



32 Dec 1924



HARVARD LAW LIBRARY

Received June 12. 1924

PORTUGAL

Mar 15'
TRATADO ENCYCLOPEDICO

PRATICO E CRITICO

SOBRE AS EXECUÇÕES

QUE PROCEDEM POR SENTENÇAS

E

DE TODOS OS INCIDENTES N'ELLAS

DESDE O SEU INGRESSO

ATÉ Á ÚLTIMA E PACÍFICA POSSE DOS ARREMATANTES E ADJUDICATÁRIOS DOS BENS EXECUTADOS,

E ATÉ Á ÚLTIMA DECISÃO DO CONCURSO DOS CREDORES,

E SUA PREFERENCIA SOBRE OS DINHEIROS, PRODUCTOS DOS MESMOS BENS, ETC.

POR

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO



LISBOA

IMPRESA NACIONAL

1865

HARVARD COLLEGE LIBRARY
COUNT OF SANTA FE
COLLECTION
GIFT OF
JOHN E. STETSON, JR.

For TX
A 4474e

JUN 16 1924

PREFACIO

Eis-aqui o desempenho da minha promessa no prefacio do precedente *Tratado do processo executivo por privilegio ou direito*. Parecerá superfluo o presente depois de termos os dos Moraes, dos Guerreiros, dos Silvas, dos Mellos, dos Sousas. Porém addiciono muito de novo, com censura que me parece justa, me opponho a algumas opiniões, e reduzo a materia a uma ordem natural e systematica, mais perceptivel aos principiantes.

Reconheço que me não conformarei com o gosto do seculo, que é serem as obras summarias, compendiarias, sem montes de citações de DD., sem transcripções; um contexto continuado com as notas separadas, etc. Porém como velho, estou aferrado a este systema: 1.º, que os summistas não dão sciencia aos principiantes e só avivam a lembrança dos sabios; 2.º, penso que nem todos têm ou podem ter uma bibliotheca grande, nem ainda como a minha, e por isso lhes faço um apparatus de muitos DD. e transcripções de alguns mais exquisitos; outras vezes em um continuado contexto costumo inserir as formaes palavras d'elles como de auctoridade superior á minha; 3.º, n'isto mesmo imito (o que me não deve ser reprehensivel) o methodo dos Thomasinios, dos Van-Espenios, dos Boehmeros, dos Castillos e outros muitos; e ainda mesmo

das nossas immortaes obras, quaes a *Deducção chronologica*, e *Compendio historico da universidade*; 4.º, bem que, em qualquer outra obra que der á luz, prometto conformar-me com o gosto do tempo: no *Tratado dos direitos relativos a casas*, me conformarei a esse gosto.

Um escriptor é como quem prepara um banquete publico (Machab., L. 2, C. 2, v 28), como são diversos os paladares, não poderá satisfazer ao gosto de todos. Os meus bons desejos suppram as minhas faltas; e como esta (tendo ainda manuscriptos em materias diversas) pôde ser a minha ultima obra que veja a luz publica, me despeço de todo o leitor com o assás costumado

Vale.

ELENCHO

DAS PRINCIPAES MATERIAS CONTEÚDAS NOS CAPITULO ARTIGOS E DIVISÕES D'ESTA OBRA

CAPITULO I

Necessidade de uma sentença passada em julgado, extrahida do processo, revestida das juridicas solemnidades, para poder ser exequível pelo officio do juiz, casos em que a sentença assim solemnizada é exequível antes de passar em julgado, §§ 1 e 2.

Por quaes meios se póde requerer a execução do julgado e sobre a acção *Judicati*, que nasce da sentença, etc., §§ 3 até 5.

CAPITULO II

Necessidades de juiz competente para principiar e proseguir a execução da sentença por jurisdição propria e deprecada, committida ou implorada.

Primeira regra geral, §§ 6 até 9.

Segunda regra geral, §§ 10 até 13.

Limitação especial da segunda regra, § 14.

CAPITULO III

A quem e contra quem compete a via executiva por sentença.

Artigo I. A quem compete, §§ 15 até 29.

Artigo II. Contra quem compete, §§ 30 até 64.

