de districto, pela faculdade que lhe dá o art. 280.º n.º 10.º do Cod. Adm. A pag. 382 do mesmo Código repete-se esta doutrina com fundamento no decreto sobre consulta do conselho de estado de 7 de fevereiro de 1865.

Mas não pôde o conselho de districto ordenar o abatimento como corpo deliberante, porque, conforme o citado n.º 10.º as questões que se suscitarem sobre o cumprimento dos contratos e arrematações de rendas das camaras, tem de ser julgadas pelo conselho de districto como tribunal administrativo, com recurso para o supremo tribunal administrativo, por versarem sobre factos contenciosos; e consequentemente não de observar-se; sob pena de nullidade, as disposições dos art. 285.º e 287.º (citado Código a pag. 363). Quer dizer, que deve preceder audiência contraditória das partes interessadas, e que os accordãos devem conter o objecto da contestação, os nomes e qualidades das partes, o extracto das suas allegações, e a declaração dos motivos de equidade ou disposições de direito, em que se fundaram.

Mas até aqui temos supposto um negocio contencioso, isto é, em que um rendeiro pede redução no preço, e a camara se nega, decidindo a questão o conselho de districto; parece porém ser outro o nosso caso. O rendeiro expóz á camara o prejuizo, que soffreu no anno economico de 1866 a 1867, resultante de se haver tornado livre a venda das carnes verdes, com que elle não contava: a camara abateu-lhe 450000 réis, e o conselho de districto approvou esta deliberação, acostando-se ao supra-citado decreto do conselho de estado de 7 de fevereiro de 1865. Não houve pois contenda, houve annuência da camara ao pedido do arrematante, e homologação do conselho de districto.

Um caso similhante succedeu em Braga, ou Guimarães. Um arrematante do imposto municipal sobre o vinho, não podendo receber-o de todo o vinho, porque os taberneiros e mais vendedores allegavam o privilegio de não pagar cada um com relação a duas pipas de vinho para seu consumo, e não lhe havendo isso sido declarado no contrato, pediu um abatimento de 600000 réis, que a camara reduziu a réis 480000, mas de que o conselho de districto recusou conhecer por incompetencia. D'esta recusa recorreu o rendeiro para o conselho de estado, dizendo que a camara procedera

na conformidade do art. 123.º n.º 8.º do Cod. Adm., e, como a sua deliberação precisava ser approvada pelo conselho de districto, em vista do art. 124.º, devia este conhecer d'ella nos termos do art. 278.º n.º 6.º Assim se mandou no conselho de estado, lavrando-se sobre isso o decreto de 21 de agosto de 1865, que vem no *Diar. do Gov.* n.º 496, e na  *Gaz. dos Trib.* n.º 3620.

Inclino-me pois a que o conselho de districto tinha jurisdicção ou para rejeitar, ou para approvar o abatimento feito pela camara. E' certo porém, que os documentos com que o rendeiro instruiu o seu requerimento podiam ser insufficientes, ou mesmo falsos, e como remediar a decisão injusta?

A primeira cousa, que occorre, é um recurso para o supremo tribunal administrativo; mas é elle admissivel em uma materia, que não é contenciosa, ao que parece? Muito é para duvidar em vista do decreto de 9 de janeiro de 1850, e do que se lê nas notas ao Cod. Adm. a pag. 366 e 367; é porém possível que se julgue admissivel.

E quem podia interpo-lo? Alguma das partes que figuraram no processo. E quem figurou? De um lado o rendeiro, e de outro a camara. Aquelle não o interpõe, porque lhe seria em pura perda: esta iria impugnar o seu proprio facto, porque o conselho de districto nada mais fez, do que confirmar o que ella deliberou; e note-se, que o corpo moral da camara é sempre o mesmo, embora os seus membros sejam já outros. Demais ella teve a notificação do accordão do conselho de districto, e tanto que o cumpriu passando para ella em julgado.

E poderá recorrer um habitante qualquer do municipio, como indirectamente interessado na questão? Se pôde, hiem estamos, porque a seu respeito não passou o accordão em julgado, attento o disposto no decreto de 9 de janeiro de 1850, art. 48.º Tente-se pois, embora, este meio, citando até a Ord. liv. 3.º tit. 81.º pr., a Ref. Jud. art. 684.º § 11.º, e a nota ao Cod. Adm. a pag. 372, que a ellas se referem, mas o recorrente corre o risco de voltar improvido, como pessoa ainda assim incompetente. — Veja-se o Cod. Adm. a pag. 273, 372, e 384, notas.

Quando o conselho de districto approva uma postura municipal, não pôde recorrer-se do seu accordão, porque esta approvação não importa decisão contenciosa, mas só um acto de tutela publica. Quem quizer obter a sua revogação,

ha de requerer esta á camara, com recurso para o conselho de districto, e d'este para o supremo tribunal administrativo, porque só d'este modo as posturas se tornam negocios contentiosos, e podem ser assumpto de recursos. (Cod. Adm. pag. 67 e 365). — Poderá, por paridade de razão, seguir-se este caminho, caso o primeiro meio se torne improprio?

— Talvez, mas para mim tudo é incerto e obscuro n'este ponto; recorra-se a advogados mais competentes em direito administrativo.

§ 54.º

### Cancellamento

As hypothecas constituídas antes do decreto de 26 de outubro de 1836, deviam ser submettidas a registro logo que elle se publicou. — Mas a sua falta nunca podia aproveitar aos que figuravam na escriptura, nem aos seus representantes — Se porém os bens hypothecados estavam possuidos por terceiros, que os adquiriram enquanto não havia registro, fazendo-se este depois, devem elles pedir por acção ordinaria o cancellamento, e que é mais seguro do que esperar a execução. — Por direito antigo a prescripção não corria em vida do devedor.

### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Em face da exposição que me foi presente por parte de F., parece-me o seguinte:

— Não ha duvida que a hypotheca, bem ou mal constituída pelo fiador na escriptura de 1819, devia, para ser efficaz e sortir effectos juridicos, submeter-se a registro, quando este foi estabelecido entre nós, como terminantemente dispunham os decretos de 26 de outubro de 1836, art. 2.º n.º 4.º, art. 4.º e art. 13.º, e de 3 de janeiro de 1837, art. 8.º, 9.º e 11.º

— Mas esta falta de registro só podia aproveitar a terceiras pessoas, e nunca aos proprios pactuantes ou seus herdeiros e representantes. E' esta a doutrina sustentada por Corrêa Telles no commentario aos citados decretos, notas 19 e 73; por Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, §§ 645 e 651, e hoje sancionada pelo Cod. Civ. no art. 951.º Póde tambem,

ver-se a este respeito o snr. Dias Ferreira no commentario ao art. 949.º; o qual segue e demonstra o mesmo principio. Com effecto entendem-se sempre, que o registro só era preciso por causa de terceiros, e não dos proprios devedores ou seus herdeiros e representantes, que sempre sabiam que deviam, não devendo por isso aproveitar-lhes a falta do mesmo.

— Posto isto, o que resta averiguar é se póde ser considerada, em relação á divida afluçada em 1819, como terceira pessoa, ou se pelo contrario deverá antes ter-se na conta de representante actual do originario fiador F.

A escriptura de doação *causa mortis*, celebrada em 26 de janeiro de 1863, cuja copia li, está, a meu ver, muito mal concebida, e prejudica-nos pela má fórma, que o tabellião lhe deu. Na verdade este misturou doação *causa mortis* com *instituição de herdeiro*, e denominou a cada passo a consulente pelas designações já de doada já de herdeira; de fórma que nos apparece ao mesmo tempo um mixto de testamento e de doação. Ora se a isto acrescentarmos que as doações *causa mortis* são equiparadas para quasi todos os effectos juridicos aos testamentos, é facil de ver que muito bem póde a consulente ser considerada herdeira e representante de Maria, como esta o foi de seu pae F.

— Se assim fór, já não póde dizer-se terceira em relação ao contrato da fiança, e tambem não póde arguir com vantagem a falta de registro da hypotheca, para que esta se considere inefficaz a seu respeito. Por este lado pois julgo muito perigosa a questão.

— Mas o que eu collijo da exposição da questão, e até da escriptura de partilhas de 10 de dezembro de 1845, é que no casal que foi de Maria havia muitos bens que a esta advieram de outras origens, sem ser a herança de seu pae, e taes são os que herdou da mãe, das tias, e das outras parentas mais remotas. Se pois, estes se incluíram na hypotheca, ora registrada, é claro que tal registro nenhum valor juridico póde ter, por isso mesmo que em taes bens não havia hypotheca alguma, visto não terem pertencido ao originario devedor.

— Dada esta hypothese, parece-me que se deve ir já a juizo, pedindo o cancellamento do registro, nos termos dos art. 995.º e seguintes do Cod. Civ.; e inclino-me a que se peça um cancellamento total do registro, argumentando em relação a uns bens, por serem providos

de outras pessoas que não F., e, em relação aos que este possuía, por não haver sobre elles hypotheca registral, visto que a generalidade da expressão — não pôde envolver constituição de hypotheca, o que ali pôde corroborar-se com as doutrinas de Corrêa Telles no commentary citado, nota 7.ª

Aconselho a proposição já da acção ordinaria para este fim, porque julgo muito arriscado aguardar a execução hypothecaria para então deduzir a opposição, visto que n'aquella ha mais latitude para a deducção das provas, e crível que a consulente, além da prova documental, precise de dar testemunhas para mostrar quaes os bens que não eram de F., o que não poderia fazer na execução, onde, em regra, só é admissivel a prova por documentos.

Direi por ultimo que me não parece attendivel a prescripção por alguém lembrada, porque F. não podia, como originario devedor, prescrever nunca em sua vida, por força do disposto na Ord. liv. 4.ª tit. 79.ª pr. Depois da morte do devedor são decorridos só 18 annos, e por isso tambem a divida se não pôde julgar prescripta nem em face da Ord. citada, que exigia 30 annos com boa fé, nem do Cod. Civ., que no art. 233.º marca 20 annos com boa fé ao acabar o tempo da prescripção.

### § 55.º

#### Casas

Não tendo commoda divisão, e sendo-o assim declarado pelos louvados que iam proceder á sua demarcação — quaes os tramites a seguir, podendo até requerer-se vistoria.

Dizem Maria e marido José, do logar e freguezia de ... d'esta comarca, que tendo-se procedido a inventario por fallecimento de sua mãe e sogra Rosa, coube á primeira, em legitima e terça, a maior parte de umas casas no fundo da dita povoação de ... e, como não conviesse aos supplicantes a communhão n'ellas e n'outros bens indivisos, requereram a sua divisão e demarcação pelos louvados do inventario, substituido um, fallecido, por outro, eleito pelos interessados.

Foram effectivamente os louvados praticar esta diligencia, e, verificando a divisão em todos os predios communs, de que vieram dar a sua determinação ao cartorio, declararam todavia, que as casas acima alludidas não eram suscetiveis de serem divididas materialmente, segundo as quotas designadas a cada um no inventario, sem que com isso soffressem grave deterioração. Para assim o declararem, estavam elles autorisados tanto pelo direito antigo, que pôde ver-se em Lohão, *Casas*, cap. 8.º, como pelo direito moderno. Com effeito o Cod. Civ. no art. 2145.º determina que, havendo entre os bens partiveis algum objecto não licitado, e que não caiba nos lotes nem possa dividir-se por sua natureza, ou sem detrimento, deliberarão os interessados, se deve vender-se e como, ou adjudicar-se a algum dos coherdeiros repondo tornas, ou ser usufruido em commum: o art. 2183.º dispõe, que se a coisa não poder ser dividida em substancia, e os consortes não convierem na sua adjudicação a algum d'elles, se venda e reparta o preço: o art. 1409.º refere-se tambem ao caso de não poder uma coisa dividir-se sem detrimento: e que estas disposições são applicaveis ás casas, o ensina o snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 4.º pag. 482, e o decidiu a sentença de primeira instancia, e accordo da relação do Porto confirmatorio d'ella de 15 de março de 1872, transcriptos na *Gazeta da Associação dos Advogados* n.º 18 do 2.º anno a pag. 281, com o qual concorda o accordo da relação de Lisboa de 14 de agosto de 1872, publicado na *Rev. de Leg.* n.º 324 a pag. 185. Apesar d'isto consta aos supplicantes, que Anna e marido Alfredo, do dito logar de ... arguindo parcialidade e más paixões nos louvados, apesar da sua notoria probidade, e sustentando que as casas teem commoda divisão, requereram a nomeação de novos louvados, que as fossem dividir e demarcar, e que esta pretensão lhes fora deferida. Os supplicantes ignoram em quem virá a escolher dos novos louvados, e se terão para o mister, para que vão ser eleitos, a mesma aptidão que os anteriores; mas em todo o caso quem se proceda a vistoria nas casas, a fim de pela inspecção ocular se habilitar v. exc.ª a decidir a presente controversia, como em caso similhante aconselha a *Rev. de Leg.* n.º 405; pois que os supplicantes entendem, contra a pretensão dos supplicados, que as casas não podem commodamente e sem deterioração ser divididas, e parece-lhes



partes da dívida, nem José ou seus herdeiros, serão obrigados a pagar mais do que receberam, e constar da escritura de cedencia, quando no futuro tiver de realizar-se a restituição do dote. Se o cessionario desembolsou menos, esse beneficio não aproveita aos outros devedores, porque tambem carrega com as despezas e difficuldades da cobrança.

Cumprê porém notar que, como Antonio fez aos filhos, uma doação, que, segundo o dizer da consulta, pôde taxar-se de universal, parece-me que estas estão por isso no caso de responder hoje por toda a dívida. Com effeito, assim pelo direito antigo como pelo moderno, o donatario universal de bens é equiparado a um herdeiro, e está por isso obrigada ao pagamento das dividas do doador, anteriores á doação. — Vejam-se Meirelles, *Repert. Jurid.*, n.º 1154 e seguintes; Pereira e Sousa, *Primeiras Linh.*, nos 773 e 777; Portugal, *de Donat.*, liv. 2.º cap. 20.º n.º 99 e seguintes; Lobão, *Exec.*, § 40 nota; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 762 n.º 2.º; accordo da relação do Porto de 21 de agosto de 1868, transcripto na *Rev. de Leg.* n.º 26; snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil anotado*, vol. 2.º pag. 487 e seguintes; e Cod. Civ. art. 1470.º § 2.º Ora os filhos de Antonio eram já responsaveis por metade da divida, como herdeiros de sua mãe, que na posterioridade receberam por doação todos os bens do pai, tornaram-se responsaveis pela outra metade, em vista da legislação citada: eis a razão porque disse ha pouco, que me parecia incumbir-lhes o pagamento de toda a divida. Caso porém a doação fosse particular, e só de certos e determinados bens, então Antonio é ainda hoje responsavel pela sua metade na divida. Entre n'estas explicações, para que o consulente saiba como ha de proceder na escritura de cedencia, isto é, se ha de traspassar-se no cessionario o direito para demandar só os outros irmãos, ou tambem o pae; mas, ainda que a doação fosse universal, sempre é prudente, que se transfira no mesmo cessionario qualquer direito que ainda possa haver para ser demandado Antonio.

Devo porém observar, que pelos art. 543.º n.º 1.º e 1632.º do Codigo prescrevem pelo lapso de cinco annos os juros vencidos, e por isso, se os devedores demandados oppozerem a prescrição, não veem a receber-se senão os dos últimos cinco annos, embora se peçam desde a data da conciliação, e nem obsta que a sua maior parte se vencesse sob o imperio da lei antiga, que estabelecia o prazo de trinta annos

para a prescrição, porque, tendo de regular-nos n'este caso pelos art. 564.º a 566.º, vê-se d'elles, que a mesma prescrição devia completar-se em harmonia com as disposições do Codigo, e por isso já lá vão, infelizmente ha muito tempo, os cinco annos que elle marca, e que começaram a contar-se desde a sua promulgação. E' certo, porém, que no cavalheirismo e a dignidade dos devedores está o não se aproveitarem, para a oppôr, da excepção de prescrição, que a lei lhes faculta. Opposta porém esta, e considerada procedente, como é de presumir, tambem as decimas de juros, pagas com relação aquelles que se julgarem prescriptos, ficam a cargo dos devedores, e não podem ser exigidas aos credores, visto que o emprestimo revestiu a forma de gratuito a respeito dos annos da prescrição, sendo applicavel o art. 30.º das instruções de 22 de abril de 1831, que manda, que os devedores paguem á sua custa, e sem direito a desconto, as decimas de juros, quando o emprestimo for gratuito.

Quando porém não possa realisar-se a escritura de cedencia, então o meio que resta aos credores é dar á execução a conciliação, em que se confessou a divida, mas tem de preceder a habilitação dos filhos dos originarios devedores, habilitando-os como herdeiros da mãe, e como donatarios universaes dos bens do pae, e por isso representantes de um e outro, e responsaveis a toda a divida: mas se a doação foi particular, então só pôde pedir-se metade aos filhos, como herdeiros da mãe, e a outra metade tem de exigir-se ao pae. Indo-se por este caminho, é preciso que o auctente mande com anticipação uma procuração com os poderes necessarios para se confessar e requerer tudo o preciso n'este processo, a fim de evitar-se a grande despeza de uma carta rogatoria para o Brazil.

Lembro finalmente, que é mister promover a cobrança da divida, por um ou outro meio, quanto antes, e dentro do prazo dos trinta annos, a contar da concessão, os quaes estão a expirar, para evitar-se a prescrição do proprio capital, que aliás poderia ser opposta aos credores ou ao cessionario, e cujo exito não pôde prever-se.

Citação

Se por virtude d'ella ha defeito no processo, por ser um dos interes-  
tados menor, a nullidade só pôde ser invocada por elle, ou por  
quem o representar, e outro tanto succede nos contratos que os  
mesmos menores fazem com qualquer sujeito. — Uma carta de  
sentença é um título authentico.

Reflexões juridicas por parte dos AA.

Além de que é principio corrente, que a nullidade de  
um processo pela arguida falta, só procederia, se a sentença  
fosse dada contra o menor, e não quando a favor, porque  
seria absurdo, que um beneficio a elle concedido se conver-  
tesse em seu damno.—Vejam-se o accordão do supremo tri-  
bunal de justiça de 27 de junho de 1836, no *Diar. do Gov.*  
n.º 294 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2208; as teorçes transcriptas  
na *Gazeta* n.º 3396; e o *Direito* n.º 38 do 5.º anno a pag.  
599. Consequentemente, se a sentença sabisse contra as nunci-  
antes, poderiam estas invocar a nullidade do processo; mas  
não vice-versa.

Até nos contratos vigora o mesmo principio, não poden-  
do a parte, com quem o menor contratou, impugnal-os a pre-  
texto da memoridade ou falta de autorisação de seus represen-  
tantes. — Vejam-se Pereira e Sousa, *Linh. Civ.*, nota  
879; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 2161 e 2317; Lobão, *Acc.*  
*Summ.*, § 626; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 373, da ultima  
edição; *Gaz. dos Trib.* n.º 3178 e 3848; accordão na *Ga-  
zeta* n.º 2390; e *Cod. Civ.* art. 695.º e 700.º

Finalmente o curador a fl. ... ratificou o processado, o  
que sanou o pequeno defeito arguido, como se deduz de va-  
rios accordãos do supremo tribunal de justiça mencionados  
pelo sr. Sousa Duarte nos *Arestas* a pag. 97.

A carta de sentença appensa em n.º 5.º é um documen-  
to authentico, e que constitue prova plena (*Cod. Civ.* art.  
2423.º, 2425.º e 978.º), e a sua força indeclinavel foi reco-  
nhecida pelos proprios nunciados na sua contestação a fl. ...

Compra

Aquelle que compra uma propriedade, embora se acie hypothecada  
a outra pessoa, se elle registra primeiro a sua acquisição, do  
que o credor a hypotheca, passa-lhe a propriedade livre d'este  
encargo, ficando extincta a mesma hypotheca.

Mas esta falta de registro tambem extinguiu a hypotheca  
com relação aos compradores, desde o momento em que fi-  
zeram a acquisição das casas, as quaes lhes passaram livres,  
como evidentemente se deduz do art. 4.º do decreto de 26  
de outubro de 1836; reconheceu a portaria ou o officio de  
19 de janeiro de 1839, que se lê no n.º 21 do *Periodico dos  
Pobres de Lisboa*; ensinam Corrêa Telles, no n.º 19 do seu  
commentario sobre o registro de hypothecas, *Add. á Doutr.*  
*das Acc.*, § 169, e *Form. de Libell.*, nota ao § 70; Coelho da  
Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, §§ 643 e 645; a *Gaz. dos Trib.*  
n.º 1068, 1762, 1768, 4092 e 4122; o *Direito* n.º 7 do 3.º  
anno; e a *Rev. de Leg.* n.º 119 e 180; e se deduz do accord-  
ção do supremo tribunal de justiça de 29 de maio de 1857,  
publicado na *Gaz. dos Trib.* n.º 2360; do accordão de 15 de  
janeiro de 1869, no *Jorn. de Jurispr.* n.º 35 do 4.º anno; no  
*Direito* n.º 22 do 1.º anno; na *Rev. de Leg.* n.º 65; e na *Gaz.*  
*dos Trib.* n.º 4174; e do accordão de 26 de julho de 1870,  
na *Revista* n.º 181; e bem assim dos accordãos da relação  
do Porto de 3 de agosto de 1869, na *Revista* n.º 110, e de  
26 de outubro de 1869, no *Direito*, n.º 21 do 2.º anno.

### Conciliação

Se o chamamento a ella interrompe a prescrição, tanto antes como depois do Cod. Civ., e por quanto tempo. — Por direito antigo a prescrição não corria a favor do proprio devedor, por se considerar em má fé. — Considerações sobre ella em face das disposições transitórias dos art. 564.º e 566.º do Cod. Civ.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A proposta não traz a data da morte do originario devedor Taveira, e seu fiador F., e esta lacuna obriga-nos a responder hypotheticamente.

Segundo a Ord. liv. 4.º tit. 79.º a prescrição extinctiva, hoje chamada negativa, completava-se pelo lapso de trinta annos, mas tornava-se indispensavel, que os devedores tivessem boa fé, porque, não a tendo, nunca podiam prescrever. E' verdade que Coelho da Rocha tentou sustentar o contrario; mas a sua opinião nunca vingou n'esta parte, e os tribunaes continuaram a exigir a boa fé, nos termos expressos na Ord. D'esta sorte foi sempre corrente, que os proprios que contrahiram a dívida, ou obrigados não podiam prescrever pela má fé em que estavam. — Veja-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 3159 e 3198.

E' por isso que precisavamos saber ao certo quando morreu o Taveira e F., para contarmos o tempo que depois decorreu.

Mas de quanto tempo era a prescrição das dividas da fazenda nacional antes da promulgação do Cod. Civ.? Era de quarenta annos, como pôde ver-se em Corrêa Telles, *Dig.*, tit. 1.º art. 1312.º; em Coelho da Rocha, *Inst.*, § 465, da 4.ª edição; e em Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 2436. De modo que se José deixasse de pagar a companhia, a prescrição era de quarenta annos; a duvida está em saber, se este para com seu sublocado goza do privilegio de uma igual prescrição. Pôde com bons fundamentos sustentar-se que sim, em vista da legislação e praxistas, que se citaram na *Gaz. dos Trib.* n.º 3559 e 4555, a que podemos acrescentar o art. 437.º da segunda parte da Ref. Ind. antiga.

Se assim se entender, estamos bem, porque o devedor originario e seu fiador ainda eram vivos em 20 de fevereiro de 1832, em que se proferiu sentença sobre o comminatório que lhes moveu José, estando assim os quarenta annos por completar.

Suppondo porém que somente tenha applicação a prescrição de trinta annos, então é que surgem difficuldades.

Se morreram ha menos de trinta annos, não pôde oppôr-se por parte de seus herdeiros, proficuetamente, á excepção de prescrição, a qual é destruida pela má fé d'aquelles em quanto viveram, não tendo decorrido depois da sua morte o tempo sufficiente.

Se morreram ha mais de trinta annos, é preciso vêr se por morte do sublocador ficaram filhos menores de quatorze annos, contra os quaes a prescrição não corria nos termos da Ord. liv. 4.º tit. 79.º

Se infelizmente se não tiver dado esta circumstancia, resta-nos appellar para a interrupção da prescrição, pelo chamamento dos RR. á conciliação em 1834. Contra isto temos a opinião de Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 126, a que subscreve Coelho da Rocha, *Inst.*, § 358, que, acostando-se ao art. 57.º do codigo do processo civil francez, entendem, que a citação para o juizo da conciliação só interrompe a prescrição, se a causa se levar ao juizo contencioso dentro de um mez; e o peor é que o nosso Codigo adoptou esta doutrina, no n.º 3.º do art. 532.º; o que talvez pese no animo dos juizes. Mas, como não haverá talvez outra ancora, a que nos apeguemos, devemos sustentar a interrupção com a doutrina de Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 278 e nota, da 4.ª edição, a qual parece bastante solida, e como a questão ha de ser decidida pela legislação anterior ao Cod. Civ., é bem possivel, que os tribunaes se pronunciem por esta parte. O segundo chamamento á conciliação é que do certo não interrompeu a prescrição, porque, vigorando já o Cod. Civ., passou todo o tempo até agora, sem se intentar a respectiva acção.

Cumpra agora averiguar, se as disposições transitórias dos art. 564.º e 566.º do Cod. Civ. prejudicam a causa que se quer intentar.

Entendemos que não, em vista do modo como são explicados e entendidos na *Rev. Crit. de Jurisp.*, tit. 1.º pag. 23; na *Rev. de Leg.* n.º 41, 44, 47, 51, 58 e 66; e no *Direito* n.º 3, 23 e 28, todos estes ultimos do 1.º anno.

E verdade, que nem todos estes periodicos concordam em todos os pontos na interpretação d'estes difficéis artigos; mas é certo, que todos combinam em um ponto favoravel, ao consulente, no sentido de não lhe incurtar a prescripção de trinta ou quarenta annos, concedida pela legislação anterior.

Com effeito ha completo accordo em que o art. 566.º do Cod. Civ. só se applica, quando as prescripções que comecaram a correr antes da sua vigencia exigem para o seu complemento um prazo de tempo mais longo, que o assignado no mesmo Codigo para a constituição das mesmas prescripções.

Ora na hypothese sujeita é crível que a prescripção, ou se considere de trinta, ou quarenta annos, estivesse já á data da promulgação do Codigo n'um tal estado de adiantamento, que o tempo que lhe viesse a faltar para a sua conclusão pela lei antiga, fosse muito menor, que o marcado no Codigo, para a mesma poder constituir-se. Sendo assim, é applicavel o art. 564.º, isto é, temos de regular-nos pela velha Ord.

Caso, porém se verificasse a hypothese prevista pelo citado art. 566.º, não peorava a condição de consulente, antes melhoraria; porque tendo então de completar-se a prescripção segundo as disposições da lei nova, linhamos de invocar o art. 535.º, o qual marca vinte annos com boa fé da parte do devedor, e trinta sem distincção de boa ou má fé; e muito longe estavamos assim do complemento da mesma prescripção.

§ 61.º

**Condição**

A resolutiva nas instituições de herdeiros, no caso de vir a dar-se certa eventualidade, é valida. — A partilha entre maiores deve fazer-se por escriptura publica ou auto publico.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

A Associação dos Advogados de Lisboa, na resposta a uma consulta, transcripta na *Gaz. dos Trib.* n.º 3407, consi-

dero valida uma disposição, em que um tio institua herdeiro um sobrinho com obrigação de casar na casa d'elle testador, para a ficar substituindo, como elle testador a tinha substituído, de maneira que nunca se verificasse esta instituição em algum caso, em que o sobrinho ficasse com a casa de seu pae, porque então o havia por não instituído, e institua outro irmão; em que se verificasse a condição da instituição; não querendo por forma alguma, que as duas casas se reunissem. Opinon mais, que, supposto o sobrinho se entregou da herança do tio, e a possuia por muitos annos, deixou de pertencer-lhe desde o momento em que succedeu na casa do pae.

Era com effeito esta a jurisprudencia antiga, e segundo ella ben podia João testar, como testou, instituindo os filhos com igualdade, mas condicionando, que se sua mulher beneficiasse algum d'elles mais que os outros, n'este caso a parte do seu terço, pertencente ao beneficiado, seria distribuida pelos outros filhos não beneficiados pela mãe, de modo que resultasse a maior igualdade.

Parece-me, que esta disposição resolutiva não é prohibida pelo Cod. Civ.; antes se acha comprehendida no art. 1743.º, nada havendo mais conforme ao direito natural do que a igualdade dos filhos na successão da herança de seus paes. Respondo pois affirmativamente ao quesito, e nem me demove o art. 1734.º, que só vedava o renunciar qualquer ao direito de testar, o que já assim era por direito romano, mas não o fazer disposições que indirectamente inutilisassem as disposições de uma terceira pessoa, se ella testasse de certo modo.

Não ha duvida que os coherdeiros podem entre si fazer partilha amigavel por escriptura publica, ou auto publico (art. 2013.º do Cod. Civ.), e o inventario só terá logar, sendo requerido por alguem (art. 2065.º). Portanto, se ha partilha amigavel, combinam-se e escusam lançar sortos; se ha inventario, sujeitam-se á partilha judicial, mas podem licitar, e o maior preço da licitação reverte a favor de todos;

LEITURA DE UM AUTO PUBLICO

A Associação dos Advogados de Lisboa, na resposta a uma consulta, transcripta na *Gaz. dos Trib.* n.º 3407, consi-

§ 62.º

**Conselho de districto**

Nem os membros d'elle, nem os de quaesquer outras corporações administrativas ou judiciaes, podem ser juizes nas suas questões, nem nas dos seus parentes até ao 4.º grau por direito canonico.

**Allegação Juridica**

A Ord. liv. 3.º tit. 21.º § inicial dispõe o seguinte: «Nenhum julgador conhecerá, nem julgará em feito, ou causa, que a elle pertença, ou a cada um de seus parentes, ou cunhados, dentro do 4.º grau, enquanto durar o cunhadio, contando os graus do parentesco e cunhadio conforme o direito canonico, etc.»

Da simples letra d'esta Ord. nas palavras imperativas — *nenhum julgador conhecerá, nem julgará* — se deduz bem claramente, que o juiz, nas circumstancias de que falla a mesma Ord., está cuido de uma incapacidade legal para tomar conhecimento e decidir as demandas que lhe forem submettidas, incapacidade que não pôde ser sanada, ainda por consentimento das partes, e supposto que estas lhe não tenham opposto a suspeição, nos termos da Ord. liv. 3.º tit. 21.º; e doutrina de Castro Netto, nota ao art. 233.º da Ref. Jud.

Ponderosos motivos de ordem publica e elevadas razões de justiça imperaram no animo do legislador, para que este firmasse a prohibição consignada no § inicial da Ord. liv. 3.º tit. 24.º. Quiz assim livrar o julgador da terrivel collisão entre as affeições do coração e as imperiosas exigencias da justiça, e sobretudo quando a parte interessada na reouca do juiz lh'a não oppozesse por ignorancia ou descuido. Em tal caso era o magistrado judicial quem por sua iniciativa devia declarar-se logo incompetente para o conhecimento e decisão do pleito; mas, se apesar do preceito da lei assim não fizesse, jamais se duvidou que a seu procedimento acarre-tasse sobre o processo nullidade insanavel, attenta a sua inhabilidade juridica para conhecer e julgar a questão.

Não improvisámos, mas tirámos simplesmente as illações

contidas na doutrina da Ord. liv. 3.º tit. 24.º, e felizmente vemos o nosso modo de pensar sobre esta materia apoiado pelos mais auctorisados commentadores da alludida Ord., e até pelas decisões dos tribunaes superiores. Compulsemos us, e consultemos outros.

Silva, ad Ord. lib. 3.º tit. 24.º ad princ. *Secunda Conclusio*, diz:

«*Sit conclusio secunda: Nemo potest esse iudex in causa sui consanguinei, vel affinis usque ad quartum gradum inclusive...*»

«*Amplia, ut procedat, licet partes in iudicem consentiant.*»  
Guerreiro de Recusat., liv. 4.º cap. 3.º n.º 1 a 6, exprime-se do seguinte significativo modo:

«*Non est causa consanguinitatis ad removendum Iudicem a causa amoris, et amicitia aliena; imò ob amorem, et amicitiam inter consanguineos presumpiam, removetur Iudex a iudicando in causis consanguineorum: quia consanguinei nostri sunt quodammodo corporis nostri partes...*»  
«*qua Ord. disponit quod nemo iudicet in causa suorum consanguineorum usque ad quartum gradum inclusive.*»

«*Adeo vera est supraposita resolutio, ut nec de consensu partium possit quis esse Iudex in causa suorum consanguineorum intra quartum gradum.*»

Yaz Freire, *Pract. Delegat. Crimina.*, cap. 16.º n.º 17, tratando de mostrar a differença entre as disposições da Ord. liv. 3.º tit. 21.º e as da Ord. liv. 3.º tit. 24.º, diz o seguinte:

«*Procoronides in hac materia suspitionum advertit differentiam inter Ord. in 3.º tit. 21.º et tit. 24.º; non tit. 21.º procedit, quando Iudex est suspectus de jure, plane si Iudex sic suspectus in forma dicti tit. 21.º processit in causa, exceptio non opposita, valet processus, si tamen erat suspectus in forma tit. 24.º, non valet sententia, etiam non opposita exceptio. Ratio est, quia talis Iudex in casibus Ord. tit. 24.º non est Iudex ratione prohibitionis illius Ord. etc.*»

Neste mesmo sentido tem julgado o supremo tribunal de justiça applicando até aos feitos crimes a providência da Ord. liv. 3.º tit. 24.º § inicial.

Na collecção dos seus accordãos por Corte-Real e Castello-Branco, vol. 1.º n.º 45 a pag. 60, lemos nós um accordão de 18 de julho de 1835, tambem transcripto no *Diar. do Goe.* n.º 178, em que por unanimidade de votos se decidiu o seguinte:

(«Accordum etc., que concedem a revista, não pelos fundamentos allegados pelos recorrentes, tendo sido a appellação devidamente interposta; conforme a providencia n.º 38 §.6.º do presidente da relação dos Açores; auctorisado pelo art. 279.º do decreto n.º 21 de 16 de maio de 1832, e seu art. do applicavel ao objecto de que se trata a lei do reino, que estabelece que os juizes não conheçam no julgamento em feito ou causa de parente seu ou cunhado dentro do 4.º grau, mas porque na relação se não deu a devida extensão a este principio da incompetencia, devendo julgar-se nullo todo o processado, e exclusivamente o corpo de delictos.»)

A mesma doutrina sustentou ainda por accordão de 11 de julho de 1862, irrogando nulidade aos actos dos juizes que conhecerem ou julgarem em feito ou causa de parente seu dentro do 4.º grau. — Vejamos-se Sousa Duarte, *Arreios*, verbo Juizes; e *Report. dos Accordos do Sup. Trib. de Inst.*, por Veiga, verbo Juiz, a pag. 459.

Na *Gaz. dos Trib.* n.º 2288 vem tambem um accordão do supremo tribunal de 20 de agosto de 1856, em que se annullou um processo-crime, por ter sido juiz n'elle o proprio individuo que havia sido directa e particularmente offendido, invocando-se para isso o preceito da Ord. liv. 3.º tit. 21.º, que lhe denegava jurisdicção e competencia para exercer taes attribuições. Note-se agora que ao lado d'esto motivo de incompetencia está com igual valor juridico, e até no mesmo paragraho, o do parentesco dentro do 4.º grau por direito canonico, e conclui-se-ha, que o mencionado accordão de 20 de agosto é perfeitamente applicavel ao nosso caso.

Ainda mais. Não é só no campo judicial que se tem accado e cumprido a disposição da Ord. liv. 3.º tit. 21.º; tem-se até transplantado para a região administrativa, por se reconhecer altamente racional e salutar.

Por decreto de 10 de janeiro de 1852, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 1490, revogou-se um accordão do conselho de districto de Aveiro, por ter n'elle votado como vogal um irmão de um dos interessados na controversia administrativa. Declarou-se que isto só era bastante para irrogar nulidade na deliberação assim tomada, o invocou-se como lei applicavel a hypothese a Ord. liv. 3.º tit. 21.º.

Finalmente pela portaria de 8 de fevereiro de 1868, que se lê no *Direito* n.º 2 do 4.º anno, dirigida ao governador

civil de Faro, se declarou que o principio derivado da Ord. liv. 3.º tit. 21.º é applicavel aos corpos administrativos, por identidade de razão, como já foi reconhecido pelo decreto sobre consulta do conselho de estado de 10 de janeiro de 1858.

Parêce-nos ter demonstrado o principio que invocamos no começo d'esta allegação, isto é, que é nullo *ipso jure*, e independentemente de excepção de suspeição opposta pela parte, todo o processado por juiz parente de algum dos litigantes dentro do 4.º grau por direito canonico.

Ora pelas certidões de assentos de nascimentos e obitos, e attestado do reverendo párocho da freguezia de ... que se juntam, leva-se á evidencia, que o juiz a quo é parente por consanguinidade em 2.º grau por direito canonico do appellado José, por serem ambos filhos de irmãos, e netos de Francisco e sua mulher Maria.

Não hesitamos pois em avançar, que este processo vai ser annullado desde o seu começo, porque assim o manda a lei, e o reclamam a dignidade e a consciencia publica gravemente offendidas com o procedimento do juiz de ... que não soube cumprir aquella, nem manter o decoro, que lhe cumpria guardar. Felizmente estamos agora n'um tribunal onde tudo ha de ser reparado.

Quando mesmo, por impossivel, o processo pudesse subsistir, não podria a acção julgar-se procedente, porque, dizendo-se no auto de denuncia, que o gado do appellante andava no predio do appellado em numero de sessenta cabeças, era forçoso que o auctor tivesse provado esta circumstancia, como lhe incumbia pelo art. 2105.º do Cod. Civ.; e como a multa cresce ou diminue, segundo o numero de cabeças, sem esta prova tornava-se impossivel ao juiz proferir sua sentença, que deve sempre recharir sobre coisa certa; nos termos da Ord. liv. 3.º tit. 66.º §. 2.º Não se prendem elle com essa ninharia e, apesar de que os testemunhas não provaram esse ponto, como se vê a fl. ... e verso, li proferia sua sentença, tomando por base o numero sessenta!

Finalmente pela portaria de 8 de fevereiro de 1868, que se lê no *Direito* n.º 2 do 4.º anno, dirigida ao governador

**Conselho de tutela**

Modelo do requerimento para um recurso para elle de uma decisão do conselho de familia sobre o cumprimento de legados pios.

Diz Wenceslau, do lugar de ..., freguezia de ..., que Anna, do lugar de ..., da mesma freguezia, falleceu com testamento cerrado, escripto em 18 de junho de 1856, no qual instituiu herdeiro a Antonio, e n'elle estabeleceu o legado pio e perpetuo de uma missa em todos os domingos e dias santos abolidos e não abolidos, que devia ser dita na capella de ... sob pena de passar a sua herança a Manoel, do lugar de ..., e onerando com este encargo a sua casa e vinha pegada, de natureza de praso, foreira à casa de ... Aceitou Antonio a herança e cumpriu em sua vida o legado pio, e o mesmo fez a sua viuva em segundas nupcias Anna, que d'elle tivera dois filhos; ainda hoje menores, chamados Antonio e Luiz, e se recouso com o supplicante, de quem não houve filhos, e hoje fallecida. Cumpre notar, que no inventario de menores, a que se procedeu por morte de Antonio, e no qual foi inventariante a viuva Anna, se descreveu a casa e vinha pegada, foreira à casa de ..., sem comtudo se declarar expressamente, que estava onerada com o encargo perpetuo acima dito; todavia duas razoes fortes levam a crer, que effectivamente se descontou na avaliação o sobredito legado. E' a primeira, que se declarou ser a louvação *litre dos onus que tem*, e esta expressão no plural mal pôde applicar-se sômente ao fóro: é a segunda, e mais valiosa, que se lhe deu o valor de quarenta mil réis, a que acresceram dez mil réis por licitação, quando o predio vale um conto de réis ou mais, como até reconhece o conselho de familia recorrido, e seria inexplicavel este facto, se não houvessem attendido ao onus perpetuo. O supplicante, que é tutor dos menores Antonio e Luiz, receiando que o conselho de familia lhe não approvasse a despeza com o cumprimento do legado das missas, submetteu ao mesmo esta questão, invocando os art. 243.º n.º 5.º e 221.º n.º 10.º do Cod. Civ., e concluiu pedindo ser autorisado a mandar dizer a missa

na capella de ... por conta do menor Antonio, possuidor do predio onerado, ou de ambos os menores, na hypothese de que o conselho entendesse, que o encargo das missas não foi descontado na avaliação. Reunido o conselho, reconheceu a existencia do legado pio e obrigação do seu cumprimento, mas entendeu e resolveu, que affectava toda a herança de Anna, ao passo que reconheceu, que havia sido descontado na avaliação da casa e vinha designadas pela testadora, as quaes são sitas no ... limite da dita freguezia de ... e que no inventario teve o n.º ... O supplicante não se oppõe, nem entende dever oppôr-se, ao cumprimento do legado pio, cuja validade reconhece em vista das doutrinas da Associação dos Advogados de Lisboa e *Gaz. dos Trib. n.º 10, 1221, 1720, 2310, 2457 e 2470*; Pereira de Carvalho, *Primeiras Lnh.*, nota 180, da 3.ª edição; Nello Freire, *Instit. jur. civ. lusit.*, liv. 3.ª tit. 10.ª § 3.ª; Liz Teixeira, *commentario a este logar*; Fernandes Thomaz, *Peper.*, verbo Encargo, n.º 216 e verbo Capella, n.º 228, e outros; mas no que não pôde concordar, é em que, reconhecendo o conselho de familia, que o onus pio recahiu só no predio n.º ... e que o menor Antonio o levou com o abatimento do encargo, queira agora estender a obrigação a todos os bens do casal, contra a expressa disposição do testamento de Anna, que faz lei com relação aos herdeiros e legatarios, e contra os principios geraes de direito. Recorre pois o supplicante para o exc.º conselho de tutela, e pretende se lhe mande tomar termo de recurso, observando-se depois o § 2.º do art. 3.º do regulamento do conselho de tutela de 12 de março de 1868.

P. a v. exc.ª meretissimo snr. dr. juiz de direito seja servido deferir.

E. R. M.

N. B. Decidiu-se, que o legado pesava só sobre o predio n.º ...

**Consentimento**

Pode ser prestado tacitamente, e é bastante para a constituição de uma servidão.

Houve pois consentimento, pelo menos tacito, de Gaspar, o qual era bastante para validade do contrato da substituição de uma servidão por outra. Assim Ferreira Borges, *Dicc. Jurid. Com.*, verbo *Consentimento*, diz:

«O consentimento é expresso ou tacito. Consentimento tacito é o que se presume segundo os factos, de que elle é consequencia. Em regra o consentimento tacito tem o mesmo effeito que o consentimento dado em termos expressos».

Assim em Barbosa e Thabor, *Axioma*, liv. 3.º cap. 73.º, temos:

*«Consentire dicitur, qui, quando actum prohibere potest, non prohibet... Hinc est, quod consensus argui ex patientia dicitur... si cum illa sit conjuncta scientia... Consensus... imo etiam facti et iure declaratur».*

Lobão, *Dir. Emphyt.*, §.º parte, art. 3.º, tratando do consentimento do senhorio para a alienação da emphyteose, diz que se presume, se passaram trinta ou quarenta annos com observancia do contrato, ou dez annos com recepção do fóro; e assim se julgou na sentença copiada na *Gaz. dos Trib.* n.º 3264; e com relação a beneficentorias admite o consentimento tacito a *Gazeta* n.º 3541. Concorda hoje o art. 648.º do *Cod. Civ.*

O que acabamos de dizer a respeito de Gaspar é applicavel em quasi tudo aos nunciados e seus successores, porque F. tem vindo varias vezes a ... e alli se tem demorado mais ou menos na propria casa de ... ao pé do lameiro serviente, como depõem as testemunhas.

**Contratos**

Pela falta de cumprimento da parte do vendedor, em fazer entrega ao comprador de vinho que lhe vendeu, devem-se perdas e danos.

**CONSULTA**

José, vendeu a Teixeira, tres pipas de vinho a preço de ... réis cada uma, e como este tinha de as vender a retalho, a ... réis o quartilho, depois de abatidos os tributos, vinha a lucrar, salvo erro, ... réis em pipa, ao todo ... réis. Para prover a sua taberna tem agora de comprar tres pipas a ... réis cada uma, diminuindo os lucros n'essa proporção, e ficando reduzidos a ... réis em pipa, ou ... réis nas tres pipas.

Pergunta-se-me, qual a responsabilidade do vendedor para com o comprador, por não entregar o vinho?

E' minha opinião, que póde pedir-lhe todos os lucros cessantes na sobreedita importancia de ... réis.

Mas o comprador quer mais pedir ao dito José a differença do preço, que vaa de ... réis para ... réis em pipa, por ser esse o preço actual, isto é, mais ... réis acima dos ... réis: poderá fazel-o?

**RESPOSTA**

E' minha opinião que não. Aqui não ha damno emergente, ou diminuição do patrimonio de Teixeira, porque esses ... réis, que dá a maior no novo contrato, tanto os não perde, que lhe voltam para o bolso, pagos pelos consumidores, e sobre o que desembolsou ainda lhe vem mais o lucro de ... réis; e se José tivesse de repór a Teixeira os ... réis, viria elle a receber-os duas vezes, uma de José, e outra dos consumidores do vinho, o que me parece não permitir o direito.

Teixeira calcula em tres mezes o praso necessario para a venda de tres pipas de vinho, e se José lhe entregasse o vinho vendido, ganhava ... réis; ora como lh'o não entregou, e teve de comprar outro, ganha com este ... réis, e

parece á primeira vista soffrer um prejuizo de ... réis; porém note-se, que *vae* receber de José ... réis, em que não só vão incluídos os ... réis, que deu de mais, mas ainda a maior a quantia de ... réis. Assim no mesmo trimestre ganha duas parcelas, uma de ... réis, que recebe por inteiro de José, e outra de ... réis, que recebe dos consumidores. Creio pois, que fez muito bom negocio, logo que vença a questão com José, como parece certo.

§ 66.

Contratos

Os contratos de compra e venda de bens de raiz, celebrados tanto antes, como depois do Cod. Civ., logo que o seu preço excedesse a 50\$000 réis, deviam ser reduzidos a escriptura publica,

Reflexões jurídicas por parte da embargante

No art. 3.º dos embargos dissemos nós, que o contrato de que se trata, estava nullo, adduzindo varias razões, que o nosso douto collega achou futeis, sem dizer a razão, nem as combater; salvo porém o respeito, vamos mostrar-lhe que se equivocou na sua apreciação graciosa.

Já pelo art. 10.º da lei de 9 de julho de 1849, se prescrevia como essencial a escriptura publica para os contratos de venda e troca de bens de raiz, excedentes a 50\$000 réis; e portanto, se o contrato de que nos occupamos houvesse tido logar debaixo do imperio da legislação antiga, estaria nullo. O Cod. Civ. dispoz no § 2.º do art. 1590.º, que, se o contrato excedesse em valor a 50\$000 réis, a venda só poderia ser feita por escriptura publica, reproduzindo assim o mesmo preceito; ora a venda de que se trata nem a escripto foi reduzida, como os autos e *signanter* as testemunhas mostram; logo a lei não se cumpriu, e tem cabimento a sanção do art. 10.º, *scilicet* da nulidade do contrato.

Além d'isto a lei de 30 de junho de 1860, art. 11.º § 1.º, fulminou a pena de nulidade aos contratos em que se deve contribuição de registro por titulo oneroso, se esta não fos-

se paga antes do acto que operasse a transmissão; e o § 4.º do art. 11.º do regulamento de 30 de junho do mesmo anno determinou, que não podesse admitir-se posteriormente esse pagamento, simples ou em dobro, para sanar a nulidade de tales actos. Esse pagamento não teve logar, nem os embargados onzaram allegal-o, nem podiam prova-lo, nem se presume.

Demais consta da inquirição a fl. ... que a embargante mulher não interveio no supposto contrato e então temos outra nulidade, que o art. 1191.º do Cod. Civ. adoptou da Ord. liv. 4.º tit. 48.º Parece-nos que estas razões não são futeis.

Fandar pois a petição de fl. ... em um semelhante contrato, eivado de tantas nulidades, e quando *quod nullum est nullum producit effectum*, é querer animar um cadaver, é querer o que a lei não que; e uma pretensão extravagante. Nem o art. 1548.º suffragaria a pretensão dos embargados, se estivesse provada. Este artigo falla da promessa de venda, e não da venda effectiva. O snr. Sousa Duarte, no *Form. das Tabel.*, § 39.º, traz a norma de uma escriptura de uma promessa de venda, em que o promittente se compromette a vender a sua legitima logo que se verifique a partilha do casal; essa sim, seria uma promessa e, se houvesse signal passado, teria applicação o citado art. 1548.º; mas não na nossa especie, em que houve venda actual, embora nulla, e não futura; parecendo-nos pois, que os embargados ainda por este lado basearam mal a sua pretensão, nada os favorecendo o texto da lei.

§ 67.

Contribuições

Cópia de um accordão do conselho do districto de Villa Real sobre a arrematação dos rendimentos que podia produzir uma propriedade, arrendando-se na praça, julgando-se a nulidade de tal arrematação por ser contraria a direito.

Accordam em conselho de districto, etc.:

Mostra-se do processo, que a fazenda nacional moven execução fiscal administrativa contra João Gomes da Costa

Rebello, de Tanha, do concelho de Villa Real, e, depois da morte d'elle, contra seus herdeiros, entre os quaes se contam os recorrentes José Gaspar de Carvalho Guedes e mulher Antonia Candida, do mesmo lugar, para pagamento das contribuições do estado, constantes da certidão de relaxe de fl. 2, pela importancia de 3415121 réis, sellos e custas.

Mostra-se que o dito executado foi citado a fl. 3, para pagar aquella quantia dentro de cinco dias, com a pena de penhora.

Mostra-se que, por não pagar, se lhe fez apprehensão dos moveis e nos rendimentos dos fructos pendentes e futuros de bens de raiz, entre os quaes nos de um lameiro chamado a Nova, e nos de um oival chamado a Cortinha, mencionados no auto de penhora a fl. 9.

Mostra-se que, arrematados os bens moveis a fl. 33, proseguiu a execução administrativa nos rendimentos, fructos pendentes e futuros d'aquelles bens de raiz, cuja arrematação foi annunciada em editaes afixados no dia 22 de março de 1866, para ter logar no dia 27 d'esse mez.

Mostra-se que no acto da arrematação se metteram a pregão esses fructos ou rendimentos, para se arrematarem por tantos annos, quantos fossem necessarios para completo embolso da fazenda pela quantia de 8675198 réis, parte constante d'aquella certidão de relaxe de fl. 2, base da execução, e parte constante de muitas outras certidões de dividas por contribuições lançadas, umas áquelle executado, e outras a diversos individuos, que se lhe juntaram por appeno, sem que por essas acrescidas se fizesse penhora alguma n'aquelles fructos, ou em outros quaesquer bens, nem fosse no proprio processo da execução citado o executado para pagamento de todas; tomando-se os lances a quem por menos se offerecesse logo a pagar á fazenda a dita quantia de 8675198 réis, e os sellos e custas.

Mostra-se do auto de arrematação a fl. 60, que Antonio, de Tanha, arrematou os fructos ou rendimentos do dito oival e lameiro por quarenta annos e quarenta novidades completas, incluindo a pendente do anno de 1866; e porque satisfez toda a dita quantia, sellos e custas, o administrador do concelho, por seu despacho de fl. 63, confirmado por outro seu de fl. 68, adjudicou ao arrematante aquelles rendimentos ou fructos por quarenta annos, na fórma da arrematação de fl. 60.

Contra esta arrematação e despacho recorreram os exe-

cutados José Gaspar de Carvalho Guedes e mulher Antonia Candida, do logar de Tanha, para o conselho de districto, pedindo a sua annullação pelos fundamentos da sua petição de recurso de fl. ... os quaes se reduzem a arguir varias nullidades no processo, como são: a de ser a arrematação feita em dia de ferias divinas; arrematarem-se só os rendimentos d'aquelles dois prédios e não os de todos os penhorados, que pertenciam a outros interessados; não preceder habilitação passiva dos herdeiros do executado; que a arrematação do rendimento ou fructos por quarenta annos, é reprovada pelas leis; que não assistia á arrematação o delegado do procurador regio, sem motivo justificado; que a arrematação se fez por quantia, pelo qual se não fizera a penhora.

Foi ouvido o administrador do concelho, e o arrematante sobre a petição do mesmo, e ambos apresentaram a fl. 73 e 78 as razões pelas quaes, em face da lei, entendem ser improcedentes as nullidades arguidas, acrescentando o arrematante, que a arrematação está julgada por uma sentença, e que portanto só pela via ordinaria pôde ser rescindida no poder judicial, e é por isso incompetente o conselho de districto para conhecer do recurso.

O que tudo visto e ponderado;

Considerando que nos incidentes de recurso contencioso, em processos administrativos só foram reservadas ao poder judicial as questões de propriedade e posse, e as de embargos de terceiro e artigos de preferencias (art. 284.º do Cod. Adm., art. 6.º das instrucções de 30 de dezembro de 1845, e art. 47.º e seguintes do regulamento de 4 de janeiro de 1870); e estas excepções firmam a regra em contrario, consignada no art. 280.º n.º 16.º do Cod. Adm., e no principio geral de que os actos de administração publica são revogaveis pelos tribunaes administrativos, pertencendo ao conselho de districto julgar todas as reclamações contra esses actos; é por isso competente este tribunal para julgar o recurso interposto;

Considerando que a execução administrativa por contribuições, sobre que versa o recurso, devia correr nos termos do decreto de 30 de agosto de 1844, instrucções de 30 de dezembro de 1845 e de 15 de dezembro de 1860;

Considerando que não tendo os executados moveis, senão rendas de prédios em mão de arrendatarios, ou dividas activas de facil cobrança, mas tendo unicamente bens

de raiz não arreduados, não podia a execução correr administrativamente, mas sim devia ser remittido o processo ao ministerio publico com o auto d'onde constasse que os devedores só possuiam bens de raiz, como era expresso no art. 7.º das instruções de 30 de dezembro de 1845, e o chegou assim a propôr o escrivão do processo a fl. ...

Considerando que ao cumprimento d'aquelle art. 7.º não obstava o art. 26.º das instruções de 15 de dezembro de 1860, porque n'estas se mandava fazer a arrematação por annos, só dos rendimentos que devessem ser arrematados; e não deviam ser o aquelles em que não podesse recalcitr a apprehensão administrativa pelos arts. 6.º, 7.º, 8.º e 9.º do decreto de 13 de agosto de 1844, e art. 2.º das instruções de 30 de dezembro de 1845, é aonde se não permitia a penhora em fructos pendentes, e menos futuros, de bens de raiz, da que são parte integrante, e como taes excluidos da apprehensão administrativa;

Considerando que os rendimentos a que se referia o decreto de 13 de agosto de 1844 no art. 70.º, para n'elles ancorisar a apprehensão administrativa, eram unicamente as rendas dos predios, como evidentemente se conhece do art. 7.º, e dos arts. 6.º, 8.º e 9.º do mesmo decreto, e n'este sentido foi repetida essa expressão nas instruções de 30 de dezembro de 1845, e 15 de dezembro de 1860, na *Gaz. dos Trib.* n.º 2903 e 2904, de que aquelle primeiro decreto era parte;

Considerando que os bens, cujos rendimentos foram arrematados a fl. 60, nem estavam arreduados, e por isso não foram nem podiam ser apprehendidas suas rendas, mas se apprehenderam e arremataram administrativamente seus fructos pendentes e futuros, por quarenta annos, importando quasi o mesmo que uma penhora e arrematação de raiz, sem preceder louvação e pregões, por tempo de dez dias (de que só os moveis eram exceptuados), penhora, com respeito á quantia para cujo pagamento no processo da execução o executado fora citado a fl. ..., para pagar ou vêr penhorar-se, e sobretudo com manifesta incompetencia do administrador do concelho para proceder a esses actos, e prova da incompetencia do meio administrativo, em face do art. 7.º das instruções de 30 de dezembro de 1845;

Considerando que nunca podiam arrematar-se bens aos executados para pagamento de 8678198 réis, por que no processo da execução foram citados sómente para o paga-

mento de 344521 réis, e por esta se lhe fez penhora, ou apprehensão, e não pelos conhecimentos ou certidões de relaxo e appensas; algumas das quaes são estranhas ao executado João Gomes;

Considerando que o arrematante está de posse dos bens, cujos rendimentos arrematou, e d'essa posse não deve ser privado, sem preceder decisão do poder judicial; que os interessados podem, querendo, promover;

Considerando que os actos do processo administrativo, nos termos que ficam declarados, são nulloos, e a incompetencia do administrador manifesta para os ordenar; invocando erradamente os regulamentos administrativos, com offensa dos direitos individuaes dos recorrentes;

Dão provimento ao recurso; para o fim de declarar nulla a penhora de fl. 60, feita nos rendimentos ou fructos pendentes e futuros dos referidos predios; bem como nulla a sua arrematação por quarenta annos, constante do auto de fl. ..., e nulloos tambem os despachos do administrador do concelho a fl. ... e fl. ..., em que adjudicou aquelles rendimentos ao arrematante, e nulloos todos os termos do processo; dependentes d'esses autos, salvo os documentos. — A. Claro — Mattos — L. de Bessa — Nobregá.

Veja-se *smr. Dias Ferreira*, tomo 4.º pag. 98.

§ 68.º

**Contribuições**

Modelo de um requerimento a pedir a annullação de parte da industrial, por se não exercer todo anno a industria sobre que ella recabiu.

Biz Manoel, do lugar de ... d'este concelho de ... que na matriz industrial se acha inscripto como tendo um pote ou alambique de distillação de aguardente. E' certo porém, e consta do attestado junto, do regedor de parochia, que o mesmo pote só trabalhou durante um trimestre (e n'este apenas duas vezes), e por isso tem o supplicante direito a que se lhe passe titulo de annullação da sua verba de contribuição industrial e adicional do imposto para viação re-



Por conseguinte parece-me, que, na hypothese da consulta, a escriptura não ficou insanavelmente nulla pelo simples facto de ainda não terem os irmãos transigentes pago a contribuição de registro pela transmissão da herança do irmão fallecido. A lei quiz, que o pagamento e liquidação se fizesse dentro de certo tempo, sob pena de graves multas; mas, se mais tarde se satisfizerem estas e a respectiva contribuição, sana-se a nullidade, se a havia nos actos que deram causa á contribuição. Assim me parece que deve entender-se o alcance dos artigos que veem citados na proposta.

Outra cousa, porém, será, se pelo segundo e posterior acto juridico se effectou nova e segunda transmissão, sem a contribuição respeitante á primeira transmissão estar ainda paga. Em tal caso, como se não deu cumprimento, no segundo acto, á disposição terminante do art. 20.º do regulamento, a nullidade d'elle é irremediavel.

Applicando os principios expendidos á especie da consulta, inclino-me ao seguinte. Se pela escriptura se operou unicamente a entrega aos primeiros outorgantes da quota hereditaria do irmão fallecido, que já lhes pertencia, aqui não houve nova transmissão, e o instrumento não pôde considerar-se evadido de nullidade insanavel, porque, a meu ver, aquelles primeiros outorgantes estão ainda a tempo de promover a liquidação da contribuição de registro, sujeitando-se ao pagamento das competentes multas.

Mas o que eu depreheendi dos termos da consulta, é que os primeiros outorgantes nada receberam da herança do irmão, a qual redundou em proveito exclusivo do segundo outorgante. Em taes circumstancias, se a transmissão para este ultimo foi gratuita, devia cumprir-se o art. 20.º, e como isso se não fez, e nem era possivel que se fizesse, ficou a escriptura radicalmente nulla; se a transmissão foi por titulo oneroso, devia tambem pagar-se previamente a respectiva contribuição, por força do disposto no art. 11.º § 1.º, e conforme a especie de contrato que os transigentes celebraram entre si (art. 7.º e seus §§), e a falta d'esse pagamento produziu a nullidade insanavel da mesma escriptura (citado art. 11.º § 1.º e lei de 30 de junho de 1860, art. 11.º § 1.º).

Por outro lado, se na escriptura houve effectivamente transmissão da herança do fallecido, do dominio dos primeiros outorgantes para o do segundo outorgante, o que não transpõe claramente do instrumento, embora possa d'elle in-

ferir-se pela combinação das suas differentes clausulas, e claro que a mesma revelou o caracter de simulada, em prejuizo dos interesses da fazenda, e, como tal, pôde ser annullada em juizo (art. 14.º e 106.º do regulamento), deduzindo as provas da simulação.

Parece-me que é este o caminho seguro a adoptar, caso possa provar-se que a escriptura envolveu effectivamente a transmissão dos bens da herança do fallecido para o segundo outorgante, os quaes já pertenciam aos primeiros outorgantes, argumentando-se com o art. 20.º do regulamento, se a transmissão foi gratuita, e com o art. 11.º § 1.º, se foi onerosa, e em qualquer das hypothese com os art. 14.º e 106.º.

Caso, porém, não houvesse esta transmissão, então podem-se hoje pagar os direitos pela transmissão da herança do ausente, e quem ha de solvel-os são os irmãos herdeiros (os primeiros outorgantes) e possuidores de taes bens.

Finalmente, quando estes ultimos recebessem do segundo outorgante dinheiro em pagamento do valor dos bens da herança, que continuaram no poder d'elle, teriamos aqui um contrato de compra e venda, e por isso nulla a escriptura de transacção, por ser simulada, e não se ter pago previamente a contribuição de registro por titulo oneroso.

§ 71.

**Contribuições**

As municipaes indirectas, lançadas pelas camaras, só podem recabir em objectos de consumo expostos á venda, sendo n'este caso paga pelos consumidores; mas taes impostos não podem recabir sobre pão cozido e cereaes.—Os impostos novos d'esta natureza não podem ser arrecadados enquanto não forem approvados os orçamentos em que figuram.—Uma postura não é meio competente para lançar impostos;

**Reflexões juridicas por parte dos RR.**

Determina-se no art. 142.º e seus §§ do Cod. Adm., que as contribuições municipaes indirectas só podem ser lança-

das nos objectos destinados para consumo do concelho, e unicamente sobre o facto do consumo, para o qual se entendem destinados os objectos expostos à venda em retalho.

D'aqui se tem derivado o principio de que taes impostos não são admissíveis, quando só recahem sobre os vendedores dos generos tributados, o que seria repugnante ao preceito do citado artigo, e deixaria o imposto de ler por lase o consumo, como se vê das portarias citadas no Cod. Adm. annotado de 1865, pag. 119, e bem assim da portaria de 1.º de julho de 1871, que se lê no *Diritto* n.º 9 do 4.º anno, na qual, apontando-se as reformas a fazer no orçamento da camara municipal da Regoa, entre outras se acha a seguinte:

«Eliminar o imposto sobre o pão, visto que, além da sua manifesta inconveniencia, por onerar o principal e mais necessario alimento das classes menos favorecidas da fortuna, está illegalmente lançado na parte em que se determina, que o imposto seja pago pelo vendedor, e não pelo consumidor, prescrição contraria ao texto do § 4.º do art. 142.º do Cod. Adm., e de impossivel execução».

O mesmo tem seguido o conselho de estado, o que se vê no decreto de 20 de agosto de 1858 (*Gaz. dos Trib.* n.º 2538), no qual vem o seguinte:

«Considerando que o tributo municipal lançado sobre o consumo da carne, nos termos da lei, quando exigido dos marchantes pelo tempo anterior à sua publicação, viria a onerar, contra a expressa disposição da mesma lei, não os consumidores, senão os vendedores do genero tributado, que, não lhe podendo elevar o preço na proporção do tributo, cuja existencia desconheciam, ficariam obrigados a repir a fazenda municipal o imposto, que não receberam dos contribuintes».

E' por isso que, quando o vinho é tributado, supposto o taberneiro pague o imposto, costuma ou cortar-se á medida, ou progar-se um bocadinho de pau, que por aqui chamam *tavarão*, para diminuir a quantidade vendida, e em todo o caso fazer recahir o dito imposto no comprador: quando é tributado o pão, se o imposto se exige do vendedor, este fabrica o mais pequeno, para se indemnisar do que solvete pelo comprador; isto sabe-o toda a gente, provam-no as testemunhas, e até se infero do edital de fl. ..., onde se marca o peso do pão relativo ao anno de 1863, segundo o preço do mercado.

Suppondo que um padeiro venda o pão com o peso que deve ter, se o imposto não existir, que aconteçe sendo depois compellido a pagar? Que paga do seu bolso, por lhe ser impossivel ir rebelar-o de quem comprou o pão, vindo d'esta sorte a infringir-se a terminante disposição da lei.

E' o que succederia, se a presente acção fosse julgada procedente, e isto sem a minima culpa dos RR., recahindo toda nas autoridades administrativas, e no proprio A., como vamos ver.

A fl. ... está a copia de um officio do governador civil de Villa Real, datado em 2 de julho de 1869, no qual, advertindo a camara de Santa Martha de Penaguão, de que o governo de sua magestade se denegou a approvar varios impostos sobre cereaes e outros generos da primeira necessidade, lançados pela camara de Villa Real, e que iam recahir sobre o consumo de retalho, previne aquella de que, como ainda não remetteu o seu orçamento para o anno economico de 1869 a 1870, deixe de tributar cereaes e pão cozido, porque seria um manifesto contraste a situação difficil do estado, o tem isentado de impostos, sendo a excepção em favor da camara um desacôrdo com as ordens dadas para outros concelhos sobre materia identica.

Nem admira esta medida com relação á camara de Villa Real, que o governador civil quiz tornar extensiva á de Santa Martha de Penaguão, porque a portaria de 26 de janeiro de 1865 havia rejeitado a contribuição sobre o pão, lançada pela camara de Setúbal, referindo-se ás reiteradas ordens expedidas, para que fosse este imposto substituido por outro mais racional, e que menos avexasse as classes pobres, sobre quem semelhante imposto especialmente pesa, o qual ali é qualificado de illegal, inconveniente e contrario ás regras elementares da economia politica. (Veja-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 3545.)

A portaria de 11 de agosto de 1868 (*Diritto* n.º 21 do 1.º anno) tambem não approvou as contribuições sobre cereaes, constantes do orçamento da camara de Lamego, porque, tendo sido supprimidos os direitos de importação sobre elles, no intuito de facilitar a sua introdução no paiz e de atenuar assim a carestia das subsistencias e os recibos de más colheitas, não podia admitir-se, que as camaras municipais contrariassem, por meio de impostos, as medidas

que os poderes publicos tomaram no interesse geral com sacrificio do thesouro, e que, sendo escassa a produçãõ, se onere com impostos o genero, que fórma a base da alimentaçãõ das classes menos abastadas.

Sendo pois esta a ideia fixa do governo, e que em 1871 ainda não tinha abandonado, como consta da portaria de 4 de julho acima citada, e contra que as camaras reluctavam, não admira, que um seu delegado se esforçasse por fazel-vingar no districto a seu cargo, o que deu origem ao mencionado officio.

A verdade é, que o seu conteúdo se espalhou no concelho de Santa Martha, com a rapidez do raio; as classes menos favorecidas da fortuna exultaram; os padeiros venderam o pão com o tamanho legal, e como se sobre elle não pesasse imposto; o A., na intima convicção de que não podia ser compellido a pagar á camara o preço da arrematãõ, tambem o não exigiu aos padeiros, antes lhes fazia constar, que se não pagava imposto sobre o pão; e a camara, tendo decorrido dez mezes sem o orçamento lhe ser approvedo, não exigiu do arrematante as prestações trimestraes, a que era obrigado. Tudo isto resulta dos depoimentos das testemunhas, como vamos ver.

.....  
 E' verdade, que o officio fl. ... parece mostrar, que o governador civil reconsiderou; mas os autos não deixam duvidar, de que d'este segundo officio não houve conhecimento no publico, nem a camara teve a providencia de dar-lhe publicidade, como devia, para desvanecer o erro popular, muitissimo bem fundado, e não trazer o povo enganado; erro que mais se fortificou com o lapso de dez mezes do anno economico, sem a approvaçãõ do orçamento, que só teve lugar em 30 de abril de 1870, nota a fl. ... com a omissãõ do A. em demandar os padeiros, e da camara em demandar aquelle.

Não seria pois uma iniquidade, uma grave injustiça, que o procedimento desvairedo das autoridades, e a negligencia, senão fraude do arrematante, arrojassem suas graves consequencias sobre os miseros padeiros, que só tiveram por norte a boa fe, tirando-lhe da bolsa um imposto, cuja soluçãõ só aos consumidores pertencia? Assim se nos afigura, e cremos se afigurará ao integerrimo julgador.

Além d'isto é principio assentado em direito administrativo, que os novos impostos não vigoram, nem podem arrecadar-se, enquanto não forem approvedos os orçamentos, e se lhes não der a conveniente publicidade por editaes ou intimação. Foi elle adoptado pelo conselho de estado no já citada do decreto de 20 de agosto de 1858 ( *Gaz. dos Trib. n.º 2538* ) e no de 7 de fevereiro de 1865, citado pelo Cod. Admin. annotado a pag. 67, e pela portaria de 2 de dezembro de 1870.

Sendo portanto o orçamento da camara de Santa Martha approvedo só no dia 30 de abril de 1870, as contribuições n'elle votadas não podiam ser obrigatorias até essa data; e, depois d'ella, só podiam ser desde a sua publicação, que o A. não mostra, que se fizesse.

E' verdade que o A. desde o art. 5.º da replica se esforça por provar, que o imposto sobre o pão já havia sido lançado por uma postura publicada em edital de 15 de maio de 1863, que está a fl. ...; o que porém se prova com elle, que n'esse anno economico pesou o imposto sobre o pão cozido, e que na postura está um regulamento para a sua melhor execuçãõ; mas tambem é certo, que já no anno seguinte podia o imposto deixar de vigorar, se no novo orçamento não fosse votado.

E' portanto aerea uma tal allegaçãõ, e até injuridica, porque uma postura não seria meio competente de lançar um imposto municipal, que só pôde ser lançado pela camara conjunctamente com o conselho municipal, o qual não intervem na feitura de posturas. Consultem-se a alludida portaria de 2 de dezembro de 1870, a de 14 de junho de 1869, transcripta no  *Direito*  n.º 3 do 2.º anno, e o decreto sobre bre consulta do conselho de estado de 18 de novembro de 1867.

Recapitulemos. A acção não pôde proceder; primeiro porque viria o R. a pagar do seu bolso, sem poder cobrar o imposto dos consumidores, contra a expressa determinação da lei; segundo porque os RR. não se collocaram n'essa posição por culpa sua, mas esta só pôde recabar nas autoridades administrativas, pelo modo inconveniente e illegal que se houveram, e no proprio A., que, triumphando, viria a colher lucro da sua malicia, ou, pelo menos, da sua culpa; e terceiro porque o imposto não podia vigorar por espaço de dez mezes do anno economico, que tanto demorou a ap-

provação do orçamento, e depois d'isso não consta que se lhe desse publicidade, o que era necessario para comecar a obrigar.

## § 72.º

### Contribuições

A falta de participação ao escrivão de fazenda, em tempo útil, do facto de se haver feito uma escriptura de doação, não invalida esta, podendo tal participação dar-se mais tarde, mas n'esta caso está-se sujeito ao pagamento da multa.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Parece-me indubitavel, em face dos art. 1.º § 2.º n.º 2.º, 3.º § 10.º, e 58.º do regulamento de 30 de junho de 1870, que a pensão doada ao noivo na escriptura total fica sujeita ao pagamento da contribuição de registro, que devia realizar-se, effectuado que fosse o casamento.

A falta d'este pagamento é certo ter viciado de nulidade a constituição da pensão, e privar o beneficiado com ella de acção para exigil-a em juizo, como se vê dos art. 14.º e 116.º. Todavia, como o pagamento tinha de ser posterior á celebração do acto juridico, cumprindo-se para isso a obrigação imposta no art. 16.º n.º 1.º, por cuja falta se incorreu na multa comminada no art. 15.º, entendo que ainda agora se pôde sanar a nulidade, liquidando e satisfazendo a respectiva contribuição, e pagando aquella multa, se o escrivão de fazenda fór inexoravel, impondo-a.

Com effeito no regulamento não ha disposição que vede o pagamento da contribuição, embora fór já dos prazos legais marcados para a liquidação; e portanto parece-me que a nulidade vem a sanar-se posteriormente, e só não poderia sanar-se, se fosse accisada em juizo pela parte interessada na sua existencia. Enquanto isto não succede, está sempre aberto o caminho para a sanação pelo pagamento da contribuição, havendo só o risco de ter de satisfazer-se a multa se fór imposta.

Nas transmissões por titulo oneroso a falta do pagamento no prazo legal torna nullos *ipso jure* os actos juridicos, como dispõem os art. 11.º § 1.º da lei de 30 de junho de 1862 e 11.º § 1.º do citado regulamento, não se admitindo sanação pelo pagamento posterior. Mas esta disposição não pôde estender-se arbitrariamente ás transmissões por titulo gratuito, que se regem por outros principios, e cuja nulidade pôde sanar-se nos termos expostos.

Assim tenho entendido sempre o regulamento n'esta parte, e de igual sentir são outros collegas auctorisados.

Se o regulamento não quizesse admitir a sanação, inutil e cruel se tornava a imposição de multas; bastava que fulminasse a nulidade insanavel ás transmissões por titulo gratuito, de que se não participasse a existencia no prazo legal para a liquidação e pagamento da contribuição. Aquella imposição bem mostra a admissibilidade do pagamento mais tarde.

Na hypothese sujeita, a nulidade affecta por ora, a meu ver, só a metade da pensão do conjuge marido, e não pôde viciar todos os outros contratos celebrados na escriptura, e dos quaes se não devia contribuição. O regulamento nos art. 14.º e 116.º exprime-se por fórma a dar a entender, que a nulidade só affecta os actos sujeitos ao pagamento; e até seria irracional, que abrangesse tambem os outros actos, sobretudo quando a lei e a praxe admitem, que por um só instrumento se celebrem varios contratos. Cumpre porém declarar, que este ponto não é completamente livre de duvidas.

Procedendo-se agora á liquidação, parece-me que tem de attender-se á metade da pensão de 1125000 réis, e tambem ao valor da alimentação doada ao marido, conforme o preceito dos art. 8.º § 10.º, 58.º e 60.º § unico do regulamento, caso os dotados vivam em companhia dos dotadores. Se porém já estiverem separados, então deve pagar-se de metade de 3005000 réis, declarando-se ao escrivão de fazenda o facto da separação.

Da futura vantagem da recepção da pensão por inteiro, caso a mulher morra antes do marido e dos paes, é que aquelle não tem por ora nada a pagar, por ser um dinheiro incerto, como o acontecimento que lhe serve de base, até por argumento de analogia dos art. 2.º n.º 13.º e 88.º do mesmo regulamento.

§ 73.\*

**Contribuições**

Requerimento a pedir a annullação de dois trimestres na industria, por ter somente exercido a industria nos outros dois trimestres industrial collectado.

Diz José, do logar de ..., freguezia de ..., d'este concelho de ..., que foi inscripto na matriz industrial do corrente anno como carpinteiro, e collectado n'essa qualidade. O supplicante porém mostra pelo documento junto, que se exerceu o seu officio de carpinteiro até ao S. João proximo preterito, e por consequencia unicamente durante os dois primeiros trimestres do actual anno. Em taes termos assiste-lhe o direito de reclamar, conforme o disposto nos art. 196.º e 197.º do regulamento de 28 de agosto de 1872, para que esta ill.<sup>ma</sup> junta lhe passe um titulo de annullação da sua verba de contribuição industrial, com relação aos dois trimestres, nos quaes deixou de ser carpinteiro, em harmonia com o preceito do art. 200.º do citado regulamento, e por isso

P. á ill.<sup>ma</sup> junta dos repartidores seja servida deferir.

E R. M.

§ 74.\*

**Corpo de delicto**

Elementos de que deve ser revestido para poder subsistir. — A simples queixa do offendido, destituida de outra prova, não é sufficiente sufficiente para a pronuncia. — Sem corpo de delicto nenhum processo crime pode subsistir.

SENHOR:

A vossa magestade se agrava José, da freguezia de ..., comarca de ..., dos aliás respeitaveis despachos transcri-

ptos n'este instrumento a fl. ... e fl. ..., um que pronouciou o aggravante no crime de furto, que se diz feito a Joaquim, e outro que confirmou a pronuncia.

Nenhum processo criminal pôde subsistir sem corpo de delicto legal, por ser este que mostra a existencia do crime; se o contrario se admittisse, ai dos cidadãos honrados, que poderiam estar á merce do primeiro malvado que inventasse um crime, ou do primeiro visionario a quem se figurasse havel-o, como no bem conhecido caso da *pega ladra*.

Mas não basta uma cousa a que se deu o nome de corpo de delicto, é mister que elle exista realmente, revestida dos elementos que lhes são essenciaes, segundo a natureza do crime arguido.

Neste processo trata-se do furto de dois lençoes, uns brancos e tres libras, estas existentes em um *porte-monnaie*, e tudo na casa da habitação do queixoso, e por isso cumpre investigar os requisitos que deviam intervir no auto de fl. ...

Estão elles marcados no accordo do supremo tribunal de justiça de 8 de maio de 1837 (collecção dos snrs. Córte-Real e Castello-Branco, vol. 1.º pag. 134) em um crime como o que se imputa ao aggravante, de furto em casa alheia, sem arrombamento, a saber: *declaração jurada do queixoso; achada e reconhecimento da cousa furtada; e informação de testemunhas.*

D'estes tres elementos o segundo — *achada e reconhecimento da cousa furtada* — falta absolutamente nos autos, e tanto basta para o corpo de delicto ser nullo.

Suppondo porém, que se não acceite esta decisão do supremo tribunal, e que se julgue bastante a declaração jurada do queixoso e a *informação de testemunhas*, esta, em a nossa especie, é insufficientissima, porque nenhuma d'ellas sabe, se os objectos que se dizem furtados existiam ou não em casa de Joaquim, e se de lá lhe foram tirados ou não.

Propalou-o o queixoso, que, por muito respeitavel que possa ser, o direito n'esta parte não permite que seja acreditado sem outras provas, porque elle estabelece preceitos geraes sem attenção a pessoas; e seria perigosissimo, que n'este caso elevasse á categoria de prova a simples asserção de qualquer, que poderia ser probo, ou não o ser.

Neste sentido se pronouciou o mesmo supremo tribunal nos accordãos do 30 de outubro de 1849 (collecção do *Archivo Juridico*, 2.ª serie, pag. 206); de 14 de junho de 1850

(pag. 294), e de 14 de fevereiro de 1851 (pag. 369), não dando em todos importancia ao dito do queixoso, desacompanhado de outra prova.

Concorda tambem o de 11 de agosto de 1854 (pag. 635), do qual pedimos venia para transcrever as seguintes sensatas considerações:

E, se isto assim é em geral, por maioria de razão procede em a nossa hypothese, em que o proprio queixoso se funda em *uma desconfiança*, como se lê a fl. ...; e como quanto pretendia derival-a de que o aggravante foi visto sair da sua quinta, deixando as portas abertas, a unica testemunha, que toca n'este objecto, Antonio, narra as cousas a fl. ... fl. ... e fl. ... de um modo tão diverso, que lhe tira o feio aspecto, que o queixoso quiz dar-lhe.

A prestarmos credito a esta testemunha singular, o aggravante foi visto passar junto da casa do queixoso, o que nada tem de extraordinario; mas tanto d'elle não desconfiou, que nem verificou o estado das portas, nem, dirigindo-se a ... , onde encontrou o queixoso, e até lhe esteve escrevendo uma carta, nenhum aviso lhe deu d'aquelle facto.

Quiz tambem fazer-se mysterio de ir o aggravante no dia do supposto furto a ... e levar uma capa coberta, e fallar ou não com Francisco de manhã ou de tarde, mas em verdade estas pequenas cousas não vale a pena refutal-as, porque nem de indicios remotos merecem o nome.

Notaremos, porém, que se pretendeu tirar illações desfavoraveis de o aggravante mostrar certo receio, quando na botica do pharmaceutico Barros foi apontado pelo queixoso como ladrão ao escrivão da administração, que chegava. Era isso naturalissimo ao homem mais innocente; mas repare-se, que não fugiu, como faria se estivesse culpado; repare-se que foi elle proprio em direcção ao queixoso provocar discussão perante tanta gente acerca do seu supposto crime, quando os verdadeiros criminosos evitam as suas victimas, e só buscam os antros e as trevas; repare-se que, durante a disputa, negou sempre o crime, não obstante parecer a alguem que com pouca energia, querendo talvez que entrasse á pancada.

Summariando; toda a prova do furto está na declaração do queixoso, que não é attendivel, sendo outros os meios de demonstrar a sua existencia; e como os não ha, nem

procede o corpo de delicto, nem havia motivo para a pronuncia.

N'este sentido, quanto aos crimes de furto e roubo, muito semelhantes um ao outro, decidiu o mesmo supremo tribunal nos accordãos de 30 de outubro de 1852 (collecção do *Archivo Juridico*, 2.ª serie, pag. 492), de 21 de maio de 1867 (pag. 341 da 3.ª serie) e de 8 de maio de 1868 (pag. 420).

A relação de Lisboa em accordão de 19 de agosto de 1871, publicado na *Gaz. dos Trib.* n.º 4570, annullou por ignaes motivos um processo de crime de furto, e, referindo-se ao *chamado corpo de delicto* (palavras do accordão), diz não resultar prova do crime, porque os depoimentos das testemunhas, quanto ao facto, unicamente se limitaram a repetir o que ouviram ao queixoso, o que não dá certeza juridica da existencia d'elle.

Fallando d'este accordão, diz a citada *Gazeta*, que a base do corpo de delicto devia ter sido a prova da existencia em casa do queixoso d'aquelle dinheiro, que dizia terem-lhe os reus furtado, o que quiz provar com o seu juramento, *deitando sel-o com testemunhas, ou outra prova*, que não havia.

Muito mais pelo que ha de supprir-se, do que pelo que fica dito, espera o aggravante ser provido no seu recurso, revogando-se os despachos que o pronunciam, e fazendo-se assim a costumada justiça.

§ 75.º

Correio

Como prestam as fianças os seus empregados. — Os bens dos seus directores eram hypotheca legal, á fazenda, pelos seus alcances, e esta hypotheca não precisava de registro. Quem pagasse a fazenda por elles, ficava subrogado nos direitos d'ella. — Se garantindo o director do correio a sua responsabilidade com títulos da dívida publica, ficava extincta a hypotheca anteriormente constituida em bens immobiliarios.

CONSULTA

Manoel foi nomeado director do correio de ... em 31 de agosto de 1857, e em 15 de janeiro de 1867 prestou cau-

ção em títulos de dívida pública, como mostra o documento junto sob n.º ...

Em 8 de agosto de 1861 foi o mesmo Manoel nomeado thesoureiro da camara municipal de ..., emprego que exerceu até 17 de junho de 1870, tendo durante esta epocha prestado diferentes cauções, como mostram os documentos juntos sob n.º ...

Ultimamente, isto é, quando deixou de ser thesoureiro, em 1870, foi encontrado em alcance da quantia de 1:223,931 réis, alcance que confessou e garantia não só com os bens hypothecados na scriptura de 23 de março de 1870 (documento sob n.º ...); mas com a fiança constante do documento junto sob n.º ...

O fiador constante d'este ultimo documento, Luiz, era a esse tempo casado, e sua mulher não autorizou a fiança, mas é hoje viuvo, e possui bens bastantes para pagamento da dívida.

O devedor Manoel deixou tambem de ser director do correio de ... em junho de 1870, e ficou alcançado para com a fazenda em 2:000,000 réis, approximadamente, producto de vales do correio.

A fazenda moveu-lhe execução, e o devedor nomeou a penhora, além d'outros poucos bens, os sobejos dos hypothecados á camara.

Ficou, porém, suspensa a execução, porque um terceiro pagou á fazenda, com o protesto de ficar subrogado nos direitos d'ella. Quer a camara de ... embolsar o seu credito, mas os bens hypothecados pelo devedor apenas são bastantes para essa dívida, e não ha outros para se pagar ao terceiro que ficou subrogado nos direitos da fazenda. Pergunta-se:

1.º — Tem esse terceiro direito de preferencia, ou estava limitada a garantia da fazenda aos títulos de dívida pública de que resa o documento sob n.º ..., por ser essa, e só essa, a caução que a lei exige do director do correio?

2.º — Sendo os bens do devedor situados na comarca de ..., e os do fiador Luiz (documento sob n.º ...) situados na comarca de ..., onde deve propôr-se a acção?

3.º — E convirá demandar só o fiador, ou deverão demandar-se ambos, devedor e fiador?

4.º — E o outro fiador, de que falam os documentos sob n.º ..., estará obrigado ao pagamento de todos os alcanços

que se encontraram nas contas prestadas pelo thesoureiro, até junho de 1870; ou só a parte d'elles, e n'este caso a quaes?

#### RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO

O regulamento postal de 4 de maio de 1833 no art. 86.º determina, que as fianças dos directores de correios podem consistir em bens de raiz, em títulos de dívida fundada pelo seu valor no mercado, ou em dinheiro: e o decreto de 30 de dezembro de 1864, sobre a reforma dos correios, no art. 16.º deixou em vigor estas disposições.

Em conformidade com ellas, Manoel por scriptura de 15 de janeiro de 1867 se affiançou com uma inscripção de réis 500,000, como director do correio de ..., para que foi nomeado em 31 de agosto de 1857.

Cumpre pois notar, que só quasi dez annos depois, é que o director prestou caução especial, e, como é de presumir que desde logo começasse a funcionar, ficaram-lhe todos os seus bens hypothecados legalmente á fazenda, pela lei de 22 de dezembro de 1761, lit. 3.º, e pelo decreto de 26 de outubro de 1836, art. 2.º § 1.º n.º 4.º

Portanto, se o alcance, em que o director ficou para com a fazenda, diz respeito, em todo ou em parte, a este periodo, creio que quem pagou á mesma, e ficou subrogado nos seus direitos, tem preferencia sobre a camara municipal de ..., cuja hypotheca legal e convencional começou muito posteriormente, em 9 de novembro de 1861.

E obstará a isso o não ter a fazenda registrado a sua hypotheca? Parece-me que não, pelas razões largamente ponderadas na *Rev. de Leg.* n.º 132, e attenta a ultima prorrogação do prazo para o registro de taes hypothecas pela lei de 20 de março de 1873.

Se todo ou parte do alcance pertence ao periodo posterior á scriptura de 15 de janeiro de 1867, o caso é mais duvidoso; porque a *Gaz. dos Trib.*, a quem esta especie foi submettida, respondeu em o n.º 4560, que pela prestação da caução especial n'ella estabelecida, ficaram livres todos os bens do director; e para esta opinião já parecia inclinar-se em o n.º 3487, dando razões de bastante valia, e affirmando-se ter já havido um caso julgado em uma das nossas realções.

Com fundamento n'esta doutrina pôde a camara pedir

para ser graduada em primeiro lugar, por isso que, tendo expirado a hypotheca legal da fazenda pela prestação da caução em 15 de janeiro de 1867, a sua hypotheca, legal e convencional ao mesmo tempo, nunca expirou.

Já se vê, que o caso muda de figura, se a opinião da *Gazeta* (a que eu me inclino) não for abraçada pelos tribunaes, entendendo-se que a caução especial não extinguiu a hypotheca legal, porque então a camara prefere.

Na proposta dirigida á *Gaz. dos Trib.*, esqueceram mencionar a circumstancia, de que, além da caução em inscrições, o director e mulher obrigaram seus bens presentes e futuros, havidos e por haver, o que equivaleu a uma hypotheca geral, cuja restricção a certos e determinados bens nunca depois requereram, como lhes permitia o art. 909.º do Cod. Civ.

Esta circumstancia, porém, parece-me não dar melhor direito á fazenda, e hoje ao seu subrogado; já porque não foi mais que uma hypotheca convencional, muito posterior, em data, á da camara, quando mesmo se não duvide de que fosse admissivel então uma hypotheca geral; e já porque, como convencional, precisava de registro.

#### RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO

Como o fiador e principal pagador, Luiz, não hypothecou bens, e o devedor sim, deve a execução hypothecaria ser instaurada no juizo da situação d'estes, em vista do art. 208.º do regulamento de 28 de abril de 1870.

#### RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO

Como este fiador não hypothecou bens, e só affiançou a dívida, não pôde ser chamado a tal processo, que deve instaurar-se unicamente contra Manoel, protestando-se usar da acção competente, contra Luiz, por tudo o que não poder haver-se dos bens d'aquelle. — Veja-se a *Rev. de Leg.* n.º 32, e 189.

#### RESPOSTA AO QUARTO QUESITO

A responsabilidade de José começou em 9 de novembro de 1861, e por virtude da repetição das fianças durou successivamente até 31 de dezembro de 1867. Tem pois o mesmo de responder pelo alcance até esta data, mas não por

qualquer outro posterior, porque a sua ultima fiança prestada em 3 de março de 1866 se limitou ao biennio de 1866 e 1867, e depois não se renovou.

§ 76.º

#### Costume (e uso)

Por elle se podem adquirir servidões, e com que requisitos. — Se para isso é precisa a posse immemorial, ou a excedente a trinta annos, opiniões por um e outro lado. — Como se entendem aquellas palavras «uso e costume». — Se ainda depois do Cod. Civ. se podem abolir atresadourros, e se esta acção está em opposição com a de cessação de servidão. — Classificação das servidões em apparentes e não apparentes, quando o seu uso tem logar por escadas collocadas no predio serviente.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Se não fôra a existencia das escadas, podiamos considerar a servidão como descontinua e não apparente, e em tal hypothese, não havendo titulo, era doutrina assente, que só poderia reputar-se legitimamente constituida pela posse immemorial. — Vejam-se *Correia Telles, Dig.*, tomo 3.º art. 455.º; *Coelho da Rocha, Inst. de Dir. Civ.*, § 599; *Rev. de Leg.* n.º 182; *Jorn. de Jurispr.* n.º 9 do 4.º anno; *Gaz. dos Trib.* n.º 3622; sentença de primeira instancia, no *Direito* n.º 28 do 3.º anno; e sentença de primeira instancia e accordão da relação do Porto de 4 de agosto de 1871, no *Direito* n.º 16 do 4.º anno.

A existencia, porém, das escadas, pôde fazer conceituar a servidão como descontinua, mas apparente, e n'este caso a nossa posição já não é tão segura. Com effeito enquanto uns escriptores se inclinam a que a posse immemorial era precisa, em falta de titulo, para a prova das servidões descontinuas apparentes, outros contentam-se com a posse de trinta annos. A primeira opinião parece ser abraçada por *Liz Teixeira, Dir. Civ.*, tomo 3.º pag. 285; *Pereira e Sousa*, nota 302; *Rev. de Leg.* n.º 183; e sentença de primeira instancia, na *Rev. de Leg.* n.º 188, os quaes fallam de servidões descontinuas em geral, e exigem para a sua constituição a posse

immemorial, dando assim a entender, que este requisito é indispensavel, ainda para as descontinuas apparentes. A segunda opinião é adoptada claramente por Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 454.º, e parece só-o tambem por Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º pag. 555; e Coelho da Rocha, citado § 599 (embora ache em a nota ao paragraho mais simples e conforme ás regras da presumpção a doutrina contraria).

Cumpra, porém, combinar n'este ponto o direito antigo com as disposições do Cod. Civ. Este, no art. 2273.º, dispõe que as servidões descontinuas, apparentes, ou não apparentes, não podem ser adquiridas por prescrição. Por conseguinte é de somma importancia verificar, se a servidão de que nos occupamos, se acharia já constituída legalmente á data da sua promulgação, porque, se ainda não estivesse completo o tempo da prescrição, o Código vedou que se completasse, e a servidão não existe juridicamente. Para isto deve averiguar-se, se as esenças já estariam feitas ha trinta annos quando começou a vigorar o mesmo Código, porque no caso negativo temos a nosso favor a opinião *communis* dos antigos praxistas, que eram concordes em exigir trinta annos ou posse immemorial para as servidões descontinuas apparentes; e no caso affirmativo o ponto offerece mais duvidas, por discordarem os votos, querendo uns a prescrição trintenaria, e outros a posse immemorial.

O § unico do art. 2273.º do Cod. Civ., reservando as servidões adquiridas anteriormente a elle, conforme o *uso e costume* das terras, tem dado margem a duvida, por se não saber se nas palavras grêhadas houve referencia á lei de 18 de agosto de 1769, a qual, entre outros caracteres, exigia a duração de cem annos, para que o *uso e costume* se tornassem legitimos. O snr. Alexandre de Seabra no *Dirito* n.º 6 do 2.º anno opina, que as referidas palavras se referem á acquisição das servidões por prescrição, conforme o direito corrente, mas não falta quem diga o contrario, querendo que a servidão se abone com a diuturnidade de cem annos, o se o juiz fór do mesmo sentir, bem estamos nós.

Por outro lado informa-se que o transito se verificou, pelo menos nos primeiros annos, por mero favor e tolerancia do dono do predio serviente. A posse da servidão pôde pois considerar-se fundada em titulo precario, e uma semelhante posse não serve para a prescrição, como se vê de Lobão, *Agmas*, § 148; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 586.º;

Coelho da Rocha, *Inst.*, § 361; accordo da relação do Porto de 8 de julho de 1870, e tenção de 25 de junho do mesmo anno, no *Dirito* n.º 33 do 2.º anno; e art. 474.º § 1.º do Cod. Civ. Portanto, se poder provar-se por testemunhas esta circumstancia, muito lucrará com isso o consulente.

Do exposta resulta, que ha bastantes elementos para intentar-se a acção ordinaria negatoria de servidão; de que trata Corrêa Telles, *Acq.*, §§ 117 e seguintes; e conquanto não possa desconhecer-se a incerteza do resultado, comtudo é muito possível o vencimento.

Vejamos agora, se será melhor recorrer ao meio de aboelão de atravessadouro, facultado pela lei de 9 de julho de 1773, § 12.º Como n'este caso não obsta a existencia de posse, embora immemorial, uma vez que o predio dominante possa ter outra serventia, ser-nos-ia muito commodo este caminho, por fugirmos á questão de saber se a servidão está ou não constituída legitimamente. E nem obstará a existencia da nova legislação consignada no Cod. Civ., porque, seguindo o voto do snr. Antonio Gil na *Gaz. dos Trib.* n.º 4008, está ainda hoje em vigor a citada lei de 9 de julho de 1773 com relação a aboelão de atravessadouros, podendo abollir-se os existentes á data da promulgação d'aquelle.