CAPITULO IV

Liquidação antecedente indispensavel antes do principio da execução.

Prenocção geral, §§ 65 até 68.

Artigo I. Liquidação necessaria quando se trata de execução de sentença proferida com incerteza em juizo universal, §§ 69 e 70.

Artigo II. Liquidação dos rendimentos, preço dos fructos e de outra cousa em que houve condemnação, quanto á quantidade a § 71, e quanto aos preços e valores, §§ 75 até 78.

Artigo III. Indole e natureza da liquidação, suas provas, sua sentença e appellação, §§ 79 até 87, e corollario, quanto á condemnação dos fructos *percipiendos*.

CAPITULO V

Citação para a penhora por quantia liquida, ou para dimittir a posse dos bens de raiz certos e liquidados, o que aqui é incidente até a effectiva penhora ou effectiva posse dos bens.

Artigo I. Quanto á execução por divida até á effectiva penhora, seus requisitos, etc., §§ 88 até 101.

Artigo II. Quanto á execução da sentença por acção real ou *in rem scripta* para a imissão na posse, §§ 102 até 109.

CAPITULO VI

Em que bens se possa ou não possa fazer penhora por dividas. Regra geral, a §§ 110 até 120, limitações da regra geral a §§ 121 até 179.

CAPITULO VII

Se ainda hoje depois da L. de 20 de junho de 1774 e assento de 18 de agosto do mesmo anno, é praticavel e util a *cessão de bens*, quando admissivel; se póde ser ainda praticavel o beneficio da *competencia*, §§ 180 até 198.

CAPITULO VIII

Execuções das sentenças proferidas em acções reaes e pessoaes; embargos que em todas se podem oppor pelos condemnados; quando sem, ou com effeito suspensivo; de quaes possa o juiz executor tomar conhecimento; e quaes deva remetter.

Artigo I. Execução da sentença, que condemna a um facto, ou a restituição da cousa já inexistente na mão do condemnado; e da cousa que elle detem, §§ 199 até 203.

Artigo II. Embargos que se podem oppor contra ambas as especies de execução; quaes os expostos n'estas divisões.

Divisão I. Desordem e nullidade do procedimennto, §§ 204 até 207.

Divisão II. Embargos infringentes do julgado em qualquer das especies de execução, §§ 208 até 212.

Divisão III. Embargos expressa ou tacitamente reservados na sentença, e a que ella mesma deu motivo, §§ 213 até 215.

Divisão IV. Embargos de novo supervenientes depois de passar em julgado a sentença, §§ 216 até 219.

Artigo III. Embargos proprios e peculiares contra as execuções que procedem por dividas liquidas, e modificativos, §§ 220 até 227.

Artigo IV. Embargos proprios e peculiares nas execuções em que se pretendem immissões em posses, §§ 228 até 239.

Artigo V. Quando os embargos suspendem ou não a execução, §§ 240 até 249.

Artigo VI. Quando o juiz executor possa conhecer de algumas especies de embargos; quando de outros deva fazer remessa ao juiz superior, com ou sem suspensão da execução, §§ 250 até 255.

CAPITULO IX

O que é consequente do recebimento dos embargos sem suspensão, e se os bens penhorados se passam a arrematar, e a final vence o executado embargante o pretendido em seus embargos, §§ 256 até 263.

CAPITULO X

Embargos de terceiro oppostos na execução; seu processo, etc., prenoção, § 294.

Artigo I. Embargos de terceiro oppostos por aquelles contra os quaes por natureza propria são exequiveis as sentenças *inter alios*, § 265, com remissão aos §§ 30 até 64.

Artigo II. Oppostos pelos proprios condemnados, mas figurando de diversas pessoas, §§ 266 até 272.

Artigo III. Quando as mulheres casadas por contrato dotal possam impedir a execução feita nos bens dotaes por dividas dos maridos, ou quando possam pretender assecurações dos seus dotes, §§ 273 até 291.

Artigo IV. Quando podem embargar como terceiros os credores, ou simplesmente hypothecarios, ou juntamente consignatarios das hypothecas, e possuidores d'ellas até o pagamento de suas dividas, §§ 292 até 294.

Artigo V. Embargos de terceiro, como simples possuidor, sem dominio que juntamente allegue.

Regra geral com applicações, § 295 até 300.

Limitações da regra geral, §§ 301 e 302.

Artigo VI. Embargos de terceiro, não possuidor, que só allega o seu dominio, § 303.

Artigo VII. Embargos de terceiro fundados em dominio e posse adquiridos por titulos que se alleguem juntamente, §§ 304 até 340.

Artigo VIII. Embargos de terceiro, quando oppostos á execução que procede por sentença em acção real. §§ 311 até 313.

Artigo IX. Processo n'estes embargos, e resultados d'elles em favor ou contra os embargantes, §§ 314 até 316.

CAPITULO XI

Desembaraçados de embargos os bens penhorados, segue-se a sua avaliação.

Artigo I. Qualidades necessarias nos peritos avaliadores, § 317.

Artigo II. Normas que os peritos devem praticar nas avaliações, § 318.

Divisão I. Avaliação dos moveis, § 319.

Divisão II. Avaliação dos predios rusticos em pleno dominio, vinhas, moinhos, oliveas, etc., §§ 320 até 324.

Divisão III. Avaliação dos predios urbanos em dominio pleno, §§ 325 e 326.

Divisão IV. Avaliação dos dominios directos dos senhorios de prazos, §§ 327 até 329.

Divisão V. Avaliação dos dominios uteis dos emphyteutas, §§ 330 até 336.

Divisão VI. Como devam estimar-se as dividas, direitos e acções activos competentes ao executado; como os rendimentos dos predios para o caso do § 24 da L. de 20 de junho, §§ 337 até 339.

Divisão VII. Como se devam avaliar os redditos vitalicios ou perpetuos competentes ao devedor, §§ 340 e 341.

Divisão VIII. Avaliação dos direitos eventuaes, § 342.

Artigo III. Responsabilidades dos peritos pelos seus erros culpaveis nas avaliações, §§ 343 até 348.

Artigo IV. Direitos que ainda mais ficam salvos aos executados contra as lesivas avaliações, §§ 349 e 350.

CAPITULO XII

Se a justa avaliação mostra que excede o dobro da divida o valor do unico predio penhorado e avaliado, quando possa ser arrematado o seu dominio, ou só o seu annual rendimento, §§ 351 até 358.

CAPITULO XIII

Fôrma dos editaes, que se subseguem ás avaliações, e mais solemnidades das execuções no seu progresso até á arrematação ou adjudicação, e fôrma d'estas.

Artigo I. Fôrma dos editaes, e analyse do § 4 da L. de 20 de junho de 1774, a § 359.

Artigo II. Pregões da lei e do estylo, §§ 360 até 361.

Artigo III. Lançadores e lanços, §§ 365 até 368.

Artigo IV. Arrematação ao lançador de maior lance e obrigação d'elle, §§ 369 até 377.

Prisão do lançador que não fez deposito na fórma da lei, escusas a que póde recorrer, §§ 378 até 380.

Artigo V. Arrematação dos direitos e acções, §§ 381 até 386.

Artigo VI. Adjudicações aos credores em falta de lançadores.

Divisão I. Adjudicação dos rendimentos a menos, §§ 387 até 396.

Divisão II. Adjudicações do movel e raiz ao credor, §§ 397 até 399.

Divisão III. Adjudicação dos direitos e acções, §§ 400 até 405.

CAPITULO XIV

Embargos que o executado póde oppor antes da arrematação sobre as nullidades e desordens da execução, e os mesmos ou outros depois d'ella; mas antes que a carta se tire do processo e passe pela chancellaria.

Prenção geral, § 406 até § 408.

Nullidade I, § 409.

Nullidade II, § 410.

Nullidade III, § 411 até § 413.

Nullidade IV, § 414.

Nullidade V, § 415.

Nullidade VI, § 416.

Nullidade VII, § 417.

Nullidade VIII, § 418.

Nullidade IX, § 419 até § 421.

Nullidade X, § 422.

Nullidade XI, § 423.