Apesar d'isto considero este meio. A lei de 4 de julho de 1867 revogou no art. 5.º toda a legislação anterior ao Código, que versasse sobre materias tratadas n'este; e pôde dizer-se, que sendo os atravessadouros varias servidões, o Código marca taxativamente no art. 2313.º quaes os casos, em que é permitido requerer-se a aboelão d'elles. Com effeito d'esta opinião é a *Rev. de Leg.* n.º 172 e 218, a qual sustenta poderem hoje abollir-se os atravessadouros só quando cessa a necessidade da sua existencia; ou quando pôde obter-se outra comunicação para o predio dominante igualmente commoda, nos termos do citado art. 2313.º, entendendo assim que este artigo substituiu a disposição da lei de 1773. A mesma opinião parece ter sido tambem abraçada pelo *Dirito*, como é de ver em o n.º 3 do 4.º anno, e no n.º 43 do mesmo anno vem um accordo da relação do Porto, de 30 de outubro de 1872, e respectiva tenção, de 8 de outubro, onde se adoptou a mesma doutrina.

Ora, como se informou, que a necessidade do atravessadouro não cessou, e nem o dono do predio dominante pôde obter comunicação igualmente commoda, antes, abollido

elle, terá de dar uma volta considerabilissima, é muito de recear que os tribunaes, acostando-se á disposição do art. 2313.º, julguem improcedente a acção de abolição.

Por outro lado, caso assim succeda, e depois se queira intentar a acção ordinaria negatoria, poderá oppôr-se-nos a excepção *rei iudicatae*, com o fundamento de que o juiz já se pronunciou sobre a existencia da servidão; e, embora na sentença de primeira instancia, que se lê na *Rev. de Leg.* n.º 188, se sustente não ser procedente tal excepção n'este caso, é innegavel, que o perigo de haver juiz que a attenda existe. Poderá até argumentar-se que o consulente, pelo facto de ter requerido a abolição da servidão de atravessadouro, reconheceu a existencia d'ella sobre o seu predio, não podendo por isso intentar a acção negatoria, que contradiz a de abolição.

Eis as razões porque disse ser perigosa esta ultima, inclinando-me antes á ordinaria negatoria, e se n'esta decabissemos, restava-nos o meio da abolição, apesar de todos os seus espinhos.

Quando, porém, se opte pela de abolição, o processo é o antigo marcado no § 12.º da lei de 9 de julho de 1773, no que concordam todos os periodicos juridicos apontados e nos logares citados.

Emquanto ao fóro da demanda parece-me dever ser o *rei sita*, attenta a disposição do art. 181.º n.º 6.º da Ref. Jud., e d'esta opinião é o sr. Paes Junior, como é de ver nos *Apontamentos sobre Processo*, do sr. dr. Chaves e Castro a pag. 54.

Finalmente não me parece prudente, que o consulente demita agora as escadas; porque, estando o adversario na posse de passar, poderá vir com uma acção de força, e porventura triumphar n'ella, se provar a sua posse.

E nem obsta o art. 490.º do *Cod. Civ.*, porque o juiz pôde seguir a opinião da *Rev. de Leg.* n.º 117 e do *Direito* n.º 6 do 2.º anno, que não julgam applicavel o mesmo artigo ás servidões, que se pretende estarem já constituídas á data da promulgação do *Codigo*.

Será pois melhor intentar já a acção ordinaria negatoria.

## § 77.º

### Crime

No de fuga, quaes os seus elementos. — De detenção de arma prohibida é punido correccionalmente. — Classificação do de ameaça.

### Reflexões juridicas por parte do R.

Consta do requerimento de fl. ... e do auto de fl. ..., haver o M. P. querelado do preso José por tres crimes, a saber: fuga da prisão, detenção de arma prohibida, e ameaça verbal, pois que invoca os art. 191.º, 253.º § 1.º e 379.º § 1.º *in fine* do *Cod. Pen.*; e querela do carcereiro Bernardo, por haver facilitado a fuga d'aquelle, tendo-o em uma prisão, onde existia um buraco ou rombo, pelo qual sahia e entrava quando queria, estando assim comprehendido no art. 192.º § unico, ou pelo menos no art. 193.º do citado *Codigo*.

Emquanto ao primeiro crime mostram os autos, que, se o réu José sahia da cadeia em a noite de 11 para 12 de maio do corrente anno, passando pelo rombo alludido, não foi para fugir, mas para ir comer e beber, e voltar no fim para a mesma cadeia.

Praticou pois um acto immoral, e muito reprehensivel em aproveitar-se d'aquelle circumstancia para desobedecer á lei e vir escandalosamente mostrar-se ao publico, mas d'aqui a commetter um crime vae grande distancia, porque a lei não se lembrou de incriminar este facto, e o art. 18.º do *Cod. Pen.* vae aos juizes eleva-lo á cathogoria de crime.

Ainda que este acto importasse, que não importa, uma fuga da cadeia, não era crime, sem ter o R. feito arrombamento, ou praticado ontra qualquer violencia, elemento que o art. 191.º torna indispensavel, como se evidencia da sua letra, e sustentam os srs. Levy e Ferrão nos seus commentarios, bem como a *Gov. dos Trib.* n.º 3125.

Se não houve o crime de fuga da cadeia, é consequencia necessaria, que o querelado Bernardo tambem não cometteu o crime previsto no art. 192.º

Se, porém, existisse o crime de fuga da cadeia, não se im-

putando ao carcereiro senão negligência, por haver consentido o rombo acima mencionado, ainda assim não podia ser hoje punido, em vista do § 1.º do art. 193.º, attendendo a que o preso voltou à cadeia no mesmo dia, e n'ella se conserva.

Pelo que respeita ao segundo crime, além de que a detenção da arma prohibida só corresponde a multa de um mez, nos termos do § 1.º do art. 153.º, devendo ter-se instaurado processo correccional, em face do disposto no art. 2.º do decreto de 10 de dezembro de 1852, e lei de 18 de agosto de 1853, acresce não haver indícios sufficientes para a pronúncia.

Com effeito de quatro testemunhas, unicas presencias a pendencia entre o réu José e o denunciante José, duas d'ellas, as que estavam mais proximas, Antonio e Constança, juraram terminantemente a fl. ... e fl. ..., que o réu José não tinha na mão navalha ou faca; e supposto Henriqueta diga a fl. ... ter-lhe visto o cabo branco de uma navalha, não diz a qualidade d'esta, o seu tamanho, se era de ponta ou mola, ou se nada d'isto tinha, e a outra testemunha Manoel chama-lhe a fl. ... uma pequena navalha.

Quando se julgue deverem prevalecer os depoimentos das duas ultimas sobre os das primeiras, ainda assim não commetteu o R. o crime arguido, porque uma pequena navalha não está comprehendida nas armas defezas, mormente não tendo ponta ou mola, como pôde vêr-se em Pereira e Sousa, *Classes dos Crimes*, e no snr. Levy, appendice primeiro ao tomo 3.º do seu *Comment. ao Cod. Pen.*

Relativamente ao terceiro crime é elemento substancial d'elle, que as ameaças sejam acompanhadas de ordem ou condição imposta ao ameaçado, como se vê do art. 379.º, conformemente ao qual se deve entender o seu § 1.º, e effectivamente assim o entende o snr. Levy. Ora, por mais que se compulsem os depoimentos das testemunhas, nada a tal respeito nos dizem, e nem mesmo que o réu José ameaçasse o denunciante com a navalha, e só se deprehende ter havido uma ligeira pendencia entre um bebede e um imprudente.

No entretanto, se houve alguma ameaça verbal, como foi destituida de ordem, ou condição, não passou da cathogoria de injuria verbal, a qual o offendido poderia ter accusado, se quizesse, nos termos do art. 416.º do citado Codigo e ensina o dito snr. Levy.

.....

§ 78.º

Deposito

Como sequestro, não hoje, depois do Cod. Civ., ter lugar em geral.

RESPOSTA DE IMPUGNAÇÃO

Fallando com todo o devido respeito, carece de todo o fundamento legal e juridico o procedimento de deposito, que os autos mostram. Não era motivo para deposito a materia que se allega no requerimento de fl. ... O mandar-se proceder a elle, e confintar a subsistir tal deposito, é um vexame para meu constituinte, por não haver lei que o auctorisae, e sendo certo que elle está soffrendo um prejuizo, vendo-se privado de uma cousa que sua é, e com parte d'ella exposta ao temporal, sujeita a deteriorar-se. Como o processo diz, não se trata de um deposito voluntario, para que sejam applicaveis as disposições legais d'este contrato, e que se leem desde o art. 1431.º a 1451.º do Cod. Civ.; não se trata da consignação em deposito da parte d'um devedor, para que sejam applicaveis as disposições desde o art. 759.º a 764.º do mesmo Codigo.

Que é pois esse deposito? E' um verdadeiro sequestro, na antiga linguagem do fóro, em embargar ou pôr na administração de outrem uma cousa segundo a linguagem do Codigo. E haverá na lei disposição que auctorisae o deposito, que para vexas de nosso constituinte se lê n'este processo? Não ha: vemos no Codigo muito limitados os casos de sequestro, que antigamente se permittiam; ainda n'elle (Codigo) encontramos o caso do art. 611.º do citado Codigo — o caso do artigo 2222.º — o do art. 637.º; mas não vemos, nem cremos que alguem veja, o caso de que resam os autos. E Deus nos livre que tal fosse: que não haveria quem pudesse pilgar-se tranquillo. Eu que tivesse a lembrança de vexar um individuo de ... ou de ... , vinha a juizo allegar que tinha direito a reivindicar todo o seu casal, e por isso requeria que fosse depositado ou sequestrado todo esse casal. Agradaria o procedimento?

O depósito não póde continuar a subsistir. Meu constituinte requer o seu relaxamento, sendo condemnado nas custas quem a elle deu causa, e, no caso de indeferimento não esperado, desde já requer se lhe tome termo de agravo de petição para o juizo de direito, e dá por leas offendidas todas as que se deixam citadas.

## § 79.º

### Dividas

Nos inventarios de menores é ao conselho de familia que compete verificar a legalidade d'ellas, e regular e auctorisar o seu pagamento, não havendo opposição dos interessados maiores. — A forma de pagamento decretada pelo conselho de familia, e de que ninguém recorre, ha de cumprir-se. — Estes actos não precisam de auctorisação do juiz. — O licitante de bens, em superior quantidade á sua legitima, deve entrar com o excesso em deposito, e sob que penas.

### Impugnação de um requerimento

Nos inventarios de menores é ao conselho de familia que compete verificar a legalidade das dividas passivas, auctorisar e regular o seu pagamento, não havendo opposição dos interessados (Cod. Civ. art. 224.º n.º 10.º e Ref. Jud. art. 414.º). Reforça-se este principio com a disposição do art. 2118.º do mesmo Codigo.

Fundando-se n'esta doutrina legal é que a *Rev. de Leg.* sustenta em o n.º 139, que nos inventarios de menores ao conselho de familia incumbe a escolha dos meios mais adequados, para o pagamento das dividas, por forma que se favoreçam os interesses d'elles o mais possível: assim opina, que, se por exemplo os credores não insistirem pela prompta solução dos seus creditos, mas se contentarem com que lhes vão sendo gradualmente satisfeitos pelos rendimentos da herança, e o conselho entenda que isso é proficuo aos menores, não deve mandar separar bens para pagamento das dividas, e só providenciar sobre o modo de o effectuar por esta ultima forma.

N'este inventario foram descriptas pela cabeça de casal

muitas dividas passivas, mas só poucas d'ellas foram approvadas pelo interessado Manoel, como se vê a fl. ...., contando-se entre estas ultimas as que se devem ao seminario de ... e á irmandade das almas de ... Quando se tratou da forma do seu pagamento, e o meretissimo sr. juiz propoz ao conselho de familia que designasse os bens que para tal fim deviam ser separados, oppoz-se a cabeça de casal, mostrando que ella e seus filhos podiam ir pagando gradualmente com os rendimentos dos bens, e que por isso se dividissem as dividas approvadas, por todos os interessados. Vê-se isto a fl. .... e o coherdeiro Manoel, representado pelo seu procurador, não se oppoz a esta pretensão da cabeça de casal, a qual foi approvada pelo conselho de familia, e no fim do auto lá apparece a assignatura do mesmo procurador.

Como é pois que, não tendo reclamado em tempo contra este modo de pagamento das dividas, nem recorrido para o conselho de tutela da decisão do conselho de familia, que o approvou, como lhe permitia o art. 226.º do Cod. Civ., vem agora o interessado Manoel pedir, que nos bens hypothecados se a hata o valor das respectivas dividas, cujo pagamento toma sobre si sómente, a fim de que por esta forma seja procedente a licitação que dos mesmos bens fez? Não póde tal pedido attendêr-se, porque fazê-lo equivaleria a decretar uma nova forma de pagamento das dividas, contra a deliberação do conselho de familia a fl. ...., a que os interessados aquiesceram, de que não recorreram em tempo, e que por isso ha de necessariamente cumprir-se por ter força de sentença, que não póde ser atçada, nem pelo meretissimo juiz de direito, quando dá a forma á partilha, como é corrente em direito, porque o acto do conselho, deliberando sobre a approvação das dividas e forma do seu pagamento, não carece da sua auctorisação. — Vejam-se accordão da relação de Lisboa de 28 de novembro de 1868, no *Direito* n.º 12 do 1.º anno; *Direito* n.º 26 do 3.º anno; *Rev. de Leg.* n.º 169; e *Gaz. dos Trib.* n.º 4163.

E nem se argumente com o art. 2122.º do Cod. Civ., porque o seu preceito presuppõe, que do inventario conste quaes os bens hypothecados ás dividas, e que sobre esta deducção d'ellas, haja accordo dos interessados e do conselho de familia, porque tal deducção e responsabilidade exclusiva, a cargo do coherdeiro que ficar com os bens, é uma forma especial do seu pagamento; e nós já vimos, que é ao con-

selho que compete regular o pagamento das dividas passivas (art. 224.º n.º 10.º). Seria pois mister, que o mesmo conselho approvasse a pretensão do coherdeiro Manoel, para que pudesse proceder; mas tal approvação por outro lado não pôde ter logar, porque o conselho já providenciou irretratavelmente sobre o pagamento das dividas.

Note-se ainda, que a deducção de que trata o art. 2122.º do Cód. Civ., é acto que precede a licitação, como até deixa vêr a distribuição das materias, feita no Código, e a collocação do mesmo artigo n'uma sub-seccção anterior áquella em que se providencia sobre a licitação da partilha; não podendo por isso ter já logar a mesma deducção. O legislador quiz que, quando se entrasse na licitação, já estivesse regulado tudo o que diz respeito ao pagamento das dividas, até para que os interessados soubessem em que bens lhes convinha licitar, e o modo como, aliás não faltariam difficuldades e confusão, como se vê n'este inventario.

Demais tanto não é essencial, que nos inventarios se faça a operação de que falla o art. 2122.º, que o art. 2123.º providencia para o caso de se não ter ella verificado.

Por outro lado é de primeira intuição, que a deducção das dividas no valor dos bens hypothecados, requerida pelo coherdeiro Manoel, é de todo o ponto irrealisavel, não constando como não constam d'este inventario, quaes são esses bens hypothecados. E, quando venham a constar, por ainda se juntarem os respectivos documentos, se se der a hypothese de nem todos os bens hypothecados haverem sido licitados pelo requerente, como ha de verificar-se a deducção, quando esta tem de recahir sobre o valor de todos os predios hypothecados, e de um modo proporcional a cada um d'elles, todas as vezes que a hypotheca comprehende mais de uma propriedade?

Tudo mostra, que não pôde deferir-se ao requerimento de fl. ...; e se assim é, e a responsabilidade pelas dividas tem de dividir-se por todos os interessados, na fórmula da deliberação do conselho de familia, torna-se claro, que, excedendo os bens licitados enormemente a quota legitima da requerente, era este obrigado a cumprir o disposto no art. 2129.º Não o fez, e por isso devem os mesmos bens ser postos em hasta publica, e abi tem o campo patente para os poder arrematar; muito admirando que queira fugir tanto á praça, e entrincheirar-se no reducto da licitação; quando aquelle meio

dá boas garantias a todos os interessados, e serve excellentemente para aquilatar o acto da licitação e os intuitos que a elle presidiram.

Digo-se por ultimo de passagem, que a asserção do requerente, afirmando que se promptificou logo no acto da licitação a entrar em deposito com a differença acima da sua quota legitima, é puramente gratuita, não constando isso, como devia constar, do respectivo auto da licitação; e não podendo agora admitir-se tal offercimento, como extemporaneo, e contra as palavras da lei no art. 2129.º — não se obrigar a entrar desde logo em deposito com o valor excedente —, e maxime por ser apresentado depois que a cabeça do casal requireu a fl. ... que se desse cumprimento á lei, posto se em praça os bens licitados, o que equivalerá a um protesto contra aquella omissão do licitante.

Espera-se pois, que o requerimento de fl. ... seja indeferido, e se mandem pôr em hasta publica os bens licitados, como é do justiça.

## § 80.º

### Dividas

(quando responde pelas do doador o donatario. — Este representa aquelle, e por isso não pôde aproveitar-se para qualquer acto da falta de registro, quando esta só aproveita a terceiros. — Se o doador era pois obrigado a pagar a terceiro uma pensão vitalicia, passa essa obrigação para o doado, embora aquelle não tenha registrado o seu direito.

### Contestação de embargos

#### 1.º

P., e vê-se dos embargos de fl. ..., que o epilento par e grande do reino, exc.<sup>mo</sup> embargante, depois de haver obtido para si uma pingue herança, que naturalmente deveria ir á embargada, unica irmã do rev. José, ainda lhe regateia uma pequena pensão deixada por sua mãe, e reconhecida por

aquelle de quem o embargo houve os bens! *Atari sacra James quid non mortalia pectora cogis!* Mas esta triste pretensão ha de esbarrar-se na conhecida justiça do benemerito julgador.

2.º

P. que os embargos foram oppostos extemporaneamente, porque, segundo o art. 210.º do regulamento de 28 de abril de 1870, o prazo para a sua deducção começa nos dez dias marcados para o devedor pagar a divida exequenda, o qual ainda não chegou. Viesses embora o embargante fazer seus protestos; mas para offerecer embargos, aguardasse a occasião oportuna. Este atropellamento das leis do processo se offerece por excepção, sem prescindir da qual vamos ver como os embargos não procedem.

3.º

P. que como n'esta especie de execuções só se admittem embargos, havendo algum dos fundamentos expressos no art. 211.º do citado regulamento, escolheu o embargante o n.º 3.º, *scilicet nullidade da hypotheca*, a qual deriva de ser o registro datado em 20 de dezembro de 1871, quando a escriptura, pela qual possui os bens, é de fevereiro de 1868; porém

4.º

P. que o raciocinio pecca na fórma, porque de registrar-se a hypotheca posteriormente á acquisição dos predios pelo embargante poderia resultar não ser a hypotheca prejudicial ao mesmo, mas não que houvesse *nullidade* na sua constituição, acto muito anterior a essa acquisição, vindo assim a caducar a *nullidade*, base por elle adoptada. Mas não é verdade, que os bens do doador passassem ao embargante livres da hypotheca; pois que

5.º

P., e supposto na segunda parte diga o art. 951.º do Cod. Civ., contraproducentemente citado, que para com terceiros os effeitos dos titulos ou direitos só começam desde o registro, já na primeira parte havia estatuido, que a falta de registro não impede, que sejam invocados em juizo entre

as proprias partes ou seus herdeiros ou representantes; ora se o embargante nem é o padre José, nem herdeiro d'elle, é de certo representante; nem as duas palavras herdeiro e representante se devem confundir; já porque nas leis não se admittem palavras ociosas, e já porque a disjunctiva — ou — mostra evidentemente, que o legislador ligou ás duas palavras diferentes significações: e com effeito

6.º

P., e consta da escriptura de fl. ...., que o rev. José doou ao embargante todos os seus bens, tanto moveis como de raiz, direitos e acções, presentes e futuros, reservando apenas uma pensão vitalicia e alimenticia. Esta universalidade de bens e direitos, e portanto de obrigações, passando no momento da doação para o embargante, o torna representante do doador, e mormente depois que elle falleceu.

7.º

P., e tanto assim é, que tendo o doador feito em 17 de novembro de 1867 um testamento publico, encarregou na escriptura de doação o embargante de pagar os legados n'elle deixados, o que o embargante accitou, que veio assim a substituir o herdeiro, e se isto não é representar o defuncto, não é facil achar a significação da palavra empregada pelo Cod. Civ.

8.º

P., e, para melhor se conhecer a mente doCodigo no emprego da palavra representantes no citado art. 951.º, convem comparal-o com o § 2.º do art. 4470.º, no qual se preceitua, que, se a doação fór da totalidade dos bens, responderá o donatario por todas as dividas do doador, sem que obste a clausula final, sobre cuja intelligencia disserta muito bem o Direito n.º 41 do 2.º anno.

9.º

P., e não se pense, que outra era a disposição do direito antigo, pois que, segundo elle, o donatario de todos os bens era considerado na razão de herdeiro, respondia pelas divi-

das anteriores á doação, e reputava-se nomeado nos prazos do doador, devendo até fazer inventário para não pagar — *ultra vires* — maxime morrendo o doador sem herdeiro. Entre muitos praxistas, podem consultar-se Meirelles, *Report. Jurid.* n.ºs 1154 e 1155; Pereira e Sousa, *Primeiras Linh.*, notas 773 e 777; Lobão, *Exec.*, nota ao § 40, e *Dir. Emphyt.*, § 224, da edição de 1828; Portugal, de *Donat.*, tomo 1.º liv. 2.º cap. 20.º ex n.º 99; e Guerreiro, *Trat. 1.º*, liv. 2.º cap. 11.º n.ºs 28 e 29 e liv. 4.º cap. 8.º n.º 105.

## 10.º

P., e já se vê, que o embargante é representante do rev. José, e por isso não pôde invocar a falta de registro: mas suppondo por hypothese, que o não representava, nem por isso a acção intentada era incompetente, como pretende, negando até a existencia de hypotheca legal; porquanto

## 11.º

P. que os legatarios já tinham hypotheca legal pelo direito anterior ao Cod. Civ., como é expresso no art. 1241.º n.º 3.º do Cod. Com., e sustenta Corrêa Telles, *Acq.*, § 160, *Form. de Libell.*, § 74, *Dig.*, tomo 3.º art. 1753.º, e *Commentario* ao decreto de 26 de outubro de 1836, notas 27 e 34. Este direito passou depois para o art. 906.º n.º 8.º do Cod. Civ.

## 12.º

P., e nem pôde obstar, que esta hypotheca se registrasse mais tarde; porque o decreto de 26 de outubro citado, art. 7.º § unico n.º 7.º *in fine*, prohibiu o registro das hypothecas legaes, que ahí não veem mencionadas, sendo uma d'ellas a do legatario, sem contudo as abolir, como sustenta Corrêa Telles no citado *Commentario*, nota 43, e decidiu o conselho de estado, e por decreto de 21 de março de 1857 sobre consulta d'elle se sancionou. (*Diar. do Gov.* n.º 227 de 26 de setembro de 1857 e *Gaz. dos Trib.* n.º 2102.)

## 13.º

P., e se a hypotheca, de que se trata, não estava sujeita a registro, tornou-se-lhe applicavel o art. 1000.º do Cod. Civ.

e a lei de 15 de junho de 1871, que fez a ultima prorogação do prazo para o registro, o qual portanto foi feito muito a tempo.

## 14.º

P., e por outro lado a lei hypothecaria de 4 de julho de 1863 no art. 152.º n.º 7.º, considerou o legado como onus real, concedendo no art. 197.º aos onus de preterito o prazo de um anno para o seu registro, o qual começou a contar-se desde o dia 1.º de abril de 1867, em que a sobredita lei principiou a ter vigor — regulamento de 4 de agosto de 1864, art. 119.º n.º 4.º, e decreto de 13 de fevereiro de 1867, art. 2.º ora a doação ao embargante verificou-se em 6 de fevereiro de 1868, antes de expirado o dito prazo, e por isso passou-lhe o dominio e posse dos bens com o dito encargo ou onus real do legado da pensão, que sobre elles pesava. Pouco importa, que se não registrasse antes do 1.º de abril de 1868, porque então já vigorava o Cod. Civ., que apeou os legados da cathegoria de onus reaes, garantindo-lhes só a regalia da hypotheca legal, e os bens doados, que se transmitiram ao embargante com o encargo, não passaram a diversa pessoa, o que torna indifferente ter-se feito o registro mais cedo ou mais tarde.

## 15.º

P., e soccorre-se tambem o embargante á incompetencia da acção, por ser a hypotheca da embargada anterior ás ultimas leis hypothecarias, d'onde conclue não lhe serem applicaveis. Não foi, porém, n'este campo mais feliz o embargante, porque, não fazendo o regulamento de 28 de abril de 1870 distincção alguma, a ninguém é licito fazel-a; e porque as leis do processo são de ordem publica, e se executam logo, quer os actos ou contratos, a que se applicam, sejam anteriores, quer posteriores; e quanto as hypothecarias comprehendam disposições que não respeitam ao processo, e outras que lhe dizem respeito, estas ultimas entram na regra geral, retrahindo-se aos actos anteriores, embora com as primeiras succeda o contrario. Podem ver-se os accordãos da relação do Porto transcriptos na *Rev. de Leg.* n.ºs 100 e 105, e a doutrina da mesma *Revista* nos n.ºs 6, 132 e 210, aonde se sustenta esta opinião: sendo certo que na nossa especie só se applica a parte respectiva ao processo.

16.º

P., e tambem não colhe o fundamento, a que o embargante se apegou, da condicionalidade do legado; porque toda a pessoa se presume boa e honesta, e quem pretender o contrario é que ha de allegal-o e destruir a presumpção natural; quanto mais que

17.º

P., que D. Eufrazia, mãe da embargada, lhe reconheceu no testamento a qualidade de honesta; e o mesmo fez seu irmão o rev. José, tanto na conciliação de fl. ... como posteriormente, quando em 1866, 1867 e 1868 lhe pagou a pensão, como se allegou a fl. ...; e além d'isto n'essa conciliação, que tem força de sentença e execução apparelhada, fazendo com ella partilhas desiguaes, reconheceu todavia a obrigação de pagar-lhe a alludida pensão sem sujeição a condição alguma, desapparecendo assim a antiga; e ha de agora o representante d'elle, do seu bemeitor, impugnal-a e contravir o facto do representado? Crêmos que o veda o direito.

§ 81.º

**Dividas**

O conjuge sobrevivo não responde pelas que o predefanto trouxe para o casal; e, feita a partilha sem se attender a isso, que responsabilidade cabe ao sobrevivo. — Se o conjuge fallecido deixou o terço a alguém, leva consigo a obrigação do pagamento da terça parte das dividas. — Quando respondiam por ellas os prazos? — A perflhação anterior ao Cod. Civ. que direitos conferia aos perflhados? — Se, tendo-se registrado os vinculos, tem alguma parte n'elles o conjuge do seu administrador. — A mãe pôde pedir alimentos ás filhas.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

A Ord. liv. 4.º lit. 95.º § 4.º determinou, que posto os bens se communicassem entre marido e mulher, quando ca-

savam por carta de metade, se não communicassem as dividas anteriores ao mesmo matrimonio.

Parece pois, que, sendo esta Ord. direito vigente á data do casamento de João com sua mulher, é a reguladora da materia, e d'ella deveriamos tirar a conclusão, de que a meação da viuva não responde pelas dividas que oneravam os bens do marido no acto do casamento. No entretanto pôde ser que assim não seja.

Com effeito, se no inventario não foram descriptas e attendidas taes dividas, e João tinha mais bens, do que sua mulher, é esta obrigada a contribuir para o seu pagamento na proporção da vantagem que tirou: assim diz Moraes, de Exec., liv. 6.º cap. 8.º n.º 66, que se a mulher entrou com dez para o matrimonio, e hoje possui onze, porque o conjuge devedor entrou com doze, só responde por esse um que morreu. Além d'este praxista podem ver-se Paiva e Pona, Orph. Prat., cap. 4.º n.º 18; Pegas, Forens., tomo 3.º cap. 35.º n.º 350 e seguintes; Lobão, Exec., § 174; Coelho da Rocha, Inst., § 240; e Corrêa Telles, Dig., tomo 2.º art. 298.º e seguintes.

Supponhamos ainda, que a mulher não levou para o casal bens alguns, n'esse caso toda a meação, que lhe proveio unicamente dos bens do marido, está sujeita ás dividas d'este anteriores ao matrimonio, porque só ha communicação do que fica depois de abatidas estas.

Estando os bens de João sujeitos ao pagamento das dividas de que se trata, passaram com este encargo para seus herdeiros e representantes; e porque as duas filhas mais novas herdaram o terço, ficaram responsaveis á terça parte das dividas; mas se o usufructo foi deixado á viuva, a responsabilidade d'ella ha de aferir-se pelos art. 2235.º e 2236.º do Cod. Civ.

Lobão no seu Dir. Emphyt., 4.ª parte, cap. 8.º art. 3.º, estabelece a regra de que os prazos só podem arrematar-se durante a vida do foreiro devedor, mas faz tantas excepções, que raras vezes deixará de dar-se alguma d'ellas. Podem tambem ver-se a este respeito Pereira e Sousa, Link. Civ.,

notas 787 e 847; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 690; Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 399; Sousa Duarte, *Nor. Prat. Jud.*, n.º 995; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 582, da última edição; Castro Netto, nota ao art. 590.º § 3.º n.º 4.º da *Ref. Jud.*; e acórdão do supremo tribunal de justiça, na *Gaz. dos Trib.* n.º 3573. Na verdade, se os prazos eram fidejussórios, ficavam sujeitos às dividas do emphyteuta; se porém eram de vidas só podiam penhorar-se em falta de bens alioðies, sendo esta a regra mais geral, que pôde deduzir-se do que estes praxistas escreveram.

Na nossa especie os prazos, como foram nomeados antes da vigencia do Cod. Civ., continuaram com a natureza de prazos de vidas até a morte de João, attentas as disposições dos art. 1698.º e 1699.º do Cod. Civ., e portanto parece que a nomeada, recebendo-os n'essa qualidade de prazos de vidas (embora hoje estejam hereditários puros), lhe vieram annexos os seus privilégios, e entre elles o de só responderem pelas dividas do pae, nos casos em que os prazos de vidas a ellas estão sujeitos.

Nos termos da proposta, a perfilhação da filha de João, teve lugar antes do Cod. Civ., e supposto se diga serem sujeitos seus paes, o que exclue a qualidade de aduterina, contudo não se diz se entre os paes havia parentesco em grau prohibido, ou outro impedimento obstativo do casamento, e por isso ignoramos se era incestuosa e portanto espuria, se simplesmente natural. Isto tinha grande importancia por direito antigo; porque, se a filha era espuria, nada da herança recebia, logo que existissem filhos legitimados, e nada no testamento do pae lhe fosse deixado, porque a perfilhação era apenas uma dispensa para os perfilhados receberem o que os perfilhantes lhe deixassem, ou para succederem *ab intestato* em falta de ascendentes ou descendentes. Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 482.º e 485.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 299, 344 e 347; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 5.º § 17, secção 1.ª n.º 6.º e secção 4.ª n.º 12. Se porém a filha era simplesmente natural, e o pae peão, como a Ord. liv. 4.º tit. 92.º chamava taes filhos a herança dos paes, juntamente com os filhos legitimados, parece que a perfilhação, contendo um reconhecimento paterno, habilitava a

mesma a herdar por igual com os irmãos. Vejam-se Meirelles, *Apert. Jurid.* n.º 2507; Corrêa Telles, *Acq.*, § 131 n.º 2.º, e *Dig.*, tomo 2.º art. 812.º; e Coelho da Rocha, *Inst.*, § 339. O Cod. Civ. fez profundas alterações na materia de perfilhação, como se vê dos art. 122.º e seguintes e 1785.º, e em face das suas disposições parece que, se a filha de João era incestuosa, nos termos em que o Cod. Civ. considera era filho no n.º 2.º do § 1.º do art. 422.º, não podera aspirar a ter parte na herança do pae, como sustenta a *Rev. de Leg.* n.º 113. Mas se a filha, como parece, estava hoje no caso de ser perfilhada, como a successão se abriu já depois do Cod. Civ., inclino-me a que tem direito a legitima, com as distincções dos n.ºs 1.º e 2.º do art. 1785.º

Apesar de ser esta a minha opinião, se a filha de João foi perfilhada depois d'elle ter contrahido matrimonio, como seu pae testou da terça em beneficio de duas filhas legitimadas, com usufructo para a viuva, é opinião da *Gaz. dos Trib.* e da *Rev. de Leg.*, que a perfilhada nada tem na herança, e só teria legitima igual aos outros menos um terço, se seu pae não houvesse disposto da terça. Pôde pois ser repellida com este fundamento, com quanto o resultado da questão se torna muito duvidoso.

Parece-me que a resposta está no art. 6.º § 1.º da lei de 19 de maio de 1863, que aboliu os vinculos. Pelo dizer da proposta comprehende-se que o vinculo foi registrado no prazo legal, em virtude do que lhe são applicaveis as disposições da citada lei, e o referido § 1.º é expresso em dar ao conjuge do actual administrador, e até ao do immediato successor o direito a meação nos bens desvinculados. Outra coisa seria, se o vinculo não fosse registrado, nos termos da lei de 30 de julho de 1860, como é de ver na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 3836 e 4223. Errou-se portanto no inventario, fazendo meação em taes bens, que a viuva teve razão em rejeitar.

Sendo a obrigação de alimentos reciproca entre ascendentes e descendentes, pelo art. 172.º do Cod. Civ., e estando a viuva nas circumstancias precarias que se pintam na con-

sulta, parece-me indubitavel o seu direito de pedir alimentos ás filhas, ou aquellas das mesmas, que estiverem no caso de poder ministral-os, tendo-se em vista as observações do sr. Dias Ferreira no seu *Commentario* ao referido artigo.

## § 82.º

## Dívidas activas

Se o testador legou uma no seu testamento, e depois a recebeu, ficou extinto o legado d'ella. — O legado deixado no testamento não pôde reverter a favor dos filhos d'elle, porque só o herdeiro aquelle que cumpre a testamentaria.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Parece-me, que o legado deixado aos filhos e filhas de Antonio caducon. Com effeito é evidente, em face da letra do testamento, que o testador legou aos mesmos filhos de um credito, que tinha sobre a firma A. & B.; mas, como elle recebeu em sua vida esta divida activa, creio que não pôde deixar de considerar-se extinto o legado, por força do disposto no final do § unico do art. 1821.º do Cod. Civ., e ainda em o n.º 3.º do art. 1811.º

O curador geral fez grandé opposição a esta conclusão, e firmou toda a sua argumentação no art. 1811.º n.º 1.º do mesmoCodigo: salvo porem o respeito, quer-me parecer que este texto legal foi arrastado para a questão, a qua não podia applicar-se, tornando-se por isso facil architectar sobre elle a refutação deduzida pelo curador. E' claro como a luz do meio dia, que receber o credito legado não é o mesmo que aliena-lo, e por isso jámais poderia invocar-se a disposição do art. 1811.º n.º 1.º

O assento da doutrina legal para a resolução da nossa hypothese está nos já citados § unico do art. 1821.º e n.º 3.º do art. 1811.º, e por estes logares parece-me fóra de duvida, que o legado do credito, posteriormente recebido pelo testador, caducon. O curador porém guardou-se bem de tocar n'elles e analysar a sua disposição.

Igualmente não posso conformar-me com a sua resposta, enquanto pretende considerar em vigor o legado deixado aos filhos do testamenteiro de . . . , apesar da sua recusa em desempenhar o encargo da testamentaria.

E' innegavel que o Cod. Civ. nos art. 1780.º e 1889.º se refere aos proprios testamenteiros, e não aos filhos d'estes, mas quem não vê que, se assim fez, é porque teve em vista prevenir a hypothese mais frequente do ser deixada a gratificação aos testamenteiros, e não ás familias d'estes? Em todo o caso o legislador entendeu que, se o testador podesse saber que o seu testamenteiro se recusaria a aceitar a testamentaria, sem duvida lhe retiraria o beneficio com que o contemplara por causa d'ella, e então suppriria legalmente as vezes do mesmo testador. Ora a razão do preceito legal tambem colhe para o caso de ser a remuneração deixada aos parentes do testamenteiro, e maxime sendo filhos, porque ninguem dirá que estes não fossem beneficiados em contemplação do pae, e por motivo de lhe tornar mais suave o onus da testamentaria, e, pelo attractivo do legado, captivar-lhe mais a vontade para aceitar a sua missão, e desempenhal-a com pontualidade.

Na hypothese sujeita é para mim de fe, que a testamentaria foi a causa determinante do legado, e por isso, se aquella não teve logar, tambem este deve cessar — *Sublata causa, cessat effectus*. Que outra pôde ser a razão do preceito do art. 1745.º doCodigo? Se o testador deixou aos filhos, e não ao pae, foi porque julgou isso mais delicado, para se não dizer que queria remunerar directamente os serviços d'este, mas a prestação d'estes serviços tornou-se sempre a causa efficiente do legado.

E nem se diga, que seria estender aos filhos a pena civil fulminada ao pae, porque, em o nosso caso, trata-se unicamente da cessação de um beneficio, por ter caducado a base sobre que assentava, e nunca de infligir castigo a quem o não merecia. E, se oCodigo retira os legados aos testamenteiros, quando estes se escusam, não é para os castigar, porque elles não commetteram crime, por não aceitarem um encargo, dependente da sua vontade, mas sim porque o testador os não contemplaria, se podesse prever a sua recusa, revestindo o legado o caracter de remuneratorio.

Finalmente tambem não colhe o argumento que se quer tirar do art. 1759.º doCodigo, porque ou havemos de con-

siderar os testamenteiros, e consequentemente os filhos, na hypothese sujeita, comprehendidos na disposição do n.º 2.º do citado artigo, ou, se assim não for, havemos de dizer que os casos do artigo não são taxativos, e só exemplificativos, visto que os art. 1780.º e 1888.º fallam expressamente de um outro caso de caducidade, que não vem especificado no mesmo art. 1759.º

Se a minha opinião é verdadeira, temos de considerar caducos os legados deixados aos filhos de Antonio e do testamenteiro de . . . os quaes irão aproveitar aos irmãos e irmãs do testador e seus herdeiros, por virtude da ultima clausula do testamento.

Emquanto ao remanescente da herança tambem discordo do curador. Segundo a disposição testamentaria, remanescente era tudo o que se liquidasse, depois de cumpridos os legados de quantia certa, e devia dividir-se em quatro partes iguaes, uma das quaes para o cunhado João. Mas, quando algum legado caducasse por qualquer motivo, reverteria em proveito dos herdeiros, que eram os irmãos e irmãs; de maneira que seriam chamados só na hypothese especial de caducarem algum ou alguns legados. Por conseguinte os sobejos que houver, depois de satisfeitos os legados, parece-me que devem ser divididos em quatro quinhões iguaes, um para as meninas orphãs, outro para João, etc.

Não sei como o curador limitou esse remanescente a tudo o mais que se liquidasse como pertencente á casa commercial do testador, quando é certo que este não empregou tal restricção, antes falla em geral de tudo quanto se liquidasse, depois de satisfeitos os legados de quantia certa, dando assim a entender, que queria que tudo o mais que sobejasse tivesse o destino que elle designou. Querer pois referir esta disposição unicamente ao seu estabelecimento commercial em . . . e ás relações em que estava com a firma A. & B. parece-me ser contrario á mente do testador, que instituiu herdeiros os irmãos só para o caso de caducarem algum legado, mostrando assim que a sua vontade era que nada mais recibessem, e que já tinha disposto de toda a sua fortuna.

Por ultimo direi, que o curador, expondo que os irmãos e irmãs deviam receber o legado de 25:000:5000 reis por bens de toda a especie, não se afastou, a meu ver, da vontade do testador. Com effeito, se este quizesse que elles recibessem só em dinheiro ou titulos de divida publica, pô-

de-o declarar, ou conferir-lhes direito de escolher, como o fez a respeito de D. Jesuina. No silencio d'elle, temos a applicar a lei, que é o Cod. Civ., recommendando a maxima igualdade possivel na partilha, e mandando que os lotes sejam formados de bens do mesmo genero ou especie. E com que direito de preferencia haviam os irmãos de receber em dinheiro ou titulos de divida publica, e não os outros legatarios, que estão nas mesmas circumstancias, e a respeito dos quaes o testador se exprimiu por palavras equivalentes, ficando assim de peor condição?

### § 83.º

#### Doação

Se o doador faz doação da sua terça em geral, pôde o doado requerer inventario para ella se apurar e poder registrar.

#### RESPÓSTA A UMA CONSULTA

Fernando, viuvo, tendo tres filhos, um d'elles menor, doou com transferencia de dominio, por uma escriptura, a Bazilio, seu filho, para casar com Eugenia, o terço de seus bens, sem mais declaração alguma, reservando o usufructo para si enquanto vivo. Realizou-se o casamento, mas, porque surtiram dissensões entre filho e pae, vendeu este um dos melhores predios do casal, e ameaça vender tudo, só (diz elle) para Bazilio ou nada levar, ou quasi nada. *Quid juris?*

Como a doação da terça foi sem designação de bens, nem pôde o doado registrar a transmissão do dominio, nem obstar ás vendas; mas não posso capacitar-me de que o direito não venha em auxilio d'elle com algum remedio, e quer-me parecer que deve ser um inventario ou arrolamento feito com assistencia do M. P. (visto haver menor), em que se separe esse terço. Parece arduo que um homem vivo seja compellido a fazer inventario de seus bens, não estando demente, nem se dando nenhum dos casos expressos nas leis, mas não me occorre outro, e por outro lado é mister que os conjuges não fiquem illudidos, quando talvez sem

a doação se não faria o casamento, e nem ha n'isso grande violencia, como consequencia do primeiro acto, que foi espontaneo. Parece a isso inclinar-se a *Gaz. dos Trib.*, n.º 3810.

§ 84.º

Doação

Se as doações para casamento podem ser reduzidas por inofficiosas, e em que casos.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

O Cod. Civ. applicando no art. 1501.º á revogação ou redução das doações por inofficiosidade a disposição do n.º 2.º do art. 1483.º, parece dar a entender que as doações feitas para casamento são irrevogaveis ou irreductiveis; ainda quando inofficiosas, isto é, ainda que offendam as legitimas dos outros filhos. Isto é com effeito a letra da lei, e se nós abrirmos o *Direito* de Lisboa em os n.ºs 16 e 32 do 1.º anno, veremos que a redacção d'este jornal se pronuncia pela interpretação litteral, embora reconheça a grande dureza de tal disposição da lei. Contra ella se levantam outros juristas, e podemos citar a *Rev. de Leg.* n.ºs 74 e 76, onde, para se fugir aos inconvenientes da interpretação do art. 1501.º em sentido absoluto e generico, se sustenta que a sua disposição se refere unicamente ao caso de ter de operar-se a redução havendo varias doações, querendo assim o legislador restringir n'esta hypothese a regra que deu nos art. 1493.º a 1496.º de fórma que, se entre as diversas doações, que houverem de reduzir-se, existirem algumas feitas para casamento, e outras que não tenham esta natureza, deve a redução verificar-se n'estas, embora sejam mais antigas em data. Sustenta pois este jornal, que a inviolabilidade das doações para casamento, decretada no Cod. Civ., é só relativa para o caso de haver tambem outras doações, que não tenham esse caracter; mas que, se porventura houver a attender só doações para casamento, tem estas de reduzir-se, caso offendam as legitimas dos herdeiros legitimarios, como dispõem os art. 1789.º e 1492.º

O *Jorn. de Jurispr.* em o n.º 52 traz tambem um longo artigo, em que procura demonstrar que o citado art. 1501.º só pode applicar-se na hypothese da revogação da doação por superveniencia de filhos, de que trata o art. 1482.º Como o *Codigo* permite que o doador sem filhos legitimos ao tempo da doação revogue esta, se depois lhe sobrevierem, pretende-se n'este jornal, que o art. 1501.º só quiz dizer que, na citada hypothese de superveniencia de filhos legitimos, não poderá revogar-se a mesma doação, caso tenha sido feita para casamento, e isto ainda quando offenda as legitimas d'esses filhos supervenientes. Quer-se assim que a referencia do art. 1501.º não seja unicamente ao n.º 2.º do art. 1483.º, mas tambem a este, e liga-se por esta fórma a doutrina da inofficiosidade com a da superveniencia.

D'esta ultima opinião parece ser tambem a *Gaz. dos Trib.*, como é de ver em os n.ºs 4213, 4230, 4231, 4250, 4257, 4258 e 4259, onde o seu redactor procura refutar a opinião de um correspondente, que sustentava que o art. 1501.º só se devia entender das doações entre esposados, de que fallam os art. 1166.º e seguintes do *Codigo*.

O que fica exposto deixa ver bem as grandes duvidas e difficuldades que suscita a leitura do dito art. 1501.º Na verdade, se o *Codigo* se mostra altamente escrupuloso em garantir e respeitar as legitimas, como deixam ver os art. 1784.º e seguintes, se elle manda vir á collação os bens doados aos filhos pelos paes, como dispõem os art. 2098.º e seguintes; se elle prescreve que o dote não possa exceder a legitima do dotado, acrescida a terça dos paes dotantes, segundo determina o § 4.º do art. 1149.º; como é que uma qualquer doação para casamento ha de ser irrevogavel ou irreductivel, ainda que offenda no todo ou em parte as legitimas dos herdeiros legitimarios? Se assim fosse, podia um pae, por odio, doar todos os seus bens a um filho, ou ainda a um estranho, para casamento, e privar d'esta fórma os outros filhos das suas legitimas, reduzindo-os á miseria. Foram estas graves consequencias, que daria na pratica a interpretação em sentido litteral e absoluto do art. 1501.º do *Codigo*, que procuraram evitar os escriptores acima citados, com excepção dos redactores do *Direito*, e até para salvar o *Codigo* de uma flagrante contradicção entre as suas disposições.

Pelo direito antigo tambem as doações, ainda que fossem

para casamento, se reduziam logo que offendessem as legitimas, mas applicava-se em seu favor a terça do doador.— Vejam-se Coelho da Rocha, *Inst.*, § 353; e Correa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 451.º e seguintes.

Applicando agora a doutrina exposta á especie da consulta, é bem de ver que póda haver alguma questão no futuro; mas logo que possa provar-se que o cunhado do consultente tambem recebeu de seu pae valiosas doações, o risco diminhe consideravelmente, porque estas tem de lhe ser levadas em conta na sua legitima, e só irão desfalcar-se das outras doações, se a mesma se não preencher cabalmente. E cumpre ainda notar, que a terça do doador se applica tambem em favor das doações, que elle fez a suas filhas, como determina o art. 2444.º do Cod. Civ.

### § 85.º

#### Doação

Quando precisava de insinuação.—N'ella, ainda que para casamento, não podiam os paes dos conjuges renunciar a herança d'estes.— Sobre a de bens futuros antes do Cod. Civ.— Interpreta-se do modo mais favoravel ao doador.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Na escriptura antenupcial de Luiz e D. Guilhermina, estipularam estes a communicação de bens no caso de haver filhos, e a não communicação no caso contrario, devendo n'este ultimo passar metade dos bens do conjuge predefunto ao conjuge sobrevivo, para os destructar emquanto vivo, passando por sua morte para os herdeiros do conjuge predefunto, concordando em que na hypothese de não haver filhos se não communicariam os adquiridos por titulo gratuito, e só os adquiridos por titulo oneroso.

E' isto o que parece deduzir-se da primeira parte da escriptura, mal redigida e erradissimamente escripta; porque no fim apparece a declaração do noivo, de que a doação, em falta de filhos, era não só do usufructo, mas da propriedade

dos bens, sem que todavia da parte da noiva houvesse a mesma generosidade.

Dez annos depois falleceu D. Rita, a qual instituiu herdeiros seus sobrinhos Luiz e D. Maria, declarando, que a partilha entre elles seria igual, e que o sobrevivo seria usufructuario da metade do predefunto, e só por morte d'aquelle passariam os bens aos herdeiros legitimos ou testamentarios d'este.

Em vista d'estes documentos pergunta-me D. Maria se tem fundamento para annullar a escriptura antenupcial, a fim de lutar a herança de seu irmão Luiz, como sua herdeira ab intestato: e quando não possa annullar-a, se lhe pertencem os bens da herança de sua tia D. Rita, ou se sómente tem o usufructo, devendo passar por sua morte para sua cunhada a metade de seu irmão.

Emquanto á primeira parte póde a consultente combater a escriptura com dois fundamentos.

E' o primeiro, que a doação não foi insinuada; e quanto a *Gaz. dos Trib.* tenha sustentado em varios numeros, que doações para casamento não precisavam de insinuação, por ser onerosa a causa do matrimonio, contudo esta opinão é rejeitada, por opposta á Ord. liv. 4.º tit. 62.º e lei de 25 de janeiro de 1775, pelo *Direito* n.º 26 do 2.º anno, e pela *Rec. de Ley.* n.º 91 e 436.

Havendo pois opiniões pró e contra, é obvio tornar-se muito duvidoso o resultado da questão.

O segundo fundamento consiste em que D. Maria, mãe do noivo, consentindo em ser desherdada por seu filho, emquanto doou seus bens á noiva, praticou um acto illegal, porque com elle prejudicou sua outra filha legitima. Sobre esta questão discorre Lobão, *Obrig. Recipr.*, desde o § 321, opinando, que os paes não podem assim prejudicar seus filhos; mas, como elle proprio reconhece haver opiniões pró e contra, outra vez se torna duvidoso o exito do pleito.

Emquanto á segunda parte póde a consultente allegar em seu favor que, tendo os bens de D. Rita advido muito depois da escriptura de doação, não os comprehendeu, porque seria mister, que Luiz houvesse expressamente doado tambem bens futuros, como sustentam Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1100, e Portugal, *de Donat.*, tomo 1.º liv. 1.º Præl. 2.º § 7.º n.º 33.

Póde sustentar, que em duvida a doação se interpreta do

modo menos oneroso ao doador, e portanto que deve entender-se haver doado só os bens presentes. — Vejam-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 3511 *in fine*, e a tenção publicada na *Rev. de Leg.* n.º 26 a pag. 412.

Pôde ainda dizer, que sua tia depois da morte do primeiro de seus herdeiros chamou á herança os *herdeiros legítimos ou testamentarios* do primeiro que fallecesse, e no nosso caso é a consilente herdeira *ab intestato*, e não D. Guilhermina, que não passa de uma donataria. Ora a intenção do testador é a primeira regra na interpretação dos testamentos, como é expresso no art. 1761.º do Cod. Civ. E se nos disserem, que a testadora estabeleceu um fideicommisso, este era permitido no primeiro grau pela legislação então vigente.

### § 86.º

#### Doação

Interpreta-se da maneira mais favoravel ao doador.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Embora na escriptura o doador não reservasse a faculdade de dispôr por titulo oneroso dos bens exceptuados, inclino-me a que deve subentender-se, porque, se o doador podia livremente deixar taes bens a quem quizesse, como tolher-lhe o direito de os alienar, se d'isso necessitasse? O dominio de taes bens ficava no doador, e por isso era-lhe livre dispôr d'elles em vida, não havendo da parte do doado senão a mera esperança de vir a adquiril-os, se elles ficassem em sêr á morte do doador, por este não haver disposto d'elles em vida.

Por outro lado estas considerações reforçam-se ainda, se attendermos a que é principio assente em materia de doações, que estas são de natureza restricta, devendo sempre interpretar-se em favor do doador, de quem proveio a liberalidade. — Vejam-se *Lobão, Fasc.*, tomo 3.º dissert. 1.ª, nota

1.ª § 28. e *Segundas Linh.*, tomo 4.º pag. 421; *Coelho da Rocha, Inst.*, § 750; *Correia Telles, Dig.*, tomo 3.º art. 92.º; e *Weirrelles, Repert. Jurid.* n.º 1103.

### § 87.º

#### Doação

Quaes os caracteres que a distinguem de dote. — Antes do Cod. Civ. o donatario universal respondia por todas as dividas do doador. — Os direitos hereditarios são regulados pela lei vigente á data da abertura da herança. — Nenhum herdeiro pôde ser obrigado a pagar dividas além das forças da herança, embora a não aceitasse a beneficio de inventario. — Quando é que os prazos estavam sujeitos a dividas.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Não é pelo Cod. Civ. que temos a resolver esta questão, porque a abertura da herança foi anterior ao mesmo, aliás teriamos de recorrer aos art. 1792.º e 2019.º do mesmo, que estão em opposição um com o outro, se bem que parece dever preferir a disposição do segundo artigo, como diz o snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 4.º ex pag. 211.

Vejamos pois qual era a disposição do antigo direito. Antigamente, aceitando-se a herança sem beneficio de inventario, ainda mesmo que este se fizesse, ficava o herdeiro obrigado a pagar o montante das dividas e encargos da herança até pelos seus proprios bens: era portanto mister, que houvesse inventario, feito em forma e tempo legal, e que d'elle declarasse o herdeiro acceptar a herança a beneficio de inventario.

Mais tarde o art. 28.º da lei de 16 de junho de 1855 dispoz, que o beneficio de inventario aproveitava aos herdeiros, ainda que não assignassem termo com essa clausula, nos casos em que lhes aproveitaria pela legislação em vigor, se tivessem assignado o dito termo; e n'este sentido foi julgado na sentença transcripta na *Gaz. dos Trib.* n.º 3942.

Ora é certo, que por fallecimento do devedor se fez inventário de menores, e, quando os herdeiros n'elle não impiorassem o beneficio de inventário, aproveitava-lhes pela citada lei, achando-se solemnizado com as formalidades legais. Eram estas o ser principiado dentro em trinta dias desde a abertura da successão, ou desde a sciencia do herdeiro, e findo em outros sessenta dias, ou todo noventa dias; e conter a descripção fiel e exacta de todos os bens da herança, como se vê em Coelho da Rocha, *Inst.*, § 431.

Tendo fallecido o devedor em 23 de setembro de 1861, foi o inventario requerido pela sua viuva a 3 de outubro seguinte; e consequentemente muito dentro dos trinta dias marcados na praxe de então. Por este lado não ha reparo a fazer.

A conclusão do mesmo é que foi muito além dos noventa dias; porém se attendermos ás demarcações e outras diligencias extraordinarias, que foi mister fazer, ás precatórias que se expediram, e a varias outras diligencias, não se pôde dizer ter havido negligencia dos interessados, momenta sendo um menor; e se porventura algum descuido houve, o que não é bem liquido, foi elle dos empregados do juizo, o que não pôde prejudicar os herdeiros. E' esta mesma a doutrina de Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º tit. 6.º § 9.º, que se contenta com que o inventario se principie no tempo legal, embora o juiz ou o escrivão *dassem* causa a que não se completasse no prazo competente. Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 2.º pag. 397, ensinando que o inventario deve ser concluido em sessenta dias, acrescenta — *sendo possível*.

Como n'esse tempo não havia lei expressa que obrigasse a pedir prorrogação do prazo, como hoje determina o art. 2050.º do Cod. Civ., parece-me que os herdeiros tem fundamentos sufficientes para se defenderem, caso os queiram obrigar a pagar além das forças da herança do pae, porque, enquanto a mãe, menos duvida haverá por haver sido accedido a herança a beneficio de inventario, caso este esteja legal.

Examinada a escriptura de 7 de março de 1839, não achamos n'ella estipulado um rigoroso dote, mas simplesmente uma doação *inter vivos* para casamento. Com effeito, para haver dote no sentido juridico, é mister que os bens

constitutivos d'elle se não communicarem com o marido, sejam inalienaveis, e isentos de responsabilidade por dividas. Estes caracteres do dote exige-os assim a lei antiga como o Cod. Civ., e lêem-se em um accordo do supremo tribunal de justiça de 15 de janeiro de 1869, transcripto no *Direito* n.º 22. Também os praxistas são accordes em notar as differenças que extremam os dotes das doações, e taes são a *Gaz. dos Trib.* n.º 2658; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 267; e o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil anotado*, vol. 3.º pag. 152 e seguintes. Consequentemente, se na referida escriptura não apparece nenhum dos caracteres que deve ter o dote, claro está que houve uma simples doação, e não podemos por isso argumentar com os privilegios dos bens dotaes, para nos estirmos ao pagamento da divida, de que trata a consulta.

Cumpre porém examinar, se a consulente pôde prevalecer-se da sua qualidade de donataria do prazo para esquivar-se a satisfazer por este, o que porventura restar da divida, depois de expropriada a hypotheca.

Se a doação fora posterior á vigencia do Cod. Civ., facilmente se resolveria esta divida pela disposição do art. 1470.º e seus §§. Como porém foi muito anterior, é pelo direito antigo que temos de regular-nos, ou antes pelas opiniões dos juriscóntulos e praxe do foro, por não haver um texto expresso de lei. Ora, segundo estes, o donatario universal de bens é que era equiparado ao herdeiro, e se considerava responsavel pelo pagamento das dividas do doador, maxime se estas eram anteriores á doação. — Vejam-se Meirelles, *Repert. Jurid.* n.ºs 1154, 1155 e 1156; Pereira e Sousa, *Primeiras Linh.*, notas 773 e 777; Portugal, *de Donat.*, liv. 2.º cap. 20.º n.ºs 99 e seguintes; Lobão, *Exec.*, § 40, nota; e Coelho da Rocha, *Inst.*, § 762 n.º 2.º; e assim se julgou em accordo da relação do Porto de 21 de agosto de 1868, copiado na *Rev. de Leg.* n.º 26; sendo para notar que muitos d'estes praxistas só attribuem essa responsabilidade ao donatario universal, se as dividas forem anteriores á doação, parecendo assim isental-o d'ella, se forem posteriores.

Ora, se na hypothese da consulta a doação foi só particular, por ser de bens certos e determinados, e de mais a mais anterior á contracção da divida, parece-me obvio por outro lado, que o prazo doado não está sujeito ao seu pagamento.

E na verdade, como a doação foi *inter vivos*, ficou o seu

objecto pertencendo logo de propriedade á doada e, quando mais tarde foi contrahida a divida pelos doadores, já o praso doado estava em poder allicio, e fóra do seu patrimonio.

Isto pelo lado da doação: mas cumpre notar, que a consulente teve tambem a qualidade de herdeira, e então é mister encarar a questão por este lado. Se se entender, que a mesma aproveitou o beneficio de inventario enquanto a herança paterna, materia que discutimos na resposta ao segundo quesito, é obvio que os bens do praso não estão obrigados á divida, attendendo a que lhe provieram, não por herança, mas por doação anterior á divida. Se infelizmente se entender o contrario, como ficou sujeita aos encargos da herança paterna pelos seus proprios bens, está em risco de tambem perder o praso.

Note-se porém, que esta resolução só respeita áquella metade da divida, a que o pae era obrigado, porque, quanto á outra metade, cuja obrigação incumbia á mãe, como á consulente aproveita o beneficio de inventario, só responde dentro das forças da herança materna, excluido assim o praso e mais bens proprios.

A consulente só é obrigada áquella parte da divida, que lhe competir como herdeira, em vista da expressa disposição do art. 2115.º do Cod. Civ., e do que ensina o sur. Dias Ferreira em a annotação ao art. 555.º, que não fizeram mais do que reproduzir o antigo direito, que pôde vêr-se em Coelho da Rocha, *Inst.*, § 120.

Sendo execução hypothecaria não ha bens a nomear, porque a penhora tem necessariamente de recahir na hypotheca, logo que passe o decendio, dentro do qual os executados podem pagar. Se é execução commum, tem os executados de nomear impreterivelmente dentro dos dez dias, pois, se o não fizerem, devolve-se esse direito aos exequentes, como é expresso em o n.º 1.º do art. 594.º da Ref. Jud.; o que tambem succederá, dando-se alguma das hypotheses do n.º 2.º e seguintes do mesmo artigo.

Finalmente ha um outro meio de defeza, bastante importante, que cumpre apontar. Em regra geral, e salvas algu-

mas excepções, os prazos, que não tivessem a natureza de fideicomissos ou hereditarios, não respondiam pelas dividas do emphyteuta antecessor, por não fazerem parte da herança d'este, segundo se vê em Coelho da Rocha, *Inst.*, § 582; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 3.º pag. 178 e 179; e Lobão, *Dir. Emphyt.*, § 983 e seguintes, da edição de 1828. Ora como o praso doado é de livre nomeação, e arcio não se dar nenhuma das excepções indicadas por aquelles praxistas, pôde ainda por este lado a consulente defender o mesmo praso: mas para isto é ainda preciso lançar mão do beneficio de inventario, como já se disse.

## § 88.º

## Doação

Quaes as formalidades da *inter vivos*, e da *causa mortis*. — A escriptura da *causa mortis* deve conter todas as formalidades de um testamento publico. — Quem perfilha um filho, só pôde depois dispor da sua terça.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Concordo com meus sabios collegas F. e F., enquanto consideram *causa mortis* a doação constante da escriptura de 5 de maio de 1873. Com effeito Francisco declara na escriptura *dar e doar* em usufructo e propriedade o terço de todos os seus bens a sua mulher, no caso de não valer a escriptura antenupcial, ou ella renunciar voluntariamente os beneficios n'ella conferidos, mas acrescenta — em tal caso levantará por seu *fallecimento* o terço de todos os seus bens mobiliarios e immobiliarios de qualquer especie, como dita *fica que por esta lhe deixa e doa* com transferencia do dominio e posse e nos melhores termos de direito, *depois do seu fallecimento*.

Este modo de expressar mostra bem que a doação só tinha de produzir seus effeitos por morte do doador, e portanto ficou com a natureza de disposição de ultima vontade,

é como tal sujeita ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos, nos precisos termos dos art. 1479.º e 1487.º do Cod. Civ., que só estabelece a unica excepção consignada no § unico d'este ultimo artigo quanto ás doações para casamento, excepção que aqui se não dá.

Nem faça duvida usar o doador tambem do verbo *doar*, o que não admira, por ser proprio tambem das doações *causa mortis*, e não exclusivo das doações *inter vivos*. Além de que, dizendo o mesmo que *doa* á criada Maria uma cama apparelhada, e que *doa* á criada Gracinda a quantia de réis 4800, logo em seguida chama *legados* a estas doações, o que bem mostra, que elle doava *causa mortis*, e era como se estivesse testando, e tanto assim que dispoz minuciosamente do seu funeral e bem d'alma.

Estará valida esta doação? N'esta parte afasto-me do aliás dcuto parecer do meu collega dr. F., e abraço o do meu collega dr. F.

Se o Cod. Civ. manda, quanto ás doações *causa mortis*, que fiquem sujeitas ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos, é o mesmo que dizer que para sua validade cumpre observar as disposições contidas nos art. 1911.º e seguintes do Cod. Civ.; e contido na doação de que se trata apenas se encontra observada a solemnidade da assistencia de cinco testemunhas, e todas as mais foram omitidas.

Parece-me, portanto obvio, que a escriptura está nulla, nos termos do art. 1919.º do Cod. Civ., e que pôde ser impugnada no triennio de que falla no art. 1967.º

Se se considerar nulla a referida escriptura de 5 de maio de 1873, tem a fazer-se obra pela anterior esponsalicia, de 8 de fevereiro de 1854, na parte unicamente em que não contrariar os principios de direito. Ora, sendo o filho perfilhado simplesmente natural, tanto pelo direito antigo como pelo moderno, tem direito á sua legitima, e o pae podia apenas dispôr da sua terça, e como na sobredita escriptura o fez com relação ao usufructo de todo o casal, é muito de presumir, que os tribunaes sómente lhe adjudicem o usufructo da terça, e nada mais. Do contrario seria o perfilhado prejudicado em sua legitima, que lhe garante o art. 1785.º do Cod. Civ.

§ 89.º

**Doação**

A *causa mortis* sendo para casamento, produz effeito desde a sua data, e é valida, embora não tenha a formalidade do testamento.  
— Morrendo um dos doados, ha communicação dos bens recebidos, entre elle e o sobrevivente.

**RESPOSTA A UMA CONSELTA**

Achando-se tratado o casamento entre Bento e D. Maria, foi aquelle beneficiado por seu tio Samuel com a doação de certos bens, e esta por seu pae illegitimo, Francisco e por sua madrasa D. Narciza, com a doação de outros.

Tudo isto se levou a effeito por uma escriptura publica de 9 de junho de 1874, feita na nota do tabellião ajudante da comarca de . . . , a que se deu o titulo de doação *causa mortis*, sendo effectivamente solemnizada com cinco testemunhas.

Infelizmente, realisado o casamento, poucas semanas viveu a doada, achando-se agora seu marido no estado de viuvo, o qual me pergunta, se tem alguns direitos, e quaes, aos bens doados.

Examinada a escriptura supra, vê-se que D. Narciza declarou fazer a D. Maria doação *causa mortis* de metade de certas propriedades, que especifica, por pertencer a outra metade *pro indiviso* a seu marido, para que a doada possa entrar no seu dominio, posse e fruição, logo que ella doadora fallecer, condicionando, que, se não tivesse filhos d'este matrimonio, voltariam os bens, ao fallecimento d'ella, a quem a doadora nomeasse em testamento, ficando todavia usufructuario dos bens doados o conjuge sobrevivente.

Seu marido Francisco, doou á mesma, *causa mortis*, a outra metade das propriedades doadas por sua mulher, além de outras, que menciona; mas não estabeleceu a reversão, em falta de filhos do matrimonio que a doada ia contrahir, antes declarou fazer a doação pelas forças da legitima da mesma, pois a reconheceu por filha.

Samuel doou ao sobrinho, por sua morte, a terça de to-

dos os seus bens imobiliarios, e mais certos bens e, dada certa eventualidade, umas casas.

Parece portanto, que esta doação está comprehendida no art. 1457.º do Cod. Civ., por ter de produzir os seus effeitos depois da morte dos doadores e, conseguintemente, que, nos termos do mesmo artigo, tal doação teve a natureza de ultima vontade, e ficou sujeita ás regras estabelecidas no titulo dos testamentos. Parece mais, que a escriptura devia conter todas as formalidades prescriptas nos art. 1914.º e seguintes do Cod. Civ.; e assim o sustenta o *Dirreito* n.º 17 do 4.º anno.

E mal estavam então, porque o tabellião não observou os art. 1913.º e 1918.º do Cod. Civ. quanto a certificar-se com as testemunhas do perfeito juizo e isenção de coação dos doadores, e a portar por fé, que as formalidades legas foram todas praticadas, e em acto continuo.

Diz porém o § unico do dito art. 1457.º, que a disposição d'este artigo não abrange as doações para casamento, ainda que hajam de produzir o seu effeito depois da morte do doador. E apesar do demasiado laconismo dos commentadores a este artigo, como o sr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 3.º pag. 218, o *Dirreito* n.º 14 do 2.º anno, e a *Rev. de Leg.* n.º 27, comiudo do pouco que dizem, e melhor ainda da letra e espirito da lei se deduz, que as doações para casamento, ainda que tenham de produzir os effeitos por morte do doador, subsistem, embora lhes faltem as solemnidades dos testamentos, se tiverem as das doações *inter vivos*, que até certo ponto realmente são, conquanto subordinadas á restricção do art. 1177.º, vigente em a nossa especie, e que n'ella como que veio crear uma nova qualidade de doações, que, não sendo rigorosamente *causa mortis*, tambem não são em toda a sua extensão *inter vivos* em razão da clausula final do mesmo artigo, que as torna caducas, se o doador sobreviver aos donatarios e a todos os seus descendentes.

E comunicar-se-iam os bens doados apenas o casamento se operou?

Assim parece á primeira vista, pela regra geral do art. 1098.º, e porque no art. 1109.º não apparece excepção, que lhe seja applicavel; todavia, se attendermos á clausula da caducidade da doação, expressa quanto a D. Narciza, e deduzida do art. 1177.º, com relação a ella e aos ou-

tros doadores, inclino-me á não communicação, se bem que vacillante.

Consequentemente entendo, que os bens doados por D. Narciza reverteram á doadora pela condição estipulada, e pela clausula legal; porém, se Bento lhe sobreviver, ha de ter o usufructo vitalicio dos mesmos, e só por sua morte se consolidará este com a propriedade nos herdeiros da doadora.

Entendo mais, que n'esta qualidade de usufructuario só tem quanto ás dividas da doadora a responsabilidade designada nos art. 2235.º e 2236.º

Entendo mais, que a doação feita á filha por Francisco caducou completamente, attento o art. 1177.º, sobre o qual pôde ver-se o sr. Dias Ferreira, vol. 3.º nota ao art. 1170.º, visto ella fallecer sem filhos, e caso se entenda que não houve communicação de taes bens com o marido.

Entendo finalmente, que a doação de Samuel está em seu vigor, e só caducará, se o doado fallecer antes do doador, attento o citado art. 1177.º

## § 90.º

### Documentos

- A falta de signal publico nos exarados por tabellião torna-os nulos.
- A posse judicial só pôde conferir-se depois do registro. — Já antes do Cod. do Proc. a falta de valor da acção não era nullidade.
  - As doações por direito antigo precisavam de ser insinuadas.
  - Toda a posse, ou seja de boa ou de má fé, é mantenhavel, passando de um anno.

### Reflexões juridicas por parte da embargante

Manoel era representante legal da embargada D. Antonia, para, pelo substabelecimento da chamada procuração, autorisar o dr. F. a. por seu turno, represental-a n'este juizo? Crêmos que não.

Pouco importa que, entre os papeis que instruíram o requerimento para a posse, se encontre a tal chamada procura-

ração passada por um Antonio Maria, que se diz tabellião em Loulé; porquanto, não estando a letra e assignatura d'elle reconhecida por um tabellião d'este juizo, ignoramos, se é obra do individuo a quem se attribue, e até se elle existe, ou é tabellião, mormente por lhe não vèrmos signal publico, um dos requisitos essenciaes para a sua validade, nos termos do n.º 9.º do art. 2493.º do Cod. Civ., salvo se como tal pôde conceitar-se um pequeno risco quasi horizontal, que a custo divisamos por cima do seu nome, e que como tudo se parecerá, menos com um signal publico.

Não existindo pois nos autos procuração legal feita pela embargada, nem elle nem o dr. F. a representam legalmente, e todo o processo correu nullo, e assim terá de ser julgado. — Ord. liv. 3.º tit. 63.º § 5.º; decreto de 9 de julho de 1855, art. 3.º; Tabell. dos emol., art. 118.º; *Rev. de Leg.* n.ºs 158 e 214.

Por outro lado o art. 954.º do Cod. Civ. determina que a entrega e posse judicial de bens immobiliarios, não exceptuados no § unico do art. 951.º, em caso nenhum pôde dar-se, sob pena de nullidade, sem que se tenha feito o registro do acto juridico, em que o requerimento se funda. Esta disposição é tão generica, que parece não admitir excepção, e d'esta maneira a entendeu a relação de Lisboa no accordo copiado no *Direito* n.º 3 do 4.º anno.

A embargada, prevendo esta objecção, logo no seu requerimento inicial pretendeu sustentar a desnecessidade do registro com duas razões: a primeira, porque pelos art. 2082.º e 2083.º do Cod. Civ., lhe pertence a posse e administração de todas as propriedades do casal; a segunda, porque a propriedade indeterminada não carece de registro, para se poder investir na posse quem a ella tenha direito, e que indeterminada é a propriedade antes das partilhas. A primeira razão adiante responderemos; e a segunda não colhe, porque, tendo-se pedido a entrega de dois predios certos e designados, não podem considerar-se propriedade indeterminada, o que só teria logar, se se pedisse a herança em globo.

Quando porém os fundamentos supra se não julgarem bastantes para fazer annullar a posse, ainda assim ella não pôde subsistir, e os embargos devem ser julgados procedentes pelas razões que vamos adduzir:

O primeiro artigo da contestação a fl. ... comprehendê

uma excepção da embargada, a saber, que, tendo-lhe a posse requerida sido effectivamente conferida, aos embargantes só resta a acção do manntenção ou restituição da posse. E' um sophisma tão palpavel, que não resiste a uma pequena analyse.

Quando a embargada requerer a posse, mandou, é verdade, o meretissimo juiz conferir-lh'a, mas acrescentou no seu despacho de ... — *intimando-se os actuaes possuidores, para no prazo de tres dias opporem o que tiverem por conveniente.* — Esta intimação foi levada a effecto em ... Ou pois havemos de dizer que esta determinação do meretissimo juiz foi uma cousa vã, e inutil qualquer opposição dos embargantes, o que equivaleria a fazer-lhes uma burla, e mettel-os em trabalhos e despezas improductivas; ou que o mesmo quiz supprir a deficiencia da petição da embargada, equivalendo o final do despacho a dizer, que os embargantes se poderiam oppôr, e, se os seus embargos fossem bem fundados, haviam de ser mantidos na sua posse: ora a primeira supposição seria altamente offensiva da reconhecida intelligencia e rectidão de quem despachou.

E se os embargos apresentados fossem frivolos, e inteiramente injuridicos, quem não vê, que não seriam recebidos por sua materia no despacho de fl. ...? E este um meio muito portuguez, que a praxe do fóro admittiu outr'ora, e admite hoje depois da promulgação do nosso Cod. Civ., estando os periodicos juridicos, e os tribunaes repletos d'esses exemplos.

A apresentação d'elles produziu o effecto de ficar a posse nos embargantes. Não somos nós que o dizemos, mas o grande juriconsulto Corrêa Telles, *Acc.*, nota 4.ª ao § 184.

Mas estando valida a posse, estará nullo o subseqüente processo dos embargos? Assim o dá a entender a embargada, quando nò fim d'elles protestou contra a falta de valor dado á causa pelos embargantes. Isto porém não é nullidade, e esta falta é sempre supprida tanto na primeira, como na segunda instancia, mandando-se a causa avaliar. — Lei de 16 de junho de 1855, art. 21.º; Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 307; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 543; accordo do supremo tribunal de justiça copiado na *Gaz. dos Trib.* n.º 1418; dito na *Gazeta* n.º 1946.

Para tal doação ser desattendida, não era necessario, que se annullasse por uma acção ordinaria, bastando que se não mostre insinuada, para considerarse *ipso jure* nulla, como se deduz da Ord. liv. 4.º tit. 62.º pr. *ibi*: «E não sendo insinuadas, não valerão, salvo até á quantia de trezentos cruzados; e quanto ao mais, que passar da dita quantia, não valerão, nem terão vigor, como se nunca fossem feitas». E tambem se deprehende do § 2.º da lei de 25 de janeiro de 1775 *ibi*: «sejam nullas, e de nenhum effeito, quanto ao excesso; bastando o lapso do dito termo, sem outra interposição, para que tuas se julguem».

E' esta tambem a doutrina dos praxistas, como pôde vêr-se em Pereira e Sousa, nota 465; em Lobão, *Segundas Linh.*, nota 465 n.º 2.º; em Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1766; em Pereira de Carvalho, *Primeiras Linh.*, nota 411, da 3.ª edição; e em Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 107.º

Diz Lobão, *Fasc.*, tomo 1.º dissert. 3.ª §§ 137 e 138, que muitos seguem presumir-se a insinuação pelo lapso de trinta annos; mas exigem a posse do donatario, que, na nossa especie, não ha com relação aos bens questionados. Porém o mesmo juriconsulto não se conforma com este sentir, entendendo, que em Portugal nunca se presume insinuação, porque havendo registros publicos, d'onde ella consta, deve recorrer a elles quem interessa na sua validade, e a só não existencia n'elles é prova de a não ter havido.

Não se diga, que esta materia não pôde ser attendida, por não haver sido deduzida nos articulados; porquanto, quando se fizeram os embargos, não podia adivinhar a embargante, que a embargada havia de invocar a doação, e como a lei não admittia replica, não restava aquella outro lugar de apresental-a, senão nas presentes reflexões juridicas.

Acresce, que, se ha treze annos é a embargante quem possui os bens alludidos, e até ahí já os administrava de baixo da direcção de seu avô (o doador), como as testemunhas nos dizem a fl. ... e fl. ..., e se nunca o doado Joaquim veio ingerir-se n'elles senão depois da morte do pae, o que os autos mostram, fica patente, que, apesar de haver Custodio demittido logo de si o dominio, posse e administração, semelhante doação não teve execução em vida do doador, nem portanto pôde proficuaemente contrapor-se á provada posse da embargante.

Segundo o systema do Cod. Civ., extensamente desenvolvido pelo snr. Dias Ferreira no commentario ao art. 174.º, toda a posse de boa fé, e ainda de má fé, é mantida, se passar de um anno, com a unica excepção da facultativa, ou de mera tolerancia, de que reza o § 1.º do citado artigo; mas a embargada não provou que se dêsse esta excepção, estando bem liquido, que a embargante tem possuido *animo sibi habendi*, por estar conscia do seu direito aos bens possuidos, e disposta a não largal-os até se fazerem partilhas do casal de seu avô Custodio, de que é cabeça de casal por expressa disposição do art. 207.º do Cod. Civ.

## § 91.º

## Documentos

Como devem tirar-se as publicas formas.

Estando o original truncado, não podem ellas extrahir-se.

## Declaração de recusa de registro

Recuso o registro definitivo de dominio directo, requerido n'esta conservatoria por Antonio, representado por seu bastante procurador, José, com as apresentações n.ºs 1 e 4-A do Diario de 22 de fevereiro de 1871, acompanhadas estas apresentações d'uma declaração complementar devidamente assignada pelo citado procurador.

O documento apresentado sob n.º 1, é certidão d'um traslado original d'escrptura publica, extrahida com omissão das solemnidades determinadas no art. 2501.º § unico do Cod. Civ., solemnidades exigidas tambem pelo art. 91.º do regulamento do registro predial de 28 de abril de 1870.

Além de que, para fundamentar esta recusa, bastaria vêr que ao documento original, d'onde a mesma certidão apresentada foi extrahida, faltava a ultima folha que continha a assignatura do tabellião, solemnidade esta exigida tambem pelo n.º 9.º do art. 2195.º do citado Codigo.

E para constar passo a presente declaração, que assigno.

Conservatoria privativa da comarca de .... 23 de novembro de 1872. — O ajudante do conservador, F.

Addindo em tempo, declaro tambem que é fundamentado para a recusa d'este registro o requerer-se o registro do dominio directo de 45000 réis annuaes sobre duas glebas, quando do documento apresentado constam cinco.

... dia, mez e anno *ut supra*. — F.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

O conservador de ... recusou o registro definitivo dos tres fundamentos: o primeiro, porque a publica forma, ou copia da investidura, que se juntou, não tem as formalidades do art. 2501.º § unico do Cod. Civ., tambem exigidas pelo art. 91.º do regulamento do registro predial de 28 de abril de 1870; segundo, porque no citado documento se falta o original a ultima folha, que continha a assignatura do tabellião, solemnidade exigida pelo n.º 9.º do art. 2497.º do Cod. Civ.; e terceiro, porque, requerendo-se o registro do dominio directo sobre duas glebas, o documento menciona cinco.

A primeira duvida é facil de remover, requerendo a extracção de uma nova publica forma, com citação da parte.

A segunda tem mais difficuldade, porque não é facil encontrar agora uma nota do anno de 1722, em que o prazo foi feito, e, não apparecendo ao menos outro documento mimiculativo, difficil será que o juiz de direito mande fazer obra por um documento truncado. Parece-me pois, que o meio de remover a difficuldade consiste em fazer-se justificação de posse nos termos do art. 137.º do regulamento referido, e com ella requerer-se de novo o registro.

Pelo que respeita á terceira duvida, como os actuaes emphyteutas, não obstante possuirem apenas dois dos predios aforados, teem pagado a totalidade do foro espontaneamente, e, em menos nos dois ultimos annos, mostram bem que recobrem ter alienado os outros tres predios, e que se sujeitaram á totalidade do foro. Afigura-se-me pois, que o facto culpado d'elles não deve redundar-lhes em proveito, deixando de fazer-se o registro. Mas como provar, que teem pago o foro por inteiro? Informa-se, que não ha documento d'isso, e que sómente pôde provar-se por testemunhas, o que de novo mostra a necessidade da alludida justificação.

§ 92.º

Dote

Sendo descripta a divida d'elle n'um inventario de maiores, e sendo negada pelos interessados, não pôde pelo mesmo inventario dar-se-lhe pagamento.

Requerimento em inventario

.....  
Seja como fór, como estamos em um inventario de maiores, e os supplicantes já negaram a pretendida divida do dote, o art. 2117.º do Cod. Civ. veda terminantemente, que se lhe dê pagamento, e o mesmo seria pelo art. 2118.º, se fosse inventario de menores; tendo o Cod. Civ. seguido n'esta parte a antiga legislação, como se vê da portaria de 14 de março de 1840; do *Man. do Proc.* de Corrêa Telles, § 537; da *Nov. Prat. Jud.* de Sousa Duarte, n.º 1220; das *Memorias* de Eça e Leiva, cap. 1.º §§ 7.º e 8.º, da 3.ª edição; e da *Rev. de Leg.* n.º 23. N'este sentido decidui a relação de Lisboa no *acordão* de 7 de dezembro de 1869, publicado no *Direito* n.º 8 do 2.º anno a pag. 128, no qual se annullou uma partilha, na parte em que se havia dado pagamento a dividas negadas por um coherdeiro; e que, para solver-se a uma vinva a importancia de bens dotaes alienados pelo marido, era mister que se descrevesse como divida passiva e fosse approvada nos termos do art. 2118.º do Cod. Civ., se resolvesse na primeira instancia, como se vê do mesmo *semanario* n.º 24 a pag. 371 e 372. Nem nos argumta a supplicada com o art. 2416.º (pensamos querer dizer-se 2425.º, porque o outro é impertinente) e 2493.º, porque os supplicantes não contestam, que o dote fosse constituido, e não negam que ainda se deva, e d'esta negação, apoiada no art. 2117.º, parece resultar, que, como questão de alta indagação, ha de ser remetida para as vias ordinarias, como dispõe o art. 299.º § 3.º da Ref. Jud.  
.....

§ 93.º

## Dote

Por direito antigo, fundando o matrimonio sem ficarem filhos, communicava-se; mas pelo Cod. Civ. não. — Fazendo-se doação a terça, que se acha *pro indiviso*, pôde o doado requerer inventário para ella se separar e apurar.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Diz Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, § 149 n.º 1.º e 2.º, que findo o matrimonio sem ficarem filhos, se restitue o dote porque, se os hoive, cessa a restituição, em razão de se communicarem os bens dotaes, e se fazerem da herança. O mesmo entendeu Pegas, *For.*, cap. 34.º n.º 112 e 36.º n.º 153; Guerreiro, *Trat. 2.º*, liv. 7.º cap. 15.º n.º 22; e a locução copiada na *Gaz. dos Trib.* n.º 2421.

Outros seguiam a opinião contraria, quando na escriptura antenucipal não houvesse estipulação, podendo vêr-se Melles, *Repert. Jurid.* n.º 713; Corrêa Telles, *Man. do Tabel.* § 138; Coelho da Rocha, *Inst.*, nota ao § 261; Lobão, *Acc.* § 485 e nota ao § 400. *Exec.*, § 613. *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 9.º § 11 n.º 7.º; Maç., *Dec.* 21, n.º 14. Poderá hoje sustentar-se a primeira opinião em face do Cod. Civ., quando trata do regimen dotal? Parece-me que não, e que, ainda que nasçam filhos, nem por isso taes bens se communicam com o marido.

Pedro fez uma escriptura do doação do seu terço a um dos filhos, já maior, com transferencia de dominio, e só com reserva do usufructo, sem que todavia especificasse os bens que haviam de compôr o mesmo terço, conquanto desca- rasse o doador, que era o terço dos bens que actualmente possue.

Agora arrependido principiou a vender, e afirma, que nada ha de conservar, e tudo alienar; e, como o doado nem ao menos pôde registrar, porque a doação foi de bens indivi-

terminados, pergunta o que deverá fazer para resalvar seu direito.

Parece que poderá compellir Pedro a fazer agora inventário para poderem designar seus bens.

§ 94.º

## Dote

Que tempo deve decorrer para se considerar recebido pelo marido, a fim de responder por elle, os seus herdeiros. — Quando é que as doações precisavam do insinuação, e quando eram d'ella dispensadas.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Poderão os herdeiros de D. Anna demandar os herdeiros de Antonio pela quantia de 1:200\$000 réis, com que os tios a dotaram em escriptura antenucipal de 7 de dezembro de 1837, confirmada por outra de 19 de janeiro de 1838? E no caso affirmativo será mister provarem, que Antonio recebeu effectivamente dos tios da mulher esta quantia?

Facil é a resposta affirmativa á primeira pergunta, logo que o pacto da reversão foi expressamente estabelecido na escriptura, e mormente não tendo havido filhos do matrimonio dos dois.

A resposta, porém, á segunda pergunta é mais difficil e complexa. Não diz a proposta quantos annos durou o matrimonio, pelo que teremos de responder hypotheticamente.

A *Novella 100* do imperador Justiniano, que se inscreve — *De tempore soluta pecunia super dote* —, estabelece nos cap. 1.º e 2.º a doutrina de que, enquanto não passarem dez annos desde a celebração do matrimonio, ou desde a epocha, em que o dote devia ser pago, incumbê á mulher, ou a seus herdeiros, a prova de que o marido recebera, mas que, decorrido este prazo, se presume que o marido recebeu.

Esta jurisprudencia foi adoptada pelo codigo civil francez no art. 1569.º, a cujo respeito diz Rogron no seu *Commen-*

tario, que esta presumpção legal só favorece a mulher e seus herdeiros, e nasce de o marido não demandar o dote no decurso de tantos annos.

Coeelho da Rocha, nas *Inst.*, § 277, estabelece o mesmo principio, que hoje é lei do paiz pelo art. 1145.º do *Cod. Civ.*

A *Rev. de Leg.* n.º 103 dá como corrente esta disposição, tanto pelo *Cod. Civ.*, como pelo direito antigo. No entretanto Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, tomo 2.º § 150, n.º 8 e 9, parece seguir diverso rumo, exigindo que a mulher ou seus herdeiros proveam cumpridamente haver o marido recebido o dote, e o mesmo sustenta Pegas, *For.*, por elle citado.

Ainda que temos de regular-nos, não pelo *Cod. Civ.*, mas pela legislação anterior, e respeite muito a sabedoria de Borges Carneiro, prefiro a opinião de Coelho da Rocha; tanto pelas razões e autoridades, em que se funda, como porque o *Cod. Civ.* optou pela doutrina do mesmo; e é até muito provavel que os tribunaes vão para ahí.

Estipulou-se, que os primeiros 6005000 réis seriam recebidos antes de contrahido o matrimonio; e porque este se verificou, suppõe-se a dívida satisfeita, sem o que não é natural, que Antonio quizesse casar, ou pelo menos depois do casamento teria apertado com os tios para cumprirem esta obrigação, o que não consta da proposta. A esta vehemente presumpção acresce a outra legal, se porventura o matrimonio durou dez annos.

Pelo que respeitá aos outros 6005000 réis fixaram-se os prazos de dois, tres, quatro e cinco annos: portanto, se o matrimonio subsistiu mais dez annos sobre cada um d'estes prazos, entra a presumpção de que as respectivas prestações foram pagas.

Suppondo porém, que quanto a alguma, ou quanto a todas não chegou a completar-se o prazo, parece-me fóra de duvida, que os herdeiros de D. Maria precisam provar, que os tios d'esta coturaram o dinheiro a Antonio.

Como se presume, que elle recebeu os 6005000 réis antes de casar, parece que os 4325000 réis, que elle declarou recebidos no seu livro de razão, se devem considerar como dados á conta dos restantes 6005000 réis, se alguma circumstancia, por mim desconhecida, a isso não obstar, e assim a maior duvida seria com relação aos restantes 1685000 réis.

Se pois se entender, que os tios da esposa pagaram a Antonio a sobredita quantia de 1:2005000 réis, é ocioso entrar na questão da validade ou nullidade da doação; pois só o doador ou seus herdeiros eram partes legítimas para impugná-la, como sustenta a *Gaz. dos Trib.* n.º 3241, e elles tanto o não fizeram, que solveram a quantia prometida, devendo os herdeiros de Antonio ser repellidos, se lançassem mão d'essa excepção.

E poderão os mesmos herdeiros de D. Maria exigir dos herdeiros de Antonio a quantia de 1:2005000 réis, que este dote á esposa na escriptura antenupcial, e que nunca pagou?

Aqui é que tem cabimento a questão da necessidade, ou não necessidade, da insinuação.

Pode-se argumentar pela necessidade de se insinuarem as doações e dotes para casamento com a generalidade da *Ord. liv. 4.º tit. 62.º pr.*, e sobretudo da lei de 25 de janeiro de 1778, acrescentado o Assento de 21 de julho de 1797, e a Resolução de 10 de outubro de 1805, que, creando excepções, mais firmaram o principio geral.

Podem citar-se a grande maioria dos praxistas, sendo os de maior vulto Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 268, 737 e 738; Correia Tellas, *Man. do Tabel.*, §§ 142 e 150, e *Dig.*, tomo 3.º desde o art. 117.º; Mello Freire, *Inst. Jur. Civ.*, liv. 3.º tit. 2.º § 20 e liv. 4.º tit. 3.º § 3.º; Meirelles, *Report. Jurid.* n.º 1763 e seguintes; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 1.º pag. 150, da 2.ª edição; e Lobo, *Fasc.*, tomo 1.º dissert. 3.ª § 27, nenhum dos quaes faz a excepção de que nos occupamos; e alguns, tocando na especie, consideram necessaria a insinuação. Se Lobo nos §§ 20 e 30 sustenta, que os pactos antenupciaes entre esposos não carecem d'ella, dá uma razão inapplicavel, a saber, que o seu caracter é eventual e contingente, não que é seguido por outros.

Concorda a Associação dos Advogados de Lisboa, supposto que só por maioria. nos pareceres exarados na *Gaz. dos Trib.* n.º 145, 1879 e 2969.

Finalmente vejam-se o *Cod. Adm.* anotado de 1863 a pag. 278, e tambem de 1865 a pag. 347 e 348; o *Direito* n.º 22 do 1.º anno, 26 e 30 do 2.º anno; o *Jorn. de Jurispr.* n.º 35 do 4.º anno a pag. 552 e 553; e a *Rev. de Leg.* n.º 43, 80, 90, 91 e 136, e ahí se aclaram sentenças e accordões de todos os tribunaes, inclusive do supremo tribunal

de justiça, proferidos n'este sentido, corroborados com as opiniões d'esses periodicos, a que acrescemos os accordãos d'este ultimo, datados de 4 de março e 13 de outubro de 1842, inseridos na collecção de Barros e Cardoso a pag. 176 e 231.

Em vista de tanta coisa desfavoravel pareceria deverem os consulentes desanimar; mas vamos vêr que a medalla tambem tem seu reverso.

A *Gaz. dos Trib.*, já fundando-se na generalidade da Ord. liv. 4.º tit. 46.º, já na disposição da lei de 16 de agosto de 1764; § 8.º, e já em que a causa de matrimonio é sempre onerosa, não sendo portanto taes doações meramente liberaes, sustenta *totis viribus*, comoquanto alguma vez hesitante, que não carecem de insinuação, mesmo sendo feitas por terceiras pessoas, e muito menos pelos proprios esposos. Consultem-se os n.ºs 1344, 1343, 1345, 1347, 1385, 1660, 1727, 1774, 3082, 3083, 3212, 3244, 3718 e 4457; e em varios d'elles se transcrevem decisões n'este sentido de juizes de direito, e algumas da relação, e do supremo tribunal de justiça.

Vê-se pois que não é impossivel vencer-se a questão, mas que ha mais probabilidades contra, maxime por ser esta a praxe mais recente do supremo tribunal de justiça, parecendo abandonada a que em accordão mais antigo tinha seguido.

Nem valerá o terem decorrido mais de trinta annos desde a doação, parecendo não poder arguir-se a nullidade em razão da prescripção, constituída pelo lapso de trinta annos, como se julga na sentença publicada na *Gaz. dos Trib.* n.º 1984; porque, tendo os consulentes de ser AA., podem os RR. accusar a nullidade por meio de excepção, como já sustentava Lobão citado a pag. 124, e hoje é expresso no Cod. Civ. art. 693.º

A minha opinião pois, n'esta parte, propende para que os consulentes só poderão obter os 360\$000 réis da taxa legal, sendo muito arriscado perder o todo da doação, pois nunca pude seguir, por contraria a lei expressa, a opinião da *Gaz. dos Trib.*, sobre o que podem vêr-se umas reflexões juridicas minhas, publicadas na *Rev. de Leg.* n.º 91.

## § 95.º

## Dote

Que transacções podem fazer-se sobre elle, em face da lei e da respectiva escriptura dotal.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Tendo os consulentes optado pelo regimen dotal na sua escriptura antenupcial, e nada convencionando especialmente com relação á venda dos bens do dote, é claro que esta só pôde ter logar nos casos e com as formalidades expressas no art. 1149.º e seus §§ do Cod. Civ.

Pelo que respeita a trocas podem inquestionavelmente celebrar-se, quando se derem os requisitos do n.º 6.º do citado artigo: mas supponhamos, que se quer receber em troca bens de valor inferior aos que se hão de dar, ou que se pretende verificar o contrato sem auctorisação judicial, ficará este valido?

Na escriptura lê-se a clausula seguinte: Que ficam tidos e havidos como dotaes, pelo que diz respeito á futura esposa . . . todos os bens de qualquer natureza, que durante o casamento forem adquiridos por troca, sobrogação, compra ou outro qualquer titulo oneroso. . . ficando desde já por esse contrato auctorisada a futura esposa para fazer taes aquisições.

Mas, se pelo Cod. Civ., em dados casos, se permitem trocas, se os bens recebidos em permutação ficam dotaes, e se para ellas se carece da auctorisação judicial, parece que aquella clausula ou foi uma coisa inutil, enquanto permitiu o que a lei já permitia, e emquanto deu uma licença, que a lei não exigia; ou quiz ir mais além do que o regimen dotal exclusivo o comporta, permitindo *totalis e quaeque* trocas e sem necessidade de licença judicial.

Com effeito o art. 1096.º do Cod. Civ., imitando a Ord. liv. 4.º tit. 46.º, permite aos noivos quaequer licitas estipulações, e não só a escolha de um dos quatro typos ou systemas de regimen matrimonial exclusivamente, mas um mixto de todos elles ou de alguns, como bem diz o snr.

Dias Ferreira no *Codigo Civil anotado* a pag. 49 e 62 do 3.º volume. Não seria pois de admirar, que os pactuantes se afastassem, n'esta parte, do regimen dotal.

Apesar d'isto, pugnando-se na escriptura tantas vezes pelos privilegios do dote, e mostrando-se um especial cuidado em garantir a sua inviolabilidade, do que destoaria a facilidade de fazer trocas desvantajosas, dando bens dotaes por outros de valor inferior, inclino-me antes a que não foi essa a mente das partes, e que a clausula acima mencionada se refere a trocas ignaes ou vantajosas, taes quaes as consente o art. 1149.º n.º 6.º do Cod. Civ., e com as solemnidades n'elle prescritas, muito embora fosse uma excrecencia da escriptura antenupcial.