Nullidade XII, § 424.

Nullidade XIII, § 425.

Nullidade XIV, § 426.

Nullidade XV, § 427.

Outros embargos que n'esta conjunctura costumam oppor os executados, §§ 428 até 431.

CAPITULO XV

Sustenta-se com varios fundamentos a equidade da praxe que admite os executados resgatarem os bens arrematados, ou adjudicados, fazendo deposito integral antes de immittidos na posse dos bens os arrematantes ou adjudicatarios.

Prenções geraes, §§ 432 até 436.

Artigo I. Mostra-se esta equidade canonisada na praxe de julgar no nosso reino, § 437.

Artigo II. Confirma-se com as legislações e costumes das nações, § 438.

Artigo III. Com o estylo dos tribunaes da Europa, § 439.

Artigo IV. Demonstra-se a equidade d'esta equidade, § 440.

Artigo V. Responde-se ás objecções contrarias, §§ 441 até 449.

Artigo VI. Muito mais quando na execução interveiu alguma nullidade, §§ 450 e 451.

CAPITULO XVI

Outros remedios que ainda podem competir ao executado, que nem embargou a arrematação nem fez deposito contra a posse, que tomou o arrematante ou adjudicatario, §§ 453 até 460.

CAPITULO XVII

Efeitos da arrematação ou adjudicação solemne e valida; execução da carta extrahida do processo; provas d'ellas no presente e futuro.

Artigo I. Efeitos da arrematação solemne e valida; prenoção, § 461.

Efeito I. Adquirir direito irrevogavel ao lançador, debaixo de algumas restricções, §§ 462 até 464.

Efeito II. Adquirir-se o dominio, que tinha nos bens o executado, mas verificado o mesmo dominio, §§ 465 e 466.

Efeito III. Acção contra o executado para a entrega dos titulos do dominio dos bens arrematados, § 467.

Efeito IV. Passar para o arrematante a cousa arrematada, livre de quaesquer hypothecas, á excepção das do real fisco, §§ 468 e 469.

Efeito V. Não ser o arrematante ou adjudicatario obrigado a conservar o colono posto pelo devedor: opiniões varias, a §§ 470 e 471.

Efeito VI. Quando tenha logar o direito da evicção a favor do arrematante ou adjudicatario, se algum terceiro reivindica depois os bens, §§ 472 e 473.

Efeito VII. Questão gravissima: em collisão de duas arrematações ou adjudicações em diversos juizos ou processos, qual d'ellas deva preferir, §§ 474 até 483.

Artigo II. Como se prova no presente e futuro a arrematação, sub § 484.

CAPITULO XVIII

Concurso de preferencias entre credores sobre os bens do devedor *commum*.

Artigo I. Diversas especies de concursos de credores com diversidade de privilegios, fôrmas e requisitos, § 485.

Divisão I. O que é especial quando a real fazenda como credora entra em concurso com outros credores do seu devedor, §§ 486 até 499.

Divisão II. Especialidades no concurso dos credores do negociante fallido de boa fé que como tal se presenta na junta do commercio, etc., §§ 500 até 513.

Divisão III. O que é especial no concurso que qualquer outro não negociante fallido de boa fé requer, e faz com cessão de todos os seus bens convocados, e citados todos os seus credores, etc., §§ 514 até 516.

Divisão IV. O que é especial no concurso dos credores a que se procede, quando o devedor *commum* tacita ou expressamente lhe cedeu os bens, §§ 520 até 522.

Divisão V. O que é especial no concurso que entre si fazem os credores, ou para conceder inducias ou remissão parcial ao *commum* devedor, § 523.

Divisão VI. Concurso que os credores podem requerer elles mesmos contra o devedor fallido, que os não previne com cessão e citação, § 524.

Divisão VII. Especialidades no concurso de credores, que a mulher casada por contrato convoca na fallencia do marido para assegurar o seu dote, § 525.

Divisão VIII. O que é especial no particular concurso de que trata a Orden., L. 4, T. 6, a § 526.

Divisão IX. Concurso incidente entre muitos credores, que sem previa cessão do devedor, nem ser para esse fim citados, concorrem com diversas execuções nos bens d'elle, §§ 528 até 534.

Artigo II. Classificação dos credores; prenoção geral, §§ 535 e 536.

Classe I. Exorção dos §§ 34, 35 e 36 da L. de 20 de junho, a §§ 537 até 547.

Exposição do § 38 da mesma lei, §§ 548 até 556.

Interpretação do § 39 da mesma lei, §§ 557 até 559.

Illustração do § 40 da mesma lei, §§ 560 até 565.

Analyse do § 41, prenoção, § 566.

Divisão I. Quaes casos se comprehendem por identidade de razão nos §§ 34, 35 e 36, vide a §§ 567 até 578.

Divisão II. Quaes se comprehendem por identidade de rasão na disposição do § 37, vide a §§ 579 até 582.

Divisão III. Quaes na disposição do § 38 da mesma L., §§ 583 até 589.

Divisão IV. Quaes casos se possam comprehendender no § 39, vide § 590.

Divisão V. Quaes no § 40 da mesma lei, vide a § 591.

Corollario, conclusão e advertencia sobre a classe I, § 594.

Classe II. Credores hypothecarios, que tem a sua ordem depois dos privilegiados na classe I, § 595.

Artigo I. Hypothecas expressas por escripturas publicas, §§ 596 até 600.

Artigo II. Quaes dividas activas, em que casos e com qual preferencia tem o privilegio da *tacita hypotheca*, § 601.

Divisão I. Alimentos, § 601.

Divisão II. *Hypotheca tacita* competente ao menor nos bens do tutor ou ao absente nos do curador, §§ 603 até 605.

Divisão III. Competente ás corporações que têm administradores, §§ 606 e 607.

Divisão IV. Se pela legitima do filho compete a *hypotheca legal*, § 608.

Divisão V. Despezas funerarias e da ultima enfermidade, vide a §§ 609 até 612.

Divisão VI. *Hypotheca tacita* pelo dote, a §§ 613 a 616.

Divisão VII. Se ao successor do morgado nos bens do antecedente administrador pelas damnificações, §§ 615 e 616.

Divisão VIII. Se o credor possuidor de um penhor prefere aos anteriores credores, § 617.

Divisão IX. Se ao tutor nos bens do menor, § 618.

Divisão X. Se ao menor nos bens comprados com seu dinheiro, § 619.

Corollario sobre a classe II, § 620.

Classe III. Concorrência dos credores que não têm entrancia na classe I e na classe II, §§ 621 até 630.

Corollario sobre as tres classes de separação de bens para diversos concursos, ainda feitos na pessoa de um devedor, §§ 631 até 635.

CAPITULO I

**Necessidade de uma sentença passada em julgado,
extrahida do processo, e revestida das juridicas solemnidades
para poder ser exequivel pelo officio do juiz;
caso em que a sentença assim solemnizada é exequivel
antes de passar em julgado, etc.**

Por quaes meios se pôde requerer a execução do julgado

§ 1

Assim é que na prompta execução das sentenças consiste em grande parte a utilidade publica, como com muitos DD. diz Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in princ., n. 2, regra que adoptou para a sua sancção o Alvará de 18 de outubro de 1752: «Frusta enim judicia essent instituta, et Sententiæ pronunciarentur; nisi judicata executioni mandarentur. . . Sententia sine executione veluti campana sine pistillo est, et quasi fulgur expelvi, aut tonitrus sine pluvia. . . Unde ab executione salutem Reipublicæ, et privatorum quietem pendere, rectissime asserit Math. Gribald., etc. Iia Stryk., Vol. 12, Disp. 24, C. 1, a n. 38. E tal a sua força para dever executar-se, que a sua execução não deve suspender-se, nem por provisão do tribunal palatino, nem por portaria, etc., Silv., supra, a n. 3, Peg., T. 7, ad Ordin., in *Regim. Senat.*, C. 20, nem por consulta que algum senado faça ao soberano, Decret. de 17 de agosto de 1729 transcripto por França ad Mend., P. 7, pag. 10, n. 72, conduz a lei de 22 de dezembro de 1761, Tit. 2, § 35.