§ 96.º

Doto

Consistindo em bens mobiliarios, deve dar-se valor a estes. — Sendo obscuras as condições d'elle, como se interpretam, e o mesmo quanto a alimentos por elle. — As escripturas d'elle não podem ser alteradas por outras posteriores ao casamento.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Parece-me que os contratos antenupcial e dotal estão conformes com o direito. Como no dote se comprehenderam tambem bens moveis, devia declarar-se o seu valor, em harmonia com o preceito do art. 1138.º do Cod. Civ., para os fins do art. 1148.º; quando porém assim se não lizesse, o que não posso saber, por não ter presente a propria escriptura, e só um extracto d'elle, incorreu-se na pena fulminada no referido art. 1138.º com referencia aos anteriores, mas não é tal omissão causa de nulidade.

A resposta é difficil de dar. Na falta de um texto claro de lei, e que fira a hypothese directamente, é mister recor-

rer aos principios geraes de direito e casos analogos. Estes acham-se em Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 114 e 750 *in fine*; em Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 155.º e tomo 3.º art. 92.º; e no Cod. Civ. art. 685.º n.º 1.º; e à vista d'elles inclino-me a que, como os pactuantes não designaram a quem havia de pertencer o direito de escolha, terá de attribuir-se aos dotadores.

E' meu voto que o esposo não só tem direito a ser alimentado, mas tambem a receber a pensão integralmente na hypothese prevista. Com effeito, que metade d'ella lhe pertencia, embora não houvesse na escriptura providencia especial para este caso, parece-me inquestionavel, visto que com o beneficio foram contemplados ambos os conjuges: tendo-se porém estipulado particularmente que, se a noiva fallecesse sem filhos e antes dos doadores, ficaria o noivo nas mesmas condições como se fallecida não fosse, quiz-se significar, que receberia a pensão por inteiro. Para lhe garantir a sua metade não era mister o emprego d'esta cautella, porque lh'a davam até os termos geraes da escriptura, logo que a doação foi feita a ambos os esposos.

Duvido muito que possa agora celebrar-se validamente segunda escriptura, em que se incluam no dote bens que ficaram fóra da primeira, attenta a disposição do art. 1141.º do Codigo. E' verdade que contra isto pôde dizer-se, que esses bens já implicitamente se achavam comprehendidos na escriptura antenupcial, porque n'ella se consideraram como dotaes todos aquelles bens, em que a noiva viesse a succeder por morte de seus paes, não sendo por isso applicavel o citado artigo, o qual se refere a bens que entram de novo para o dote posteriormente á celebração do matrimonio. Não obstante o exposto, é facil de ver, que pela primeira escriptura os doadores não ficaram inhibidos de alienar aquelles bens, o que assim não será se forem incluídos agora especificadamente no dote (caso isto fosse legal), e por isso hem se mostra, que pela segunda escriptura é que se tornariam dotaes e revestiriam essa natureza: antes d'isso o direito a elles não passava de mera expectativa, porque na mão dos

doadores estava alienar-os, tornando assim illusorio o mesmo direito.

A vista d'estas ponderações pôde muito bem sustentar-se, que não seria valida a segunda escriptura, porque o addicionamento de bens equivale ao augmento do dote, prohibido pelo referido art. 1441.º Quando porém se faça por accordo dos pactuantes, a nullidade, e havel-a, creio que nada influirá sobre a primeira escriptura.

O que me parece muito sustentavel, é fazer-se agora nova escriptura explicativa das condições menos claras da antiga, mas fugindo-se de alteral-a nas suas bases.

§ 97.º

**Emancipação**

Quaes os effeitos d'ella pela Ref. Jud., e se o emancipado ficava habilitado para fazer quaesquer contratos sobre os seus haveres. — Se as doações mesmo para casamento precisavam ser insinuadas. — Qual a prescripção relativa aos contratos celebrados pelos menores para se tornarem validos. — Os doadores não podem mais tarde dispôr dos bens doados, fazendo testamento.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

*Primeiro quesito*

A doação para casamento era irrevogavel, e por isso nada vale o testamento emquanto á disposição dos mesmos bens?

Surge aqui a momentosa questão sobre a validade ou nullidade das doações para casamento sem insinuação.

Em prol da necessidade da insinuação temos a generalidade da disposição da Ord. liv. 4.º tit. 62.º pr., e principalmente da lei de 23 de janeiro de 1775, a que acrescemos o Assento de 21 de julho de 1797 e a Resolução de 10 de outubro de 1805, que, pelo facto de crearem excepções, mais firmaram o principio geral da insinuação, só dispensavel nos

casos taxativamente marcados n'estas providencias legislativas. E facil é de vér, que esta é a legislação applicavel, e não o Cod. Civ. art. 1472.º, por ser o acto juridico celebrado na vigencia d'ella.

Por outro lado, n'este mesmo sentido opinam quasi todos os nossos praxistas, e dos mais acreditados, podendo citar-se Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 268, 757 e 758; Corrêa Telles *Man. do Tabel.*, §§ 142 e 150, e *Dig.*, tomo 3.º desde o art. 117.º; Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.*, liv. 3.º tit. 9.º § 20, e liv. 4.º tit. 3.º § 3.º; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1763 e seguintes; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 1.º pag. 450, da 2.ª edição; e Lobão, *Fasc.*, tomo 4.º dissert. 3.ª § 27; nenhum dos quaes exceptua da necessidade da insinuação as doações para casamento, e até alguns, tocando na especie, exigem claramente a mesma insinuação. E se Lobão nos §§ 29 e 30 isenta d'ella os pactos antenupciaes, é só na parte em que estes envolvem doações reciprocas entre os proprios esposados.

Ainda no mesmo sentido votou, se bem que só por maioria, a Associação dos Advogados de Lisboa nos pareceres exarados na *Gaz. dos Trib.* n.º 145, 1879 e 2969.

Finalmente a mesma doutrina vémos tambem propugnada no Cod. Adm. annotado da edição de 1863 a pag. 347 e 348; no *Direito* n.º 22 do 1.º anno e n.º 26 e 30 do 2.º anno; no *Jorn. de Jurispr.* n.º 35 do 4.º anno a pag. 552 e 553; e na *Rev. de Leg.* n.º 43, 80, 90, 91 e 136, onde, alem das opiniões dos redactores, veem sentenças e accordãos dos tribunaes, incluindo o supremo tribunal de justiça, podendo quanto a este ultimo apontar-se ainda os accordãos de 4 de março e 15 de outubro de 1842, insertos na collecção da Barros e Cardoso a pag. 179 e 231.

Toda a medalha tem porém o seu reverso. Com effeito a *Gaz. dos Trib.*, fundando-se já na generalidade da Ord. liv. 4.º tit. 46.º, já na disposição da lei de 16 de agosto de 1761, § 8.º, e já em que a causa do matrimonio é sempre onerosa, o que faz que as doações por elle não devam reputar-se meramente liberacs, sustenta *pro aris et focis* a desnecessidade da insinuação. Podem consultar-se os n.º 1341, 1343, 1345, 1347, 1385, 1660, 1727, 1774, 3082, 3212, 3244, 3048 e 4457. N'alguns d'estes numeros apparecem até sentenças de primeira instancia no mesmo sentido, e alguma decisão da relação e do supremo tribunal de justiça.

Fica pois bem evidente que a questão é divididissima. Todavia o meu humilde voto propende para a necessidade da insinuação, attento o preceito generico das leis que regulam esta materia, e porque mal podem as excepções estender-se a outros casos que não sejam os taxativamente designados n'estas leis. As excepções são de sua natureza restrictas, e é hoje principio legal pelo Cod. Civ. art. 44.º Por outro lado a praxe recente do supremo tribunal de justiça vae para o lado da exigencia da insinuação, e parece ter-se abandonado a anterior em sentido contrario.

Se pois a escriptura de que se trata, tem os caracteres de rigorosa doação *inter vivos* com transferencia immediata do dominio, inclino-me a que ficasse nulla por falta de insinuação no excesso da taxa legal, e, se porventura entre os bens doados se não comprehendiam alguns de prazo de vidas, porque em relação a estes, se os havia, não carecia da insinuação, por ter havido reserva do usufructo, como dispoz o Assento de 21 de julho de 1797.

*Segundo quesito*

Sendo valida a doação, seria nulla a transacção, por ter menor, apenas emancipada por casamento, a donataria, que foi no contrato parte outorgante com seu marido?

Conforme a opinião para que me inclinei, respondendo ao primeiro quesito, ficava prejudicado este segundo. Apesar d'isso, suppondo valida por hypothese a escriptura, direi o seguinte sobre a transacção.

Se os menores, quando emancipados pelo casamento, podiam só de per si transigir validamente, é ainda ponto assaz controverso entre os nossos juriconsultos.

Compulsando-se a *Gaz. dos Trib.* n.º 2148, 2150, 2531 e 2690, acharemos sustentar-se n'ella que a disposição do art. 458.º da Reforma (que não pôde deixar de comprehender a transacção) é applicavel a todos os emancipados de que trata o art. 453.º Esta é tambem a opinião de Goelha da Rocha, *Inst.*, § 316, nota; de Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 33; e de Secco, *Trat. de Orphan. Prat.*, part. 2.ª cap. 2.ª secç. 4.ª art. 189.º a pag. 443 e seguintes.

Em harmonia com ella, a transacção ficou nulla, visto que a donataria, não maior mas só emancipada pelo casamento,

não podia sem a competente autorisação intervir n'uma transacção, que envolvia alheação de bens de raiz.

Outros porém seguem o rumo opposto; e taes são o *Jorn. de Jurispr.* n.º 15 do 4.º anno, e o proprio redactor da *Gaz. dos Trib.* em o n.º 4285, contrariando assim a sua anterior opinião sobre o mesmo ponto.

Quanto a mim vou antes com estes segundos, principalmente porque, se pelo art. 435.º da Reforma os menores emancipados podem ser tutores, e por consequencia membros do conselho de familia (art. 394.º § unico), e n'essa qualidade autorisar os menores para transigirem, como se lhes ha de negar a elles proprios a facultade de transacção nos seus proprios negocios? Pois hão de poder autorisar os outros, e carecer de autorisação para si? E' um contrasenso juridico. Se a lei lhes reconheceu capacidade no primeiro caso, a força da logica impelle-nos a reconhecer-l'ha tambem no segundo.

Todavia o maior numero vae para a opinião contraria, apegando-se demasiado á letra do art. 458.º da Reforma, e é possivel que, se a questão fór aos tribunaes, assim venha a decidir-se.

*Terceiro quesito*

Sendo nulla a transacção, terá prescripto a acção que competia á donataria e marido?

Tambem, a fazer-se obra pelo meu modo de vêr, ficaria prejudicado este quesito. Sempre direi sobre elle o seguinte:

Divergem as opiniões em relação ao tempo necessario para haver prescripção. O redactor da *Gaz. dos Trib.* sustenta, fundado n'uma lei romana, que os actos e contratos celebrados pelos menores, sem as formalidades legais e devida autorisação, só podiam ser reclamados até aos trinta annos de idade dos interessados. — Veja-se a *Gazeta* n.º 4402 e 4475. Da mesma opinião é Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, liv. 4.º § 226, n.º 51. Assim se julgou já em accordo da relação de Lisboa, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 4396 e 4397.

Outros porém são de voto que a prescripção n'este caso só se completa pelo prazo de trinta annos, contados desde a celebração do acto nullo. — Vejam-se Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 2154, nota; sentença de primeira instancia na *Ga-*

zeta n.º 2531; e o proprio redactor d'esta, commentando a citado accordão da relação de Lisboa. E como se trata de bens de menores, tambem podemos invocar a auctoridade de Coelho da Rocha, *Inst.*, § 463, e de Corrêa Telles, *Dig.* tomo 1.º art. 4369.º, que sustentam o principio de que os os prejudica a prescripção de trinta annos.

Inclinei-me sempre para esta segunda opinião, por dar maior garantia aos menores, a quem as leis querem especialmente proteger; aliás ficariam em peor situação que os maiores, a quem a acção de nullidade é garantida, em regra, por espaço de trinta annos.

*Quarto quesito*

Não tendo prescripto, qual a acção, e como deve ser a conclusão do libello?

Deve emular-se a acção de rescisão da transacção com a do petitorio dos bens dos doadores, com fundamento na escriptura de doação, que tem de preferir ao testamento, visto que aos testadores já não era licito dispôr de bens, de que tinham abdicado o dominio. — A conclusão pôde ser pouco mais ou menos a seguinte:

P. que n'estes termos e nos de direito deve julgar-se nulla e rescindida a transacção de tal data e pelo contrario valida e legal a doação de tal data, sendo os RR. condemnados a entregar aos AA. todos os bens que possuem pertencentes a herança de FF., que já não podiam validamente testar em razão da sobredita doação, e bem assim nos rendimentos desde a contestação da lide, custas e multa.

§ 98.º

**Embargos**

Modelo de uns, a um inventario, com fundamento de que, tendo havido uma escriptura de partilhas, era preciso primeiro rescindil-a.

Dizem FF., do lugar de ..., d'este julgado e comarcas, que foram citados a requerimento de FF., de ..., para co-

meço de inventario de seus avós FF., devendo o primeiro supplicante marido ser o cabeça de casal, porque o foi de seu pae F., e este o fóra dos avós communs, e considerandose os demais cabeças de casal, com relação aos bens que possuem. Os supplicantes porém oppõem a tão estranha pretensão os embargos infra escriptos, e requerem que, juntos ao processo do inventario, se lhes dê o andamento legal.

P. a v. exc.ª, meretissimo snr. dr. juiz de direito, seja servido deferir.

E R. M.

Por embargos ao inventario de FF., requerido pelos embargados FF., dizem os embargantes FF., de ..., o seguinte:

1.º

P. que os embargados pretendem, que se proceda agora a inventario por fallecimento dos avós communs FF., sendo o primeiro embargante cabeça de casal, por isso que o foi de seu pae F., e este o havia sido dos ditos avós, e considerando-se os outros como cabeças de casal, com relação aos bens em cuja posse se acham, e para prestarem juramento foram já citados; porém semelliante pretensão carece de todo o fundamento legal, porque

2.º

P. que os mencionados communs avós FF., em escriptura de 9 de julho de 1842, feita no extinto julgado de ..., e que se junta em n.º 1.º, doaram a seu filho F., pae dos embargantes, para haver de casar com F., mãe dos mesmos embargantes, os seus bens, impondo-lhes varias condições a beneficio de seus irmãos, cujas legitimas calcularam em cinco mil cruzados, e lhes incumbiram o seu pagamento, não tirando porém, nem podendo tirar, aos ditos irmãos a faculdade de os rejeitarem, e optarem pelas legitimas em bens; mas

3.º

P. que D. Joanna e marido José, paes e sogros dos embargados, por escriptura de 14 de março de 1847, celebrada

7.º

no mesmo extinto julgado, cederam de uma pensão vitalícia, que recebiam do casal, e aceitaram certos bens, que n'ella vem declarados, prezando o valor de 2.085.5000 réis, com que se deram por pagas das legitimas da referida D. Joanna, com a unica excepção da parte que lhe tocasse nos moveis e semóventes, e até figurou de seu fiador e principal pagador a Antonio Pereira.

P. que os embargantes são pessoas de toda a probidade, e incapazes de querer usurpar o alheio.

8.º

4.º  
P. que os bens, com que os paes dos embargados se deram por contentes para pagamento das legitimas, são os descriptos na predicta escriptura, e que se hão de lér ás testemunhas no acto de deporem, sendo certo que os possuiram enquanto viveram, e hoje os possuem os embargados; e tanto assim que confessam nos autos terem em si bens do casal, e estarem promptos a dal-os á descripção e conferencia.

P. que, e é corrente na praxe do fóro, sanccionada por sentenças da primeira instancia, e accordãos da segunda instancia, que o indevidamento chamado a juizo para inventario póde oppôr-se com embargos. — Vejam-se a *Gaz. dos Trib. n.ºs 1938, 3473, 4053 e 4399*; a *Rev. de Leg. n.º 120 e 157*; e *Secco, Trat. de Orphan. Prat., art. 23.º* a pag. 45.º; e assim (Cod. do Proc. Civ. art. 697.º)

9.º

5.º

P. que n'estes termos e nos de direito devem receber-se e julgar-se procedentes e provados os presentes embargos, e por virtude d'elles declarar-se que não ha logar a proceder-se ao pretendido inventario com relação aos bens de raiz, condemnados os embargados nas custas.

P., e em face do exposto os embargados, que respondem pelos seus actos, e pelos de seus paes, a quem representam, e de quem foram herdeiros, não podem vir requerer inventario, enquanto não rescindirem pelos meios legais as mencionadas escripturas, que durante a sua vigencia obstam perpetuamente ao inventario e nova partilha, o que se oppõe por excepção; muito mais porque os paes dos embargantes possuiram em boa fé, publica, pacifica, e continuamente os bens do casal dos avós communs, com excepção dos cedidos; e o mesmo succede com os embargantes; porquanto

§ 99.º

**Embargos**

6.º

Modelo de uns contra a intimação feita administrativamente para prestação de contas de um legado pio, querendo considerarse tal o pagamento de um fóro a nma irmandade. — Legislação e praxe que os manda admitir.

P. que por fallecimento de seus paes FF. fizeram os embargantes partilha do casal d'elles, no qual se achavam envolvidos os bens provindos dos avós communs, o que não consta dos documentos n.ºs . . . , e por virtude d'estas partilhas e transacções se acham na posse titulada, publica, pacifica, continua e de boa fé dos bens, que a cada uns comberram, e esta posse reunida com a de seus paes pelas tempo mais que sufficiente para a prescripção, que por castella tambem se oppõe por excepção.

Diz João de Carvalho, do logar de . . . , d'este concelho, que foi intimado administrativamente para vir prestar contas do legado pio de um alqueire de trigo, que é obrigado a pagar annualmente á confraria da Senhora do Rosario da dita freguezia de . . . O supplicante está convencido de que não é obrigado á prestação d'essas contas pelos motivos exarados nos embargos abaixo transcriptos. Pretende pois

que os mesmos embargos se remetiam ao poder judicial, para ali se conhecer do seu merecimento, em vista do disposto no art. 10.º da lei de 26 de julho de 1855, do que decidiu o conselho de estado em decreto de 23 de junho de 1864, citado a pag. 313 do Cod. Adm. anotado da edição de 1865, do decreto de 23 de fevereiro de 1858, na *Gaz. dos Trib.* n.º 2486 e no *Diar. do Gov.* n.º 104, do decreto de 12 de agosto de 1858, na *Gazeta* n.º 2529 e no *Diario* n.º 230 e do decreto de 3 de março de 1860, na *Gazeta* n.º 2807 e no *Diario* n.º 117, do decreto de 28 de agosto de 1863, na *Gazeta* n.º 3380 e no *Diario* n.º 228.

P. a v. exc.<sup>a</sup>, meretissimo snr. dr. administrador d'este concelho, seja servido mandar juntar os alludidos embargos ao processo da tomada das contas, e remettel-os ao meretissimo juiz de direito d'esta comarca.

E R. M.

Por embargos ao venerando despacho do meretissimo administrador d'este concelho, que ordenou a intimação do embargante João de Carvalho para prestação de contas de um legado pio, diz este, com o devido respeito, o seguinte:

1.º

P. que Manoel, do lugar de ..., era senhor e possuidor de metade de um campo no sitio do ..., limite do mesmo lugar de ..., o qual houve de seus maiores; e sobre este pesava o fóro annual de meio alqueire de trigo da antiga medida, correspondente a 7,646<sup>m</sup>, e isto de tempo immemorial, á confraria da Senhora do Rosario da freguezia de ..., a qual é administrada por dois mordomos, eleitos annualmente.

2.º

P. que da outra metade do mesmo campo era senhora e possuidora Maria Ferreira, do lugar de ..., a qual vendeu a referida metade ao mesmo Manoel, como consta do título particular que se junta, no qual se declara ser foreiro á Senhora do Rosario em meio alqueire de trigo, que ficaria a cargo do comprador.

3.º

P., e d'esta sorte veio Manoel a reennir todo o campo do ... e a ser responsavel por todo o fóro, a saber: um alqueire de trigo annual, ou 15<sup>m</sup>, 293<sup>m</sup>, e como fóro foi sempre tido e reputado na opinião publica, não obstante não apparecer o título da sua constituição, tendo sido pago pelos possuidores d'aquelle predio desde tempo immemorial.

4.º

P., e em face do exposto, esta pensão annual não póde deixar de presumir-se e conceituar-se como um fóro, ou pelo menos como um censo, e nunca como legado pio; quanto mais que

5.º

P. que, segundo a Ord. liv. 1.º tit. 61.º § 41 e mais legislação posterior, consistem os legados e obras pias em missas, anniversarios, resposos, confissões, ornamentos e mais cousas que servem para o culto divino; e bem assim em curar enfermos, dar-lhes camas, vestir ou alimentar pobres e cousas semelhantes.

6.º

P. que, comquanto incumba aos administradores do concelho pelo n.º 2.º do art. 248.º do Cod. Adm. tomar contas do cumprimento dos legados pios aos testamenteiros e administradores de vinculos, morgados e capellas, contudo o embargante nem é testamenteiro, nem administra algum vinculo, morgado ou capella de qualquer especie, nem isso é possivel provar-se.

7.º

P., e em face do exposto parece que o embargante não póde ser compellido a prestar contas de um fóro, ou pelo menos censo, que paga áquella confraria; e que sua superintendencia escapa á acção administrativa; quanto mais que

8.º

P. que o embargante tem pago pontualmente todos os

fóros aos respectivos mordomos, como consta dos recibos exarados nos documentos appensos em n.ºs 2.º e 3.º

## 9.º

P., e nem obsta a disposição do § 1.º do art. 40.º da lei de 26 de julho de 1835 acerca do reconhecimento dos tabelliões dentro do proprio anno a que as certidões respeitarem, o que só tem applicação ás missas, e aos suffragios, que os parochos cumprem em suas igrejas; e nunca aos demais legados pios, se tal podesse considerar-se o foro ou censo referido, como com razão sustenta a *Gaz. dos Trib.* n.º 4185.

## 10.º

P. que o meio de embargos é competente para se deduzir a defeza do embargante, como se decidiu no accordo do supremo tribunal de justiça de 27 de maio de 1862; na *Gaz. dos Trib.* n.º 3128 e no *Diario* n.º 447.

## 11.º

P., e nem obsta, que em certo anno, que o embargante não pôde fixar, mas já bastante remoto, fosse chamado a contas pelo administrador que então servia, e que comparecesse, porque o fez por espirito de obediencia e ignorancia de direito, o que não conferia jurisdicção ao dito administrador, que só vem da lei, nem fez perder a essencia das cousas, e transformar-lhe a natureza.

## 12.º

P. que n'estes termos e nos de direito devem julgar-se procedentes e provados os presentes embargos, e por meio d'elles julgar-se não ter logar a prestação de contas, que administrativamente se lhe exige.

§ 100.º

## Escriptura

Quando pôde haver nullidade, por ter figurado n'ella como testemunha um sujeito, assignando depois outro. — Não é preciso que o tabellião diga que, tendo-a lido foi, pelos outorgantes ratificada. — Antes do Cod. Civ. não precisavam do signal publico do tabellião, hoje sim. — O que era necessario para a validade dos esponsacs. — Uma escriptura pôde conter diferentes contratos, e, estando uns nulos, podem estar outros validos.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Examinei a escriptura esponsalicia celebrada entre João e D. Joanna em data de 7 de junho de 1853 na nota do tabellião F., e a bem elaborada e minuciosa consulta que a acompanhou, e a que me cumpre responder o seguinte:

Deixarei para o fim as quatro primeiras nullidades, que n'ella se apontam, por dizerem respeito á lei de 6 de outubro de 1784, e principiarei por occupar-me das tres ultimas.

## Quinta nullidade

Consiste ella em que uma das testemunhas se assignou sempre Joaquim G., e na escriptura apparece com o nome de Joaquim T. A omissão porém dos dois ultimos appellidos não importa nullidade, se não poder combater-se a identidade de pessoa, sendo certo, que quem usa de muitos sobrenomes ou appellidos, não poucas vezes omite os ultimos. O que poderia pôr em duvida, se a testemunha era o tal Joaquim G., seria o acrescentamento da palavra — Thesoureiro — considerada como appellido, mas se na proposta se confessa que elle é thesoueiro da igreja matriz de . . . , claro está, que o tabellião quiz indicar o emprego da testemunha e não addicionar-lhe o appellido — Thesoureiro —. Demais, examine-se a escriptura na propria nota, e ahi ha de conhecer-se, se a assignatura é do Joaquim G. ou de outro desconhecido; e, n'este ultimo caso, terá seu valor a nullidade, depois de verificada esta circumstancia por um exame em a nota.

Verdade é, que o snr. Sousa Duarte no seu *Form. dos Tabel.*, numerando os substanciaes de uma escriptura, colloca em setimo logar o mencionar-se a sua leitura perante as partes e testemunhas, e a sua ratificação. Não sei bem o que elle quiz dizer n'isto, mas se quiz dizer que o tabelião deve declarar que depois de lida a escriptura, declararam as partes que a ratificavam, é singular esta opinião, porque os outros tratadistas não mencionam semelhante formalidade. — Vejam-se Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 4.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 188; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 428; e Pereira e Sousa, nota 458.

Mas o mais é que, lida a maior parte das normas ou formularios das escripturas, que este escriptor nos apresenta, n'ellas se não encontra a tal ratificação depois da leitura. Em verdade quem assigna uma escriptura, confessa, approva e ratifica o que n'ella se contém, como diz Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1286.

#### Sétima nullidade

Se a escriptura houvera sido feita depois do Cod. Civ., sem duvida estaria nulla por falta do signal publico do tabelião, em vista do disposto no n.º 9.º do art. 2495.º do mesmo. Assim é que Pereira e Sousa na citada nota 458 parece entender, que nas escripturas era essencial o signal publico; porém ou elle se refere aos traslados d'ellas, e tem razão, ou se se refere ás proprias originaes, lançadas na nota, não foi seguida a sua opinião nem pelos outros praxistas, nem na pratica do fóro, o que é facil verificar, examinando os antigos livros de notas. Não me parece pois que proceda a referida nullidade, comquanto possa allegar-se, se porventura se pozer em juizo a acção.

Esquecia-me dizer, que quem lê o § 9.º do *Man. do Tabel. de Corrêa Telles*, poderá considerar essencial o signal publico, mas este sabio escriptor aclara o seu pensamento no *Dig.*, tomo 1.º art. 316.º e 317.º, considerando só necessario o dito signal publico nos traslados; e nem a *Ord.* exige outra cousa.

#### Quanto ás quatro primeiras nullidades

E sem duvida, que na escriptura se dão as faltas mencionadas na proposta, mas serão ellas sufficientes para se annullar a escriptura de esponsaes? Na *Gaz. dos Trib.* n.º 3969 menciona-se uma escriptura esponsalicia, na qual os esposos nem declararam os logares da sua naturalidade, nem as pias de seus baptismos, e, perguntando-se á redacção se os esponsaes estariam nullos, bem como as doações feitas aos esposos na mesma escriptura, respondeu ella, de um modo vacillante, inclinando-se porém a que aquellas faltas não eram substanciaes do contrato esponsalicio, nem por conseguinte o annullavam. Eu porém sou de opinião contraria, parecendo-me que todas as prescripções contidas na lei de 6 de outubro de 1784 são essenciaes para validade dos esponsaes, o que se collige de todo o contexto da mesma, signanter do § 9.º *ibi*. «Porquanto sendo declaradas nullas, irritas e de nenhum valor as promessas, pacts e convenções esponsalicias, que não forem contrahidas na forma, que sou servida prescrever n'esta lei». Do meu sentir é tambem Lobão, como se vê das *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 5.º §§ 2.º e seguintes a pag. 169 n.º 7.º E assim parece entendel-o Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 128, e *Dir.*, tomo 2.º art. 56.º, não obstante que Coelho da Rocha, *Inst.*, § 208, e snr. Sousa Duarte, *Form. dos Tabel.*, § 24, pareçam prescindir, não sei com que fundamento, de algumas d'ellas.

Se pois se tratasse de pôr em juizo a acção de esponsaes, a fim de que um esposo reconhecesse o outro por seu esposo, e effectuasse o matrimonio, ou aliás pagasse a pena (acção que hoje não poderia ter logar pelo art. 1067.º do Cod. Civ.), nos termos que ensinam Corrêa Telles, *Acç.*, § 57; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 209; e Lobão, *Acç.*, desde o § 662, eu não vacillaria em aconselhar ao esposo demandado, que se defendesse com a nullidade do contrato, proveniente da nullidade da escriptura. — Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 8.º § 7.º *in fine* a pag. 272; não pela falta de intervenção do pae do esposado na escriptura, a qual não era necessaria logo que este era maior, e já viuvo, mas pelas outras faltas apontadas na consulta.

Mas o caso é outro, porque não se trata da acção de esponsaes, mas de convenções autempiciaes, estipuladas na mesma escriptura, e que podiam subsistir sem os esponsaes,

assim como os esponsaes sem ellas, sendo certo que em um e mesmo instrumento se podem celebrar diversos contratos, os sejam independentes, ou connexos, como diz Lobão, *Fac. dissert.* 5.º § 24, nota.

Parece que para os contratos matrimoniaes, não havendo esponsaes, não era substancial a escriptura publica, antes do Cod. Civ. art. 1097.º, e só necessaria *ad probationem*, como se sustenta no *Jorn. de Jurispr.* n.º 5 do 4.º anno: fosse porém como fosse, a escriptura houve-a, e se não tinha as solemnidades especiaes da lei de 6 de outubro de 1784, tinha as indispensaveis para o commun das escripturas, visto que não admittimos as nullidades quinta, sexta e setima.

Ficaria pois a escriptura nulla com relação aos esponsaes, mas valida com relação aos outros pactos diversos dos esponsalícios? Esta é a grande questão.

O § 9.º da citada lei de 6 de outubro de 1784 parece restringir a nullidade *das promessas, pactos e concessões esponsalicias*, dando a entender, que as demais convenções foram valiosas, ainda que a escriptura não seja revestida de todos os requisitos introduzidos pela mesma lei, e neste sentido parece ter resolvido o accordão do supremo tribunal de justiça de 20 de outubro de 1857, o qual vem copiado no *Diar. do Gov.* n.º 261 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2390, limitando-se n'elle a nullidade de uma escriptura esponsalicia a *quaesquer promessas, pactos e concessões esponsalicias* (já se vê que copia as palavras do dito § 9.º), que não fossem contrahidas com as solemnidades prescriptas no § 1.º e seguintes; pelo que se declarou valida a nomeação de um praso feita por um individuo maior (talvez o esposado), não obstante ser menor a esposada, e não ter intervindo na escriptura o pae, tutor ou curador d'ella. Esta parece ser a doutrina do accordão, supposto que, para melhor se entender, cumpria ter presentes algumas peças do processo. Também em uma escriptura, na qual se celebraram dois contratos, sendo um de doação, nullo por falta de insinuação, resolveu por unanimidade a Associação dos Advogados de Lisboa em 1 de dezembro de 1855 (consta da *Gaz. dos Trib.* n.º 3025), que o outro contrato da instituição de um vinculo estava valido, nada tendo com elle a nullidade do primeiro.

Vê-se portanto que, sendo posta em juizo a acção, que se pretende, não faltarão armas para ser combatida, desde-se que, se os esponsaes ficaram nullos, não o ficaram as

outras convenções antenupticiaes, que podiam subsistir de per si independentemente da promessa esponsalicia.

Por outro lado a *Gaz. dos Trib.* n.º 1503, apreciando uma escriptura, que continha a promessa de casamento ou esponsaes, e varios pactos sobre successão dos bens, mas em que interveio um menor sem auctorisação do seu tutor, vota resolutamente pela nullidade de quanto na escriptura se estipulou, invocando a mencionada lei de 6 de outubro de 1784, e tira por consequencia, que os bens dos pactuantes se communicaram. Veja-se tambem a *Gazeta* n.º 1343, na qual vem transcripta uma tenção, em que parece considerat-se esponsalicia uma convenção, que diz respeito á vnderagem do futuro matrimonio, e não aos proprios esponsaes.

Firmada n'esta doutrina, é que a irmã de João pôde ir a juizo, pedindo que se julgue nulla a escriptura, e todos os pactos e convenções, que encerra; o matrimonio contrahido segundo o costume do reino; e ella herdeira unica de seu fallecido irmão, reclamando a entrega da herança. Parece-me porém, que não poderá pedir-se o predio, que os tribunaes por sentenças passadas em julgado já declararam ser da viuva D. Joanna, muito embora no respectivo processo se não discutisse a validade da escriptura.

Como acima já apresentamos o reverso da medalha, bem vê o consulente, que o resultado do pleito virá a ser muito duvidoso. E' o que se me offerece dizer sobre esta importantissima materia, submettendo em todo o caso o meu voto a outros mais auctorisados.

## § 101.º

### Escripturas

Quando podem escrever-se em papel branco, por falta d'elle sellado, e como se legalisam n'este caso. — De mutuo, de que se não pagou o sello devido, como podem revalidar-se. — O registro que recabe sobre uma escriptura de mutuo, que não estava sellada, não a revalida, e quaes as penas em que o conservador incorre. — Sobre a forma da renovação dos antigos registros, e dos effeitos ficavam produzindo. — O mutuo superior a 200\$000 réis não pôde provar-se por testemunhas. — Como deve ser deduzida a simulação d'ellas.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Respondendo aos variados pontos da consulta de Joaquim Antonio, cumpre-me dizer o seguinte :

A escriptura n.º 1, de 17 de maio de 1865, contém as solemnidades que exigia o direito então vigente. O mesmo não pôde dizer-se do traslado, o qual está passado em papel sem sello; e não obstante declarar o tabelião, á margem d'ella, que vai pagar sello, por não haver papel sellado, verificando-se o pagamento dentro do prazo marcado no art. 12.º do regulamento de 10 de dezembro de 1861, contando faltou o outro requisito, de o escrivão de fazenda, ao lançar a verba do pagamento do sello, confirmar a declaração da falta d'aquelle papel.

Acresce que, declarando-se no fim do traslado, que a hypotheca foi registrada, escapou um erro visível do data, dizendo-se realizado o registro, em 13 de maio de 1865, quando a escriptura é de 17 e o traslado de 25 do dito mez e anno.

Por tanto se vier a fazer-se uso d'esta escriptura, adoptando-se a opinião, que ao diante emitirei, será necessario tirar a mesma por certidão, passada nos termos do art. 2501.º n.º 2.º do Cod. Civ.

Apreciemos agora a segunda escriptura, de 11 de junho de 1868. O art. 4.º da lei de 1 de julho de 1867 diz, que todos os documentos comprehendidos na tabella n.º 2, que não tiverem sido sellados nos termos da lei, serão insanavelmente nulos, e não poderão ser admitidos em juizo, nem perante qualquer auctoridade, repartição ou funcionario publico; e o mesmo repete o art. 57.º do regulamento de 4 de setembro de 1867 (e tambem passou para o art. 80.º do regulamento, ora vigente, de 2 de dezembro de 1869); ora na tabella n.º 2 estão comprehendidos os titulos de nullo, incluindo as escripturas, que o regulamento de 10 de dezembro de 1861 excluiu.

Posto isto, e não se tendo pagado o sello da predicta escriptura de 11 de junho de 1868, ficou incursa na pena, embora ella seja tão exorbitante e draconiana, que não pôde justificar-se aos olhos da boa razão, bastando que ficasse sujeita a uma multa para revalidar-se, como acontece com outros documentos. Pouco importa, que o conservador registrasse a hypotheca n'ella constituida, contra o que dispanha

o art. 199.º n.º 9.º do regulamento de 28 de abril de 1870, sujeitando-se assim á pena do art. 200.º, porque isto não deu validade á escriptura, e, intentada a execução hypothecaria, se o executado oppozer embargos, acostando-se ao n.º 3.º do art. 211.º do citado regulamento, terá de triumphar.

E é quasi certo, que um devedor, que em 3 de maio de 1871 vai assignar a Miguel uma escriptura de divida avultada, quasi hypothecando os mesmos bens, mas com todos os visos de simulada, não ha de descuidar-se de embargar. Como pois obviar o consulente ao seu prejuizo, e frustrar os planos do infiel devedor? Difficil é a resposta; e talvez pouco seguro o remedio, que vou applicar. Mas não me occorre outro; a não ser esperar-se pelo resultado da discussão do projecto de lei, pendente na camara dos deputados, que propõe o revalidarem-se escripturas d'esta natureza; sendo muito provavel a sua conversão em lei, porque é grande o numero d'ellas, e valiosos os interesses prejudicados.

Mas vamos ao remedio. O art. 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868, o qual teve por fonte a portaria de 28 de março antecedente, dispunha, que as hypothecas registradas, antes da lei de 1 de julho de 1863 (que só se poz em execução no 1.º de abril de 1867, sendo portanto applicavel o citado artigo a todas as hypothecas constituidas antes d'esta ultima data, tendo sido registradas), continuassem independentemente de novo registro, a produzir todos os seus effeitos por espaço de um anno, e que sendo registradas dentro d'esse anno, conservassem a antiguidade a contar do primeiro registro; disposição que passou para o regulamento de 28 de abril de 1870, como se deprehende do art. 80.º e do n.º 6.º do art. 150.º

E' certo ter havido diversas prorogações do prazo da renovação do registro das hypothecas de preterito, a ultima das quaes, estabelecida na lei de 15 de junho de 1871, se estende até 22 de março de 1873. Deve pois o consulente requerer ao conservador, que, como prescinde do registro da hypotheca de 11 de junho de 1868, attenta á sua visivel nulidade, lhe renove o registro da de 17 de maio de 1865, ao que cremos não poderá oppôr objecção rasavel; e renovado que seja, pôde o consulente basear no certificado d'elle execução hypothecaria pelos 500\$000 réis, de que reza a escriptura.

Em nosso apoio vem a auctorisadissima opinião do sr.

Dias Ferreira no seu commentario ao art. 249.º do Cod. Civ. a pag. 400.º, aonde se exprime assim:

«O favor de ampliar o prazo para o registro das hypothecas, que pela legislação antiga não eram a elle sujeitos, ou para o acoo registro das que estavam registradas, significa que, effectuando-se o registro dentro d'este prazo, não só a sua prioridade se conta desde a sua constituição quanto ás primeiras, e desde o registro primitivo quanto ás segundas, preferindo assim a todos os registros feitos nos livros das conservatorias; mas que ficam gosando de todas as vantagens que a nossa legislação concede ás constituidas depois da sua promulgação».

Suppondo porém absoluta impossibilidade de obter-se a renovação do registro (o que não é de receber) ou seja do conservador, ou do poder judicial, se para elle se recorrer, ainda nos resta o meio de fazer cancelar por acção ordinaria, nos termos do art. 995.º do Cod. Civ. e correspondentes, do regulamento, o registro da escriptura de 11 de junho de 1868; conseguido o que, cessava toda a duvida para a renovação do registro da escriptura de 17 de maio de 1865.

Em qualquer dos dois casos, munido o consulente do respectivo certificado, pôde intentar a acção hypothecaria; e se porventura o executado viesse com embargos de navação, querendo considerar a segunda escriptura como uma substituição da primeira, opponha-se-lhe o art. 813.º do Cod. Civ., que declara subsistente a antiga obrigação, quando a navação é nulla. Alem de que, tendo o executado de provar os embargos com documento legal, como exige o n.º 4.º do art. 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870, legal não tra a tal escriptura de 11 de junho de 1868, se importasse navação, do que duvidamos, em vista dos arts. 802.º e 803.º do Cod. Civ.

Mas se á sobredita execução vier com preferencias Mignel? Pouco receio pôde incutir-nos. Em primeiro lugar, renovado o registro da escriptura de 17 de maio de 1865, retrotrahese á data do primeiro registro, e então é applicavel o art. 1017.º do Cod. Civ.

Em segundo lugar, a escriptura de 3 de maio de 1871, unico documento que pôde invocar, não está celebrado nos termos do art. 2495.º do Cod. Civ. Com effeito exige o n.º 6.º o reconhecimento da identidade dos outorgantes, e este acha-se feito apenas pelas testemunhas, quando o devia ser

ou só pelo tabellião, por ser quem tem fe publica, ou por elle e pelas testemunhas, a simuli do que dispõe o art. 1913.º com relação aos testamentos publicos. Demais o n.º 4.º exige que, a rogo de cada pessoa que não saiba escrever, assigne uma que saiba fazel-o, e não uma só d'estas por todas aquellas, como entendem o *Diritto* n.º 27 do 3.º anno, e a *Rev. de Leg.* n.º 83; o que se não observou na sobradita escriptura, assignando um a rogo de muitos.

Tambem não pôde o consulente receber embargos de terceiro por parte da mãe e sogra dos devedores, a titulo de socia nos bens, como quer figurar-se na escriptura de 3 de maio de 1871, pois que, informando-se que os bens hypothecados foram adquiridos pelos ditos devedores, ha para oppôr a taes embargos o art. 1287.º do Cod. Civ.

Suppondo que o consulente obtem por este modo o embolso de 5005000 réis, resta saber, se terá meios de ir buscar os restantes 2705000 réis e juros. Isto só pôde ajuzar-se por acção ordinaria, com precedencia de conciliação; mas como o mutuo e a usura excedentes a 2005000 réis, e inferiores a 4005000 réis, só podem provar-se por escripto, como dispõem os arts. 1534.º e 1613.º do Cod. Civ., parece-me que o consulente terá apenas de pedir em juizo uma quantia menor de 2005000 réis, que possa provar por testemunhas, resignando-se a perder o resto.

Como porém se me diz, que os devedores não fazem bens, além dos hypothecados a Mignel, será mister com esta acção ordinaria cumular a de nulidade e rescisão da escriptura celebrada com este, não só pelos defeitos já arguidos, mas tambem por simulação, agrupando-se para isso todos os indícios e presumpções d'ella, como o não estar o figurado credor em circumstancias de emprestar, ser feita a escriptura em comarca alheia, a seis leguas de distancia, as indiscretas declarações dos devedores, e tudo o mais que for attinente a este fim. Pôde vêr-se na *Rev. de Leg.* n.º 158 um libello, em que se accumularam grande numero d'essas presumpções, desenvolvidas nas reflexões juridicas publicadas no n.º 160, em que recibui a sentença de primeira instancia, que se lê no n.º 179, julgando a acção procedente.

Pelo que respeita a outras quantias mutuadas pelo consulente aos mesmos devedores, e de que não ha titulos, não devem cumular-se com o outro petitorio; já porque ficava o todo excedendo os 2005000 réis, e já porque ha diversas opt-



mente avultada quantia. Pareceu-me, que d'esta maneira a  
cava o R. seguro, porque a todo o tempo que o A. voltasse  
a juizo, podia ser-lhe opposta a excepção *rei judicate*.

### § 103.º

#### Execução

Na fiscal não é precisa a habilitação de herdoiros. — Pode requerer-se exame nos livros de uma companhia para provar o pagamento de um credito a ella. — Sendo negada a obrigação de pagar um credito mutuado, deve a decima de juros ser lançada ao credor. — De que recurso pôde este usar, n'esta hypothese, e em que tempo.

#### Contra-minuta de recurso

A direcção da Companhia de . . . no seu recurso parece suppôr, que o processo administrativo do lançamento da decima dos juros tem a natureza de processo judicial, baseando sobre este equívoco uma parte da sua argumentação.

E' bem sabido, e dizem-nol-o o Codigo das Contribuições Directas a pag. 272 e o Manual do Escriptivo de Fazenda a pag. 37, que a decima dos juros tem sido ultimamente lançada nos termos das instrucções de 22 de abril de 1831. Ora o art. 69.º das mesmas determina que, concluido o lançamento, a junta annunciará por editaes, com antecedencia de dez dias, que elle estará patente por espaço de quinze dias, para se receberem as reclamações contra o mesmo, as quaes deverão ser por escripto, e assignadas pelos reclamantes. O art. 70.º manda que a junta examine e decida as reclamações dentro do prazo de cinco dias, contados d'aquelle em que houver findado o das mesmas reclamações.

Os art. 75.º e seguintes tratam dos recursos das decimas das juntas para o conselho de districto, marcando o seu prazo; e desde o art. 79.º trata-se dos recursos d'este para o conselho de estado. Finalmente o art. 85.º dispõe que, fóra dos prazos estabelecidos, só poderão recorrer extraordinariamente para o governo, pelo ministerio da fazenda, as pessoas ali enumeradas; porém este recurso não obsta ao

pagamento, e só dá direito a uma compensação no anno futuro.

Tendo pois a direcção recorrente manifestado na administração d'este concelho, no dia 4.º de abril de 1868 a dívida de 2008000 réis, de que se dizia devedora D. Maria; e sendo o recorrido Luiz Vieira um dos interessados, por haver casado com D. Efigenia, uma das filhas e herdeiras da falecida D. Maria; e constando-lhe este manifesto, acudiu a juizo com a sua petição (que a recorrente juntou por copia) em data de 8 de maio de 1869, com o fim de que a decima fosse lançada á credora manifestante, a qual teve o despacho seguinte: — «Os da junta deferem ao supplicante, em vista do que allega. — . . ., 15 de junho de 1869».

Dando, sem o conceder, que a junta procedesse com menos justiça, tinha a direcção de interpôr o seu recurso nos prazos marcados na lei citada, que são fataes; e não agora, quatorze mezes depois, quando o processo do lançamento está no estado que consta do documento n.º . . .; muito mais quando o seu procurador José teve logo noticia do despacho da junta, o que nem preciso era, porque a recorrente tinha obrigação de examinar o lançamento.

E tinha essa obrigação, porque, fazendo um manifesto inexacto, e de uma dívida, pelo menos em grande parte, paga, deveria prever que os interessados não deixariam de socorrer-se ás disposições da lei de 7 de abril de 1838, art. 8.º § 13.º, edital de 10 de janeiro de 1813, § 4.º, e mais legislação citada na petição do recorrido, junta por copia, querendo fazer recahir sobre a recorrente as consequencias de tal manifesto. Por esta razão nem mesmo lhe caberia o recurso extraordinario, quanto mais o ordinario, que interpõe extemporaneamente.

E quando mesmo a direcção estivesse a tempo, cumpria que primeiro reclamasse perante a junta, e só do seu indeliberamento é que tinha logar recurso para o conselho de districto, sendo este salto illegal mais um motivo para que d'elle se não tome conhecimento n'este rectissimo tribunal.

Bem pensou um recorrente, de que trata a *Gaz. dos Trib.* n.º 2366, que seria attendido seu recurso fóra de tempo, invocando o art. 281.º do Cod. Adm.; mas o conselho de estado no decreto de 15 de abril de 1837 não lhe deu provimento, em attenção á segunda parte do mesmo artigo, que exceptua da sua disposição generica os casos em que as leis

fixam os prazos para a sua interposição, como acontece n'aquella especie em tudo igual á nossa.

Apesar da intima convicção em que estamos, de que do recurso se não toma conhecimento, não deixaremos todavia de rebater os argumentos com que, a deshoras, a recorrida impugna a pretensão deferida do recorrido. Quasi no principio da sua petição de recurso confessa a direcção ser falcida a originaria devedora D. Maria, nas palavras — *hoje seus herdeiros* — e portanto, se a junta não tivesse lançado a decima á credora manifestante, tel-a-ia lançado aos herdeiros da supposta devedora, como é pratica constante, por não exigirem as leis do lançamento das contribuições habilitações do herdeiros; e nem mesmo as execuções fiscaes, como, em vista da Ord. liv. 2.º tit. 52.º § 5.º e outra legislação, sustenta Castro Netto, nota ao art. 663.º da Ref. Jud., se deuzo do art. 346.º d'esta, e julgou o supremo tribunal de justiça no accordo de 8 de outubro de 1847.

Portanto, se a fazenda nacional gosa do privilegio de collectar no lançamento os herdeiros de qualquer devedor, sem nem mesmo lhes declarar os nomes, é obvio que esses herdeiros tem reciprocamente o direito de se defenderem sem previa habilitação. Se assim não fosse, como esta tinha de ser feita perante o poder judicial, havia de consumir sempre mais tempo que o prazo para o recurso, d'onde se seguia, que a lei não deixava aos herdeiros meio de repellirem uma injustiça, absurdo de tal marca, que crêmos que nem os povos barbaros o admittiriam na sua legislação.

Mas apesar d'isto, apesar de que a junta, composta de visinhos do recorrido, nenhuma duvida oppoz á sua qualidade de interessado, á sua legitimidade, e apesar de não estarmos em processo judicial, no qual só teria cabimento a doutrina da direcção, contudo, para lhe tirar escrúpulos, ahí se junta o documento n.º ...

Mais avisadamente andaria a direcção, se empregasse o seu escrúpulo em examinar os livros e documentos da casa, porque ahí acharia no livro das contas correntes, que D. Maria pagou em 13 de julho de 1826 o resto dos juros, que devia até essa data, e 503000 réis por conta do capital, o qual ficou reduzido a 1503000 réis; que em 12 de abril de 1828 entrou a mesma com os juros em divida, e 503000 réis de capital, que ficou em 1003000 réis; e que o proprio Luiz Vieira, hoje recorrido (fal-o-ia, se não fosse interessado?)

entregou no 1.º de julho de 1831 os juros restantes, e réis 255000 para se abaterem no capital, que foi assim reduzido a 755000 réis: se consultasse os livros do cofre a fl. ..., a fl. ... e fl. ... lá acharia a confirmação de tudo. E' o que consta dos recibos que o recorrido havia junto em publica forma; mas, como foram duvidados, ahí se exhibem os originaes.

Dirá ainda a direcção que, apesar de impressos, e firmados com as assignaturas de seus deputados inspectores, são falsos? Quem sabe? Se o exc.º tribunal não rejeitar, por extemporaneo, o recurso, e entender que deve tomar conhecimento d'elle, requer o recorrido exame nos dois livros a que os recibos se referem, como permite o art. 2418.º do Cod. Civ., se este exc.º tribunal o julgar necessario.

Mas a direcção quer negar á junta a competencia de examinar os documentos (e até a este superior tribunal), declinando para o poder judicial, o que não pôde aceitar-se.

Se ha casos em que a decima dos juros tem de recabar no credor, como é quando já d'elles e do capital está embolsado, segundo diz o *Direito* n.º 27 do 1.º anno, fundado na legislação que cita, e esta é tambem a nossa especie, forçoso é que a junta examine e aprecie os documentos e provas da solução, porque nem ha de decidir por palpite, nem esperar que o poder judicial decida sobre a veracidade da solução, quando a lei marcou prazos improrogaveis para os trabalhos do lançamento da decima.

Se, havendo duvidas sobre o reconhecimento da divida, o § 13.º do art. 9.º da lei de 7 de abril de 1838, impõe ao credor a obrigação do pagamento da decima dos juros, a junta ha de apreciar essas duvidas, e por conseguinte os documentos que lhes dizem respeito, até pelo principio consignado no art. 12.º do Cod. Civ.

E' portanto sophistica a argumentação da direcção, que só tinha em mira tolher toda a averiguação acerca dos recibos, e fazer recabar no recorrido e mais coherdeiros o pagamento de avultada quantia, que só a ella incumbe. Se andou com imprudencia, porque não queremos attribuir-lhe má fé, soffra-lhe as consequências; mas não venha negar o que se acha escripturado nos seus livros, que isso já lhe não fica bem.

Mas diz a direcção, que o recorrido confessou a existencia da divida, e agora ha de provar a solução, aliás tem de

pagal-a, amontoando para ahí artigos e mais artigos do Cod. Civ. Esqueceu-lhe porém o art. 2417.º, segundo o qual a confissão é indivisível, e se ella que acceptal-a na parte favoravel, tambem ha de acceptal-a na desfavoravel, isto é, na solução.

Finalmente apegá-se a direcção á opinião do sr. Ottolini, publicada no *Direito* n.º 41, enquanto pretende que o citado § 13.º do art. 9.º da lei de 7 de abril de 1838 só tenha applicação a contratos verbaes, ou que não constem de títulos authenticos. A lei porém não distingue, e o sr. Ottolini, por muito respeitavel que fosse a sua opinião, não estava auctorisado para distinguir: a ella oppomos o venerando accordão da relação de Lisboa, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 2314, em que se attendeu o referido § 13.º, não obstante constar o manifesto de uma escriptura publica. Espera pois o recorrido que a recorrente volte improvida.

§ 104.º

**Execução**

Modelo de um requerimento para uma, obrigando o emphyteuta a mostrar as terras sujeitas ao fóro, sob pena de ficarem sendo foreiras quantas elle possuir n'uma freguezia, e cumulando-se o pedido das custas da acção principal.

Diz Antonio Pereira, da sua casa de ... e hoje residente na villa de ..., que, movendo uma acção contra D. Anna, moradora em ..., e á seu marido Bernardo, e aos paes d'este Antonio e mulher, estes d'esta cidade, concluiu o seu libello nos termos seguintes: Que deviam os RR. ser condemnados a reconhecer o supplicante por senhorio do praso, de que se tratava, a exhibir as terras foreiras, e que fossem sufficientes para o fóro, a fim de serem medidas e demarcadas; e acceptarem os mesmos RR. escriptura de novo praso fateosim perpetuo e hereditario puro, nos termos que a lei hoje os permite; e quando não podessem designar as terras foreiras, deviam ser condemnados a sujeitar aos fóros articulados, terras sufficientes para os garantirem, sob pena de se julgarem emphyteuticos e onerados com os mesmos fó-

ros todos quantos predios os RR. D. Anna e marido possuem actualmente nos limites e freguezia de ... A veneranda sentença d'este juizo condemnou a todos os RR. na forma pedida na conclusão do libello, a qual passou em julgado, como consta da carta de sentença, que se junta, da qual tambem se mostra serem os RR. condemnados nas custas, que, contadas, importaram na quantia de ... réis, e o custo da sentença em ... réis, sommando ambas as verbas ... réis. Pretendem pois os supplicantes, que averbada esta por dependencia ao sr. escrivão F., se citem os supplicados, primeiro para em dez dias, que lhes hão de ser assignados na segunda audiencia d'este juizo posterior á citação, pagarem ao supplicante a referida quantia de ... réis, ou no mesmo praso nomearem bens á penhora, seguindo-se depois os mais termos da execução; e, segundo, para no mesmo praso de dez dias exhibirem e mostrarem as terras forais ao supplicante; ou, ignorando-as, outras sufficientes para garantia dos fóros, a fim de novo praso fateosim perpetuo e hereditario puro, sob pena comminada na sentença, de se julgarem emphyteuticos e onerados com os fóros constantes do praso velho quantos predios os RR. D. Anna e marido possuem nos limites e freguezia de ..., e de se supprir por sentença a falta da assignatura d'elles no novo praso, se a isso se recusarem.

P. a v. exc.ª, meretissimo sr. dr. juiz de direito, se sirva deferir. E R. M.

§ 105.º

**Expostos**

Providencias que a respeito d'elles foram tomadas no districto de Vizeu.

ILL.ª Sna.

Com o intuito de acabar tanto quanto possivel com as exposições no districto a meu cargo, e consequentemente com

a maior parte das rodas, deliberou a junta geral na sessão ordinaria do presente anno, que todas as mulheres solteiras, que por comprovadas circumstancias de pobreza não poderão crear seus filhos, fossem subsidiadas pela administração dos expostos com a quantia de 15000 réis mensaes, até a idade de dezoito mezes, — que a igual quantia e durante o mesmo periodo fosse elevado o salario das amas externas dos expostos, e que nos cinco annos e meio restantes lhes fosse fixado em 800 réis.

Este alvitre, que parece a primeira vista dar em resultado um augmento do despeza consideravel no anno economico corrente, nem por isso deve deixar de dar no futuro uma economia certa, logo que se attenda a que as exposições devem consideravelmente diminuir, porque o subsidio concedido ás amas pobres fica sendo por dezoito mezes, enquanto que a despeza d'um exposto por tempo de sete annos, nunca pôde ser inferior a 605000 réis.

E para que esta bem fundada espektativa dê o resultado que se espera, é preciso que os funcionarios a quem a lei incumbie vigiar e fiscalisar este importante ramo do serviço publico me coadjuvem, tanto quanto é de esperar do seu zelo, energia, e consciencia de bom serviço, pelo que respeita ao modo de proceder ás intimações das mulheres solteiras, que apparecerem grávidas, e para as quaes, depois da referida providencia, não deve haver attenção nem contemplação, salvos os casos prescriptos no alvará de 18 de outubro de 1806, que só se observará com escrupulo, quando tenda a não perturbar a paz das familias honestas.

Em ordem pois a conseguir, que as exposições tenham só logar nos casos restrictos em que são permittidas, concorremos em diminuir a consideravel despeza que actualmente se está fazendo com o pessoal e material das rodas, deve desde o 1.º de julho em diante, em que principia a concessão do subsidio de 15000 réis ás mães pobres, e o augmento dos salarios ás amas externas, observar-se rigorosamente o seguinte:

1.º O mappa que pelas administrações dos concelhos era remetido ao governo civil até ao dia 18 de cada mez, com relação ás intimações verificadas no mez anterior, ás mulheres grávidas, para darem conta do feto, deve ser processado por freguezias, contendo o nome e filiação da mulher intimada, bem como o tempo provavel, em que deve dar á luz.

2.º O mesmo mappa deve vir acompanhado das declarações que n'aquelle sentido os regedores devem precisamente enviar ás respectivas administrações, quer negativas, quer positivas, cumprindo que n'aquelle caso certifiquem a razão, por que na sua freguezia se não verificou intimação alguma.

3.º Todas as mulheres que os regedores intimarem, devem ser inscriptas na administração do concelho n'um livro especial, pela mesma ordem de freguezias, por que fôr confeccionado o mappa já referido, que tem de ser enviado a este governo civil.

4.º Estas mulheres, logo que tenham seus filhos, devem mandar entregar na administração do respectivo concelho o seu requerimento, com informação da respectiva junta de parochia, pelo que respeita á sua pobreza.

5.º O sr. administrador de concelho enviará o mesmo requerimento sem demora, com informação sua, a este governo civil, não omitindo nunca a circumstancia de declarar, se a interessada se acha inscripta no respectivo registro das intimações, e no caso negativo a razão, por que deixou de ser intimada.

Do que deixou expellido terá v. s.ª colligido, que os filhos das mulheres de que se trata, quando lhes seja favoravel a informação com que v. s.ª tem de instruir as suas pretensões, serão em acto continuo admitidos, por ordem d'este governo civil, ao beneficio da lactação, até atingirem a idade de dezoito mezes.

Tudo o mais que com relação á fiscalisação d'este ramo de serviço eu podera dizer a v. s.ª, considero-o suprido pela sua reconhecida intelligencia e zelo, visto que, como é um negocio a que estão ligados os interesses d'esse municipio e do districto em geral, se não poupará decerto a diligencias e esforços para pôr termo ás abusivas exposições, que até agora se teem dado em muitas partes, e para as quaes não ha justificação possivel de futuro, a não ser uma ou outra por excepção legitima.

E para que possa haver conhecimento dos uteis resultados das indicadas medidas, vou dar as necessarias instrucções ás camaras onde actualmente se acham estabelecidas as rodas de recepção, para que me dêem conta mensalmente das creanças que porventura venham ainda a ser expostas, e quando se verifique que, não obstante a mai humanitaria e útil providencia, que a junta geral acaba de adoptar em re-

lação ás mães solteiras e pobres, as exposições continuam, estou resolvido a mandar proceder a autos de investigação, não só para que sejam punidas aquellas mulheres que expozerem seus filhos, mas tambem como meio seguro de reconhecer-se quaes os funcionarios que n'este negocio se tenham havido com omissão.

E para que chegue ao conhecimento tanto dos regedores, seus subordinados, como das mães solteiras o que deixo exposto, deve v. s.<sup>a</sup> fazel-o publicar pelos meios ao seu alcance, na intelligencia de que para este mesmo effeito vou tambem adoptar outras providencias.

Deus guarde a v. s.<sup>a</sup> — Vizen, 30 de junho de 1864. —  
O governador civil, *Francisco Gomes d'Almeida Branquinho*.

## § 106.<sup>o</sup>

### Expropriação

Na dos predios emphyteuticos deve figurar tanto o senhorio, como o caseiro, e qual a indemnisação que cabe a cada um em face das respectivas leis.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Para a construcção da estrada de Mangualde ao Rioalfo, teve de verificar-se a expropriação total de uma casa pertencente a Maria, mas foreira a D. Leonor.

No processo da liquidação da indemnisação deviam figurar tanto a emphyteuta como a senhoria, conforme se dispõe nos art. 13.<sup>o</sup>, 14.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup>, 16.<sup>o</sup>, 17.<sup>o</sup> e outros da lei de 23 de julho de 1850, art. 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup> da lei de 17 de setembro de 1857, e art. 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> da lei de 8 de junho de 1859. E d'outros logares d'estas leis se vê tambem, que se devia ter feito a declaração do onus emphyteutico que pesava sobre a casa expropriada, para o fim de se attender na avaliação, e apurar-se qual a parte que na indemnisação pertencia á senhoria, e qual á emphyteuta.

Informa-se que nada d'isto teve logar, e que a casa foi avaliada como se fora livre (porque não tenho presente o processo de expropriação). Em taes circumstancias pergun-

ta-se-me, que parte pertence á senhoria no valor total da indemnisação.

Se a senhoria figurasse no processo, como devera ser, já n'este lhe ficava designado o seu respectivo quinhão, que era o valor do seu dominio directo, calculado em harmonia com as prescripções das instrucções de 31 de maio de 1838, com as prescripções da lei de 21 de maio de 1850, e applicaveis n'este caso por força do art. 27.<sup>o</sup> da citada lei de 23 de julho de 1850. Teria pois a receber a somma de vinte pensões e mais meio laudemio, calculado sobre o restante valor, segundo o disposto no art. 3.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup> e respectivo exemplo das mesmas instrucções.

Como porém não interveio na liquidação, parece-me que a divisão do producto total da casa tem ainda hoje de fazer-se entre as duas interessadas, observando-se a mesma regra prescripta nas alludidas instrucções de 31 de maio de 1838, excepto se a senhoria não quizer estar pela liquidação e avaliação feita, visto que não interveio n'ella, e o direito que tinha lhe ficou resvalado pelo art. 19.<sup>o</sup> da lei de 23 de julho de 1850. Não é porém de crer, que a senhoria se aventure a entrar n'uma questão a este respeito, quando tudo faz acreditar, que o producto total recebido pela casa representa o seu verdadeiro valor, porque n'isso ia tambem o interesse da emphyteuta.

Em todo o caso inclino-me a que a senhoria só tem a receber vinte pensões e meio laudemio, calculado sobre o liquido, depois de abatidas aquellas pensões; e digo — *meio laudemio* — e não laudemio inteiro, pelas seguintes razões:

A lei de 23 de julho de 1850 manda no art. 27.<sup>o</sup> e § 1.<sup>o</sup> avaliar os fôros conforme as instrucções de 21 de maio de 1838, e estas determinam que n'essa avaliação se compute só o — *meio laudemio* —; e é evidente, que a senhoria, em a nossa hypothese, não tem outro direito senão a exigir o valor do seu fôro, representado por vinte pensões e meio laudemio, nos termos das referidas instrucções. E' verdade, que n'outros §§ da lei de 1850, posteriores ao já citado, se diz que os senhorios tem direito a receber do preço da expropriação o seu laudemio, mas o valor ou quantitativo d'este deve entender-se em harmonia com o calculo que d'elle se mandou fazer já no alludido art. 27.<sup>o</sup> e § 1.<sup>o</sup>

E' verdade, que depois d'isto o Cod. Civ. no art. 2096.<sup>o</sup> manda calcular o dominio directo em vinte pensões e uma prestação eventual, se a houver; e, fundada n'esta disposição,

sustenta a *Rev. de Leg.* n.º 159, que n'uma hypothese analogica á nossa o dominio directo deve estimar-se em vinte pensões e um laudemio. Não posso porém concordar com esta opinião, porque as leis sobre expropriação por utilidade publica tem um caracter de especialidade, que as faz subtrahir ás disposições do *Cod. Civ.*; e nem este legislou sobre a materia, de que ellas tratam, para poderem considerarse por elle revogadas, segundo o disposto no art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867.

Inclino-me pois a que ainda está em vigor o modo de avaliação determinado pela lei de 23 de julho de 1850; e portanto aqui a senhoria só tem direito a receber o seu fóra na importancia de vinte pensões — e meio laudemio; e em abono d'esta opinião está o accordo da relação de Lisboa transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 3071, e a opinião da redacção, concordes em que os louvados devem cingir-se ás indicadas instrucções nas avaliações que fizerem.

§ 107.º

### Expropriação

Modelo do requerimento para se fazer a adjudicação de terreno contratados amigavelmente. — Despacho d'elle; autos respectivos; e sentença de adjudicação.

Diz o delegado do procurador regio junto a este juizo de direito que, havendo sido amigavelmente contratadas por parte da direcção das obras publicas d'este districto e proprietarios respectivos as expropriações constantes dos autos juntos, pretende, depois de verificado o competente deposito, se mande affixar editos de dez dias, chamando todos os que tiverem direito sobre as propriedades expropriadas, para o virem deduzir, e findos os dez dias se julguem estas livres e desembaraçadas, e se adjudiquem á mencionada direcção das obras publicas, nos termos dos art. 43.º, 44.º e 45.º da lei de 23 de julho de 1850; pelo que

P. a v. exc.ª sr. dr. juiz de direito, se digne assim o mandar, sendo esta previamente distribuida.  
E. R. M.

### DESPACHO

Distribuida e atuada passem-se editos por dez dias, depois de feito o deposito, e findos elles faça novamente conclusos.

Segue-se uma relação, em fórmã de mappa, das quantias que para pagamento de expropriações entraram no deposito, contendo os nomes dos proprietarios, as suas residencias e a importancia das expropriações; e um auto do teor seguinte:

### AUTO DE EXPROPRIAÇÃO

Aos 17 dias do mez de julho de 1864, n'esta villa de ... e secretaria da administração do concelho, aonde se achava o respectivo administrador, ahi compareceu F., engenheiro das obras publicas d'este districto, e por elle foi dito que, sendo de utilidade publica o expropriar uma porção de terreno de quintal no sitio da ... pertencente aos herdeiros de Antonio, medindo 265,8 m<sup>2</sup> de superficie, fóra contratada a sua aquisição amigavel pelo director das obras publicas do mesmo districto, representado n'este acto por elle chefe de secção, como consta do officio do director n.º ... de ... de ... de ..., pela quantia de 295500 réis, em que tinha sido avaliada pelos louvados nomeados por parte da fazenda nacional, José e Luiz, e por parte do proprietario, e achando-se aquelles tambem presentes, de novo disseram, que em suas consciencias entendiam, que a porção de quintal, de que se trata, valia a mencionada quantia de 295500 réis. Estando presente o vendedor declarou que accetava o lanço que se havia dado á porção de quintal, que tem de lhe ser expropriado, e que vendia de todo e para sempre á direcção das obras publicas do districto de ... pela mencionada quantia de 295500 réis, o que sendo visto e ouvido pelo referido administrador do concelho, mandou lavrar o presente termo, que assignou com o engenheiro chefe da 5.ª secção das obras publicas, vendedor, louvados, e como testemunhas a tudo presentes, FF.

No mesmo dia se louvou o terreno da casa expropriada aos mesmos menores, medindo 49 m<sup>2</sup>, em 1158000 réis.

Anno de . . . , n'esta villa de . . . e casas da residencia da recebedoria d'esta comarca, aonde eu escrivão vim com Albino, pagador subalterno das obras publicas do districto de . . . , e por este foi depositada em poder do mesmo recebedor Caetano a quantia de 455\$000 réis, metal sonante, segundo as plantas parcelares n.ºs 33, 239, 235, 235 bis, 259, 263, 2, 25, 27, 246. E de como recebeu esta quantia foram testemunhas presentes F. e F., e todos assignaram depois de lido por mim F., escrivão, que o escrevi e assignei.

Segue-se o edital, certidão de affixação, mandado para se affixar um nas portas do tribunal das audiencias de . . . , certidão da affixação d'este e conclusão.

## SENTENÇA

Em vista das certidões de fl. . . e fl. . . , pelas quaes se mostra que correram editos de dez dias a chamar as pessoas que se julgassem com direito ao preço em deposito das propriedades constantes das convenções e autos de expropriação amigaveis ex fl. . . ; e attendendo a que ninguém compareceu a impugnar as mesmas expropriações, julgo livres e desembargadas as propriedades referidas, adjudicadas á direcção das obras publicas do districto de . . . , havendo-as por subrogadas pelo preço em deposito. Passe-se áquella direcção carta para ir á posse d'ellas, e a cada um dos expropriados, logo que requirem, mandado para levantamento da quantia que lhe pertence, verificando o escrivão, sob sua immediata responsabilidade, que se lhe tornará effectiva, não só a verdadeira importancia da quantia, cujo levantamento se pedir, mas a identidade da pessoa, que a requer, em presença dos autos retro.

§ 108.º

## Expropriação

(que processo deve seguir uma camara para verifica-la. — Querendo-se por meio d'ella tirar uma agua a um particular, para dala ao publico, ha de ser primeiro expropriada, bem como o terreno em que ella nasce, entrando tudo na expropriação, e porque.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Tenho presente a consulta da exc.ª camara de . . . , a que me cumpre responder o seguinte:

Na minha humilde opinião, não pôde ella defender-se propriamente do embargo que se fez na obra da mina, porque o contrato com o embargante não foi revestido das formalidades legais, e não pôde portanto tomar-se por base de defeza. Não tendo elle pois demittido de si o dominio das aguas, que são accessorio do seu predio, não pôde a camara ir buscar-lh'as, enquanto as não expropriar.

Menos, e muito menos, sustentavel era o direito do padre F., de passar para um seu quintal por uma viella immunda e insalubre, podendo até ter serventia por dentro de sua casa; e comtudo, tendo a camara municipal de . . . mandado tapal-a em beneficio do publico, e o conselho de districto approvado esta medida, foi o recurso do padre attendido pelo conselho de estado por decreto de 27 de junho de 1853, publicado na  *Gaz. dos Trib. n.º 1836*, invocando-se o principio de que o recorrente não podia ser privado do direito do antigo uso d'aquella serventia, sem expropriação legal, com previa indemnisação.

Parece-me portanto, que a camara deve já, para se evitarem custas, celebrar uma sessão, na qual se delibere confessar a materia do embargo, expendendo-se as razões que houve para principiar a mina, e as que ha para não sustentar questão contra o embargante, submettendo esta resolução ao conselho de districto, nos termos do § 9.º do art. 123.º do Cod. Adm., combinado com o art. 124.º e seu § unico e com o art. 121.º

N'essa mesma sessão pôde logo deliberar-se proceder á expropriação ou de todo o predio, ou d'aquella parte d'elle, que se julgar sufficiente para fornecer agua, que abastecer os tanques, não bastando expropriar a agua sem o predio, o que equivaleria a constituir n'este uma servidão, e isto não é permittido, porque, como se diz em uma nota a pag. 90.º do Cod. Adm. annotado, da edição de 1865, na lei de 23 de julho de 1850 não ha disposição que autorise semelhantes expropriações, as quaes viriam a ser actos arbitrarios.

Cópia legal d'esta deliberação é remettida ao governo civil para os fins do n.º 6.º do art. 123.º e dos outros acima citados. — Veja-se o decreto de 15 de janeiro de 1859, na *Gaz. dos Trib.* n.º 2580.

Desembaraçada a camara do embargo, segue-se a expropriação, que tem duas phases, uma administrativa até conseguir-se o decreto do governo, que declare a expropriação de utilidade publica, e outra judicial, que ha de correr perante o juiz de direito da comarca. — Lei de 23 de julho de 1850, art. 16.º, e lei de 8 de junho de 1839, art. 1.º

O decreto de 9 de outubro de 1857, na *Gaz. dos Trib.* n.º 2382, indica os tramites a seguir pelas camaras municipaes, determinando que dirijam as suas representações ou requerimentos ao governador civil documentados com a avaliação legal da propriedade, com a planta do seu local e confrontações, o nome do proprietario, a obra a que é destinada a expropriação, a data em que foi votada em camara e approvada em conselho de districto, o orçamento da despesa, a indicação dos meios para ella applicados no orçamento, e a declaração de que este se acha superiormente approvedo.

No *Direito* n.º 33 do 1.º anno a pag. 517 se indicam os passos a dar sobre este objecto, e mais extensamente o faz o sr. José Silvestre Ribeiro, em um longo artigo, que se lê no *Jorn. de Jurispr.* do 4.º anno n.º 24 a 29.

§ 109.º

**Expurgação**

De-se pela simples arrematação do predio em execução. — De que meios deve usar o arrematante para se defender dos outros credores com hypotheca no predio arrematado. — É conveniente fazer citar por editos os credores de creditos privilegiados para virem ao concurso. — O direito dos credores sobre o predio arrematado passa para o preço d'elle em deposito. — Quando pôde ter logar voluntariamente a expurgação das hypothecas. — Quando pôde no processo d'esta ser admittida prova testemunhal.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

A disposição dos art. 938.º n.º 2.º e 939.º do Cod. Civ., e correlativa dos art. 233.º n.º 2.º, 235.º e seguintes do regulamento de 28 de abril de 1870, será applicavel ao caso de arrematação feita por virtude de uma execução hypothecaria?

Pelos art. 223.º e 224.º do citado regulamento vê-se que o exequente tem a disputar preferencias com os outros credores hypothecarios, cujas hypothecas se acham registradas sobre o mesmo predio arrematado, e com a fazenda pela divida de impostos (caso a haja); e que só depois de julgados e graduados os seus respectivos direitos é que se levanta do deposito o producto da arrematação. Para este fim devem ser citados todos os credores pessoalmente, ou por editos (art. 225.º); e a *Rev. de Leg.* n.º 189 sustenta concludentemente, que tambem devem ser citados editalmente todos os credores incertos, que tenham algum credito privilegiado sobre os bens penhorados, ou hypotheca não sujeita a registro, por ser da natureza das contempladas com o favor da prorogação do prazo do mesmo. A opinião contraria é sustentada pelo *Direito* n.º 17 do 3.º anno a pag. 260, que entende o regulamento á letra, o que me parece não deve ser.

É ao proprio credor exequente que cumpre promover estas citações, e requerer a abertura do concurso de preferencias (art. 223.º, 224.º e 225.º e *Rev. de Leg.* n.º 188).

Vê-se pois, que o legislador quiz que, verificando-se a expropriação de qualquer hypotheca pelo processo executivo, fossem ouvidos todos os outros credores hypothecarios, ou privilegiados; a fim de que podessem pleitear em concurso os seus direitos sobre o producto do predio hypothecado, mettido em deposito pelo arrematante. E não será isto uma verdadeira expurgação das hypothecas com que o predio estava onerado? Tanto o é, que a lei só permite, que os credores disputem sobre o preço da arrematação em deposito, e já os não considera com direito sobre o casco do predio, o que bem mostra ficar este livre e expurgado. E na verdade não seria um notavel absurdo, que o arrematante fosse obrigado a requerer a expurgação das hypothecas e citação dos credores para deduzirem os seus direitos sobre o producto da arrematação, depositado, quando a lei já tinha imposto ao credor exequente a obrigação de fazer citar esses mesmos credores para o mesmíssimo fim? Equivaleria a uma duplicação realmente inutil.

Tanto isto é verdade, que o Codigo no art. 938.º considera a expurgação como um acto facultativo da parte do possuidor, segundo deixa vêr o verbo — *quer* — que n'elle se lê, ao passo que a citação de todos os credores para o concurso na execução hypothecaria é obrigatoria por parte do credor exequente.

Parece-me, portanto, que, realisada a expropriação de uma hypotheca, em virtude da execução hypothecaria, a expurgação de todas as hypothecas que oneravam o predio, é *forçada*, e uma consequencia *legal* do processo executivo, ficando assim o mesmo predio arrematado, livre e desonerado *ipso jure*.

Mas em que caso tem então logar a expurgação *voluntaria*, tendo precedido arrematação do predio (art. 938.º n.º 2.º)? Póde, por exemplo, apontar-se o de venda de bens hypothecados, pertencentes a menores, a qual tem de ser em hasta publica (art. 268.º), por haver sido decretada pelo conselho de familia para qualquer fim vantajoso aos mesmos, e sem que tivesse precedido algum processo executivo contra elles movido. Nesta hypothese ha arrematação dos predios hypothecados, e não são citados os credores para deduzirem o seu direito sobre o preço d'ella: justo é pois, que não sejam prejudicados e continuem a gosar do direito hypothecario sobre os bens; mas tambem é justissimo que,

visto não haver a citação forçada d'elles, como na execução, se o arrematante não quizer continuar a estar sujeito ás hypothecas, possa expurgal-as, requerendo o deposito do preço da arrematação (art. 938.º n.º 2.º), e fazendo citar os credores para discutirem os seus direitos sobre elle (art. 939.º).

Creio que esta doutrina tanto é a legal, que o snr. Dias Ferreira, commentando o citado art. 938.º n.º 2.º, apresenta como um exemplo de arrematação a venda de bens hypothecados de menores; e nem por isso lembra o caso mais frequente de arrematação em execução hypothecaria, o que tambem denota, que este jurisconsulto considera haver aqui expurgação *forçada*; e até, quando trata de expurgação em geral, commentando os varios artigos do Codigo (938.º e seguintes), põe a par d'ella frequentemente a execução, o que parece mostrar que tem esta ultima na conta de *uma especie de expurgação*, embora o não diga claramente.

Neste mesmo sentido julgou a relação do Porto por accordo de 30 de agosto de 1870, que póde lêr-se com a principal tenção no *Direito* n.º 39 (2.º anno). Ahi se diz, que os arrematantes, tendo n'uma execução depositado o preço, expurgaram os bens do onus da hypotheca, e com fundamento n'este principio se estabelece, que, depois de expurgada assim uma hypotheca, já não é admissivel nova penhora, pela mesma divida, no predio anteriormente hypothecado, e que, fazendo-se esta, resta ao arrematante a sua opposição legal. — Vejam-se tambem o accordo da relação de Lisboa de 15 de janeiro de 1870, no *Direito* n.º 14 do 2.º anno, e o sar. Dias Ferreira a pag. 377 do 2.º volume do seu *Commentario*.

Se este modo de encarar a questão é verdadeiro, o predio arrematado, a que se refere a consulta, deve considerar-se expurgado das hypothecas dos credores Pedro e João, e o arrematante sem responsabilidade por estas dividas.

Quando pois os mesmos credores promovam execução hypothecaria contra o arrematante, póde este embargal-a, invocando o n.º 3.º do art. 211.º do regulamento de 28 de abril de 1870 nas palavras — *extinção da mesma hypotheca* —, e já tem a seu favor a doutrina dos dois accordos citados.

Se porém os credores requererem que o predio volte á praça, fundando-se nos art. 941.º n.º 1.º do Codigo e 211.º n.º 1.º do regulamento, tambem o arrematante póde oppor embargos, mostrando que a expurgação não tem logar,

por já a ter havido, *legal e forçada*, na execução, tendo-se por isso passado livre o predio. E que o meio de embargo é o competente, dil-o a *Rev. de Leg. n.º 226*, a qual, embora não especialise este caso, porque falla em geral, declara contudo, que o possuidor pôde embargar todas as vezes que tivesse motivos ponderosos para não requerer a expurgação: o que mais forte razão para isso do que estar já feita a mesma expurgação na execução?

Cumpra porém notar, que o *Direito n.º 1 do 3.º anno* a pag. 45 censura o accordão de 30 de agosto de 1870, e sustenta que a arrematação e deposito do preço (embora em execução hypothecaria) não extinguem as hypothecas do predio, e que é necessario que o arrematante promova depois a competente expurgação. Este jornal interpreta litteralmente os artigos que tratam da expurgação, e julga-as applicaveis a todos os casos de arrematação. Se esta opinião, que me não parece a verdadeira, vingar, é claro que o arrematante Francisco não tem direito a oppor-se aos credores Pedro e João, ou estes lhe movam execução, ou requirem a nova arrematação. Em tal caso talvez fosse conveniente que, antes de sahir o dinheiro do deposito, requeresse o arrematante a expurgação, tratando antes de vêr se pôde conseguir o registro da transmissão do predio, porque é essencial este acto preliminar, como se vê da *Rev. de Leg. n.º 406*.

Suppondo, porém, que se tropeça com graves difficuldades para isto se conseguir, maxime pela diversidade de nome e confrontações da propriedade, ou que mesmo já não ha tempo que chegue para tal effeito; então parecia-me, que o arrematante aguardasse a pretensão dos credores, e a rebatesse com os argumentos já adduzidos.

Mas as difficuldades ainda continuam. Como o predio não foi penhorado e arrematado com o mesmo nome e confrontações que se lhe deram nas escrituras de hypothecas dos credores Pedro e João, podem estes argumentar que, se não entraram no concurso, é porque não tinham razão de saber que tal predio fosse arrematado na execução, nem lhes era possível fazer valer o seu direito hypothecario, attenta aquella diversidade de nomes e confrontações. Se os autos da execução fornecessem provas em contrario a esta allegação, se mesmo podesse provar-se que todos os credores não ignoram que o alludido predio (é o mesmo hypothecado a Pedro e João) foi effectivamente penhorado e arrematado,

bastava só lançar mão de taes provas, para rebater triumpantemente a pretendida ignorancia.

Mas se esta ficar em pé, como hão de attender-se os direitos dos dois credores, e quem é obrigado a indemnizal-os? Eis outra grave questão.

O *sr. Dias Ferreira*, commentario ao art. 948.º do *Codigo*, entende que a responsabilidade pesa sobre o arrematante, porque a este cumpria promover a citação de todos os credores, e do contrario viria a admitir-se novo concurso, contra o preceito do art. 228.º do regulamento. Vê-se pois, que este escriptor applica á materia das expurgações uma disposição propria das execuções, o que não parece muito curial. E por outro lado a responsabilidade do arrematante, no caso de expurgação voluntaria, mal pôde transplantar-se para o campo da expurgação forçada, em que o não chamamento de alguns credores lhe não pôde ser imputavel, como n'aquella, visto que a citação dos credores é requerida pelo exequente.

A *Rev. de Leg. n.º 194* tambem entende, que o art. 948.º do *Codigo* resalva o direito do credor que não foi contemplado no concurso; mas diz que pôde intentar a acção contra o *devedor*; e, como este não é o arrematante, parece desonerar o mesmo arrematante da responsabilidade.

Finalmente o *Direito n.º 39 do 3.º anno* a pag. 613 *in fine* e 614 opina, que deve repetir-se o concurso, repondo no deposito, os credores embolsados, o que já receberam; e mostra que obrigar o arrematante a pagar segunda vez o preço do predio arrematado seria uma grande iniquidade.

É impossivel prever qual o exito da opposição deduzida pelo arrematante contra o pedido dos credores Pedro e João; todavia é innegavel que as duas ultimas opiniões, embora divergentes, são favoraveis. Por outro lado o arrematante não só pôde defender-se dizendo, que a expurgação já se fez, pelo que não ha logar a repetir-se, mas tambem que deve reverter ao deposito o preço da arrematação, já levantado pelo outro credor, para que discutam entre si os seus direitos; que a omissão, ou não comparecimento dos credores Pedro e João, no primeiro concurso, lhe não é imputavel, porque ao exequente é que pertencia promover a sua citação; que recebem o predio livre das hypothecas, logo que entrou com o seu preço em deposito; que todas as duvidas sobre direitos dos credores lhe são estranhas; e que arre-

matou e predio pelo seu valor e na boa fé e confiança fundada na lei de que o recebia livre de hypothecas e privilegios, que se transferiam para o preço em deposito, etc., etc.

Para fugir á difficuldade que suscita o art. 228.º do regulamento, será até mais prudente, que o arrematante na sua defeza não falle na reversão do preço ao deposito; reatificando assim o que acima dissemos.

On pois Pedro e João vêm requerer nos termos do art. 944.º n.º 1.º do Cod. Civ., ou usam da execução hypothecaria contra Francisco. Na primeira hypothese, ou confessam elles explicitamente que o predio de ... entrou na arrematação, e então aceita-se-lhes tal confissão, e depois demonstra-se que já está expurgado, em face da legislação e argumentos apontados, ou não fazem tal declaração, e então cumpre provar que o predio foi arrematado, dando para tal fim como testemunhas os louvados e mais pessoas, que o saibam, e adduzindo quaesquer provas n'este sentido, para se chegar á mesma conclusão da expurgação forçada na execução.

E nem obste correr geralmente a ideia de que n'esta qualidade de processos se não pôde admitir prova testemunhal, porque casos especiaes ha, em que é mister recorrer indispensavelmente a ella. Assim o snr. Dias Ferreira entende, a pag. 377 e 378 do 2.º volume do seu *Commentario*, que, quando no processo de expurgação ou expropriação hypothecaria não poder provar-se por documentos a identidade dos predios hypothecados, deve ser admitida a prova por testemunhas, e dá as razões muito judiciosas d'esta opinião. O *Direito* n.º 39 do 3.º anno, tratando de caso diverso do nosso, tambem diz que nada importa a differença de confrontações e designações, se o predio for o mesmo, e que a lei não annulla por isso a hypotheca, que acompanha sempre o predio, uma vez que este seja o mesmo, apesar da diversidade de designação: reconhece pois este periodico tambem implicitamente a admissibilidade de prova testemunhal, para demonstrar a identidade dos predios hypothecados, que se não pôde apurar por documentos; embora o não declare expressamente. Creio pois que o arrematante Francisco pôde igualmente recorrer a este meio de prova, para verificar-se a identidade do predio arrematado.

Se Pedro e João requererem execução hypothecaria, deve o arrematante oppôr-se-lhes com fundamento em o n.º 3.º

(segunda parte) do art. 241.º do regulamento de 28 de abril de 1870, juntando a sua carta ou certidão de arrematação, e corroborando-a com prova testemunhal para demonstrar que ... entrou na arrematação, embora com o nome de ...

Se ou tivera a certeza de que a prova testemunhal era admittida em qualquer das hypotheses acima indicadas, aconselharia *in limine* a justificação avulsa, e, quando muito, aconselharia a inquirição dos louvados e mais testemunhas *ad perpetuam rei memoriam*, nos termos que ensina Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 224, prevenindo-nos com esta prova para a eventualidade de morrer ou se inutilisar qualquer testemunha.

A razão, em que me fundo, é porque, dizendo o art. 300.º da Ref. Jud., que as justificações avulsas teem logar, quando não ha *pessoa certa interessada*, aqui ha pessoas muito e muito interessadas; e por isso muito possível é, que se julgue incompetente e sem effeito juridico esta forma de processo. No entretanto no mar de duvidas em que navegamos, não me atrevo a rejeital-o completamente, podendo instaurar-se a justificação, e perdendo-se sómente as custas, se não for proveitosa.

Sobre o juizo em que deva justificar-se, nada vejo providenciado na lei, e por isso preferiria justificar aonde residem os interessados, citando o M. P. respectivo.

## § 110.º

### Fazenda

Sobre a forma do reconhecimento a ella pelos foreiros. — A suspeição, para ser legal, precisa de ser jurada. — Se as partilhas vocaes anteriores ao Cod. Civ. podem annullar-se.

No *Direito* n.º 4 do 4.º anno e *Gaz. dos Trib.* n.º 4594 vem o accordão do supremo tribunal de justiça de 14 de novembro de 1871, no qual, em attenção á Ord. liv. 3.º tit. 21.º § 18.º, se declarou que a suspeição sem juramento não é legal, nem o substituto que tomar conta da jurisdicção, tem competencia para isso, sendo o processo nullo nos termos da Ord. liv. 1.º tit. 3.º § 8.º e liv. 3.º tit. 75.º

O accordo de 27 de novembro de 1868 estabeleceu a mesma doutrina, e vem na *Rev. de Leg.* n.º 34.

O mesmo, no accordo de 6 de maio de 1862, na *Gaz. dos Trib.* n.º 3120.

O mesmo, no accordo de 30 de junho de 1868, na *Gazeta* n.º 4073.

Sobre a forma do reconhecimento á fazenda pelos foreiros, e abatimento do foro, além da lei de 22 de junho de 1846, vejam-se a portaria de 30 de junho de 1852, a lei de 4 de junho de 1859, art. 8.º, e as instruções de 27 de setembro de 1859.

Se as partilhas vocaes feitas antes do Cod. Civ. se podem annular, vejam-se *Gaz. dos Trib.* n.º 2455, 3473, 4148, 3754 e 2094; Lobão, *Supplem. ás Segund. Linh.*, pag. 161, *Notas a Mello*, liv. 3.º pag. 533, *Obrig. Recpr.*, pag. 350; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 3.º pag. 214; Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.*, tomo 3.º pag. 210; Meireles, *Repert. Jurid.*, pag. 149; Corrêa Telles, *Acc.*, § 148, *Arg.*, tomo 3.º art. 1440.º; e Coelho da Rocha, *Inst.*, § 493.

### § 111.º

#### Fazenda

Não tem outros procuradores, que não sejam os agentes do M. P.

#### Portaria de 11 de outubro de 1862

Constando a sua magestade el-rei que em algumas repartições de fazenda dos districtos do reino e ilhas adjacentes se costumam passar procurações aos individuos que as solicitam, com o fim de promoverem e defenderem em juizo os direitos e interesses da fazenda publica; e sendo esta pratica abusiva, como já foi declarado por portarias de 31 de janeiro de 1854 e 20 de outubro de 1856 expedidas, esta ao delegado do thesouro do districto de Braga, e aquella ao do Porto, porque a fiscalisação nas causas e pleitos em que a fazenda nacional interessa só incumbe aos seus procuradores especiaes, os agentes do M. P.; ha por bem o mesmo

augusto senhor, conformando-se com as opiniões emitidas pelos conselheiros director geral dos proprios nacionaes e procurador geral da fazenda ordenar, que cesse desde já tao abusiva pratica, cassando-se as procurações que se tenham dado para o indicado fim. O que se comunica á direcção geral dos proprios nacionaes para os devidos effeitos.

### § 112.º

#### Fazenda

Sobre o seu privilegio nas differentes contribuições que recebe.

Coelho da Rocha, *Inst.*, § 665, diz que, se os tributos são pessoas, como o maneiro, tem o thesouro privilegio sobre os moveis: sendo prediaes, como decimas sobre os bens de raiz do concelho, onde se deve o imposto: sendo indirectos, como sizas e direitos de transmissão, sobre os moveis ou immoveis, objectos do imposto. Pelas dividas (§ 666) ou alcance dos contadores, recebedores, thesoureiros, reudeiros, etc., tem privilegio sobre os moveis e immoveis em certos casos.

Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1282.º, diz que a fazenda tem preferencia com relação aos taes contratadores, etc. No art. 1282.º diz que o tem pelas decimas, mas não pela do maneiro.

O mesmo no *Man. do Proc.*, § 461, diz ter preferencia sobre os bens dos reudeiros e empregados publicos, enjos bens estejam legalmente hypothecados á fazenda.

A *Gaz. dos Trib.* n.º 1582 no fim diz que a fazenda não tem hypotheca, quanto a tributos, senão nos proprios bens que os pagam.

Assim o decidiu o supremo tribunal de justiça em accordo de 19 de agosto de 1850, na *Gazeta* n.º 1267, e no accordo de 18 de dezembro de 1855, na *Gazeta* n.º 2106.

E neste sentido que deve entender-se o art. 655.º da Ref. Ind.

O mesmo seprehende do Cod. Civ., pois que pelo art.

906.º tem a fazenda hypotheca legal nos bens dos fidejussarios responsaveis e seus fiadores, e no art. 887.º n.º 4.º só dá privilegio á fazenda pelos impostos dos ultimos tres annos, no valor dos bens em que recaírem os mencionados impostos, no que concorda a *Rev. de Leg.* n.º 53.

§ 113.º

Fazenda

Para ella poder pedir executivamente os seus fóros em divida, que documentos deve apresentar?

A *Rev. de Leg.* n.º 292 traz um accordão da relação de Lisboa, em que se decidiu, que a fazenda nacional, para pedir executivamente fóros em divida, deve apresentar documento legal, pelo qual prove a posse de receber, por tres annos consecutivos.

No mesmo sentido julgou o juiz de direito da comarca de Oliveira de Azemeis na sentença publicada na *Gazeta* n.º 295.

Do mesmo voto é o procurador geral da corda Mártena Ferrão na consulta publicada no *Direito* n.º 7 do 6.º anno. No *Direito* n.º 11 do 6.º anno vem um accordão da relação de Lisboa, que decidiu o mesmo.

§ 114.º

Fiança

Qual a responsabilidade d'aquelles que affiançam os mancebos não recenseados, para poderem emigrar.

Pelo que respeita ao mancebo affiançado, o seu fiador é obrigado, ou a dar por elle um substituto, ou a apresentar-

no prazo que lhe fór indicado, ou ainda a remil-o nos termos do art. 55.º e seus §§ da lei de 27 de julho de 1853, e art. 11.º da lei de 4 de junho de 1859, e officio de 23 de agosto de 1870, transcripto no *Direito* n.º 23 do 3.º anno, e portaria de 28 de julho de 1866, publicada no *Jorn. de Jurispr.* n.º 11 do 4.º anno.

Emquanto aos dois não affiançados, tambem estão sujeitos ao serviço militar, de que nenhuma das duas leis citadas, nem outra alguma, os isenta, antes o art. 1.º da de 27 de julho obriga todos os portuguezes, onde quer que residam, a pegar em armas em defeza da patria, e o art. 13.º considera domiciliados em um concelho ou bairro os mancebos não emancipados, cujos paes residirem habitualmente n'esse concelho, e com este fundamento tem sido indeferidas as reclamações dos subditos portuguezes residentes no Brazil pelo conselho de estado, e só de uma vez foram indeferidas quarenta e duas por decreto de 27 de agosto de 1857, publicado no *Diar. do Gov.* n.º 80 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2458; sustentando tambem este principio a *Rev. de Leg.* n.º 130.

§ 115.º

Fiança

Sobre a prestada pelos recebedores de comarca; e que alterações tem soffrido.

P. que João Manoel, tendo sido nomeado recebedor do concelho de ..., e tendo de garantir a quantia de ... réis, duodecima parte da receita annual presumivel do dito concelho, nos termos do art. 4.º do decreto de 12 de dezembro de 1842, fez primeiro deposito d'ella no cofre central do districto, de que se fez escriptura de 17 de fevereiro de 1852; mas querendo substituir o deposito por fiança, deu por seu fiador e principal pagador a Bernardo por escriptura de 26 de julho de 1852.

P. que, julgando o governo insufficiente a fiança pela décima parte da receita presumível dos cofres, determinou em decreto de 4 de novembro de 1852, art. 1.º, que os recebedores prestassem fiança por quantia não inferior à quarta parte do termo medio da receita, o que deu lugar a que João Manoel, por escriptura de 4 de janeiro de 1853, prestasse fiança adicional pela quantia de ... réis, perfazendo as duas quantias ... réis, e affiançando esta ultima, Manoel Antonio, e Miguel, os quaes expressamente declararam obrigarem-se, na qualidade de fiadores e principaes pagadores, a garantir á fazenda nacional a dita quantia de ... réis, por que *he fuitava affiançar-se, responsabilizando-se solidariamente pela rebredita quantia*; e comquanto mais adiante digam ambos os fiadores, que os bens hypothecados eram para garantir á mesma fazenda por todo e qualquer alcance, em que possa ser encontrado o referido recebedor, só pôde entender-se até á quantia affiançada, e até ao valor da hypotheca. Isto mesmo se deduz do preambulo do decreto de 4 de novembro citado, e melhor ainda do art. 8.º das instruções de 8 de fevereiro de 1858 *ibi* — e quando preste fiador, deverá este declarar igualmente que responde para com a fazenda como fiador e principal pagador do affiançado, por qualquer alcance, até ao valor da fiança, em que o mesmo affiançado possa ser encontrado». O mesmo a portaria de 3 de outubro de 1868, que responsabilisa os delegados e escriptães de fazenda.

P. que, não tendo o fiador Manoel Antonio podido apresentar os documentos comprovativos da aquisição dos bens hypothecados, não foi approvada a fiança por elle prestada, pelo que o recebedor a substituiu, n'esta parte, por bens seus proprios; celebrando-se d'isso escriptura em 9 de julho de 1853.

P. que, introduzindo o decreto de 3 de novembro de 1860 novas alterações na administração da fazenda, extincção dos recebedores do concelho, e creando os recebedores de comarca, permittiu o § 1.º do art. 34.º, que os actuaes recebedores substituissem suas fianças, e o mesmo o art. 5.º das instruções de 14 de novembro de 1860; e assim o fez João Manoel por escriptura de 25 de junho de 1861, em que deu por novo fiador o dito Manoel Antonio, que hypothecou varios predios á segurança da fazenda, tanto com relação á differença dos direitos que acresciam pela sua nova posição,

como com relação ás hypothecas de Antonio e Miguel, que se declararam novitas.

P. que esta nova caução, de que se trata, foi approvada pelo governo por despacho de 11 de junho de 1862, sendo considerada como refresco e substituição de suas primitivas caucões; e d'aqui se vê, que a fiança ficou extincta desde que esta approvação teve lugar, e só Miguel, e hoje seu herdeiro A., seriam responsaveis, se João Manoel fosse encontrado em algum alcance anterior, mas elle foi julgado quite com a fazenda até 30 de junho de 1869.

P. que estas razões eram mais que sufficientes para A. ser julgado parte illegitima n'este processo, e contra elle se não mover execução por tal motivo, mas a circumstancia de não ter a avultada somma pedida para segurar o pedido, nos termos do art. 342.º da Ref. Jud., fez com que não fosse ouvido com a sua defeza nem na primeira nem na segunda instancia, como consta das sentenças do juiz de direito e melhor do accordão da relação, que se negou a ouvir o executado, e assim não pôde dizer-se ter sido ouvido e convencido.

## § 116.º

### Fideicomisso

Só pôde conter um grau, sob pena de nullidade.

Que este só pode conter um grau, sustentam-n'o, com fundamento na Ord. liv. 4.º tit. 87.º § 12 — Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1639.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 719; nota; parecer da Associação dos Advogados de 7 de julho de 1858, na *Gazeta* n.º 2504; idem, na *Gazeta* n.º 2594; idem, na *Gazeta* n.º 3328; despacho de um juiz Carvalho sobre a fórma da partilha, na *Gazeta* n.º 3695; A. Gil, na *Gazeta* n.º 3743, 3964, 4038 e 4630; *Rev. de Leg.* n.º 45, 23 e 113.

Contra, mais do que um grau — Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 226, *Acc.*, nota 1.ª ao § 165; accordão da relação do Porto de 13 de janeiro de 1854, na *Rev. de Leg.* n.º 49 e 20; *Jorn. de Jurispr.* n.º 43 do 3.º anno; decisões de tribunaes, na *Gazeta* n.º 823, 932, 387, 416, 1038, 1039, 1048, 1476, 1621 e 1745.

## Fideicommisso

Quando se dá, e como se identifica. — Quando pôde o conjuge sobrevivo revogar o testamento de mão commun, que fez com o conjuge predefunto.

## RESPOSTA A UMA CONSELTA

D. Anna e Manoel fizeram testamento de mão commun, no qual dispuzeram o seguinte: — Reciprocamente nos instituímos herdeiros um ao outro, e por morte do que de nós sobreviver passarão todos os nossos bens, que então existirem, para os nossos herdeiros *ab intestato*, que o forem n'essa epocha.

Este testamento contém o fideicommisso, de que trata o Cod. Civ. art. 1874.º n.º 2.º, o que evidenciam as palavras — *que então existirem* —, e porque o testador falleceu muito antes da promulgação do Cod. Civ., ficou valioso por força do art. 1874.º Como D. Anna sobreviveu a Manoel, ficou fideuciaria com relação á meação d'elle, e os parentes mais proximos do mesmo, fideicommissarios: se ella fallecesse antes, seria pelo inverso.

Comquanto D. Anna tivesse a facultade de alienar bens, e assim diminuir o casal commun, em prejuizo tanto da sua meação como da de seu defunto marido, não podia todavia dispôr dos bens por titulo gratuito qualquer, inclusive por testamento, do que existisse á hora de sua morte, quanto á meação de Manoel, porque esta tinha de ir para os fideicommissarios, seus herdeiros *ab intestato* — Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1614.º Portanto estes podem ir demandar essa meação, e annullar o testamento de D. Anna, na parte em que indevidamente dispoz d'ella. A grande difficuldade está na prova da sua habilitação, visto que elle no seu testamento infelizmente se diz filho de paes incognitos.

Mas poderia D. Anna revogar esse primeiro testamento de mão commun por outro, com relação á sua propria meação nos bens existentes á hora da morte?

A este respeito teem vogado tres opiniões differentes.

Sustentam uns, que o testador sobrevivo, sejam quaes forem as circumstancias, pôde mudar de vontade, embora contrario as intenções do predefunto, que devia saber, que o direito permite a revogabilidade dos testamentos até á hora da morte: e taes são Valasco, *Consult.* 7; Gouveia Pinto, *Treat. de Testam.*, nota a pag. 68, da 3.ª edição; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 4026; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 3.º pag. 355, da 2.ª edição; e a Associação dos Advogados de Lisboa, na resposta transcripta na *Gaz. dos Trib.* n.º 2328; e a mesma *Gazeta* n.ºs 1834 e 3021; e parece que o decreto sobre consulta do conselho de estado de 28 de julho de 1869, na *Rev. de Ley.* n.º 116.

Outros seguem, que o conjuge sobrevivo não possa já mais revogar o testamento de mão commun, porque consideram, que n'elle se deu uma convenção tacita de irrevogabilidade entre os co-testadores, e, se o conjuge superstite podesse impunemente revogal-o, illudiria a boa fé do predefunto, que quiz que os bens tivessem aquelle destino. O extincto desembargo do paço, em accordãc de 23 de janeiro de 1776, copiado na *Gaz. dos Trib.* n.º 1111, adoptou esta doutrina, que parecem abraçar a mesma *Gazeta* ali, e em o n.º 3431, e bem assim algumas tenções e opiniões de collaboradores em os n.ºs 1477, 4000 e seguintes e 4529; assim como o supremo tribunal de justiça, em accordão de 21 de maio de 1838; e ainda Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.*, liv. 3.º tit. 5.º § 49, nota.

Entendem outros, que o conjuge sobrevivo não pôde revogar o testamento correspondente, pelo menos sem se entender, que renunciou aos beneficios provindos do mesmo, e sem repôr o que ex vi d'elle recebeu. — Vejam-se Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 727 e 728; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1610.º e seguintes; a *Rev. de Jurispr.* do Porto, tomo 3.º pag. 70; a *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1834 e 3021; a *Rev. de Ley.* n.ºs 7 e 23; e a allegação do procurador geral da fazenda, no *Direito* n.º 8 do 1.º anno.

Eu, tendo sido consultado diversas vezes sobre este objecto, segui sempre a terceira opinião, isto é, que, se o testamento não contém outra circumstancia, senão a disposição dos co-testadores sem correspectividade, pôde o superstite mudar de vontade. Quando porém a disposição foi correspectiva, isto é, quando o sobrevivo foi beneficiado pelo predefunto no testamento, em retribuição d'outro beneficio, feito

por aquelle aos conjunctos d'este, não pôde o mesmo revogar-a, depois de ter acceptado a successão do defuncto, o que seria um engano feito a este, aceitando o favor d'elle, e retirando o beneficio que se obrigara a fazer aos conjunctos do mesmo.

E seria o testamento de D. Anna e Manoel correspondivo? Creio que não, porque apenas quizeram beneficiar um ao outro, enquanto vivos, sem exigirem que a meação d'um revertesse por sua morte a favor dos parentes do outro, antes devia ir cada uma aos parentes de cada um.

Sinto pois ter de dizer, que, na minha humilde opinião, D. Anna podia revogar o testamento de mão commum, dispondo da sua meação por outra maneira.

Com isto não quero obstar a que os herdeiros ab intestato da dita senhora possam tentar fortuna, acostando-se á segunda opinião acima apontada, pois os tribunaes não estão obrigados a seguir a minha.

§ 118.º

**Fideicommisso**

Se, morrendo o fideicommissario em vida do fiduciario, caduca o fideicommisso.

Na *Gaz. dos Trib.* n.º 3528 vem um parecer da Associação dos Advogados, sustentando a doutrina de que, morto o fideicommissario antes do fiduciario, caduca o fideicommisso. Funda-se no estylo e praxe geral de julgar e nas doutrinas de Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 225, *Dig.*, tomo 3.º art. 1644.º; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º pag. 426, e Supplemento a este tratado, dissert. 7.º § 86; e código civil francez, art. 1040.º

No mesmo sentido o redactor da *Gazeta* n.º 4096; e mesmo nos n.ºs 4119, 4154, 4332, 3021, 2797 e 3743.

No mesmo sentido a Associação dos Advogados, na *Gazeta* n.º 2955.

Sentença na *Gazeta* n.º 2604, e a mesma opinião da redacção.

Accordãos da relação, na *Gazeta* n.ºs 4334 e 4328.  
 Contra — Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.*, liv. 3.º tit. 6.º § 3.º  
 Coelho da Rocha, § 719; *Rev. de Leg.*, n.ºs 15 e 23, e dizendo que o fideicommissario adquiria direito a herança logo á morte do testador, embora fallecesse em vida do fiduciario; veja-se a *Revista* n.ºs 315 e 346, o *Direito* n.º 22 e 37 do 4.º anno e 31 e 36 do 6.º anno.

§ 119.º

**Foraes**

O que eram e como se distinguiam de reguengos. — As terras reguengueiras são hoje consideradas livres, e como taes se devem dividir: não se fazendo tal divisão no respectivo inventario, pôde pedir-se depois por acção ordinaria. — As terras reguengueiras não podiam figurar nos vinculos; e a natureza vincular não pôde hoje provar-se, faltando-lhe o registro.

HESPOSTA A UMA CONSULTA

Nem todos os nossos escriptores são inteiramente accordes enquanto á definição de reguengos e verdadeira natureza d'estes bens.

O grande Mello Freire, *Instit. Jur. Civ.*, liv. 1.º tit. 4.º § 2.º nota, diz que os reis de Portugal, a exemplo dos romanos, reconquistando as terras aos mouros, ou lh'as deixavam, ora livremente, ora com encargos; ou as davam aos novos possuidores; ou as guardavam para si: e que estas ultimas terras è que tinham o nome de reguengos, sendo allodiaes, quando dadas posteriormente sem encargos, e censuaes, quando oneradas com censo, em ambos os quaes casos o possuidor era o verdadeiro senhor; ou sendo emphyteuticas, quando o possuidor tinha só o dominio util; ou dadas em usufructo ou colonia, quando este era o usufructuario ou detentor, e o rei o verdadeiro senhor.

Lobão, commentando este logar, parece censurar Mello, por envolver tambem no nome de reguengos os prazos da corôa, querendo que este nome só tocasse aos bens que fo-

ram dos reis, e elles largaram aos particulares, para os lavrarem e beneficiarem, reservando para si certa quota de fructos, como as quartas, os quintos, ou tambem as jagudas.

Fr. Joaquim de Santa Rosa, no *Elucidario*, tomo 1.º a pag. 277, entende pela palavra reguengos toda a terra que fazia parte do patrimonio real, ou havida por conquista, ou por herança, confiscação, troca, et cetera. Parece que este insigne antiquario quiz comprehender no et cetera todos os modos de aquisição, ao que todavia se oppõe a Ord. liv. 2.º tit. 30.º

O sr. Alexandre Herculano, *Historia de Portugal*, tomo 3.º, considera reguengos os bens, que ao tempo da conquista o rei reservou para si, como seu patrimonio real, e que depois ia concedendo aos povoadores, parte a fóro certo, e parte a parceria, ou quota incerta de fructos.

O sr. Ferrão no seu *Repertorio commentado sobre foraes*, ex pag. 7, denomina reguengos as terras ou herdades que os reis reservavam para si, tendo-as tomado aos mouros, ou aos barbaros. Acrescenta, que pela velha legislação ou se conservavam ainda na administração da corôa ou fazenda, ou haviam sido alienadas por doação regia, compra ou troca, e portanto as prestações agrarias, tributos, direitos e dominio, mais ou menos limitado, dos moradores ou cultivadores se regulavam pelos foraes e contratos de emprasamento, censo, ou colonia.

Posto isto, e sobretudo attenta a judiciosa classificação feita por Mello Freire, cumpre examinar como deve conceituar-se o casal de . . . no concelho de . . .

Se attendermos a constar do tombo feito em 1616, que a esse tempo tinha o dito casal dois cabeceis; a que d'elle se pagava laudemio; a que d'elle se pagaram os fóros ao infantado até que foi extinto por decreto de 18 de março de 1834, que incorporou os seus bens nos proprios da nação; e a que no alludido tombo se diz pagarem fóro annual perpetuo, parece ser um praso fateosim. E, sendo assim, estavamos livres de algumas difficuldades, porque o vinculo constituido n'elle em 1687 ficaria extinto pelo art. 6.º da lei de 30 de julho de 1860, e iriam os consulentes pedir partilha nos bens, hoje livres do fóro, como logo veremos.

Duvido porém muito, que assim possa considerar-se. Não é prova sufficiente a existencia dos cabeceis, porque tambem costumavam nomear-se nos fóros reguengueiros, ou to-

dos os annos, ou de tres em tres annos, como attesta o insigne pratico Lobão, *Fasc.*, tomo 3.º dissert. 4.ª § 7.º: igualmente o não é a estipulação de laudemio, que ás vezes se pagava da venda dos reguengos — citado Lobão, *Trat. de Morgados*, cap. 4.º § 11, e *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 3.º § 65 —: e menos o pagar-se o fóro ao infantado, que podia não proceder de aforamento, mas de outra das origens acima mencionadas.

Mas é que o proprio tombo e o foral dado por D. Manoel ao concelho de Villa Pouca e Pena nos fornecem argumento contra a natureza emphyteutica do casal de . . . O primeiro, fallando do laudemio, diz — posto que por si não agam de praso —: este e o segundo chamam-lhe reguengo, e que induz a crer não serem os fóros emphyteuticos.

A mesma circumstancia de virem as pensões mencionadas no foral mostra não procederem de emphyteuse; pois os chamemos aos foraes, com o sr. Ferrão a pag. 118, codigos de providencias destinadas a regular os encargos tributarios das diversas povoações e a parte economica, politica, judicial e criminal; ou, com o *Elucidario* de Viterbo, leis geraes com relação ás corporações ou colonias a que respeitavam; ou, com Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e legislação de Portugal*, § 90, leis particulares e variadas, que regiam cada um dos pequenos districtos ou concelhos do reino, não passavam de ser um titulo generico, que marcava os direitos reaes e fóros, a que eram obrigadas as terras reguengueiras, sendo livres da suspeita de usura, por só se pagar o devido pelos ditos foraes e pensões reservadas na concessão das terras, originariamente da corôa, sem alteração alguma, como se exprime o § 4.º do alvará de 15 de junho de 1779.

Parece pois, que as prestações ou pensões que os possuidores do casal de . . . pagavam ou eram censiticas, ou não tinham nome especial, mas foram reservadas pelo rei, quando fez a concessão das terras. Vejamos n'esta hypothese quaes os direitos d'esses possuidores, que tinham um dominio não absoluto, mas mais ou menos limitado.

A Ord. liv. 2.º tit. 17.º distinguia duas especies de reguengos, uma em que os possuidores eram obrigados a morrar n'elles, como especie de servos de gleba; e outra em que se não dava essa obrigação; e diz, quanto a estas, que os seus possuidores podiam livremente vender as herdades

e casas. Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 3.º § 65, afirmando nunca ter tido noticia da primeira especie, diz rotivamente á segunda, que taes bens podem ser vendidos e alienados sem pena de commisso; que, salvo o tributo, se repartem e dividem entre os coherdeiros, e se communicam entre os conjuges, tudo á maneira dos bens alodiaes. O mesmo repete nos *Dir. Dom.*, §§ 8, 93 e 94; e no *Dir. Euphyt.*, nota ao § 822, da edição de 1828; e no *Dir. Euphyt. e Pont. Orph. Prat.*, cap. 3.º desde o n.º 41; Portugal, de *Donat.*, liv. 3.º cap. 43.º desde o n.º 24, que menciona um caso julgado na relação do Porto em 19 de maio de 1664; Carvalho, de *Testam.*, p. 4, cap. 4.º n.ºs 214 e 215; e Pugas á *Ord. liv. 2.º tit. 17.º pr.*, onde attesta ser costume do reino visinho dividirem-se os reguengos por glebas — *per regions* — encabeçando-se a pensão em um; e *tomo 14.º á Ord. liv. 2.º tit. 18.º § 42.*

Meirelles, porém, no *Repert. Jurid.* n.º 2797 diz que, se o possuidor tem o domínio pleno, pagando somente o foro, a divisão dos reguengos se faz *por estimação*; no que parece estar em opposição com os outros praxistas, que incl-caram a partilha *por terrão*.

Fossem de quo natureza fossem os reguengos, o decreto de 13 de agosto de 1832, art. 7.º, expressa e nominalmente os extinguiu, o que levou Corrêa Telles, *Add. á Doutr. da Agr.*, observação ao § 188, a dizer, que as inibições da *Ord. liv. 2.º tit. 16.º e 17.º* desapareceram. Mas que dispoz sobre elles a lei de 22 de junho de 1846? Especialmente, nada, que saibamos; mas a sua generalidade alcança-os.

Com effeito no § 3.º confirmou ella a extinção de todos os direitos territoriaes, censos, fóros, rações, laudemios, e prestações de qualquer denominação, impostas pelos reis, ou donatarios da corôa, como taes, *por cartas de foral ou outro titulo generico*, ainda quando estas obrigações ou prestações se achassem convertidas posteriormente em titulo especial: ora em regra as prestações reguengueiras eram reguladas nos foraes, e n'este mesmissimo caso se acha o Casal de ... porque é o foral de D. Manoel o que estabeleceu (ao que parece) as prestações ou pensões que o seu possuidor Jorge devia pagar, ou, se foi reforma do outro foral mais antigo, certo é que lá se achavam designadas, o que vale o mesmo; e isto se corrobora com o subsequente tomo de 1616.

Em caso um pouco semelhante, mas menos favoravel, porque havia um emprasamento, votou a Associação dos Advogados de Lisboa, na consulta publicada na *Gaz. dos Trib.* n.º 3999, a extinção de semelhantes pensões, e o mesmo o sr. Ferrão, tomo 2.º pag. 161, e o sr. Cruz Coutinho, especialista n'esta materia, na *Rev. de Leg.* n.ºs 135 e 136.

Nem me parece obstar o terem sido vendidos todos os reguengos de ... ao marquez de Castello Rodrigo por Filipppe II, com o pacto e condição de retro. Se o comprador ainda estivesse na sua posse e fruição, poderia invocar em seu favor o n.º 2.º do art. 4.º da citada lei, que comprehendendo uma das excepções do art. 3.º; mas tendo D. José I readquirido pela remissão as ditas terras, e pelo mesmo preço antes desembolsado, parece-me que ellas voltaram á sua primitiva natureza, e que o incidente findo (um como parenthesis) não faz variar o direito, hoje.

Tambem creio não prejudicar, a doação feita á casa do infante por decreto de 30 de setembro de 1750, tanto pelo que diz o sr. Ferrão no lugar citado na consulta, como pelo que sustenta o sr. Gil na *Gaz. dos Trib.* n.º 1219, de não perderem taes bens a natureza de bens da corôa, ainda quando alienados por titulo oneroso, o que é mais.

Extinctas assim as pensões reguengueiras, ou mesmo que subsistissem (e pondo por ora de parte a circumstancia da vinculação), não podia Ignacio testar dos bens em que se achavam impostas, como de prazos de vida e geração, a favor de seu filho Paulo, nem devia no inventario fazer-se d'elles adjudicação a Manoel, como immediato successor do irmão Paulo, fallecido depois do pae: deviam ser divididos taes bens entre todos os interessados, que vieram, assim, a soffrir grave prejuizo com uma semelhante partilha.

E pôde ella agora emendar-se? Os art. 2164.º e 2165.º do Cod. Civ. parecem dizer que não, na sua letra; mas o art. 2087.º mostra o contrario. Se as questões n'elle mencionadas, entre as quaes figurem a da propriedade dos bens hereditarios, ou da sua qualidade de não partiveis, podem ser resolvidas pelas vias ordinarias, quando o não possam ser por simples inspecção de documentos authenticos, e se isto não suspende o inventario e partilha, é clarissimo, que o que se decidir em acção ordinaria, se for contra o resolvido no inventario, ha de dar logar a que este se emende,

aliás o art. 2087.º fica letra morta. Acresce discutir-se no inventário a questão de que nos occupamos, o ficar direito salvo para acção ordinaria. — Vejam-se o accordo da relação de 30 de maio de 1871, na *Rev. de Leg.* n.º 174; e o do supremo tribunal de justiça de 24 de maio de 1870, na *Revista* n.º 177.

Inclino-me pois a que se peça a emenda do inventário, para o fim de se partirem por glebas os bens de natureza reguengueira, com rendimentos desde a lide, e se julgue nullo o testamento de Ignacio na parte alludida. E' possível que algum juiz entenda, com Meirelles citado, que a partilha deva fazer-se por estimação, e para prevenir essa hypothese, deveria o libello ser alternativo; porém não posso deixar de receiar, que se possa vir a julgar inepto. Veja-se o snr. Dias Ferreira no seu commentario ao art. 1630.º do Cod. Civ. vol. 2.º a pag. 485.

Vamos a occupar-nos da capella vinculada. Parece-me conveniente não fallar n'isso no libello, mas se Manoel quiser defender-se com essa materia, poderá oppôr-se-lhe o seguinte:

Em primeiro lugar, pôde dizer-se que o vinculo ficou nullo, porque bens reguengueiros não eram susceptíveis d'elle, o que podemos abonar com o accordo copiado por Pegas á Ord. liv. 2.º tit. 17.º pr., e com outros julgados, que Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 3.º § 65, n.º 1, nota, diz ter visto no mesmo sentido.

Em segundo lugar, pôde allegar-se que o mesmo Lobão sustenta não poderem vincular-se bens reguengueiros, quando da venda d'elles se paga laudemio, o que repeta no *Trat. de Morgados*, cap. 4.º § 11; ora é este o nosso caso, vista a declaração do tombo a tal respeito, e portanto como — *temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum*, estão os AA. no caso de impugnar essa validade, até por argumento dos art. 693.º e 694.º do Cod. Civ.:

Em terceiro lugar, pôde argumentar-se, que tendo-lhe os bens sido adjudicados a titulo de praso, e não de vinculo, foi, como devia ser, considerado emphyteuta n'esta acção, e não como successor d'um vinculo, qualidade em que nunca possuiu.

Em quarto lugar, pôde oppôr-se que Manoel é pessoa incompetente para apresentar a defeza de que os bens foram vinculados, porque n'esse caso lhe não pertencem. Na ver-

dade, se o vinculo não estava no caso do art. 4.º da lei de 20 de julho de 1860, e ficou subsistindo, succedeu n'elle Paulo a seu pae Ignacio, morto em fins de 1861: mas parece deluzir-se da proposta, que elle não foi registrado no praso dos dois annos marcados no regulamento de 19 de janeiro de 1861, que findaram em igual dia de 1863, ficando desde 1861, que findaram em igual dia de 1863, ficando desde então allodiaes os bens por virtude do art. 9.º da lei e do § unico do art. 29.º do regulamento, não lhes tendo já applicação a posterior lei de 19 de maio de 1863. Tendo pois Paulo fallecido *ab intestato* e sem descendentes, quando os bens já eram allodiaes, foi sua herdeira a mãe sobrevivente, cabendo aqui a excepção — *tua non interest* — com relação a Manoel.

Em quinto lugar, pôde dizer-se que, não tendo o vinculo sido registrado, hoje é impossivel provar a natureza vincular dos bens, porque só seria admissivel para isso certidão do registro — citada lei, art. 36.º e art. 48.º do regulamento. Algura-se-me portanto, que não ha que temer por este lado.

## § 120.º

### Fóros

Sobre o privilegio ou hypotheca legal por elles. — Se pôde n'uma execução estabelecer-se o concurso antes de feito o registro, juntando-se uma certidão da apresentação d'elle na conservatoria.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Se o exposto é verdadeiro (porque não tenho presente o respectivo processo, o que aliás era conveniente), o senhoria não passa de um credor commun, e n'essa qualidade deve ser preferido pelo consulente, que tinha a seu favor uma hypotheca convencional sobre o predio arrematado, e por isso uma causa legitima de preferencia, em relação ao producto do predio, hoje em deposito. — Veja-se o Cod. Civ. art. 1005.º n.º 2.º e 1012.º n.º 2.º

Segundo a praxe geralmente estabelecida, no concurso de

preferencias em execução *commun*, é ao exequente que compete promover a citação dos credores, que tiverem requerido na forma do § unico do art. 844.º da Ref. Jud., como também ensina Corrêa Telles no seu *Man. do Proc.*, § 450. Se porém acontecer que assim se não faça, então compete ao consulente fazer citar o exequente para vêr deduzir e oferecer os seus artigos de preferencias.

No concurso deve ter-se muito em vista, que o art. 614.º n.ºs 1.º e 2.º da Ref. Jud. foi revogado pela moderna legislação. Com effeito nem já está em vigor o n.º 1.º, como se deduz do art. 1015.º do Cod. Civ.; nem vigora também o n.º 2.º, bastando que os credores se apresentem com documento, que possa ser admittido a registro, e se mostre definitivamente registrado ou havido como tal. E o que se infere do art. 1025.º do Codigo e outros logares parallelos, e se corrobora com o art. 206.º e seus §§ do regulamento hypothecario de 28 de abril de 1870.

Disse acima — definitivamente registrado ou havido como tal —, porque, embora o registro se não tenha ainda effectuado, por grande affluencia de serviço na conservatoria, estão os tribunaes entendendo, e, a meu vêr, mui judiciosamente, que em tal hypothese uma certidão do conservador, d'onde conste a apresentação do titulo para registro, que o mesmo está nos termos de ser a elle admittido, e que se ainda o não foi, deve-se isso a não lhe ter chegado a sua vez, suppre a falta do certificado. E nem podia deixar de ser assim, porque seria um contrasenso fazer pesar sobre as partes as consequencias de uma causa estranha, que na sua mão não estava evitar, e nem podiam os seus direitos ficar á mercê ou do desleixo de qualquer conservador, ou do muito serviço, a que este não pôde dar prompto expediente. O requerente, apresentando-se a tempo com o seu titulo na conservatoria, cumpriu com as prescrições da lei; o mais não deve ser-lhe imputavel, nem prejudicial-o. *Scire leges non est eorum verba tenere, sed vim ac potestatem.*

Neste sentido decidiu a relação do Porto, por accordão de 6 de dezembro de 1870, que pôde vêr-se na *Rev. de Leg.* n.º 150, e o mesmo fez a relação de Lisboa em accordão de 15 de janeiro de 1870, que vem transcripto no *Direito* n.º 14 do 2.º anno. A mesma doutrina foi firmada pelo procurador geral da corôa na circular de 10 de novembro de 1869, resposta 98, que vem no *Diari. do Gov.* n.º 237 e na *Gaz. dos*

*Trib.* n.º 4268, sendo também sustentada pela redacção d'este ultimo periodico em o n.º 4317, como se vê do seu final.

Creio pois que o consulente munido da certidão passada pelo conservador, acima alludida, pôde entrar afouto no concurso de preferencias, devendo ser-lhe attendido o seu direito hypothecario.

E' possivel, porém, que, estabelecido o concurso, queira o exequente prevalecer-se da hypotheca legal por fôros, de que acima fallamos, e com relação aos vencidos antes da promulgação do Cod. Civ., apesar da falta do seu registro, invocando para isso o art. 1019.º do mesmo, e a lei de 15 de junho de 1871, que prorogou até 22 de março de 1873 o prazo de tempo marcado n'aquelle. Se isto acontecer, é preciso na contestação dos artigos fazer vêr, que só uma pequenissima parte do producto em deposito é que representa os fôros que se deviam do predio arrematado, sobre a qual só é que pôde ter logar a mesma hypotheca legal, e não em relação ao mais, que diz respeito a outros fôros, cujos predios não entraram na execução, e sobre que não pôde por isso invocar-se nenhuma hypotheca legal, em prejuizo da convencional do consulente.

## § 121.º

### Fôros

Quando ha hypotheca legal ou privilegio por elles.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Emquanto á pergunta que de novo agora se faz, sobre se as hypothecas de todos os outros credores, incluindo o exequente, ficariam nullas pelo facto de reahirem sobre predios emphyteuticos, e o senhorio não as auctorisar, cumpre-me responder o seguinte:

Hoje pelo Cod. Civ. art. 898.º taes hypothecas são validas, independentemente de licença do senhorio. Pelo antigo

direito era isto objecto de grande questão, dividindo-se as opiniões, mas parece que ia prevalecendo no fôro a de que a falta de auctorisação do senhorio não invalidava absolutamente a hypotheca, mas só a annullava, caso o mesmo senhorio viesse a consolidar por commisso ou outro meio o seu dominio directo com o útil. — Vejam-se Coelho da Rocha, *Inst.*, § 560; Lobão, *Dir. Emphyt.*, tomo 2.º § 848; e Corrêa Telles, *Quest. 54 e 55 de Dir. Emphyt.*

Em todo o caso julgo pouco importante para o nosso caso a resolução d'esta davela; porque, ainda mesmo que julgemos hypothecarios os outros credores, e isto só em relação ás respectivas glebas dos prazos hypothecarios, porque os mais são evidentemente credores *communis*, sempre a hypotheca do consulente, como legal privilegiada, segundo o antigo direito (Coelho da Rocha, *Inst.*, § 639), deve preferir a todas as convençoes (citada *Rev. de Leg. n.º 192*).

A doutrina até aqui exposta é inconcussa. O que porém me faz recejar muito pelo bom exito da appellação, foi a leitura dos artigos de preferencia que me foram agora presentes.

Com effeito n'elles, em vez de se invocar para os fundamentar, a hypotheca legal, que o senhorio tinha, recorreu-se ao privilegio mobiliario, inapplicavel em vista do ponderado; e além d'isto misturaram-se os fôros vencidos antes e depois doCodigo, quando só para os primeiros é que, segundo a opinião corrente, pôde valer a hypotheca. Pôde pois acontecer, que a relação nos desatenda pelo defeito do pedido; em todo o caso inclino-me a que sempre deva appellar-se pela razão acima dada, devendo no tribunal superior encarregar-se a causa a um bom advogado, que a trate em face do verdadeiro direito applicavel.

§ 122.º

## Gestão

O mandatario tem direito a ser indemnizado pelo mandante de todas as despesas feitas com o mandato, e dos serviços prestados. — Igual direito tem o gestor de negocios. — O testamento considera-se feito á morte do testador, e é então que se conhece da capacidade dos herdeiros ou legatarios por elle instituidos, embora sejam nascituros. — O legado deixado ao filho do testamenteiro considera-se remuneratorio, e por isso, se o pai deixou de ser testamenteiro, caduca o legado. — Sendo dois os testamenteiros, se um não cumprir pelo seu lado, não acresce a seu legado ao outro, embora este ficasse sobrecarregado com todo o incommodo da testamentaria. — Se o testador lega um credito, que depois recebeu, fica extinto o legado. — O legatario tem direito ao legado logo á morte do testador, e havendo demora na entrega pôde pedir juros: — mas se o testador marcou prazo para a entrega, só correm os juros depois d'elle passar. — Caducando um legado, reverte a sua importancia para a herança. — Os legados só se pagam depois de liquidada a herança.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Embora o mandato se presuma gratuito, quando não fôr estipulada remuneração, e o seu objecto não fôr do numero d'aquelles que o mandatario trata por officio ou profissão lucrativa (Cod. Civ. art. 1331.º), é contudo innegavel, que o mandatario tem direito a ser embolsado, pelo mandante, das despesas que fizer por causa do mandato.

Com effeito o Cod. Civ. determina no art. 1339.º, que o mandatario preste contas exactas da sua gerencia; e no art. 1341.º impõe ao constituinte a obrigação de indemnizar o mandatario de todas as despesas que fizer, e prejuizos que soffrer por motivo do cumprimento do mandato, uma vez que o mandatario não excedesse os limites d'este e procedesse de boa fé. A mesma obrigação se vê confirmada ainda nos art. 1346.º, 1348.º e 1349.º, os quaes revestem este direito do mandatario de outras garantias muito importantes, taes como a da responsabilidade solidaria dos mandantes conjunctos, e a da retenção sobre o objecto do mandato. Se

examinarmos n'este ponto o Codigo em relação ao mandado judicial, acharemos ainda estabelecida a mesma doutrina com applicação especial a procuradores e advogados no art. 4339.<sup>o</sup>

Parece-me pois incontestado o direito do consulente a exigir, dos interessados que lhe fizeram procuração, as suas respectivas quotas partes nas despesas e prejuizos.

Que direi porém a respeito dos outros interessados que não passaram procurações? Sou de voto que ainda estes estão igualmente obrigados a pagar as suas correlativas partes nas mesmas despesas e prejuizos. Na verdade ou consideremos o consulente como um simples gestor de negocios em relação a elles, e invoquemos, em tal caso, os artigos do Codigo, que tratam da gestão, e especialmente os art. 1721.<sup>o</sup>, 1726.<sup>o</sup>, 1727.<sup>o</sup>, 1728.<sup>o</sup>, 1730.<sup>o</sup>, 1732.<sup>o</sup>, 1733.<sup>o</sup> e 1734.<sup>o</sup>; ou o olhemos sob o aspecto de cabeça de casal, e lancemos mão do art. 2086.<sup>o</sup>; em ambas as hypothesees tambem me parece claro o seu direito de exigir-lhes os competentes quinhões das despesas effectuadas.

E' porém facil de ver, que cada um deve só pagar na proporção dos interesses que tem na herança: assim o pede a boa razão, e se deduz até do § unico do art. 1734.<sup>o</sup> já citado.

A responsabilidade dos interessados estende-se á conclusão do negocio; e para os que passarem procurações não data só d'estas, mas abrange para elles, assim como para os outros, tudo quanto for mister dispende-se, a fim de levar-se o mesmo á sua completa realisação.

Resta da parte do mandatario empregar todo o zelo e actividade, e prestar uma conta fidelissima dos seus actos; tendo, já se vê, de perder a sua respectiva quota na despesa, por ser co-interessado.

Quando se entenda que o testamenteiro de Loanda não perdeu esta qualidade, parece-me que a circumstancia de ser o nascimento do filho d'elle posterior tres annos á feitura do testamento não fez caducar o legado remuneratorio, que lhe foi deixado. Com effeito é doutrina corrente, que o testamento, como expressão da ultima vontade, se entende feito á hora da morte de quem testou; e assim se justificam as

disposições dos art. 1776.<sup>o</sup>, 1777.<sup>o</sup> e 1778.<sup>o</sup> do Codigo, nas quaes se regula a successão do embrião e dos nascituros, se manda aferir a capacidade para adquirir por testamento pelo tempo da morte do testador.

Podem tambem vêr-se a *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 4333, 4437, 2853 e 3309, em um dos quaes vem transcripto um parecer da Associação dos Advogados de Lisboa, e o *Direito* n.<sup>o</sup> 2 do 3.<sup>o</sup> anno, e ali acharemos firmados os mesmos principios.

Conseqüentemente, se o filho do testamenteiro era já vivo á morte do testador, embora o não fosse ao tempo da feitura do testamento, é habil, por este lado, para receber o legado.

Mas a grande questão é, se o pae tem ou não a qualidade de testamenteiro. Evidentemente o legado deixado aos filhos dos testamenteiros revestiu o caracter de remuneratorio, porque foi deixado em contemplação dos serviços que o testador esperava dos paes; e portanto parece que, não prestados estes, deve cessar o legado.

O Codigo é expresso em determinar nos art. 1780.<sup>o</sup> e 1880.<sup>o</sup>, que os testamenteiros, que se escusarem da testamentaria, perderão o legado, que lhes fór deixado por causa da mesma. Entendo portanto, que os filhos do testamenteiro de Lisboa, que se escusou, nada tem direito a exigir, porque o legado, com que foram contemplados, tinha por origem e causa determinante a testamentaria, conforme transiuz do testamento; e o mesmo Codigo preceitua no art. 1761.<sup>o</sup>, que, em caso de duvida sobre a interpretação da disposição testamentaria, se deve observar o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento, no que concordam a *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 3372, 3085, 4117 e 4522; a *Rev. de Leg.* n.<sup>o</sup> 15 e 39; e o *Direito* n.<sup>o</sup> 10 e 35 do 2.<sup>o</sup> anno.

Mais difficil é a resolução d'este ponto a respeito do testamenteiro de Loanda. Este acceitou o encargo, e por este lado não caducou o legado do filho. E' verdade que por ter fallecido o testador em Lisboa, onde estava o grosso da sua fortuna, os serviços que tem a prestar, são nullos, ou de pouca importancia; mas d'isso não é elle culpado, e até mostrou desejo de trabalhar (fosse qual fosse o fim que teve em vista), quando pretendem arrastar a testamentaria para Loanda. Por outro lado o testador declara no proprio testamento, que estava em vespasas de partir para Lisboa, para onde já então não podia deixar de prever, que havia de chamar a parte

mais importante do seu cabedal; e apesar d'isso nomeadamente em Loanda. Póde pois sustentar-se plausivelmente, que o testamenteiro d'esta cidade, attenta a intenção do testador, e porque fez tudo o que estava na sua mão para cumprir o seu dever, deve lucrar o legado para o filho.

Concluo do expendido, que, se este testamenteiro já prestou, ou tem ainda de prestar alguns serviços, embora pequenos, é probabilissimo que será considerado com jus ao legado. Se porém ficou só testamenteiro *in nomine*, poderá disputar-se-lhe com mais vantagem o mesmo legado, invocando para isso a intenção do testador, e tirando algum argumento da doutrina sobre falsa causa, de que falla o art. 1745.º doCodigo. Conveio porém notar que, ainda n'esta hypothese, é possível, e muito, não se julgar procedente a opposição á entrega do legado, porque a pena fulminada nos art. 1780.º e 1889.º abrange na sua letra só os testamenteiros que se escusam, ou são removidos pela sua má gerencia, o que supponho não se dar em o nosso caso; e é bem sabido, que as leis penaes devem sempre interpretar-se restrictivamente. Acresce, que a *Rev. de Leg.* n.º 86, e o *Direito* n.º 32 do 1.º anno e 43 do 3.º anno sustentam em hypothese, senão iguaes á nossa, alguma cousa parecidas com ella, a não caducidade do legado, embora se não preenchesse o fim para que foi deixado. A questão portanto, se fóra levada a juizo, seria de exito duvidosissimo.

Supponhamos porém, que se entende em vigor o legado do filho do testamenteiro de Loanda; em que porção deverá elle lucrar-o? O testador deixou a quarta parte do remanescente da sua fortuna para ser dividida pelos filhos dos seus dois testamenteiros, um em Lisboa, e outro em Loanda, isto é, ao meio; mas se a metade dos de Lisboa caducou, segundo a minha opinião, terá de crescer ao de Loanda? Quem lêr o art. 1907.º doCodigo, sem reflexão, dirá que sim; todavia a mim parece-me que não. No presupposto d'aquelle artigo, sendo testamenteiros conjunctos, a parte do que se escusa acresce á dos outros, porque tambem o seu trabalho augmenta, mas em o nosso caso não acontece assim, visto que o testador já dividiu a remuneração, e a escusa do testamenteiro de Lisboa em nada alterou a situação do de Loanda, sendo por outro lado bem clara a intenção do mesmo testador, a que nos testamentos deve attender-se de preferencia (art. 1761.º). Segundo o art. 1893.º no impedi-

mento ou por escusa do testamenteiro incumbe aos herdeiros o cumprimento do testamento: foi o que succedeu pela escusa do de Lisboa, e por isso justo é que a remuneração, que lhe tocava, reverta para a massa da herança. Para que aproveitasse ao testamenteiro de Loanda, seria mister que tambem lhe acrescesse o trabalho da testamentaria de Lisboa.

Pelo § unico do art. 1821.º doCodigo, quando, sendo legado um credito, este se mostrar compensado no todo ou em parte, poderá o legatario exigir do herdeiro o equivalente do credito, ou da parte compensada; mas se a extincção da dívida *provier de outra causa, não poderá exigir cousa alguma*. Por consequencia se o credito legado já não existia á morte do testador, por este haver recebido o seu dinheiro, e esta recepção foi real, e não por encontro ou compensação, entendendo que os afilhados perderam o seu legado, porque mais se corrobora com a doutrina doCodigo nos art. 1805.º, 1806.º, 1807.º, 1811.º n.º 3.º, e 1817.º, d'onde se vê que os legados de cousa certa, ou nominalmente determinada, caduca logo que á morte do testador não existe o seu objecto, ou n'aquellas condições e circumstancias, pelas quaes o testador os quiz caracterisar.

Entendo porém, que o direito dos irmãos residentes no ultramar está de pé, porque estes foram contemplados de um modo absoluto, e se se indicou que recebessem de preferencia no ultramar, foi talvez só por isso lhes ser mais costumado; mas não se fez depender o seu direito (como a respeito dos afilhados) de alli haver ou não os fundos a que o testador se referiu. Meditem-se as palavras do testamento, e o pensamento que d'ellas se deduz.

Segundo os art. 1810.º e 1826.º, o legatario adquire direito ao legado logo á morte do testador, e ainda no caso de existencia de condição que suspenda por certo tempo a execução da disposição; e pelo art. 1810.º o legatario tem direito, desde a morte do testador, aos fructos ou rendimentos da cousa legada, excepto se o testador tiver ordenado o contrario. Combinados estes artigos, parece effectivamente,

que os legatarios tem direito ao juro legal das quantias que lhes foram legadas: mas por outro lado mal podera receber-se como, querendo o testador, que os legados sejam recebidos só passado certo tempo, vão já accumulados com os seus juros. O testador mandou que, depois de liquidada a sua herança, se entregassem os legados nas quantias matricadas, e não mais; ora se acrecem os juros, já assim não teria.

Parece pois que a intenção e vontade do fallecido foi, que recebessem só os capitães; e oCodigo manda no art. 1840.º respeitar essa vontade. Demais a entrega dos legados um pouco tarde não é filha da mora dos executores do testamento, mas das difficuldades da liquidação, que até ao mesmo se previram.

Em favor d'este meu modo de vêr a questão pôde trazer-se argumento de varios accordões do supremo tribunal de justiça, que se lêem na *Gaz. dos Trib.* n.º 1647, 1742 e 2105, embora a hypothese d'elles fosse diferente da nossa. Corrobora-se ainda com a doutrina da mesma *Gazeta* n.º 4451 e seguintes, e sobretudo com a que desenvolve em os n.ºs 4556, 4557 e 4571, onde sustenta resolutamente, que, apesar do art. 1840.º doCodigo, os juros de quantias legadas, em falta de expressa determinação do testador, só se devem desde a mora, por entender que nas palavras *fructus e rendimentos* do citado artigo se não comprehendem os *juros*; e do mesmo pensar é o snr. Alexandre de Seabra no *Direito* n.º 43.

Cumpra todavia confessar, que a *Rev. de Leg.* n.º 163 parece inclinar-se para a opinião contraria, e que este ponto é alguma cousa duvidoso, embora eu propenda para a parte dos que negam os juros, sobretudo no caso de que tratamos; mas é indispensavel, que os legatarios não possam provar que houve demora calculada e voluntaria em lhes entregar os legados, porque, em tal hypothese, probabilissimo é que venham a julgar-se-lhes os juros dos legados.

Entendo, que o legado caduco deve reverter aos herdeiros, visto que *remanescente*, no sentido do testamento, é só o que fica depois de pagos todos os legados d'elle; e este legado tem de ir, por ter aducado, aos herdeiros, sendo como é uma quantia, cuja entrega não pôde verificar-se, e estando

por isso comprehendido na letra e espirito da última clausula testamentaria.

Os legatarios não podem receber os legados senão depois de concluida a liquidação, porque assim o ordena o testamento. E tambem não vejo possibilidade juridica em receberem uns primeiro que os outros. Se todos elles são co-intereçados, com que fundamento se hão de contemplar uns com o beneficio de uma recepção anticipada, e deixar os outros à espera? Quaes as regras ou motivos de preferencia, para que sejam antes estes, do que aquellos, de admittidos a gozar de tal vantagem? Não pôde ser assim: haveria n'isto uma arbitrariedade, contra a qual poderiam os outros com razão levantar-se. O verdadeiro caminho pois a seguir, é entregar todos os legados, só depois de concluida a liquidação total.

Se a pergunta envolve a ideia de que os bens da herança não chegam para pagar integralmente todos os legados, respondendo, que estes devem ser rateados proporcionalmente, excepto os remuneratorios, que são considerados divida da herança: é esta a doutrina do art. 1793.º do Cod. Civ.

Creio, porém, que a pergunta é outra. Como o testador declarou ter orçado a sua fortuna em cerca de 100.000\$000 réis, e é possivel não se liquidar em tanto, deseja-se porventura saber, se os legados deverão soffrer uma deducção proporcional a esse defalque, embora podessem ainda pagar-se integralmente pela herança liquidada.

Não sei de nenhum principio juridico, que autorise tal deducção; e por outro lado tambem não pôde apoiar-se na vontade presumida do testador, porque supposta esta apresentasse o calculo approximado da sua fortuna, é certo que fez depender o apuramento d'este ponto, da liquidação a que por sua morte se devia proceder; e determinou de um modo absoluto que, verificada ella, se pagassem os legados, não dando a entender em parte alguma, que estes se cercassem, se, por acaso, a sua fortuna não atingisse aquella cifra de 100.000\$000 réis.

Creio pois que não ha base solida para sustentar-se a deducção do legado.

**Grammatica**

Questão importante sobre se um legado a dinheiro era encargo do proprietário, ou do usufructuario de uma herança. — Na interpretação dos testamentos, deve attende-se á vontade do testador. — Interpretação grammatical de um testamento.

**Reflexões Juridicas por parte dos AA.**

N'estes autos, se não estamos illudido, não ha mais que uma unica questão a examinar, a saber: O legado de... réis, deixado á auctora D. Delfina por sua madrinha D. Delfina, no testamento appenso, é um encargo da herança do R. Adriano, ou um encargo do usufructo do R. José Joaquim?

Se é verdadeira a primeira parte da disjunctiva, a justiça é dos AA., porque o legado pesa sobre a herança, e procede a argumentação dos mesmos AA.: se é verdadeira a segunda parte, a justiça é inquestionavelmente dos RR., e a herança não responde pelo legado, tirassem, ou não, este lucro do usufructo de seu pae e sogro. E pois que não pôde haver accordo, e se desce a tela judicial, devera, na nossa humilde opinião, ventilar-se somente aquella nua e desnuda questão, o que teria reduzido o processo a microscópicas proporções; sendo em pura perda das partes quanto para ali se agglomerou, allegando e provando factos estranhos, que, provados ou não provados, deixam a questão no mesmo pé em que estava. A doutrina da replica, que os RR. não quiseram deixar passar sem desmentido, é que deu causa a este extravio.

Compulsemos pois o testamento de D. Delfina, e vejamos se podêmos penetrar na sua intenção, bussola que nos deve guiar. Com effeito que a primeira regra na interpretação dos testamentos é prescrutar a mente do testador, era já principio de direito romano. Diz a lei 7.ª § 2.º Dig. de supp. leg.:

*«Sercius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, aspicere oportere... nam etsi prior atque potentior est, quam vox, non dicentis.»*

Concorda a lei 3.ª § 2.º de *adim. vel transf. leg.*:

*«Sed melius est sensum magis, quam verba amplecti.»*

No mesmo sentido se exprimem a lei 13.ª Dig. de haer. inst., e a lei 15.ª Cod. de test. Este mesmo principio adoptou Corcua Telles, Dig., tomo 1.º art. 391.º com relação ao art. 282.º, e em geral os demais praxistas, que seria luxo fastidioso estar a transcrever, ou ainda citar.

Esta jurisprudencia, que vigorava no tempo em que se fez e abriu o testamento, passou para o art. 1761.º do Cod. Civ., e é corrente no fóro. — Vejam-se a *Gaz. dos Trib. n.º 1117*; a *Rev. de Leg. n.ºs 15 e 33*; e o *Diritto n.º 10 do 2.º anno.*

Diz a testadora, depois de instituir universal herdeiro o R. filho, e usufructuario universal o R. pae:

«Que quer, que toda a sua herança, em harmonia com as disposições das leis, sy por morte do dito seu sobrinho Adriano passe para o outro seu sobrinho João, filho bastardo do dito seu irmão José Joaquim, no caso de lhe sobreviver, porém não lhe sobrevivendo, ou quando sobreviva tenha (sic) filhos legitimos, quer que por morte d'este ultimo passe seus bens do modo seguinte — o quintal e casa, aonde reside, que é tudo contiguo, para sua afilhada D. Thereza, filha de D. Maria Miquelina, e por morte d'esta passará a mesma casa e quintal para sua afilhada D. Delfina, filha de João Osorio — (e continua por diante a dispôr dos ditos bens por morte do sobrinho João).

Constituiu pois a testadora um fideicommisso da sua herança, de mais de um grau; e sem entrar na questão juridica da sua validade ou nullidade, á vista da legislação em vigor, o que se deduz d'aqui evidentemente é que a sua mente foi que a sua herança se conservasse intacta, a fim de passar de uns a outros instituidos.

Supponhamos agora, que os legados assim da A. mulher como dos outros afilhados ficavam onerando a herança, como querem os AA., o resultado seria, que teriam de penhorar-se os bens d'ella para pagamento dos legados, se o usufructuario não quizesse pagar do seu bolso, o que não era provavel, e se contrariaria o fim da testadora.

Nem se diga contra esta argumentação, que a testadora deixou ao usufructuario a faculdade de vender, na qual se comprehende a de alienar tantos bens da herança, quantos fossem indispensaveis para a satisfação dos legados. Respon-

demos, que as palavras do testamento excluem esta interpretação, pois que, tratando da alludida faculdade, acrescenta — *em occasião de qualquer necessidade urgente e extraordinaria que sobrevenha* —. Referiu-se pois a uma necessidade ao mesmo tempo indeclinavel e inesperada, não querendo que seu irmão, ao vêr-se com o haraço na garganta, carecesse de meios para salvar-se, e ainda assim só lhe permitta a venda de bens de menos consideração. Não podem pois as palavras griphadas ter applicação á solução dos legados, que não era cousa extraordinaria, antes prevista para o usufructuario, desde que a testadora se finou.

Continua ella dizendo:

«Que seja quem fór a pessoa que chegue a lucrar a herança d'ella testadora, é sempre com a condição de pertencer o usufructo vitalicio ao sobredito seu irmão José Joaquim, a quem nomeia seu testamenteiro, com a condição que este dará dentro do praso de dez annos, a contar do fallecimento d'ella testadora, ás sobreditas suas afilhadas D. Delfina ... réis», etc., etc.

Note-se, portanto, que a testadora já n'outra parte tinha deixado ao irmão o usufructo vitalicio da sua herança, e se aqui fez uma repetição, que parece superflua, foi para lhe impôr a condição de pagar os legados aos afilhados — *com a condição*, etc. — o que bem manifesta ter sido um encargo, com que onerou o usufructo, e ainda assim lhe fez um largo beneficio. E' pois pelos rendimentos do mesmo usufructo, ou por quaesquer bens que o usufructuario possua, que os AA. podem cobrar o legado; e se não fosse a sua inexplicavel obstinação em querer obrigar os RR. a pagarem uma divida alheia, desde muito que podiam estar embolsados, sem fazerem, e causarem as despesas enormes, a que tão culposamente estão dando causa.

Vejo que, entre a declaração do usufructo a favor do irmão, e a condição do pagamento dos legados, se escreveu o seguinte — *a quem nomeia seu testamenteiro* — e tambem vejo uma nota marginal do meu illustre collega dr. F., que diz — *nomeia testamenteiro, e este dará, etc.*

Isto leva-me a crer, que este muito habil advogado vai querer sustentar, que a testadora lhe mandou pagar os legados na qualidade de testamenteiro.

Se no testamento se lêsse o que está na nota marginal, talvez nos resolvéssemos a abraçar a interpretação do nosso

collega, porque a copulativa — e — indoziria porventura a crer, que o usufructuario devia pagar os legados como testamenteiro, o que naturalmente envolvia a ideia de ser á custa da herança.

Felizmente outra cousa, e muito differente, mandou escrever D. Delfina. A oração — *a quem nomeia seu testamenteiro* — é uma oração incidente, e sem ligação tal com a anterior e posterior, que as modifique: é tanto assim, que sem inconveniente poderia ter sido mettida entre parenthesis, ou transferida para outra parte, ou eliminada, sem que o sentido da disposição da testadora soffresse alteração alguma.

Demais, se a testadora quizesse que José Joaquim satisfizesse os legados, como testamenteiro, seria nm modo de exprimir muito pouco natural o dizer — *com condição que este dará*, etc. — Ao testamenteiro não se impõem condições: se accceita a testamentaria, ha de cumprir as obrigações que a lei geral estabelece, e as especiaes que lhe tiverem sido marcadas (Cod. Civ. art. 1899.º): se não accceita, cumprem os herdeiros (art. 1893.º). Nem se diga, que foi a pouca pericia do descriptor do testamento que o levou a explicar-se por um modo estranho, por isso que o theor do testamento, em geral, manifesta um homem habil; e tanto assim que mais tarde o governo o chamou para um emprego elevado.

Finalmente se a testadora quizesse, que o legado, de que se trata, sahisse da herança, enunciaria o seu pensamento com a mesma clareza, com que o manifestou a respeito do de Maria, e que não deixa logar á minima duvida.

Parece-nos pois conspirar tudo para dar ao testamento de D. Delfina a unica interpretação que nós lhe damos, e que José Joaquim, pela accitação que fez do usufructo, é o só responsavel a pagar aos AA., que incompetentemente chamaram os RR. a esta acção, ainda que com muita finura, para vêr se elles se desculpavam de defender a sua propriedade, que n'esse caso veriam ir um dia á praça, sem já poderem valer-lhe. Vieram com pés de lã.

Sendo este o — *cardo rei* — confessamos ter de entrar com muita repugnancia no exame das outras questunculhas, alevantadas no processo, pelas julgarmos impertinentes, como já mostramos; mas obriga-nos a isso, mau grado nosso, a posição de advogado.

## § 124.º

## Graus

Sobre a contagem d'elles, por direito civil e canonico, para o casamento.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Segundo o art. 1977.º do Cod. Civ., está a sobrinha para com o tio no terceiro grau de consanguinidade, porque, sabendo para o tronco, da sobrinha ao pae (ou mãe) vai um grau, e d'este ao tronco outro grau, e, descendo do tronco, outro grau para o tio. Outra cousa seria, se houvessemos de fazer a contagem pelo direito canonico, porque n'esse caso estariam em primeiro e segundo grau.

Estando pois em terceiro grau, se tivesse applicação o art. 1073.º, era no seu n.º 3.º, e não no seu n.º 2.º. Mas eu presumo que se trata de catholicos, e para o casamento d'estes não regula o art. 1073.º, nem os outros da mesma subsecção, que se referem ao casamento feito pela forma instituida na lei civil, que só é permitido aos não catholicos (art. 1057.º).

Aos que professam a religião catholica são applicaveis os art. 1057.º e 1069.º, devendo o seu casamento ser celebrado pela forma estabelecida na igreja catholica e em conformidade com as leis canonicas recebidas n'este reino; e portanto, se o tio e sobrinha casarem n'esta conformidade, precedendo dispensa canonica do impedimento do parentesco, é muito claro que o seu matrimonio é valido, e ha de produzir efeitos civis.

Não ignoro, que se tem pretendido achar-se o matrimonio civil *encapotado* no Codigo nos art. 1081.º, 1090.º e outros; porém se isto assim fór, não se segue que não valha e não tenha efeitos civis o matrimonio catholico, e é isso o que se pretende saber.

## § 125.º

## Habilitação

Modelo de uns artigos d'ella para continuar a execução, que tinha por base uma conciliação.

Diz Francisco, do lugar de ... e comarca de ..., que movendo uma execução n'este juizo contra Antonio, do lugar de ... e tendo fallecido este, offereceu o supplicante seus artigos de habilitação contra a mulher lita e filhos menores, Rita, João, Francisco e Amelia, do mesmo lugar de ... que foram julgadas improcedentes, por não haver o supplicante juntado os respectivos documentos, deixando-se-lhe direito salvo para os deduzir novos. Vem pois apresentar os novos artigos abaixo transcriptos, e pretende, que, autoados e appensos á execução, se cite a referida Rita por si, e como representante de seus filhos acima mencionados, e tambem pessoalmente a Rita e João, por serem puberes, e o curador *ad litem*, que lhes fór nomeado e ajuramentado, para na segunda audiencia d'este juizo posterior á citação vérem offerecer os mencionados artigos, ficando-lhes assignadas duas audiencias para os contestarem, ou confessarem, e seguindo-se depois os termos ulteriores.

P. a v. exc.ª, meretissimo snr. dr. juiz de direito, se sirva deferir.

E. R. M.

Por artigos de habilitação diz como habilitante Francisco, do lugar de ... contra os habilitandos Rita, e seus fillos menores puberes, Rita e João, e contra os impuberes, Francisco e Amelia, do lugar de ..., e contra o curador *ad litem*:

1.º

P. que estando a execução appensa nos termos que d'ella se vê, falleceu da vida presente o executado Antonio, como

se mostra do assento d'obito, inserto no documento n.º ... sob n.º ...

2.º

P., e pelo assento sob n.º ... se evidencia ter o fallecido Antonio sido casado legitimamente com Rita; e que o foi segundo o costume do reino, é presumpção jurídica, e que es-cusa de prova (Cod. Civ. art. 1098.º e 2517.º); e assim

3.º

P. que tanto pela legislação anterior ao Cod. Civ., como porque figurou expressamente na convenção de 2 de maio de 1862, base da execução, é responsável por metade da divida exequenda.

4.º

P. que, não tendo Antonio feito testamento, como no sobredito assento se declara, succederam por igual na sua herança os seus quatro filhos e herdeiros legitimarios, Rita, João, Francisco e Amelia, cujos assentos de baptismo vem em n.º ... no documento n.º ...

5.º

P., e tanto são estes quatro, os unicos filhos e universaes herdeiros de Antonio, e nenhum mais, e tanto acceitaram a sua herança por intervenção de seus representantes legais, que como taes foram declarados no inventario de menores, a que se procedeu, e entre elles só foi partilhada a mesma herança, como convence a certidão, documento n.º ...

6.º

P. que n'estes termos e nos de direito, devam julgar-se procedentes e provados os presentes artigos, e os habilitados habilitados para contra elles proseguir a execução, e custas.

§ 126.º

### Herança

A do filho perfilhado regula-se pela lei vigente à data da sua perfilhação, e sendo por sentença, depois do Cod. Civ., é por este, que se regula, quando concorra a ella com descendentes legitimos. — O pae que foi obrigado a reconhecer um filho illegitimo, tendo-os legitimos, não pôde dispôr da terça.

### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A A. Maria na conclusão do seu libello a fl. ... pediu ser julgada filha illegitima da R. Anna para os effeitos juridicos, e entre elles a successão, como herdeira legitimaria, na fórma do art. 129.º e outros do Cod. Civ. e direito anterior applicavel.

Nas excellentes reflexões juridicas *signanter* a fl. ... procurou-se mostrar, com muita proficiencia, que a A. em virtude do assento de baptismo de fl. ... e ulterior procedimento da R. sua mãe, ficou considerada pelo direito anterior ao Cod. Civ. como filha da dita R., sem necessidade de outro reconhecimento ou perfilhação, e filha simplesmente natural, por não ser adulterina, nem incestuosa, nem sacrilega, e por testamento equiparada aos filhos legitimos para a successão, não podendo ser prejudicada pelas novas exigencias do Cod. Civ., que não podem retrotrahir-se, nem offender-lhe os direitos assegurados pela antiga lei.

Parece-me ser este o pensamento da A., que se baseou principalmente nas razões do direito, nos logares que cita, mas que são nervosamente combatidas pela *Her. de Leg. n.º 81*, sustentando a opinião emitida em o n.º 77.

O juiz porém na sua sentença ex fl. ... não só negou ao assento de fl. ... tamanha força probatoria, conceituando-o apenas a fl. ... como uma vehementemente presumpção, que veio em auxilio da prova testemunhal realmente muito boa; mas diz a fl. ... o seguinte:

«A presente acção foi proposta sob a vigencia do Cod. Civ. Port., e é portanto pelas suas disposições, que tem de regular-se a mesma acção.»

E conclue a fl. ...:

«Julgo para todos os effectos legaes a A. Maria filha illegitima, e na phrase precisa do Cod. Civ. Port., da primitiva R. Anna.»

Já se vê, que o juiz não reconheceu a força que a A. attribuiu ao assento do seu baptismo, nem a reputação já reconhecida pelo direito antigo; e porque esta sentença passou em julgado e vae servir de base á nova acção, é ella unicamente que fixou os direitos da A., que não pôde proficilmente invocar, nós seus petitorios, o que a sentença rejeitou.

Consequentemente, não pôde a A. chamar a seu favor a disposição do n.º 1.º do art. 1783.º do Cod. Civ., e só a do n.º 2.º, porque o seu reconhecimento legal data da sentença, que foi muito posterior á contração do matrimonio de sua mãe.

Nem obsta, que este matrimonio fosse celebrado antes do Cod. Civ., não só porque este não distingue, mas porque a herança de Anna se abriu já na vigencia d'este, sendo n'esta epocha que cumpre apreciar os direitos dos concorrentes a ella, e regular o direito successorio, como entende o sr. Dias Ferreira no *Codigo Civil annotado*, tomo 4.º pag. 205 e 358; e ainda porque os direitos da A. só foram definitivamente fixados sob o imperio do mesmo Codigo.

Tambem entendo que por não concorrer a A. com filhos legitimos, e só com um neto de sua mãe, não ficará por isso de melhor partido; porque as razões da lei — *concessão de maior favor aos legitimas* — é a mesma, e lá está o direito de representação garantido na nossa especie pelos art. 1981.º e 1983.º Concorde que o art. 1991.º se não explicasse com a conveniente clareza, porém esse defeito não pôde destruir as prescripções claras de outros artigos,

E minha convicção pois, que a A. ha de ter legitima igual á do sobrinho, e unico herdeiro legitimo, menos um terço, e que esta legitima ha de sahir só da terça disponivel da herança, nos precisos termos do § 2.º do art. 1785.º, sem embargo de haver a testadora Anna deixado a usufructo da terça a sua nora Maria Joaquina, ou como quer que deva conceituar-se este legado.

Bem sei que, na opinião da *Rev. do Leg. n.º 144* e outros, e na da *Gaz. dos Trib. n.º 4395*, teria Maria ou de ficar sem legitima, ou de esperar pela morte da dita Maria

Joaquina; todavia semelhante opinião é inaceitavel, e foi combatida com solidez pelo *Direito n.º 15* do 3.º anno, e brillantemente pelo sr. Dias Ferreira a pag. 204 do citado volume; e já vingou no accordo da relação do Porto, de 20 de março de 1874, publicado no *Direito n.º 27* do 6.º anno. Tambem não obsta o art. 1814.º do Cod. Civ. pelo que diz o sr. Dias Ferreira a pag. 203.

Examinado o inventario, vê-se que importou todo o casal de Anna em ... réis, sendo a terça d'esta quantia, de que está entregue a usufructuaria, ... réis, e a legitima do neto de ... réis. Ora sendo a legitima de Maria igual menos um terço, vem a ser de ... réis, e porque a terça é mais pequena, tem de recebê-la toda, ficando privada da differença. E como ha de ir haver esta legitima, consistente na terça?

Julgo muito perigoso pedir a rescisão da partilha com fundamento no art. 2163.º do Cod. Civ., quando se refere a dolo, porque, consistindo este em acto interno, que escapa aos sentidos, é muito difficil de provar, e pôde bem ser que os tribunaes não julgarem sufficientes os factos apontados na consulta, ainda mesmo que se possam provar cabalmente.

Será mais prudente lançar mão da composição, de que trata o mesmo artigo, a qual, na nossa hypothese, se reduz a pedir toda a terça. Deve portanto lançar-se mão da acção lembrada pelo sr. Dias Ferreira a pag. 489, parecendo-me dever pedir-se conjuntamente a inofficiosidade e inefficacia do testamento de Anna, emquanto offendeu a porção hereditaria da A., chamando-se a juizo o herdeiro e a usufructuaria.

§ 127.º

### Hospital de S. José

Que legados pios não cumpridos lhe pertencem. — Modelo de uns embargos para obstar a que elle recebesse o que lhe não competia.

Por embargos de terceiro diz como embargante D. Maria da Piedade, auctorizada por seu marido Libanio, da villa

de ... contra o agente fiscal dos legados pios n'esta co-  
marca de ..., o seguinte:

1.º

P., e consta do processo de execução appenso ex fl. ...  
que Maria Rita, da villa de ... no testamento legal com que  
falleceu, deixou um legado perpetuo de vinte e quatro alquei-  
res de pão, ou 370.008, aos pobres das povoações de ...  
oito ditos, ou 123.336, aos de cada uma d'estas povoações ...  
devido ser distribuidos pelos mais necessitados, incumben-  
cia de que encarregou seu testamenteiro, o rev. padre José,  
gratificando-o por isso com dez alqueires de pão annuaes, ou  
154.17, e para pagamento d'estes trinta e quatro alqueires,  
ou 524.178, foram destinados os fôros que lhe pagavam José  
Bernardino e Firmino.

2.º

P. que este legado perpetuo a favor dos pobres é va-  
lioso, tanto pela antiga legislação, como pela actual Cad.  
Civ., segundo se depreheende do art. 1872.º, e outros, e afinal  
melhor se mostrará.

3.º

P. que os pobres das tres povoações acima mencionadas,  
logo que a testadora falleceu, entraram á posse d'este le-  
gado, porque, apesar de serem até certo ponto pessoas in-  
certas, o testamenteiro, rev. padre José, os designava annual-  
mente, e lhes distribuia o pão, o que fez constantemente  
até 1865 inclusivè, e tanto assim que foi isso mesmo reco-  
nhecido na sentença fl. ... da execução, que julgou as contas  
do testamenteiro prestadas em 28 d'agosto de 1868, *ut a fl. ...*

4.º

P., e d'ellas se vê estarem os pobres por satisfazer do  
seu legado, pertencente aos annos de 1866 e 1867, que se  
liquidou na quantia de ... réis, que o administrador do  
concelho applicou para o hospital de S. José e mais estabe-  
lecimentos de caridade.

5.º

P. que em consequencia d'isto instaurou-se a execução  
appensa, por virtude da qual se penhoraram por seis annos  
os trinta e quatro alqueires de pão sobre que pesa o legado,  
e como se calculou chegarem somente para pagamento da sob-  
breita quantia de ... réis e custas, é resultado infallivel que  
por outros tantos annos ficam os pobres privados do seu le-  
gado, que o testamenteiro não ha de pagar do seu bolso; e  
por que, chamado a contas por esses annos, é provavel que  
soffra nova condemnação a favor dos mesmos estabeleci-  
mentos de caridade, e após ella nova penhora nas medidas  
das annos subsequentes, e assim successivamente, terão os  
pobres de ficar privados do seu legado até o fim do mundo o  
que é uma iniquidade.

6.º

P. que, não tendo os pobres sido ouridos n'este processo,  
por meio de um curador especial que os representasse, con-  
junctamente com o M. P., embora o testamenteiro fosse con-  
demnado, e não recorresse, como podia, da sentença, esta  
não prejudicou aquelles, nem os inhibiu de deduzirem os  
presentes embargos para defenderem a sua posse, e faze-  
rem levantar a penhora; e com effeito

7.º

P., e manifesta-se do art. 2.º da lei de 26 de julho de  
1855, que só pertencem ao hospital de S. José, e mais esta-  
belecimentos os legados pios não cumpridos, quando estes  
consistem em missas e suffragios pelos defunctos, (veja-se  
resposnos, officios, etc.; e os dicionaristas, como Roquette  
& Faria); e não assim quando deixados aos vivos, quaes os  
pobres, a quem assiste direito de demandar o testamenteiro  
ou seus herdeiros pela importancia dos legados que não  
pagou.

8.º

P. que o rev. padre José é hoje fallecido; mas em sua  
vida, usando da facultade que lhe concedia o testamento de  
Maria Rita, transferiu na embargante, pela escriptura do 22

de maio de 1854, que se junta para ficar por appenso, e ser restituída sem traslado, o direito de, por morte d'elle, receber o legado dos trinta e quatro alqueires e administrativo, lucrando os dez alqueires da gratificação, pela qual a embargante, que é a propria Maria da Piedade, filha de ... que figurou na mesma escriptura, e hoje a sua legitima administradora.

9.º

P. e suppondo, sem o conceder, que os vinte e quatro alqueires dos pobres estivessem sujeitos a pagar a condemnação da sentença, e sobre elles recahissem as consequências dos desejos do administrador ou testamenteiro, não o estavam decerto os dez alqueires da embargante, com que nada tem os pobres, nem os estabelecimentos de caridade.

10.º

P. que a embargante não foi ouvida, nem convencida na causa principal, como os autos mostram; e além d'isso

11.º

P. que, havendo-lhe o rev. padre José transmittido *inter vivos* o direito aos dez alqueires, só com a reserva do usufructo vitalicio, apenas falleceu se consolidou este com a propriedade na pessoa da embargante (art. 2251.º do Cod. Civ.), que assim ficou investida na posse effectiva d'esse direito, que agora pôde defender por meio dos presentes embargos.

12.º

P. que, n'estes termos e nos de direito, devem julgar-se procedentes e provados os presentes embargos de terceiro, e por virtude d'elles deve mandar-se relaxar a penhora, tanto dos vinte e quatro alqueires pertencentes aos pobres, como dos dez alqueires pertencentes á embargante, mandando-se passar mandado de manutenção.

§ 128.º

Hypotheca

Se se considerava extinta a constituída sobre um predio arrematado, principalmente estando o preço da arrematação em deposito. — Por direito antigo, possuindo um terceiro os bens hypothecados com justo titulo e boa fé, por espago de dez annos, dava-se prescripção a seu favor.

Pelo antigo direito a arrematação extinguiu as hypothecas existentes sobre o predio arrematado. — Vejam-se Pereira e Sousa, *Proc. Cív.*, § 433 e nota 860; Lobão, *Exec.*, § 467; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 261; Corrêa Telles, *Arg.*, § 170; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 736; e *Ord. liv. 4.º tit. 6.º § 2.º*

Outros escriptores sustentam o mesmo principio, mas exigem que o arrematante deposite o preço e faça citar os credores hypothecarios parairem deduzir o seu direito sobre o mesmo preço; e taes são Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1368.º; e Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 613 e 614.

Os bens hypothecados, possuidos por um terceiro com justo titulo e boa fé, prescreviam por dez annos. — Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1363.º e tomo 1.º art. 1372.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 613 e 614.

§ 129.º

Hypotheca

Modelo d'uns embargos de illegitimidade de pessoa deduzidos n'uma execução hypothecaria. — A falta de registro pôde fazer extinguir a hypotheca.

Por embargos de illegitimidade de pessoa do credor e extincção da hypotheca, permittidos pelo art. 211.º do regu-

lamento de 28 de abril de 1870, dizem como embargantes José Joaquim e irmã Maria, contra José Maria, o seguinte:

4.º

P. que os documentos juntos ao processo pelo embargo não convencem, que este pagasse ao legado de Nossa Senhora da Estrela os . . . réis, porque corre a presente execução, nem que a este fosse feita cedência por tal motivo, como se desenvolve no requerimento retro, e que se ha como reproduzido aqui.

2.º

P. que sendo as casas, que o embargado chama hypotheca da divida, possuidas por Antonio e mulher Joanna, estes do logar de . . . , e o primeiro descendente dos originarios devedores, Antonio e Violanta, venderam estes a Antonio Ramos e mulher Quiteria parte d'ellas, a saber: a cozinha, quinteiro e arredores, como consta do titulo particular de 7 de março de 1847, que se junta por appenso, escripto por F., que ainda vive, tendo fallecido os outros, e de que se pagou siza e additionaes em 5 de fevreiro de 1854, como se vê dos dois conhecimentos tambem juntos.

3.º

P. que os mesmos Antonio e mulher Joanna, por titulo particular de 5 de agosto de 1854, e que tambem se junta por appenso, venderam a Alexandre, outra parte d'aquelle predio, que foi a sala, quarto e quinteiro (porque ha dois quinteiros), pagando-se a siza em 13 de setembro seguinte, o que mostra o respectivo conhecimento; e portanto muito antes dos dois mezes marcados no § unico do art. 40.º da lei de 9 de julho de 1849.

4.º

P. que esta parte da casa vendida a Alexandre passou, por novas transacções, para os mesmos Antonio e mulher Quiteria, que estavam na posse de toda a casa á hora das suas mortes, acontecida a do primeiro em 14 de setembro

de 1871, e a da segunda em 13 de janeiro ultimo, o que evidenciam os dois assentos juntos.

5.º

P., e d'esta sorte em 7 de março de 1847 passou parte da casa, do poder dos descendentes de Antonio e irmã Violanta, para terceiras pessoas; e em 5 de agosto de 1854 passou a outra parte tambem para terceiras pessoas, e como os administradores do legado de Nossa Senhora da Estrela, e os compradores das casas todos são da mesma comarca de . . . quando sobreveio o Cod. Civ., já se tinha dado a prescrição de dez annos entre presentes, estabelecida na Ord. liv. 4.º tit. 3.º § 4.º, e de que trata Corrêa Telles, *Acc.*, § 171; pois os acquiridores estavam sempre em boa fé, e assim se presume; até porque

6.º

P. que a hypotheca das casas nunca foi registrada, segundo consta das duas certidões juntas, e os seus compradores não tinham obrigação de saber de tal hypotheca, senão por meio do registro, como muito bem diz a *Rev. de Leg.* n.º 76 a pag. 376, col. 4.º do 2.º vol.

7.º

P., mas esta falta de registro tambem extinguiu a hypotheca, com relação aos compradores, desde o momento em que fizeram a aquisição das casas; as quaes lhes passaram livres, como evidentemente se deduz do art. 4.º do decreto de 26 de outubro de 1836; reconhecer a portaria ou officio de 19 de janeiro de 1839, que se lê no n.º 21 do *Periodico dos Pobres de Lisboa*; ensinam Corrêa Telles, no n.º 19 do seu commentario sobre o registro de hypotheca, *Add. à Doutr. das Acc.*, § 169, e *Form. de Libell.*, nota ao § 70; Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, §§ 643 e 645; a *Gaz. dos Trib.* n.ºs 4068, 1672, 1708, 4092 e 4122; o *Direito* n.º 7 do 3.º anno; e a *Rev. de Leg.* n.ºs 119 e 180; e se deduz do accordo do supremo tribunal de justiça de 29 de maio de 1857, publicado na *Gaz. dos Trib.* n.º 2300; do accordo de 15 de janeiro de 1869, no *Jorn. de Jurispr.* n.º 35 do 4.º

anno; no *Direito* n.º 22 do 1.º anno; na *Rec. de Ley.* n.º 68, na *Gaz. dos Trib.* n.º 4174; e do accordo de 26 de julho de 1870, na *Revista* n.º 181; e bem assim dos accordos da relação do Porto de 3 de agosto de 1869, na *Rec. de Ley.* n.º 110; e de 2 de outubro de 1869, no *Direito* n.º 21 do 2.º anno. Perdoo-se-nos a prolixidade das citações, a que ainda poderamos juntar mais.

8.º

P., e é tal a convicção geral de que a hypotheca está extinta, e a dívida perdida, que os proprios chamados cedentes no papel de fl. ... assim o declararam.

9.º

P. que, n'estes termos o nos de direito, devem julgar-se procedentes e provados os presentes embargos, declarando-se insubsistente e sem effeito algum o presente processo a execução hypothecaria, tanto pela illegitimidade do embargado, como pela extincção da hypotheca, sendo o mesmo embargado condemnado nas custas, para o que se offerecem os presentes embargos.

§ 130.º

**Hypotheca**

Sobre a legal, que os senhorios tinham nos predios emphyteuticos. — O onus emphyteutico acompanha o predio para o poder de qualquer adquirir. — O senhorio tem privilegio mobiliario, mas, para poder usar d'elle, deve ter registrado o seu dominio. — Este privilegio só pôde ser applicado aos dois ultimos annos e ao corrente.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Pelos art. 949.º § 2.º n.º 3.º e 1670.º do Cod. Civ. ficou o onus real da emphyteuse sujeito a registro; e a falta d'esta

impede que o direito do senhorio possa ser invocado para a favor de terceiros pessoas, como dispõem os art. 951.º e citado 1670.º e 1023.º

Cumpre todavia notar, que, supposto os onus reaes já constituidos na vigencia da legislação antiga fossem tambem obrigados ao registro, marcou o § unico do art. 1023.º o prazo de um anno, para que dentro d'elle se effectuasse o mesmo. Este prazo tem passado por diferentes prorogações; a ultima foi marcada até 22 de março de 1873 pela lei de 15 de junho de 1871, (e assim successivamente).

Por conseguinte ficaram salvos todos os direitos dos senhorios até este dia, embora não haja o registro da emphyteuse; e é evidente que o onus emphyteutico, estabelecido em favor do consulente no predio ora adjudicado, acompanhou este para o poder do adjudicatario, que é o actual emphyteuta do mesmo (se a adjudicação não for annullada) e obrigado ao pagamento dos foros que se forem vencendo.

Mas pelo antigo direito (lei de 20 de junho de 1774, § 38) tinham os senhorios hypotheca legal e tacita sobre os predios emphyteuticos, para segurança do pagamento dos foros, como pôde até ver-se em Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 630, a qual foi dispensada de registro pelo decreto de 26 de outubro de 1836, § 1.º do art. 2.º e § 1.º do art. 4.º

O Cod. Civ. supposto não reconheça para o futuro a existencia d'esta hypotheca, visto que a não menciona, quando trata das hypothecas legais no art. 906.º e seus numeros, ao passo que concede aos senhorios o privilegio mobiliario, de que falla o art. 880.º n.º 1.º; costumeo garantin-lhe a continuação dos effeitos ainda hoje, quando constituida a emphyteuse sob o imperio da legislação antiga, e se a hypotheca legal for registrada dentro do prazo legal. E' o que se deduz da combinação dos artigos 1000.º e 1019.º, achando-se tambem o prazo d'este ultimo prorogado até 22 de março de 1873, como se vê da citada lei de 15 de junho de 1871, art. 2.º n.º 1.º

Existe pois ainda hoje a hypotheca legal, que a lei de 20 de junho de 1774 concedeu aos senhorios; mas poderá ella referir-se a todos os foros vencidas antes ou depois da vigencia do Cod. Civ., ou só aos que se vencessem antes? Na praxe do foro está-se entendendo, que esta hypotheca unicamente pôde invocar-se, quando se trata de foros vencidos antes

do Código. — Veja-se a *Rev. de Leg.* n.º 127 e 200, onde vem transcriptas duas sentenças n'este sentido; e com razão, porque o Código não menciona esta hypotheca, quando declara quaes as legaes, e em compensação la concede o privilegio mobiliario aos senhoresios.

Em todo o caso, na especie da consulta, apresentando o senhorio do prazo o auto de conciliação, d'onde constara a confissão de dívida dos fôros atrasados e vencidos anteriormente á promulgação do Cod. Civ., parece-me que o juiz devia attendê-lo no concurso de preferencias, e gradualmente como credor com hypotheca legal, nos termos da legislação que vem citada: E nem obstava a isto a falta de registro d'essa hypotheca, porque podia e devia ser admittida a concurso, em face do art. 1019.º, estando como já se disse, prorogado legalmente o prazo para o registro.

Mas deverá o consulente appellar da sentença, que o deattendeu? Inclino-me a que sim, porque embora podessa, registrando agora a sua hypotheca legal, ir exigir do adjudicatario os fôros em dívida, vencidos antes do Código, receio muito que elle, no caso de não ter havido appellação, venha dizendo que a sentença do juiz negou a existencia da hypotheca, que o consulente não recorreu d'ella, e que por isso fez direito entre as partes.

No que o juiz me parece teve razão, foi em negar o privilegio mobiliario ao consulente, já porque este só pôde recalar nos fructos dos predios (art. 880.º), e o que ia á praça era só o caso de despido de fructos, segundo se informa, e já porque o privilegio só procede estando registrado o respectivo onus de emphyteuse, como determina o § 1.º do citado art. 880.º; e creio que o consulente ainda não tinha registrado o seu dominio directo, quando entrou no concurso.

O privilegio mobiliario só pôde applicar-se aos fôros relativos aos dois ultimos annos e ao corrente, e não a mãe, como dispõe o n.º 4.º do art. 880.º, não podendo por isso applicar-se a fôros vencidos antes do Código, porque equivaleria a ampliar o privilegio, tendo aquelle sido promulgado ha mais de quatro annos.

§ 131.

**Hypotheca**

Sobre a legal do legatario nos bens do testador. — Recusa de um conservador em registrar a hypotheca legal, e com que fundamento, e requerimento de recurso por tal motivo.

**Declaração para registro**

D. Mathilde, casada com Antonio, proprietaria, residente no lugar de ..., concelho de ..., comarca de ..., foi beneficiada por sua mãe, D. Eufrazia, com a pensão vitalicia e annual de quarenta alqueires de pão, correspondentes a 628.640.º, como consta do testamento que se apresenta, a qual pensão foi imposta no seu terço, e este deixado ao filho da testadora, rev. padre Antonio. Posteriormente fez a declarante partilha e convenção com o dito seu irmão rev. padre Antonio, por meio de conciliação de 12 de março de 1846, que tambem se apresenta, na qual ficou a declarante com o casal de ..., e dois predios mais no casal de ..., ficando todos os mais bens ao dito seu irmão, estipulando-se expressamente a continuação do pagamento dos quarenta alqueires. E' obvio que esta pensão ficou affectando todos os bens que n'esta partilha tocaram a seu irmão, e sobre elles ha hypotheca legal, tanto pelo direito antigo, mencionado por Corrêa Telles, *Form. de Libell.*, § 74, como pela legislação moderna, o que é de ver no Cod. Civ. art. 906.º n.º 8.º, e no regulamento de 28 de abril de 1870, art. 76.º N'estes termos está a declarante no direito de poder fazer o registro em todos os bens do devedor, e por conseguinte em parte d'elles, como com relação ao art. 909.º do Cod. Civ. decidiu o art. 77.º § 1.º do citado regulamento. Pretende pois a declarante registrar o seu legado ou pensão alimenticia em alguns d'esses bens, e são os seguintes: ...

Cumpra porém notar que o rev. padre Antonio é fallecido, tendo antes doado os seus bens a F., proprietario e par do reino, hoje residente na cidade de Lisboa, o qual é actualmente o possuidor dos bens acima mencionados, o que se mostra da escriptura de doação junta.

## DUVIDA DO CONSERVADOR

Foi apresentado ao registro o onus de uma pensão vitalícia imposta por testamento no terço dos bens de D. Enfrázia, sem que no mesmo se especificassem os bens do terço, nem aquelles por onde se devia principiar o seu pagamento. Posteriormente o rev. padre Antonio, possuidor do terço, e obrigado por isso ao pagamento da pensão vitalícia a sua irmã D. Mathilde, transigiu e fez partilha do espólio da mãe commun (instituidora da pensão) por meio de uma conciliação, na qual se dividiram os bens de raiz entre os dois coherdeiros, ficando todavia ao irmão o rev. padre Antonio a obrigação do pagamento da referida pensão, imposta em todos os bens da herança, que ao mesmo por esta transacção tocaram em partilha; mas tambem na conciliação não especificaram e descreveram os bens affectados por este onus. Nestas circumstancias o apresentante vem com uma minuta, descrevendo e confrontando os predios que diz affectados com o referido onus da pensão, e apresenta os documentos da instituição do mesmo, que são um testamento e uma conciliação. Ora como estes documentos sómente provam a existencia de uma pensão vitalícia imposta n'uma universalidade de bens, sem que nos mesmos se achem determinados e confrontados os predios affectados, entendo que o registro d'esta pensão não pôde ser definitivo, pois que pelos documentos se não prova ou mostra, que os predios de que falla a minuta são os que se acham sujeitos ao referido onus. As minutas devem estar em harmonia com os titulos, quanto á substancia (art. 37.º do regulamento de registro predial de 28 de abril de 1870), o que se não observa no caso sujeito, e por isso tem o conservador obrigação de regular-se pelos documentos apresentados, fazendo d'elles os extractos (§ unico do citado artigo); mas como se poderia fazer, se d'elles não consta especificadamente predio algum sujeito ao dito onus? Por outro lado o art. 978.º do Cod. Civ. n.º 2.º e 4.º determina que só podem ser admittidos a registro definitivo—autos de conciliação, testamento, etc.—; mas estes documentos devem a meu ver estar em certas e determinadas condições, por exemplo, d'elles devem constar bem distincta e claramente os predios que se pretendem registrar, ou sobre que recabe o onus, direito ou encargo predial. Visto que o systema do registro assenta essencial e in-

variavelmente na identificação dos predios sobre que recabe a inscripção (art. 103.º do citado regulamento). Qual é porém n'esta hypothese o documento que mostra, que os predios são os mesmos sobre que recabe o onus? Nenhum; admittir o contrario longe de assegurar e garantir os direitos, era dar margem aos maiores abusos e escandalos, vendo-se muitas vezes predios meus, por exemplo, registrados com um onus em favor de um individuo de Lisboa, com quem nunca tive contratos nem directa nem indirectamente, e só porque esse individuo se lembrou de descrever os meus predios n'uma minuta, que juntou a titulos como os que agora são apresentados! Verdade é que o art. 77.º § 4.º do citado regulamento diz que as hypothecas geraes podem ser registradas em quaesquer bens immobiliarios do devedor; porém, se attendermos ao art. 911.º do Cod. Civ., claro fica que aquelle artigo do regulamento se refere sómente ao registro provisório, que em certos casos pôde ser tomado por simples declarações do apresentante, como expressamente determina o art. 969.º do Cod. Civ. e 138.º do citado regulamento. E' por esta fórma que me parece se deve tambem entender o art. 909.º do Cod. Civ., e assim teremos salvas as antinomias que poderiam apparecer.

14 de dezembro de 1871.—O conservador, F.

## PETIÇÃO DE RECURSO

Diz D. Mathilde, autorizada por seu marido Antonio, do lugar de ..., julgado e comarca de ..., que interpõe para v. exc.º o presente recurso, como lhe permite o regulamento de 28 de abril de 1870 nos art. 159.º e seguintes; da recusa do conservador em tomar-lhe registro definitivo da hypotheca abaixo mencionada.

D. Enfrázia, no testamento com que falleceu, feito em 9 de janeiro de 1845, e approved em 11 do mesmo mez e anno, o qual se junta por appenso em n.º ... deixando o terço de seus bens a seu filho rev. padre Antonio, impoz-lhe a obrigação de dar á irmã (a supplicante recorrente), enquanto viva, a pensão annual de quarenta alqueires de pão, que pela medida d'este concelho correspondem a 628'640".

Por fallecimento da testadora proceder-se a uma partilha amigavel entre os dois irmãos e unicos herdeiros, rev. padre Antonio e a recorrente, por auto de conciliação de 12

de março de 1816, junto em n.º ..., em que se declarou, depois de partidos os bens, que a recorrente D. Mathilde ficava com direito ao legado deixado por sua mãe em testamento, na forma declarada no mesmo.

Cumpre porém notar, que n'esta conciliação se não especificaram os bens que ficaram pertencendo ao rev. padre Antonio, pois que, depois da designação dos que cobraram á supplicante D. Mathilde, se declarou, que todos os restantes ficariam sendo d'aquelle. Por conseguinte ficou-se ignorando quaes os bens constitutivos da terça, com que o rev. padre Antonio foi beneficiado, e sobre que recebeu o onus da pensão vitalícia da recorrente.

Certificada esta de que tanto por direito antigo (Corrêa Telles, *Form. de Libell.*, § 74), como por direito novo (Cod. Civ. art. 906.º n.º 8.º e regulamento de 28 de abril de 1870, art. 76.º) gosava de hypotheca legal para segurança da sua pensão alimentícia sobre os bens da terça, quiz fazer o registro para lhe assegurar a efficacia. Mas aqui surgiu a difficuldade de designar os bens para se descreverem, visto não terem sido declarados nem no testamento n.º ..., nem na conciliação n.º ...

Compulsado porém o Cod. Civ., acha-se o art. 909.º, que permite o registro das hypothecas legais em relação a todos os bens do devedor, quando não tiverem sido especificados no título respectivo os immoveis hypothecados. Acha-se mais o § 1.º do art. 77.º do regulamento de 28 de abril de 1870, o qual dispõe que, se as hypothecas (legaes ou convencionaes, art. 77.º) forem geraes, podem ser registradas em *quaesquer bens immobiliarios do devedor*. E porque não havia de permittir-se *só em parte*?

Escudada n'estas disposições legais, e attenta a impossibilidade de conhecer os bens da terça, escolheu a recorrente duas propriedades do devedor, hoje Antonio de Sousa, por força da escriptura de doação entrevistos de 6 de fevereiro de 1868, junta em n.º ..., para as fazer descrever na conservatoria, e ficar pesando sobre ellas o seu direito hypothecario. Podia ella fazer descrever todos os bens do casal do rev. padre Antonio, (art. 909.º do Cod. Civ.); mas preferiu escolher aquellos dois predios (regulamento citado, art. 77.º § 1.º), por ser isso mais commodo assim para ella, como para o devedor.

Apesar de ter marchado com a lei na mão, viu com ad-

miração recusar-se-lhe o registro definitivo, e conceder-se-lhe só o provisório, como consta do certificado appenso em n.º ...; sendo por isso mister combater as razões do merecimento conservador e fundamentar assim o presente recurso.

Consiste a principal d'ellas em que dos respectivos títulos não consta quaes os bens affectados do encargo da pensão alimentícia, que diz ter recebido sobre uma universalidade de bens, o que se manifesta do documento n.º ..., em que o mesmo conservador quer justificar o seu procedimento. Cumpre porém notar, que tal argumento não procede; porquanto é exactamente na hypothese de *não estarem especificações no título os immoveis hypothecados*, que o art. 909.º do Cod. Civ. permite o registro em todos os bens do devedor, e por maioria de razão, é facultado em alguns d'elles pelo § 1.º do art. 77.º do citado regulamento. Se a duvida do conservador fóra procedente, tornár-se-iam inapplicaveis as disposições d'estes artigos.

E nem nos venha elle dizendo, que a recorrente considerou somente os dois predios como os onerados com a sua hypotheca legal. Ella, na impossibilidade de saber quaes eram, podia fazer descrever todos, ou alguns dos bens do devedor, como já se demonstrou; e isto envolviu a faculdade legal da escolha; apontando por isso a recorrente para aquellos dois, do mesmo modo que podia apontar para outros.

O argumento tirado do § unico do art. 57.º do regulamento, quanto a deverem ser as minutas conformes com os títulos no que toca á substancia do registro, também não colhe. Onde, na nossa hypothese, está a discrepância? O proprio conservador reconhece a existencia da hypotheca legal em favor da recorrente; reconhece que este direito recae sobre a universalidade dos bens do devedor; e reconhece não haver nos títulos especificação de alguns; sobre que recai; e quem, em taes circumstancias, não vê que esta deficiencia ha de ser supprida pelas declarações complementares? — Vejam-se os art. 104.º n.º 4.º, 155.º n.º 3.º, 199.º n.º 15.º, e 136.º do regulamento. A recorrente pois na sua minuta não foi do encontro ao conteúdo dos seus títulos; admissiveis a registro definitivo por força do art. 978.º do Cod. Civ.; mas procurou só supprir-lhes a insufficiencia quanto á descripção dos bens pela forma indicada no § 1.º do art. 77.º do regulamento. Consequentemente não se vê a divergencia onde só ha complemento; e tanto assim que os ex-

tractos, de que falla o § unico do art. 37.º, seriam quanto á descripção dos bens impossiveis, em o nosso caso, á vista dos titulos só, por n'elles não virem mencionados.

Não é facil atinar em que se fundou o conservador para asseverar, que a disposição do art. 978.º, enquanto admitta a registro definitivo os testamentos e autos de conciliação, se deve limitar ao caso de se acharem n'elles especificados os predios registrandos, ou sobre que recahe o onus, direito, ou encargo predial. Contra esta interpretação está a terminante disposição do citado art. 909.º; e dever é de todo o interprete procurar conciliar as disposições da lei entre si por meio dos elementos interpretativos, e nunca crear excepções a seu arbitrio. Contra ella se insurge ainda o final do art. 936.º: mas nem por isso deixa o systema do registro de assentar na identificação dos predios, sobre que recahe a inscripção, nos termos do art. 103.º do regulamento, porque a deficiência dos titulos suppre-se pelas alhadas declarações complementares.

Nem podia deixar de ser assim. Se a lei que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio (art. 42.º do Código), claro está que, permitindo este o registro de hypothecas em bens que os titulos não designam (art. 909.º e 936.º), é pelas declarações complementares, que ha de supprir-se a falta, conforme o disposto nos citados artigos do regulamento, mormente no n.º 4.º do art. 104.º *ubi*: «O n.º do maço do respectivo anno em que fica o titulo ou declaração, d'onde se extractou a descripção. D'aqui se vê, que a descripção ou póde ser feita só em face do titulo, ou só em face da declaração complementar.