§ 2

**Porém para ser exequivel qualquer sentença é não só
necessario que tenha passado em julgado, e que seja ex-**

trahida do processo; mas que seja solemnizada com os mais requisitos que faz necesarios Mor., *de Execut.*, L. 6, C. a n. 5, ut ibi: «Prius vero quam Judex possit executionem decernere, sequentia pro fama requiruntur: Primum est, quod existat Sententia, quæ exequatur. . . Secundum est quod Sententia existens in rem judicatam transierit; nam dum est appellatione, sive supplicatione *suspensa*, vel intra tempus appellandi, seu supplicandi non potest ad executionem deveniri, Ordin., L. 3, T. 73, in princ. junct. § 1, et L. 1, T. 52, etc. . . . Tertium requisitum est quod Sententia sit valida; nam si nulla est, sive ex defectu jurisdictionis, sive ex simili nullitate, nomen Sententiæ non meretur, neque executionem. . . Quarto requiritur, quod Sententia sit extracta a Processu, a Judiceque signata,*aliter enim executionem non habeat, Ordin., L. 1, T. 1, § 13, T. 23, § 2, L. 3, T. 30, § 1, ad fin. . . Sufficiet verò Sententiam per substitutum Judicis signari, si, et qui eam tulit, sit absens, Ordin., L. 1, T. 1, § 13, quod idem dicendum est, si mortuus sit, aut ad aliud fuerit promotus Officium . . . Solumque in praxi nova Successoris fit subscriptio, et illius fit in Mandato per Notarium attestatio, si Pars novam nolit extrahere mandatum. . . . Quinto ad executionem requiritur, quod Sententia a Processu extracta per Cancellariam transeat, ibique sigelletur. . . . Sexto quot fiat ipsius Sententiæ, et expensarum liquidatio, si hæc illiquida proponatur (V. Cap. 4): Septimo, quod ipsum Sententiæ Instrumentum Judici Executori præsentetur; nam si testibus tantum probetur executionem non habeat. Octavo, et illud necessarium est quod oblata Judici Executori Sententia ex Processu extracta, in Cancellariaque sigillata, Pars ab ipso expostulet, quod executionem decernat, Ordin., L. 3, T. 86, in princ. . . Nono subsequenter mandatum Judicis in scriptis requiritur, ut executio in bonis, seu persona condemnati fiat Ordin., L. 1, T. 75, § 21, etc.

* Hoc tamen (1.º) fallit cum Sententia distinctos, et separatos habeat articulos; in uno namque potest appellatio inter-

poni, et in altero transire Sententia in rem judicatam, ex Processuque extrahi, et executioni mandari.» Ita Mor., supra, sub n. 5. Conf. Peg., 3, For. C. 39, n. 101. Videndus optime Salgad., *de Reg. Protect.*, P. 2, C. 7, a n. 60 et 64, cum seqq.

« Fallit (2.^o), continua Moraes, quia, si appellatione pendente, vel tempore appellandi ad executionem contra juris formam deveniatur, illa sustinetur, si post modum appellatio deserta judicetur; quia deserta appellatio non dicitur appellatio; imo res reducitur ad statum, ac si non essent appellatum.» Conf. Hontalb. *de Jur. Superven.*, Q. 25, tot.

« Fallit (3.^o), prosegue Moraes, in illis casibus, in quibus appellatio, seu supplicatio effectum tantum develutivum non suspensivum habeat; tunc enim, non impediende appellatione, seu supplicatione interposita, ad executionem devenitur (Conf. Hontalb., supra, a n. 45). Et justa has Limitationes explicabis Ordin., d. T. 86, in princ. ibi: «*Que passar em cousa julgada*». Em quaes casos a sentença não passa em julgado, e em quaes a appellação só produz o effeito *devolutivo*: Vejam-se as minhas *Segundas linhas sobre o processo civil*. Not. 572 e 578, e Not. 633.