Trepida o conservador diante dos abusos que se podem praticar, indo descrever, como do devedor, predios pertencentes a terceiras pessoas. Difficil será a realisação de tal hypothese, cujo principal correctivo está na grave responsabilidade que contrahiria o signatario de uma declaração falsa (art. 984.º do Cod. Civ.); e nem para outro fim exige a lei, que o conservador não aceite documentos, nem declarações complementares, cujas assignaturas elle proprio não reconheça, ou não estejam reconhecidas por tabelião — resposta á duvida 23.ª, que acompanhou a portaria de 13 de agosto de 1867: Cod. Civ. art. 984.º § 4.º Além d'isto havia o remedio do cancelamento, a que os verdadeiros proprietarios podiam recorrer (art. 995.º do Cod. Civ.). E final-

mente, se a lei n'esta parte tem dureza, represente-se ao poder legislativo para fazela desaparecer; e no entretanto vá-se cumprindo.

Parece igualmente á recorrente, que o art. 911.º do Cod. Civ. foi, salvo respeito, menos bem trazido para a questão, porque trata de hypothecas voluntarias; e a recorrente socorre-se a uma legal, para que legislam os art. 906.º n.º 8.º e 909.º.

Menos concorda a recorrente em que a disposição do art. 77.º § 1.º do regulamento, tendo de subordinar-se indispensavelmente á do referido art. 909.º, deva restringir-se ao registro provisorio, o que é — *libere dictum* — contra a sua letra e espirito, e o bem conhecido axioma juridico da que onde a lei não distingue, não pode o seu auctor distinguir. Em vista do expellido á recorrente

P. a v. ex.ª, meretissimo snr. dr. juiz de direito d'esta comarca se digne, com resposta do M. P., dar provimento ao presente recurso, mandando que o meretissimo conservador converta em definitivo o registro provisorio, de que se trata.

E R. M.

§ 132.º

**Hypotheca**

Pelos empregos publicos, sobre o registro d'ella, e preferencia. — As contas correntes tiradas dos livros fiscaes não toem força de execução.

Por artigos de preferencia, diz a camara municipal de ..., contra a exequente viuva Lobão, e os executados Maria e fillos, aquella de ..., e estes de ..., o seguinte:

1.º

P. que Manoel, marido e pae dos executados, hoje fallecido, foi nomeado thesoureiro da camara preferente em 9

de novembro de 1861, e exerceu o respectivo emprego, sem interrupção, desde essa epocha até os fins de junho de 1870, como mostra o documento sob n.º ... que vai juntar-se.

2.º

P. que, em 23 de março de 1870 o referido Manoel, e a executada sua mulher, hypothecaram á segurança da quantia de ... réis, em que foi arbitrada a sua fiança pela camara preferente, e a qualquer alcance em que, de futuro, fossem encontrados, os bens seguintes: ...

3.º

P. que procedendo-se, em 26 de junho de 1870, ao apuro de contas com o referido Manoel, achou-se ser o alcance d'elle para com a camara preferente da quantia de ... réis, alcance que o devedor e sua mulher, a executada Maria, reconheceram e confessaram, hypothecando, novamente, ao seu pagamento os bens já hypothecados (art. 2.º), como mostra o documento junto sob n.º ...

4.º

P. que as hypothecas a que se referem os art. precedentes (2.º e 3.º) foram devidamente registradas, a primeira em 25 de abril de 1870 e a segunda, em 27 de junho do mesmo anno, como mostram os certificados que fazem parte dos documentos juntos sob n.º ...

5.º

P. que, movendo a F. N. execução contra a executada Maria e seu fallecido marido Manoel, nomearam estes á penhora entre outros bens o «excesso» dos que se achavam hypothecados á camara preferente, como se vê do auto a fl. ... do processo de execução, onde se acham descriptos e confrontados pela fórma seguinte: ...

6.º

P. que estes bens (art. 5.º), que, posto que divirjam em

uma ou outra confrontação, são contudo os mesmos e identicos hypothecados á camara preferente, e descriptos e confrontados nos documentos sob n.º ... foram ultimamente arrematados a requerimento da viuva Lobão, como os autos mostram, achando-se o seu producto em deposito.

7.º

P. que a camara preferente tem direito a pagar-se por esse producto enquanto se não mostrar, como mostrar se não pôde, que os bens arrematados estavam obrigados a outras dividas, ou seja por privilegio, ou seja por hypotheca registrada mais antiga.

8.º

P. que os executados não teem mais bens, pelos quaes possa pagar-se a camara preferente,

9.º

P. que a viuva Lobão não pôde entrar em concurso creditório com a camara preferente, porque nem o documento de fl. ... do processo de execução se acha nas condições que a lei exige para ser admitido a concursos de tal ordem, nem a F. N., em cujos direitos foi subrogada, tinha hypotheca tacita sobre os bens que se disputam; porquanto

10.º

P. que as contas correntes extrahidas dos livros fiscaes, como a de fl. ..., não são titulos de execução, nem bastam para disputar preferencias em concurso.— Accordãos da relação do Porto de 7 de outubro de 1873, e do supremo tribunal de justiça de 26 de agosto de 1874; e *Gaz. da Assoc. dos Advog. de Lisboa*, 2.º anno, n.º 5, pag. 69. Quanto mais que

11.º

P. que Manoel, marido e pae dos executados, foi nomeado director do correio de ..., por decreto de 31 de agosto de 1857, exercendo o respectivo emprego desde

essa epocha até os fins de junho de 1870, em que foi de-

12.º

P. que, pela legislação que vigoravã em 31 de agosto de 1857, a F. N. tinha hypotheca legal sobre os bens dos seus responsaveis, e esta hypotheca era dispensada de registro e surtia effeitos para com terceiros independentemente d'elle, como é expresso no decreto de 26 de outubro de 1836, art. 2.º § 1.º; porém

13.º

P. que a lei hypothecaria de 1 de julho de 1863 remou aquellê decreto, e a hypotheca legal da F. N. entrou no direito commun, e ficou como as outras obrigada a registro desde 1 de abril de 1867, em que começou a vigorar a mesma lei, pelo estabelecimento definitivo das conservatórias. Lei de 30 de junho de 1864, etc.

14.º

P. que nos termos expostos, a responsabilidade do director do correio de ... Manoel, tem de ser avaliada em relação a dois periodos diferentes — ao que decorreu de 31 de agosto de 1857 até 1 de abril de 1867, e ao que decorreu d'ahi até os fins de junho de 1870.

15.º

P. que, pelo que toca ao primeiro d'aquelles periodos, é sem duvida, sendo-se de parte a escriptura de fl. ... do processo de execução, de quo adiante se fallará, que a F. N. poderia fazer valer contra a camara preferente a sua hypotheca legal tacita, se o alcance d'este responsavel datasse d'essa epocha, attento o disposto nos art. 1000.º e 1019.º do Cod. Civ., decretos de 4 de março de 1869, 17 de março de 1870, 28 de abril de 1871, e leis de 13 de junho do mesmo anno, e 20 de março de 1873; porém

16.º

P. que, dataado, como data, dos ultimos dias do segundo

periodo o alcance, em que foi encontrado Manoel, como mostra a conta corrente de fl. ... do processo de execução, sem duvida é tambem que a F. N., hoje a viuva Lobão, não pôde entrar em concurso com a camara preferente, visto que não promoveu em tempo, como lhe cumpria, o registro da sua hypotheca, como os autos negativamente mostram.

17.º

P., e nem se diga que, não distinguindo a lei, como não distingue, entre obrigações de preterito e obrigações de futuro, a F. N. pôde ainda hoje fazer valer para com terceiros a sua hypotheca tacita sobre os bens dos responsaveis, que a eram em 1 de abril de 1867, quer os alcances d'esses responsaveis sejam anteriores, quer sejam posteriores á execução da lei hypothecaria; porquanto

18.º

P. que as hypothecas tacitas, reconhecidas pelo decreto de 26 de outubro de 1836, serviam de garantia ao cumprimento de obrigações nascidas e vencidas durante a vigencia d'esse decreto, e era mister providenciar de modo que taes obrigações podessem tornar-se effectivas, ainda depois da execução da lei nova.

19.º

P. que foi isto, e só isto, o que fez o Cod. Civ. com as disposições transitorias dos art. 1000.º e 1019.º; resalvou aquellas obrigações, admitindo a concurso as respectivas hypothecas legais tacitas que lhes serviam de garantia; mas não estendeu o privilegio a creditos nascidos e vencidos depois de 1 de abril de 1867, creditos que, nos termos da lei hypothecaria e do proprio Código, só podem ser garantidos por hypotheca devidamente registrada. Sr. Dias Ferreira, commentario ao art. 949.º do Código, tomo 2.º pag. 396. Além d'isto

20.º

P. que, se fosse da intenção do legislador dispensar de registro, pelo que toca a obrigações futuras, as hypothecas que

tinha a fazenda sobre os bens dos responsáveis, que o erro em 1 de abril de 1867, não se contentaria com tão pouco e dispensaria também d'elle as hypothecas constituídas sobre os bens dos funcionarios, cuja nomeação e posse fosse posterior á execução da lei hypothecaria, porque a razão que tinha para dispensar umas, tinha-a igualmente para dispensar as outras.

21.º

P. que, por considerações de outra ordem, chegamos ainda á mesma conclusão; porquanto

22.º

P. que em 13 de janeiro de 1867 lavrou-se entre a F. N. e o seu responsável, Manoel, a escriptura de fl. ... do processo de execução, na qual este se obrigou á quantia de ... réis, em que foi arbitrada a caução que por lei devia prestar e, a qualquer alcance futuro, todos os seus bens em geral, e hypothecou, além d'isso, uma inscrição ou titulo de divida publica fundada do valor nominal de ... réis.

23.º

P. que por este facto cessou a hypotheca legal tacita, que a F. N. tinha sobre os bens d'este responsável, pois que, de commun accordo, foi reduzida ao titulo de divida publica, com o qual a mesma F. N. se reputou segura. *Gaz. dos Trib. n.º 4560.*

24.º

P., e nem obsta que Manoel obrigasse também, como obrigou, seus bens presentes e futuros, havidos e por haver, porque essa obrigação não importa hypotheca em favor da F. N.; porquanto

25.º

P. que as palavras obrigação e hypotheca não tem, em linguagem juridica, a mesma significação; os bens dos de-

vedores estão sempre obrigados ao pagamento das suas dividas, independentemente de convenção, mas só podem ser garantia hypothecaria d'essas dividas, quando a hypotheca se estipular expressamente. Sr. Dias Ferreira, *commentario ao art. 903.º do Código, tomo 2.º pag. 353.* E tanto isto é verdade que

26.º

P. que a propria F. N. reconheceu que não tinha hypotheca tacita sobre os bens de Manoel para pagamento da quantia exequenda, porque, nomeando elle á penhora o «excesso» dos bens hypothecados á camara preferente, não teve que oppor á nomeação e tacitamente concordou n'ella.

27.º

P. que a viuva Lobão promoveu a sua subrogação nos direitos da F. N. com intenção reservada e com intuitos meos decorosos; pois que

28.º

P. que sendo ella, também, credora do fallecido Manoel, e tendo penhorados a fl. ... do processo de execução, os bens que eram garantia do seu credito, imaginou que, pagando á F. N., cujos direitos suppunha incontestaveis, salvara o seu credito, sem perda de um real, e fazia recabar sobre a camara preferente todos os prejuizos com que sohnara.

29.º

P. que, levada d'estas considerações, como mulher abastada que é, abriu os seus cofres, pagou á F. N., e uma vez subrogada nos seus direitos, fez parar a execução, e apresentando em juizo a escriptura de confissão de divida, que lhe haviam feito os executados, promoveu penhora nos bens que constituíam a sua hypotheca e que já se achavam penhorados no processo da F. N., e, paga que foi do seu credito, veio continuar a execução, em que se fez subrogar, para embolsar também o producto dos bens hypothecados á camara preferente!

P., e é bem certo que Deus insandece aquelles que quer perder. Se a F. N. tivesse hypotheca tacita sobre os bens de Manoel, tambem a camara preferente a teria; e se aquelle se pagasse do seu credito pelos bens hypothecados a esta, tambem esta teria direito a pagar-se do seu pelos bens hypothecados á viuva Lobão. Se se pensasse n'isto, não se promoveria a subrogação.

Nestes termos e nos de direito deve a camara municipal ser graduada em primeiro logar, no presente concurso, para os fins legaes.

### § 133.

#### Injúria

Não a ha, sem haver animo de injuriar. — Uma procuração é documento authenticico, e como tal sujeito ás formalidades do art. 2495.º do Cod. Civ. — Sem procuração ninguém é considerado procurador.

#### Reflexões jurídicas por parte do B.

O presente processo deve ser annullado desde o seu principio, ou pelo menos desde fl. ... inclusive.

Segundo o § 3.º do art. 2423.º do Cod. Civ., são documentos authenticicos extra-officiaes os *instrumentos, actos ou escripturas*, exarados por officiaes publicos, ou com sua intervenção, nos termos e para os fins do citado §: ora a procuração de fl. ... é um documento authenticico extra-official, como bem se deduz da propria definição, e dos art. 1320.º, 1322.º, 1327.º e 1353.º do Cod. Civ.: logo era mister, que n'ella se não desse algum dos defeitos mencionados no art. 2495.º. E todavia nem alli apparece assignado o auctor José, nem ninguém de seu rogo, nem o tabellião nos diz se elle sabia ou não escrever. E' verdade, que na procuração se lê o nome de João, porém não se sabe quem elle seja, e nem elle nem o tabellião diz o fim porque assignou. Infringindo-

se assim o n.º 4.º do art. 2495.º, incorreu-se na nullidade fallada no principio d'esse artigo e no art. 10.º

Quando mesmo a procuração não fosse documento authenticico extra-official (o que só por hypothese se conceda), e houvesse de regular-se esta materia pelo direito antigo, e elle achavamos similhantemente estatuida a necessidade da assignatura do A., ou de alguém a seu rogo, quando não soubesse ou não pudesse fazel-a: assim o ensinam Corrêa Telles, *Man. do Tabel.*, § 273; Sousa Duarte, *Man. dos Proc.*, n.º 75; e Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 164; e se deduz da Ord. liv. 1.º tit. 78.º § 4.º

E' portanto innegavel achar-se nulla a procuração de fl. ... e com ella ter de baquear todo o processo: até fl. ..., porque principiou com o illustre advogado dr. F., que nem boa, nem má procuração tem: d'ahi por diante, porque continuou com o douto advogado dr. F., e com o solicitador F., que só tinham a nulla de fl. ...

Já outr'ora se considerava nullo quanto se processasse com falso procurador, e tanto se reputava tal o que não tinha procuração, como o que a tinha illegitima ou nulla, podendo este defeito oppor-se em todo o estado da causa. — Ord. liv. 3.º tit. 63.º § 3.º; Pereira e Sousa, *Linh. Civ.*, notas 153 e 288 e § 126; Silva Pinheiro, *Synops. do Cod. do Proc. Civ.*, n.º 154; e Lobão, *Segundas Linh.*, nota 153.

Hoje a necessidade de procuração legal é reconhecida em varios art. do Cod. Civ., taes como o 540.º, 1327.º, 1335.º, 1360.º e 1362.º, e até nem o requerimento de fl. ... podia ser admittido á distribuição, sem vir acompanhado de procuração legitima ao seu signatario.

São unanimes em reconhecer nullo todo o processo em que intervem procurador ou advogado sem procuração legal. o *Jorn. de Jurispr.* n.º 16 do 3.º anno e n.º 19 do 4.º anno, a *Gaz. dos Trib.* n.º 3890, e a *Rev. de Leg.* n.º 158 e 182; e lêmos casos julgados n'este sentido no *Jorn. de Jurispr.* n.º 7 do 5.º anno; na *Gaz. dos Trib.* n.º 2902, 3279, 4237, 4481 e 4512; na *Rev. de Leg.* n.º 105 e 145; e no *Direito* n.º 47 do 1.º anno, n.º 6 e 7 do 2.º anno, e n.º 20 e 27 do 3.º anno.

Comquanto pareça impossivel, que tal processo se julgue subsistente, diremos por cautela duas palavras acerca da accusação, a qual não pôde sustentar-se em face da lei e do bom senso.

A ninguém é desconhecido, que o A. levou a deshonra e a desolação ao seio da família do R. (*sed parce spulsi*), e que arrastou a seduzida a contratos simulados, por virtude dos quaes está possuindo a melhor parte da sua fortuna, o que já impelliu o R. a chamal-o aos tribunaes, mas não podendo proseguir o processo por causa de nulidades, não ha possível ainda instaurar segundo, pelas frequentes susceitas do A. a mendigar pelo reino, tirando assim a esmola aos verdadeiros pobres!

Que muito, pois, que o R. receiasse ser ainda despejado de um insignificante cortiço de abelhas, de que está na antiga e pacífica posse, e em que tem dominio? E quem lhe extranbaria que, como medida de precaução, o avisasse diante de testemunhas (o que todavia nega), de que não ficaria impassivel, se elle lhe fosse tirado do seu predio? Aonde estaria aqui injuria?

Que muito era que, voltando-lhe o A. á porta pela segunda vez (o que occultou na petição de fl. ...!) *alla noite*, elle, cidadão inoffensivo e pacifico, se arreceiasse de alguma desfeita, mormente com taes precedentes, e com o genio violento do A., de que as testemunhas de defeza fallam, e mandasse dizer-lhe, pela mulher, que não estava em casa?

Que muito era, que as suspeitas crescessem, e quasi se convertessem em certeza, quando elle insistiu, que era falso ter o R. sahido de casa, e queria a todo o custo fallar-lhe?

Que muito era no meio do seu terror, fosse fundado ou panico, que chamasse por El-Rei, derradeiro recurso dos afflictos?

Nem sombras aqui houve de intenção criminosa, ou de animo de injuriar. E comtudo sem intenção criminosa não ha crime, por mais grave que seja o facto imputado, como é expresso no art. 1153.º da Ref. Jud., e se deduz do art. 1.º do Cod. Pen.: e sem animo de injuriar não ha injuria punivel, como se vê do direito citado na defeza do R. a fl. ... para o qual chamamos a attenção d'este recto tribunal.

Poderá dizer-se, que o R., apesar de procurado *de noite* por um individuo *seu inimigo*, exigindo-lhe a entrega de um objecto que o R. reputava seu, ainda assim foi humildemente medroso ou mesmo, se quizerem, covarde, por gritar intempestivamente pelo auxilio das auctoridades, e dos visinhos: mas imputar-lhe animo de injuriar repugna ao bom senso.

Já se disse não ter sido verdade, que o R. testemunhasse o A. para o caso de vir a faltar-lhe o cortiço; e tambem já se mostrou que, mesmo que verdade fóra, não envolveria injuria alguma, sobretudo referindo-se a um facto eventual, e ainda na massa dos possíveis.

## § 134.º

## Insinuação

Nulidade por falta d'elle, e se tal nulidade pôde ser allegada depois do Cod. Civ. — A alienação do legado, embora fosse nulla, equivalia á revogação d'elle, isto por direito antigo, porque depois do Cod. Civ. subsiste, por isso que actos nullos, não produzem effeitos juridicos.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Anna, em seu testamento cerrado, feito em 29 de abril e approved em 30 do mesmo mez do anno de 1862, deixou a sua sobrinha Luiza o usufructo da sua matta, sita á ..., com obrigação de a não destruir, e de passar por sua morte a sua sobrinhá Maria.

Mais tarde, em 14 de setembro do mesmo anno, fez doação por escriptura publica á dita Luiza de varios bens e, entre outros, de uma matta de pinhal com sua terra, no sitio da ..., que se informa ser a mesma matta da ...

D'esta doação não se requerem insinuação dentro dos quatro mezes marcados na lei de 25 de janeiro de 1775, com quanto os bens doados excedessem muito a quantia de réis 1805000.

Nesse mesmo anno morreu a testadora e doadora, e Luiza se entregou da matta, que destructo até ao presente, e falleceu ha poucos dias.

A legataria Maria não questionou com Luiza ácerca do legado, porque esta ultima pelo testamento era d'elle usufructuaria, e portanto, ainda que se entendesse que a doação

não fez caducar o legado, não podia a primeira entregar-se d'elle, senão á morte de Luiza.

Pergunta-se-me agora, se Maria tem bons fundamentos para reivindicar a matta do poder dos herdeiros de Luiza.

Esta questão é gravissima, e de exito duvidoso, por não haver a donataria Luiza insinuado a doação, porquanto se esta houvera sido insinuada em tempo competente, não podia duvidar-se de que o legado caducou por via d'ella.

Com effeito a falta de insinuação tornou nulla a doação no excesso de 180\$000 réis, pois que nem ao menos foi requerida em todo o longo espaço que decorreu até á promulgação do Cod. Civ. — Vejam-se a citada lei: Lobão, *Fazc.*, tomo 1.º, dissert. 3.ª § 118; e Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 796.

Apesar d'isto o supremo tribunal de justiça, em accordo de 21 de fevereiro de 1873, publicado no *Diari. do Gov.* n.º 94, estabeleceu a doutrina de que hoje em vista do art. 1472.º do Cod. Civ. não pôde invocar-se a nullidade da falta de insinuação, sendo valida qualquer doação, não insinuada, no seu todo. Esta doutrina porém, salvo o respeito, não parece legal, porquanto, expirados os quatro mezes sem se requerer a insinuação, ficou a doação nulla, e nulla já a achou o Cod. Civ., quando foi promulgado. Esta é tambem a opinião da *Rev. de Leg.* n.º 291. E' portanto provavel, que se venha a considerar nulla uma semelhante doação no excesso da taxa, conquanto não seja impossivel, que algum juiz vá para a opinião contraria.

Suppondo pois, que a doação se declare nulla pela falta de insinuação, surge a questão, se ella fez caducar o legado da matta. O sr. Dias Ferreira, no *Codigo Civil anotado*, vol. 4.º pag. 170, é de opinião, que uma alienação nulla revoga o legado, e sendo assim, mal está a consulente. Porém a *Rev. de Leg.* n.º 63 sustenta com todas as suas forças que, se a alienação do legado fór nulla, aquelle subsiste, e perence ao legatario, já porque os actos nullos não podem produzir effectos; já porque do Cod. Civ. foi eliminada uma parte do antigo projecto, que confirmava a revogação do legado, ainda que a alienação se annullasse; já por outras razões, que ahí podem ver-se. Ora se prevalecer esta opinião, está bem a consulente.

Cumpre porém notar que, tendo a testadora e doadora fallecido antes de vigorar o Cod. Civ., tem mais de atten-

der-se ao direito antigo, segundo o qual se estabelecia o principio de que a alienação, mesmo nulla, era sufficiente para annullar o legado antes deixado em testamento. — Vejam-se *Notas de Testam.*, liv. 6.º tomo 11.º n.º 9; Portugal, *de Donat.*, liv. 1.º prel. 2.ª § 3.ª n.º 58; Lobão, *Dir. Emphyt.*, nota ao § 480 (edição de 1828); e Heynec, *Recil.*, § 615, etc., etc. Fundava-se este principio em que a alienação manifestou a vontade de revogar o legado. Os codigos das nações modernas variaram a este respeito, como mostra a citada *Revista*, e Garcia Goyena, no seu Commentario ao projecto do codigo civil hespanhol, tomo 2.º pag. 130, diz não haver regra segura n'esta materia, nem caso que não podesse dar logar a um pleito.

Digo pois em resultado do exposto, que a pretensão da consulente é muito sustentavel, mas o resultado da questão vem a ficar dependente, em ultima analyse, da opinião do juiz.

## § 135.º

### Inventario

Quando pôde fazer-se julgar nullo, tanto por direito antigo, como depois do Cod. Civ. — Se quaesquer resoluções n'elle tomadas podem ser revogadas em acções ordinarias. — Se, dividindo-se n'elle bens de praso, que deviam passar precipuos a um co-herdeiro, pôde este reivindicar os por acção ordinaria. — Os nascituros podem ser instituidos herdeiros. — O herdeiro, ausente em parte certa, embora seja em paiz estrangeiro, deve ser citado pessoalmente. — E' processado conforme a lei vigente ao tempo em que se faz.

### CONSULTA

Manoel, quando solteiro, comprou metade de uma fazenda, de natureza de praso de vidas da F. N. e, depois de casado, comprou por diferentes titulos a outra metade, da mesma natureza, figurando a mulher na compra d'alguns e não na de outros. Fez testamento de mão commum com a mulher, e instituiram por herdeiros a dois filhos que tinham, e aos demais que viessem a ter de matrimonio.

Tiveram outro filho depois de feito o testamento, e, fallecendo Manoel sem reformar o testamento, procedeu-se a inventario de menores, e descreveram-se como de praso os bens, declarando-se quaes os comprados pelo inventariado no estado de solteiro, quaes os comprados na constancia do matrimonio, e em cujas escripturas não figurou a mulher, e quaes finalmente os em que ella figurou.

Não se juntando ao inventario documentos que comprovassem a natureza emphyteutica, foram considerados e partilhados todos como alodiaes pela viuva e filhos, e o testamento nullo, por causa do filho que nasceu depois d'elle feito. O filho mais velho, que hoje conta 33 annos, e que teria 14 e 18 quando falleceu o pae, o que teve logar ha 20 annos, quer reclamar a partilha, para, por a emenda d'ella, e á face dos prazos, que pôde obter na delegacia do districto, lhe serem encabeçados os bens de praso, mesmo os em que figurou a viuva na escriptura de compra, e procurado o inventario do finado pae, encontra-se fulto de assignaturas essenciaes, em forma de partilha dada pelo respectivo juiz, e até sem sentença que a julgasse, tem a partilha feita sem data, e a intimação da sentença ás partes, sem ter sentença, além d'outras irregularidades. O escrivão é fallecido, e nada se pôde hoje remediar. O filho mais velho, encontrando n'estes termos o inventario, requereu a annullação d'elle, para se fazer de novo, e foi a viuva já avisada particularmente para ir a juizo declarar se tinha algum interdito ou ausente, e não convem á viuva nem aos outros filhos, um dos quaes está ausente na Bahia, que se faça novo inventario ou nota partilha, e perguntam:

1.º—Se o filho mais velho, apresentando os prazos, poderá hoje obter o encabeçamento dos bens, tendo ha muito completado os 20 annos de idade, e muito mais á face da lei vigente (Cod. Civ.), declarando o pae no testamento que queria que todos os filhos ficassem iguaes?

2.º—Se, tendo logar o encabeçamento, é só n'aquelles em que não figurou a mulher na compra, ou se tambem d'estes, por não admittir commoda divisão; e se os deve conferir pelo preço da carta de compra, ou se da louvação que se deu no inventario feito irregularmente, ou se tem de ser louvados de novo para o outro inventario?

3.º—Estará nullo o dito inventario pelas irregularidades encontradas, e no caso affirmativo deverão fazer citar todos

os interessados para fallarem ao novo, e estará tambem nullo o testamento por causa do liho que nasceu depois?

4.º—Um dos interessados está ausente em parte certa, deverá ser citado em pessoa, ou bastará na do sr. dr. curador?

5.º—Qual será mais util á viuva e filhos, o fazer-se o inventario de menores ou de maiores, para, em vista da resposta, saber como ha de fazer a declaração que se lhe exige?

6.º—Finalmente porque leis se deve regular o inventario novo, pelas que vigoravam, quando se fez o inventario, ou pelo Cod. Civ., procedendo-se hoje ao inventario requerido?

#### RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO

Este ponto envolve sérias difficuldades, pelo que serei um pouco extenso no seu desenvolvimento.

O Cod. Civ. no art. 2164.º estabelece o principio, de que as partilhas, judicialmente feitas e confirmadas por sentença passada em julgado, não podem ser rescindidas, excepto nos casos de nullidade do processo. E o art. 2087.º preceitua, que as questões sobre a qualidade de não partiveis de alguns bens, caso não possam resolver-se por simples inspecção de documentos authenticos, se decidam pelas vias ordinarias, sem prejuizo da continuação do inventario e partilha.

Portanto, achando-se o inventario informe e com tão saffientes nullidades, se o Cod. Civ. fosse aqui o regulador, poderia o filho varão mais velho, do inventariado, intentar a acção de nullidade de todo ou parte do inventario, e é crível que a vencesse, annullando-se pelo menos desde que devia proferir-se, e não se proferiu, o despacho da fórma da partilha.

Mas é que nem elle precisaria recorrer ás nullidades, bastando usar da acção ordinaria permittida no art. 2087.º, logo que podesse provar a natureza emphyteutica dos bens que se partiram.

No entretanto, tendo o monstruoso inventario sido concluido antes da promulgação do Cod. Civ., é pela legislação então vigente que temos a aferido-o, como em especie semelhante sustenta a *Rev. de Leg. e Jurispr.* n.º 228; Pereira e

Sousa, *Linh. Civ.*, nota 1021; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 1160.º; Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 964, e em geral, a torrente dos praxistas, dão como assentado, que intervindo no processo nullidades insanáveis, ou se estão tão desordenadas as partilhas, que se não podem emendar se rescindem. O *Direito* n.º 34 do 1.º anno vai mais longa, porque, sem fazer distincção de partilhas feitas antes ou depois, de vigorar o Cod. Civ., nem de haver, ou não, nullidade no processo, firma a these, de que as resoluções tomadas nos inventarios sobre partilhas são sempre revogaveis por acção ordinaria, o que não pôde aceitar-se em toda a sua extensão, em vista da Ord. liv. 4.º tit. 96.º § 18 e seguintes, e do art. 2164.º do Cod. Civ.

Pelo contrario a citada *Revista* n.º 220, analysando aquella Ord. liv. 4.º tit. 96.º §§ 18, 19 e 21, entende que, depois de feita e julgada a partilha, não podia desfazer-se, e só pelo beneficio da restituição; mas, se algum interessado fosse enganado além do metade do que justamente lhe pertencia haver, tinha direito a ser-lhe composta, dentro de 15 annos, a sua direita parte, e o mesmo, dentro de um anno, se a lesão fosse da dita parte. Conclue não poderem hoje arguir-se as nullidades d'um inventario, apesar de ficar direito salvo para as acções convenientes, porque estas só podiam ser, ou as que competissem aos herdeiros sobre a lesão nos termos indicados, ou as que dissessem respeito a direitos hereditarios dos herdeiros, ou a certos bens.

Em o n.º 153 sustenta a mesma *Revista*, que a acção de rescisão e nullidade de sentença não é competente para rescindir um accordão passado em julgado, em um inventario em que não foi citado um dos menores, porque a taes sentenças tem applicação o art. 47.º da lei de 19 de dezembro de 1843. Igual doutrina expende em o n.º 263, exceptuando, porém, o caso de deixar o juiz direito salvo para as acções ordinarias.

Porém a *Gaz. dos Trib.* em numero, que aqui não podemos especificar, segue que a referida lei de 19 de dezembro de 1843 não é applicavel aos processos de inventarios, quasi administrativos, e só aos contenciosos judiciaes com ampla discussão das partes; e n'este sentido decidiu a relação de Lisboa, como se vê do *Direito* n.º 40 do 4.º anno.

Consequentemente, parecendo da consulta, que o inventario se fez depois de vigorar a lei de 19 de dezembro de

1843, pôde duvidar-se, se teria cabimento a rescisão das partilhas, e sentença que as julgou, a menos que não se desse alguma das circumstancias mencionadas no § 17 da mesma.

Com esta materia poderiam exceptonar a viuva e mais interessados; mas aonde está a sentença, que julgou o inventario? E' cousa que não existe nos termos da consulta.

E' portanto muito de acreditar, que o filho varão mais velho, em lugar de usar da acção ordinaria para rescindir ou emendar a partilha, venha requerer que, visto esta não se achar julgada por sentença, se julgue agora, e depois appelle para a relação, aonde o processo não pôde deixar de ser annullado pelas faltas alludidas na consulta, e mormente pela falta de despacho da forma da partilha.

Note-se porém, que o filho varão mais velho não carece talvez de fazer annullar o inventario, porque, nos termos da antiga praxe attestada por Lobão, e hoje do disposto no art. 2087.º do Cod. Civ., se se dividiram bens emphyteuticos, que lhe pertenciam, pôde reivindicar-os, ainda que o inventario esteja valido, no que parece concordar a propria *Rev. de Leg.* n.º 220 nas palavras sublinhadas. Mas será talvez prudente pedir a rescisão da partilha, sómente n'essa parte. — Veja-se o accordão do supremo tribunal de justiça de 24 de maio de 1870, transcripto na *Rev. de Leg.* n.º 177.

Advirto que a viuva e interessados poderão por ventura defender-se com a prescripção; mas a este respeito nada posso dizer por falta de dados, e até porque a proposta vem contraditoria quanto a datas: quando falleceu o inventariado? que idade tinha então o filho mais velho? quando se fez o inventario? foram passados aos interessados formaes de partilhas, e possuem por virtude d'elles os bens que lhes tocam? registraram este titulo de acquisição, e em que data? fizeram registro de mera posse, e em que data? Ou nem ha formaes, nem registro algum?

Ha porém, a nosso vêr, um lado muito favoravel á viuva e filhos mais novos. Com effeito se, como se affirma na consulta, o testador declarou no testamento querer, que todos os seus filhos ficassem por igual, equivaileu isto a nomeal-os todos nos prazos, e não tem cabimento a disposição da Ord. liv. 4.º tit. 36.º § 3.º, e sendo assim, muito bem se deu partilhas d'elles, que ao menos na estimação devia dar-se.

Nem se argumente em contrario com a Ord. liv. 4.º tit. 82.º § 5.º Diz ella que, se o pae ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legitimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era d'isso sabedor, e é vivo ao tempo da morte do pae ou mãe, assim o testamento como os legados n'elle contêdos são nenhuns e de nenhum vigor. Ora o testador tinha já filhos legitimos e d'elles sabia quando testou, e portanto não é applicavel a letra d'esta lei.

Não o é tão pouco a sua razão, que consiste, como diz Coelho da Rocha, *Inst.*, § 691, em presumir-se que não disporia assim, se soubesse a existencia de taes herdeiros, sendo certo que o seu testamento revela ter elle previsto a possibilidade de nascituros, emquanto os instituiu tambem conjunctamente com os já nascidos; e que podem instituir-se em certas circumstancias, o sustentam a *Rev. de Leg.* n.º 138 e 263, e o *Direito* n.º 2 do 3.º anno.

Entendo pois que, se houver novo inventario, ha de ser attendido o testamento para julgar-se, que todos os filhos foram nomeados nos prazos; até porque o supremo tribunal de justiça, em accordão de 3 de fevereiro de 1869, copiado na *Revista* n.º 78, considerou de alta indagação a questão da nullidade de um testamento, ainda que a duvida consistisse só em direito, não podendo resolver-se em um inventario, e fazendo-se obra pelo testamento.

#### RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO

Visto que as diversas glebas, compradas por diferentes vezes, constituíam um e mesmo praso, faço a seguinte distincção: se o senhorio não consentiu na divisão e desmembramento de praso, não foi prejudicado com esse facto, e portanto, havendo novo inventario, deve encabeçar-se no filho varão mais velho, fazendo as necessarias reposições, affim de todos os filhos ficarem iguallados attento o testamento, e a mãe receber a sua parte do preço nas glebas que foram compradas na constancia do matrimonio; se porém o senhorio consentiu no fraccionamento, ficaram existindo tantos prazos, quantas as glebas, e comquanto devam adjudicar-se ao mesmo as compradas pelo inventariado em solteiro, ou em casado, mas só de per si, devem todavia encabeçar-se

na mulher aquellas em cuja compra ella tambem figurou.— Coelho da Rocha, *Inst.*, § 375.

Quanto a reposições, tanto pela Ord. liv. 4.º tit. 97.º § 22, como pelo Cod. Civ. art. 2114.º, teria o successor a escolha de dar ou o preço da compra, ou o valor das glebas ao tempo da sua successão; porém, se se attender, como creio, o testamento, hão de avaliar-se no novo inventario (se chegar a havel-o), sendo o actual valor o regulador.

#### RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO

Está prejudicada a primeira parte com a resposta dada ao primeiro quesito, e bem assim a terceira parte. Relativamente à segunda é certo que, havendo novo inventario, hão de ser citados todos os interessados.

#### RESPOSTA AO QUARTO QUESITO

O ausente deve ser citado pessoalmente, embora esteja a grande distancia, como com razão sustenta o sr. Dias Ferreira, commentando os art. 55.º e 189.º do Cod. Civ., e só estando em parte incerta, sem d'elle haver noticias, é que se procede a inventario sem citação sua pessoal.— Veja-se tambem a *Rev. de Leg.* n.º 17, 89 e 172.

#### RESPOSTA AO QUINTO QUESITO

Se o ausente, como se diz, está em parte certa e tem de ser citado, o inventario é de maiores, e não ha já a escolher entre elle e o de menores.

#### RESPOSTA AO SEXTO QUESITO

Fazendo-se inventario novo, ha de hoje ser regulado pelo Cod. Civ. em harmonia com a Ref. Jud., porque as novas alterações na forma do processo são logo exequiveis, apenas vigore a lei, que as introduziu.

§ 136.º

**Inventário**

O conjugue casado não pôde dispor de bens certos e determinados, pela compropriedade que n'elles tem com o outro conjugue, mas pôde dizer que deixa a sua metade *pro indiviso*, em qualquer predio, especificando-o. — Quando o legatario não possa receber o predio legado, por aquella razão, assiste-lhe direito a receber o seu valor em dinheiro, ou n'outros bens. — Os bens que tem de passar precipuamente a qualquer co-herdeiro, não podem ser liquidados.

**RESPOSTA**

E' indubitavel, que o art. 1766.º do Cod. Civ. veda, que os casados segundo o costume do reino disponham *determinadamente* de certos bens do casal, salvas as hypotheses especiaes previstas no mesmo artigo.

E' facil de ver, que este principio geral tem por base o respeito mutuo ao direito de propriedade, que ambos os conjugues tem em commum sobre os bens do casal, como se vê do art. 1117.º, e assim o entendem o sr. Dias Ferreira, vol. 4.º das *Anotações*, pag. 186, e a Associação dos Advogados de Lisboa no parecer de 4 de maio de 1870, transcrito a pag. 136 do *Bolet. da Rev. Crit.*, tomo 1.º Na verdade se cada um dos conjugues tem a sua meação *pro indiviso* em todos os bens do casal, e se pelo art. 1733.º já não podem testar ambos no mesmo acto, é claro que, se um só d'elles podesse dispor de *certos, e determinados* bens, viria assim a atacar o direito de compropriedade do outro conjugue, sem sua autorisação, e contra o principio consignado no art. 2177.º

Cahiria porém o inventariante Antonio n'este erro, quando fez o seu testamento publico, appenso a este inventario? Crêmos que não, porque, lido com attenção o mesmo, vê-se que o testador não deixou aos tres filhos legatarios, José, Manoel e Antonio, *todos* os predios sobre que versa o legado, e nem ainda uma parte d'elles, *certa e determinada*, mas sim e *unicamente* a sua meação — *pro indiviso* — n'elles, que vem a ser exactamente a porção que a lei lhe garantia em todos os bens do casal. Onde está aqui a offensa dos direitos do ou-

tro conjugue, cuja meação *pro indiviso* ficou intacta? Se Antonio legasse aos tres filhos os predios *pro inteiro*, ou ainda a sua meação n'elles, do lado do norte, nascente, sul ou poente, poderia sustentar-se, á face do art. 1766.º, que tinha invadido a esphera do outro conjugue; mas deixar-lhes a parte, que a lei lhe dava nos mesmos predios, e sem a designar *phísica e materialmente*, parece-nos que nenhum principio juridico lh'o prohibia.

Por outro lado a disposição do art. 1766.º funda-se, como vimos, no respeito que se deve guardar ao direito de compropriedade do conjugue sobrevivente. Pois bem, a inventariante Anna, viuva do inventariante Antonio, *unica*, na hypothese actual, por cujo respeito se estabeleceu a prescrição do mesmo art. 1766.º, tanto se não oppoz, e antes auctorizou tacitamente a disposição de seu marido, que, fazendo tambem testamento publico no mesmo dia, mez e anno, dispoz n'elle, a favor dos mesmos legatarios, da sua meação *pro indiviso* nos *mesmíssimos* predios, como deixa ver o traslado do seu testamento, ora junto por appenso. Quer isto dizer, que houve um *perfeito* accordo entre os dois conjugues, quanto á sua disposição temporal; e que, como o art. 1733.º lhes vedava testar em commum, fizeram-n'o em separado, mas de um modo completamente identico.

Concedamos porém, *só por hypothese*, que a disposição de Antonio está incursa na sanção do art. 1766.º Como este artigo exceptua da sua disposição generica o caso de tocarem em partilha ao testador os bens legados, o que se entende de uma partilha *future*, como deixa ver a palavra — *tocarem* —, e sustenta solidamente o citado sr. Dias Ferreira, parece-nos que na mão do juizo está fazer com que surta pleno effeito o legado de Antonio, mandando-se que sejam adjudicadas na sua meação as metades dos predios legados, afim de que possam ser dadas aos legatarios, conforme a vontade do testador, que assim se concilia perfeitamente com o respeito e fiel observancia da lei. E que a intenção dos testadores deye respeitar-se quanto possivel, era preceito da antiga legislação e de todos os tempos, e que o Cod. Civ. consignou no art. 1761.º

Supponhamos ainda, que assim não succede, e que n'este inventario vão tocar pro inteiro á inventariante os predios sobre que versa o legado. Em tal caso (mas que não é de receber), ainda os meus constituintes não perdiam o direito

ao seu legado, porque, embora lhes não podessem ser adjudicados os bens legados, por torrão, devia adjudicar-se-lhes o valor d'elles, em outros bens da meação do inventariado, a maior das suas legitimas, e para assim ficarem satisfeitos do legado; que não pôde realizar-se em especie. E não se pense que esta pretensão é um simples devanço; pelo contrario funda-se nos principios juridicos que vimos de sustentar, para que não fique sem effeito a vontade do testador, e achamol-a solidamente apoiada pelo citado sr. Dias Ferreira, a pag. 187 e 188, e pela *Rec. de Leg.* n.º 101 a pag. 833, n.º 103 a pag. 871 e n.º 243 a pag. 551, que invocam, para assim opinar, os art. 1801.º e 1804.º e ainda o art. 1773.º, que não comprehende, na sua sancção o disposto no art. 1766.º Pédimos venia para chamar muito especialmente a attenção do sábio julgador para o que dizem aquelles eminentes juriconsultos, e até para o que, segundo o direito antigo, sustenta nos mesmos termos a *Gaz. dos Trib.* n.º 3686.

Resulta do expellido, que em caso nenhum podem os legatarios perder o beneficio dos seus legados, em proveito dos outros irmãos não contemplados; porque, ou ha de cumprir-se religiosamente a disposição de Antonio (e é isso o que nos parece mais juridico), adjudicando-lhes as metades dos predios legados, ou, caso estes se deem por inteiro á viuva inventariante, devem os mesmos legatarios ser indemnizados da perda dos seus legados, por outros bens da meação do inventariado, e dentro das forças da sua terça.

Entendemos ter sustentado a doutrina legal; e é bem de ver que, se não fora o espirito de justiça que anima o meu constituinte, escusavam elle e os irmãos de insistir n'este ponto, porque pelos valores do inventario se conheço, que a terça do inventariado, com que este os beneficiou para o caso de impugnação das suas disposições, excede muito o valor dos legados. E nem se diga, que tal determinação não colhe, em face do art. 1752.º, porque pelo ponderado se conhece, que o testador não exorbitou do que a lei lhe permittia fazer, e que apenas ha a substituição d'um beneficio por outro, na hypothese prevista.

A licitação de fl. ... feita ao n.º ..., que é legado do meu constituinte e de seus irmãos, quanto a metade, e que não pôde ser attendida, visto que essa metade tem de ser

encabeçada nos legatarios, em observancia do testamento. Impugna-se, portanto, pela permissão do art. 2128.º do Cod. Civ.; e, se isso se julgar indispensavel, requer-se a rectificação da avaliação (separando-se, já se sabe, as benfeitorias, como acima se requereu), na fórma que ensina o *Decreto* n.º 19 do 1.º anno e a *Rev. de Leg.* n.º 266.

§ 137.º

### Irmandades

Requerimento ao Rei pedindo auctorisação para levantar capitães mutuados, para se mutuarem de novo com melhores garantias.

SENHOR:

Dizem João, José e Manoel, juiz e mordomos da irmandade do Senhor dos Passos, da igreja de ..., concelho de ..., districto administrativo de ..., que Manoel do Amaral e mulher, da freguezia de ..., são devedores á referida irmandade da quantia de ... réis, por escripto particular, de 30 de novembro de 1848, de que era fiador o principal pagador Joaquim, já fallecido, de mais a quantia de ... réis, por titulo da mesma natureza, de 20 de novembro de 1849 sem fiador, de mais a quantia de ... réis, por titulo similhante de 22 de fevereiro de 1857, de que é fiador e principal pagador Manoel Ferreira, e de mais a quantia de ... réis, com o mesmo fiador, por identico titulo, de 26 de dezembro de 1863, tudo a juro de cinco por cento, e finalmente de mais a quantia de ... réis, como herdeiro de seus paes, a qual não tem querido pagar, nem fazer titulo, não obstante as instancias dos applicantes, e haverem já seus irmãos satisfeito as suas quotas partes. Entendem os applicantes ser de conveniencia para a corporação que administram, levantar-se este capital, com os juros em divida, não para se dispendar nas despesas correntes, mas para se collocar a juro em mão de outra pessoa, que garanta a divida por escriptura publica com boa hypotheca a fiadores, ao que

os actuaes devedores se não tem prestado. Como porém para legalmente os ajuzarem precisem de licença de Vossa Magestade, por isso

P. a Vossa Magestade haja por bem conceder-lh'a.

E R. M.

§ 138.º

**Junta de parochia**

Processo que tem a seguir para crear uma cadeira de instrucção primaria.

A junta de parochia deve principiar por celebrar uma sessão, na qual delibere sobre a conveniencia e utilidade da criação da cadeira que tem de requerer-se ao governo. A acta d'esta sessão deve conter os seguintes esclarecimentos: 1.º população, o mais approximada possível, da freguezia onde se ha de erigir a cadeira; 2.º o numero de meninos existente, até 14 annos; 3.º distancia do logar onde está a cadeira mais proxima; 4.º qual o estado dos caminhos que conduzem á escola mais proxima, e se o transito é facil ou difficil durante o inverno; 5.º quaes as freguezias que total ou parcialmente poderão lucrar com a nova cadeira, por estarem circumvisinhas, e a que numero de habitantes, ou de fogos d'ellas, poderá estender-se este beneficio; e 6.º que a junta se promplicita a prestar casa e mobilia e alfaias para ella (e tambem algum subsidio para os alumnos pobres comprarem livros, tinta e papel, se assim o quizer).

Lavrada esta acta, devem extrahir-se as cópias do costume, e remetter-se ao governador civil, para ser auctorizada superiormente a alienação que a junta se propõe fazer em favor da nova cadeira, se fór creada.

Offida esta auctorisação, segue-se formular o competente requerimento ao Rei, pedindo a criação da cadeira, e juntando-lhe como documento uma das copias da acta, d'onde constem as razões da conveniencia e esclarecimentos, que devem influir no animo do ministro, e que as despesas a fa-

zer com ella já estão legalisadas, entrando assim no capitulo das despesas obrigatorias. Este requerimento ou representação tem de ser dirigido ao governador civil, o qual, depois de proceder a minuciosas informações colhidas do administrador, camara municipal, juntas de parochia circumvisinhas e commissario dos estudos, a remetterá com todas essas informações e com a sua particular ao governo.

Decretada a criação da cadeira, não é esta provida, sem que o governador civil faça examinar, se a casa é central, de capacidade sufficiente para o seu fim, e com as commodidades indispensaveis; e se a mobilia e utensilios são bastantes e apropriados; e tudo isto ha de apurar-se em harmonia com a portaria de 7 de julho de 1874, a qual traz annexa a relação dos objectos indispensaveis para a organização das escolas primarias.

Este parece ser o processo a seguir em vista das portarias de 17 de outubro de 1859, de 22 de dezembro de 1859 e 19 de maio de 1860. Todavia cumpre notar, que pôde ainda haver alguma lacuna ou inexactidão, porque não é tarefa facil depurar á face d'ellas, pouco claras, o modo como deve proceder-se.

§ 139.º

**Juros**

Pôde usar do recurso extraordinario, contra o lançamento da decima por elles, quem não estava sujeito a ella, não tendo por isso obrigação de examinar o lançamento. — Alguem sustenta até, que o contribuinte, n'esta hypothese, pôde deduzir embargos contra a execução, mas este caminho é perigoso.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

O lançamento da decima dos juros é feito segundo as instrções de 22 de abril de 1854, como é sabido, e ensina oCodigo das Contribuições directas, a pag. 272 e o Manual do Escrivão de Fazenda, a pag. 37. Os manifestos servem de base ao lançamento, e, concluido este, são os contribuintes

convidados por editaes para o examinarem, e fazerem as reclamações que julgarem opportunas.

Quando estes editaes se affixaram, se é que se affixaram, é que José devia fazer a sua reclamação. Mas ficaria elle privado de recorrer, logo que o não fez dentro do prazo legal? Entendo que não, porque, segundo a sabida exposição que se faz, não tinha fundamento para ser collectado em decima de juros, não lhe assistindo por isso obrigação de examinar o dito lançamento, e então tem a seu favor a expressa disposição do art. 85.º das mencionadas instruções, e pôde usar do recurso extraordinario.

E poderá o mesmo senhor embargar a execução com o fundamento de que o manifesto foi feito illegal e tumultuariamente? Não me atrevo a aconsellar este meio.

E' verdade que a lei de 7 de abril de 1838, art. 9.º § 3.º, diz que, havendo duvida sobre o reconhecimento da divida, só pôde ser responsavel pela decima respectiva aquella que tiver feito o manifesto. E' verdade que o *Direito*, n.º 18 do 3.º anno, considera em vigor a sobre dita lei; e nos termos d'ella a relação de Lisboa, por accordão de 31 de março de 1857, julgou procedentes os embargos oppositos por um executado por decima de juros, que não reconhecia a divida, sendo citada a mesma lei pelo juiz Castro Netto na sua tenção, e pelo accordão, como pôde vêr-se na *Gaz. dos Trib.* n.º 2314. E' ainda verdade, que a redacção da *Gazeta* n.º 4629, tendo transcripto uma sentença do juiz de direito de Villa Nova de Foscão e o accordão da relação que a confirmou, faz-lhe alguns reparos, duvidando de que os conhecimentos da decima de juros e de fóros que se pagavam aos extinctos conventos possam ter as forças de uma verdadeira sentença, a que não possam oppor-se outros embargos, que os designados no art. 617.º da Ref. Jud., affirmando até, que, oppondo os executados seus embargos, não querendo os administradores de concelho admittil-os, o conselho de districto de Lisboa dava provimento aos recursos, mandando remetter os embargos ao poder judicial. No entretanto attendendo a que n'esse accordão da relação do Porto, confirmatorio da sentença do juiz de direito de Foscão, se dá como corrente a doutrina contraria, e se affirma na primeira tenção, que sempre assim se tem julgado n'aquella relação: attendendo ás disposições dos art. 36.º e seguintes do regulamento da fazenda publica, de 4 de janeiro de 1870: at-

tendendo a que o procurador geral da corôa Ottolini deu á lei de 1838 uma intelligencia bastante restricta, como se vê do *Direito* n.º 11 do 4.º anno: attendendo a que só nos dois casos especiaes designados noCodigo das Contribuições directas, citada pagina, é que a decima dos juros pôde ser exigida dos credores; por todas estas razões parece-me muito perigoso o recurso ao tribunal judicial, e mais seguro o extraordinario para o governo, sendo acompanhado de todos os documentos que possam mostrar, que José não tinha razões para ir examinar o lançamento da decima de juros.

## § 140.º

### Juros

Quando se deviam, e desde que epocha, tanto por direito antigo, como depois do Cod. Civ.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Pelo direito anterior ao Cod. Civ. era principio assentado, que os juros não se deviam desde a contracção da divida, senão em dois unicos casos, ou quando foram estipulados, ou quando alguma lei os mandava correr *ipso jure*. Não se dando algumas d'estas circumstancias, apenas podiam mandar-se pagar desde a mora, o que se entendia desde a contestação da lide, salvo se havia dia certo para o pagamento, nos termos da Ord. liv. 4.ª tit. 50.º § 1.º

N'estes principios concordavam geralmente os praxistas, como pôde vêr-se em Corrêa Telles, *Acc.*, nota 4.ª ao § 319; em Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 779 e nota G ao § 128; na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1252, 1667, 2466 e 3776, e na resposta da Associação dos Advogados de Lisboa, transcripta na mesma *Gazeta* n.º 958.

O Cod. Civ. parece não ter alterado estes principios, o tanto que o mutuario só é obrigado a pagar juros desde que se acha constituido em mora, como se vê do art. 1533.º do Cod. Civ. e, em geral, o que tem a pagar certa quantia em dinheiro, e o não faz, fica obrigado a perdas e damnos, que

não excedam os juros (art. 720.º); mas é preciso (art. 732.º) que haja interpellação nos termos do art. 711.º e seus 11.º—Vejam-se o *Decreto* n.º 43 do 1.º anno e 28 do 3.º anno, e a *Rev. de Leg.* n.ºs 102 e 103.

Applicando agora estes principios á dívida de que Alexandre se confessou alcançado, nas contas que prestou como juiz da irmandade das Almas da freguezia de . . . , entendo que o mesmo senhor não é obrigado a pagar juros pelos annos decorridos, não só porque, estando as contas por approvar, não lhe era possível entrar com o saldo, que retinha em seu poder pela força das cousas, e não voluntariamente, mas porque nunca foi interpellado para pagar, nem por enquanto o podia ser.

Eis a resposta que tenho a dar á consulta dos actuaes srs. mezarios.

### § 141.º

#### Jury

Não pôde nas respostas afastar-se dos quesitos propostos, fazendo passar a auctor do crime o accusado como cúmplice; mas pôde declarar qualquer circumstancia modificativa do facto principal.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' principio juridico assentado, que o jury nas suas respostas não pôde afastar-se dos quesitos que se lhe propõem, e a que só lhe cumpre responder affirmativa ou negativamente. E' por isso que a Ref. Jud. dispõe no art. 1161.º, que as respostas do jury não poderão versar sobre crimes, ou circumstancias, que não sejam comprehendidas nos quesitos, aliás incorrerão em nullidade.

Por esta falta é que nos tribunaes superiores teem sido annullados muitos processos crimes, em que não havia perfeita harmonia entre os quesitos e respostas do jury, podendo vêr-se, entre outros, o accordão do supremo tribunal de justiça de 30 de abril de 1838 na *Gaz. dos Trib.* n.º 2181. Com esta doutrina concordam tambem a *Gazeta* n.º 2822 e

*Nazareth, Elem. do Proc. Crim.*, § 268. E quando mesmo os réus forem accusados como auctores do crime, e da discussão da causa resultar que só foram cúmplices, exige a Reforma, no art. 1151.º, que o juiz, a requerimento do M. P., da parte accusadora, ou ainda ex-officio, proponha subsidiariamente os quesitos de cumplicidade.—Veja-se *Nazareth*, citados §§ 259 e 260. E se a hypothese for a inversa? Não dá a Reforma providencia para ella, que eu saiba.

Pelo art. 13.º § unico da lei de 18 de julho de 1835, pôde o jury declarar qualquer circumstancia modificativa do facto principal, a qual pela lei diminua a pena, ainda que tal circumstancia se não comprehenda nos quesitos. Com fundamento n'esta disposição poderá sustentar-se, que o jury tem a faculdade de fazer passar um réu da situação de auctor do crime para a de mero cúmplice; mas o que não pôde por forma alguma é fazer o inverso, nem pela Reforma, nem pela citada lei de 1835, porque isso equivaleria a condemnar o réu, por um crime novo, que não entrou no libello nem na accusação, e contra o qual o réu não poderia por isso prevenir-se, deduzindo as suas provas.

Em taes circumstancias, e na hypothese figurada, entendo que o juiz podia logo annullar a resposta do jury, fundando-se para isso no mencionado art. 1161.º da Reforma. Se porém assim se não fez, ao tribunal superior competirá annullar o processo, em recurso de appellação.

### § 142.º

#### Legado

Quando pôde entender-se que o deixado ao credor do testador foi em pagamento da sua dívida, e não meramente liberal.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Não diz a proposta, se Pedro, quando no testamento deixou ao credor Paulo certas propriedades, declarou que este legado era para compensação da dívida, ou se pelo contra-

rio guardou silencio a respeito d'esta. Tambem se não do, se o testador falleceu antes, ou depois da promulgação do Cod. Civ.

Forçoso é pois responder hypotheticamente, e encarando a questão em face da legislação antiga e tambem da moderna.

Se Pedro falleceu na vigencia do antigo direito, e não declarou, que deixava as propriedades legadas a Paulo em compensação da divida de que este era credor, temos a examinar se, apesar da falta de declaração, deve o legado entender-se compensado com a divida, e os bens legados deixados em pagamento d'esta, ou se pelo contrario fica em pé o credito de Paulo, sendo o legado uma pura liberalidade do testador.

Divergem a este respeito as opiniões dos praxistas. Mello Freire, liv. 3.º tit. 7.º § 7.º opina que o legado deixado pelo devedor ao credor deve entender-se, em falta de declaração, que o foi com a intenção de compensar a divida; e d'este mesmo voto é Corrêa Telles, *Dig. Port.*, tomo 3.º art. 1710.º, todas as vezes que o valor legado fór igual ou superior ao da divida.

Em sentido contrario sustentam que o legado deixado ao credor se presume doação e não compensação da divida.— Vejam-se Silva á Ord. liv. 4.º tit. 31.º § 11. em os n.º 37, 28, 29 e 30; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1965; Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 707; e o proprio Corrêa Telles, *Acç.*, § 381, nota 3.ª A mesma Ord. liv. 4.º tit. 31.º § 11 parece favorecer mais esta opinião nas palavras:— porque n'este caso queremos, etc.

Vê-se pois que a questão é duvidosa pelo direito antigo. Ora se se entender que os bens legados foram deixados para compensação da divida, temos uma doação de bens em pagamento, sujeita a contribuição de registro por título oneroso (antiga siza). nos termos dos art. 2.º, 4.º e 7.º § 6.º da lei de 30 de junho de 1860, art. 9.º da lei de 31 de agosto de 1869, e art. 1.º, 3.º e 7.º § 6.º do regulamento de 30 de junho de 1870.

## § 143.º

**Legados pios**

Requerimento para os de cereaes se converterem n'uma quantia certa de dinheiro.

Dizem José Joaquim e mulher, do logar de ..., d'este concelho de ..., que Antonia, moradora que foi no mesmo logar de ..., deixou no testamento com que falleceu, por morte de seu marido, a sua sobrinha Maria, umas casas e duas leiras no sitio de ... do sobredito logar de ..., com obrigação de dar aos pobres da sua freguezia, no dia de Natal de cada anno ou no seu oitavario, tres alqueires (hoje 45.º 879.º) de pão cosido, entendendo-se milho grosso, e n'esta sentido foi sempre cumprido o legado, o qual consta do documento junto em n.º ... São hoje os supplicantes os actuaes possuidores dos referidos predios, e querem aproveitar-se do beneficio que lhes concede o art. 3.º da lei de 26 de julho de 1855, convertendo aquelle pão em quantia certa e liquida, de dinheiro de metal, para depois requererem a sua remissão por titulos de divida fundada do estado, que produzam um juro correspondente á importancia annual do encargo, ou a dinheiro de metal, na importancia de quinze prestações annuaes, a favor dos pobres, segundo o disposto no art. 5.º da mesma lei. Os supplicantes apresentam no documento n.º ... o preço medio do milho grosso nos ultimos quinze annos, dando a media de 470 réis por alqueire, e vindo a importar os tres alqueires em 15410 réis, parecendo deter ser esta a quantia que devem ficar pagando annualmente em dinheiro, até porque, se se quizer que regule a media do ultimo anno, tambem dá os mesmos 470 réis, e se se quizer fazer o calculo pelos tres ultimos annos, ainda dá menos. Pretendem pois que com resposta do agente fiscal dos legados pios do hospital de S. José, n'este concelho, e com resposta do M. P. como representante dos pobres, se julgue a final liquidada a sobredita quantia.

Pede a v. exc.ª snr. administrador do concelho seja servido deferir.

E. R. M.

§ 144.º

**Legados pios**

Quaes legados se podem considerar taes.

O pagamento de cinquenta alqueires de pão e um almude de azeite, annualmente, a duas mercieiras, para varrerem e acieirem uma capella, foi conceituado em uma petição de recurso para o conselho de districto da Guarda, por D. Camilla, como não sendo legado pio, mas um accessorio profano, não estando as quitações sujeitas ás formalidades da lei de 26 de julho de 1855. Citou-se o art. 10.º d'esta lei, o art. 20.º da lei de 9 de setembro de 1769, o decreto de 24 de dezembro de 1852, e as Resoluções do conselho d'estado (creio que de Silvestre Ribeiro), pag. 41 a 50 do tomo 3.º, e a pag. 123 a 130 do tomo 4.º

§ 145.º

**Legados pios**

Se a instituição d'elles perpetuamente é licita, e pôde sustentar-se.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Sobre a imposição de onus perpetuos de missas e outros encargos ha suas duvidas.

Por um lado a Associação dos Advogados de Lisboa nas respostas que vem estampadas na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1048 e 2504, foi de opinião que era nullo o estabelecimento de taes encargos perpetuos, como oppostos á lei de 9 de setembro de 1769, e o snr. Gil na *Gazeta* n.º 3058 vai para a mesma opinião.

Porém contra a Associação dos Advogados de Lisboa está ella propria nas respostas publicadas nos n.ºs 10 e 1224; e contra o snr. Gil está o mesmo snr. Gil, nas *Gazetas* n.ºs 1720, 2310, 2457, 2470 e 2876, aonde sustenta com todas as forças, que taes encargos não são capellas, porque não

amortizam os bens, sendo permittida a sua alienação e diviso, embora levem annexo o encargo, o que bem se vê do alvará de 14 de janeiro de 1807, § 3.º, e do decreto de 16 de novembro de 1855, transcripto no *Diario* n.º 290 e na *Gazeta* n.º 2092.

Igual opinião sustenta Coelho da Rocha, *Inst.*, nota ao § 529; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1372.º; Mello Freire, *liv. 3.º tit. 9.º § 26 e tit. 10.º § 3.º*; e Fernandes Thomaz, *Repert.*, verbo Capella, n.º 228, e verbo Encargos, n.º 216. Só impropriamente é que a taes encargos se pôde dar nome de capellas, mas não são as vinculadas, a que parece referir-se a lei de 9 de setembro de 1769, e a que dizem respeito as ultimas leis vinculares.

§ 146.º

**Legados pios**

Quaes aquelles de que o administrador não pôde tomar contas, por serem profanos. — Não cumpridos pertencem ao hospital de S. José. — A propriedade legada com algum encargo pio é hypotheca legal d'este, para o seu cumprimento. — Se o citado para o cumprimento d'elles nega a obrigação, deve ser convencido d'ella em processo ordinario. — Sobre a sua prescripção, interrupção d'ella, e applicação.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

A cerca do processo em que foram chamados a contas do cumprimento dos legados pios, deixados pelo rev. padre Manoel, varios possuidores de seus bens, cumpre-me dizer o seguinte:

Entre os legados de que se pedem contas, é bem assim o do pagamento de . . . réis, que o herdeiro devia fazer dentro d'um anno ao creado Francisco, filho d'Anna, como se vê dos modelos de fl. . . . A este respeito allegaram os embargantes José Joaquim e Manoel Pinto a fl. . . ., que o merecissimo administrador era incompetente para tomar conhecimento de tal legado, por ser meramente temporal.

Nesta parte estou de accordo com os embargantes. Quem

pôde exigir a satisfação d'este legado é o creado, ou quem legalmente o representar, e mais ninguém: o administrador toma contas do cumprimento dos legados pios, e não dos profanos, para os quaes as nossas leis lhe não dão competência.

Vamos ao das cincoenta missas, imposto na casa da ...

O art. 1.º do decreto de 24 de dezembro de 1852 manda chamar a contas dos legados pios os testamenteiros, administradores, ou possuidores das capellas e bens onerados com os ditos encargos: o art. 7.º diz que estes bens são a hypotheca legal das diversas procedencias dos mesmos encargos, os quaes constituem onus reaes n'elles, sendo-lhes applicavel a disposição do § 1.º do art. 2.º do decreto de 26 de outubro de 1836 *in fine*. A lei de 26 de julho de 1835 nos art. 2.º e 9.º considera os bens onerados, do mesmo modo que a legislação anterior.

Sendo esta a disposição legal e a praxe conforme com ella, e tendo o testador rev. padre Manoel, como se lê a fl. ..., deixado á creada Gertrudes o seu casal da ..., com a obrigação de mandar dizer por sua alma cincoenta missas por uma vez sómente, é manifesto que estas ficaram onerando sómente o referido casal, e não os outros bens do testador; e portanto que as contas, relativamente a estas cincoenta missas, deviam pedir-se unicamente a quem possuísse a ...

Mas quem é esse possuidor? No mandado de fl. ... se diz ser João, o qual foi citado em 6 d'agosto de 1862, *ut a fl. ... v.*, e como passassem os trinta dias que lhe foram marcados, sem que viesse prestar as contas, foi, com outros, lançado em 25 de setembro seguinte pelo termo de fl. ...

Seguia-se a tomada de contas á revelia, mas isso não se requereu, nem se fez até hoje, não sei porque. Parece-me todavia, que o agente fiscal dos legados pios ainda está em tempo de o requerer.

Vejo porém no mandado de fl. ... dizer-se, que o rev. padre Manoel é senhor e possuidor do campo da ..., da jóra; e o acréscimo d'esta ultima palavra faz-me suspeitar, que seja predio diverso ao casal da ..., onerado com as cincoenta missas.

Suppondo porém que fizesse parte do mesmo casal, e que o encargo d'ellas o abrangesse, não pôde o rev. padre Manoel ser compellido á prestação de contas por ora (e

mesmo dizemos de José Joaquim), logo que a fl. ... negou possuir bens do legado de Gertrudes.

E digo por ora, porque o § 1.º do art. 9.º da lei de 26 de julho de 1855, preceitua que, se a pessoa citada pela primeira vez negar opportunamente por termo a qualidade em que foi citada, será o estabelecimento interessado obrigado a convencer essa pessoa de que n'ella se dá a dita qualidade, para que o processo principal possa contra ella continuar, usando-se, em processo separado, do meio estabelecido no art. 325.º da Ref. Jud.

N'esta parte tambem os embargos procedem, e é mister usar-se do indicado meio, quando a asserção dos embargantes seja falsa.

Deixou mais o testador um almude de azeite, todos os annos, para a lampada do Santissimo Sacramento da freguezia de ..., acrescentando, que com esta condição ficavam gravados os prazos de que acabava de dispor.

Efectivamente a leitura reflectida do testamento mostra, que este onus só foi imposto nos bens de praso, e não nos allodiaes; e assim se reconhece no proprio processo a fl. ... O mesmo se havia reconhecido a fl. ... do outro processo anterior, que correu em 1839, e em que o herdeiro do rev. padre Manoel foi condemnado.

Os embargantes, confessando possuirem alguns bens da herança do testador, negam a fl. ... que elles sejam de praso, e portanto parece-me que constituiram o hospital de S. José na necessidade de provar que elles possuem bens emphytenicos, procedendo nos termos acima declarados.

Se o processo progredisse, sendo remettidos os embargos ao contencioso, ainda que na contestação se articulasse que os embargantes possuíam bens de praso, e que estes eram taes e taes, e ainda que isto se provasse, receio muito que o hospital de S. José decahisse, ou fosse por se não ter procedido do modo decretado no citado § 1.º do art. 9.º da lei e art. 325.º da Ref. Jud., ou porque na petição e mandado se não declarou serem de praso os bens possuidos pelos embargantes e havidos do rev. padre Manoel, como em caso muito similhante julgou a relação de Lisboa em accordão de 1 de março de 1873, publicado na *Rev. de Leg.* n.º 352 a pag. 604.

Ainda os embargantes impugnaram a pretensão do hospital de S. José, a pretexto do que, segundo o alvará de 15

de março de 1615, só lhe pertence a administração dos legados pios não cumpridos, concernentes a missas ou officios, e não dos de outra natureza, o que querem abonar com o accordão da relação de Lisboa de 12 de novembro de 1879, copiado no *Direito* n.º 10 do 3.º anno a pag. 160.

Este accordão está tão bem refutado na minuta de revista do snr. dr. F., que basta lançar mão das suas razões. Acrescentarei, que o accordão está em desharmonia com a praxe, porque geralmente se entende pertencerem ao hospital de S. José quaesquer legados pios não cumpridos, ainda que não fossem missas e officios. — Vejam-se o *Direito* n.º 39 do 1.º anno a pag. 614, e a *Gaz. dos Trib.* n.º 4185.

Portanto se os ora embargantes chegarem a ser convencidos, em processo competente, de que possuem os bens de praso do rev. padre Manoel, terão provavelmente de ser condemnados a pagar a importancia do legado do azeite, não satisfeito á confraria.

Resta fallarmos dos legados rigorosamente pios, que tinham de ser cumpridos por uma vez sómente, e que affectam todos os bens, os quaes são setecentas e noventa missas, conforme a disposição do testamento, e as que deviam dizer os padres do officio.

Não entramos na questão, se todos e cada um dos predios da herança do testador ficaram *solidariamente* responsaveis pela totalidade da importancia dos legados pios não cumpridos, ou se esta importancia tem de ser por elles proporcionalmente *rateada*, porque n'este processo den-se por assentado, que tinha de haver *rateio*, o que se vê a fl. ...

A este rateio dizem os embargantes a fl. ..., que se não opporiam, se não tivessem a seu favor a prescrição, a qual effectivamente tinham invocado a fl. ... Fundam-se em que, attendendo á epocha da morte do testador, deviam em 15 d'abril de 1833 estar já cumpridos todos os legados temporarios, começando desde então a correr a prescrição negativa ou extinctiva, que com relação a elles só foi interrompida com a citação para a prestação de contas; mas como, segundo a disposição do art. 6.º § unico da lei de 26 de julho de 1833, a prescrição é ou por quinze annos, ou por trinta, conforme ha, ou não, boa fé e justo titulo, se completou para elles, antes da citação, uma perfeita prescrição extinctiva, pelo decurso do tempo maior que o maximo do

praso marcado para ella, e sem ser necessaria boa fé, que provariam plenamente.

O primeiro reparo a fazer a esta allegação é que, se os embargantes tivessem justo titulo da aquisição dos bens que foram do rev. padre Manoel, do qual constasse não se haver feito menção do encargo imposto nos ditos bens, se teriam opposto á citação, apresentando-o, o que daria em resultado não continuar este processo, até elles serem demandados em acção ordinaria, beneficio que lhes fazia o § 2.º do art. 9.º da citada lei, e de que elles não teriam prescindido.

Em segundo logar foi o herdeiro e testamenteiro Manoel Pinto, citado em 3 de julho de 1854, como se vê da certidão de fl. ..., para em cinco dias ir á administração prestar contas do cumprimento dos legados pios de que se trata; e, ou a prescrição fosse a de trinta annos, decretada na Ord. liv. 4.º tit. 79.º, ou ainda a de vinte e cinco annos, de que falla a Ord. liv. 1.º tit. 62.º § 22, ficou interrompida por essa citação; e só poderia começar a correr desde essa data uma nova prescrição.

Pelo termo de fl. ... declarou Manoel Pinto, em 24 d'abril de 1860 (quasi seis annos depois), que o embargante José Joaquim era possuidor do campo da capella, ou de parte d'elle, e n'esta qualidade foi citado para dar contas, em 20 de janeiro de 1874, ficando desde esse momento interrompida a prescrição. — Accordão da relação de Lisboa de 3 de fevereiro de 1872, na *Rev. de Leg.* n.º 276.

De 3 de julho de 1854, em que houve a primeira interrupção da prescrição, até 20 de janeiro de 1874, em que houve a segunda, decorreram menos de vinte annos, e pelo § unico do art. 6.º da lei de 26 de julho de 1855, para que José Joaquim possesse prescrever com justo titulo e boa fé, eram precisos, não quinze annos, mas dezoenove; e se estes tivessem decorrido, apressar-se-ia a apresentar o titulo e a allegar esta prescrição, e não se soccorreria á de trinta annos (sendo aliás precisa a de trinta e seis), que se não dava por virtude da primeira interrupção, de 3 de julho de 1854.

Quanto ao embargante Manoel Pinto, leio em uns apontamentos escriptos, que se me deram, que o campo por elle possuido o houvera por compra feita a D. Rosa, e como esta havia sido citada para prestar contas, em 5 de julho de 1862, segundo consta a fl. ..., e Manoel Pinto o foi em 22

de julho de 1874, o que se vê da certidão de fl. ..., nem doze annos chegaram a decorrer de uma a outra epocha; e adeus prescripção.

Concluo do exposto, que n'esta parte poderão os embargos ser vantajosamente combatidos na contestação, mostrando-se que não teve ainda logar o complemento da prescripção com relação aos legados das missas, e que, sendo este o unico obstaculo posto pelos dois embargantes, pois que sem elle reconheceram a sua obrigação de dar contas, na respectiva parte, n'essa sentida deverão ser condemnados.

Relativamente aos outros possuidores de bens, que foram citados e lançados, parece-me, como já disse, que se lhes pôde tomar contas á revelia.

§ 147.

**Legados pios**

Tratado importantissimo sobre elles, contendo uma allegação juridica, sentença, teções e accordãos diferentes, e a copia de um alvará.

**Minuta de recurso de revista por parte do hospital de S. José**

Discentia-se n'estes autos uma simples questão de contas de encargos pios, quando o accordão de fl. ..., deixando de apreciar os pontos controvertidos, se limitou a julgar que o hospital recorrente era parte ilegítima para promover as ditas contas!

Esta decisão, maxime pelos fundamentos adoptados, é de tal importancia para todos os estabelecimentos de caridade interessados nos legados pios não cumpridos, que, se passasse em julgado, ameaçaria logo a subsistencia dos mesmos estabelecimentos, já gravemente prejudicados pela falta de producto dos referidos onus, em resultado das leis de desvinculação, que constituia uma importante parte da sua receita.

Raras vezes pois terá subido a esta superior instancia recurso que mais reclamo a sua illustrada attenção; e (salvo

o respeito sempre devido aos juizes signatarios do referido accordão) tão estranha e tão offensiva das leis que regem a hypothese, e da pratica constante de julgar, nos parece a doutrina que formaram, que nunca nos animou mais profunda convicção de obtermos resultado do patrocinio que devemos ao hospital recorrente.

O accordão julgar nullo o processo desde o seu principio, «pela illegitimidade da administração do hospital para promover a prestação das contas do cumprimento dos encargos pios de que trata a escriptura a fl. ..., repetida a fl. ... e sua applicação ao mesmo hospital, porquanto, não se achando esses encargos registrados nos livros que existem na contadoria do hospital pela disposição do alvará de 15 de março de 1614, nem consistindo os mesmos encargos em missas e officios mandados fazer e cumprir pelos defuntos, em seus testamentos, ou nas instituições de morgados ou capellas, que são somente aquelles que foram concedidos ao hospital, no caso de não serem cumpridos, segundo a disposição d'aquelle alvará, que a legislação posterior não alterou no essencial, é evidente a illegitimidade da administração do hospital para a acção».

Cumpra-se, primeiro que tudo, que nova especie de encargos será essa de que resa a escriptura de fl. ..., pois que apesar do accordão lhe chamar *encargos pios*, os considera isentos do preceito legal, tão sabido, antigo e até proverbial mesmo entre as pessoas alheias ao foro, de que os ditos encargos não cumpridos pertencem aos hospitaes e misericordias. Certamente que deve ser uma hypothese estranha, e nunca prevista na antiga e moderna legislação que rege o assumpto, e portanto fóra dos usos e costumes do paiz.

Pois não é assim. O instituidor d'esses encargos não fez mais do que estabelecer um fundo permanente, para do seu rendimento se distribuirem annualmente determinadas esmolas, conforme praticaram, maxime nos antigos tempos, muitas pessoas caridosas, a saber:

«Por elle José (escriptura de ...) foi dito, que, tendo pleno conhecimento pelos dogmas da nossa religião, que o objecto secundario da virtude da caridade é o pobre, que deve ser amado e soccorrido em sua necessidade por amor de Deus..., se propoz a fazer um fundo perpetuo, para o respectivo e annual rendimento se distribuir pelos pobres,

confiando esta administração dos irmãos da mesa da dita veneravel ordem (a recorrida), que ora são e ao diante forem, debaixo das condições deliberadas, a saber: entregar elle José, como de facto logo entregou, por moedas correntes ao syndico da dita ordem, o capitão F., a quantia de 6.000 cruzados, para a dita ordem estabelecer um fundo lucroso, e do computo lucroso dará a dita ordem annualmente de *esmola aos pobres necessitados, em vestuario a quantia de 505000 réis, e 405000 réis para esmolas em dinheiro*, e o restante rendimento cederá em beneficio da mesma ordem *pelo trabalho da administração*.

«E logo o referido syndico contou a dita quantia e achou estar certa a sua somma, e assim a recebem, e se obrigou a cumprir inviolavelmente todo o estipulado, debaixo da pena comminada e das mais por direito estabelecidas...»

Se o que fica transcripto da citada escriptura é bastante para se mostrar que a instituição de José nada tem de extraordinaria, e antes se conforma inteiramente com tantas outras de igual natureza, de que sempre se prestaram e prestam as respectivas contas, em observancia das condições postas pelos instituidores e das leis applicaveis «*com as penas por direito estabelecidas*», como o referido instituidor, *ex abundanti*, expressamente estatuiu, facilmente se conclue que não pôde estribar-se na natureza ou clausulas da instituição a estranha jurisprudencia do accordão recorrido, que nega ao hospital recorrente o direito de promover a tomada de contas dos encargos da mesma instituição; o que tambem equivale a fazer uma excepção nas leis, que preceitnam essas contas e applicam ao referido hospital, na parte que lhe compete, os ditos encargos não cumpridos.

Resta porém vér se as disposições do alvará de 15 de março de 1614, e as illações que d'elle tiraram os respeitaveis juizes da decisão recorrida, favorecem a alludida jurisprudencia.

O hospital recorrente é parte illegítima para promover a prestação das ditas contas: 1.º *porque não se acham esses encargos registrados nos livros que existem na contadoria do hospital, pela disposição do alvará de 15 de março de 1614.*

Podíamos responder simplesmente, que, não se tendo alligado nem provado nos autos a falta d'esse registro, caduca pela base tal fundamento, pois que não é heito julgar sem provas. Mas o registro existe:

«No index dos instituidores de capellas dos cartorios do patriarchado fóra de Lisboa.

«No liv. 2.º de extractos de capellas da comarca de Alemquer, sob n.º 159.

«No liv. 3.º a fl. 66, de contas de capellas de diversas comarcas.

«No liv. 2.º a fl. 35 v., indicador das capellas da comarca de Alemquers».

O que tudo só deixamos de documentar pela natureza do recurso.

Mas supponhamos que não existe o registro. Vejamos o que foi e o que vale hoje, com relação a tal circumstancia, o alvará de 1614.

A tomada de contas de encargos pios, que a Ordenação affonsina (liv. 4.º tit. 96.º) commettia aos juizes do residuo, foi entregue ao provedor do hospital de Todos os Santos, pelo regimento das capellas, dado por el-rei D. Manoel a 19 de janeiro de 1504; e posto que a Ordenação d'este rei (liv. 2.º tit. 35.º) restituisse aos referidos juizes as ditas contas, é certo que continuou a tomar-as o provedor do hospital, até que a Ordenação filippina (liv. 1.º tit. 62.º) veio firmar a competencia dos provedores e contadores das comarcas para aquelle serviço.

D'esta variedade de competencias e disposições, e principalmente dos efeitos da concessão dos legados pios não cumpridos da cidade de Lisboa e seu termo (que as ordenações citadas applicavam para os residuos, e o regimento das capellas para as obras do hospital), que o breve *Cum nobis*, de Paulo III, de 16 de agosto de 1544, fizera ao hospital, concessão ampliada á diocese de Lisboa pelo breve *Exponi nobis*, de Clemente VIII, de 5 de fevereiro de 1595, resultou, que nem a tomada de contas se fazia com regularidade, nem o hospital recebia o que lhe competia.

Veio prover a estes males o alvará de 13 de março de 1614, que, entre as diversas providencias que estabeleceu, ordenou a factura de dois livros, um para ficar no hospital, outro para se entregar ao provedor das capellas, nos quaes se deviam pôr em lembrança todos os testamentos e instituições de morgados e capellas que os escrivães da provedoria das capellas de Lisboa tivessem em seus cartorios «com encargos pios de missas e esmolas, e quaesquer outras obras pias...», escrevendo nos ditos livros as obriga-

ções que acrescem das pessoas que pelo tempo adiante fallecessem.

São estes os livros que o accordão recorrido dá por existentes na contadoria do hospital, e nos quaes assevera não estarem registrados os encargos pios de José, do que resulta a illegitimidade do hospital para promover as contas dos ditos encargos e pedir a sua applicação quando não cumpridos!

Custa a crer (renovando os protestos do respeito devido aos juizes recorridos) que isto se pensasse e escrevesse, o que recorda as palavras de Horacio: *quandoque bonus dormitat Homerus*...

Pois a obrigação que a ordem recorrida tem de cumprir os encargos resulta dos livros de que falla o alvará de 1614, ou provém do titulo da instituição?

Pois o direito que ao hospital recorrente assiste de promover as contas d'esse cumprimento e de pedir a applicação dos ditos encargos, quando não cumpridos, depende da existencia d'esses livros e de n'elles se virem registrados os encargos, ou radica-se nas leis que preceituam taes contas e nas concessões pontificias, confirmadas pelo imperante, que ordenam essa applicação?

Pois o que tem o alvará (tantas vezes tido por antiquado), que não fez mais que regular o serviço das contas com relação ás leis e costumes que então vigoravam, e ainda assim limitadamente á providoria das capellas de Lisboa, com a instituição de que se trata feita na comarca de Alenquer em 1788?

Pois as instituições do alvará estabelecidas ha duzentos e cincoenta e sete annos, devem hoje ser citadas como lei unica e suprema, a ponto de se julgar, que dos legados não registrados nos livros que o mesmo alvará mandava crear não se podem pedir contas?

Pois o alvará não deixou de cumprir-se? Pois esses livros não foram destruidos com o cartorio do hospital de Todos os Santos, pelo incendio que em seguida ao terremoto de 1 de novembro de 1755 consumiu aquelle estabelecimento? Pois as concessões pontificias ampliativas das de que falla o alvará, e confirmadas pelos de 22 de maio de 1685, 5 de setembro de 1786, 9 de março de 1787 e 3 de novembro de 1803, reviveram ou fallaram sequer nos livros de 1614? Pois os preceitos do Cod. Adm. e de toda a moderna legislação, que restaurou a tomada de contas de encargos pios,

e do proprio Cod. Civ., ficaram subordinados a esse vetusto regulamento, ordenado ha duzentos e cincoenta e sete annos, e que só Deus sabe se se chegou a estabelecer, e até que epocha durou?!

Ninguém susnterará a affirmativa, e nós offenderíamos a illustração do tribunal, continuando a demonstrar o quanto é estranha, offensiva das leis applicaveis, e até impossivel, a doutrina d'esse primeiro fundamento porque se decretou a illegitimidade do hospital recorrente para promover as contas dos autos.

O segundo fundamento é: *porque não consistem os mesmos encargos em missas e officios mandados fazer e cumprir pelos defuntos em seus testamentos, ou nas instituições de morgados ou capellas, que são somente aquelles que foram concedidos ao hospital no caso de não serem cumpridos, segundo a disposição d'aquelle alvará (15 de março), que a legislação posterior não alterou no essencial.*

Aqui precisamos novamente affirmar a nossa respeitosa consideração pelos dignos magistrados do accordão recorrido, para dizermos que elles só por inteiro esquecimento do proprio alvará em que se estribam, de toda a antiga e moderna legislação applicavel, da pratica constante de julgar, e até das suas proprias decisões, na especie dos autos, poderiam estabelecer semelhantes principios e conclusão!

Do alvará, porque elle é expresso em ordenar a tomada de contas dos testamentos e instituições de morgados e capellas, que os escrivães tiverem em seus cartorios, com encargos pios de missas e esmolas e quaesquer outras obras pias, que em cada um anno se mandam cumprir.

De toda a antiga e moderna legislação applicavel, porque: desde o Codigo affonsino, tit. 96.º § 1.º, que mandava tomar contas das cousas piedosas, assim como missas, trintarios, casar virgens, remir captivos e semelhantes casos; do manuelino, tit. 35.º §§ 13, 14, 15, 16 e 49, que dispoz do mesmo modo; do filippino, tit. 62.º §§ 39 e 41, que outro tanto fez, até ás concessões pontificias de Paulo III, de 16 de agosto de 1544; Clemente VIII, de 5 de fevereiro de 1595; Pio VI, de 7 de julho de 1779 e de 3 de julho de 1785; e Pio VII, de 19 de julho de 1803, mandados cumprir pelos alvarás de 15 de março de 1614, 22 de outubro de 1642, 22 de maio de 1685, 5 de setembro de 1786, 9 de março de 1787 e 3 de novembro de 1803, nunca taes determina-

ções da igreja e do imperio fizeram essa desconhecida distincção ou limitação, de só pertencerem ao hospital recorrente os encargos pios que consistem em missas e officios defuntos.

E ao contrario, tendo a referida concessão de Pio VI, de 5 de julho de 1785 (alvará de 3 de setembro de 1786) estendido a todo o reino, ilhas e conquistas a applicação de toda a importancia dos legados não cumpridos, que por qualquer modo e maneira deixassem de ser satisfeitos por quaisquer executores testamentarios, administradores de vinculos, capellas, albergarias, ou qualquer outro genero de legados pios, exceptuando apenas as capellanias respectivas a certas e determinadas pessoas, as de certos e designados altares, e as instituidas nas igrejas em que os instituidores das capellas se achassem sepultados, todas estas excepções acabaram pelas citadas letras apostolicas de Pio VII, de 19 de julho de 1803 (alvará de 3 de novembro do mesmo anno), que sómente resalvou da geral applicação os encargos das capellas constituidas em patrimonio, ordenando aquelle alvará «que as referidas letras apostolicas se executem como n'ellas se contém, não podendo ser alteradas, mudadas ou revogadas, e antes julgando-se conforme a ellas, nos juizos a que o seu conhecimento pertencer, sem interpretação ou modificação alguma».

Tal é pois a legislação a que chamamos antiga, e a moderna, decreto de 30 de abril, alvará (inedito) de 16 de junho e decreto de 7 de agosto de 1834, Cod. Adm. n.º 2.º, art. 248.º, decretos de 3 de novembro de 1831 e 24 de dezembro de 1852, lei de 26 de julho de 1855, decreto de 10 de janeiro de 1857, e portaria declaratoria de 21 de novembro de 1865 (não citando muitas disposições do poder executivo), longe de conter a alludida distincção ou limitação, confirmou tudo o que antigamente se achava estabelecido, preceituando a tomada de contas de todos os encargos pios e sua applicação aos estabelecimentos de caridade, quando não cumpridos legalmente.

Esqueceram-se da pratica constante de julgar, porque nunca e em todas as instancias se fez semelhante distincção, como attestam milhares de processos das antigas provedorias, e do moderno juizo das contas; e bastará citar como exemplo o venerando accordão d'este tribunal de 27 de outubro de 1865 (processo n.º 11:006), no qual se julgou «que

as esmolas mandadas repartir pelos pobres são legados pios; que sómente eram partes legitimas para os pedir, quando não cumpridos, os estabelecimentos de caridade designados no alvará de 3 de novembro de 1803». O que tudo constitue hypothese inteiramente identica á dos presentes autos, menos em não se ter feito no referido processo a distincção de que nos queixamos.

Ocideram até as suas proprias decisões, porquanto poderiam notar (maxime pelo que respeita ao douto senador que tirou o accordão recorrido, durante o seu exercicio de juiz da 1.ª vara de Lisboa) muitos julgados em que, tratando-se de encargos d'aquella natureza, além de missas ou officios, nunca fizeram essa illegal distincção, e antes consideraram sempre sob o titulo generico de legados pios todas as obras de caridade ou devoção comprehendidas na vasta accepção d'aquellas palavras. Assim o preceituaram tambem as velhas ordenações, nos logares citados, e o actual Cod. Civ. art. 1836.º para os casos em que os instituidores não declaravam expressamente as obras pias que estabeleciam.

O tribunal, desculpando os defeitos do patrocínio, para só olhar ás manifestas offensas do accordão recorrido contra todas as mencionadas leis, concederá decerto a revista implorada, afim de mandar rever o feito com attenção ás mesmas leis, e ao mui importante facto de ter passado em julgado a sentença de fl. ..., que mandou tomar as contas dos autos conforme ao requerido fl. ..., ao que não attenderam os juizes recorridos. e que seria bastante e mui juridico fundamento para se provar o recurso.

Max. ex. suppl. — O advogado, F.

#### SENTENÇA

Pretende o agente dos legados pios n'esta comarca, no seu requerimento de fl. ..., que a importancia dos legados não cumpridos e respeitantes ás tres capellas instituidas no extinto convento de Santo Antonio do Crato por D. Antonio da Gama, Diogo Caldeira d'Abreu e D. Maria Sequeira da Fonseca, seja applicada e entregue ao estabelecimento de caridade que representa, allegando na sua resposta de fl. ... que essa applicação já lhe foi determinada na sentença e venerando accordão transcriptos a fl. ... e fl. ... d'este processo. O agente do M. P. nas suas respostas de

fl... e fl... allega e sustenta que a importancia dos referidos legados não cumpridos pertence á F. N., em virtude do disposto no decreto de 2 de novembro de 1836, art. 1.º, combinado com o outro decreto de 30 de maio de 1834, ponderando que se não pôde considerar caso julgado o de que agora se trata, por isso que nas decisões a que o agente dos legados pios se soccorreu, sómente se julgou da validade de certos documentos impugnados, não podendo legalmente decidir-se a duvida que agora se suscita. O que tudo examinado e devidamente ponderado, reduz-se a questão ventilada, a saber, se é ao hospital de S. José ou á F. N. que pertence receber a importancia dos legados pios não cumpridos das capellas referidas. E não se diga que esta questão se acha prejudicada por decisão já tomada n'este processo; porque da leitura da sentença de fl... e venerando accordão de fl..., se conhece evidentemente que é esta a vez primeira que n'este processo se levanta este incidente, não podendo por isso ter applicação o disposto na Ord. liv. 3.º tit. 75.º, *in principio*. Tomando pois conhecimento da duvida suscitada, vê-se pelo disposto no decreto de 30 de abril de 1834, que foram applicados a favor do hospital de S. José os legados pios não cumpridos, que o deviam ser em conventos extinctos anteriormente á data d'aquelle decreto. Igualmente se vê pelo decreto de 2 de novembro de 1836, que foram destinados para ajuda das prestações dos egressos os legados da mesma natureza, que se pagavam aos conventos que foram supprimidos pelo decreto de 30 de maio de 1834.

Resulta da combinação e confrontação das disposições dos citados decretos que, quando os legados pios não cumpridos o deviam ser em conventos já extinctos em 30 de abril de 1834, o seu producto pertence ao hospital de S. José; que, quando *porém* esses legados tenham de ser satisfeitos aos conventos supprimidos pelo outro decreto de 30 de maio de 1834, é á F. N. que a sua importancia compete, em virtude da expressa determinação do art. 1.º § 5.º d'aquelle decreto de 2 de novembro de 1836. Foi por esta mesma forma, e n'estes mesmos termos, que pela portaria do ministerio do reino de 13 de julho de 1860 se resolveram duvidas da natureza de que se trata, levantadas n'este mesmo districto administrativo. Vê-se finalmente pelo documento junto pelo agente do M. P. a fl..., que o convento de

Santo Antonio do Crato foi dos extinctos pelo citado decreto de 30 de maio de 1834. E' portanto fóra de duvida, em frente das disposições legais referidas, que o producto dos legados pios em duvida e que deviam ser satisfeitos n'aquelle convento, pertencem hoje á F. N., a cargo da qual está a sustentação dos egressos. Pelas razões expostas e disposições de direito com que me conformo, julgo legal e procedente a promoção do agente do M. P. a fl..., para o fim de ser applicada a favor da F. N. a importancia dos legados pios em questão, e condemno o hospital de S. José nas custas dos incidentes e nos sellos respectivos. Remettam-se os autos ao juizo administrativo para os efeitos devidos.

Niza, 28 de junho de 1864.—Francisco de Castro Matoso da Silva Côte-Real.

## MINUTA A FL. ...

O venerando accordão proferido a fl... proveu completamente ao recurso de appellação que o hospital, ora appellante, interpozera em parte da sentença de fl..., como tudo largamente consta da minuta de fl..., tenções de fl... a fl... e citado accordão. E um dos fundamentos d'esse recurso fóra, como designadamente se vê a fl..., o ter o juiz *a quo* admittido certidões de cumprimento de legados pios, que deviam ser cumpridos no extincto convento de Santo Antonio da villa do Crato, isto contra a expressa determinação do decreto de 30 de abril de 1834, que mandou entregar ao hospital de S. José a importancia dos ditos encargos, que deviam ser cumpridos em conventos extinctos.

Proferido o dito accordão e devolvidos os autos ao juizo da tomada das contas, requerer a appellante a fl..., que na conformidade d'aquelle disposição se procedesse á liquidação do debito. Assim se praticou pelo ante de fl..., liquidando-se réis 2:529\$500 e cento e vinte e seis alqueires de azeite, requerendo-se em seguida, petição de fl..., que a applicação do mesmo debito, na parte dos encargos com *ubi* no referido convento, se fizesse segundo o citado decreto.

O juiz da conta deferiu, mandando ouvir o representante do M. P., e este na sua promoção a fl... allegou que o decreto de 3 de abril de 1834 mandara entregar ao hospital de S. José os encargos de capellas erectas em conventos até esse tempo extinctos; que o decreto de 30 de maio do dito

anno extinguiu geralmente todos os conventos, incorporando os seus bens nos proprios da F. N.; que o decreto de 2 de novembro de 1836, no art. 5.º, destinara para pagamento das prestações aos egressos, além d'outros bens, o rendimento de capellas ou outros encargos pios não abolidos por lei, ou a que ainda se não tivesse dado outra applicação, pelo que era necessario saber se o referido convento fôra extinto pelo decreto de 30 de abril de 1834 ou pelo de 30 de maio do mesmo anno. E que, mostrando o documento de fl. ... que a extincção tivera logar pelo ultimo decreto, os legados de que se tratava deviam ser applicados à F. N.

Remetteram-se os autos ao juizo contencioso, para ahí se decidir a contestação, e pela allegação de fl. ... se mostrou a improcedencia d'aquella promoção.

Fazemos nossa esta impugnação e pedimos para ella a attenção do tribunal.