•• «Aliqui sunt casus in quibus Sententia e Processu non extracta exequitur: Primus est in Sententia super suspicionibus; sufficit enim ad executionem sola ex actis extracta certitudo, Ordin., L. 3, T. 21, § 20, ubi Silv., Tom., Valasc., All. 96, n. 22. Secundus est, cum Sententia in mobilibus modicæ quantitatis condemnationem refert, Ordin., L. 3, T. 3, § 1... Tertius casus est in præcepto *de solvendo*: Ordin. d. T. 86, § 27, et T. 66, § 9:» Ita França ad Mend. P. 1, L. 3, C. 21, n. 7 et 8. Conf. Mor., supra, sub n. 7, aonde acrescenta; que se não extrahê do processo a sentença interlocutoria nem a definitiva, *si condemnatum statim offerat solutionem*. Mas esta ultima limitação só procede, quando a condemnação é de divida, que uma vez paga, nada resta a executar: se porém a sentença foi proferida sobre dominio ou posse; e o vencedor a quer extrahir para seu titulo, não lhe pôde obstar o condemnado com a offerta das custas ex Solan., Cogit. 70. Bem que só é necessario uma sentença, solemnemente passada do processo, para fundamentar um processo executivo. Para porém provar uma excepção *Rei judicate*, basta uma certidão extrahida do processo, Solan. supra, n. 9, *ubi judicatur*.

••• «Quia antequam transeat per Cancellariam non est vera Sententia, et dicitur informis, et imperfecta, Peg.,...

Mor.,... (adde hic Silv., ad Ordin., L. 3, T. 87, § 4, n. 2 e 3): Ideoque executionem non meretur, quia non transivit in rem judicatam, ut ait Arouc.,... Pereir., de Revis.,... (adde Silv., supra.) Et ad hunc effectum ut transeat in rem judicatam executionique mandetur omnia maiora Regni Tribunalia habeant suos Cancellarios: Sed quia non in omnibus Regni Civitatibus sunt istæ Cancellariæ, ibidem Sententiæ habent executionem sine transitu per Cancellariam, Ordin., L. 3, T. 45, § 4, et Tit. 54, § fin. ... Secundus casus, cum Sententia est de præcepto, tunc enim similiter per Cancellariam non transit... Tertius casus est si Sententia quantitatem mille (hodie tria millia) regalium in mobilibus non excedit, Ordin., L. 3, T. 30, § 4. Ita França ad Mend., supra, n. 9, 10, e 11.

.... Porém, se por exemplo na causa houve mutua condemnação de ambas as partes, e uma d'ellas tira do processo uma sentença solemne para a executar no que julgou a seu favor, pôde a outra parte tirar uma solemne copia da mesma sentença, e por esta copia executar a outra parte em tudo o em que fosse contra ella, como largamente demonstrou Osor., de Patronat. Reg., Resol. 68, desde o n. 39 até o n. 48 (aindaque o contrario dizem as *Prim. Linh.*, Not. 760, Moraes, que cita, não prova o contrario).

..... Vide eund. Mor., L. 6, C. 11, sub n. 4, v. *Sed facile*; et C. 12, n. 26, aonde basta a sentença sem outro mandado para a citação, e penhora.

A execução da sentença, assim solemnisada, pôde requerer-se por um dos dois modos. Ou pelo *officio do juiz*, ou pela acção *Judicati, seu in factum*, que menciona a Orden., L. 3, T. 25, § 8., Mor., de Execut., L. 2, C. 6, tot., Cald., L. 1, For., Q. 8, n. 1, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in princ., n. 76.

Sobre a acção «Judicati» que nasce da sentença

§ 3

No presente trato da execução da sentença requerida pelo officio do juiz: da acção *Judicati, seu in factum*, que menciona a Orden., L. 3, T. 25, § 8, e que nasce da sen-