O M. P. replicou, repetindo os seus argumentos a fl. ..., proferindo-se a final a sentença a fl. ... de que vem o recurso.

Evidentemente os pontos a decidir eram: 1.º se o accordo de fl. ... tinha ou não apreciado e resolvido a questão da applicação dos ditos encargos, conforme já se controvertiera nas allegações de fl. ...; 2.º e quando o julgador se decidisse pela negativa, se o decreto de 2 de novembro de 1836 podia prevalecer contra o de 30 de abril de 1834, e muito principalmente contra os alvarás de 5 de setembro de 1786, 9 de março de 1787 e 3 de novembro de 1803.

Assim o fez o juiz *a quo*, mas olvidando as provas das autos e preferindo gravemente aquella e mais legislação parallela, como tudo demonstraremos. Decidiu pois, e quanto ao primeiro ponto: Que o accordo não prejudicaria a questão dos autos: pois que da leitura da sentença de fl. ... e accordo fl. ..., se conhece evidentemente que é esta a vez primeira que n'este processo se levanta este incidente; não podendo por isso ter applicação o disposto na Ord. liv. 3.ª tit. 75.º *in principis*.

Mas isto não é a verdade constante dos autos, e somos levados a crer que, se o julgador tivesse examinado attentamente esses proprios logares que cita, não teria avançado uma proposição inteiramente inexacta.

Pois o que dizia a sentença de fl. ..., tratando de resolver a contestação constante de fl. ... sobre o dever ou

não applicar ao hospital de S. José, na conformidade do decreto de 30 de abril de 1834, a importancia dos legados das certidões de fl. ...? Diz *signanter* fl. ... «devem ellas porém ser acreditadas n'este processo, porque estão em harmonia com a carta de lei de 26 de julho de 1835». E o que resolveu o venerando accordo de fl. ... e as respeitaveis tenções que o procederam, ao apreciarem as razões de fl. ... em que, *signanter* a fl. ..., se pedia a revogação da sentença appellada na parte em que admitira essas certidões, contra a expressa disposição do citado decreto, e com gravê contradição do juiz *a quo*, que pela mesma razão rejeitava outras iguaes certidões? Resolveu «que confirmavam por seus fundamentos a sentença appellada, *menos enquanto mandou attendêr e abonar as certidões de fl. ..., contra a disposição do decreto de 30 de abril de 1834, como se demonstra na allegação de fl. ...*».

E qual é a disposição d'este decreto que, como disse o sábio senador de fl. ..., não pôde ser mais terminante? Que seja entregue ao hospital de S. José a importancia dos encargos preteritos e futuros, que devessem ser cumpridos nos conventos extinctos.

Esta entrega sempre se tem inalteravelmente feito, como se vê do documento de fl. ..., fazendo-se porém a divisão do respectivo producto na conformidade dos alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1787, pois que o hospital só quer o que justamente lhe compete, como dispõe o citado decreto.

Ora, se isto não é um caso julgado, e com audiencia do M. P., que nada reclamou, como se mostra a fl. ... e fl. ..., declaramos que não sabemos o que seja, e portanto concluímos que nem o juiz da conta devia hesitar em deferir favoravelmente à petição de fl. ..., em que só se requeria o cumprimento do accordo, e que muito menos podia o juiz *a quo* desconsiderar aquella respeitavel e superior decisão, que completamente resolvera a hypothese sujeita, do que tudo resultou proferir sentença contra outra sentença já dada, e consequentemente por direito nulla, conforme determina a Ord. liv. 3.ª tit. 75.º pr.

Isto seria bastante para alcançar da sabedoria e integridade do tribunal a revogação da sentença appellada; mas permitta-se-nos mostrar que, mesmo na ausencia d'este sólido fundamento do recurso, o juiz *a quo*, tratando de resol-

ver o segundo ponto, isto é, se o decreto de 2 de novembro de 1836 podia prevalecer contra o de 30 de abril de 1834 e alvarás citados, proferiu uma decisão absolutamente insustentável.

A illustração d'este tribunal conhece, que a fonte d'onde dimanava o direito que os estabelecimentos de caridade tem aos legados pios não cumpridos, nasce das bullas apostolicas confirmadas pelos regios alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1787, ampliados pelo de 3 de novembro de 1803, em virtude dos quaes pertence aos ditos estabelecimentos a *importancia de todos os encargos pios ou legados não cumpridos, que por qualquer modo e maneira deixassem de ser satisfeitos...* E que para tornar effectivas taes disposições existiram os juizos das providorias das capellas, extinctas pelo decreto de 16 de maio de 1832.

Esta extinção e os acontecimentos da guerra civil de 1828 a 1833 trouxeram grande prejuizo áquellas casas de caridade, ao que procurou obstar o decreto de 30 de abril de 1834 pela forma já indicada.

Seguiram-se as commoções politicas de 1836, e, entre o muito que por essa occasião se legislou sobre os variadissimos assumptos da governação publica, foram promulgadas muitas, diversas e encontradas provisões ácerca da applicação dos ditos onus, conforme cita o douto annotador do Cod. Adm., o conselheiro Netto, na nota ao n.º 2.º do art. 248.º do mesmoCodigo, o que tudo era proprio da anormalidade da epocha e outras circumstancias bem conhecidas do tribunal.

Citaremos, por exemplo, a portaria do ministerio da justiça de 12 de janeiro de 1836, mandando applicar aos expostos os legados pios que se pagavam aos conventos extinctos, e a do mesmo ministerio de 18 de abril do dito anno, declarando que aquella determinação não derogara nem podia derogar a legislação vigente sobre legados pios não cumpridos. Ora, legislação vigente sobre o assumpto não havia outra senão os alvarás citados e o providente decreto de 3 de abril de 1834.

Continuando, porém, essas difficeis e extraordinarias circumstancias, appareceu o decreto de 2 de novembro de 1836, que, tendo por fim, como se vê do seu relatório publicado no *Diar. do Gov.* de 12 do referido mez e anno, «pagar aos egessos de ambos os sexos, que se achavam re-

duzidos á maior desgraça, applicando para tão sagrado fim os fóros, juros e outros rendimentos, que pertenciam ás extinctas corporações», ordenou no art. 1.º que:

*Enquanto as côrtes não processem por outro meio ao pagamento das prestações que se achavam estabelecidas para os egessos de ambos os sexos das casas religiosas, extinctas pelo decreto de 30 de maio de 1834 ou por qualquer outra disposição anterior ou posterior, seriam applicados ao dito pagamento, entre outros bens, os seguintes:*

§ 5.º O rendimento de capellas e outros encargos pios não abolidos por lei, ou a que se não tenha já dado outra applicação, que eram satisfeitos nas casas religiosas, supprimidas pelo decreto de 30 de maio, apenas posterior 30 dias ao de 30 de abril, não alterou de modo algum este ultimo, e antes foi o complemento da extinção das ordens religiosas já começada nos Açores e Porto, *extinção que dera causa ao mesmo decreto; e, se é principio elementar que aonde se dá a mesma razão, dá-se a mesma disposição, fica evidente (nem outra cousa se tem praticado a não ser no presente processo) que o referido decreto de 30 de abril de 1834 existe em todo o seu vigor, por isso que o de 2 de novembro de 1836, unico fundamento da decisão appellada, ou não chegou a ter execução, por ser contrario ás leis anteriores mandadas respeitar pela citada portaria de 18 de abril de 1836, ou caducou inteiramente em presença da lei de 16 de novembro de 1841, conforme demonstraremos.*

Mas o juiz *a quo*, olvidando todas as regras de direito que mandam attender á justa, legal e esclarecida applicação das leis, e á indispensavel interpretação que d'esta se deve fazer, tanto nas suas permissas como nas suas prescripções, quando subordinadas áquellas, limitou-se nua e cruaente, á simples questão de datas!

O convento de Santo Antonio da villa do Crato foi abolido pelo decreto de 30 de maio de 1834, logo os legados allí ubicados pertencem á F. N.!

Isto, na epocha em que foi publicado o decreto de 2 de novembro de 1836, ainda poderia ser razão, porque a suprema lei da *salus populi* a tudo prevaleceria; mas hoje?!

Pois subsistirá acaso a unica razão d'esse decreto, consignada no art. 1.º, o *não terem as côrtes provido por outro modo ao pagamento das prestações dos egessos?*

Ainda existirão as commissões compostas dos mesmos

egressos, creadas pelo art. 3.º, para administrarem e arrecadarem o rendimento dos encargos pios?

Pois não será lei vigente do paiz a de 16 de novembro de 1841, que, acabando com aquellas transitórias medidas, mandou proceder no thesouro publico ao assentamento geral de todas as pensões, prestações a egressos, e a outros pensionistas do estado, para, segundo o art. 3.º, se verificar o seu pagamento por aquella repartição, como encargo geral do estado, sendo extinctas pelo art. 9.º as alludidas commissões e ficando assim tacitamente revogado o decreto de 2 de novembro?

Pois como é que o juiz *a quo* pôde ignorar, além do dever que lhe assiste de conhecer as leis, estes factos de publica notoriedade??

Mas conceda o tribunal que ainda acrescentemos, que, mesmo na ausencia de todo o expendido, não podia aquelle julgador, sem grave erro de direito, e offensa do proprio decreto a que se soccorre, julgar como julgou.

O decreto ordenara, como já expozemos, que se applicassem aos egressos os encargos pios não abolidos por lei, ou a que se não tenha já dado outra applicação.

Ora, sendo incontestavel que pelos alvarás citados, não derogados de fórma alguma pelo referido decreto, se havia dado differente applicação a esse rendimento, é evidente, segundo os mais sãos principios de direito, que na propria disposição abraçada pelo julgador estava a repulsa do seu proceder.

E ainda porque, querendo o legislador, conforme já citamos, que fossem applicados para o fim exposto os rendimentos que pertenciam ás extinctas corporações, ninguem ousará sustentar que a importancia dos legados pios, que só era entregue ás mesmas corporações pelos particulares, em paga do cumprimento dos ditos onus, fosse rendimento pertencente áquellas.

E finalmente hoje não cremos que houvesse tribunal que, respeitando sim as conveniencias politicas que fizeram decretar a extincção das ordens religiosas, e a encorporação dos seus bens nos proprios da nação, julgasse, contra toda a razão moral e philosophica, que, para o estado dever pagar aos egressos das mesmas ordens (tão diminuidos já em numero e forças de vida) a prestação a que se obrigou pelo art. 4.º do decreto de 30 de maio de 1834, necessita apro-

parar-se da importancia dos encargos pios, deixados pelos substituidores para fim muito diverso, e que, quando não satisfeitos por qualquer modo e maneira, o poder da igreja e do imperio de ha muito applicaram, por leis em pieno vigor, a sustentação dos enfermos pobres e expostos.

As decisões d'esta superior instancia, a pratica de julgar, como mostra o documento a fl. ... e a novidade da decisão appellada, na verdade insolita, tudo leva a concluir que os principios expendidos são os unicos applicaveis á questão, e que o decreto de 2 de novembro de 1836, ou nunca foi executado na hypothese sujeita, ou caducou inteiramente, como medida meramente transitória, em presença da lei de 16 de novembro de 1841.

Resumindo: confiamos que o tribunal se dignará reconhecer que, pela força do caso julgado ou, *ex abundanti*, pela demonstrada insubsistencia do decreto de 2 de novembro de 1836, merece completa revogação a sentença appellada; não se privando assim os pobres enfermos e expostos, a quem já apoquentá a falta dos encargos pios que oneravam a propriedade vinculada, da importancia d'estes, que tão legitimamente lhe foi applicada pelo venerando accordo de fl. ... = Visconde de Algés.

#### PRIMEIRA TENÇÃO

Vem a appellação da sentença fl. ... que por ter sido interposta e apresentada n'este tribunal em tempo, e porque o valor da causa excede a alçada do juiz recorrido, não ha duvida de que está em termos de se tomar conhecimento d'ella. Contém ella um exacto relatório, ao qual nada tenho que acrescentar, e não o repito por desnecessario. E quanto ao seu merecimento sómente direi que me parece juridica e conforme com a legislação em vigor, porque tenho por certo que a lei posterior deroga a anterior, e por isso não julgo procedentes as allegações que contém a minuta a fl. ... e me parece se não dá a hypothese do caso julgado. Sou portanto de voto que a dita sentença seja confirmada por seus fundamentos, com que me conformo, e condemnaria a appellante nas custas accrescidas. Lisboa, 10 de janeiro de 1865. = Silva Lobo.

## SEGUNDA TENÇÃO

Eu, salvo o respeito devido ao muito douto juiz relator que me precede, sou de voto contrario; entendo que a sentença appellada de fl. ... deve ser revogada, desattendendo-se as promoções do M. P. a fl. .... para o fim de julgar-se que o producto dos legados pios não cumpridos, cuja conta se fez a fl. .... por virtude do accordão de fl. .... pertence aos estabelecimentos de caridade, e não á fazenda publica. Sou levado a esta convicção, principalmente por duas razões, além de outras, que se ponderam na minuta de fl. .... primeira, porque entendo que o juiz *a quo* na sentença appellada julgou contra o julgado no accordão de fl. ...., emquanto ordenou que se dêsse outro destino ao producto dos legados pios não cumpridos, que aquelle que lhe havia dado o dito accordão, o qual tinha passado em julgado e fora proferido com audiencia do M. P., e já não era licito ir contra a doutrina que elle estabeleceu, e muito principalmente pelo juiz inferior.

Em segundo lugar porque, quando mesmo não obtstasse á sentença appellada o caso julgado pelo accordão de fl. ...., ainda assim a dita sentença não podia sustentar-se pelo fundamento que adoptou, estribando-se no decreto de 2 de novembro de 1836, e prevalecer contra o disposto no decreto de 30 de abril de 1834, que já havia feito applicação dos legados pios não cumpridos a beneficio dos estabelecimentos de caridade, como já o haviam sido pelos alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1784, confirmando as bullas apostolicas a tal respeito. No citado decreto de 2 de novembro de 1836 é verdade que no § 5.º do art. 1.º, além de outros bens e rendimentos que se destinaram para occorrer ás prestações dos egrossos de ambos os sexos, das casas religiosas extinctas pelo decreto de 30 de maio de 1834, se incluíram o rendimento das capellas e outros encargos pios não abolidos por lei (N. B.), ou a que se não tenha já dado outra applicação, que eram satisfeitos nas casas religiosas supprimidas. Ora, achando-se já dada outra applicação aos rendimentos dos legados pios não cumpridos, como aquella que lhes deram o decreto de 30 de abril de 1834 e os alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1787, applicando-os aos estabelecimentos de caridade, é visto que nesta parte o decreto de 2 de novembro em nada alterou

aquella legislação, antes a confirmou provendo o caso, provendo a hypothese de já terem applicação esses rendimentos. Demais no art. 1.º do citado decreto de 2 de novembro se diz:

«Emquanto as côrtes da nação portugueza não proverem por outro meio ao pagamento das prestações».

Ora effectivamente as côrtes proveram por outro meio, pela lei de 16 de novembro de 1841, á sustentação dos egrossos, e de um modo definitivo, acabando com as medidas transitorias de que se havia lançado mão, mandando proceder ao assentamento de todas as pensões dos egrossos para serem pagas pelo thesouro publico; e portanto com esta medida havia tambem cessado aquella disposição do decreto de 2 de novembro no § 5.º do art. 1.º, se ella se podesse considerar em vigor, e não estivesse já limitada nas palavras do mesmo § 5.º: «Ou a que não tenha sido dada outra applicação», como de facto já estava dada. Voto portanto pela revogação da sentença, repetida a venia ao precedente tencionante, sem custas, porque o M. P. as não paga. Lisboa, 17 de janeiro de 1865. — Almeida.

## TERCEIRA TENÇÃO

Protestando sempre o maior respeito ao sabio e recto juiz relator nesta causa, permita-me que não siga o seu voto, que sinceramente respeito, sempre consciencioso. Move-me a isso não sómente o que depois d'elle vem de ponderar em sua douta tenção o primeiro adjunto, votando pela revogação do despacho appellado, mas tambem as razões magistraes apresentadas ex fl. .... por parte da appellante. Concorro pois, e voto tambem pela revogação da sentença appellada e sem custas. Lisboa, 24 de janeiro de 1865. — Moura.

## QUARTA TENÇÃO

Em vista do direito antigo sancionado nos alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1787; consideradas as disposições do decreto de 30 de abril de 1834 e carta de lei de 16 de novembro de 1841; attendendo a que a legitimidade do hospital de S. José para a recepção dos legados pios não cumpridos de que se trata já foi reconhecida pelos termos d'este processo, e virtualmente julgada no ac-

cordão ex fl. ...; parecendo-me juridicos os fundamentos deduzidos na allegação de fl. ..., a qual em nosso entender apresenta o verdadeiro estado da questão, e conclue nos restrictos termos da legalidade; deprehendendo-se de tudo a justiça que assiste ao mesmo hospital, uno o meu voto aos dois que me precedem, e com estes illustres tencionantes concordo na revogação da sentença appellada, salva a consideração ao voto contrario. Lisboa, 31 de janeiro de 1863. — Silva.

## ACCORDÃO

## Accordam em relação:

Que foi menos bem julgado na sentença appellada, decidindo o juiz da instancia inferior, que a importancia dos legados pios não cumpridos pelo administrador das tres capellas instituidas no extincto convento de Santo Antonio da villa do Crato pertence á fazenda nacional, e devia ceder em seu beneficio.

E pois que uma tal decisão, importando o mais solemne reconhecimento da legitimidade da fazenda publica para a cobrança e percepção dos legados pios não cumpridos em conventos extinctos, não só é contraria ao julgado no accordo ex fl. ...; base do processo das contas tomadas ao administrador das referidas capellas, mas sobretudo offende a legislação vigente e reguladora da materia sujeita; porque o decreto de 30 de abril de 1834 mandou entregar ao hospital de S. José a importancia dos encargos preteritos e futuros que devessem ser cumpridos nos conventos extinctos, o que sempre se tem feito em casos semelhantes, como prova a certidão ex fl. ..., e a pratica de julgar attesta, por isso, e em vista do ponderado nas tenções que fizeram vencimento, com o mais dos autos e disposições de direito applicavel, revogando, como revogará, a sentença appellada, julgam o hospital do S. José parte legitima para a recepção da importancia dos legados pios não cumpridos no extincto convento de Santo Antonio da villa do Crato, e lhe devem ser entregues para os effeitos consignados nos alvarás de 5 de setembro de 1786 e 9 de março de 1787, como se promoveu pela administração do mesmo hospital a fl. ... E sem custas por ser causa com a fazenda nacional. Lisboa, 31 de janeiro de 1863. — Silva — Moura — Almeida.

## ACCORDÃO

Accordam os do conselho no supremo tribunal de justiça: Que denegam a revista por falta de fundamento legal para concedel-a. Lisboa, 3 de fevereiro de 1866. — B. Cabral — Aguilhar — Aguiar. — Fui presente, Vasconcellos.

## SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo n.º 11:006

*Relator o ex.ºº conselheiro Silveira Pinto*

Nos autos civeis da relação do Porto, 1.ª vara, recorrentes Carlos Lemos Guedes Vieira de Macedo e mulher D. Marianna de Lencastre e Vasconcellos; recorridos o presidente e membros da junta de parochia da freguezia de Fontellas, se proferiu o accordo seguinte:

Accordam os do supremo tribunal de justiça:

Mostra-se pela conclusão do libello que pediram os AA. a condemnação dos RR. em 1:650\$000 réis e juros da mora, ficando a sentença a proferir para o trato successivo, pelos legados pios não cumpridos desde 1831 a 1839, inclusiva, a razão de 50\$000 réis por anno, com que o abbade da Fontellas, Antonio Ribeiro Pereira de Sousa, onerou a capella que instituiu pelo testamento appenso, para serem igualmente repartidos pelos pobres da freguezia, e applicados ao culto da capella-mór da sua igreja;

Mostra-se que, contestada pelos RR. esta acção por negação, e levada a causa aos termos de julgamento, proferiu o juiz da 1.ª instancia a sentença de fl. ... pela qual julgou improcedente a mesma acção, pela illegitimidade dos RR. para n'ella serem demandados;

Mostra-se que, interposta appellação para a relação, ahi se proferira o accordo de fl. ..., confirmado sobre embargos pelo de fl. ..., no qual se julgou não haver illegitimidade dos mesmos RR., revogando-se assim a sentença de fl. ..., mas implicitamente a dos AA., porque se condemnaram tambem os RR. em todo o pedido, com a excepção unicamente dos juros da mora;

Attendendo porém a que nos termos da lei de 22 de dezembro de 1761, cap. 3.º § 12, a primeira cousa a tratar

e verificar em todo e qualquer processo é a legitimidade das partes, e a que ella se não limita a uma só, mas que deve necessariamente comprehender ambas, porque sem partes legitimas nem ha processo valido nem sentença exequivel que sobre elle se profira;

Attendendo a que os juizes dos mesmos accordãos, sem pronunciarem os seus votos acerca da legitimidade dos AA., e dando-se como liquida, sem averiguação alguma, offendem a referida lei;

Attendendo a que, nos termos do alvará de 3 de novembro de 1803, o direito de pedir legados pios não cumpridos foi conferido aos estabelecimentos tambem pios, que n'elles se designam, e que para os AA. tinha por isso completamente caducado já o que vieram pedir n'este processo, com relação aos legados não cumpridos antes d'elle;

Attendendo a que pelo art. 7.º da lei de 26 de julho de 1855 todos os legados pios não cumpridos, anteriores ao anno de 1840, foram perdoados e extinctos, e por isso nem os AA. nem pessoa alguma os podia já pedir em juizo; é evidente que os AA. são parte legitima para pedirem esses legados até 1840, e são-n'o tambem enquanto aos que decorrem desde então até a proposição da presente acção; porque esses, conquanto subsistentes ainda então, não era a elles, mas aos estabelecimentos designados no alvará de 3 de novembro de 1803 que pertencia o direito de os pedir; vindo em conclusão a não serem os AA. parte legitima na acção proposta, senão acerca dos legados posteriores á sua proposição em juizo;

Mas, attendendo a que pela lei posterior a 13 de maio de 1863, art. 10.º, promulgada na pendencia d'esta causa, e que portanto as suas disposições de futuro fazem direito para ella, todos os legados pios d'esta natureza foram extinctos, fica tambem evidente que não só essa acção dos AA. se limita ao tempo da proposição n'estes autos até á publicação d'esta lei, mas que o accordão recorrido, julgando tambem o trato successivo pedido no libello, a offendeu directa e terminantemente.

Por estes fundamentos, portanto, concedem revista, e, julgando nos termos do art. 1.º § 2.º da lei de 19 de dezembro de 1853, declaram nullos os accordãos de fl. ... e fl. ... por violação e manifesta offensa das leis acima mencionadas e mandam que, remettidos os autos á mesma re-

lação em que foram proferidos, ahi, mas por juizes differentes, se dê cumprimento ás mesmas leis. Lisboa, 27 de outubro de 1865. — Silveira Pinto = Conde de Fornos = Visconde de Seabra. — Fui presente, Sousa.

Vistos os autos, etc. A' conta que se acha a fl. .... dos encargos da capella instituida por Ruy de Figueiredo e sua mulher, oppoz o exc.<sup>mo</sup> conde de Belmonte os embargos de fl. .... pretendendo que a mesma se emende, distrahindo em cada um anno dos decorridos desde a extincção das ordens religiosas a quantia de 95000 réis, que era destinada para tres habitos de religiosos franciscanos, o que não pôde cumprir-se, por não existirem os frades, e dever ter isso a consideração de legado pessoal, que expirou com o legatario.

Contestou a administração do hospital com a materia de fl. .... e examinados os autos, considerando que na disposição constante do testamento dos instituidores, relativa aos habitos, se contém um encargo pio, como é o das missas, que tambem ordena; e isto porque em nada differem as expressões relativas a ambos elles, e porque encargo pio e obra pia o qualifica a Ord. liv. 1.º tit. 62.º § 41, o vestir pobres, e pobres se reputavam os frades franciscanos.

Considerando que o facto da extincção das ordens religiosas não alterou em cousa alguma a obrigação dos bens encapellados e a de seus administradores á satisfação dos encargos das instituições, porque as bullas apostolicas cnya observancia se suscitou pelo decreto de 30 de abril de 1834, mandavam applicar aos enfermos do hospital a importancia dos encargos não cumpridos, sem distinguir se esse não cumprimento procedia da vontade ou desleixo dos administradores, ou se nascia de qualquer razão de impossibilidade, e não se apresenta razão plausivel de differença entre esse encargo dos habitos e o das missas que deviam dizer-se em logar certo, onde tambem já hoje não podem celebrar-se, para se ter um por subsistente, negando-se a obrigação ao cumprimento do outro.

Por estes fundamentos julgo improcedentes os embargos, e subsistente a conta, como em harmonia com a instituição e contas anteriores, e pague o embargante as custas e multa respectiva. Lisboa, 8 de junho de 1853. — José Antonio Ferreira Lima.

Esta sentença foi confirmada por accordo da <sup>relação</sup> de 4 de fevereiro de 1834, sendo juizes, Fernandes Coelho, Pina Cabral e Lopes; accordo que passou em julgado.

Em o duque de Bragança, regente em nome da rainha, faço saber aos que este alvará virem, que, representando-me o provedor e irmãos da mesa da santa casa da misericórdia de Lisboa que, achando-se actualmente interrompida, em prejuizo dos hospitaes de enfermos e expostos d'esta côrte, a cobrança de legados não cumpridos, que por bullas apostolicas e alvarás regios lhe foram concedidos, constando-lhes que até se pretende dar a este rendimento outro destino, inteiramente contrario ás referidas bullas reaes e ordens, o que não podia ser das minhas beneficentes intenções, e por isso pediam-me dignasse de mandar que se continuasse a observar a antiga legislação de legados não cumpridos, promulgada em tão repetidos alvarás da sua concessão e no de 9 de março de 1787, que sobre este objecto deu nova fórma á sua applicação, pondo-se tambem em vigor o decreto de 20 de abril do corrente anno, publicado na *Chronica Constitucional* n.º 407, de 7 de maio ultimo; ao que tendo em consideração, e não sendo nem podendo ser das minhas rectas e pias intenções, que se altere o que está determinado, e foi concedido para auxiliar a manutenção de estabelecimentos de tanta caridade publica; hei por bem, em nome da rainha, confirmar e roborar a legislação mencionada, emquanto se não der outra providencia, para que tenha effeito em toda a sua integridade, sem innovação ou alteração alguma, pertencendo *in solidum* o dito rendimento aos dois hospitaes de enfermos e expostos, na parte que a cada um d'elles foi facultado, e com a applicação tambem para o hospital de invalidos de Nossa Senhora do Amparo e do outro hospital denominado de Santa Anna, ambos de administração e governo da mesma santa casa, como foi declarado no *supra* citado alvará de 9 de março de 1787. E mando a todos as autoridades a quem o conhecimento d'este alvará pertencer, que o cumpram e guardem como n'elle se contém, sem duvida ou embargo algum.

Dado no Palacio de Queluz, em 16 de junho de 1834. — D. Pedro, duque de Bragança. — Bento Pereira do Carmo.

## § 148.º

## Legados pios

Sobre a prescripção para obrigar ao seu cumprimento.

## 1.º

P., e consta da certidão de fl. ..., que Joanna deixou seis missas cada anno, duas cantadas e quatro resadas; metade por sua alma, e outra metade pela de seu marido Francisco; impostas em dois campos mixtos no sitio do ..., junto ás casas do rev. abba de ..., Manoel Agostinho. Vê-se mais, que Antonio e mulher Filippa deixaram uma missa resada annual, a que obrigaram um campo no sitio do ..., e Maria outra missa resada annual, a que sujeitou uma propriedade sita entre os ... Mostra-se finalmente, que aquelle rev. Manoel Agostinho era o responsavel, como possuidor dos predios, pelos cumprimentos d'estes legados pios, que satisfez por seu sobrinho João até o anno de mil oitocentos e trinta e tres.

## 2.º

P., e evidencia-se da certidão de fl. ..., que D. Feliciano deixou uma missa annual resada, hypothecando certos predios, incluídos na quinta do ..., incumbindo a obrigação do seu cumprimento ao sobredito rev. Manoel Agostinho, ao que satisfez até mil oitocentos e vinte inclusivè.

## 3.º

P., e já se vê que das primeiras seis missas se não pediram, nem prestaram contas *ha quarenta e um annos*, e da sétima e ultima missa *ha cincoenta e quatro annos*.

## 4.º

P. que por direito antigo queriam uns, que a prescri-

ção extinctiva, a que o Cod. Civ. chama hoje negativa, se completasse em vinte e cinco annos, considerando applicavel aos legados pios a Ord. liv. 1.º tit. 62.º § 8.º; e entendiam outros, que em trinta annos, nos termos geraes da Ord. liv. 4.º tit. 79.º; e que o lapso de trinta annos era sufficiente para complemento da prescripção, o julgou a relação de Lisboa em accordão de 16 de fevereiro de 1854, publicado na *Gaz. dos Trib.* n.º 2133 e 1969, a que allude o Cod. Adm. annotado, da edição de 1865, nota U, a pag. 316; e d'esta sorte

3.º

P. que, quando a lei de 26 de julho de 1855 foi publicada no *Diar. do Gov.* n.º 198, de 24 de agosto d'esse anno, e começou opportunamente a vigorar, já a prescripção estava preenchida, quanto á ultima missa, pelo decurso de mais de trinta e quatro annos; e pelo que respeita ás outras seis missas, como já tinham decorrido mais de vinte e um annos, tambem estava completa a prescripção de quinze annos, estabelecida no art. 6.º da citada lei, que tambem regulou para o preterito (*Gaz. dos Trib.* n.ºs 3387 e 2411), porquanto o embargante possui por justos titulos os bens que tem no sitio do ..., e na melhor boa fé, porque ignorou sempre a existencia dos alludidos legados pios, que nunca alguém lhe revelou, nem lhe foram pedidas contas do seu cumprimento, senão agora pela primeira vez.

6.º

P. que o embargante possui os bens da quinta do ..., publica, continua, e pacificamente e de boa fé, ha muito mais de trinta annos, os quaes se acham hoje livres do encargo dos legados pios pedidos, cuja obrigação ficou extincta pela prescripção.

7.º

P., mas quando se entenda que o embargante só podia invocar a de trinta annos (o que assim não é), como era prescripção corrente á data da lei, faltavam quinze annos, attendendo a que ella no § unico do citado artigo acrescentou seis annos, completando-se em 1869 ou 1870.

N'estes termos e nos de direito devem receber-se e jul-

gar-se provados os presentes embargos, ou contestação, e por virtude d'elles procedente a excepção da prescripção opposta, e o embargante declarado isempto de dar contas, e absolvido das custas.

§ 149.º

### Legados pios

A citação para prestação de contas podem deduzir-se embargos, que são julgados no contencioso.

Diz Alipio, do logar da ..., concelho de ..., d'esta comarca de ..., que foi intimado para vir prestar contas do cumprimento dos legados pios deixados no testamento de seu pae José, o qual falleceu em março de 1858. O supplicante porém vem offerecer respeitadamente os embargos, abaixo transcriptos, que são o meio competente de impugnação, como decidiu o accordão do supremo tribunal de justiça de 27 de maio de 1862, transcripto no *Diar. do Gov.* n.º 147 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 3128, e que devem ser decididos pelo poder judicial, em vista das disposições do art. 10.º da lei de 26 de julho de 1855, e das decisões do conselho de estado (hoje supremo tribunal administrativo) em decreto de 23 de junho de 1864, citado a pag. 315 do Cod. Adm. annotado, da edição de 1865; decreto de 23 de fevereiro de 1858, na *Gaz. dos Trib.* n.º 2486 e no *Diar. do Gov.* n.º 104; decreto de 12 de agosto de 1858, na *Gazeta* n.º 2529 e *Diario* n.º 230; decreto de 30 de março de 1860, na *Gazeta* n.º 2807 e *Diario* n.º 117; decreto de 28 de agosto de 1863, na *Gazeta* n.º 3380 e *Diario* n.º 228; decreto de 18 de abril de 1865, na *Gazeta* n.º 3567 e *Diario* n.º 104; e decreto de 11 de maio de 1865, na *Gazeta* n.º 3578 e *Diario* n.º 132.

P. a v. exc.ª, meretissimo snr. dr. administrador do concelho, seja servido mandar juntar os alludidos embargos ao processo da tomada de contas, e remetter tudo ao meretissimo juiz de direito d'esta comarca.

E R. M.

Por embargos ao respeitavel despacho do meretissimo administrador d'este concelho, que ordenou a intimação do embargante Alipio, para a prestação de contas dos legados pios deixados no testamento de seu pae José, diz o mesmo embargante, com o devido acatamento, o seguinte:

1.º

P., e consta do testamento appenso em n.º .... que este foi formulado nos termos da Ord. liv. 4.ª tit. 8.º § 3.º, a que se dava o nome de testamento aberto; porém

2.º

P. que a sua validade ficou dependente da sua publicação judicial ou redução a publica forma, nos termos e com as formalidades prescriptas no antigo direito (Coeelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ.*, § 681); e tanto assim é que

3.º

P. que a portaria de 6 de maio de 1839, dirigida ao administrador geral de Vianna, declarou que taes testamentos não são validos e perfeitos, antes de serem reduzidos a forma authentica, e sem este requisito não devem ser registrados, porque se não pôde exigir a sua execução: e era este o direito corrente, como opportunamente mais de espaço se mostrará.

4.º

P., e sendo assim não pôde ao embargante exigir-se o cumprimento do dito testamento de seu pae, porque não foi reduzido a publica forma, o que se não presume, e d'elle proprio se deprehende.

5.º

P., e para que se não pense, que os filhos de José quiseram herdar-lhe os bens, e não cumprir-lhe as disposições pias, junta o embargante a certidão do cumprimento do referido testamento, que, competente ou incompetentemente passada, convence de que as disposições pias do testamento foram satisfeitas.

6.º

P. nem admira, que o embargante, sendo chamado a contas pelo administrador do concelho de ..., obedecesse, e as prestasse perante elle, porque, sendo ignorante de direito, entendeu que o mesmo tinha competencia para tal effeito, deixando por isso de ir aconselhar-se.

Nestes termos e nos de direito devem receber-se e julgar-se procedentes e provados os presentes embargos, e declarar-se que não tem logar a prestação de contas, exigida administrativamente ao embargante, que tem tambem de ser absolvido das custas.

§ 150.º

**Letras**

Se a falta de protesto em tempo util lhe faz perder a natureza de dividas commerciaes. — Faltado-lhe a clausula á ordem, não podem ser demandadas no fóro commercial, e só no civil.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

A letra que tive presente, parece-me que sem duvida pôde considerar-se da terra: e, segundo as informações, não foi protestada no vencimento, por falta de pagamento. Posto isto, vejamos se o devedor deve ser demandado no fóro civil ou no commercial.

Segundo a doutrina do supremo tribunal da justiça nos accordãos de 23 de agosto de 1870 e de 16 de fevereiro de 1872 (vide *Direito* n.º G do 3.º anno e *Gaz. dos Trib.* n.º 4631), parece que a falta de protesto da letra lhe tirou o caracter commercial, e converteu em civil a obrigação do devedor. Em sentido contrario porém ha o accordão da relação de Lisboa de 25 de novembro de 1871, transcripto na *Rev. de Leg.* n.º 190, e a opinião do *Direito* n.º 13 do 1.º anno. Por este lado pois a questão é duvidosa.

Mas a letra, de que tratamos não tem a clausula — á ordem —, a qual era essencial para que podesse dizer-se

escrito de commercio, conforme dispõe o art. 437.º do Cod. Com., e ensinam o sr. Rosado, *Man. do Proc. Com.*, § 26, nota 32, e o sr. Forjaz no 2.º vol. das *Annot. ao Cod. Com.* a pag. 180.

Consequentemente sou de voto, que a questão deve ser intentada no fóro civil, visto que o acto que lhe serve de fundamento não tem os caracteres de commercial. Sendo assim, e não carecendo o A. já do começo de prova por escrito, de que fallam os artigos 247.º, 503.º e 958.º do Cod. Com., muito bem podia occultar a letra, por causa dos seus erros, limitando-se a produzir a prova testemunhal.

Mas por outro lado, attendendo a que no requerimento para a conciliação já se fallou na letra, e que no libello mal se poderá deixar de alludir a ella, para fazer a historia da divida, e que em tal caso tem necessariamente de cumprir-se a disposição do art. 257.º da Ref. Jud., julgo mais prudente que se junte a letra, fazendo porém vér os erros e imperfeições em que labora, e que não obstem a responsabilidade do R., visto que elle proprio confessou que devia em tal acto e com taes e taes circumstancias, e mostrando ao mesmo tempo, que a letra por falta de protesto, e principalmente pela omissão da clausula á ordem, não é documento commercial, podendo e devendo por isso exigir-se a divida no fóro civil.

## § 151.º

### Manifesto

Fallando a assignatura do administrador no termo d'elle, é nullo. — Protestada uma letra, torna-se a divida litigiosa, e portanto o manifesto só pôde ser feito por lembrança, e sendo ordinario é nullo. — Logo que o devedor contesta a veracidade da divida, deve a decima ser lançada ao credor, embora este fizesse manifesto ordinario.

Diz Hermenegildo, do lugar de . . . , d'este concelho de . . . , que do documento junto em n.º . . . se mostra que em 2 de julho de 1872 manifestou Antonio, hoje residente em

. . . , a quantia de 200\$000 réis, valendo-se para isso de um memorial junto a um auto de não conciliação, sendo o manifesto assignado pelo sr. administrador, sr. escrivão de fazenda e pelo procurador do manifestante. E mais se mostra do mesmo documento que em 25 de janeiro do 1873 manifestou Custodio, da cidade de . . . , a divida de 900\$000 réis, attribuida ao supplicante, como accitante de uma letra firmada por Ayres e já protestada em 17 de dezembro de 1872, sendo o manifesto assignado sómente pelo sr. escrivão de fazenda e pelo procurador do manifestante. Estes manifestos serviram de fundamento para que a ill.ª junta do lançamento lançasse ao supplicante a decima dos juros, e contra este lançamento vem o supplicante reclamar pelos fundamentos seguintes:

Em primeiro logar o segundo manifesto está radicalmente nullo por lhe faltar a assignatura do administrador do concelho, expressamente exigida pelos modelos A e B, juntos á portaria de 10 de janeiro de 1842; e um acto assim notoriamente nullo jámais pôde servir de fundamento para por elle se lançar decima de juros a pessoa alguma.

Em segundo logar, em vista da citada portaria com referencia aos art. 262.º, 270.º, 287.º, 291.º, 415.º e 462.º do Cod. Com., o segundo manifesto só podia ser feito por lembrança, porque o protesto da letra a tornou litigiosa; e nunca, antes da decisão do litigio, pôde o supplicante ser compelido a pagar a decima dos juros, o que é expresso na citada portaria e na resolução de 12 de dezembro de 1815, publicada em portaria de 6 de setembro de 1816, podendo apenas recahir nos credores, se forem omissos em mostrar os termos e progresso da causa, o que devem fazer todos os semestres. Se o supplicante fosse condemnado na divida, é então que teria de pagar, e mudado o manifesto para ordinario, todas as decimas desde a origem da divida, e até ao distrate do manifesto, como precuita o edital de 10 de janeiro de 1813, § 4.º e a citada portaria. Está portanto o manifesto tambem nullo por este lado, não podendo como tal ser base do lançamento da decima.

E tanto é verdade ser litigiosa a divida dos 900\$000 réis, de que o supplicante se diz devedor a Custodio, que do documento junto em n.º . . . se vê, que sobre ella tem pendido litigio, estando já declarada falsa, por um exame de peritos, a firma do supplicante exarada na letra; e não tendo o mesmo

supposto credor dado um só passo desde janeiro de 1874, como consta do final do documento n.º ...

Pelo que respeita ao primeiro manifesto, comquanto pareça regular na sua fôrma, é todavia certo que, nascendo a supposta dívida de 200.5000 réis de uma letra falsamente attribuída ao supplicante, este deduziu já sua defeza, estando o pleito pendente, mas parado desde fevereiro de 1873, como se vê da certidão junta em n.º ... E' portanto obvio, que o pretendido credor Antonio andou menos lisamente, fazendo o manifesto directemente e ordinario pela nota de não conciliação, e não por lembrança em face da letra já então protestada.

Do expendido resulta, que se acham feitos dois manifestos directos e ordinarios, que o deviam ser por lembrança, ou pelo menos mudados para esta segunda especie, logo que o supplicante contestou nervosamente em juizo as duas indicadas dividas. D'aqui segue-se, que a decima dos juroz não é ao supplicante que tem de ser lançada, mas sim aos manifestantes, segundo os pareceres da 1.ª reparição do thesouero, de 6 de fevereiro de 1849 e do procurador geral da fazenda de 4 de maio de 1849, como se vê do *Direito* n.º 31 do 5.º anno a pag. 492, e do Cod. Adm. anotado, da edição de 1865, a pag. 271.

Pôde mesmo o supplicante invocar em seu abono a lei de 7 de abril de 1838, art. 9.º § 13, que manda exigir dos manifestantes as decimas de juroz, quando os suppostos devedores não reconhecem as dividas, lei que o *Direito* n.º 18 do 3.º anno considera em vigor, e segundo a qual julgou a relação de Lisboa em accordo de 31 de março de 1857, como se vê da *Gaz. dos Trib.* n.º 2314; e por constar ao supplicante, que a decima dos juroz lhe foi lançada, por isso

P. a vv. ss.ªs, snrs. presidente e membros da junta do lançamento, sejam servidos deferir á presente reclamação, lançando a decima de juroz aos manifestantes, quando entendam dever fazer obra por manifestos visivelmente illegaes, e em todo o caso não a lançando ao supplicante, ou annullando esse lançamento.

E R. M.

§ 152.º

### Matrimonio

Contrahido sem a competente dispensa, quando precisa por direito canonico, é nullo. — A acção de nullidade pôde intentar-se mesmo depois do fallecimento de algum dos conjuges. — Esta acção corre no tribunal ecclesiastico, e com que formalidades. — Quaes os effeitos de similhante annullação. — As dividas contrahidas por um dos conjuges, em seu beneficio proprio, são por elle pagas.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' fôrta de duvida que o casamento ficou nullo por força do disposto nos art. 1057.º, 1069.º e 1070.º do Cod. Civ., visto não se ter obtido dispensa do parentesco em grau prohibido, que constituia impedimento dirimente do matrimonio. — Coelho da Rocha, *Inst.*, § 216; Carneiro, *Elem. de Dir. Eccles. Port.*, § 232, nota A; e Cavallario, *Inst. Jur. Can.*, parte 2.ª cap. 21.º § 2.º

Tambem me não parece duvidoso, que a acção de nullidade pôde ainda hoje intentar-se, apesar de fallecido o marido. Com effeito não ha disposição no Cod. Civ., que o vede; e, ainda que o art. 1093.º do mesmo presupponha a hypothese da annullação em vida dos conjuges, não pôde dizer-se que quiz prohibir a annullação depois da morte, e só sim que se referiu a uma hypothese especial, sobre que era mister providenciar, mas sem excluir a outra, de que nos occupamos, e a cujo respeito é omisso. Por outro lado, importando a annullação valiosos effeitos civis, nenhuma razão havia para se não tornarem extensivos aos herdeiros dos conjuges, até pela regra geral do art. 2014.º do mesmo Codigo. Finalmente sendo este silencioso, tem cabimento o direito canonico e o modo de sentir dos praxistas a este respeito, os quaes admitem a acção de nullidade ainda depois da morte de ambos, ou de um dos conjuges. — Vejam-se Lobão, *Notas a Mello*, liv. 2.º tit. 8.º § 5.º n.º 4.º; accordo da relação de Lisboa de 25 de maio de 1845, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 1172, e a opinião d'esta mesma *Gazeta* n.º 3874.

A acção de nullidade tem de ser instaurada no fóro ecclesiastico, como se vê do art. 1086.º do Cod. Civ., mas todas as intimações e citações, bem como actos de indagação, respeitantes a provas, taes como a inquirição de testemunhas e outras, são da competencia do fóro civil, a quem tem de ser expedidas as competentes deprecadas, segundo se deduz do art. 1087.º, e assim o entende o snr. Dias Ferreira, *Cod. Civil annotado*, vol. 3.º pag. 42 e 43. Ao juizo ecclesiastico cumpre só decidir, se houve ou não nullidade.

A grande difficuldade está, porém, hoje em saber, á face do Codigo, quaes são os effectos civis da annullação do casamento, quanto aos bens dos conjuges. O art. 1091.º dispõe que o casamento annullado, mas que foi contrahido em boa fé por ambos os conjuges, produza effectos civis desde a sua celebração, em relação tanto aos mesmos conjuges, como a seus filhos. Quando só um dos conjuges tivesse boa fé, a esse só e aos filhos aproveitarão taes effectos pela disposição do art. 1092.º Parecia que estes artigos continham o principio regulador, applicavel ás pessoas e aos bens dos conjuges; eis senão quando vem o preceito do art. 1095.º levantar grave duvida, attribuindo á annullação do casamento os mesmos effectos que tem a sua dissolução por morte, isto pelo que toca aos bens dos conjuges.

A disposição d'este ultimo artigo, tomada á letra, e isolando-a dos arts. 1091.º e 1092.º, não só contradiz o preceito do art. 1168.º, mas tambem leva a equiparar, quanto aos bens dos conjuges, os casamentos validos aos nulos, e os nulos com boa fé aos que a não tem, o que evidentemente degenera em absurdo, que a lei não pôde sancionar. E' por isso que o snr. Dias Ferreira, a pag. 47 do vol. citado entende, que o art. 1095.º deve combinar-se com os anteriores, e entender-se nos termos e com as restricções marcadas n'estes, devendo assim entender-se para a sua applicação o ter havido ou não boa fé.

Se examinarmos este grave ponto em face do direito antigo, acharemos que todos são concordes em negar os effectos civis ao matrimonio celebrado nullamente, quando o defeito que o vicia foi conhecido de ambos os contrahentes, que assim laboravam em má fé. As divergencias de opiniões apparecem só a respeito dos matrimonios putativos, em que havia boa fé, da parte de ambos ou de um dos conjuges.

Uns praxistas sustentavam, que estes ultimos matrimonios

produziam todos os effectos civis a respeito dos bens, inclusive a communhão legal, quando ambos os conjuges tinham estado na boa fé; e que taes effectos aproveitavam só ao innocente, quando o outro estivera em má fé; taes são: Coelho da Rocha, citado § 254; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 332.º e seguintes, e *Acc.*, § 56; Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, tomo 2.º § 113, n.º 2.º; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 2142; e Lobão no logar citado *in fine*. Outros praxistas entendiam o contrario, isto é, que, annullado qualquer matrimonio, embora houvesse boa fé, a communhão legal desaparecia, ficando cada um dos conjuges com os bens que tinha antes do casamento, considerando communicados só os adquiridos na consulta d'este: taes são Mello Freire, *Inst.*, liv. 2.º tit. 8.º § 5.º; e Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, parte 1.ª pag. 384.

Bruschy, vol. 3.º § 370, considera valido, para todos os effectos civis, o matrimonio nullo, quando assenta na boa fé, pelo menos de um dos conjuges, e entende que é nullo, quando ambos estavam em má fé.

Em face do exposto parece-me, que a doutrina pouco clara do Codigo a este respeito deve entender-se da forma seguinte. Annullado um casamento e provada a má fé de ambos os conjuges no acto da sua celebração, nulos se devem considerar todos os seus effectos civis, ficando cada um dos mesmos conjuges com os bens provenientes do seu lado, e communicando-se entre elles unicamente os adquiridos por titulo oneroso durante a constancia do matrimonio. Se ambos os conjuges casaram em boa fé, subsistem a communhão legal dos bens, e os effectos civis respeitantes a estes, bem como quaesquer pactos antenuciaes, e a sociedade conjugal só se considera dissolvida desde a sentença que annullou o matrimonio; a sociedade lucra em que se considere valido, n'esta hypothese, um acto que estava eyvado de nullidades. Finalmente se só um dos conjuges estivera em boa fé, só para esse se devem considerar subsistentes os effectos civis e vantagens do matrimonio, respeitantes ao regimen dos bens, perdendo pelo contrario o outro conjugue de má fé todo o beneficio que lhe podesse provir do casamento, quer por virtude da lei, quer por virtude do pacto antenucipal.

Apurar se os conjuges tinham boa ou má fé pertence ao juizo civil, e não ao ecclesiastico, que só tem a conhecer da nullidade do casamento. E' o que se deduz das disposições

do Código, e assim o entende o citado snr. Dias Ferreira a pag. 43, dizendo que este ponto tem de apreciar-se no processo de separação de bens. Cumpre porém notar que, quando para apurar-se este facto fór mister recorrer-se a prova testemunhal, mal poderá a questão tratar-se fora de uma acção ordinária, por se tornar d'alta indagação. Em todo o caso o exame da existencia da boa ou má fé só tem lugar depois de decretada a nullidade do matrimonio; e temha-se em vista que a boa fé se presume, enquanto se não demonstrar o contrario.

E enquanto ás dividas contrahidas só pelo marido a responsabilidade pelo seu pagamento incumbia unicamente a elle, e hoje a seus herdeiros, *ex vi* do disposto no art. 1114.º do Cod. Civ.; mas, verificando-se alguma das excepções do § 2.º do mesmo artigo, a mulher está tambem responsavel por ellas. Se porém forem privativas do marido, só os bens d'este responderão pela sua solução; mas, como depende da questão da nullidade do matrimonio saber quaes são esses bens, claro está que estas duas questões tem entre si intima relação, e que se não pôde responder á segunda sem ter em attenção a primeira.

### § 153.º

#### Parochos

Requerimento ao rei a pedir uma quantia a título de subsidio, attento o insignificante rendimento da freguezia.

SENHOR:

Diz o padre F., reitor da freguezia de . . . diocese do Porto, que pelos documentos juntos mostra: 1.º, que é parochio collado na referida freguezia ha mais de trinta annos, onde tem prestado serviços relevantes; 2.º, que já completou a idade de sessenta e cinco annos; 3.º, que a sua saúde está de tal fórma deteriorada, que não pôde, sem risco de vida, continuar a exercer as funções parochias; 4.º, que a freguezia que o supplicante pastorea, é altamente difficil

de curar e administrar espiritualmente, pela grande extensão do seu territorio, diffusão da população, e obstaculos naturaes das vias de communicação; 5.º, que por estas razões foi mister ao supplicante chamar para junto de si um encommendado ou coadjutor; e 6.º, que, não obstante as ponderadas circumstancias, o supplicante recebe apenas 300\$000 réis annuaes, ainda mal pagos, cifra em que está lotada a congrua parochial da sua igreja, sem passal nem residencia, e com os quaes tem de sustentar-se a si em tão precaria situação, e ao seu encommendado.

Em face do exposto parece ao supplicante que está ao abrigo das beneficent disposições do art. 14.º da lei de 20 de julho de 1839, e art. 3.º da lei de 8 de novembro de 1841, e por isso, confiado n'ellas e na indefectivel justiça de vossa magestade,

P. a vossa magestade haja por bem conceder ao supplicante o socorro ou subsidio annual de 100\$000 réis.

E R. M.

### § 154.º

#### Partilhas

Quando se presúmia por direito antigo tel-as havido entre os differentes herdeiros, podendo ter lugar verbalmente, porque a escriptura não era substancial para ellas.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Por morte de Manoel, casado com Rosa, fez-se inventario judicial, e cada um dos filhos se entregou do que n'elle lhes coube.

Fallecendo porém a mulher, ha quatorze annos, os herdeiros, que já todos eram maiores ou emancipados, fizeram entre si partilha amigavel da herança; e, comquanto a não reduzissem a escripto, cada um se entregou do seu lote, e tanto assim, que alguns d'elles ou venderam, ou trocaram, ou dispozeram d'outro modo do que lhes pertencem.

Depois de decorrido tanto tempo finou-se Anna, mulher de José, um dos herdeiros de Rosa, e, porque deixou filhos menores, principiou-se um inventario, que chegou ao ponto de deferir-se juramento aos louvados.

N'estas alturas lembrou-se José de requerer previamente um inventario do casal de Rosa, a pretexto de não ter havido partilhas legaes, e perguntam-me os interessados, por que meios poderão defender-se d'esta pretensão.

Apesar das disposições da Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 96.<sup>o</sup> § 18, os praxistas antigos eram accordes em ensinar, que se presume ter havido partilhas só pelo facto de os coherdeiros possuírem por espaço de dez annos os bens divididos, isto é, uns d'elles, certos bens, e outros, outros bens. — Repertorio á Ord., verbo Partilha feita; Paiva e Pona, cap. 1.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 51; Pegas á Ord., liv. 4.<sup>o</sup> tit. 87.<sup>o</sup> § 4.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 226; Valasco, de Part., cap. 38.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 6.<sup>o</sup>; e Guerreiro, *Trat.* 2.<sup>o</sup>, liv. 4.<sup>o</sup> cap. 4.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 48.

Mais tarde o decreto de 16 de maio de 1832 admittiu a prova de testemunhas com relação a qualquer quantia, ou cousa que se pedisse, o que passou para a Reforma de 1837, art. 416.<sup>o</sup>, e d'esta para a Nov. Ref. art. 463.<sup>o</sup>, pondo só a restricção de quando a escriptura fosse substancial do contrato, e o não era no caso de partilhas, pelo menos entre proximos parentes, em vista da Ord. liv. 3.<sup>o</sup> tit. 59.<sup>o</sup> § 11.

E' por isso que os modernos juriscultosos, quando mencionam os casos, em que a escriptura era substancial, não mencionam as partilhas; e taes são: Seabra, *Propried.*, ex pag. 271; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 238; Sousa Duarte, *Form. dos Tabell.*, § 1.<sup>o</sup>; e Castro Netto, nota ao art. 463.<sup>o</sup> da Ref. Jud.

E' ainda por isso, que Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, pag. 245 da 2.<sup>o</sup> edição, e Meirelles, *Rep. Jurid.* n.<sup>o</sup> 2418 sustentam que, em vista do art. 263.<sup>o</sup> da Ref. Jud., até os estranhos podiam fazer partilhas vocalmente.

E' obvio, que o art. 2013.<sup>o</sup> do Cod. Civ. não prejudica os consulentes, porque, nos termos do art. 8.<sup>o</sup>, não tem effeito retroactivo. Veja-se tambem o accordo da relação do Porto de 10 de maio de 1870, a que a *Rev. de Leg.* n.<sup>o</sup> 120 dá o seu apoio, e meditem-se as tenções que precederam ao mesmo accordo.

E' certo que os consulentes hão de ser citados para da-

rem á descripção aquelles bens de que estão de posse, porque assim o determina o art. 2070.<sup>o</sup> do Cod. Civ., enquanto os considera cabeça de casal com relação a esses bens; e n'essa occasião comparecem elles em juizo, e negam a obrigação de descrever taes bens, e creio que tudo ficará assim acabado.

Supponhamos, porém, que o juiz insiste em que descrevam, com a pena de sequestro ou de desobediencia; n'este caso entendo, que devem oppor-se com embargos, meio admittido na praxe do foro, e por isso competente, como pôde ver-se na *Gaz. dos Trib.* n.<sup>o</sup> 1938, 3473 e 4053.

E' o meu voto, que submetto a outros mais esclarecidos.

## § 155.<sup>o</sup>

### Partilhas

Quando podem rescindir-se as amigáveis, feitas por escriptura publica, e com que fundamentos.— Durante que tempo pôde usar-se da acção competente.

### CONSULTA

M. morreu a 13 de dezembro de 1873; deixou tres filhas chamadas E., L. e F. e um filho chamado J. Estes, sendo maiores, procederam a partilhas como taes.

Acontece que J., como homem e sabedor do valor real das propriedades, foi quem promoveu o andamento rapido das partilhas, e informou os louvados, que só elle nomeou, dos rendimentos das alludidas propriedades, para por elles as louvarem para a mesma partilha.

Conbe a cada herdeiro, em propriedades 6:181375 réis, como porém a herdeira F. não fosse creada com os outros irmãos, trataram de enganar-a, e tanto que da sua legitima só colhe de rendimento livre de despezas 4905500 réis por anno, captivos de contribuições; ao passo que os outros colhem de valor igual em propriedades de 3505000 réis a 4505000 réis, livres de despezas.

Está pois o engano, para a herdeira F., demasiadamente

visível na avaliação de uma propriedade por 3:100.000 réis, com relação a outras de J. por 4:000.000 réis, porque esta rende annualmente o triplo d'aquella, tendo além d'isso casas, adega e lagar.

Ha outras desigualdades flagrantes, queixando-se os louvados de que foram enganados pelo herdeiro J., quando os informou dos rendimentos das propriedades por elles louvadas para as partilhas effectuadas por escriptura de 9 de fevereiro de 1874; estando os louvados promptos a declarar o debaixo de juramento. A coherdeira F. só teve conhecimento do engano a 9 de junho de 1874. Pergunta-se:

- 1.º—Póde annullar-se tal partilha?
- 2.º—Em que praso de tempo?
- 3.º—Qual o primeiro passo a dar?
- 4.º—Tendo a enganada (ou algum outro herdeiro) vendido alguma propriedade, obstará á questão?
- 5.º—Tendo o herdeiro J. registrado a sua legitima, será isso obstaculo?

#### RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO

O art. 2163.º do Cod. Civ. estabelece o principio, que as partilhas feitas extrajudicialmente só podem ser rescindidas nos casos em que o podem ser os contratos; pelo que temos de recorrer ás disposições do liv. 2.º tit. 1.º, d'onde se trata d'esta materia.

Na nossa especie houve erro para a coherdeira F., porque aceitou em legitima certos predios na persuasão de que estavam legalmente louvados e em proporção com os outros, quando os avaliadores, em vez de attenderem ás regras prescriptas em direito, não fizeram mais do que louvar-os no que J. lhes disse, sem mais averiguações, de que resultou grande lesão e desproporção nos valores dados aos diversos bens.

Já se vê, que este facto procedeu de dolo de J., que, abusando da confiança que os louvados n'elle depositaram, lhes deu falsas informações, que cegamente aceitaram.

O Cod. Civ., tratando do erro do consentimento, diz poder recahir ou sobre a causa do contrato; ou sobre o objecto ou qualidade do objecto do contrato; ou sobre a pessoa, com quem se contrata ou em consideração da qual se contrata. Estamos na segunda hypothese.

A respeito d'ella diz o art. 661.º, que o erro só produz nullidade, havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circumstancias do mesmo contrato, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contratara. E quem póde duvidar, que a partilha amigavel ou não se levaria a effecto, requerendo-se inventario, ou se não faria d'aquelle modo, se F. soubera o valor dos bens, e suscitara a fraude, que se lhe urdiria?

Bem sei que póde fazer duvida o tratar-se de lesão, e achar-se esta banida nas compras e trocas pelos art. 1582.º e 1594.º Mas, além de que nós estamos em um contrato muito diverso — o de partilhas —, acresce que o proprio art. 1582.º salva a lesão que envolva erro annullatorio de consentimento, como realmente acontece na nossa especie, em que F. o prestou na persuasão de que seus irmãos andavam da melhor boa fé, e não illudiram os louvados.

Vem ainda em nosso apoio o art. 663.º, enquanto fulmina a expressa nullidade aos contratos em que interveio erro, procedente de dolo ou má fé de um dos contrahentes. A generalidade em que está concebido leva-me a crer, que commina aquella pena em todos os casos de erro, ou seja sobre a causa do contrato, ou sobre o objecto, ou qualidades d'este, ou sobre a pessoa, só pelo facto de se dar erro filho de dolo, e a parte, victima d'elle, reclamar; e independentemente dos demais requisitos que seria mister interverem, se não houvesse dolo.

Em conclusão, entendo que a acção póde ser intentada para rescindir as partilhas, e a escriptura que as encerra, com bons fundamentos e probabilidades de vencimento, com quanto só Deus possa saber o seu resultado final; mormente porque os periodicos juridicos ainda não mencionaram caso algum julgado a este respeito.

Póde consultar-se o snr. Dias Ferreira no seu Commentario aos art. 662.º e 663.º do Cod. Civ.; Bruschy, *Man. de Dir. Civ.*, desde o § 315; e o *Direito* n.º 41 do 3.º anno.

#### RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO

Esta acção prescreve, nos termos do art. 689.º, pelo praso de um anno, contado desde o dia em que F. teve conhecimento do engano que se lhe fez, o que se diz na consulta haver tido logar no dia 9 de junho de 1874; mas,

como talvez seja difficil provar esta essencial circumstancia, será prudente intental-a dentro do anno, a contar da escriptura rescindenda.

RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO

O primeiro passo a dar é o chamamento dos irmãos á conciliação, porque nenhuma lei dispensa d'ella, depois do que se interrompe a prescripção nos termos do n.º 3.º do art. 552.º

RESPOSTA AO QUARTO QUESITO

Ainda que algum dos coherdeiros vendesse algum dos predios que lhe foram adjudicados, não obsta isso a que se intente a acção, devendo fazer-se em a nova partilha as diligencias para que o predio alienado se encabece no alienante. Se ella fór outra vez amigavel, deve isso entrar nas condições do novo contrato; se fór por inventario, deve o alienante licital-a.

RESPOSTA AO QUINTO QUESITO

Como o herdeiro registrou na conservatoria os bens, que lhe couberam, cumpre que no libello se peça tambem o cancellamento do registro.

§ 156.º

**Passaes**

Quem deve figurar nas questões relativas a elles, se só o parochio, se este e a junta de parochia, ou se elles, e tambem o M. P.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' bastante difficil a resposta, pela variedade de opiniões e casos julgados. Se se tratasse de annullar um contrato anterior á lei de 22 de junho de 1866; e se se entendesse,

que ella era applicavel aos passaes, teria então logar o intentar o M. P. a respectiva-acção, em vista do § unico do art. 14.º da citada lei. A hypothese porém é muito outra; e então, não obstante o procurador regio e um juiz da relação considerarem o M. P. competente para mover uma acção, afim de libertar um passal da servidão da mina imposta por um parochio, como se vê do *Direito* n.º 20 do 2.º anno; contudo receio bastante que, figurando elle como parte principal, o processo se annulle como aconteceu com outro relativo a uma confraria e a uma misericordia, segundo se vê do *Direito* n.º 11 do 3.º anno. O *Jorn. de Jurisp.* n.º 52 do 4.º anno firma a these de que nas questões sobre a propriedade dos bens dos passaes não só devem intervir os parochios, mas tambem as juntas de parochia, e n'este sentido julgou o juiz de direito de Tondella, fundando-se em que os passaes estão no dominio e propriedade das parochias, e que em beneficio dos parochianos se descontam os seus rendimentos nas congruas; e finalmente que tanto assim é, que a lei de 22 de junho de 1866, art. 8.º n.º 2.º, declarou as juntas de parochia competentes para a subrogação dos bens dos passaes, muito embora elles não estejam na sua administração, pelo art. 308.º do Cod. Adm., e dos mesmos sejam os parochos legitimos administradores e usufructuarios, como se deduz d'aquelle artigo, e foi declarado pelas portarias de 5 de maio de 1836 e 12 de fevereiro de 1848. Pelo contrario a *Gaz. dos Trib.* n.º 4442 entende ser o parochio o unico competente para intentar a acção, assim em vista do citado art. 308.º, como dos art. 2206.º e 2219.º do Cod. Civ. No meio d'esta confusão o mais seguro será que a junta de parochia, de que o parochio é presidente, obtida auctorisação do governador civil, requeira que o M. P. intervenha como parte accessoria auxiliar.

## § 157.º

**Perdas e danos**

Paga-as o que fez promessa de venda, que depois não cumpriu, legalizando-a. — Em que consiste a indemnisação de perdas e danos n'esta hypothese, e que acção tem cabimento para a sua exigencia.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

Sempronio só responde a Tício por indemnisação de perdas e danos, e não pôde ser compellido a realisar a promessa de venda. O não cumprimento da obrigação de prestar algum facto dá só logar a responsabilidade por perdas e danos, como dispõe o art. 711.º do Cod. Civ., que estabelece o principio geral applicável. Na especialidade, porém, da hypothese, temos ainda como regulador em particular o art. 1548.º Como o contrato de compra e venda de cousas immobiliares só pôde consistir-se perfeito e realiado quando estiver reduzido a escripto, nos termos do art. 1590.º e seus §§, com prévio pagamento de contribuição de registro por titulo oneroso, segundo o disposto na lei de 30 de junho de 1860, art. 11.º § 1.º e regulamento de 30 de junho de 1870, art. 11.º § 1.º, é por isso que antes não vale como tal, e se considera unicamente uma promessa de facto. Esta doutrina é corrente em direito, e não me parece que offereça duvida. — Vejam-se o sr. Dias Ferreira, *Anotações*, vol. 2.º pag. 218 e vol. 4.º pag. 17 e seguintes; e *Rev. de Leg.* n.º 431, pag. 433.

Os art. 706.º e 707.º do Cod. Civ. determinam a natureza da indemnisação de perdas e danos. No caso sujeito parece-me que se comprehendem n'esta cathogoria as despesas e valor do serviço prestado na jornada que Tício fez para tratar com Mario, porque, embora não tivesse exigido remuneração a Sempronio, subentendia-se que não eram gratuitas, mas entravam como preço tambem da compra e

venda, que ulteriormente se havia de fazer, e a que Sempronio faltou: não obstante, a meu vêr, o disposto no art. 1331.º, porque Tício era n'este negocio não simples mandatario, mas directamente interessado. Além d'isto, se Tício poder obter outra passagem para a sua quinta, cujo custo exceda a quantia ajustada com Sempronio, deve este reembolsal-o d'esse excesso; e quando a não consiga, sempre a elle incumbe indemnissal-o da depreciação de valor, que a quinta soffrer por falta de servidão de transito commoda e adequada, tendo-se porém sempre em vista, que ha a descontar os 500\$000 réis que Tício havia de pagar a Sempronio, e que não desembolsou. Só pelas circumstancias occorrentes é que poderá determinar-se o computo da indemnisação, e quaes os elementos que devem entrar na sua composição.

A acção é ordenada com prévio chamamento á conciliação, e no memorial para esta será bom, depois de deduzir o petitorio, concluir dizendo, que o mesmo só tem logar, se o supplicado continuar recusando o cumprimento da convenção ajustada, para assim nos servir de interpeção nos termos do art. 711.º § 2.º, por inferir-se da consulta, que não houve praso e dia certo para o cumprimento da obrigação. Haja porém a cautella de não formular o petitorio alternativamente.

## § 158.º

**Perfilhação**

A declaração feita em um testamento, que foi aberto na vigencia do Cod. Civ., de que um legatario é filho do testador, considera-se hoje verdadeira perfilhação para todos os effeitos legaes. — Mas se o testador institua herdeiro algum sobrinho, este lucra a terça disponivel.

**RESPOSTA A UMA CONSULTA**

Antonio, fiado provavelmente em que pela sua nobreza os filhos illegitimos não podiam succeder-lhe contra a sua

vontade, nos termos da Ord. liv. 4.ª tit. 92.ª, não duvidou declarar-os taes em seu testamento, deixando-lhes certos predios para alimentos, e instituindo herdeiros seus sobrinhos. Não contou com que o Cod. Civ. havia de vir abolir aquelle injustificavel privilegio, e, depois que este foi promulgado, não teve quem o avisasse de que aquelle reconhecimento dos illegitimos podia animal-os para impugnam a instituição dos sobrinhos, que escolheu para seus representantes, e a favor dos quaes os tribunaes leriam de pronunciar-se, se não existissem considerações d'outra ordem.

E' innegavel, que Antonio, embora incidentalmente e sem prever as consequencias, fez confissão authentica (art. 2415.º do Cod. Civ.) de que aquelles sete individuos eram seus filhos; mas será ella bastante para operar a perfilhação? Outr'ora carecia-se de mais alguma cousa, que era o diploma regio precedido das formalidades marcadas na legislação, sendo a ultima o decreto de 29 de setembro de 1852, e sendo de notar, que pelo art. 2.º podiam os filhos requerer aquelle, depois da morte dos paes. Veio porém o Cod. Civ. e simplificou as perfilhações, do modo que se vê no art. 123.º, e como o testador falleceu depois, e quando o diploma regio já se não exige, é muito de presumir, que os illegitimos se venham a considerar perfilhados, o que vemos sustentado na *Rec. de Leg. n.º 177*, e no *Direito n.º 7 do 1.º anno*. E' facil porém de ver, que esta doutrina é susceptivel de séria impugnação.

Suppondo pois que vinga a doutrina de que os illegitimos se consideram perfilhados, como o Cod. Civ. lhes garante legitimas, e a successão se regula pelo direito vigente ao tempo em que ella se abriu (Cod. Civ. art. 2009.º, accordo da relação na *Rec. de Leg. n.º 171*, e *Recista n.º 211*), parece-me que os illegitimos se considerarão herdeiros do pae.

E deverão lucrar todos os bens do pae? Não, porque o direito que lhe assiste é de pedir supplemento de suas legitimas, usando da acção lembrada por Correia Telles. *Acc. § 135*. D'esta sorte levam os filhos duas terças da herança, que são as suas legitimas, e a terça restante, de que o pae podia dispor, vai para os sobrinhos. Esta doutrina póde até sustentar-se pelo § 1.º do art. 1814.º do Cod. Civ., porque não estando a perfilhação dos illegitimos perfeita, só o Cod.

Civ. a aperfeçoou, e este sobreveio muito depois do testamento.

Cumpra porém notar que tudo isto é impugnavel, e a prudencia pede que façam uma transacção.

§ 159.º

### Perfilhação

Anterior ao Cod. Civ., embora hoje vedada por este, operou os direitos de successão, entre o pae e o filho, sendo pelo direito antigo que ella tem de regular-se. — Quando póde a fazenda ser declarada herdeira. — Explicações sobre a successão legitima e illegitima.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Em face da complicada arvore genealogica que me foi presente, vou dizer a minha opinião sobre a successão *ab intestato* de A.

Se B., mãe de A., fôra viva, é claro que herdaria hoje da filha, em vista do art. 1994.º; e pouco importa que A., como filha adulterina, não pudesse hoje ser perfilhada, como determina o art. 122.º n.º 1.º, porque a perfilhação feita por sua mãe operou-se ainda sob o imperio da lei antiga, que a permitia, e creou por isso direitos reciprocos de successão, que o Codigo respeita por força do art. 8.º

Mas se B. é fallecida, e fallecida tambem a mãe d'esta, C., a qual não reconheceu nem perfilhou a filha, claro está, que nem B., que se intrusou na posse da herança, nem os demais parentes ainda vivos, provenientes do tronco common U., podem habilitar-se á successão. Com effeito só pelo lado de C. é que existe o seu parentesco com A.; mas se esta, mãe illegitima de B., a não perfilhou, e tanto uma como outra são já fallecidas, torna-se evidente não poder hoje investigar-se a maternidade em face do art. 133.º Estão pois B. e demais parentes vivos, oriundos do tronco U. inhabilitados de demonstrar em juizo o seu parentesco com A., e por isso jámais podem ser admittidos á successão d'esta.

Também é innegavel que F., pae de A., ainda que vivo fóra, não poderia herdar d'esta, visto que não a perfilhou, como o direito antigo lhe permitia. E também G. e H., irmãos consanguíneos e legítimos de A., não podem invocar o art. 2000.º do Código, para pretender a sua herança, porque a falta de perfilhação da mesma sua irmã A., por parte do pae commum F., e que não pôde ser supprida pela referencia que B. fez ao mesmo F., perfilhando A., tolhe-os de provar o seu parentesco fraternal, e a acção de investigação de paternidade não só não seria possível hoje, que são fallecidos pae e filha, mas por outro lado repellida pela qualidade adulterina d'esta.

Vê-se pois que G. e H. não podem, como irmãos, exigir a herança de A. Mas poderão fazel-o invocando outras relações de parentesco mais remoto? Vê-se da planta, que G., H. e A. vão ainda prender no tronco commum E., o que não admira, attentas as relações de sangue que se davam entre F. e B. (tio e sobrinho). Por conseguinte G. e H. tinham com A., além do parentesco fraternal (segundo grau por direito civil), outro de consanguinidade em quinto grau, conforme a mesma planta. Sendo assim, parece-me que lhes é perfeitamente applicavel o art. 2005.º do Código, porque não pôde negar-se que são parentes transveraes de B., legítimos, e muito dentro ainda do decimo grau.

Quando porém estes sejam repellidos da herança (o que me não parece), restavam ainda L. no sexto grau de parentesco com A. pelo mesmo tronco commum E., e por ultimo T., no nono grau pelo tronco P., na hypothese de E. ser nono filho-legítimo de M. ou perfilhado, o que a planta não diz.

Ora se a fazenda só pôde herdar na falta de todos os herdeiros testamentarios ou legítimos (art. 2006.º), e existem ainda quatro parentes transveraes dentro do decimo grau, não me parece que aquella possa lucrar a herança de A.

No meu entender ella pertence a G. e H., por serem os mais proximos, e não sei como B. se lá foi metter sem direito algum, e não tem sido repellido por aquelles.

Creio pois que se a fazenda se fór habilitar como herdeira, tem de retirar em frente da opposição de G. e H., que provando por certidões de baptismo e casamento e por testemunhas o seu parentesco em quinto grau com A., e fundados no art. 2005.º, não podem deixar de triumphar, visto não haver outros parentes mais proximos.

Assim ficam prejudicadas as mais perguntas em relação ao procedimento que a fazenda teria a observar, notando de passagem, que a investigação da paternidade por parte d'ella me parece infundada e inutil, porque só podem investigar-a os filhos; e a fazenda é chamada por disposição legal, e só na falta dos outros herdeiros, que lhe preferem. Para a fazenda succeder, basta que os outros herdeiros com melhor direito se não venham habilitar.

## § 160.º

### Perfilhação

Quaes os effeitos d'ella por direito antigo. — Podia reduzir-se a pública forma um testamento manuscripto, pelo qual o perfilhado herdava.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Segundo a praxe e estylo do nosso reino a legitimação ou perfilhação regia não concedia aos espurios todos os direitos de filhos legítimos, nem os tornava herdeiros necessários de seus paes, ficando apenas dispensados para succederem *ab intestato* a estes, em falta de herdeiros necessários, ou receberem aquillo que os mesmos paes em testamento lhes quizessem deixar espontaneamente. Poderámos citar um esquadro de praxistas antigos, mas limitar-nos-bemos a alguns modernos, e taes são: Mello Freire, liv. 3.º tit. 8.º § 14 e nota; Lobão, *Notas a Mello*, liv. 3.º tit. 3.º §§ 18 e 19, secção 1.ª n.º 5; Borges Carneiro, vol. 2.º § 208, n.º 16; Corrêa Telles, *Acc.*, nota 2.ª ao § 131, e *Dig.*, tomo 2.º art. 482.º; Meirelles, *Repert. Jurid.* n.º 1998 e 2507; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ.*, tomo 1.º pag. 335; e Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 299 e 347.

Ora que os diplomatas regios de perfilhação produziam os effeitos que as leis e estylos permitiam, é expresso na resolução de 16 de dezembro de 1798 e na provisão de 18 de janeiro de 1799, substanciadas por Fernandes Thomaz no

seu *Repert.*, tomo 2.º n.º 73 e 74; e ultimamente no regulamento de 29 de setembro de 1852, art. 22.º

O accordão do supremo tribunal de justiça de 28 de abril de 1851, publicado no *Diar. do Gov.*, n.º 111 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 1373, reconhece também os mesmos efeitos ás perfilhações dos esurios *per rescriptum*, isto é, que habilitam os perfilhados para succederem ex testamento.

Posto isto, é obvio que C. seria a herdeira de A., se este ou fallecesse *ab intestato*, ou a instituisse herdeira em testamento; mas, como nada d'isto aconteceu, é minha humilde opinião, que B. proceda do modo seguinte:

Em primeiro lugar deve requerer nova redução do testamento mancupativo de A., fazendo citar tanto a C., como a todos os parentes que succederiam *ab intestato*, se A. não testasse; havendo toda a cautella, para que no processo não intervenha alguma nullidade, mas não devendo receber-se a circumstancia de haver o Cod. Civ. rejeitado os testamentos mancupativos, o que só pôde entender-se dos posteriores ao mesmo, ou cujos testadores fallecessem depois da sua vigencia, attento o disposto no seu art. 8.º e a praxe constante, attestada pelos periódicos juridicos, que, por desnecessario, não cito.

Obtida que seja a redução do testamento, deverá B. intentar contra C. a acção de petição de herança, por estar a possuil-a sem titulo, visto que a sua perfilhação, só por si, e sem acrescer a instituição, ou a successão *ab intestato*, lhe não dava direito a ella.

## § 161.º

### Perfilhação

Se os filhos incestuosos e adúlterinos, perfilhados antes do Cod. Civ., podem hoje ser herdeiros, e succeder nos termos da perfilhação, apesar do que dispõe o Cod. Civ.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Anteriormente ao Cod. Civ. era permitida a perfilhação dos esurios, sendo esta uma dispensa para estes receberem

o que os paes lhe deixassem em testamento, ou succederem *ab intestato*, mas sem prejuizo de descendentes ou ascendentes legitimos, e com prejuizo de collateraes — Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 477.º, 482.º, 484.º e 485.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, §§ 299 e 341; Bruschy, *Man. de Dir. Civ. Port.*, tomo 1.º § 103; e regulamento de 29 de setembro de 1852, art. 22.º E' verdade que o *Direito* n.º 43 do 2.º anno, diz, que depois do estabelecimento do governo representativo a perfilhação regia não tinha importancia juridica especial, e só importava uma confissão de paternidade; porem esta doutrina não era seguida, e o proprio *Direito* n.º 42 do 1.º anno lhe concede os efeitos de poder o perfilhado receber por testamento, succeder *ab intestato*, e poder receber alimentos.

Mas estas perfilhações ultimadas e aperfeigoadas antes da vigencia do Cod. Civ. serão hoje attendiveis, apesar de que o systema doCodigo variou muito, prohibindo a perfilhação dos incestuosos e adúlterinos? Entendo que sim, porque, adquirindo os esurios perfilhados os direitos da successão *ab intestato* (além dos mais), logo que a perfilhação se ultimou, não podia oCodigo, sem incorrer no defeito da retroactividade, arrancar-lhe esse direito, obtido á sombra e sob a protecção da legislação então vigente, pelo menos sem o declarar.

Quando pois lêmos no art. 2002.º do Cod. Civ., que em falta de irmãos legitimos e de descendentes seus, herdarão do mesmo modo os irmãos perfilhados ou reconhecidos, devemos entender tanto os que o forem segundo o Cod. Civ., como os que o foram segundo a legislação antiga, por isso que, quando oCodigo foi promulgado, já os achou habilitados para a successão *ab intestato*, e não disse que os exceptuava.

Parece que o supremo tribunal administrativo assim o entendeu também, porque no decreto de 29 de dezembro de 1870, publicado no *Diar. do Gov.* n.º 105, no *Direito* n.º 22 do 3.º anno, e na *Gaz. dos Trib.* n.º 4502, dispensando o menor Alexandre de pagar direitos de transmissão, diz que elle não pôde ser considerado filho esurio, mas ainda que oCodigo o não considerasse perfilhavel, havia elle sido perfilhado e legitimado pela confirmação regia de 24 de fevereiro de 1855, o que pela legislação antiga o habilitava para succeder. E note-se que o pae perfilhante dr. F., fallecera na vigencia doCodigo em 19 de junho de 1868. Na causa de inter-

dicção, cujas tenções veem publicadas na *Rev. de Leg. n.º* 120, ahí se pronunciam os juizes tambem por esta opinião. Sendo assim, é claro que os herdeiros *ab intestato* de A., são seus irmãos G. e H., visto que A. foi perfilhado.

§ 162.º

**Perfilhação**

Modelo de um requerimento em que o perfilhante pede para lhe ser entregue seu filho, e os bens d'elle, que tudo estava entregue a um tutor nomeado em um inventario.

Diz Candida, solteira, do logar e freguezia de . . . , julgado de . . . , que, procedendo-se a inventario por morte de João, do mesmo logar, foi contemplado com legitima um filho illegitimo do mesmo por nome José, o qual fôra havido da supplicante, e, porque este era menor, foi-lhe nomeado tutor Manoel, do sobredito logar de . . . , o qual prestou juramento, e está funcionando como tal. Depois d'isto a supplicante perfilhou o mesmo, como consta da escriptura de que se junta copia, pelo que ficou o dito menino sujeito ao poder paternal, como determina o art. 166.º do Cod. Civ., caducando por este facto as funcções do tutor nomeado. Pretende pois a supplicante, que, junto este ao inventario, seja reconhecida a supplicante como investida no dito poder, e se intime o tutor para mais não continuar a exercer a tutela, e fazer entrega á supplicante da pessoa e bens do dito seu filho perfilhado. Parece á supplicante não ser preciso que o conselho de familia seja convocado para proceder á remoção do tutor, visto que ella se deriva da propria disposição da lei, mas, quando se julgue indispensavel esta formalidade, a supplicante não se oppõe.

P. a v. exc.ª se sirva deferir.

E R. M.

§ 163.º

**Posse**

Está hoje assente, que a inscripção na conservatoria, de qualquer predio, não priva o effectivo possuidor de oppor-se com embargos á posse, principalmente sendo a posse anterior ao 1.º de abril de 1867.

1.º

P. e consta dos autos requerer e obter o embargado posse judicial de vinte e quatro horas d'agua semanalmente, da que se empoeça em uma presa sita no logar dos . . . , durante o seu giro desde sabbado á noite até domingo á mesma hora, mas, quando se der o caso de ser impedida a noite de sabbado por causa do giro da agua, que vem do . . . e outras partes, correm então as vinte e quatro horas desde domingo pela manhã até segunda feira á mesma hora, tendo esta agua pertencido ao campo denominado . . . , que foi de Maria, a quem o embargado diz tel-a comprado, porém semelhante posse não pôde subsistir, porque

2.º

P. e em primeiro logar não se observaram para o registro as formalidades prescriptas na lei, nem o embargado imprimiu ao processo uma direcção legal, antes este correu d'um modo tumultuario, como a final se mostrará por direito, com o que se exceptiona.

3.º

P. e em segundo logar o procedimento do embargado é altamente injusto, reprehensivel, e até criminoso, como se manifesta do que vai deduzir-se; porquanto

4.º

P. e não ha duvida, que a agua da presa de . . . , tam-

bem conhecida por poça da . . . , anda distribuída aos dias por diferentes predios em virtude de posse antiquíssima, cuja origem se não conhece, pertencendo outr'ora ao campo de . . . de Maria, no tempo que o embargado diz; mas

5.º

P. que Maria ha muito mais de vinte annos vendeu a Luiz, pae do embargado e da embargante mulher, essas vinte e quatro horas d'agua, cujo titulo d'acquição se offerece na mão de embargado, que lançou mão de todos os papeis da casa.

6.º

P. que Luiz, apenas comprou a referida agua, foi com ella fertilisar a sua propriedade que tinha no fundo do povo de . . . , a qual partia do nascente com Manoel e João, e do poente com os herdeiros de José, de . . . , e outros, e para lá a levava constantemente todas as semanas, e nem tinha outro predio aonde a levasse.

7.º

P. que Luiz passou a doar para casamento aos embargantes, pela escriptura de 15 de agosto de 1856, que se junta por appenso em numero primeiro, a referida propriedade no fundo do povo de . . . , e entregando-se estes immediatamente d'ella, se apossaram tambem da agua mencionada, que era uma sua pertença, e nem o doador a reservou, nem tinha razão para isso por falta de presa em que a empresasse, gosando-a os embargantes exclusivamente.

8.º

P. que mais tarde comprou o mesmo Luiz a Manoel o campo de . . . , e, como não tivesse agua para elle, os embargantes lh'a concediam por favor algumas vezes, bem como para umas belgas, que eram da sua creada Maria, tirada das suas vinte e quatro horas; porque nem sempre d'ella precisavam.

9.º

P. que tendo Quiteria deixado em testamento uma horta

ao embargado, este consentiu que seu pae Luiz a desfrutasse e administrasse durante sua vida, e não obstante ter esta, ainda hoje chamada horta da . . . , a agua da presa de . . . em um dia da semana, contudo quando os embargantes deixavam ir a agua a seu pae e sogro, não se importavam de indagar para onde este a levava, e lá ia ás vezes á dita horta. Estas concessões porém não lhes tiraram a posse exclusiva da agua, que tem e sempre teve desde o seu casamento, e em que protesta manter-se.

10.º

P. que por fallecimento de Luiz, fizeram os embargantes saber que retiravam o favor feito a seu sogro e pae, e que não deixavam ir a agua nem ao campo de . . . , nem á horta da . . . , o que enfureceu o embargado, cogitando então dos meios de arrogar-se as vinte e quatro horas d'agua; e assim

11.º

P. que o embargado illudiu Maria, persuadindo-a a que lhe fizesse novo titulo de venda das vinte e quatro horas de agua, porque, precisando registral-a, o não podia fazer pelo antigo titulo feito a seu pae; e sendo ella mulher de boa fé, acreditou-o, e fez-lhe o titulo em 6 de maio de 1871, a que se refere o certificado do conservador, em que o embargado fundou a sua posse, mas que se guardou de juntar a este processo, apresentando-o (caso virgem!) na conservatoria sem duplicado, e deixando-o lá.

12.º

P. que com fundamento n'este titulo chamou o embargado os embargantes ao juiz de paz, como se manifesta da contra-fê junta em n.º . . . , prometendo, em caso de não conciliação, vir com a acção ordinaria de rescisão, mas fez no memorial taes e tão contraditorias declarações (que opportunamente se analysarão), que fazem recordar o — *quos Deus vult perdere, prius dementat*.

13.º

P. e mudando de tactica, talvez por se lhe metter em cabeça que, feita nova inscripção na conservatoria, ha de o

verdadeiro senhor e possuidor ir para o meio da rua, entendeu-se com seu irmão Luiz, e, illudida Maria, elle lhe escreveu o titulo, escreveu o certificado, foi tomar a posse ob e sobrepticamente, e se acha em campo para defendel-a; mas de balde, porque

14.º

P. e está hoje assentado, que qualquer inscripção na conservatoria não priva o effectivo possuidor de oppor sens embargos, mormente se a posse foi adquirida antes da installação das conservatorias, o que a seu tempo melhor se desenvolverá por direito.—Vejam-se o sr. Dias Ferreira no seu Commentario ao art. 953.º do Cod. Civ.; a *Rev. de Leg.* n.º 34, pag. 535 e 532, n.º 70 a pag. 276, n.º 173 a pag. 260, n.º 182 a pag. 402, e n.º 183 a pag. 417; o *Jorn. de Jurisp.* n.º 20 do 4.º anno a pag. 314, e n.º 10 do 5.º anno a pag. 146 e 147; o *Direito* n.º 13 do 2.º anno a pag. 197, e n.º 39 do 3.º anno a pag. 542 e 543.

15.º

P. que n'estes termos e nos de direito devem receber-se e julgar-se procedentes e provados os presentes embargos, e por virtude d'elles deve declarar-se nulla, inefficaz e sem effeito algum a posse tomada pelos embargados; sendo os embargantes mantidos na sua posse, enquanto não forem convencidos na questão de propriedade, e deve finalmente o embargado ser condemnado nas custas; ou então annular-se o processo, condemnando do mesmo modo o embargado nas custas.

## § 164.º

**Posse**

O possuidor de qualquer predio pôde defender-se com embargos, contra aquelle que a vem tomar judicialmente.

O possuidor de qualquer predio pôde defender por embargos a sua posse contra aquelle que a vem tomar, funda-

do no registro da conservatoria.—Dias Ferreira, Commentario ao art. 953.º do Cod. Civ.; *Rev. de Leg.* n.º 34 a pag. 534 e 542, n.º 70 a pag. 276, n.º 173 a pag. 260, n.º 182 a pag. 402, e n.º 183 a pag. 417; *Direito* n.º 13 do 2.º anno a pag. 197, e n.º 34 do 3.º anno a pag. 542 e 543; *Jorn. de Jurisp.* n.º 20 do 4.º anno a pag. 314, e n.º 10 do 5.º anno a pag. 146 e 147.

## § 165.º

**Prasos**

Tem direito a receber-os a segunda vida, chamada nominalmente na investidura.

## CONSULTA

Quando na investidura de um praso é chamada para segunda ou terceira vida certa e determinada pessoa, terá esta direito adquirido ao dominio util do mesmo, de modo que não possa passar a outrem, ou seja por titulo gratuito, ou por titulo oneroso?

## RESPOSTA

Assim parece de justiça, e assim o entendiam os antigos praxistas, um dos quaes, o eminente juriconsulto Lobão, no seu *Dir. Emphyt.*, 4.ª parte, cap. 7.º art. 2.º, tratando da alienação dos prasos, sustenta que ella não tem logar, quando o filho foi logo chamado *nomine expresso*.

Brito, no cap. *Potuit de locato*, § 3.º n.º 12 segue, que a alienação do praso não tem logar, se a emphyteuse for concedida a F. e mulher e filho Pedro—*pro se, uxore, et filio Petro*.

Outro tanto sustenta o grande Valasco, *Jus. Emphyt.*, questão 49, n.º 11—*si in emphyteusi sit nominatus aliquis filius vel filii proprio nomine, et emphyteusis pro eo vel illis stipulata; tunc enim non poterit illis prejudicare*.

Verdade é que Corrêa Telles, questão 53, das de *Dir.*

*Emphyt.*, entende que os prazos de geração podem ser vendidos, por não poder presumir-se que o senhorio tivesse intenção de beneficiar o fideiussor e seus filhos em prejuizo proprio, privando-se dos laudemios e de outras vantagens; mas, se na investidura não são chamados os filhos do emphyteuta em geral, porém sim um certo e determinado filho, cessa então a presumpção lembrada por Corrêa Telles, e entra a contraria de que o senhorio quiz favorecer aquelle filho, ainda á custa de algum interesse seu.

Isto por direito antigo; colloquemos porém um prazo d'estes em face do Cod. Civ.

Por um lado parece, que elle não resiste á prescripção geral do art. 1697.º, logo que se não dá nenhum dos casos dos art. 1698.º e 1699.º, por quanto, nos termos do art. 11.º, a lei que faz excepção ás regras geraes, não pôde ser applicada a nenhuns casos, que não estejam especificados na mesma lei.

Mas por outro lado o art. 8.º tambem estabelece a regra geral de que a lei civil não tem effeito retroactivo, e viria a tel-o o art. 1697.º, se despojsse da successão do prazo a pessoa chamada a ella por um contrato bilateral.

Se pelo art. 1698.º os prazos nomeados ou transferidos irrevogavelmente por instrumento authentico, mas com reserva do usufructo, são tomam a natureza de fatensins hereditarios, quando vierem ao poder dos nomeados ou d'aquelles para quem o prazo tiver sido transferido; dá-se, segundo nos parece, identidade de razão na especie proposta, porque, se o emphyteuta, que o era á promulgação do Cod. Civ., não podia dispor do prazo nem *inter vivos*, nem *causa mortis*, tendo indispensavelmente de passar para a ulterior vida nomeada, que mais tinha do que o usufructo d'elle? Mas se quiz escogitar-se alguma differença qualquer, e sustentar-se que esta especie é omissa no Código, ainda assim nos parece, que os principios de direito natural que prescrevem a inviolabilidade dos contratos, e os casos analogos de outras leis, e o espirito do art. 1698.º, pugnam a favor da pessoa chamada na investidura, tendo toda a applicação o art. 16.º

Concretisemos agora. Em 14 de maio de 1866 os exc.<sup>mos</sup> Manoel e mulher renovaram em Maria e marido Paulo o seu prazo de . . . , declarando-se na escriptura fazerem os renovados a primeira vida e a filha da primeira, Antonia, a

segunda, sendo a terceira um filho ou filha que a Antonia nomeasse.

Cumpra agora notar: 1.º, que Maria foi casada em primeiras nupcias com José, de quem teve a filha Antonia e outra chamada Anna, e, enviuvando, recasou-se com o dito Paulo, de quem teve uma filha chamada Maria; 2.º, que o prazo de . . . era da parte de Maria, a quem proveio de seus maiores; 3.º, que antes da renovação do prazo haviam Maria e Paulo feito um testamento de mão commum, no qual a primeira já nomeou o prazo sobredito na filha Antonia; 4.º, que Maria falleceu já na vigencia do Cod. Civ. sem mudar de testamento; e 5.º, que Paulo, sobrevivendo a sua mulher, é tambem já fallecido com outro testamento, no qual não fallou em tal prazo, tendo sempre a convicção de que lhe não pertencia.

Surge agora grave questão entre Antonia filha do primeiro matrimonio de Maria, e Maria filha do segundo. Diz esta, que á data da promulgação do Cod. Civ. se tornou o prazo fideiussor, e que, communicando-se entre seus paes Maria e Paulo, tem ella agora, como unica representante do ultimo, uma inteira metade na sua estimação, e ainda a parte respectiva como herdeira de sua mãe; e que, quanto esta lhe tivesse nomeado o prazo no testamento de mão commum feito antes do Cod. Civ., e que nunca revogou, parecendo estar sob a egide do art. 1699.º, contudo a renovação posterior alterou o estado das cousas, pertencendo a nomeação aquelle dos dois conjuges que sobrevivesse, verificando-se isto no marido. Argumenta Antonia, que o prazo é seu, porque foi chamada para segunda vida na renovação, por accordo entre os senhorios e os emphyteutas sua mãe e padrasto, militando assim a seu favor as razões acima adduzidas, e que se corroboram com a consideração de ter provindo o prazo por parte de sua mãe, e de se ignorar á data do testamento de mão commum qual dos dois falleceria antes.

Reconheço que a questão é gravissima, e nada me admirará, se algum meu sabio collega tomar o partido de Maria; no meu animo, porém, preponderam muito mais as razões juridicas a favor de Antonia, e ainda mesmo os principios da equidade, e, se fóra juiz, decidiria a favor de Antonia.

## § 166.º

## Frases

Constituem-se pela prescripção de receber o fóro. — O senhorio pôde obrigar o foreiro a mostrar as terras emphyteuticas e com que penas.

## Reflexões jurídicas por parte do A.

Se o direito admite que pela prescripção se possa constituir um emprasamento, ou seja pela posse de receber o fóro por dez annos, ou por trinta (Lobão, *Dir. Emphyt.*, 1.ª parte, cap. 8.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 539), como negar que o haja, quando já em 1801 se pagava o fóro desde *longuissimo tempo*, e que *continuou a pagar-se até 1870*?

Ora um dos direitos do senhorio é demandar o emphyteuta para que exhiba os predios foreiros, que hem possam com o fóro, e assigne escriptura de reconhecimento e renovação, como sustentam o citado Coelho da Rocha, § 571, da ultima edição, e a *Gaz. dos Trib.* n.º 3408.

Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1045.º ensina, que em regra geral qualquer foreiro é obrigado a mostrar ao senhorio os predios gravados com o fóro, salvo se allegar e provar justa causa, que faça presumir que os ignora. E no art. 1046.º diz, que se dolosamente os não mostra, pôde ser obrigado a sujeitar ao fóro predios sufficientes para a sua manutenção.

Na verdade a confusão dos predios, ou dos seus limites, não pôde proceder do senhorio, o qual, feito o aforamento, o mais das vezes não torna a vêr os predios emprasados, e menos ainda os seus successores: e pelo contrario o foreiro, que os cultiva e lhes colhe os fructos, percorre-os a toda a bora, e, se se perdem ou confundem, é porque ora os vende, ora os troca, ora os divide, ora os dota, ora os aliena por outro qualquer modo; factos estes que presenciemos quotidianamente. E depois d'isto ainda o foreiro vai muito ancho dizer ao senhorio: Mostre-me cá os predios, que me emprasou, se quer que lhe continue a pagar o fóro! Isto é

revoltante, quando, como diz Parex, de *Inst. edit.*, t. 5.º Res. 12, n.º 5:

*« Dominus census, dum in possessione exigendi annuum reditum a censuario reperitur, præsuntitur quod ipse censuarius prædia censualia possidet, eorumque fines compertos habeat: Ergo censuarius rei censita fines ostendere cogitur, non autem dominus census, quoniam is pro quo est præsumptio juris efficitur, ut urgens liberatur ab onere probandi, eoque gravatur adversarius, contra quem adest juris præsumptio. »*

Concorda Lobão, *Dir. Emphyt.*, parte 7.º cap. 3.º, e ensina o modo pratico de deduzir esta acção, dizendo que, se o emphyteuta confessa que o é, mas que ignora quaes são os predios emphyteuticos; ou quando por muitos annos pagou o fóro, e depois passou a negar-se emphyteuta (N. B. É o que succedeu n'estes autos), e é contumaz em indicar e declarar os predios emphyteuticos, *em pena da contumacia se lhe devem julgar emphyteuticos quantos elle possue*. Se porém o R. comparece, e allega provavel ignorancia, jurando, não soffre a pena, e satisfaz, assignando dos seus bens um predio proporcionado á segurança e subsistencia do fóro.

O mesmo haviam sustentado Valasco, *Jur. Emphyt.*, questão 51, n.º 4 e 5, fallando tanto do vassallo, como do emphyteuta; e Silva á *Ord.*, liv. 3.º tit. 59.º pr. n.º 89.

Em conformidade com este direito e praxe deduziu o A. o seu libello, dando logar aos RR. (estandó em boa fé) a poderem vir mostrar as terras aforadas, ou, se as ignorassem ou tivessem duvidas sobre ellas, indicar outras sufficientes para o fóro, sob pena de se julgarem sujeitos ao mesmo fóro quantos predios possuissem actualmente nos limites da freguezia de . . . , em todos ou parte dos quaes foi aquelle primitivamente imposto, do que os documentos não deixam duvidar.

Apesar da recusa de conciliação no juizo de paz, ainda o A. nutria a esperanza de que os RR. não deixassem progredir a acção, prestando-se a exhibir as terras primordialmente emphyteuticadas, ou outras equivalentes, ignorando aquellas; mas, em vez d'isso, vieram com uma opposição manifestamente maliciosa e injusta, e que as provas dos autos, inclusive a sua propria confissão, repellem.

Inquestionavelmente a sua contrariedade nada diz de relevante. Os primeiros cinco artigos teem por fim mostrar que a emphyteuse não é obrigação pessoal, mas um onus

real, que acompanha o predio. Isto porém foi apenas um luxo de erudição, e nada mais, porque n'esse principio está o A. de accordo, sendo por isso que pedin na conclusão do seu libello a exhibição das terras foreiras para se medirem e demarcarem, ou a sujeição de outras aos fóros sufficientes para a sua garantia. N'esta parte vieram os RR. em reforço do A., parecendo quererem combatel-o.

A materia dos art. 6.º e 7.º da contrariedade cifra-se em que o senhorio, sem novo contrato com o emphyteuta, não podia obrigar-o a onerar com o fóro qualquer predio livre. Note-se, porém, que o A. o que pede em primeiro lugar, é que os RR. lhe mostrem as terras foreiras, que só elles sabem, e assim se presume por direito, como já vimos, e fazem acreditar as declarações de seu ante-possuidor José.

Se estes se recusam, a sujeição de predios, que podem ou não ser os emphyteuticados ao fóro, é uma pena justamente infligida á sua contumacia, como diz o citado Lobão. A sentença que condemnar a isso os RR., quando na execução d'ella não sujeitem ao fóro terras sufficientes, supprime o contrato entre A. e RR., e tem igual força. E' assim que fica servindo de titulo a sentença que condemna alguém a fazer escriptura, a que se obrigou, e que recusa assignar. Corrêa Telles, *Ac.*, nota 7.ª ao § 304.

§ 167.º

**Prasos**

Feita venda de bens com a declaração de serem emprasados aos vendedores, como se procede se a escriptura fosse feita só depois da morte de um dos conjuges, ao sobrevivivo, quando os bens augmentassem de valor durante o matrimonio.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Antonio e mulher Anna venderam importantes bens a Manoel e mulher Maria, com o pacto de lhes ficarem emprasados em vidas.

Effectivamente os compradores emprasaram parte d'estes bens aos vendedores, por escriptura publica de 4 de julho de 1841; e como em 27 de dezembro seguinte fallecesse Antonio, os senhorios fizeram praso dos restantes bens á viuva em 17 de agosto de 1842, declarando-se n'esta serem bens comprados á emphyteuta e seu fallecido marido, o que se não tinha declarado com relação aos bens primeiro emprasados.

Procedem-se a inventario por morte de Antonio, o qual foi principiado em 15 de março de 1842, e findou em 8 de outubro de 1856, e n'elle se não estimaram os sobreditos prasos, nem ao menos se descreveram. E contudo havia obrigação de os estimar pelo que de mais valessem os predios vendidos e depois emprasados, acima do preço recebido pelos vendedores, como sustenta Lobão. *Dir. Emphyt.*, § 539, edição de 1828, e *Append. Dipl. Suppl.* ao tit. 7.º § 70; e Corrêa Telles, questão 157 do *Dir. Emphyt.* Ficaram pois os filhos do inventariado lesados por esta falta.

Esse préjuizo, porém, seria muito attenuado, se a viuva Anna conservasse os bens de praso, os quaes por sua morte viriam a ser divididos na estimação entre seus filhos, nos termos do art. 1662.º do Cod. Civ.; porém ella não fez assim, antes, querendo beneficiar uma neta, passou a vender simuladamente os referidos bens a um individuo que tinha contratado casar com essa neta, que d'elle já concebeu, apesar de ainda solteiros.

Tanto a fingida vendedora, como o supposto comprador tem confessado a simulação do contrato, de que aliás ha sobejos indícios, não sendo dos menores a falta de meios no comprador, para verificar a compra, e a intimidade entre todos que vivem na mesma casa.

Em taes circumstancias os filhos de Antonio desejam saber se tem meios, e quaes, de se lhes repararem taes préjuizos.

Se sobre os prasos vendidos pesasse hypotheca legal, bem estavam elles, porque se dirigiam contra o supposto comprador; mas, como no inventario se não descreveram nem estimaram os prasos, parece-me que não podemos invocar o n.º 7.º do art. 906.º do Cod. Civ., nem o direito anterior; e tanto assim que o snr. Dias Ferreira no seu Commentario diz, que esta hypotheca é constituída *pelo titulo legal da partilha*.

Parece-me pois que o unico recurso de que podem lançar mão, li'o faculta o art. 1030.º do Cod. Civ., intentando contra a mãe e comprador a acção de nullidade e rescisão do contrato por simulação, com a qual se teve em vista prejudicar os mesmos filhos auctores. Eu já tratei uma acção semelhante no juizo da comarca de Villa Nova de Fozcoá, e tive a fortuna de vencel-a, fundando-se a prova em presumpções vehementes; e as peças principaes d'este processo foram publicadas na *Rev. de Leg.* n.º 158 e seguintes e 179.

Mas podia acontecer que, tendo nós vencido essa questão, ficassem burlados, passando a ré a vender o praso real e effectivamente a outra pessoa; antes que o demandassemos pelas estimações. Para obviar a este inconveniente, parece-me dever accumulal-se com a acção de nullidade e rescisão da supposta venda o pedido das estimações do praso, que aos AA. pertencem como herdeiros de seu pae.

§ 168.º

**Prasos**

Requerimento a chamar á conciliação o vendedor e comprador para fazerem entrega d'elle ao senhorio, porque, não sendo prevenido da venda, quer optar ou preferir.

Dizem Ascenso e mulher D. Maria, da cidade de ... que querem chamar a este juizo de paz a F. e a Francisco e mulher Maria, do lugar de ... d'este districto, sobre o objecto seguinte: D. Izabel, da cidade de ..., emprasou a José, do lugar de ... do extincto concelho de ..., por escriptura de 17 de maio de 1803, na nota do tabellião Joaquim, e por tres vidas, um campo chamado o ..., sito por baixo de ..., e outro campo, tambem chamado o ..., cujas confrontações constam da escriptura, que será presente no acto da conciliação. Por fallecimento da dita D. Izabel passou a successão do dominio directo ao conde de ... e d'este ao supplicante marido seu neto, como representante de seu predefuncto pae Antonio; e a successão do dominio util achava-se ultimamente no primeiro supplicado, que pas-

son a vendel-o aos segundos supplicados, os quaes se acham na sua posse, e nunca pagaram ao supplicante laudemio, nem o fóro, que consiste em cinco alqueires de trigo, correspondentes a ..., e tres e meio arrateis de marrá, correspondentes a ..., vencidos por dia de natal, e posto e pago na casa e morgado do paço de ..., á custa do caseiro. Contém o praso a condição expressa de não poder ser vendido, sem ser ouvido o senhorio, para poder comprar tanto pelo tanto; e, ainda mesmo que a não contivesse, era expressa na Ord. liv. 4.º tit. 38.º, que depois passou para os art. 1678.º e 1681.º do Cod. Civ. Mas apesar d'isso o primeiro supplicado vendeu, sem o participar aos supplicantes, em razão do que vão elles usar o seu direito de preferencia, na conformidade das citadas leis, mas antes d'isso offerrecem conciliação aos mesmos supplicados, podendo com ella evitar-se os termos judiciaes.

P. a v. s.ª snr. juiz de paz, seja servido mandar citar os supplicados para dia, hora e local certos, com a pena de revelia.

E R. M.

§ 169.º

**Prasos**

O filho, a quem foi nomeado um com reserva do usufructo, não tem obrigação de o conferir. — Tendo-se havido por troca, confere-se, mas não pôde considerar-se tal a recepção por conta da legitiima.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Muito melindrosa é a questão constante da consulta, e infelizmente o rigor da lei não vai para onde o meu coração muito propende. Acho durissimo, que Mauricio levante precipitamente toda a legitima de sua mãe Elvira, ficando seus irmãos só com o que lhe couber da parte de seu pae Simplicio. Mas que, se as nossas velhas leis sancionam es-

tas durezas já com relação a vínculos, e já com relação a prazos?

Com effeito a Ord., liv. 4.º tit. 97.º § 22 (sobre a qual pôde consultar-se Lobão, *Dir. Emphyt.*, desde o § 548, da edição de 1828, e *Fasc.*, tomo 1.º diss. 3.º § 16 e nota) dispõe que, doando o pae ao filho os prazos em sua vida com immediata transferencia do usufructo, o doado, querendo ser herdeiro, conferiria em seu quinhão a valia do praso ao tempo da doação, o que todavia não tinha lugar, havendo reserva do usufructo.

Foi esta a hypothese, que effectivamente se deu, aggravada ainda pela circumstancia de se estipular expressamente a collação, o que tudo foi aceite pela doada.

Tendo esta fallecido muitos annos antes da promulgação do Cod. Civ., parece que a successão do praso se radicou em Mauricio, varão mais velho, que nada tem a repor aos irmãos, se porventura o praso não tiver benefitorias.

E' uma verdade que Elvira, para receber o praso, deixou de ter em legitima bens livres, mas não me parece que possa dizer-se, que houve o praso por permutação, caso este em que decerto o teria de estimar com os irmãos, pelos proprios termos da citada Ord. nas palavras — *ou fazenda do pae ou mãe* —, e ensina Lobão nos logares doutamente citados na consulta, bem como Pinheiro, *de Emphyt.*, disp. 5.º secç. 2.º § 3.º n.º 32; e Guerreiro, *Trat. 2.º*, liv. 2.º cap. 12.º n.º 58. E não o houve por permutação, porque estando seus paes vivos no acto da doação, e sendo com elles proprios que contratou, ainda não tinha legitima, nem lhe pertencia cousa alguma nos bens d'elles, para que possa dizer-se que houve uma troca. Aceitar bens em legitima, emphyteuticos, ficando privada de mais tarde os receber livres e allodiaes, não foi uma troca, nem a phraseologia juridica permite dar-lhe tal nome, nem considerar tal acto um contrato oneroso.

E' porém tamanha a mágoa que tenho em dar esta opinião, que muito desejarei que outros mais habeis advogados me refutem, e sigam contraria opinião.

Não ha lei, é verdade, que prive os filhos de legitima, mas é quando ha bens partiveis, e, quando os não ha, resta o meio de pedir alimentos a quem os pôde prestar, o que talvez possa dar-se no nosso caso, visto que o primogenito fica rico, e os outros pobres.

## § 170.º

## Prasos

Antes do Cod. Civ. não podiam ser nomeados com substituição fideicommissaria, porque isso equivalia a duas nomeações. — A simples declaração feita no assento de baptismo pelo padre, da paternidade do baptisado, não equivale a perflibação. — O fideicommissario recebe a herança, embora o fiduciario o não perflibasse, como lhe havia recommendado o testador.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Para respondermos á consulta com a lealdade que costumamos, temos a considerar em separado os prazos, a terça da testadora, e o resto dos bens allodiaes.

## Prasos

Era opinião corrente, por direito anterior ao Cod. Civ., que os prazos não podiam ser nomeados com substituição fideicommissaria, porque isso importaria duas nomeações successivas, e o que uma vez nomeou — *functus est officio suo*. — Vejam-se Corrêa Telles, *Dig.*: tomo 3.º art. 1030.º; Coelho da Rocha, *Inst.*, § 564; e a *Gaz. dos Trib.* n.º 4504, e muitos outros numeros.

Suppondo, pois, que a testadora nomeou os seus prazos em seu irmão Antonio, com o encargo de passarem por sua morte para a filha Rosa, esta substituição não poderia ser attendida, (e o dominio util se radicou no primeiro nomeado), mormente sem consentimento do senhorio, que podia ser prejudicado com a immobilitação da propriedade, deixando de receber os respectivos laudemios.

No entretanto como a testadora, fallando nos prazos que nomeia ao irmão, acrescenta — *e d'elles dispor por sua morte a quem lhe convier* — já se vê, que aos mesmos não quiz estender a disposição de que os bens passariam á Rosa por morte do herdeiro. E' com relação aos prazos, que eu entendo estas palavras, não só pela ligação em que estão com a nomeação d'elles, mas porque e de suppor, que a

testadora soubesse, por via de advogado, que os prazos eram insuscetíveis de fideicomisso; e, entendidas assim restrictamente, cessa a desharmonia que parecia notar-se na disposição da testadora, ora deixando ao herdeiro a faculdade de dispor dos bens da herança a seu belprazer, ora limitando-lh'a ao goso vitalício, afim de passarem a Rosa.

### Terça

A testadora, deixando a herança ao dito irmão Antonio, impõe-lhe logo a condição de perfilhar a filha Rosa, para a esta passarem os bens do casal por morte d'elle; e depois acrescenta — deixo a minha terça d'alma ao dito meu irmão e herdeiro, e o nomeio por meu primeiro testamenteiro —.

Pois se elle estava instituído em toda a herança, não foi uma inutilidade deixar-lhe em especial a terça, que já estava comprehendida na mesma herança? Assim parece, mas ou eu estou muito illudido, ou a testadora destacou a terça do resto da herança, para eximil-a do onus do fideicomisso, e deixal-a precipua e livremente ao irmão, como premio da testamentaria, e gratificação das obrigações que confessa dever-lhe, e até o deixar-lhe esta quota hereditaria posteriormente á substituição leva a cre-lo.

Creio pois firmemente, que Antonio fez seus os prazos e a terça dos bens livres, sem obrigação de nada d'isto transmittir a Rosa.

### Resto dos bens

Aqui é que estão as principaes difficuldades.

Pelo que respeita á herança de Antonio, se este não perfilhou, nem reconheceu Rosa, não pôde vir partilhar n'ella; e se se não der nenhum dos casos dos n.º 1.º e 2.º do art. 133.º do Cod. Civ., já não pôde investigar a paternidade, visto ser o pae fallecido.

Mas reputar-se-ha ella reconhecida pela declaração feita no assento de baptismo, de que era filha de F.? São bem conhecidos os dois systemas oppostos do *Direito* e da *Rec. de Leg.*, querendo aquelle, que a simples declaração do parochio no assento bastasse antigamente para importar perfilhação, e querendo esta que só importe perfilhação, quando o pae ou um seu procurador assignou o assento. Eu opto

por esta segunda opinião, parecendo-me absurdo, que um facto tão importante e de tão graves consequencias praticas ficasse dependente do arbitrio, e muitas vezes da levandade, falta de critica, ou paixão d'um parochio, arvorando-se em pae, quem talvez o não era.

Portanto, se eu fóra o juiz do inventario, não admitiria Rosa como coherdeira, se se me apresentasse só muni-da do assento do baptismo nas referidas condições, e exigiria sentença do poder judicial.

Mais difficil é a resposta com relação á tia, a respeito de cuja herança pôde surgir grande questão, não com os outros parentes d'ella, que a testadora evidentemente excluiu, mas com a propria Rosa, para quem pretendeu que fosse em os bens do casal (seus e do irmão, segundo me parece); e comquanto hoje não possa pretender os do pae, ao menos no todo, por deixar posteridade legitima, não succede o mesmo com os da tia.

Pôde Rosa argumentar, que a tia estabeleceu a seu favor um fideicomisso, e que, tendo-se finado o fiduciario Antonio, devem os herdeiros d'este entregar-lhe a herança d'ella; isto é, duas terças partes. Se elles allegarem, que o fideicomisso dependeu da condição de ser perfilhada, o que não aconteceu, tem Rosa boa resposta.

Expriu-se a testadora assim: «e finalmente o meu herdeiro e irmão cuidar de perfilhar sua filha Rosa comigo assistente, afim de gosar por morte do mesmo *os bens do casal*, porque tendo vivido na minha companhia, e servindo-me como sobrinha, quero que se perfilhe, como dito fica, e não passarem *os bens do casal* a outra pessoa ».

Eram portanto, ao que parece, os desejos da testadora, que Rosa lucrasse os bens de *toda o casal*, isto é, seus e do irmão, por morte d'este, visto estarem de sociedade, e assim lh'o rogon, mas como este, ou por mau comportamento de Rosa, ou por outro motivo, lhe não fizesse a vontade, e a não perfilhasse, antes se casasse com mulher diversa da mãe d'ella, nem por isso se segue que lhe não pertençam, como fideicommissaria, os bens da tia, cuja vontade foi expressa, embora lhe não pertençam os do pae.

Supponhamos, porém, que a testadora não se referiu conjunctamente aos seus bens e de seu irmão, e só aos primeiros; ainda assim inclino-me para a parte de Rosa. Se ella tenten, que esta, para lucrar-lhe os bens, precisava

de ser perfillhada pelo irmão e herdeiro, como se deprehende das suas palavras, estava em um erro de direito, que em nada alterou a sua vontade acerca do destino dos bens depois do fallecimento d'este. Não foi pois uma condição, de que ella fizesse depender a validade do fideicommisso, foi uma rogativa para praticar um acto, que erroneamente acreditava essencial.

Não quero dizer com isto, que não possa haver outra opinião, nem que os tribunales tenham forçosamente de seguir aquella, para que propendo; mas, se a seguirem, é claro, que a viuva de Antonio não tem meação nos bens que hão de ir a Rosa, em razão do fideicommisso, que era admitido pela legislação anterior ao Cod. Civ. nos termos em que foi concebido.

### § 171.º

#### Prasos

O onus emphyteutico acompanha o predio para onde quer que elle vai, mas deve estar registrado. — Não podem dividir-se contra a vontade do senhorio, e quando o façam, pôde elle fazel-o conjuntar.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A consulta é bastante complexa e de não pequena difficuldade pratica: direi porém o que me parece mais juridico e seguro.

Sendo a emphyteuse um onus real (art. 949.º § 2.º n.º 3.º do Cod. Civ.) acompanha o predio para qualquer possuidor. E' verdade que para isso carece-se do registro; mas isso entende-se, por emquanto, com relação a emphyteuse constituida depois do Cod. Civ., porque, quanto á preterita, só pôde entender-se depois de expirado o praso marcado pela lei para o seu registro, que vem a ser o dia 22 de março proximo futuro, no caso de não haver nova prorogação. — (Cod. Civ. art. 1023.º § unico; lei de 4 de março de 1869; decreto de 17 de março de 1870; lei de 15 de junho de 1871; e lei de 20 de março de 1873).

Posto isto, todas as transmissões que se teem verificado dos predios emphyteuticos, mesmo depois do Cod. Civ. levaram consigo o onus da emphyteuse, o que tambem ensinam a *Gaz. dos Trib.* n.º 4384 e o *Direito* n.º 39 do 3.º anno, e decidiu o accordão da relação de Lisboa de 14 de maio de 1870, transcripto no mesmo *Direito* n.º 32 do 2.º anno. Nestas circumstancias está Bernardino com relação aos bens de praso comprados aos filhos de Jeronymo.

Quando isto offercesse alguma duvida, que me parece não offerrecer, pelo menos era Bernardino responsavel pelos fóros vencidos até á publicação do Cod. Civ. Com effeito a lei de 20 de julho de 1774 no § 38 concedia ao senhorio hypotheca tacita e legal nos bens do praso pela divida de fóros, o que acabou pelo Cod. Civ., como se vê do art. 906.º, concedendo o art. 880.º n.º 1.º ao senhorio sómente o privilegio mobiliario nos fructos dos bens foreiros. Mas oCodigo não podia ter effeito retroactivo, o que é expresso no seu art. 8.º, e, como esta hypotheca era isenta de registro pelo decreto de 26 de outubro de 1836, tem-se entendido, e com razão, que o senhorio tem preferencia pela divida de fóros, nos bens emphyteuticos, a quaesquer credores com hypotheca convencional e devidamente registrada, o que é de ver nas sentenças, accordãos, e artigos doutrinaes da *Rev. de Leg.* n.ºs 127, 209, 270 e 279, e do *Direito* n.º 3 do 4.º anno e n.º 17 do 6.º anno; e sómente se tem entendido o contrario com relação aos fóros vencidos depois da promulgação do Cod. Civ. — Accordão da relação de Lisboa copiado no *Direito* n.º 36 do 6.º anno.

Já pelo direito antigo era prohibida a divisão do praso em glebas contra a vontade do senhorio, o que passou para o art. 1662.º do Cod. Civ., apesar da natureza de fateosins hereditarios puros, de que todos foram investidos. Portanto, quando no inventario de Jeronymo se descreveram como livres, e se dividiram, os bens foreiros, commetteu-se uma illegalidade, que o senhorio pôde combater, e destruir-lhe os effeitos, ainda que com custo e trabalho, fazendo conjuntar o praso nos termos que podem vêr-se na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 3065, 3066 (menos quanto a commissio, cuja pena se julga ter caducado pelo Cod. Civ.), 3877 e 4613; no *Direito* n.º 8 do 4.º anno, n.º 37 do 6.º e n.º 3 do 7.º; e na *Rev. de Leg.* n.ºs 222 e 244.

Querendo o senhorio haver agora os seus fóros, seria

para desejar, até pelo que diz o *Direito* n.º 6 do 6.º anno, que o dominio directo se registrasse na conservatoria previamente, mas se Bernardino registrou os bens comprados como livres, inscrevendo-se a favor d'elle o dominio pleno, é de receiar que, enquanto aquelle registro subsistir e não se annullar, nos termos do art. 995.º do Cod. Civ., se recuse a fazer outro, inscrevendo o dominio directo dos mesmíssimos bens a favor do senhorio, em vista do que dispõe o regulamento de 28 de abril de 1870, art. 124.º

Tente-se porém fazer esse registro.

## § 172.º

### Preferecia

Os credores que tem privilegio devem ser citados para o concurso. — Quando tem privilegio o credor de materiaes para hemeitorias do predio arrematado. — Se podem concorrer em creditos que tenham de provar-se por testemunhas.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Segundo o art. 887.º n.º 2.º do Cod. Civ. são creditos privilegiados os provenientes de despezas feitas nos ultimos tres annos para a conservação dos predios, com relação áquelles a que tiverem sido applicadas, uma vez que não excedam a quinta parte do valor dos mesmos predios. São pois privilegiados só os creditos por hemeitorias necessarias, de que falla o art. 498.º

Ora, pelo art. 1012.º, no concurso de creditos immobiliarios são pagos em primeiro logar os credores com privilegio immobiliario, e em segundo os creditos com hypotheca registrada, no que concordam os art. 887.º e 1005.º Mas se pelos art. 878.º e 1006.º os credores privilegiados dão direito de preferencia independentemente de registro, vê-se que por este lado nada obriga a que taes creditos tenham sido exarados por escripto. Cumpre pois examinar, somente, se o acto juridico, que constituiu o credito, é da natureza d'aquelles a que o Codigo impõe a necessidade de ser re-

duzido a escripto. Se o for, não pôde ser admittido em concurso, não se provando por escripto; do contrario ha de ser admittido, embora a sua existencia só possa demonstrar-se por testemunhas; visto que não é a qualidade de privilegiado que obriga um credito a provar-se por escripto, mas sim e unicamente a natureza do acto que lhe deu origem, em face dos principios geraes do Codigo.

Na hypothese sujeita figura-se um emprestimo inferior a 2005000 réis, feito com o fim de conservar algum predio. O destino do dinheiro torna o credito privilegiado (art. 887.º n.º 2.º), mas a existencia do credito pôde e deve provar-se por qualquer meio de prova, até por testemunhas, visto que o mutuo não excede a 2005000 réis (art. 1534.º); e a prova por testemunhas admite-se em todos os casos em que não fór expressamente defeza (art. 2056.º). Ora o acto juridico em si pôde provar-se por testemunhas, e a qualidade de privilegiado, que tem o mutuo, nasce legalmente do destino e applicação do dinheiro mutuado, que ha de constar do depoimento das mesmas testemunhas. O privilegio é só a consequencia legal do acto juridico que a lei permite provar-se testemunhalmente.

Se isto é verdadeiro, e se a lei que reconhece um direito legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio (art. 12.º), parece-me obvio que o credor privilegiado deve ser admittido, na hypothese figurada, a provar por testemunhas, no concurso de preferencias o seu credito. O contrario seria inutilisar-lhe o seu dinheiro, quando nenhuma disposição de lei o obrigava a reduzir a escripto o seu contrato.

Por conseguinte, embora se diga que não é admissivel a prova testemunhal, no concurso de preferencias, e que só o é, em regra, a documental (*Rev. de Leg.* n.º 490), parece-me que estamos n'um caso de excepção; como o seria aquelle em que se pretende atacar um documento, arguindo-o de falsidade.

E se a propria *Rev. de Leg.* n.º 189, sustentando que os credores privilegiados se devem habilitar para o concurso com cartas de sentença ou artigos com execução apparelhada (art. 23.º do regulamento de 28 de abril e Ref. Jud. art. 644.º n.º 2.º), já reconhece em a nota 3, col. 2.º a pag. 514, que hem se pode admittir ao concurso outro qualquer titulo legal, que prove o credito em harmonia com o systema do Codigo. Se esta illação é verdadeira, como creio, porque se

não ha de dizer o mesmo em relação á prova testemunhal, quando esta é bastante, segundo o mesmo Codigo, para demonstrar em juizo a existencia de qualquer credito?

Outra difficuldade está em que o regulamento não falla da citação para o concurso dos credores privilegiados, de que trata o art. 887.º n.ºs 2.º e 3.º do Codigo, o que levou Alexandre de Seabra a sustentar no *Direito* n.º 48 do 3.º anno, que as disposições do regulamento lhes não são applicaveis, embora reconheça a dureza e difficuldades d'esta conclusão. N'este ponto voto antes, com a *Revista* n.ºs 189 e 192, que é mister reconhecer a existencia de uma lacuna no regulamento e, que para cumprir as disposições correspondentes do Codigo, tem de admitir-se a citação edital de taes credores. Veja-se nota 1 a pag. 544.

O art. 891.º n.º 2.º estabelece, que a hypotheca abrange as benfiteorias feitas á custa do devedor, salvo o direito de terceiro, na parte que o valor do predio tiver sido augmentado por ellas.

Na hypothese da aquisição de um predio já hypothecado, em que o adquirente fez benfiteorias que lhe augmentaram o valor, parece que estas devem ficar, na parte d'esse augmento, fóra da hypotheca, e que o adquirente é o terceiro, n'este caso, de que falla o Codigo.

Verificada a execução hypothecaria, como salvar o seu direito? Não vejo outro meio senão por meio dos embargos de terceiro, de que falla o art. 215.º, mas só em relação ao augmento de valor produzido pelas benfiteorias, porque só quanto a este é que o possuidor do predio pôde ser considerado como terceiro, sendo no mais considerado como devedor ou executado, segundo se vê do art. 207.º

N'estes embargos pôde adduzir a prova que tiver, das benfiteorias, ou seja por testemunhas ou outra qualquer; e nem obsta a falta de registro, porque é este um dos casos excepcionaes, em que elle não pôde existir, e o direito garantido ao adquirente pelo citado art. 891.º n.º 2.º não pôde ser inefficaz (art. 12.º do Codigo); tanto não podia fazer o regulamento, que deve sempre harmonisar-se com o Codigo, que elle procurou desenvolver e não contrariar.

§ 173.º

### Preferencias

pode a fazenda nacional disputar-as com um credor hypothecario, sem necessidade de registro, por ser elle dispensavel nas hypothecas legaes da fazenda. — Isto mesmo parece dar-se nas hypothecas legaes das camaras, ou dos particulares. — Tudo isto porém diz respeito ás hypothecas anteriores ao Cod. Civ.

### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Pelo decreto de 26 de outubro de 1836, art. 2.º § 1.º n.º 4.º, eram exceptuadas do registro as hypothecas resultantes do facto de emprego, que envolvesse responsabilidade para com a fazenda nacional. Veio a lei de 1 de julho de 1863; no art. 33.º n.º 2.º sujeitou ao registro as hypothecas sem distincção, e no art. 80.º só as declarou causas legitimas de preferencia, sendo registradas. O regulamento de 4 de agosto de 1864 dispoz no art. 120.º, que a hypotheca legal a favor da fazenda nacional, camara municipal, etc., não produzisse efeitos juridicos, sem ser registrada em qualquer immoveis do devedor ou responsavel. Estabeleceu pois á lei, e o seu respectivo regulamento, o principio geral da necessidade do registro para todas as hypothecas, e nada estatuiu em particular a respeito das que eram isentas d'elle pelo decreto de 1836, e que á data da nova lei estivessem já constituídas. Poderá consequentemente a lei de 1863 abranger estas, ou comprehenderá só as que, embora de natureza das out'ora dispensadas do registro, viessem a constituir-se já na sua vigencia?

No art. 37.º da lei de 1 de julho, de disposição transitória do regulamento de 4 de agosto, marcou-se o praso de um anno para a renovação do registro dos titulos a elles sujeitos pela lei antiga, cujos efeitos deviam durar por igual tempo; e nada se disse acerca das hypothecas até então dispensadas do registro. Ou pois o legislador as submetteu a elle em 1863, ou lhes garantiu a isenção d'elle.

A primeira parte d'esta alternativa parece-nos inadmissivel. Na verdade, além de ir-se retroagir sobre o passado, ata-

cando direitos adquiridos e actos realísados sob o imperio da lei antiga, contra o disposto no art. 145.º § 2.º da carta constitucional, é obvio, que assim como não esqueceram as hypothecas de preterito, já registradas, e cujo registro se mandou renovar dentro de um anno, tambem se devia prescrever em que tempo haviam de registrar-se as hypothecas então existentes, e que pela lei antiga eram dispensadas do registro. E esta falta não pôde suppor-se na lei para obviar ás fraudes, que aliás poderiam commetter-se.

Com effeito, obrigar taes hypothecas a registro, e não fixar o prazo para isso, era supor, que o mesmo podesse verificar-se logo no primeiro dia da vigencia e execução da lei de 1863, ou antes nos primeiros momentos d'elle, porque só assim poderia prevenir-se, que outros credores suppostos ou verdadeiros viessem primeiro registrar outras hypothecas ou actos juridicos mais modernos sobre os mesmos bens, prevalecendo-se depois no concurso de preferencias da prioridade do seu registro. Ora se tal supposição é de todo impossivel, até por faltar materialmente o tempo indispensavel para a sua realisação, torna-se claro, que a lei jámais deixaria de fixar o prazo para o registro de taes hypothecas, (se a elle as quizesse submitter), dentro do qual gosassem do direito de prioridade, embora concorrendo com outras de differente natureza, mas anteriores no registro.

Inclinamos-nos pois a que deve adoptar-se a segunda parte da alternativa, e é, que estas hypothecas continuaram a subsistir independentemente do registro: pouco importando, que o pensamento dominante da lei de 1863 fosse a publicidade das hypothecas, e mais actos juridicos, que realissem sobre bens immobiliarios, já porque só pôde referir-se ao futuro, e já porque, se houvesse de actuar sobre o passado, era mister, que o legislador terminantemente declarasse, como fez em relação ás hypothecas sujeitas a registro pelo decreto de 1836: para se não auctorisarem os dolos e fraudes a que já alludimos. O silencio pois do legislador é o mais seguro argumento, de que se não quiz bulir nas hypothecas dispensadas de registro, e já constituidas ao tempo da execução da nova lei.

Appareceu finalmente o Cod. Civ., que hoje regula esta materia, por força da disposição do art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867. No art. 1000.º do mesmo estabelecem-se que: «As hypothecas que, pela legislação anterior a este Codigo,

não eram sujeitas a registro, . . . e que ainda subsistirem ao tempo da promulgação do mesmo Codigo, são admissiveis a registro. . . ».

Ora se a lei hypothecaria de 1863 tivesse sujeitado ao registro todas as hypothecas, sem excepção, vê-se que não poderíamos interpretar e entender as palavras do Codigo — pela legislação anterior —, o que equivaleria a ficar a sua disposição sem applicação, o que é absurdo. Effectivamente se a hermeneutica juridica não véda suppor palavras inuteis nas leis, quanto mais toda uma divisão composta de cinco artigos? Admirou-nos por isso, que a illustrada redacção do *Direito* quizesse sustentar a doutrina contraria, e por isso erronea, attribuindo a inutilidade da disposição do Codigo a esquecimento, que os seus redactores tiveram, de que entre a confecção do projecto d'elle e a sua sancção legislativa mediou a lei de 1863, que tinha arvorado o principio generico do registro. Isto é bom para dizer-se, no gabinete de estudo, mas não na tela do foro, onde a lei tem de applicar-se depois de bem interpretada.

Se pois temos forçosamente de fazer obra pelo art. 1000.º do Codigo, que não pôde ser letra morta, parece-nos claro, que as hypothecas exceptuadas de registro até á sua promulgação não podem ser senão as que o eram pelo decreto de 1836, e que a lei de 1863 já achou constituidas. Dêmos porém de barato, que esta lei tambem as quiz sujeitar ao registro; não foi porventura ella revogada pelo Cod. Civ. no referido art. 1000.º, quando, agora lhes reconheceu a existencia juridica, assignando um prazo para o seu registro? Ninguém responderá negativamente.

Demais, que a nossa interpretação é a verdadeira, mostra-o o relatório que precede o decreto de 17 de março de 1870, quando falla dos gravissimos inconvenientes que resultariam á fazenda publica, e a algumas corporações, de se não prorogar o prazo para o registro das hypothecas a que se refere o art. 1000.º do Codigo. Tanto este não é applicavel, como pretendeu a redacção do *Direito*, que teve de mudar de opinião em face do mencionado decreto.

Já antes d'isto, em 14 de maio de 1869, o sábio procurador geral da corôa, sr. Márten Ferrão, expozera as nossas idéas na resposta 76 n.º 2.º ás consultas de alguns conservadores (vide *Gaz. dos Trib.* n.º 4491). As mesmas sustentaram em varios numeros do *Direito* e da *Rev. de Leg.* al-

guns illustrados juristas, entre os quaes o douto autor do projecto do Cod. do Proc. Assim se julgou já na relação de Lisboa em accordo de 17 de novembro de 1868, e finalmente para a execução do art. 1000.º e seguintes do Codigo foram escriptos os art. 161.º e seguintes do regulamento de 14 de maio de 1868.

E não faça duvida, que no ultimo regulamento de 28 de abril de 1870 appareça só o art. 80.º, referindo-se aos effectos e registro das hypothecas já registradas antes da lei de 1.º de julho de 1863, e que nada se determine quanto ás não registradas; porque a materia d'este artigo é equivalente á que foi consignada no art. 160.º do regulamento de 14 de maio de 1868, a qual não tem assento no Cod. Civ., e foi uma innovação legislativa, mas por que se tem feito obra; e deixou-se sem regulamento a disposição do art. 1000.º do Codigo, talvez por se julgar desnecessario, attento o desenvolvimento do mesmo n'este ponto. Quando pois o decreto de 17 de março se refere ás hypothecas de que tratam o art. 1000.º do Codigo e 160.º do regulamento de 14 de maio, abrange duas ordens d'ellas, a saber, as não registradas (art. 1000.º) e as registradas na vigencia do decreto de 1836 (art. 160.º).

Applicando portanto a doutrina exposta á hypothese da causa proposta, parece-nos que a fazenda nacional pôde entrar no concurso das preferencias com Francisco por virtude do art. 1000.º do Codigo; e que, se fizer o registro da sua hypotheca dentro do praso marcado pelo decreto de 17 de março ultimo, deve obter preferencia sobre o mesmo Francisco, embora a hypotheca d'este fosse primeiro registrada, attenta a disposição do art. 1019.º do mesmo Codigo.

Podem consultar-se sobre esta espinhosissima materia os n.ºs 7, 9, 12, 13, 15 e 19 (1.º anno), e 1 e 2 (2.º anno) do *Director*; 9, 26, 31, 44 e 100 da *Rev. de Leg.*; e 4011 e 4191 da *Gaz. dos Trib.*

§ 174.º

**Prescrição**

As servidões, ou direito a exercel-as, podem prescrever pelo seu não uso e durante que tempo. — Se antes do tempo necessario para a prescrição, deixou de passar-se, por não ser preciso, embora tenha decorrido um anno, pôde usar-se da servidão, sem receio da acção possessoria, mas não assim se deixou de fazer-se uso por mais de um anno, por ter havido opposição do dono do predio serviente.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Segundo o direito antigo as servidões, para se considerarem extinctas pela prescrição, era mister que decorressem trinta annos desde que principiou o não uso. — Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 493.º; e Coelho da Rocha, *Inst.*, § 602.

O Cod. Civ. no art. 2279.º n.º 2.º diz que as servidões acabam pelo não uso durante o tempo necessario para haver prescrição, e como se não marca o praso d'esta ultima, temos de regular-nos pelas disposições geraes dos art. 526.º e seguintes.

Ora como á vigencia do Codigo só eram decorridos ainda dez annos de prescrição, faltando vinte annos para poder completar-se em conformidade com a legislação antiga, creio serem applicaveis ao nosso caso as disposições do mesmo Codigo, como se deduz dos art. 564.º e 566.º, combinados entre si, e parece não haver ainda prescrição contra Francisca. Expresso-me porém dubitativamente, porque, como não sei se o predio serviente está ou não registrado, não tenho todos os elementos precisos para a contagem do tempo da prescrição.

Suppondo porém o mais provavel, isto é, que a servidão ainda não está extincta pela prescrição, vejamos como Francisca deve proceder para continuar o seu uso.

A mim parece-me que ella pôde usar agora da servidão, do mesmo modo que a tinha ha quinze annos, e esperar, sem grande receio, a acção de força, que Josepha lhe mova por

tal motivo, porque não pôde dizer-se, que aquella perdesse a sua posse pelo não uso durante os quinze annos, sendo a servidão descontinua, como é. Com effeito n'estas servidões praticam-se os factos característicos d'ellas todas as vezes que isso apraz aos donos dos predios dominantes, e, contando que não deixem expirar o prazo da prescrição, o seu direito e posse de o exercer está sempre de pé. Se Francisca não usou, durante quinze annos, da servidão, é porque d'isso não precisou, mas a possibilidade da posse, de que falla o art. 474.º § 2.º do Cod. Civ., conservou-a sempre; e não pôde por isso dizer-se que a perdesse por força do disposto no art. 482.º n.º 4.º Não se trata aqui de um objecto material, que passasse do poder de Francisca para o de Josepha, por mais de um anno, mas sim de um direito, cuja possibilidade de exercicio existia sempre para Josepha.

Exceptuaria porém o caso de Francisca ter pretendido usar da servidão e, soffrendo opposição de Josepha, não haver instaurado dentro de um anno a respectiva acção para assegurar a sua posse, nos termos do § unico do art. 504.º, porque, dada esta hypothese, então é claro que Francisca perdeu a posse, e só lhe resta a acção de propriedade, ou confessoria de servidão; e, se antes de recorrer a este meio intentar passar no predio, pôde Josepha usar contra ella, com vantagem, da acção de força.

Se porém o não uso proveio só do não querer, então inclino-me a que a posse se conservou sempre em possibilidade ou intellectualmente; do contrario seria Francisca obrigada a usar da sua servidão todos os annos, embora d'isso não carecesse, o que degenera em absurdo.

E quando Francisca decahisse na acção de força contra ella intentada, sempre lhe ficava patente a acção confessoria.

Em todo o caso, se Francisca quizer ir por caminho securissimo, então, em vez de passar pelo predio e esperar pela acção de Josepha, vá primeiro a juizo com a acção ordinaria ou confessoria de servidão.

## § 175.º

## Prescrição

Por direito antigo não corria, havendo má fé da parte d'aquelle a quem aproveitava.

O accordão da relação de Lisboa de 8 de novembro de 1871, na *Rev. de Leg.* n.º 229, revogou uma sentença de primeira instancia, entre outras razões, porque, vigorando antes do Cod. Civ. a Ord. liv. 4.º tit. 79.º, não podia principiar a prescrição sem haver boa fé, o que esteve em vigor até 22 de março de 1868, como se vê da tenção ali copiada.

Na *Revista* n.º 236 se sustenta a mesma doutrina, não obstante o Cod. Civ., por isso que este nos art. 564.º e 566.º ressalva as prescrições anteriores á sua publicação.

Na *Revista* n.º 240 se sustenta, que um irmão não pôde, a pretexto de prescrição, evadir-se a dar partilha dos bens adquiridos em casa e com fundos do pae, em razão da falta de boa fé, citando-se a Ord. liv. 4.º tit. 6.º, e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 1295.º e 1346.º Diz que menos aproveitará, se o casal ficou por morte de seus paes *pro indiviso*, e elle esteve na posse dos bens communs, e copiando a nota 4.ª ao § 148 das *Acq.* de Corrêa Telles, acrescenta: «E pela mesma razão diremos nós, que pôde aquella ser pedida a quem se achar n'essa posse».

## § 176.º

**Procuração**

Sem ella ninguem pôde ser procurador d'outrem, sendo por consequente nulos os actos que como tal praticar. — O mesmo succede quando o procurador vai além dos poderes n'ella conferidos.

**Reflexões jurídicas por parte dos RR.**

Folheado o processo não se encontra outra procuração, feita pelos AA. ao seu douto advogado dr. F., senão a de fl. ..., e essa mesma com o nome estropeado de ... Tem ella a data de 3 de março de ..., e por consequente só d'essa data por diante é que o mesmo doutor começou a ser procurador dos RR., e a poder funcionar como tal.

Mas que nos diz o processo? Diz-nos a fl. .... que o mesmo quiz representar os AA. em 15 de fevereiro antecedente, assignando como seu advogado a petição inicial. Diz-nos a fl. .... que assignou como advogado e procurador o respectivo libello; e diz-nos a fl. .... que na audiência de 22 do mesmo mez, em que o dito libello foi offerecido, requereu elle em nome dos AA. a instalação da acção e a designação das competentes audiencias para apresentação da contrariedade.

Foi pois, quanto a estes actos, um falso procurador, pois que tanto o é quem apresenta procuração falsa, como quem a não tem, como se exprimem Pereira e Sousa, nota 153; Lobão, *Seg. lnh.*, nota 153; e a *Rev. de Leg.* n.º 158. Estes praxistas ahí consideram como nulos insanavelmente todos os actos praticados por falso procurador, e o mesmo se sustenta na *Revista* n.º 214, e na *Gaz. dos Trib.* n.º 3890 e 4480.

E nem admira, que sustentem esta doutrina, porque era ella corrente no direito antigo, e não o é menos no moderno, e na praxe dos tribunales.

A Ord., liv. 3.º tit. 63.º § 5.º, tratando dos erros insuperáveis, enumera entre elles o tratar-se com procurador

falso, que offereceu falsa procuração, considerando nullo esse processo (ou a parte respectiva d'elle), e insusceptivel de revalidar-se. Outro tanto se deprehe da lei de 24, *Codigo de Procuratoribus*.

O art. 847.º da Ref. Jud. permite, que os actos judiciaes em que o direito não requer expressamente o comparecimento das proprias partes, possam praticar-se por procurador; mas que é o que distingue um procurador d'outro qualquer homem que se apresente? Não ha outro distinctivo reconhecido em direito, senão uma procuração legal. Com este artigo se conforma o art. 720.º *ibi*. Para que se possa dar vista do feito aos advogados, deve ter-se junto *nova procuração* para a instancia superior; excepto se a sentença recorrida tiver sido proferida na mesma cidade, que fór sêde da relação, porque então bastará para este effeito sómente a *procuração que vier junta da primeira instancia*.

Logo, segundo a Ord. e a Ref., a procuração é indispensavel para validade dos actos do que se incenla procurador, e por isso Corrêa Telles, *Man. do Proc.*, § 11, ensina dever juntar-se. E nem a petição de fl. ... devia ser admitida, porque o vedava o art. 3.º do decreto de 9 de julho de 1855, que diz assim:

« Não será admittido á discussão requerimento algum que importe prejuizo d'acção ou de processo judicial, sem que seja assignado ou pelo proprio requerente, ou por seu bastante procurador, *juntado-se logo procuração em forma legal* ». O art. 118.º da tabella dos emolumentos ainda exigiu o reconhecimento da assignatura não reconhecida em juizo. Infringiu-se pois a lei na admissão da petição de fl. ..., e a pena não pôde ser outra, que a nullidade do processo.

Ultimamente o Cod. Civ. estabelece no art. 1355.º, que o mandato judicial só pôde ser conferido por procuração publica, ou havida por tal: logo quem não apresentar procuração legal não pôde ser havido como mandatário. O art. 1360.º suppõe a necessidade de procuração, nas palavras — *ainda que deixe a anterior procuração*; o art. 1362.º nas palavras — *sem substabelecer a procuração*; e o art. 540.º § unico nas palavras — *desde o dia em qua cessa a procuração*.

A praxe vai conforme aos principios juridicos, considerando como nulos os actos praticados por procuradores sem procuração, ou além da procuração, e assim se tem decidido na primeira instancia, como é de ver nas sentenças transcri-

ptas na *Gaz. dos Trib.* n.º 3279, 3531 e 3821; e a *Rev. de Leg.* n.º 145 e 335.

Assim também se tem julgado nas segundas instancias, podendo consultar-se o accordão da relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 1869, transcripto no *Direito* n.º 17 do 1.º anno; o accordão da mesma relação de 4 de fevereiro de 1871, no *Direito* n.º 20 do 3.º anno; tenções e accordão da relação do Porto de 16 de janeiro de 1871, na *Revista* n.º 174; e accordão da relação de Lisboa de 4 de março de 1871, na *Gaz. dos Trib.* n.º 4481.

Esta praxe acha-se sancionada pelo supremo tribunal de justiça nos accordões de 17 de julho de 1848, 23 de dezembro de 1853, 18 de dezembro de 1860, 23 de fevereiro de 1869, 6 de agosto de 1869, e 7 de março de 1871. — (Vejam-se *Gazeta* n.º 947, 1794 e 2902; *Revista* n.º 105; e *Direito* n.º 17 (1.º anno) e n.º 27 (3.º anno).

## § 177.º

### Propriedade litteraria

Quaes os direitos do auctor d'ella, ou mesmo do de uma traducção qualquer, e por quanto tempo duram.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Parece-me que a sua questão tem hoje de ser resolvida á luz das disposições do Cod. Civ. sobre propriedade litteraria, conforme o preceito do art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867. Ora pelo art. 377.º § 2.º do mesmo o traductor de obra que tenha cahido no dominio publico gosa do exclusivo durante trinta annos. E que este principio é applicavel aos traductores, ainda anonymos, parece-me poder sustentar-se por argumento de analogia derivado do art. 583.º, em harmonia com o art. 16.º, visto que não acho no Codigo providencia especial para este caso.

Se pois a obra traduzida de que me falla já estava no dominio do publico, e a traducção foi feita ha mais de trinta annos, vindo este periodo a completar-se já sob a vigencia e

imperio do Codigo, parece-me que a reproducção da traducção é hoje livre para qualquer.

Cumpra todavia notar que esta conclusão não é completamente liquida e livre de duvidas: direi o porque.

Alóra os tratados especiaes celebrados com diversas nações, a unica providencia legislativa que achei a regular a propriedade litteraria anteriormente ao Cod. Civ., foi o decreto de 8 de julho de 1851. N'este nada se determina a respeito de traductores, e só de auctores, e por isso entendendo-se, como me parece logico, que elle não garantiu a propriedade das traducções, chega-se ao corollario acima, de que temos de regular-nos, quanto ás traducções de preterito, pelo Codigo, e o praso de trinta annos, garantido por este, já expiron.

Quando porém se entenda que as disposições do decreto de 1851 são applicaveis aos traductores, equiparando-os aos auctores, então o caso muda de figura, porque, como elle concedia no art. 2.º aos herdeiros o goso exclusivo durante trinta annos, é possivel que este praso ainda se não completasse em relação aos herdeiros do traductor da obra, de que me falla, e então forçoso é esperar pela sua conclusão, ou entender com elles, porque o Codigo não podia n'esta hypothese cercear-lhes o direito sem offensa do preceito do art. 8.º

Se a obra tivesse sido publicada anonyma, e o traductor anonymo fosse também seu editor, ser-lhe-ia talvez applicavel o art. 8.º do citado decreto, o qual garante o exclusivo durante trinta annos aos editores de obras anonymas. N'este caso também ficaríamos bem, por já ter decorrido este praso, e o decreto não o ampliar em favor dos herdeiros do editor.

Por outro lado cumpre também averiguar, se o traductor fez o registro da traducção nos termos prescriptos nos art. 23.º e seguintes do decreto (e hoje nos art. 603.º e seguintes do Codigo), visto considerarem-se pelo § 4.º do mesmo art. 23.º as certidões extrahidas de tal registro como titulo legal para prova da propriedade: se bem que a sua omissão não me parece que feche a porta a outros meios de prova, caso haja o direito de propriedade na hypothese da consulta.

Emfim, li muito, e nada achei que matasse a questão. O que ahí vai é o resultado da combinação reflectida das disposições legais.

Supposto me pareça, que a traducção já está livre, o

caminho mais seguro seria sem duvida ter uma intelligencia com os herdeiros do traductor, sobretudo porque a penalidade fulminada aos usurpadores da propriedade litteraria é fortissima, e ninguém pôde assegurar qual será a decisão do juiz, se houver questão, attenta a obscuridade e deficiência das providencias legislativas sobre esta materia.

## § 178.º

**Recrutamento**

Modelo d'uma reclamação por ser recenseado um mancebo fóra do seu domicilio legal. Estas reclamações devem ser attendidas a todo o tempo.

Diz Albino, filho de João, e de sua mulher Luiza, natural da freguezia de . . . , d'este concelho de . . . que, tendo nascido em 8 de dezembro de 1849, e sido baptisado no dia 17 do mesmo mez, na igreja de . . . como consta do assento inserto no documento n.º 1, pertencia-lhe entrar no recrutamento do anno de 1870, e effectivamente foi recenseado n'este concelho de . . . , sem duvida attendendo ao facto de ter ahí sido o seu nascimento; indevidamente, porém, se procedeu assim. Com effecto, tendo o pae do supplicante fallecido no dia 4 de maio de 1855, o que consta do respectivo assento, que se acha no citado documento, ficou o supplicante debaixo da tutela de sua mãe Luiza, e mais tarde debaixo de seu poder materno por virtude do art. 155.º do Cod. Civ. N'estes termos tinha o supplicante de ser recenseado para o recrutamento no domicilio da mesma sua mãe, como é expresso no art. 13.º n.º 1.º da lei de 27 de julho de 1855, o que não foi alterado pelo Cod. Civ., como foi declarado pelo governo em officio de 9 de agosto de 1870, transcripto no *Direito* n.º 21 do 3.º anno; ora o domicilio da mesma era ha sete annos na povoação de . . . , freguezia de . . . , concelho de . . . , o que bem mostram os documentos n.º 2 e 3, ao que acresce a circumstancia de tambem ser ahí o domicilio do supplicante. Todavia o supplicante não foi recenseado no concelho de . . . , como devia

ser, mas sim n'este de . . . ; e por isso o seu recenseamento e sorteio, em que lhe coube o n.º 4, está insanavelmente nullo, por ter sido feito contra lhe expressa; e assim o tem decidido muitos decretos sobre consultas do conselho de estado, como, entre outros, o de 29 de agosto de 1856, no *Diar. do Gov.* n.º 227 e na *Gas. dos Trib.* n.º 2260; outro da mesma data, no *Diario* n.º 234 e na *Gazeta* n.º 2263; o de 4 de julho de 1857, no *Diario* n.º 158 e na *Gazeta* n.º 2337; e o de 1 de setembro de 1856, no *Diario* n.º 233, que declarou nullo o recenseamento feito fóra do domicilio legal do mancebo, ainda no caso de se provar, que o mesmo não foi recenseado no seu domicilio legal. Igual doutrina sustentaram as portarias de 30 de agosto e 9 de setembro de 1861, dirigidas ao governo civil do Porto; de 14 de setembro de 1860 (*Diario* n.º 213 e *Gazeta* n.º 2861) e de 3 de setembro de 1861, ao de Lisboa; e de 11 de março de 1865, ao de Vianna.

E nem se taxe de extemporanea esta reclamação, não só porque o recenseamento do supplicante, como substancialmente nullo, nunca pôde produzir effecto, mas porque não pôde imputar-se-lhe a falta de reclamação dentro do prazo da lei, porque elle podia suppor-se recenseado em . . . , onde reside com sua mãe, porém nunca em . . . , onde ha tantos annos deixaram de ser domiciliados. Reclamações d'esta natureza tem sido attendidas a todo o tempo, como é de vêr das decisões do conselho d'estado, de 26 de agosto de 1856 (*Diario* n.º 213), de 4 de setembro (*Diario* n.º 261) e de 14 do mesmo mez e anno (*Diario* n.º 282).

No mesmo sentido dispõe a portaria de 8 de julho de 1857 (*Diario* n.º 165 e *Gazeta* n.º 2341), que mandou eliminar do recenseamento o nome de um mancebo recenseado em domicilio alheio, apesar de não ter a sua reclamação sido apresentada dentro dos prazos das leis do recrutamento.

A mesma doutrina sustenta com ponderosas razões o *Direito* n.º 29 do 2.º anno, querendo até, que se annulle o recenseamento feito em freguezia diversa do mesmo concelho, quanto mais feito em concelho differente.

Finalmente, que n'esta hypothese aproveita aos reclamantes o beneficio da restituição, o decidiram as portarias de 9 de setembro de 1861, para o Porto; de 20, 25 e 30 de setembro do mesmo anno, para Vizeu, Vianna, Lisboa e Beja; de 1, 18, 19, 25 e 26 de outubro do dito anno, para

Lisboa, Beja, Coimbra e Braga; e de 18 e 24 de dezembro de 1861, e 4 e 19 de fevereiro de 1862, para Lisboa. Em vista de tudo pretende o supplicante, que se declare nullo, illegal e sem effeito algum o recenseamento e sorteio do supplicante, feito em 1870 n'este concelho de ...

§ 179.º

**Recrutamento**

Não havendo mancebos aptos recenseados para preencher o contingente do respectivo anno, nem no anno anterior, não podem ser chamados mancebos d'outros annos para tal preenchimento.

RESPOSTA A UMA CONSULTA

Não obstante a pouca clareza, com que se explicou o snr. F., parece-me inferir-se, que o contingente da freguezia de ..., relativo ao anno de 1870, em que o filho de Antonio foi recenseado para o recrutamento, se acha preenchido, e da mesma sorte o de 1871, sendo o de 1872 o que está por preencher, não podendo completar-se com mancebos d'esse anno por não os haver.

Tambem os não ha em 1871, em razão do que se pretende ir buscar o filho de Antonio a 1870. E será isto legal? Cremos que não, e vamos dar as razões.

O art. 6.º da lei de 27 de julho de 1853 diz que podem ser recrutados todos os mancebos de vinte a vinte e um annos completos, e subsidiariamente, quando dentro d'esta idade não haja numero sufficiente para preencher o contingente, poderão ser recrutados os mancebos de vinte e um a vinte e dois annos, que não tenham sido excluidos legalmente.

Esta disposição está em sen vigor, e as portarias de 10 de junho de 1862 e 30 de junho de 1866 foram mais além, querendo que os subsidiarios do anno antecedente não podessem ser chamados, se já excedessem a idade de vinte e dois annos.

O *Direito* n.º 42 do 3.º anno estabelece e sustenta a these de que não ha meio legal de preencher um contingente d'um recrutamento, quando no recenseamento do anno respectivo e do anterior se não encontram mancebos habéis para o serviço militar; e o mesmo segue a *Gaz. dos Trib.* n.º 4146.

Nem se diga, que o mancebo de que se trata foi isento por servir d'amparo ao pae, e que, como agora se casou, está no caso de ser chamado, aittas as disposições do art. 8.º n.º 2.º e do art. 9.º § 4.º da lei de 27 de julho de 1853, o que não procede: já porque este chamamento só se entendia, se lhe coubesse ser chamado nos termos da dita lei, o que se não verifica, como vimos; e já porque se informa, que o casamento foi a contento de seu pae, com o qual continuou a viver, e lhe presta todo o auxilio.

Ainda mesmo que elle tivesse deixado de amparar seu pae, não podia ser chamado ao serviço militar, sem que se tivessem observado as prescripções das portarias de 10 de março de 1862 e 12 de agosto do mesmo anno, isto é, formar-se auto de noticia, ouvirem-se tres testemunhas, e depois o mancebo recenseado, sendo tudo remetido ao governador civil para o submeter ao conhecimento da commissão districtal, de cuja decisão ainda o mancebo pôde recorrer.

Em vista do exposto sou de opinião, que o filho de Antonio não pôde ser chamado a serviço militar, e que, sendo-o, deve requerer ao administrador do concelho nos termos declarados, e até levar recurso, se não for attendido.

§ 180.º

**Recrutamento**

Requerimento para rescindir um contrato feito pelo pae de um mancebo com numero superior, com o de outro numero immediatamente inferior, pelo qual este recebeu d'aquelle uma certa quantia, para seu filho, que estava escondido, apparecer e assentar praça.

Diz Alexandre, da freguezia de ..., d'este districto, que pretende chamar a este juizo de paz a Francisco e

mulher Antonia, e a Bernardo e mulher Maria, do lugar de . . . , para vêr se querem conciliar-se sobre o objecto seguinte:

Tendo um filho do supplicante, chamado Antonio, sido recenseado para o recrutamento de 1873, coube-lhe o n.º 5, e, como dois mancebos de menores mais baixos tivessem fallecido, e outro se livrasse, competia o serviço militar pela sua freguezia ao mancebo Antonio, filho illegitimo do supplicado Francisco, que de proposito esteve escondido alguns mezes á espera de que o filho do supplicante fosse compelido a assentar praça, para depois apparecer. Entendeu, porém, que era chegada a occasião de auferir um lucro illegal, e o primeiro supplicado mandou propor ao supplicante, pelo segundo supplicado, que, se lhe dêsse quinze libras, fazia apparecer seu filho, e assentar praça, e como o supplicante visse que não tinha outro modo de salvar seu filho do serviço militar, depositou as quinze libras em ouro, ou 67500 réis em mão do segundo supplicado, que em si as tem. Hoje o supplicante veio no conhecimento, de que este contrato está nullo por erro seu, coacção moral, em que o pozeram, e dolo dos supplicados, pois que, tendo o filho do primeiro supplicado obrigação legal de apresentar-se no exercito, nenhum direito tinha a exigir do supplicante retribuição, nem pôde aproveitar-lhe a fraude, a que se soccoreram.

Tem pois de declarar-se nullo um similhante contrato, devendo o segundo supplicado restituir o deposito ao supplicante, e, quando não queiram conciliar-se, terá o supplicante de recorrer ao juiz contencioso.

P. a v. s.ª snr. juiz de paz seja servido designar local, dia e hora para a conciliação, fazendo para ella citar os supplicados, com a pena de revelia.

E R. M.

§ 181.º

### Recrutamento

Varios, apontamentos sobre elle, e agrupamento de freguezias.

Sobre o sorteamento nas freguezias agrupadas; preenchimento do contingente; cessação do beneficio do art. 8.º da lei de 27 de julho de 1855; e outras disposições relativas a elle — vejam-se duas portarias de 12 de agosto de 1862, na *Gaz. dos Trib.* n.º 3166; o decreto de 23 de dezembro de 1868, na *Gazeta* n.º 4132; o decreto de 14 de outubro de 1869, na *Gazeta* n.º 4237; e a *Gazeta* n.º 3138; portaria de 13 de março de 1866, no *Jorn. de Jurisp.* n.º 11 do 4.º anno; *Dir.º* n.º 5 e 18 do 1.º anno, n.º 25, 26 e 33 do 2.º, e 27 do 3.º

§ 182.º

### Registro

O senhorio que não tem titulo sufficiente para proceder ao registro do seu dominio, pôde demandar o caseiro para em acção ordinaria indicar quaes as terras foreiras, sob pena de lhe ficarem consideradas taes quantas possuir em certa localidade.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

O excellentissimo A., por si e seus maiores, recebe de D. Anna seis alqueires de centeio e seis de trigo em cada anno, e comquanto não appareça titulo de emprasamento, tem a posse immemorial; sendo tradição constante, que os bens que a dita D. Anna possui em . . . , são aquelles, sobre que o fôro está imposto, ou sejam todos, ou parte d'elles.

Quer agora o mesmo senhorio fazer o seu registro, e o respectivo conservador diz que, embora se prove a posse de receber o fôro, não pôde abrir o registro, sem que as tes-

temunhas tenham designado quaes os predios sobre que o onus foi imposto.

Pergunta-se-me, como deve remediar-se este inconveniente. Respondo que me parece dever o senhorio intentar a acção contra a emphyteuta para designar predios sufficientes, sobre que recahiu o foro, sob pena de se reputarem foreiros todos os que possuiu na freguezia de ...; acção que se deduz das doutrinas de Lobão, *Dir. Emphyt.*, 7.ª parte, cap. 3.º

Depois de vencida esta acção, desapareceu a difficuldade do registro; no entretanto ouça-se o voto de bons advogados.

### § 183.º

#### Rendas

O arrematante dos rendimentos em execução promovida pela fazenda nacional para pagamento de contribuições, fica com um arrendamento valido, que se não annulla, se o predio fór depois arrematado em execução hypothecaria por qualquer credor.

#### REQUERIMENTO

F. arrematou em praça os rendimentos de varios predios pertencentes a F. e filhos, na execução administrativa que a fazenda lhes moveu por divida de contribuições.

O arrematante registrou este arrendamento, como era obrigado pelo art. 949.º § 6.º e art. 1622.º do Cod. Civ., já porque houve adiantamento de renda, visto que teve de pagar logo á fazenda toda a quantia exequenda, e já porque o tempo do arrendamento excede muito a quatro annos.

Sobre os predios, porém, assim arrendados em hasta publica já pesavam algumas hypothecas com registro anterior ao do arrendamento, e por isso entra a duvida, se este deve manter-se por todo o tempo designado na carta de arrematação, apesar da venda em hasta publica a que vai proceder-se dos predios arrendados, por se pôrem em execução aquellas hypothecas.

Parece á primeira vista que o arrendamento não pôde subsistir em face do disposto nos art. 1023.º (e o arrendamento é um onus real — art. 949.º § 2.º n.º 6.º) e 1621.º § 1.º

Cremos, porém, não ser esta a verdadeira doutrina. Com effeito é mister attender a que era fiscal a execução, por virtude da qual o supplicante arrematou os rendimentos dos predios penhorados. Ora o art. 885.º estabelece em vantagem da fazenda privilegio mobiliario em todas as classes para o pagamento de seus impostos, e que por isso pôde recahir sobre os fructos dos predios rusticos ou rendas dos urbanos, de que tratam os art. 880.º e 881.º Demais este privilegio abrange todos os impostos, seja qual fór a sua natureza ou data, porque o Codigo não faz aqui restricção alguma, o que melhor se conhece, comparando o art. 885.º com o art. 887.º n.º 4.º Por outro lado, examinado o art. 1008.º, vê-se que este privilegio mobiliario geral da fazenda garante-lhes preferencia sobre todos os outros credores privilegiados especial ou geralmente; e tambem lh'a garante sobre os credores hypothecarios, porque o privilegio prefere á hypotheca, como claramente se deduz do art. 1042.º n.º 1.º e 2.º

Se isto é legal e consequente, vê-se bem que, assim como as hypothecas registradas não podem prejudicar o privilegio mobiliario geral da fazenda estabelecido no art. 885.º, tambem não podem prejudicar o arrendamento do supplicante, que na sua essencia não é outra cousa mais que a realisação e expressão d'aquelle privilegio. E quem se sujeitaria, na verdade, a pagar adiantadamente á fazenda as sommas em divida, se o seu arrendamento não repousasse á sombra do privilegio fiscal? Este tornar-se-ia inutil e irrealisavel, admitindo-se a doutrina contraria, porque não podendo a fazenda incumbir-se de colher os fructos das propriedades e grangear estas, tambem não haveria quem quizesse arrematar os rendimentos, não ficando investido pelo privilegio fiscal.

Já a Ref. Jud. estabelecia no art. 348.º o principio de que quem pagasse divida fiscal em nome de outro ficava subrogado nos privilegios da fazenda.

Se assim não fosse, quem se sujeitaria a pagar por devoção alguma divida fiscal? Ninguém; e o resultado seria a difficuldade e embaraço no embolso para a fazenda publica, que nenhuma das nossas leis quer.

Por consequencia o arrendamento feito pelo supplicante equivale á constituição do privilegio mobiliario geral da fazenda sobre os fructos e rendas dos predios arrendados, e por isso não pôde ser prejudicado pela arrematação ou adjudicação, que vai fazer-se de taes predios, como terminantemente dispõe o art. 1021.º

E' assim tambem que a lei é entendida n'um excellente artigo da *Rev. de Leg.* n.º 106, onde a materia vem tratada com toda a proficiencia, e por fórma que nada deixa a desejar.

Requer pois o supplicante que este se junte aos autos e se dê noticia d'elle na praça, para que ninguém possa allegar ignorancia.

E quando a pretensão do supplicante não seja attendida (o que não é de esperar), desde já protesta pela respectiva indemnisação, sem o que não largará os predios, em cuja posse legitima está.

### § 184.º

#### Sello

A falta de pagamento d'elle nas escripturas de arrendamento, não as tornava nullas, e apenas sujeitas ao pagamento da multa.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

E' innegavel, que a escriptura de arrendamento, celebrada entre José e Manoel em 29 de maio de 1868, carecia de sello, nos termos da lei de 1 de julho de 1867 e regulamento de 4 de setembro do mesmo anno, tabella n.º 3, classe 5.ª, n.º 7. Mas sendo certo, que não foi sellada a tempo e a horas, ficaria por isso nulla?

Quem lêr o § 1.º do art. 63.º do citado regulamento, que teve por fonte o § unico do art. 47.º do regulamento de 10 de dezembro de 1861, e que mais tarde se transplantou para o § 1.º do art. 91.º do regulamento de 2 de dezembro de 1869, fica entendendo, que uma tal escriptura ficou nulla. Temos porém o reverso da medalha na epigraphe da tabella

n.º 3 do mencionado regulamento de 4 de setembro de 1867, que diz assim:—Papeis que devem ser sellados com sello a tinta de oleo antes de escriptos ou com sello de estampilha, e cuja falta de competente sello não produz nullidade e pôde ser supprida, pagando-se as multas respectivas,—e como debaixo d'esta epigraphe estão classificadas as escripturas de arrendamento, é consequencia natural, que ellas podem revalidar-se com o pagamento da multa.

E' verdade, que temos frente a frente duas disposições contraditorias, mas a culpa foi do governo, que na feitura do regulamento exorbitou da lei, o que não podia fazer. Talvez que por essa razão prevaleceu na praxe a revalidação de taes escripturas pelo pagamento da multa, e n'esta conformidade responde a *Rev. de Leg.* n.º 182, esforçando-se por conciliar os dois logares inconciliaveis, sem contudo o conseguir.

Já se vê pois, que pela legislação antiga podia haver quem sustentasse a nullidade da escriptura de que nos occupamos, mas essa opinião era muito arriscada, e quem, fundado n'ella, tentasse acção de nullidade, poucas esperanças poderia ter de vencimento.

Mas, se isto assim era n'esse tempo, hoje até essas pequenas esperanças desaparecem, porque a lei de 2 de abril de 1873, no art. 9.º, aboliu a pena de nullidade pela transgressão da lei e regulamentos do sello; e querer resuscitar a mesma pena é um impossivel.

Se algum dos contratantes faltar ao estipulado, e se se entender, que a multa já paga foi inferior á que devia pagar-se, é mister ir pagar a differença, e depois pôde pôr-se em juizo a escriptura para compellir ao cumprimento do contrato a parte recalcitrante, e de balde esta se opporia com a pretendida nullidade.

Eis a minha opinião, que submetto a outras mais esclarecidas.

§ 185.º

## Separação

O conjuge que der causa a ella perde, em beneficio do conjuge innocente, tudo o que houvesse de lucrar por attenção a elle.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Respondendo por nossa constituinte Candida, cumpre-nos dizer o seguinte:

Pela escriptura de 3 de junho de 1859, que precedeu o casamento, e se junta, doaram os paes d'esta, Justiniano e mulher Maria, 200\$000 réis em dinheiro a sua filha e minha constituinte e ao futuro noivo Duarte. Foi este dinheiro empregado na compra de uns montes no sitio de . . . , que se acham descriptos debaixo do n.º 6, e louvados em réis 600\$000, como se vê a fl. . . .

Note-se agora, que o art. 1213.º do Cod. Civ., que teve por fonte o art. 299.º do código civil francez, e o art. 86.º do projecto do código civil hespanhol, dispõe, que o conjuge que der causa á separação perderá tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem *por contemplação d'este*, lhe houver dado, e note-se mais, que os paes da minha constituinte, se doaram metade d'esta quantia ao futuro noivo, *foi em contemplação a sua filha*, e jámais lhe doariam um real, se elle não estivesse contratado de casar com a mesma; porquanto, como diz o snr. Dias Ferreira no *Código Civil annotado*, 3.º vol., a pag. 288, ao terceiro (doador) não podem ser indifferentes as offensas dirigidas áquelle, em attenção ao qual elle fez a doação matrimonial, ou como diz Garcia, no *Commentario* ao citado art. 86.º do projecto do código hespanhol, o esposo convencido de factos tão atrozes ou vergonhosos, que auctorisam o divorcio, não deve gozar de um beneficio que devia ser o premio de um carinho constante e dos mais ternos cuidados. — Póde vêr-se Rogron no seu *Commentario* ao art. 959.º do código civil francez, e Demolombe, *De la sep. de corp*, desde o n.º 496; a *Gaz. des Trib.* n.ºs 4270 e 4298; o *Direito* n.ºs 19 e 30 do 2.º anno; e a *Rev. de Leg.* n.ºs 82, 143 e 191.

Mas, perdendo o conjuge culpado o que recebeu de um terceiro, volta ao doador, ou vai para o outro conjuge? O snr. Dias Ferreira no logar citado entende que os bens doados revertem ao conjuge innocente, aliás ficaria este tambem privado d'elles, bem como os filhos, que não concorreram, nem indirectamente para o facto da separação. Logo parece claro, que a minha constituinte deve tirar no predio comprado, e hoje na maxima parte reduzido a vinha, a maior 200\$000 réis, doados a ella e ao marido, e que do resto que ficar, conjuntamente com os outros bens descriptos, se hão de fazer dois montes iguaes, um para ella, e outro para o marido, cabeça de casal. E' esta a fórma, que nos parece dever dar-se á partilha.

Nem se diga, que o art. 213.º só tem applicação aos casamentos feitos depois do Cod. Civ., porque a opinião contraria sustenta com razão a *Rev. de Leg.* n.º 443 a pag. 628, dizendo que o direito, que regula o effeito da separação de pessoas dos conjuges, respeita ao interesse e ordem publica, sendo portanto applicavel aos conjuges casados antes da promulgação do Cod. Civ.; e o mesmo decidiu a Associação dos Advogados de Lisboa em 23 de novembro de 1870, segundo diz o snr. Dias Ferreira, vol. 3.º pag. 290.

§ 186.º

## Separação

Depois de julgada podem os conjuges fazer partilha amigavel do casal, por escriptura publica.

Dizem José, do logar de . . . , e Anna, residente na . . . , d'este julgado e comarca, que, achando-se separados de pessoa e bens, por sentença transitada em julgado, foram intimados para virem a este juizo no dia 16 do corrente, afim de dar-se começo ao inventario, de que fallam os art. 1210.º e 1211.º do Cod. Civ. Os supplicantes porém veem ponderar a v. exc.ª, que já entre si fizeram partilhas do casal, como consta da escriptura junta, porquanto a isso os auctorisavam os art. 2013.º e 2065.º do mesmo Código, sendo certo que

o art. 1241.º se refere ao caso em que os conjuges se não combinem amigavelmente acerca da partilha, como com razão se sustenta no *Direito* n.º 16 do 5.º anno. N'estes termos veem os supplicantes requerer a v. exc.ª, que se digne declarar por seu sabio despacho, que não ha logar a inventario do casal dos supplicantes, por se acharem as partilhas legalmente ultimadas.

P. a v. exc.ª, merefissimo snr. dr. juiz de direito, seja servido deferir.

E R. M.

### § 187.º

#### Servidão

Havendo-a estabelecida legalmente em qualquer predio, por nascerem n'elle aguas que fertilisem outro predio, não pôde o dono d'aquelle fazer obras n'elle, pelas quaes prejudique os direitos do dono do predio dominante; e principiando-as, como pôde obstar-se á continuação d'ellas.

Dizem Manoel e mulher Maria, do logar de ..., que no limite da povoação de ..., freguezia do mesmo julgado, existe uma propriedade chamada ..., que antigamente foi de Manoel, e que hoje parte com José.

Querendo Manoel juntar á ... um canto de terra de Gaspar, para endireitar um linhar, obteve-o por troca, dando-lhe em compensação um dia de agua todas as semanas, a saber, nas segundas feiras, a qual, conduzida por um cano subterraneo, se entanca em uma poça existente na mesma propriedade da ..., o qual contrato consignaram no escripto particular de 4 de setembro de 1841, que se junta por appenso e com o protesto de tirar-se sem traslado, finda a causa.

Entregou-se Manoel do dito canto de terra, que hoje está confundido na propriedade da ..., e Gaspar do dia d'agua, que sempre levou para a sua propriedade do ..., cabendo-lhe depois meio dia por morte de sua mulher, e outro meio ao supplicante marido, que por morte de seu pae reuniu o

outro meio dia, e desde então lhe pertence toda ella, com a qual fertilisa aquella parte do ..., que lhe coube nas partilhas; e esta posse de Gaspar e do supplicante tem sido publica, continua, pacifica, de boa fé e titulada, e nunca os donos e possuidores da ... a perturbaram, ou por qualquer modo offenderam, e menos os actuaes proprietarios José e mulher Joanna, não obstante possuirem a mesma ... ha mais de doze annos.

E' pois innegavel, que a propriedade da ... se acha onçada com esta servidão d'aguas, estabelecida a favor da propriedade do ..., e que os donos d'aquella não podem prejudicá-la, nem tirar aguas em qualquer ponto do mesmo predio, pelo menos cortando com isso ou diminuindo as da poça, como bem desenvolve Lobão, dissertação sobre as aguas subterraneas desde o § 7.º, com o que se conforma o art. 450.º do Cod. Civ. E tanto assim é, que Antonio, outr'ora dono da ..., principiou n'ella a abrir uma mina e, sabendo que os supplicantes iam litigar com elle, mandou-lhes dizer que não continuava, e assim o fez.

Acontece, porém, que os ditos José e mulher Joanna no mez de outubro ou novembro proximo findo principiaram a continuação d'essa mina de Antonio, e vão com ella em terra que fóra de Manoel, havendo risco imminente de cortarem a agua que vem encanada á poça em que os supplicantes são consortes, aos quaes assiste direitos de obviar a este damno. Antigamente recorria-se ao embargo de nova obra, (1) mas hoje segue-se no fóro, que enquanto não ha prejuizo effectivo, e só receio d'elle ou presumpções de que venha a dar-se, só pôde pedir-se caução — *damni infecti* — o que está consignado em muitos e diversos julgados. — Vejam-se a *Rev. Jur.* n.ºs 42 e 97; a *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1299, 4233 e seguintes e 4369; a *Rev. de Leg.* n.ºs 44, 45, 117, 133, 164; e *Jorn. de Jurisp.* 4.º anno, n.º 1.

Portanto os supplicantes, tendo em vista o que ensina Corrêa Telles, *Acc.*, §§ 214 e 215, e respectivas notas; *Form. de Lib.*, § 28; *Man. do Proc. Civ.*, § 500; e Sousa Duarte, *Nor. Prat. Jud.* n.º 703; pretendem se citem os

(1) Hoje pela disposição do art. 380.º do Código do Processo Civil basta o simples receio de que qualquer obra venha a causar prejuizo, para poder ter logar o embargo de nova obra.

supplicados dito José e mulher Joanna para que façam cessar o justo receio dos supplicantes, não continuando com a mina, ou dêem caução ao damno se continuarem com comminação de se mandar tapar a mina de pedra e cal.

P. a v. exc.<sup>as</sup>, meretissimo snr. dr. .... se sirra mandar, que os supplicados se citem para o referido, e, accusada a citação na segunda audiência d'este juizo posterior a ella, se lhes marque um termo para offerecerem seus embargos, aliás se julgará a comminação por sentença, e se avalia a causa em 125000 réis.

E R. M.

### § 188.º

#### Servidão

Se o que adquire um predio marginal a uma corrente d'aguas, e que não era regado, pôde depois fazel-o, por estar ligado a outro, que está n'essa posse, ou se podem obstar a isso os donos dos predios tambem marginaes inferiormente situados, por isso lhes ser prejudicial. — Como pôde adquirir-se direito ao uso d'essas aguas por prescripção, uso e costume, e como se entende este.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A consulta não diz qual a natureza das aguas do ribeiro, mas eu supponho que se trata de correntes d'agua não navegaveis nem fluctuaveis, e como estas não atravessam o predio de C., para que tenha applicação o art. 434.º do Cod. Civ., e apenas passam entre elle e os dos visinhos, temos a regular-nos pelos art. 436.º e 437.º

Grande é a deficiência do Cod. Civ. em materia d'aguas, e as suas disposições tão poucas, e ás vezes tão obscuras, que tem dado occasião a surgirem immensas questões, de que os tribunales estão pejudados; no entretanto forçoso é ir andando como já apalpadellas, e sujeitar aos riscos das decisões dos tribunaes.

Da consulta e da planta se vê, que o antigo chão de C., onde o moinho e casa estão construidos, era regado com a agua collhida n'esta ultima, e cessando aquelle de moer; e quanto a este predio não ha questão, nem podia haver-a, porque á disposição do art. 436.º acresce a posse.

A grande duvida está quanto ao predio novamente adquirido por C., attenta a circumstancia de nunca ser regado com as aguas do ribeiro, quando em posse do vendedor, e estar B. na posse dos sobejos da agua do primeiro predio de C., que provavelmente desciam pelo ribeiro até entram no seu predio.

Poderá B. argumentar com o § 4.º do art. 436.º, que á sahida das aguas remanescentes torna applicavel o disposto no art. 434.º, segundo o qual o dono do predio não pôde alterar o ponto de sahida d'essas aguas, entendendo-se por ponto de sahida aquelle onde uma das margens do alveo deixa primeiramente de pertencer ao predio.

Parece-me, todavia, que o argumento não colhe. O novo predio está collocado entre o primeiro de C. e o de B., e como elles fronteiro ao ribeiro, e portanto assiste-lhe o direito de ser regado, pelo art. 436.º, devendo a agua ser dividida entre elle e os da frente opposta, caso seus donos assim o exigissem, que não exigem, como a proposta affirma. — Vejam-se o snr. Dias Ferreira, vol. 1.º pag. 383, 416 e seguintes; e *Direito*, n.º 21 (5.º anno).

Para que o predio inferior de B. tivesse a preferéncia ao novo predio superior de C., era mister que ao tempo da promulgção do Cod. Civ. B. tivesse direito adquirido sobre as aguas do ribeiro por algum dos cinco modos marcados no art. 438.º— lei, concessão expressa, sentença, uso e costume e prescripção. Parece não haver nenhum dos tres primeiros, aliás a proposta o diria.

Haverá porém prescripção? Era forçoso, que se dêsse um dos dois requisitos marcados no § unico do art. 438.º, ou opposição não seguida, ou construcção d'obras no predio superior, com as circumstancias apontadas pelo dito snr. Dias Ferreira, vol. 1.º pag. 418 e 419; e tambem a proposta não menciona semelhante cousa.

Ao que parece querer acostar-se B., é ao uso e costume, de não ser regado, e que está hoje assentado, que o Codigo se refere aos usos e costumes nas condições da Ord., liv. 3.º tit. 64.º e lei de 18 de agosto de 1769, § 14, isto é,

que sejam conformes à boa razão, não contraria à lei escripta, e que exceda o tempo de cem annos. — Vejam-se Dias Ferreira, vol. 1.º pag. 418; e *Direito* n.º 21 (2.º anno).

Mas como ha de B. provar, que este uso excede a cem annos? E poderá ser-lhe applicavel a lei, quando passava como consa corrente, que o decurso natural das aguas sem obra de mão a ninguem dava direitos? — Vejam-se Corrêa Telles, *Acc.*; e Dias Ferreira, vol. 4.º pag. 419.

Apesar de conhecer o melindre da materia, inclino-me a que o melhor direito assiste a C.

Mas de que acção deverá C. usar, contra B.? Parece-me mais seguro usar d'uma acção ordinaria, concluindo por pedir, que se declare o seu direito, fundado nas disposições do Cod. Civ., de usar das aguas do ribeiro no seu predio, condemnando-se o B. (e mulher se for casado) a reconhecer o mesmo, e a não o impedir, sob certa pena.

§ 189.º

**Servidão**

O dono do predio sob.º o qual propendem ramos de arvores de predios vizinhos, pôde livrar-se d'ella, requerendo o seu corte. — Modelo de um requerimento para esse fim.

Diz Antonio, do lugar e freguezia de ..., d'este julgado e comarca de ..., que, sendo senhor e possuidor de um predio chamado do ..., no limite do mesmo lugar de ..., o qual confina por dois lados, em uma grande extensão, com outro predio contiguo, de José e mulher, que por nome não perca, o qual será declarado na certidão da citação, teem estes um grande numero de arvores plantadas na extrema, cujos ramos propendem sobre o referido predio do supplicante, a que causam gravissimo prejuizo. Para obviar a elle, quer o supplicante aproveitar-se do beneficio que lhe concede o art. 2317.º do Cod. Civ.; e porque os supplicados residem na cidade do Porto, pretende que se passe carta precatória para as justicas d'aquella cidade, especialmente para o meretissimo juiz em cuja jurisdicção elles

residem, afim de os mandar citar para que no prazo de tres dias, a contar do oitavo desde a data da citação, cortarem ou mandarem cortar todos os sobreditos ramos propendentes sobre o predio do casal pertencente ao supplicante, aliás, expirado esse prazo, os cortará o supplicante, como a lei lhe faculta; devendo o escriptivo, ou official, que fizer a citação, passar d'ella certidão legal, e ser devolvida com a precatória a este juizo, para tudo se entregar ao supplicante.

P. a v. exc.ª, meretissimo snr. dr. juiz de direito, se sirva deferir.

E R. M.

§ 190.º

**Servidão**

Requerimento de acção de força contra um proprietario, que queria estabelecer uma servidão d'aguas no predio do vizinho, em seu favor. — As servidões são de direito stricto, não podendo por isso ampliar-se.

1.º

P. que os AA. compraram por escriptura publica de 10 de abril de 1863, de que se junta copia legal, a Salvador, uma regada, chamada do ..., no limite do ..., julgado de ..., a qual parte do nascente, que é o fundo, com outra regada da R., do norte e poente com Maria, viuva de José, e do sul com o ribeiro ou corrente do ...; e desde esse tempo teem estado, e estão na sua posse publica, pacifica, continua, de boa fé e titulada, do mesmo modo que antes o estivera o vendedor, e antes d'elle os seus maiores, de quem elle houve a regada.

2.º

P. que a regada da R. tambem parte do sul com o ri-

beiro do ... , porém não pôde a agua d'este contar lá pela grande elevação da terra acima do leito d'aquelle.

3.º

P. que do ribeiro do ... são uma levada, a que na localidade se dá o nome de regueira, a qual decorre pelo cimo da regada dos AA., na direcção de sul a norte, e tem talhadouros ou cortes em diversos pontos, cujo fim é a distribuição das aguas, que conduz, por todo o predio para rega e lima.

4.º

P. que os AA., que são de verdade e consciencia, e por isso não querem usurpar o alheio, não negam á R. o direito de regar com a agua da regueira supra a sua regada inferior, indo lá buscal-a, porque está n'essa posse, e lh'a reconhecem; porém

5.º

P. que não acontece o mesmo fóra do periodo da rega, isto é, com a agua de limação, que corre pela regueira dos AA., por isso que d'ella só se aproveitam estes por si e pelos antepossuidores, ha mais de um, dez, vinte, trinta e quarenta annos, e até de tempo que excede a memoria dos vivos, sem que jámais a R. ou seus antepassados fossem buscar, ou guiar tal agua de limação, nem é possível proval-o com testemunhas fidedignas; e na verdade

6.º

P. que para a R. se aproveitar d'ella por posse, e a toda a hora que quizesse, era mister subir pela regada dos AA., cortar a regueira, e abrir rego ou regos pela mesma regada, para as aguas de limação irem até á entrada do seu predio; mas d'estas servidões é livre o predio dos AA., e assim se presume por direito.

7.º

P. e nem obsta a servidão relativa ás aguas de rega, que os AA. reconheceram á R., (art. 4.º), porque as servi-

dões são de direito stricto, e não podem ampliar-se, como se ha de mostrar.

8.º

P. mas não se pense, que a R. fica privada de limação, porque, estando a sua regada inferior á regada dos AA., e sendo esta bastante estreita, lá vão cabir os sobejos das aguas de limação em grande copia, com que lima abundantemente; todavia

P. que no mez de janeiro d'este corrente anno a R. por intervenção de seus fillos, que com ella vivem, pela primeira vez pretendeu estabelecer servidões na regada dos AA., com respeito á limação, a favor da sua regada, entrando estes n'aquelle regada dos AA., caminhando por ella até ao cimo, cortando talhadouros, tapando a agua que ia para diante, e levando-a pela regada abaixo para a regada da R. Estes factos illicitos de então para cá tem sido repetidos por vezes, com grave prejuizo dos AA.; e por isso

10.º

P. que n'estes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo a regada dos AA. declarada livre das servidões que a R. quer impôr-lhe com relação ao tempo e aguas de limação, mencionadas no artigo antecedente; e condemnada esta a mais não fazer uso d'ellas, sob pena de 10\$000 réis a favor dos AA., de cada vez que o fizer, e a pagar as perdas e danos, que se liquidarem, e custas; para o que se offerece o presente libello com todas as clausulas saltares e do estylo.

## § 191.º

## Setteiras

As que deitam sobre predios alheios que dimensões devem ter, para se considerarem taes, e a que altura devem estar do soalho. — Uma varanda não pôde deitar directamente sobre o predio do visinho, mas pôde edificar-se se aquelle predio lhe fica ao lado, e para elle não fica abertura alguma directamente.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

A Ord., liv. 1.º tit. 68.º § 24, quando permite abrir setteiras na parede sobre o telhado ou quintal do visinho, não marca as dimensões que ellas devem ter para se poderem considerar taes; e apenas dá a entender, que se consideram setteiras aquellas aberturas pelas quaes sómente se pôde ter claridade.

O Cod. Civ. no art. 2325.º § 4.º tambem imitou a Ord., não dizendo o que deva entender-se por setteiras, e limitando-se a indicar a sua serventia.

Em face d'esta deficiencia da lei começaram os praxistas a fazer distincções por sua conta, e a marcar a configuração que deveriam ter as setteiras; assignando-lhes certa largura e altura.

No meio da grande variedade de suas opiniões a corrente geral parece inclinar-se a que setteiras são aberturas, por onde não pôde passar cabeça humana, nem fazer-se despejo algum, servindo só para dar luz, e estando collocadas a uma altura de cerca de dois metros acima do soalho. Pôdem consultar-se Coelho da Rocha, *Inst.*, § 594; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 1.º art. 782.º; Lobão, *Cas.*, §§ 468 e 469; Meirelles, *Report. Jurid.* n.º 2943; Borges Carneiro, *Dir. Civ.*, vol. 4.º § 34, n.ºs 48 e 49; *Report. das Ord.*, verbo Prestas, Janellas, ou Peitoris, etc.; Ferreira, *Trat. de Nov. oper. Nunt.*; Pegas á Ord., liv. 1.º tit. 68.º § 24, n.º 110 e seguintes; e *Gaz. dos Trib.* n.ºs 4369 e 4417.

Como a lei se contentou com indicar unicamente o fim das setteiras, parece-me que é por este que devemos de-

terminar a sua natureza. Examinada pois uma qualquer abertura, se pela sua collocação e forma pôder demonstrar-se, que ella serve unica e exclusivamente para dar passagem á luz, inclino-me a que deve considerar-se setteira, embora não satisfaça com rigor mathematico ás medidas, que os praxistas costumam assignar-lhe.

Considerada assim a abertura de que se falla na consulta, parece-me que podemos reputal-a uma setteira. A sua collocação sobre o vão das escadas, a uma tal altura, que se não pôde olhar por ella, e o ter tido um caixilho com vidros fixo, tudo isto indica bem, que o unico fim, que presidiu á sua abertura, foi dar luz ás escadas, não servindo nem para se vêr por ella, nem para se fazer qualquer despejo, attenta a sua elevação e fixidez do caixilho.

Sendo assim, claro está que o dono do telhado visinho pôde levantar-o livremente, embora venha a tapar completamente a setteira, attenta a disposição da citada Ord. e do § 2.º do art. 2325.º do Codigo.

Todavia cumpre notar, que como a tal setteira tem maiores dimensões do que as designadas por alguns dos praxistas citados (porque outros d'elles contentam-se com indicar o seu fim), é possível que os juizes, se houver questão, se acostem mais a elles do que á propria lei, e por isto a considerem pequena janella, e o dono do telhado sem direito a tapal-a, devendo deixar o intervallo de 4.º, 5.

Embora não me pareça esta a melhor opinião, pôde muito bem ser adoptada.

Enquanto á varanda faço a seguinte distincção: Se ella na extremidade esquerda, em que confina com o telhado do visinho, está tapada de maneira que, só chegando-se á frente da varanda, se pôde vêr obliquamente o mesmo telhado, creio que nenhuma duvida pôde haver em que ao dono d'este é permitido edificar junto á varanda, e sem deixar intervallo algum, visto que a mesma varanda não deita sobre o telhado, nos termos da Ord. e do Cod. Civ. Se pelo contrario a varanda está aberta na sua extremidade esquerda, por forma a receber tambem luz por este lado, e a dar vistas para sobre o telhado, então parece-me, que o dono d'este não poderá alçar-se, sem deixar 1.º, 50 de intervallo, porque estando assim uma parte da va-

randa voltada directamente para o predio alheio, mal poderá n'este fazer-se obra sem a respeitar, attento o disposto nas citadas leis: e ainda que a porção mais importante da varanda, que é a frente, ficaria saiva, sempre viria a soffrer a parte lateral, que deita directamente sobre o telhado, e a cujo favor se constituiu a servidão legal.

§ 192.º

Successão

Artigos de habilitação para se deferir a curadoria definitiva dos bens de um ausente a seus herdeiros presumptivos.

1.º

J. e consta d'estes autos a fl. ..., que Rita com seu marido Antonio, Maria com seu marido Miguel, Anna viuva, Domingos, como pae e administrador de seu filho Abilio e Candida, com seu marido Joaquim, requereram para justificar a ausencia em parte incerta de seu irmão, cunhado e tio José, afim de se lhes deferir a curadoria definitiva, e se lhes entregarem os bens do mesmo ausente, reconhecendo porém, que assistia igual direito a seus irmãos, cunhados e tios Bernardino e Antonio; e com effeito

2.º

J. que em janeiro de 1832 ausentou-se para o imperio do Brazil o dito José, morador que foi no logar de ..., o qual era filho do capitão Manoel e de sua mulher Eufemia, o que se ha de provar por testemunhas, por não apparecer o assento do seu baptismo, como mostra *in fine* o documento agora junto,

3.º

J. que a esse tempo ainda era viva sua mãe Eufemia,

mas seu pae Manoel já tinha fallecido, como consta do segundo assento d'obito de fl. ... d'estes autos.

4.º

J. que o ausente em 29 de setembro de 1854 fez, e depois remetten a seu irmão Bernardino, a procuração, muito legal, cuja publica forma se acha a fl. ..., na qual o autorizou a tomar conta de seus bens, arrecadar, receber, administrar, e *desfructar o rendimento d'elles*, pagar os direitos e encargos, e receber e dar quitações, e bem assim lhe concedeu outros poderes mais, do conjuncto dos quaes, especialmente do verbo *desfructar*, se manifesta que o sobredito procurador fazia os fructos seus, ficando por isso isento de prestar contas da sua administração.

5.º

J. que haverá dezeseite annos que não ha noticias do ausente José, e sua mãe Eufemia falleceu em 9 de fevereiro de 1872, segundo consta do primeiro assento de fl. ...; e porque elle não deixou descendentes, nem outros ascendentes vivos, era a dita mãe a sua herdeira presumptiva.

6.º

J. que os herdeiros de Eufemia foram os requerentes de fl. ... e já mencionados no primeiro artigo supra, e mais os filhos Antonio, cujo assento não appareceu nos livros, e Bernardino, pertencendo-lhes por isso a curadoria definitiva de seus bens e entrega dos mesmos.

7.º

J. que, depois de requerida a curadoria dos bens do ausente, falleceu em 30 de agosto de 1872 Antonio instituindo herdeiro a seu irmão Bernardino, o qual adiu sua herança, e a communicou com sua mulher, meeira, a justificante Maria, habilitação esta deduzida a fl. ... e julgada a fl. ...

8.º

J. que em 30 de janeiro de 1873 finou-se Bernardino, ficando seus herdeiros os tres filhos impuberes Filomena, Manoel e Maria, e meeira sua mãe Maria, cuja habilitação foi deduzida a fl. ... e julgada a fl. ...

9.º

J. que, sendo assim os impuberes Filomena, Manoel e Maria, os representantes assim de seu pae Bernardino, como de seu tio Antonio, e a justificante Maria meeira no casal, devem julgar-se habilitados e tambem deferir-se-lhes a curadoria definitiva do ausente José, conjuntamente com os mais requerentes, vindo a pertencer-lhes duas setimas partes dos bens, por serem sete os justificantes, para o que se offerecem os principaes artigos *mel. jur. med.*

§ 193.º

Suffragios

Quando os de missas não forem cumpridos, se pôde o agente fiscal requerer a applicação da multa em beneficio do hospital de S. José. — Quando ha prescripção, e quando, como, e porque fórma pôde a mesma ser opposta.

Dizem o juiz, e mais mesarios da Irmandade das Almas da freguezia de ... d'este concelho de ..., que a requerimento do agente fiscal dos legados pios, fôra intimada administrativamente a mesma irmandade, na pessoa de seu juiz, o primeiro supplicante, para em cinco dias vir prestar contas do cumprimento do legado pio perpetuo de trinta missas annuaes, deixadas pelo desembargador Jeronymo. Os supplicantes estão convencidos de que ella não pôde ser compellida á prestação d'essas contas pelos fundamentos dos embargos e excepção abaixo transcriptos. Pretendem

pois, que se remettam ao poder judicial, para ali se conhecer do seu merecimento, attenta a disposição do art. 10.º da lei de 26 de julho de 1855, e das decisões do conselho d'estado (hoje supremo tribunal administrativo) constantes dos decretos de 23 de junho de 1864 citado, e pag. 315 doCodigo Administrativo annotado, da edição de 1865; de 23 de fevereiro de 1858, publicado no *Diar. do Gov.* n.º 104 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 2486; de 12 de agosto do mesmo anno, no *Diario* n.º 230 e na *Gazeta* n.º 2529; de 3 de março de 1860, no *Diario* n.º 117 e na *Gazeta* n.º 2807; de 28 de agosto de 1863, no *Diario* n.º 228 e na *Gazeta* n.º 3380; e innumeraveis outros.

P. ao meretissimo snr. administrador d'este concelho, seja servido mandar juntar os mencionados embargos e excepção ao processo da tomada de contas, e remetter tudo ao meretissimo juiz de direito d'esta comarca.

E R. M.

Por embargos e excepção de prescripção e incompetencia ao respeitavel despacho do meretissimo snr. administrador d'este concelho, que ordenou a intimação da Irmandade das Almas embargante da freguezia de ..., para prestação de contas do legado pio acima referido, diz esta com o devido respeito o seguinte:

1.º

P. e constar deve do respectivo processo, haver a irmandade embargante e exceptionante sido intimada na pessoa do seu juiz, a requerimento do agente fiscal dos legados pios, para vir no praso de cinco dias prestar contas do cumprimento do legado pio perpetuo de trinta missas annuaes, deixado pelo desembargador Jeronymo, a saber, desde o anno de 1810 inclusivê até 1876 inclusivê; porém a uma similhante pretensão obsta a prescripção negativa ou extinctiva, que se oppõe por excepção: porquanto

2.º

P. que a obrigação de prestar contas de legados pios não cumpridos prescrevia, antes de vigorar a lei de 26 de julho de 1855, pelo menos com o lapso de trinta annos, como decidiu a relação de Lisboa em accordão de 14 de dezembro de 1853, publicado na *Gaz. dos Trib.* n.ºs 1969 e 2133; sendo de notar, que se applicou a prescripção sem a parte a invocar.

3.º

P. que a citada lei no art. 6.º preceitua, que o encargo pio prescreve por quinze annos, no caso especial de ser imposto em bens adquiridos por justo titulo e na boa fé de serem livres do dito encargo; e que fóra d'este caso sómente prescreve por trinta annos. E no § unico declara, que esta disposição comprehende as prescripções correntes ao tempo da publicação da mesma lei, com a declaração de que se devem contar, para seu complemento, pelo menos quatro annos mais no praso de quinze, e seis no de trinta, depois da mesma publicação. Quanto porém ás prescripções já completas, quando a lei se promulgou, entende com razão a *Gaz. dos Trib.* n.ºs 2114 e 3387, que não lhes é applicavel a doutrina d'este §, nem precisavam esperar-se os seis annos; ora em todo o caso a prescripção está muito mais que completa; por isso que

4.º

P. e não lembra aos nados que, algum dia, alguma autoridade pedisse contas do legado pio, de que se trata, á Irmandade das Almas embargante, ou que esta as prestasse a autoridade alguma, e nem o contrario poderá provar-se ex adverso, e consequentemente, quando se publicou a lei de 26 de julho de 1855, estava completa a prescripção de trinta annos; mas quando assim não fóra

5.º

P. que, pelo menos desde 1834, em que teve logar a restauração do governo constitucional, até o presente, nem

se pediram, nem se prestaram taes contas, e a prescripção ficava completa em 1864; e mais

6.º

P. que o agente fiscal embargado não pede contas dos annos anteriores a 1840, não porque as mesmas se houvessem dado com relação a elles, mas porque o prohibia a ultima parte do art. 7.º da citada lei; todavia

7.º

P. e suppondo (o que mil vezes se nega), que a irmandade embargante tivesse prestado contas até 1839 inclusivamente, ainda assim estava completa a prescripção, nos termos do § unico do art. 6.º, pelo lapso de trinta e seis annos, acabados em 1875, como é facil verificar.

8.º

P. mas se nada d'isto assim fóra, nunca o embargado podia pedir contas dos annos anteriores a 1854, porque o prohibe a primeira parte do art. 7.º da referida lei, em razão de que a irmandade embargante é um estabelecimento de piedade.

9.º

P. que o agente fiscal tambem não é competente para exigir contas á embargante, porque se não trata de missas deixadas em testamentos, ou instituições de morgados, ou capellas com registro nos livros do hospital de S. José, como em caso similhante julgou a relação de Lisboa, em accordão de 12 de novembro de 1870, transcripto no *Direito* n.º 40 do 3.º anno.

10.º

P. que o meio de embargos é competente para deduzir-se a defeza do chamamento a contas, segundo decidiu o accordão do supremo tribunal de justiça de 27 de maio de 1862, publicado no *Direito* n.º 447 e na *Gaz. dos Trib.* n.º 3128, e é praxe constante.

N'estes termos e nos de direito devem julgar-se proce-

dentes e provados os presentes embargos, depois de recebidos, e por meio d'elles julgar-se não ter logar a prestação de contas, que se exige á embargante, em razão da prescrição, e incompetencia com que se excepionou, sendo a mesma absolvida, e tambem das custas, e julgada improcedente a pretensão do agente fiscal.

§ 194.º

**Suffragios**

Modelo da petição da acção a pedir os que se costumam fazer por alma dos fallecidos, nos termos das constituições dos bispados, por se achar suspenso o art. 2116.º do Cod. Civ.

Diz o rev. João, abbade collado na freguezia de .... d'este julgado de ...., que pretende fazer citar o rev. Nicolau, da mesma freguezia, para na segunda audiencia d'este juizo posterior á citação, vêr offerecer uma acção summaria de valor não excedente á alçada d'este juizo, nos termos seguintes:

1.º

J. que, achando-se suspenso o art. 2116.º do Cod. Civ. na sua segunda parte pelo decreto dictatorial de 23 de julho de 1870, confirmado pela lei de 7 de dezembro do mesmo anno, estão em seu vigor os usos e costumes da terra com relação ás despesas e suffragios dos fallecidos.

2.º

J. que na freguezia de ... é uso e costume, de tempo immemorial, pagar-se ao reverendo parcho a quantia de vinte réis de cada uma missa que os testadores deixem em seus testamentos, ou seja por suas almas, ou por outras quaesquer tenções, ou seja elle que as distribua ou não; costume e uso que sempre se praticou, e que hoje

tem de observar-se, por virtude da legislação citada no artigo antecedente.

3.º

J. que este mesmo uso e costume subsiste em muitas das parochias circumvisinhas, e nunca ninguem se lembrou de o contestar em juizo.

4.º

J. que Maria, viuva, da dita freguezia de ..., falleceu com testamento, no qual deixou quatrocentas e quarenta missas, e nomeou o réu seu testamenteiro, deixando-lhe em premio um valioso legado, como tudo consta da certidão do mesmo testamento, que com este se junta.

5.º

J. que a quantia dos vintens relativos a estas missas importa em 86800 réis.

6.º

J. que a solução d'esta quantia incumbe ao réu na qualidade de testamenteiro, encargo que aceitou, nos termos dos art. 1899.º e 1908.º do Cod. Civ., tendo de ir havel-a dos herdeiros.

7.º

J. e tanto o réu reconheceu esta obrigação, que pagou por conta ao A. a quantia de 45500 réis, ficando a restar sómente a de 45300 réis; e nem o pagamento se presume.

8.º

J. que o réu tem confessado o direito do A., a receber toda a importância dos 85800 réis, como testemunhas de probidade hão de depor; e nem o réu será capaz de o negar no seu depoimento.

9.º

J. que o A. recebe a congrua de duzentos e vinte alqueires de centeio, correspondentes a 3439,040, além do

pê d'altar, usos e costumes da terra, nos termos das leis de 20 de julho de 1839 e 8 de novembro de 1841, comprehendendo-se n'estes o vintem alludido; mas não pôde juntar certidão da acta do arbitramento, por não apparecer na respectiva repartição; como consta da certidão junta.

10.º

J. e portanto seria uma injustiça, se agora fosse privado d'esta parte da sua congrua; e para obviar a um tal inconveniente, è que o art. 2146.º do Cod. Civ. foi suspenso.

11.º

J. que è outrosim uso e costume na sua freguezia serem os defuntos encomendados tres annos successivos, recebendo o parcho no primeiro anno a retribuição de rês 15000; no segundo anno a de um alqueire de trigo, ou 15'.632<sup>m</sup>; e no terceiro um alqueire de centeio ou 15'.632<sup>m</sup>; e este uso e costume excede tambem a memoria dos vivos.

12.º

J. que o A. encomendou effectivamente Maria, por espaço dos tres annos, e foi o proprio rên quem lhe pagou a retribuição dos dois primeiros, na qualidade de testamenteiro.

13.º

J. que, tendo findado ha muito tempo o terceiro anno, ainda o A. não recebeu o respectivo alqueire de centeio ou 15'.632<sup>m</sup>; e, não obstante ter já corrido por preços muito superiores, contenta-se o A. com o de 400 rês.

14.º

J. e d'esta sorte è o todo da divida 45700 rês.

15.º

J. que o A. è um sacerdote de probidade, e incapaz de pedir o que se lhe não dever.

16.º

J. que n'estes termos e nos de direito deve julgar-se procedente e provada a presente acção, sendo o rên condemnado a pagar ao A. a referida quantia, custas e multa.

§ 195.º

### Suspeição

Ja antigamente podia ser opposta ao juiz que tivesse interesse na causa em que funcionava.

E pelo rên F., representado pelo seu procurador F., foi dito, que tinha justos motivos de suspeição que oppor ao meretissimo juiz, pelo que requeria que os mesmos lhe fossem escriptos n'este acto, e são os seguintes. Segundo o preceito da Ord., liv. 3.º tit. 24.º pr. nenhum julgador pôde conhecer ou julgar em feito, ou causa, que a elle pertença, e isto mesmo dizem os praxistas, que a commentaram, taes como Silva à Ord., liv. 3.º tit. 24.º *ad principium*; e Guerreiro, *De Recusationibus*, liv. 4.º cap. 8.º; pelo que se tem sempre considerado como um verdadeiro motivo de suspeição o ter interesse na causa o juiz, que ha de julgar-a, conforme se vê em Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 339, n.º 1.º; e Corrêa Telles, *Man. do Proc. Civ.*, § 57, n.º 1.º E nem obsta, que esta excepção de suspeição não fosse deduzida logo na primeira audiencia, porque o fundamento d'ella è de tal natureza, que importa incapacidade legal para o juiz, e segundo a qual todas as decisões, que elle proferir na causa em que tenha interesse, são nullas *ipso jure*, e ainda que pareça que as partes consentiram n'elle, pelo facto de não opporem logo a excepção de suspeição. E' esta a doutrina que se deduz das palavras da Ord. citada, e assim a entendem, alem dos jurisconsultos antigos, a *Rev. de Leg.* n.º 224, e o supremo tribunal de justiça, no accordão de 20 de agosto de 1856, que vem co-

piado na *Gaz. dos Trib.* n.º 2288. Ora o meretíssimo juiz é directamente interessado na presente causa, visto que é também um dos consortes que rega com agua da poça da fonte de . . . , sobre que versa este pleito, em virtude do que não deve continuar a funcionar n'este processo, mas deve ser julgada a excepção de incompetencia e excesso de jurisdicção, que o réu já apresentou na primeira audiencia, pelo snr. juiz immediato em votos, a quem tem de passar o seu conhecimento; e, para prova da allegada excepção de suspeição, offerece como testemunhas F., F. e F., as quaes hão de depor perante o mesmo snr. juiz immediato em votos, caso o snr. juiz recusado não aceite a suspeição.

## § 196.º

## Terça

Se tanto por direito antigo, como depois do Cod. Civ., o testador que tem herdeiros legítimos pôde escolher bens para ella.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

A proposta não está bastante explicita, e por isso tenho de responder-lhe hypotheticamente.

Se B. não deixou herdeiros legítimos, que são os de que trata o Cod. Civ. nos art. 1784.º e seguintes, podia sem duvida dispor, que a usufructuaria A. escolhesse os bens constitutivos da terça, sobre que havia de recahir o usufructo, porque lhe era completamente livre testar, como fosse sua vontade.

Creio, porém, que esta não será a nossa hypothese, mas sim a de haver herdeiros legítimos: e então a resolução da questão envolve bem consideravel difficuldade.

Já pela legislação antiga era ponto muito controverso, se a terça disponivel da herança podia ser formada, pelo testador, de bens certos e determinados, quando existissem herdeiros necessários. Valasco, *De Part.*, cap. 19.º n.º 23 e seguintes, sustentava que sim; e foi seguido n'esta parte por Coelho da Rocha, *Inst.*, § 487, nota. A opinião contra-

ria foi, porém, abraçada e tenazmente defendida por Lobão, *Acq. Sum.*, diss. 3.ª § 48; e Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 2.º art. 4416.º, e tomo 3.º art. 1635; sobretudo no caso de serem as propriedades escolhidas para a terça as melhores do casal, por se offender assim a igualdade da partilha, e abrir-se a porta a fraudes e abusos, em prejuizo dos herdeiros necessários. Esta segunda opinião era também a mais seguida no fóro, como pôde ver-se no parecer da Associação dos Advogados de Lisboa, transcripto na *Gaz. dos Trib.* n.º 2325.

O Cod. Civ., por que ora temos de regular-nos sobre esta materia, também dá margem a duvidas. Com effeito a *Rev. de Leg.* segue em o n.º 55, que os conjuges casados segundo o costume do reino não podem designar os bens que hão de compor a terça, e funda-se para isso nos art. 1462.º, 1766.º, 2438.º e 2177.º; e da mesma opinião é o snr. Alexandre de Seabra em o n.º 21 do *Direito* do 1.º anno, o qual ainda com a sua disposição, do citado art. 1766.º deve comprehender também os vivos. Todavia em sentido contrario vota a redacção d'este ultimo jornal em o n.º 38 do 2.º anno, sustentando que o mesmo art. 1766.º deve ser interpretado restrictamente e em conformidade com a sua letra, e portanto que um pae viuvo pôde deixar a um de seus filhos a terça e designar logo os bens para esta.

## § 197.º

## Terça

Por direito antigo a mulher que contrahia segundas nupcias, tendo mais de cincuenta annos, e filhos de anterior matrimonio, só communicava com o segundo marido a sua terça.

Dizem Maria e marido Francisco, e Eduardo, menor puer, filho da primeira e enteado do segundo, do lugar de . . . , d'este julgado e comarca, que contra elles intentou uma acção José, do mesmo lugar, na qual, como unico e universal herdeiro de sua mãe Maria, casada que foi em

primeiras nupcias com Joaquim, pae de A., e em segundas nupcias com João, de quem o supplicante Eduardo é filho, pede que se julgue nullo o processo de inventario de sua mãe Maria, ou rescindidas as partilhas, em razão do lesivo erro que n'ellas interveio, suppondo-se que a mesma communicara todos os seus bens com João, quando só tinha communicado a terça d'elles, nos termos da Ord., liv. 4.ª tit. 105.º, devendo mandar-se fazer novas partilhas, nas quaes aquelle erro se emendasse, sendo os supplicantes condemnados a entregar-lhe os bens que n'essa nova partilha lhe coubessem, com rendimentos desde a morte da inventariada. Considerando os supplicantes, que effectivamente aquelle erro se deu, porque Maria já excedia a cincoenta annos, quando fez o segundo casamento: considerando que todas as probabilidades do vencimento da questão são a favor do A.: considerando que n'esta hypothese terão de pagar uma subida quantia de custas, seguindo-se as despesas do novo inventario: considerando que terão de pagar uma quantia avultada de rendimentos ao A., sendo quasi certo, que para todas estas despesas não chegam os bens que actualmente possuem: considerando que, tendo os supplicantes vendido a Antonio metade da propriedade do . . . , que está na sua posse, havendo novo inventario, pôde deixar de pertencer aos supplicantes, e seguirem-se demandas e complicações no futuro: por todas estas razões, e para evitarem mais complicações, incommodos e vexames, estão concordados com o A., dito José, em pôrem termo á questão por meio de uma transacção. Esta é fundada nas seguintes bases: 1.ª, o dito A. pagará todas as custas, que forem contadas nos autos, menos as de parte; 2.ª, o mesmo A. desiste do petitorio dos rendimentos; 3.ª, obriga-se a ratificar pela sua parte a venda, feita a Antonio, de metade da propriedade acima mencionada: bem como desiste do direito de intentar contra os supplicantes ou contra terceiros as outras acções por que protesta no seu libello; 4.ª, em compensação d'estas cedencias, os supplicantes se obrigam a entregar desde já ao dito A., para ficarem consideradas como suas, e provenientes da sua legitima materna, as propriedades seguintes: 5.ª, obrigam-se mais a entregar ao A. a horta de tal, que parte com F. e P., e cujo valor venal é de tanto, da data da transacção a dois annos, podendo até então elles RR. desfructual-a como sua. Ora a supplicante Maria, apesar

de contrahir segundas nupcias com seu actual marido, foi confirmada na administração dos bens do supplicante filho, sobre o qual tem o poder materno, nos termos do art. 162.º do Cod. Civ., e talvez bastasse ser auctorisada pelo juizo para figurar na transacção, por argumento do art. 150.º, mas por maior cautella pretende que se reuna o conselho de familia para, na conformidade do n.º 17 do art. 224.º, auctorisar a supplicante com assistencia do doutor curador geral a assignar termo de transacção sobre as bases acima declaradas, julgando-se esta depois por sentença.

P. a v. exc.ª, meretissimo snr. dr. juiz de direito, seja servido mandar reunir o conselho de familia, junto este ao inventario, para o referido fim.

E R. M.

### § 198.º

#### Terrenos baldios

Requerimento a pedir á camara, que delibere quaes os que não de ficar fóra da desamortisação, para serem desfructuados em commum pelos moradores da parochia, e que se pronuncie sobre a fórma da desamortisação dos restantes e divisão pelos ditos moradores.

Dizem os abaixo assignados, que constituem a maioria dos moradores e vizinhos da freguezia de . . . d'este concelho de . . . , que na dita sua freguezia existem baldios parochiaes, compostos dos terrenos denominados do Outeiro da Granja, Outeiro do Moinho, e Encosta da Cova do Lobo, aguas vertentes para a mesma freguezia, e desde os Panascaes até ao Corgo da Cruz, aguas vertentes para a dita freguezia, os quaes baldios á junta de parochia da mesma vai requerer a sua magestade que sejam exceptuados da desamortisação, como indispensaveis para o logradouro commum da parochia, na conformidade do art. 2.º n.º 3.º da lei de 28 de agosto de 1869 e do art. 42.º n.º 3.º do decreto de 25 de novembro do referido anno. Mas além d'isto

existem nos limites da sua freguezia outros baldios municipaes, que são os seguintes: ...

Os supplicantes interessam em que esta illustrissima camara se pronuncie pelo modo da sua desamortisação, isto é, ou pela venda, ou pelo aforamento, nos termos do art. 10.º da citada lei e do art. 48.º do referido decreto: e por isso, auctorizados pelo n.º 4.º da portaria de 13 de dezembro de 1872, veem respeitosamente pedir a esta illustrissima camara, que se digne tomar uma deliberação a este respeito; e se optar pelo aforamento, como é de esperar, se proceda, depois de confirmada superiormente essa deliberação, á divisão dos baldios entre os supplicantes, e mais moradores visinhos que o pretenderem, como permite o art. 41.º § unico da lei e o art. 52.º § 1.º do decreto.

P. a vv. s.ªs, ill.ªs srs. presidente e membros da camara municipal, se sirvam deferir, deliberando a este respeito.

E R. M.

§ 199.º

Testamento

Modelo de um requerimento para reduzir um, anterior á promulgação do Cod. Civ., a publica-fôrma.

Dizem Maria, com seu marido José, Thereza, com seu marido Francisco, e Luiz, com seu marido Eduardo, todos do logar de ... , que, precisando reduzir a publica-fôrma o testamento nuncupativo com que falleceu Antonio, do mesmo logar de ... , querem justificar o seguinte:

1.º

J. que Antonia, estando gravemente doente, em um dos dias do mez de setembro de 1866, por occasião em que o rev. parochio lhe ministrou o Sagrado Viatico, testou vocalmente perante as testemunhas abaixo mencionadas, nos ter-

mos seguintes: Disse que deixava o terço dos seus bens ás suas tres sobrinhas Maria, Thereza e Luiza (que são as supplicantes), e que os mais bens seriam divididos por seus herdeiros.

2.º

J. que, quando Antonia assim testou, estava em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção.

3.º

J. que a dita testadora não convalesceu d'essa molestia, mas pelo contrario d'ella falleceu poucos dias depois.

4.º

J. que a mesma era solteira, não tendo descendentes nem tão pouco ascendentes vivos e, se ella fallecesse *ab intestato*, vinham a ser seus herdeiros legitimos sua irmã Maria Caetana, avó das supplicantes, e a quem representam directamente, por haver sobrevivido a sua filha Antonia Maria, mãe das mesmas supplicantes, e não haver deixado outro filho ou filha, nem outros netos, e os filhos de Manoel, outro irmão predefunto da testadora, porém estes ultimos repudiaram a herança d'esta, como consta do documento junto em n.º ...

5.º

J. que Manoel Antonio, pae e sogro das supplicantes, tambem é interessado na presente redução, por ter sido beneficiado pela testadora em testamento publico, de 40 de abril de 1853, de que se junta certidão, o qual caduca pela presente redução.

6.º

J. e tão verdade é ser elle interessado, que, havendo os supplicantes tentado outra redução, veio com embargos, fundados em a nullidade de não haver sido citado, os quaes não houve remedio senão confessar.

Nestes termos e nos de direito, e feita que seja a prova, deve julgar-se reduzido a publica-fôrma o testamento nuncupativo de Antonia Maria para todos os effeitos legaes.

§ 200.º

### Testamento

N'elle podiam ser instituidos herdeiros os nascituros, tanto por direito antigo, como hoje pelo Cod. Civ.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Entre as disposições do testamento de A. lê-se a seguinte: «A mesma herdeira será sómente usufrutuaria, em sua vida, das terras que possuo em ... exceptuando a terra grande, da qual já dispuz tanto do seu rendimento para o preto F., como da propriedade para depois da miseravel morte d'este preto; e por fallecimento da mesma herdeira passará o dominio inteiro das ditas terras para os filhos ou herdeiros de uma sua prima, que casou na villa de ...»

Quando falleceu A., tinha esta prima do testador certo numero de filhos, e depois d'isto nasceram outros, provinidos da mesma união matrimonial; e por isso nasce a duvida, se unicamente os existentes ao tempo da morte de A. aproveitam o beneficio da disposição testamentaria acima transcrita, ou se esta é tambem extensiva aos nascidos posteriormente.

Como o testamento de A. foi feito, e a sua successão se abriu, muito antes da vigencia do Cod. Civ., temos de regular-nos, para a resolução d'esta questão, pelas disposições do antigo direito.

Alguns juriconsultos, attendendo ao preceito da lei 6.ª D. De suis et legitimis hereditibus, e da lei 1.ª § 8.º D. Unde cognati, sustentavam que, para poder qualquer receber por testamento, era essencial, que, pelo menos, estivesse concebido á data da morte do testador.

Este principio de direito romano passou effectivamente para o art. 906.º do codigo civil francez; e a razão d'elle, segundo Rogron no seu Commentario, está em que no momento da morte do testador é que a propriedade é transferida. Demolombe, *Traité des donat. entre-vifs et des testam.* n.º 577 e seguintes (edição de Bruxellas), tornando-o extensivo a todas as heranças e legados, universaes ou particulares,

puros e simples, ou condicionaes, justifica-o, porque jámais poderia effectuar-se uma transmissão qualquer entre duas pessoas que não co-existiram simultaneamente, nem durante um só instante.

Esta doutrina foi abraçada por Coelho da Rocha, *Inst.*, § 344, nota, e § 689, e pela maioria da Associação dos Advogados de Lisboa em um parecer, cuja critica se lê na *Gaz. dos Trib.* n.º 3962.

Adoptada pois esta opinião, é claro, que só os filhos da prima de A. existentes á morte d'elle poderiam lucrar os bens que o mesmo lhes deixou.

Cumpre porém notar, que toda a medalha tem seu reverso, e o d'esta é da maior importancia para o caso que prende a nossa attenção.

Com effeito, o sr. Antonio Gil refuta em o citado n.º 3962 da *Gaz. dos Trib.* o voto da maioria da Associação dos Advogados de Lisboa, adduzindo para isso solidas razoes. Reconhece, é verdade, que, segundo o antigo direito romano das Doze Taboas e do Digesto, só podia ser admittido á herança aquelle que já existisse ao tempo do fallecimento do testador, excluindo-se por isso os nascituros; mas opina, que esta legislação foi revogada pela Novella 118, a qual chamou á successão os netos e mais descendentes, sem distincção alguma, comprehendendo assim tanto os descendentes nascidos, como os que estivessem por nascer. Cita em seu apoio a auctoridade do insigne commentador Voet *de Pariteritas*, livr. 28.º tit. 5.º de *hereditibus institutendis* n.º 43, o qual na hypothese de ter um testador instituido herdeiros os filhos de seus irmãos, sem distincção, é de voto, que devem considerar-se como taes não só os existentes á feitura do testamento e morte do testador, mas ainda os que nasceram posteriormente, embora estes ultimos não gosassem da facção testamentaria passiva, porque a causa determinante de tal instituição foi só o vinculo do parentesco, o qual abrange nascidos e nascituros.

No mesmo sentido votou um habil advogado, como é de ver na *Gaz. dos Trib.* n.º 3309, havendo pleno assentimento á sua opinião por parte do illustrado redactor d'ella; e ainda da mesma fórma, e n'uma hypothese identica, decidiu um digno juiz de direito de primeira instancia, podendo ver-se o seu despacho na *Gazeta* n.º 4129.

Mas antigamente já se entendia, que os posthumos po-

diam ser instituídos herdeiros ou beneficiados com legados, uma vez que houvesse certeza na sua designação, como, por exemplo, se o testador se tivesse referido aos nascituros de pessoas determinadas. — Vejam-se Pinheiro, *Trat. de testam.*, disp. 3.ª secç. 6.ª n.º 116 e disp. 5.ª secç. 1.ª § 1.º n.º 17 *in fine*; e Netto, *De testam.*, liv. 4.º tit. 13.º n.º 30.

Do mesmo sentir é Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1511.º, sustentando que podem ser instituídos os que ainda não nasceram, mas que ha esperanças de que nasçam.

Por outro lado é bem sabido que nos testamentos deve principalmente attender-se á vontade e intenção do testador, para se cumprirem como lei soberana, uma vez que não vão de encontro ás disposições da lei geral. E' este o principio que vem expressado no art. 1761.º do Cod. Civ., e que tambem era seguido sem discrepância sob o imperio do direito antigo, podendo consultar-se a este respeito a *Gaz. dos Trib.* n.ºs 3372, 3985, 4417 e 4522; a *Rev. de Leg.* n.ºs 15 e 29; e o *Direito* n.ºs 10 e 35 do 2.º anno. Ora, bem meditado o periodo do testamento de A., acima transcripto, nas palavras — *para os filhos ou herdeiros de uma sua prima* —, vê-se que o testador n'esta expressão generica os quiz comprehender todos, aliás especialisaria os que já eram vivos á data do testamento: a designação appellativa e commun a todos, em vez da individual pelos nomes dos então existentes, mostra que a sua vontade foi beneficial-os todos, e não só alguns, sendo movido pelo affecto geral, e parentesco que o prendia á familia de sua prima, e não por motivos de peculiar estima para com os membros d'ella, que já conhecia, de outra sorte nomeal-os-ia, maxime quando era possível que nascessem outros filhos depois d'isso, como effectivamente nasceram.

Por ultimo não devemos esquecer que, se esta questão houvesse de ser decidida pelas disposições do Cov. Civ., sel-o-ia a favor dos filhos nascituros, conforme os art. 1777.º, 1824.º e 1741.º *in fine*, e por isso, quando fora duvidosa em face da legislação antiga, muito de presumir é, que os juizes, sendo levada á tela do fóro, a venham a julgar em harmonia com a doutrina hoje abraçada pelo Codigo, e que já antes d'elle era a mais segura.

De tudo o ponderado concluo, que o meu voto é que todos os filhos ou herdeiros da prima de A. hão de ser contemplados com os bens legados por este.

## § 201.º

## Testamento

Se n'elle se podiam nomear prazos com encargos. — Por direito antigo, ainda que apparecesse aberto, sem se ter lavrado o respectivo auto, era valido. — Precisivam assistir cinco testemunhas ao auto, de approvação, que deviam assignar com o nome indicado no auto.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Maria, casada com Manoel, fez testamento cerrado em 26 de março de 1852, e n'elle nomeou o praso foreiro ás fidalgas de ... no filho Albino, com condição de o partir com as irmãs Iria e Antonia, ou, não querendo dar-lhe partilha, pagar-lhe a estima, e no filho Manoel, o praso foreiro ás religiosas de ..., para o dividir em glebas ou na estimação com as irmãs Barbara e Esperança.

Morrendo a testadora muito antes do Cod. Civ., e sobrevivendo-lhe o marido Manoel, foi o testamento aberto particularmente, em vez de o ser pelo regedor de parochia, como determinava o art. 342.º n.º 3.º do Cod. Adm., e não foi apresentado ao administrador para registro, como dispunha o art. 254.º n.º 3.º do mesmo Codigo, e n'este estado se conserva ainda.

Apesar d'isso o testamento foi cumprido no pio, e parece que tambem o foi no profano, porque se informa, que Albino e Manoel estão no gozo cada um do praso que lhe foi nomeado, e tambem se me diz que houve inventario, mas que n'elle-se não descreveram esses prazos.

Perguntam-me as irmãs dos dois, se podem compellir-os a dar-lhes partilha na estimação dos prazos.

A primeira questão, que se offerece, é se a testadora podia assim nomear os prazos com o encargo da sua divisão. Ha muito quem sustente que não; mas eu sempre segui a affirmativa com Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1028.º e 1029.º, com Coelho da Rocha, *Inst.*, § 564, e com a *Gaz. dos Trib.* em varios numeros, e assim tenho visto julgar, parecendo-me que por este lado as consulentes serão attendidas.

A segunda questão é, se o testamento ficaria nullo por não haver sido aberto pelo regedor da parochia, ou pelo menos, não se lançar n'elle termo de abertura. Respondo que antes do Cod. Civ. foi sentir unanime dos praxistas, que esta falta não importava nullidade do testamento, como pôde vêr-se em Lobão, *Suppl. ds Seg. Lit.*, disc. 6.º § 31; Meirelles, *Rep. Jurid.* n.º 4063; Corrêa Telles, *Dig.*, tomo 3.º art. 1879.º, e *Acc.*, nota 3.ª ao § 133; Coelho da Rocha, *Inst.*, nota ao § 679; e na *Gaz. dos Trib.* n.º 1931; e assim se vê julgado na *Gazeta* n.º 3557. Só poderia annullar-se, se se provasse, que foi a testadora que o abriu em sua vida, porque então presumia-se que teve por fim revogal-o.

Depois do Cod. Civ., que no art. 1933.º commetiu a abertura dos testamentos ao administrador do concelho, e em certa hypothese ao regedor de parochia, continuou a subsistir a mesma opinião, como é de vêr na *Rev. de Leg.* n.º 32 a 54; no *Direito* n.º 34 do 1.º anno; e no snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 4.º pag. 316; e portanto creio que por este lado tambem não haverá perigo.

O testamento, porém, tem outra nullidade mais séria, porque, dizendo o tabellião que uma das testemunhas é Agostinho, apparece assignado não este, mas Sebastião, vindo a ficar assim só quatro testemunhas, contra o disposto na Ord., liv. 4.º tit. 80.º § 1.º Acontece, porém, que além d'estas interveio mais José, que assignou a rogo da testadora, e que devia ser uma das testemunhas, como prescreve a mesma Ord., e com ella temos os cinco, e pôde sustentar-se o testamento, mas é mister que elle assistisse ao auto de approvação do principio até ao fim, e que possa isso provar-se, porque o tabellião teve o descuido de não o designar como testemunha.

Devem pois os consulentes, caso queiram sujeitar-se ao risco da demanda, levar o testamento a registro, e, depois de registrado, teem de chamar os RR. á conciliação, sendo o requerimento feito por advogado á vista do testamento, do praso, e do inventario.

§ 202.º

Testamento

Modelo da petição para se annullar um publico, e com que fundamentos.

1.º

P. que Barbara, mãe e sogra commum, fez testamento publico em 13 de abril de 1870, na nota do tabellião F., d'este julgado de . . . , de que se junta certidão, no qual instituiu universaes herdeiros seus filhos os RR. João, Francisco, Maria e Claudina, bem como o A. Antonio; porém dispoz do terço sómente a favor dos tres primeiros, segundo tudo d'elle consta.

2.º

P. que os RR. e A. são os mesmos filhos da testadora, instituidos no seu testamento; todavia

3.º

P. que o referido testamento está insanavelmente nullo por diversos fundamentos, que vão expender-se; porquanto

4.º

P. e é expresso no art. 1913.º do Cod. Civ., que tanto o tabellião, como as testemunhas, devem certificar-se de que o testador está em seu perfeito juizo; e comtudo apenas o tabellião declara no referido testamento, que a testadora estava em seu perfeito juizo e claro entendimento, sem que diga que d'isso se certificou, muito menos que as testemunhas d'isso se certificassem.

5.º

P. e mais determina o citado art. 1913.º, que o tabel-

lão e testemunhas se certifiquem de que o testador estava livre de toda e qualquer coacção; e nem uma só palavra a tal respeito se encontra no testamento, dizendo-se apenas, que a testadora affirmara fazer a sua disposição sem coacção ou inducção de pessoa alguma; e ainda mais

6.º

P. e é preceito do art. 1914.º do mesmo Código, que a disposição será lida em voz *alta* na presença das testemunhas; mas, conquanto o tabellião assevere que leu o testamento, não diz que fosse em voz *alta* perante as testemunhas.

7.º

P. que o art. 1919.º do citado Código é terminante em decretar que, faltando alguma das sobreditas formalidades, ficará o testamento sem effeito; e portanto

8.º

P. que n'estes termos e nos de direito deve julgar nullo e sem effeito algum o referido testamento da mãe e sogra *commun Barbara*, devendo por conseguinte fazer-se a partilha do casal, como se ella fallecesse *ab intestato*; sendo os RR. condemnados nas custas.

§ 203.º

### Usufructo

Deixado ao conjuge sobrevivo na escriptura dotal que precedeu o casamento, tem de respeitar-se, não podendo esta condição ser alterada no testamento com que a noiva fallecer.

### RESPOSTA A UMA CONSULTA

Não entrarei no desenvolvimento das questões a que a clausula apontada da escriptura ante-nupcial poderia dar

margem, entre o consulente e seus filhos, porque não é sobre esse objecto que se pretende ouvir o meu humilde voto.

Tambem não examinarei se a escriptura carecia de insinuação para sua validade, na parte em que envolveu reciprocas doações entre os noivos, porque nem sei se se procedeu a esta formalidade legal, nem posso olvidar que na opinião de Lobão e Corrêa Telles não era necessaria, attento o caracter eventual e contingente que reveste taes doações.

Suppondo pois valida a alludida escriptura, que me parece isenta de defeitos, emquanto á forma, cumpre-me só averiguar qual o alcance e intelligencia que deve ter a clausula d'ella, que vem transcripta na proposta.

Duas duvidas origina a sua confrontação com a disposição posterior do testamento, em que D. Margarida beneficiou a irmã com a sua terça, ou parte d'ella: 1.ª, podia a testadora fazer tal disposição, ou pela clausula da escriptura tinha-se privado da liberdade de testar do seu dote e meação dos adquiridos, por se ter realisado a prevista hypothese da sobrevivencia de filhos? 2.ª, caso podesse dispor, tem não obstante de respeitar-se o usufructo integral em favor do consulente, e nos termos que prescreve a escriptura?

Não desconheço que pôde alguém querer inferir da clausula da escriptura, *por um modo indirecto*, que D. Margarida se privou da faculdade de testar, porque dá a entender que, logo que expire o usufructo, tem os bens dotaes e meação dos adquiridos de passar para os filhos. Comtudo d'aqui a uma renuncia explicita do poder de testar vai um abysmo; e por isso, tratando-se de um dos mais importantes direitos que a lei faculta ao cidadão, sobre cuja possibilidade de renuncia, ainda quando clara, muito se duvidou sempre, sendo além d'isto principio juridico que a renuncia dos direitos se não presume, entendo que não podemos contentar-nos com expressões vagas e pouco claras; e nem nos bastam os argumentos indirectos. Por isso inclino-me a que D. Margarida podia dispor da propriedade da sua terça em favor de outra pessoa que não os filhos.

Apesar d'isto, entendo que o usufructo constituido em vantagem do consulente ficou salvo, e tem de realisar-se nos termos da escriptura, porque n'esta, que envolve um verdadeiro contrato entre os noivos, convencionou-se que tal usufructo recahisse sobre o dote (e por isso todo), e sobre a meação dos adquiridos (e por isso toda). Fallou-se por fór-

ma que se abrangeram no usufructo todos os bens que ficassem por morte de D. Margarida, e a ella pertencentes, e portanto pouco importa que posteriormente houvesse disposição de parte d'elles a favor de outra pessoa, além dos filhos.

## § 204.º

**Venda**

Dos bens mobiliarios não precisa de titulo, e tal se considera a de uma junta de bezerros vendidos a credito.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Justino possuía uma junta de bezerros, que tinha tenção de vender, quando em agosto de 1871 lhe appareceram á porta dois homens desconhecidos, propondo-lhe a venda dos bezerros. Recusou-se Justino a fazer o contrato, salvo ficando Joaquim de ps pagar, ao que este disse que ficava de pagar um, e que Balthazar havia de pagar outro. Promptificou-se Balthazar a isso, acrescentando que os seus bois ainda chegavam para o pagamento; e então disse Justino, que eram Balthazar e Joaquim que haviam de pagar o preço dos bezerros, e que pegassem n'elles: o que os dois effectivamente fizeram, agarrando Joaquim em um d'elles, que já pagou, e Balthazar em outro, que agora recusa pagar. Pergunta-se-me, se Justino tem direito a demandar Balthazar por metade do dinheiro porque foram justos os bezerros, e se basta a prova testemunhal.

Respondo ser minha humilde opinião, que Justino tem todo o direito de demandar Balthazar por metade do custo dos bezerros, porque foi elle que os comprou conjuntamente com Joaquim e não os dois desconhecidos, com quem Justino não quiz contratar; pouco importando não haver titulo do contrato, porque só na venda dos bens immobiliares é que o exige o art. 1590.º do Cod. Civ., e não na dos mobiliarios, como se vê do art. 1589.º, em cuja cathogoria entram os semoventes, como se deprehende do art. 376.º combinado com os antecedentes.

## § 205.º

**Venda**

Vendendo o lavrador o seu vinho a um individuo, que se apresentou a comprar em nome de outro, pôde o vendedor, na falta de pagamento, obrigar pelo preço o verdadeiro comprador. — Este responde pelo contrato e por todo o preço do vinho, embora, de pois de carregado e conduzido para o armazem, deixe de o receber, a pretexto de que está deteriorado.

## RESPOSTA A UMA CONSULTA

Antonio de Barros comprou a Antonio Teixeira dois toneis de vinho tinto, a preço cada uma pipa de 245000 réis, que devia ser satisfeito em tres pagamentos — carregação — S. João e S. Miguel —, e assignou-lhe titulo particular em data de 4 de outubro de 1874, no qual declarou comprar por ordem de Manoel, da cidade de . . .

Em 6 de outubro seguinte declarou no mesmo escripto, que tomava a responsabilidade do pagamento, na falta do comprador.

Em 14 de novembro foram carregadas quinze pipas, tres almandes e sete canadas, o que se declarou no escripto.

Ultimamente foram carregadas quatorze pipas, que ainda se não acham abonadas no titulo, e que Antonio de Barros diz não terem sido accites por Manoel, a pretexto de não estar o vinho em bom estado, e dizendo que fica elle com as mesmas, mas não pelo preço ajustado: restando por carregar tres ou quatro pipas.

Quaes os direitos de Antonio Teixeira em face do exposto?

Como Antonio de Barros declarou expressamente a pessoa para quem comprava, deixou de ser commissario mercantil e tornou-se um simples mandatario (Cod. Com. art. 45.º), e o contrato de compra se entendeu celebrado e aperfeiçoado no lugar em que se carregou o vinho, cujo dominio passou para Manoel. (art. 499.º, 797.º e 803.º). Sr. Forjaz, *Annot.*, vol. 1.º pag. 29 e 33.

Posto isto, entendo que Antonio Teixeira tem direito a

demandar Manoel, pelo preço de todo o vinho carregado, nas epochas do vencimento dos pagamentos. Quanto ás primeiras quinze pipas nenhuma duvida póde offerecer-se. Quanto ás quatorze restantes poderá elle dizer, que como as não aceitou, não é obrigado a pagar; mas a mim parece-me o contrario, porque Antonio de Barros era seu mandatario, e responde pelas suas operações (art. 778.º), e se elle andou mal, póde o mandante obrigar-o a indemnizar perdas e damnos, (art. 763.º, 800.º e outros).

Se o vinho tinha defeito, o mandatario não devia carregal-o, e logo que o aceitou sem protesto, e d'elle se entregou, parece-me que Antonio Teixeira tem direito de exigir que lhe seja pago por Manoel.

Suppondo, porém, que o vendedor do vinho não póde haver d'este o preço, entendo que Antonio de Barros tem de satisfazel-o, visto tomar em si n'esse caso a responsabilidade.

E poderá Manoel ser compellido a levar e pagar o resto do vinho, ainda não carregado? Se poder provar que o defeito d'elle proveio de dolo ou culpa do vendedor, parece-me que não. Mas se não se deu nada d'isto, se se entender que a venda foi a esmo ou por partida inteira, o risco foi por conta do comprador (art. 458.º); se se entender que não foi a esmo por depender da medição, foi por conta do vendedor.

## § 206.º

### Vinculos

Houve tempo em que era permitido a certas pessoas annexar-lhe bens livres, podendo depois oneral-os com usufructos, e como.  
— Como se regulava afinal a successão de taes vinculos.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

A lei de 3 de agosto de 1770, no § 23, permittiu as annexações aos morgados que nos termos d'ella ficassem exis-

tindo, ou se estabelecessem depois, ainda que ellas fossem de pouco avultado rendimento, contanto que os administradores fossem pessoas dos contemplados na mesma lei.

Esta faculdade de annexar bens livres aos vinculados durou até que foi prohibida pelo art. 3.º do decreto de 4 de abril de 1832, que só em 1834 principiou a ter execução no continente do reino.

Que o administrador do vinculo — Costa — era fidalgo, e o mesmo sua irmã D. Maria, e portanto estavam comprehendidos nos art. 15.º e 23.º da lei, é cousa indubitavel, e que até consta dos documentos que tenho presentes, podendo por isso requerer e obter annexações de bens livres áquelle vinculo.

Effectivamente D. Maria, por escriptura de 5 de setembro de 1817, declarou annexar-lhe as suas legitimas paterna e materna, reservando para si o usufructo enquanto viva, e constituindo usufructuarias por sua morte a suas sobrinhas D. Maria Jeronyma e D. Maria Joanna, enquanto vivas e solteiras, e por sua morte ou casamento entraria no seu gozo o administrador do vinculo, que então era seu irmão José, menos das casas de Lisboa, de que ficaria ainda usufructuario seu sobrinho Francisco, podendo assistir nas ditas casas, sem pagar renda, o outro sobrinho José, se viesse a ter emprego que o obrigasse a viver na corte.

Em testamento de 21 de setembro de 1817 confirmou a dita senhora todas estas disposições.

Mais tarde obteve de sua magestade provisão, depois de percorridos todos os tramites legais, para realizar a annexação, podendo dispor do usufructo d'esses bens a favor de suas sobrinhas, em suas vidas. *Em conformidade com ella* se lavrou a escriptura de 13 de setembro de 1819, em que se completou a annexação, observando-se em tudo as formalidades legais prescriptas na citada lei, e compendiadas por *Lobão, Morg.*, cap. 13.º § 1.º com referencia ao cap. 5.º, como é facil verificar.

Cumprer notar, que D. Maria Joanna perdeu o direito ao usufructo por se casar, e que os sobrinhos Francisco e José morreram ha muitos annos, sobrevivendo a todos D. Maria Jeronyma, que destructou os bens annexados até julho de 1873, em que falleceu.

Durante a vida d'esta senhora morreu o administrador do vinculo, José, depois em 1863 o outro administrador

Bernardo, e posteriormente, em abril de 1869, o outro administrador filho d'este Alfredo, a quem por morte de seu pae se aformularam no inventario, como vinculados, os bens annexados por D. Maria Luiza, embora vivesse a usufructuaria D. Maria Jeronyma, que só ao usufructo tinha direito.

O facto de sobreviver esta ao ultimo administrador, seu sobrinho Alfredo, radica a n'ella o dominio dos bens annexados, e poderão seus herdeiros vir reivindicados? De nenhum modo. Se ella gosava os bens, era a titulo de usufructo, que não podia ser base de prescripção, senão nos termos do art. 510.º do Cod. Civ.; e quando elles, por hypothese, não podessem ser do administrador do vinculo, tinham de reverter aos herdeiros de D. Maria Luiza.

Eram porém inquestionavelmente de Bernardo, e como se informa que este se finou antes de findar o prazo de dois annos, estabelecido pelo regulamento de 19 de janeiro de 1861 para o registro dos vinculos, ainda não estava extinto o de que se trata, nos termos do art. 9.º e § unico da lei de 30 de julho de 1860 e art. 29.º § unico do mesmo regulamento, e e por isso que no inventario d'elle se adjudicaram os bens annexados ao seu primogenito. Suppondo mesmo que o vinculo estava extinto, quem podia pedir partilhas nos bens eram os outros filhos de Bernardo.

Por qualquer lado, pois, que se encare a questão, a pretensão dos herdeiros de D. Maria Jeronyma é sem razão de ser, e injuridica.

### § 207.º

#### Vinculos

Podiam instituir-se em testamentos. — Sendo registrados no prazo marcado na lei de 30 de julho de 1860, art. 9.º, pertence metade d'elles aos filhos mais velhos dos então administradores, como immediatos successores. — Se, tornando-se alodiaes os bens vinculados por falta de registro, n'elles communicou o conjuge de seu administrador. — Esta questão pôde ser resolvida em inventario.

#### RESPOSTA A UMA CONSULTA

O testamento de Maria e Ignez, feito em 15 de novembro de 1718, contém todos os requisitos que anteriormente á lei de 3 de agosto de 1770 eram necessários para se instituir um vinculo; e como se informa, que depois se separaram e inventariaram os bens para constituirem o mesmo, e que se cumpriram sempre os legados pios, parece-me não poder duvidar-se da existencia legal d'esse vinculo até á data da sua extincção, na pessoa da ultima administradora.

Suppondo que elle fosse registrado no prazo fatal dos dois annos marcado na lei de 30 de julho de 1860, art. 9.º, e no regulamento de 19 de janeiro de 1861, tem de pertencer metade dos bens desvinculados pela lei de 19 de maio de 1863 ao filho mais velho da então administradora, como immediato successor, nos termos do art. 2.º e seguintes, d'ella. N'estes bens não teria meação o marido da mesma administradora, pela expressa disposição do art. 6.º § 1.º

Mas o consulente, supposto d'isso não tenha certeza, acredita que o registro se não fez, o que faz variar muito as consequências, porque, quando foi promulgada a lei de 19 de maio de 1863, achou já alodiaes os bens não registrados, e não tem applicação as suas disposições.

Mas, segundo a lei de 30 de julho de 1860, os bens desvinculados communicar-se-iam ao marido da administradora? Grandes duvidas ha a este respeito, por isso mesmo que a lei não é explicita. Votam pela communicação a Associação dos Advogados de Lisboa na resposta á consulta publicada na *Gaz. dos Trib.* n.º 3096, a mesma *Gazeta* n.º 3260, 3836, 4207 (onde se allude a outra resposta da Associação, no mesmo sentido), 4223 e 4275; o *Direito* n.º 24 do 3.º anno; e o snr. Dias Ferreira, *Codigo Civil annotado*, vol. 3.º ex-pag. 102.

Vingando esta opinião, é claro que os bens pertencentes ao antigo vinculo, instituido por Maria e Ignez, deviam ser descriptos no inventario do marido da administradora, para se fazer meação ao inventariado, e dividir-se pelos filhos.

Mas esta opinião tem sido impugnada com grande energia pela *Rec. de Leg.* em os n.ºs 2, 78, 98, 220 e 265, a qual sustenta, que esses bens assim desvinculados se não communicaram com o outro conjuge. Segundo esta opinião

não deviam ser descriptos, nem devem ser partilhados, porque pertencem precipuamente á viuva.

Já foram publicados, pelo menos, dois accordãos, adoptando esta segunda opinião, um da relação de Lisboa de 2 de abril de 1872, publicado no *Direito* n.º 27 do 5.º anno, e outro da relação do Porto, na *Rev. de Leg.* n.º 133, e é de 21 de junho de 1867, podendo dizer-se que o supremo tribunal de justiça abraçou esta doutrina, porque por accordão de 22 de dezembro de 1868 denegou revista.

Em vista do exposto pôde a viuva fazer no inventário procuração a advogado, o qual pugne para que os bens se adjudiquem a ella, argumentando com as vozes da *Revista* e casos julgados nos tribunaes. Podemos ser attendidos, ou não; mas, como é questão que não precisa de prova testemunhal e se decide no inventário, como resolveu o accordão do supremo tribunal de justiça de 12 de dezembro de 1871, pouco se gasta. Deve, porém, juntar-se a instituição e o tombo dos bens.



FIM

## INDICE ALPHABETICO

# INDICE ALPHABETICO

- 
- Acção*: de abolição de atravessadouro, quando póde intentar-se, § 40.
- : de destrinça de fóros, sobre ella, § 10.
- : de investigação de paternidade e successão dos filhos perfilhados, § 11.
- : de nullidade de emphyteuse, sobre ella, § 12.
- : de rescisão de partilhas, sobre ella, §§ 13, 20 e 21.
- : em nome de menor, deve nomear-se-lhe curador, § 1.º
- : o pae ou mãe que exerce o poder paternal, póde intentar-a sem auctorisação, § 1.º
- : requerimento para intentar uma, por letra, § 5.º
- : requerimentos para ella, por letras, §§ 5.º, 6.º e 7.º
- : sobre a prova por titulo particular, quando negado, § 2.º
- : sobre passaes, quem a póde intentar, § 3.º
- *commercial*: quando tem logar, § 8.º
- —: tem logar para o lavrador exigir o preço do vinho que vendeu para revenda, § 9.º
- *popular*: sobre ella, antiga e modernamente, § 14.
- *possessoria*: quando póde obstar a ella o artigo 490.º do Cod. Civ., § 15.
- —: o que seja titulo para os effeitos d'este artigo, § 15.

- Ação de reivindicação:** de bens arrematados, que não pertenciam ao executado, § 17.
- : se é preciso pedir o cancelamento dos registros, § 19.
- : sobre ella, § 18.
- : de *sonogados*: sobre ella, § 22.
- Accessão:** quando se dá a favor do dono do terreno, § 23.
- Acrescer:** não se dá este direito entre testamentários, § 122.
- : quando se dá a favor de herdeiros, § 122.
- Adulterio:** se no crime d'elle pôde haver separação de culpas, § 24.
- Aguas:** acção possessoria por causa de servidão d'ellas, § 190.
- : como se adquirem por servidão, § 188.
- : nascidas em predios particulares, se pôde a camara aproveitá-las, expropriando-as, § 108.
- : quando se pôde usar da acção possessoria por causa d'ellas, § 4.º
- : se o foreiro pôde vender as de praso sem licença do senhorio, § 25.
- : servidão d'ellas, que não pôde prejudicar-se, § 187.
- : sobre a sua qualificação, de publicas, particulares ou communs, § 27.
- : sobre aquellas para que a camara costuma nomear repartidor, § 28.
- : sobre as pluvias, § 29.
- : sobre as que, cahindo de um telhado que deita sobre um predio visinho, se infiltram na parede da mesma casa; como obstar a isso, § 29.
- Alimentos:** acção a pedil-os, § 30.
- : pôde a mãe pedil-os aos filhos, § 81.
- : quem os pôde pedir, a quem, e como são prestados, § 30.
- Ameaça:** sobre a classificação do crime d'ella, § 77.
- Appellação:** sobre ella, § 31.
- Arbitros:** onde não ha tribunales commerciaes, perante elles correm as acções, § 8.º
- Armas:** sobre o crime por detenção das prohibidas, § 77.
- Arrematação:** arrematada uma propriedade em execução hypothecaria, passa livre e expurgada ao arrematante, § 33.

- Arrematação:** depois d'ella devem ser expurgadas as hypothecas, § 34.
- : quando precisa de expurgação, e como se requer, § 109.
- : direitos que assistem ao arrematante de rendimentos, § 183.
- : se pôde ser annullada por falta de nomeação de curador ao executado menor, § 32.
- : se pôde sustentar-se ostando o processo nullo, § 32.
- Arrendamento:** a falta de sello não o annullava, § 184.
- Artigos:** analyse do art. 490.º do Cod. Civ., § 4.º
- : interpretação dos art. 692.º, 1760.º e 1814.º do Cod. Civ., §§ 35 e 36.
- Arvores:** como se gosa o usufructo d'ellas, § 38.
- : como se indemnisa o prejuizo que ellas causam, § 38.
- : não pôde o marido vendel-as sem consentimento da mulher, § 37.
- : pôde requerer-se para serem cortados os ramos que deitam para predio alheio, § 189.
- : são consideradas bens immoveis, § 37.
- Assentos:** quando devem ser reformados no judicial ou no ecclesiastico, § 39.
- : quem deve ser ouvido para a sua reforma, § 39.
- Atravessadouro:** se se pôde abolir depois do Cod. Civ., §§ 40 e 76.
- Autos:** a quem incumbe a sua guarda, § 42.
- : enquanto não estão findos constituem lide pendente, § 41.
- : não podem estar fóra do cartorio, nem juntar-se a outro processo, §§ 41 e 42.
- Avaliação:** de bens doados, deve fazer-se pelo valor que os bens tinham á data da escriptura, § 43.
- ■ ■
- Bachareis:** podem-se considerar nobres, § 30.
- Baldios:** legislação moderna, que sobre elles existe, § 46.
- : quaes os que não podem ser desamortizados, § 198.

- Baldios**: requerimento a pedir que se não desamortisem os de um pequeno lugar, § 45.  
 —: requerimento sobre a exclusão da desamortisação dos indispensaveis ao uso commum dos povos, §§ 44 e 46.
- Barcas**: a quem é permitido tel-as nos rios, e para que uso, § 47.  
 —: como os tribunaes tem julgado a tal respeito, § 47.  
 —: se pôde haver privilegio quanto a ellas, § 47.
- Bem d'alma**: requerimento de um parochio a pedir a importancia do feito a um seu parochiano, que falleceu *ab intestato*, § 194.
- Bemfeitorias**: quando ha preferencia por ellas, § 172.  
 —: sobre a partilha d'ellas em inventario, § 48.
- Binubo**: que bens communica com a segunda mulher, § 49.  
 —: que herda bens de um filho depois de contrahido 2.º matrimonio, perde por esse motivo a propriedade da herança, e só conserva o usufructo, § 50.
- Cabeça de casal**: sobre as contas dos bens administrados por elle, § 51.
- Cabecal**: não o ha hoje, § 10.
- Camaras**: as aguas para que ellas nomeiam partidores, consideram-se publicas, § 28.  
 —: se podem fazer abatimentos aos arrematantes de impostos, § 53.
- Cancelamento de registro**: como pôde pedir-se, § 54.  
 —: que documentos são precisos para se pedir, § 19.
- Casa**: edificada em terreno alheio e de má fé, pôde ser demolida, § 23.  
 —: não tendo commoda divisão, o que se requer, § 55.  
 —: o comproprietario pôde requerer a reedificação de parede meira que ameaca ruina, § 56.
- Casamento**: como se contam os graus de parentesco por direito civil e canonico para o impedimento para elle, § 49.  
 —: se é permitido entre tio e sobrinha, § 124.  
 —: *catholico*: quando é nullo, § 152.

- Casamento catholico**: onde corre a acção de nullidade, quando pôde intentar-se, e quaes as suas formalidades, § 152.
- Certidão**: por direito antigo precisava de ser conferida, § 22.
- Cessão**: como se faz a de dividas, § 57.
- Citação**: á feita para prestação de contas podem deduzir-se embargos, § 149.  
 —: como deve ser feita a do ausente em parte incerta, § 135.
- Commissio**: não tem hoje logar a acção por elle, § 12.
- Communhão**: por direito antigo, sobre os bens da viuva que contrahia segundas nupcias, § 197.  
 —: quando se dá entre os conjuges nos bens doados para casamento, § 89.
- Companhia**: pôde fazer-se exame nos livros d'ella, para provar o pagamento de suas dividas, § 103.
- Competencia**: quem a tem para intentar acções sobre passaes, § 3.º
- Compra**: se o comprador registra a transmissão, e depois um credor do vendedor vem registrar uma hypotheca anteriormente constituida, fica esta extincta, § 59.
- Conciliação**: se o chamamento a ella interrompe a prescripção, § 60.
- Concurso**: sobre a preferencia n'elle, § 172.
- Condição**: resolutive na instituição de herdeiros é valida, § 61.
- Conjuges**: não pôde legar certos e determinados bens do casal, sendo casado por communhão, § 136.
- Conselho de districto**: não pôde ser juiz nas suas questões, § 62.  
 —: *de tutela*: modelo de um requerimento a recorrer para elle, § 63.
- Consentimento tacito**: pôde constituir servidão, § 64.
- Conservador**: recurso importante levado de um, sobre o registro, § 131.
- Contas**: á citação para prestação d'ellas podem oppor-se embargos, § 149.  
 —: fiscaes não tem força de sentença, § 132.  
 —: sobre as do cabeça de casal, § 51.
- Contrato bilateral**: aquelle que não cumpre, deve restituir o que recebeu, § 41.

- Contrato bilateral**: pela falta do seu cumprimento podem pedir-se perdas e danos, § 65.  
 —: podem celebrar-se diferentes na mesma escriptura, § 100.
- Contribuição industrial**: requerimento a pedir a annullação por haver interrupção de industria, § 68.  
 —: requerimento a pedir a annullação de parte da collecta, § 73.
- municipal indirecta**: sobre que objectos pôde recahir, § 71.  
 —: só pôde recahir sobre objectos expostos á venda mas não sobre o pão cosido, § 71.
- de registro**: paga-se pela compra de arvores, § 37.  
 —: por titulo gratuito, não é nullidade a falta de pagamento no prazo legal, § 70.
- Contribuições**: o credor só desconta as relativas aos annos de que recebeu juros, § 37.  
 —: privilegio da fazenda quanto a ellas, § 112.  
 —: sobre a validade das arrematações para pagamento d'ellas, § 67.
- Corpo de delicto**: que elementos precisa ter, § 74.  
 —: sem elle nenhum processo subsiste, § 74.
- Correio**: sobre a fiança de seus empregados, § 75.
- Crime**: sobre os elementos do de fuga, § 71.
- Culpas**: se podem separar-se no processo crime por adultério, § 24.
- Curador á lide**: quando devia ser nomeado, § 1.<sup>o</sup>
- Curadoria**: artigos para habilitação n'uma, § 192.
- Decima de juros**: logo que o devedor contesta a divida, deve ser lançada ao credor, §§ 103 e 151.  
 —: quem pôde recorrer extraordinariamente do seu lançamento, § 139.
- Deposito**: como sequestro, não tem logar depois do Cod. Civ., § 78.
- Desforço**: quando pôde usar-se d'elle, § 15.
- Directores do correio**: sobre as fianças que prestam, § 75.

- Direito**: pelo vigente ao tempo da sentença, é que esta se deve regular, § 10.
- Distribuição**: antes do Cod. do Proc. Civ. a falta d'ella era nullidade inapprecivel, § 42.
- Dividas**: a fórma de pagamento decretada pelo conselho de familia ha de cumprir-se, e não precisa auctorisação do juiz, § 79.  
 —: as do doador são pagas pelo donatario universal, § 57.  
 —: ás irmandades, se estas podem levantar-as, § 137.  
 —: nos inventarios de menores é o conselho que as approva, e regula a fórma do seu pagamento, § 79.  
 —: o conjuge sobrevivio não responde pelas que o predefuncto trouxe para o casal, § 81.  
 —: o tercenario da herança paga a terça parte d'ellas, § 81.  
 —: quando responde por ellas o donatario, § 87.  
 —: quando respondiam por ellas os prazos, § 81.  
 —: quando só são pagas pelo conjuge que as contrahiu, § 152.  
 —: só se pagam até ás forças da herança, § 87.
- Doação**: é nulla faltando-lhe a insinuação, § 134.  
 —: feita quando estavam por pagar direitos de transmissão anterior, é nulla, § 70.  
 —: formalidades da *inter vivos* e *causa mortis*, § 88.  
 —: como se distingue de dote, § 87.  
 —: interpreta-se a favor do doador, §§ 85 e 86.  
 —: não é nulla por falta de participação ao escrivão de fazenda, § 72.  
 —: não pôde o pae que foi obrigado a reconhecer um filho fazel-a da terça disponivel, tendo filhos legitimos, § 11.  
 —: o doador não pôde dispôr dos bens por testamento, § 97.  
 —: o donatario representa o doador, § 80.  
 —: para a conferencia, deve ter-se em vista o valor de bens á data da escriptura, § 43.  
 —: para casamento, se precisava de ser insinuada, § 97.  
 —: para casamento, pôde ser reduzida, § 84.  
 —: quando precisava de insinuação, § 85.  
 —: quando responde o donatario pelas dividas do doador, §§ 57, 80 e 87.

- Doação**: se n'ella se podem renunciar heranças, § 85.  
 —: se o doador faz doação da terça em geral, pôde o doado requerer inventario para a separar e registrar, §§ 83 e 93.  
 —: sobre a de bens futuros, § 85.  
*causa mortis*: para casamento, é valida sem as formalidades dos testamentos, § 89.  
 —: tem as formalidades dos testamentos, § 88.  
**Documentos**: a falta do signal publico nos exarados por tabellião torna-os nullos, § 90.  
 —: authenticos, são as procurações publicas, § 133.  
 —: estando truncados, não podem tirar-se publicas formas d'elles, § 91.  
 —: não pôde duvidar-se dos authenticos, § 52.  
**Dote**: em que se distingue da doação, § 87.  
 —: á divida por elle, descripta em inventario, sendo negada pelos coherdeiros, não pôde dar-se pagamento, § 92.  
 —: consistindo em moveis, deve dar-se-lhe valor, § 96.  
 —: depois do casamento não pôde ser alterada a escriptura, § 96.  
 —: por direito antigo, havendo filhos, communicava-se; mas pelo Código não, § 93.  
 —: que tempo deve decorrer para se presumir que o marido o recebeu, e assim responder por elle, § 94.  
 —: que transacções podem fazer-se sobre elle, § 95.  
 —: sobre a interpretação das escripturas d'elle, § 96.  
**Emancipação**: sobre os effeitos d'ella, § 97.  
**Embargos**: modelo de uns a uma intimação sobre legados pios, § 99.  
 —: modelo de uns sobre legados pios, § 127.  
 —: podem deduzir-se a um inventario, § 41.  
 —: podem oppor-se a uma execução de fazenda, § 52.  
 —: quando se podem deduzir contra execução por decima de juros, § 139.  
 —: *á posse*: ainda hoje toem logar, § 163.  
 —: *de terceiro*: §§ 98 e 99.

- Escriptura**: como se revalida pela falta de sello, § 101.  
 —: de doação *causa mortis*, tem as formalidades de testamento, § 88.  
 —: de doação não é talle por se não dar a participação para a fazenda, § 72.  
 —: enquanto existir a de partilha, não pôde requerer-se inventario, § 41.  
 —: nas vendas de quantias superiores a 50\$000 réis, era e é essencial, para a validade do contrato, § 66.  
 —: quando pôde fazer-se em papel branco por causa de não haver sellado, § 101.  
 —: sobre ellas em geral, e que contratos se podem fazer n'uma só, § 100.  
**Esposas**: o que era preciso para a sua validade, § 100.  
**Estado**: não pôde haver transacção alguma sobre o das pessoas, § 102.  
**Exame**: pôde requerer-se nos livros de uma companhia, para provar-se o pagamento d'ella, § 103.  
**Excepção**: em razão da materia, quando pôde deduzir-se, § 8.º  
**Execução**: modelo de um requerimento para obrigar um caiseiro a mostrar as terras forcneas, e sob que penas, § 104.  
**Execuções**: nas facas é precisa habilitação, § 103.  
**Expostos**: providencias a respeito d'elles, § 105.  
**Expropriação**: na amigavel como se faz a avaliação, e se se recebe dinheiro, e quem realisa o contrato, § 107.  
 —: na dos predios, figura o emphyteuta e o senhorio, e como se faz a divisão do seu preço, § 106.  
 —: o Cod. Civ. não revogou a sua legislação especial, nem tem applicação a ella, § 106.  
 —: requerimento para se fazer a adjudicação dos terrenos amigavelmente, § 107.  
 —: só por meio d'ella pôde a camara privar um particular das aguas que nascem no seu predio, § 108.  
 —: *municipal*: como se decreta e processa até se ultimar, § 108.  
**Expurgação**: dá-se pela arrematação em execução, § 109.  
 —: quem deve ser citado para ella, e que direitos podem oppor-se, § 109.  
 —: voluntaria, quando tem logar, § 109.

- Fazenda*: a questão sobre responsabilidade para com ella pertence ao foro civil, § 52.
- : não tem hypotheca legal por impostos, nem os herdeiros do devedor tem responsabilidade solidaria, § 52.
- : quando pôde ser declarada herdeira, § 159.
- : quem lhe paga por outrem fica subrogado nos direitos d'ella, § 75.
- : seus privilegios quanto a contribuições, § 112.
- : só tem por procurador o M. P., § 111.
- : sobre o reconhecimento d'ella feito pelos foreiros, § 110.
- Fiança*: sobre a dos empregados do correio, § 76.
- : os bens d'elles eram hypotheca legal á fazenda, § 75.
- : sobre a dos manobros que emigram, § 114.
- : sobre a dos recebedores, e que alterações tem soffrido, § 115.
- Fideicommissario*: morrendo o fideicommissario em vida do fideuciario, se caduca, § 118.
- : o fideicommissario recebe os bens á morte do auctor da herança, § 170.
- : quando se dá e como se identifica, § 117.
- : só pôde conter um grau, § 116.
- Filhos*: qual a legitima dos perfilhados antes do matrimonio pelos paes, § 49.
- Foraes*: como se distinguem dos reguengos, § 119.
- Foreiro*: pôde vender as aguas existentes no praso e com que excepções, § 25.
- : tem obrigação de mostrar as terras emphyteuticas, § 182.
- Formas de partilhas*: não são exequíveis contra quem não figura no inventario, § 31.
- Foros*: acompanham o predio, § 171.
- : que documentos deve juntar a fazenda, para os pedir executivamente, § 113.
- : sobre o privilegio e hypotheca legal por elles, §§ 120 e 121.

- Gestão*: sobre ella, § 122.
- Grav de parentesco*: como se contam para as dispensas civil e canonicamente, § 49.
- : sobre a sua contagem por direito civil e canonico, § 124.
- Habilitação*: artigos de uma, passiva, § 125.
- : artigos d'ella em processo de curadoria, § 192.
- : é precisa nas execuções fiscaes, § 103.
- Herdeiros*: como podem ser instituidos, § 35.
- : differença entre elles e os legatarios, § 35.
- : *ab intestato* são aquellas que o forem á morte do auctor da herança, § 122.
- : a herança do filho perfilhado regula-se pela lei vigente á data da perfilhação, § 126.
- : se podem ser instituidos os nascituros, § 200.
- Hospital de S. José*: quando pôde exigir a multa por falta de suffragios, § 193.
- : que legados pios lhe pertencem, § 127.
- Hypotheca*: a falta de registro pôde extinguil-a, § 129.
- : anterior ao Cod. Civ., se pôde invocar-se sem registro, § 173.
- : anterior ao decreto de 26 de outubro de 1836, precisava de registro e renovação d'elle, § 54.
- : mas a falta de registro não aproveitava aos que figuravam na escriptura, § 54.
- : é a propriedade legada ao cumprimento do legado a dinheiro, que lhe serviu de condição, § 146.
- : deve ser expurgada dos predios depois da arrematação, § 34.
- : extingue-se pela prescripção, § 33.
- : por direito antigo quando se considerava extincta, e como proscrvia, § 128.

- Hypotheca**: por empregos publicos, § 132.  
 —: qual a que tem os senhorios pelos fôros, e porque tempo, § 130.  
 —: se o vendedor vende a propriedade hypothecada, e o comprador registra primeiro a compra, que o credor a hypotheca, fica esta extincta, § 59.  
**Legal**: não a tem a fazenda por impostos, § 52.  
 —: qual a hypothese em que tal hypotheca existe, § 52.  
 —: se precisa de registro, e em que bens, § 132.  
 —: sobre ella nos bens do testador, § 131.  
 —: sobre a dos fôros, §§ 120 e 121.  
**Illegitimidade**: embargos d'ella em execução hypothecaria, § 129.  
**Impostos**: se as camaras podem fazer algum abatimento aos arrematantes d'elles, § 53.  
**Injuria**: não a ha, sem animo de offender, § 133.  
**Insinuação**: nullidade por falta d'ella, § 134.  
 —: quando era necessaria nas doações, e quando se dispensava, § 94.  
 —: que doações precisavam d'ella, §§ 85 e 90.  
**Instituição de herdeiros**: como pôde fazer-se, § 35.  
**Instrução primaria**: processo para criação de uma cadeira, § 138.  
**Inventario**: a elle podem oppor-se embargos, § 41.  
 —: aquelle a quem se fez doação da terça, pôde requerel-o nos bens do doador para se apurar a mesma, para registrar, § 83.  
 —: as resoluções tomadas n'elle podem revogar-se, § 135.  
 —: como se adjudicam n'elle as beneficencias, § 48.  
 —: como se rescinde, partindo-se bens que não deviam ser descriptos n'elle, § 22.  
 —: dividindo-se n'elle prasos, que o não deviam ser, podem reivindicar-se, § 135.  
 —: não pôde requerer-se quando existir escriptura de partilhas, §§ 41 e 98.

- Inventario**: pôde fazer-se declarar nullo, § 135.  
 —: se é preciso pedir-se a rescisão d'elle na acção de reivindicacão, § 22.  
**Irmadades**: quando podem levantar capitães mutuados, § 137.  
**Juíz**: não é obrigado a seguir o parecer dos peritos na vistoria, § 10.  
 —: não pôde julgar as causas dos parentes até ao quarto grau, § 62.  
 —: ninguem o pôde ser em causa propria, § 62.  
**Junta de parochia**: processo d'ella para crear uma cadeira de instrução primaria, § 138.  
**Juros**: de mais de 5 annos não se podem pedir, obstando ao seu pagamento a prescripção, § 57.  
 —: desde quando se devem, tanto por direito antigo, como moderno, § 140.  
 —: pôde pedir-os o legatario pela demora da entrega do legado, § 122.  
**Jury**: não pôde afastar-se dos quesitos, mas pôde declarar qualquer circumstancia modificativa da pena, § 141.  
**Legados**: a dinheiro, se devem ser pagos pelo proprietario, ou pelo usufructuario, § 123.  
 —: a propriedade legada com obrigação de um, serve-lhe de hypotheca, § 145.  
 —: a sua alienação equivale á revogação, § 134.  
 —: caducando, revertem para a herança, § 122.  
 —: consistindo n'uma divida que o testador recebeu, fica extincto, §§ 82 e 122.  
 —: deixado ao filho do testamento é remuneratorio, o não se lucra renunciando-se á testamentaria, § 122.  
 —: deixados a testamentarios, não podem ser lucrados pelos filhos d'elles, § 82.  
 —: podem pedir-se juros d'elles, § 122.

- Legados**: quaes são pios e profanos, e sujeitos a contas, § 146.
- : quando podem soffrer rateio, § 122.
- : quando tem logar a redução d'elles, § 35.
- : quando se entendem deixados em pagamento de vida, § 142.
- : requerimento para se converterem em dinheiro, os de cereaes, § 143.
- : só se pagam depois de liquidada a herança, § 122.
- : sobre a prescripção por causa do seu cumprimento, § 148.
- pios**: á intimação para prestar contas por elles. podem oppor-se embargos, § 99.
- : em que consistem os mesmos, § 99.
- : quaes pertencem ao hospital do S. José, § 127.
- : quando prescrevem, § 146.
- : quando se podem considerar taes, § 144.
- : requerimento a recorrer para o conselho de tutela de uma deliberação do conselho de familia sobre o cumprimento d'elles, § 63.
- : se a sua instituição perpetua pôde sustentar-se, § 145.
- : tratado sobre elles, § 146.
- Legatarios**: differença entre elles, e os herdeiros, § 35.
- : quando não possam receber os legados, recebem o seu valor, § 136.
- : tem hypotheca legal nos bens do testador, que devem registrar, § 131.
- Legítima**: qual a dos filhos perfiitados antes do matrimonio dos paes, § 49.
- Lesão**: como se contava o tempo para a prescripção, havendo annos bissextos, § 22.
- Letras**: depois de protestadas converte-se a divida em litigiosa, § 151.
- : faltando-lhes a clausula á ordem, não podem ser pedidas commercialmente, § 150.
- : havendo simulação no seu caso, pôde contestar-se com esse fundamento, § 36.
- : na contestação da acção pôde pedir-se a sua nullidade, § 6.º
- : não sendo protestadas em tempo util, perdem os effeitos commerciaes, § 150.

- Letras**: o seu accéite, suppõe fundos na mão do accitante, § 6.º
- : requerimento a pedir a importancia d'uma, no tribunal commercial, § 5.º
- Licitação**: não pôde recahir nos bens que tem de passar precipuos, § 136.
- : o que licita bens superiores á sua legitima, deposita o excesso, § 78.
- Lide**: está pendente enquanto o processo não está findo, § 41.
- Manifesto**: estando por assignar pelo administrador, é nullo, § 151.
- : nos casos em que é preciso, deve preceder a acção, § 8.º
- Menores**: quando interviereem na divisaõ d'aguas, quem os representa, § 27.
- : se nas execuções contra elles era preciso nomear curadores, sendo representados pela mãe, § 32.
- : sobre a prescripção nos contratos com elles, § 97.
- Ministerio publico**: deve intervir nas causas de perfiilação, sob pena de nullidade, § 102.
- Mutuo**: de mais de 200000 réis, não pôde provar-se por testemunhas, § 101.
- Nascituros**: podem ser instituidos herdeiros, §§ 122, 135 e 200.
- Nullidade**: a que resulta da menoridade dos contratantes, só por parte do menor pôde ser deduzida, § 50.
- : dá-se nos contratos, quando se não pagou a contribuição do registro em tempo competente, § 70.
- : dá-se quando falta no processo procuração, § 133.
- : de qualquer acto que só aproveita ao menor, só por elle ou seu representante pôde ser arguida, § 53.
- : era insupprivel a falta de nomeação de curador á lide ao menor, § 1.º

**Nullidade:** o ministerio publico deve sempre intervir nas causas de estado de pessoas, sob pena de nullidade, § 102.  
 § 101.  
 § 100.  
 § 99.  
 § 98.  
 § 97.  
 § 96.  
 § 95.  
 § 94.  
 § 93.  
 § 92.  
 § 91.  
 § 90.  
 § 89.  
 § 88.  
 § 87.  
 § 86.  
 § 85.  
 § 84.  
 § 83.  
 § 82.  
 § 81.  
 § 80.  
 § 79.  
 § 78.  
 § 77.  
 § 76.  
 § 75.  
 § 74.  
 § 73.  
 § 72.  
 § 71.  
 § 70.  
 § 69.  
 § 68.  
 § 67.  
 § 66.  
 § 65.  
 § 64.  
 § 63.  
 § 62.  
 § 61.  
 § 60.  
 § 59.  
 § 58.  
 § 57.  
 § 56.  
 § 55.  
 § 54.  
 § 53.  
 § 52.  
 § 51.  
 § 50.  
 § 49.  
 § 48.  
 § 47.  
 § 46.  
 § 45.  
 § 44.  
 § 43.  
 § 42.  
 § 41.  
 § 40.  
 § 39.  
 § 38.  
 § 37.  
 § 36.  
 § 35.  
 § 34.  
 § 33.  
 § 32.  
 § 31.  
 § 30.  
 § 29.  
 § 28.  
 § 27.  
 § 26.  
 § 25.  
 § 24.  
 § 23.  
 § 22.  
 § 21.  
 § 20.  
 § 19.  
 § 18.  
 § 17.  
 § 16.  
 § 15.  
 § 14.  
 § 13.  
 § 12.  
 § 11.  
 § 10.  
 § 9.  
 § 8.  
 § 7.  
 § 6.  
 § 5.  
 § 4.  
 § 3.  
 § 2.  
 § 1.

**Obras:** quem pôde dar licença para a construcção d'ellas nas margens dos rios, § 26.

**Paleographo:** quando é preciso que as certidões sejam por elles tiradas, § 22.

**Parede meirua:** de pedrio urbano, quando pôde requerer-se a sua reconhecção, § 56.  
**Partido:** quando pôde pedir subsídio, pela insignificancia da congrua, § 153.  
**Partilhas:** acção para rescisão d'ellas, § 20.  
 antes do Cod. Civ. podiam fazer-se por título particular, § 20.  
 de uma casa, não podendo fazer-se, adjudica-se, ou vende-se, § 55.  
 entre maiores devem fazer-se por escriptura publica, § 61.  
 havendo escriptura d'ellas, não pôde fazer-se inven-tario, § 98.

quando se consideravam feitas verbalmente, e eram validas, § 154.  
 quando se podem rescindir as feitas por escriptura publica, § 155.  
 e durante que tempo se pôde usar d'esta acção, § 155.  
 não se rescindem por terem ficado bens fóra d'ellas, § 13.  
 verbales, antes do Cod. Civ., se podem annullar-se, § 110.  
**Passaes:** quem é competente para intentar a acção a respeito d'elles, §§ 3.º e 186.

**Perdas e danos:** pôde pedir-as o comprador de vinho ao vendedor que se recusa a entregal-o, § 65.  
 quem as paga, e porque, § 157.  
**Perillhago:** a declaração d'ella em testamento é valida, § 158.  
 anterior ao Cod. Civ. que diretos conferia aos filhos perillhados, § 81.  
 aquelle que perillhou um filho só pôde dispor da terça, § 88.  
 § 89.  
 como podem os filhos assim perillhados pedir a sua quota, depois de feita a partilha entre os outros filhos, § 126.  
 dos filhos aduiterinos e incestuosos, por direito anti-quo, § 161.  
 não equivale a ella a declaração feita pelo padre, de que R. é filho de F., § 170.  
 podem ser perillhados os filhos do tio e sobrinha, § 49.  
 podem ser perillhados os filhos acricteiros, e em todo o caso podem ser instituidos, § 17.  
 por sentença, os seus diretos comecam depois d'esta, § 126.

que direitos dá ao perillhado, § 11.  
 requerimento em que o pai pede a entrega do filho que perillhou e dos bens d'elle, § 162.  
 se se regula pelo direito antigo, ou moderno, a anterior ao Cod. Civ., § 159.  
 seus effectos pelo direito antigo, § 160.  
**Resquitas:** quem dá licença para se construir nas margens dos rios, § 26.  
**Passes:** ainda hoje pôde haver embargos a ella, §§ 164 e 163.  
 de mais de anno é mantenhavel, seja de boa ou de má fé, § 90.  
**Posturas:** não são meio de lançar impostos, § 71.  
 antes do Cod. Civ. não podiam ser nomeados com estabelecimento fideicommissaria, § 170.  
 constituem-se pela posse de receber o foro, § 166.  
 não podem dividir-se contra a vontade do senhorio, § 171.  
 nomeados com reserva do usufructo não eram contentes, mas eram-no os havidos por troca, § 169.

- Prasos:** o senhorio pôde obrigar o caseiro a mostrar as terras foreiras, e de baixo de que penas, §§ 104, 166 e 182.
- : podiam ser nomeados com encargo, § 201.
- : quando pertencem a quem foi chamado nominalmente na escriptura, § 165.
- : quando resulta da convenção da escriptura de venda, § 167.
- : requerimento do senhorio para preferencia ou opção, § 168.
- Preferencias:** se no concurso podem vir creditos que tenham de provar-se por testemuhas, § 172.
- : se as pôde a fazenda disputar com um credor hypothecario, § 173.
- : se podem deduzir-se antes de feito o registro, § 120.
- Prescripção:** a condição de que a todo o tempo se poderia annullar um contrato, sem que ella obstasse a isso, é nulla, § 16.
- : analyse dos artigos 561.º e 565.º do Cod. Civ. sobre as disposições transitorias, § 60.
- : como corre para a acção de sonegados, e como se suspende, § 22.
- : como se interrompe e principia de novo a correr, § 17.
- : corre a favor do arrematante, § 33.
- : para reivindicar um predio possuido sem titulo legal, como corre, e se conta, § 18.
- : por direito antigo não corria em vida do devedor, §§ 54 e 60.
- : por direito antigo não corria havendo má fé, § 175.
- : por ella se extingue a hypotheca, § 33.
- : quando a ha no cumprimento de suffragios, § 193.
- : quando a ha para se adquirir o direito a quaesquer aguas, § 4.º
- : quando a pôde haver contra as servidões, § 174.
- : quando pôde obstar a que se intente uma acção, § 16.
- : quando pôde obstar a que se rescinda uma arrematação, § 17.
- : quando se dá, para rescindir um sub-emprazamento, § 12.
- : se a conciliação a interrompe, e porque tempo, § 60.

- Prescripção:** sobre a dos contratos em que intervem menores, § 97.
- : sobre a dos legados pios, § 146.
- : sobre a de pedir o cumprimento de legados pios, § 148.
- Prevenção:** quando é precisa, § 8.º
- Processo:** aquelle que correr sem procuração ao advogado é nullo, § 133.
- : *crime de adulterio:* se n'elle pôde haver separação de culpas, § 24.
- Procuração:** é documento authenticico, § 133.
- : o que se pratica além d'ella é nullo, § 176.
- : sem ella não ha procurador, § 176.
- Procurador:** deve ser indemnizado de todas as despesas do mandado e serviços, § 122.
- : não o é enquanto não tem procuração, § 133.
- Pronuncia:** não pôde fundar-se na simples queixa do offendido, § 74.
- Propriedade litteraria:** sobre ella, § 177.
- Publica-fôrma:** como deve ser tirada, para ter valor juridico, § 91.
- Recebedores:** sobre a sua fiança, e alterações que esta tem soffrido, § 115.
- Reconvenção:** pôde usar-se d'ella nas acções commerciaes, para se fazer julgar simulado qualquer contrato, § 36.
- Recrutamento:** annullação de um contrato doloso sobre elle, § 181.
- : fóra da idade legal, § 178.
- : quando não pôde ser preenchido o contingente, § 179.
- : responsabilidade dos fiadores dos mancebos que emigram, § 114.
- : varios apontamentos sobre elle em geral, § 181.
- Registro:** documentos precisos para se cancelar, § 19.
- : não revalida uma escriptura nulla, § 101.
- : não se tendo feito do vinculo, não pôde provar-se a natureza d'este, § 119.

- Registro:** quando se considera publico, para d'elle se tirar certidão, § 22.  
 —: que deve fazer o senhorio que não tem escriptura, § 182.  
 —: se na acção da reivindicacão é preciso pedir o cancelamento d'elle, § 19.  
 —: sobre a revalidacão do antigo, § 101.  
**Requengos:** em que se distinguem de foros, § 119.  
 —: estão hoje extinctos, e as terras livres, § 119.  
**Repartidor:** as aguas para que a camara o nomeia, consideram-se publicas, § 28.  
**Requerimentos:** diversos para differentes acções commerciaes, § 7.º  
 —: sobre a exclusão de baldios a desamortisar, § 198.  
 —: um para demandar uma letra no commercio, § 5.º  
**Rendas:** direitos de seus arrematantes, § 183.  
 — *municipaes:* se as camaras podem fazer algum abatimento aos seus arrematantes, § 53.  
**Rendimentos:** sobre as contas d'elles, prestadas pelo cabeça de casal, § 51.  
**Rescisão:** quando é preciso pedir a dos contratos, pelos quaes o réu possui predio que se pretende reivindicar, § 18.  
 —: sobre a de partilhas, § 20.  
**Rios:** os seus leitos e margens são publicos, não podendo n'elles fazer-se obras, § 26.  
**Sêllo:** a falta de pagamento d'elle não era nullidade, § 184.  
**Sentença:** deve julgar pelo direito vigente á data da sua publicacão, § 10.  
 —: só obriga as pessoas que abrangem, § 22.  
 —: uma carta d'ella é titulo authenticos, § 59.  
**Separacão:** depois de julgada, a partilha pôde ser amigavel, § 186.  
 —: o que perde o conjuge que lhe dá causa, § 185.  
**Sequestro:** não tem logar depois do Cod. Civ., § 78.

- Servidões:** as camaras não podem impôr em predios particulares as de se tirar d'elles aguas, mas podem expropriar-as, § 108.  
 —: como podem adquirir-se as do uso de aguas, § 188.  
 —: d'aguas, quando se consideram constituídas, § 4.º  
 —: de arvores, como se modificam ou extinguem, § 189.  
 —: em geral, sobre a classificacão das apparentes e não apparentes, § 4.º  
 —: não podem ampliar-se, § 190.  
 —: para se adquirirem, é preciso posse immemorial, § 75.  
 —: podem constituir-se por consentimento tacito, § 64.  
 —: podem prescrever pelo seu não uso; mas não se o uso se não fez por desnecessario, § 174.  
 —: podem ser adquiridas por uso e costume, § 76.  
 —: sobre a prescripcão e justo titulo de adquirir taes servidões, § 4.º  
 —: sobre a sua classificacão, § 76.  
 —: sobre as de aguas, § 187.  
**Setteiras:** quaes as suas dimensões e quando se podem abrir, § 191.  
**Signal publico:** antes do Cod. Civ. não precisavam ter as escripturas, § 100.  
**Simulacão:** como deve ser deduzida, § 101.  
 —: pôde oppor-se na contestacão commercial, §§ 6.º e 36.  
 —: e n'este caso é admissivel a inquiriçao prévia, § 6.º  
 —: quando um dos que vem denunciar a a juizo, intervem no acto, fica por tal facto isento de responsabilidade, § 36.  
**Sociedade commercial:** requisitos d'ella, § 8.º  
**Solicitadores:** a fazenda não os tem, § 111.  
**Solidariedade:** não tem tal direito a fazenda sobre os herdeiros do seu devedor, § 52.  
 —: foi extincta pelo Cod. Civ., § 52.  
**Sonegados:** sobre a acção por elles, § 22.  
 —: em logar d'elles pôde pedir-se partilha com rendimentos, § 22.  
**Subenphyteuse:** não é hoje permitida, § 12.  
**Subsidio:** requerimento a pedil-o ao rei para um parochio, § 153.

- Successão:** a mãe que no estado de viuva herdar bens de um filho, e depois casar, perde a propriedade d'elles e, se os tiver vendido, podem ser reivindicados, § 18.
- : artigos de habilitação para uma, § 192.
- : regula-se pela lei vigente á data da abertura da herança, § 87.
- : sobre a dos filhos perfilhados antes do Cod. Civ., quando o perfilhante falleceu depois d'elle e era no-bre, § 11.
- : varias explicações sobre a legitima e illegitima, § 159.
- Suffragios:** quando a falta do cumprimento d'elles reverte a favor do hospital de S. José, § 193.
- : quando pôde haver prescrição, § 193.
- : requerimento de um parochio por causa dos de uma fallecida, § 194.
- Suspensão:** já antigamente podia oppor-se aos juizes, § 195.
- : para ser legal deve ser jurada, § 110.

- Terça:** aquelle a quem se doou a de um casal, pôde requerer inventario para se discriminar e registrar, § 83.
- : o donatario d'ella em bens indeterminados pôde requerer inventario, para se separar, § 93.
- : o pae que foi obrigado a perfilhar o filho, tendo-os legitimos, não pôde dispor d'ella, § 126.
- : quando podem deduzir-se da terça do testador os legados por elle deixados, § 35.
- : se podem escolher-se bens para ella, § 196.
- Testamenteiro:** que não cumpre, não recebe o legado, § 122.
- Testamento:** aberto podia reduzir-se a publica-forma, § 160.
- : antigamente eram precisas cinco testemunhas para o auto de approvação, § 201.
- : antigo, como se reduzia a publica-forma, § 199.
- : considera-se feito á morte do testador, § 122.
- : de mão commum, quando pôde o conjuge sobrevivo revogal-o, § 117.
- : na sua interpretação deve attender-se á vontade do testador, § 123.

- Testamento:** pôde apparecer aberto, § 201.
- : requerimento para se annullar um, § 202.
- Testemunhas:** as que se mencionarem na escriptura são as que a devem assignar, § 100.
- : quando é essencial inquirir as que figuram no titulo particular, § 2º.
- Titulo:** marcando o juiz prazo para juntar-se, e se apresenta depois d'elle, não deve ser attendido, § 22.
- : o que seja justo titulo em face do artigo 490.º do Cod. Civ., § 4.º.
- : para os effeitos do artigo 490.º do Cod. Civ., pôde não ser escripto, § 15.
- : particular: por elle se podiam antigamente fazer partilhas, § 22.
- : desde quando se considera datado, § 22.
- : negado um pelo R., pôde o A. requerer que se inquiram as testemunhas e o factor, e ainda outras pessoas, que saibam do contrato, § 2.º.
- Transacção:** não pôde havel-a nas questões d'estado de pessoas, § 102.
- : qual se pôde fazer sobre dote, § 95.

- Uso e costuma:** como se entende quanto a servidões, § 76.
- Usufructo:** a mãe que herdou bens de um filho no estado de viuva, se casar, fica só com elle, e perde a propriedade, § 18.
- : como se gosa o constituido em arvores, § 38.
- : deixado na escriptura ante-nupcial não pôde retirar-se por testamento, § 203.
- : o pae que passa a segundas nupcias, tendo antes herdado bens de um filho, perde a propriedade d'elles, § 50.
- : o que perfilhou um filho, não pôde deixal-o de toda a herança em prejuizo da legitima, § 11.

- Valor*: não é nullidade a falta de declaração d'elle na acção, § 9.º
- Varanda*: não póde deitar directamente sobre o predio do visinho, § 191.
- : mas póde fazer-se ao lado e parallela, § 191.
- Venda*: a sua promessa não obriga a fazel-a, § 157.
- : com a clausula de empraçamento, como se procede, § 167.
- : de arvores, não póde o marido fazel-a sem consentimento da mulher, § 37.
- : de bens mobiliarios não precisa de titulo, § 204.
- : de vinho, o dono d'elle póde demandar o verdadeiro comprador, § 205.
- : depois da lei de 9 de julho de 1849 quando precisava de escriptura, ou titulo particular, § 18.
- : tanto antes como depois do Cod. Civ. a de bens de raiz, excedendo o preço a 505000 réis, só podia ser feita por escriptura publica, § 66.
- Vinculos*: não póde provar-se a sua natureza, faltando o registro, § 119.
- : não podiam figurar n'elles as terras reguengueiras, § 119.
- : podiam instituir-se em testamento, § 207.
- : quando se lhe podiam annexar bens, § 206.
- : registrados, se tem o conjuge do administrador parte n'elles, § 81.
- : sobre a communhão d'elles, e se póde resolver-se esta questão no inventario, § 207.
- : sobre a successão d'elles na falta de registro, § 207.
- Vinho*: comprado para terceira pessoa, póde esta ser demandada pelo vendedor, § 205.
- : o comprador d'elle póde pedir perdas e damnos ao vendedor, que lhe não faz entrega, § 65.
- : para demandar o preço d'elle para revenda, é competente a acção commercial, § 9.º
- Vistoria*: o juiz não é obrigado a guiar-se por ella, § 10.
- : se póde ter lugar para se dividir uma casa, § 55.