tença passada em julgado, trataram Cald., L. 1, For., Q. 8, n. 1, Mor., *de Execut.*, L. 2, C. 6, Peg., T. 15, á Orden., L. 3, T. 25, a n. 41, e Boehmer., *de Action*, Sect. 2, C. 6, §§ 47 e 48. O fundamento d'esta acção, ex Cald., supra, é na L. 1, e na L. Miles 6, § fin. ff. *de Rejudicat.*, ibi: « *Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item hæredi et in hæredem competit* ». Ella nasce do *quasi contrato* que com juizo se induz entre os litigantes, L. 3, § 11, ff. *de Pecul.*, Boehmer., d. § 47, Gotofred., Ind. L. Miles., 6, Not. 28. Variam os DD. sobre o modo de propor esta acção; e assentam que se deve propor tal ou qual libello; mas admite contestação summaria. É porém necessario advertir que o libello deve unicamente fundar na cousa julgada, e a conclusão d'elle deve ser, que o *julgado se execute*, bem como em tal caso a sentença se pronuncia assim: *Declaramus judicatum et exequi mandamus*: Mor., supra, n. 10, in fin. Peg., d. Tom. 15, ad Ordin., L. 3, T. 25, n. 52. De outro modo diz Cancer, 3, Var., C. 17, n. 100,) ut ibi: « *Illud circa hæc animadversum volo, quod aliquis obtinuit Sententiam, ageret actione prima, relicta actione Judicati ex Sententia, possent contra eum objici quæcumque exceptiones peremptoriæ, et deberet de eis cognosci: Quod non esset, si ageretur actione Judicati ex Sententia, Paul. de Cast., . . . ubi ob id dicit, fatuum esse actorem qui primam actionem intentat, cum posset agere Judicati ex Sententia. . . Eo casu renuntiare sententiæ videtur.* » Confirmam-se os DD., com os quaes o senador apud Peg., Tom. 7, For., Cap. 253, n. 84, e o mesmo Cancer., d. C. 17, n. 9 et 23.

A nossa Orden., L. 3, T. 25, 8, sim, equiparando a sentença ao instrumento publico (sendo ella aliás mais forçosa, como diz Peg. ao d. § n. 41) permittiu accionala pela acção *Judicati*, e pelo meio summario de *assignação dos dez dias*, e discorrendo sobre isto o mesmo Mor., L. 2, C. 6, debaixo do n. 9, depois de prenotar que a prova das excepções oppostas dentro dos assignados dez dias, só suspendem a execução, sendo concludentes, con-

clue ut ibi: «Ex quo considerabis, quam latum sit hujus nostræ Legis (d. T. § 8,) beneficium, et quod fortassis aliquando cautius erit agere ex Sententia per actionem *Judicati*, quam implorando Judicis Officium: Cum primo casu omnis exceptio a Reo probanda sit intra decendium, alias executio non suspendetur; secus in secundo; quia si exceptio talis est, quæ in eodem Processu admittatur (como nos casos da coll., 3, á Orden., L. 3, T. 87 e outros). Suum habebit cursum ultra decendium, et quotidie per multos menses, et annos videmus per malitiosas exceptiones dilatas executiones.» Bem que Silv. e Araujo na obra posthuma, que deu á luz no Tom. 15, á Orden., L. 3, T. 25, § 8, n. 53, *mofa* d'esta rasão de Moraes, dizendo: Ego, ut uno verbo tibi satisfaciam affirmative absolute respondeo; quia si ista exceptio habet virtutem ad suspendendam executionem, quod est maius, cur non ad suspendendam viam summariam, quod est minus! Et sic notor eodem argumento, quo saepe Moraes.»

É um especial d'esta acção *Judicati*, que se o condemnado ou muda de domicilio, ou tem os bens exequendos em territorio diverso, se podem deixar as cartas precatórias executórias para ser executado no domicilio mudado ou aonde tem os bens, e demandar-se ahi de novo, e em qualquer juizo pela mesma acção formalisada, como acima adverti, Arouc., All. 40, n. 24 et 25, *et eo non citato*, Mor., *de Exerc.*, L. 6, C. 11, n. 8.

Como porém a dita Orden., L. 3, T. 25, ao mesmo passo que no § 8 permite a acção de assignação dos dez dias pela acção *Judicati*, que produz a sentença, declara no § 10, geralmente que esta ordenação em todo o Tit. 25, se *entenderá sómente nas proprias pessoas*; e assim pela sentença *só entre o vencedor e vencido*; sendo aliás certo que ha muitos casos em que a sentença por natureza propria prejudica a terceiro, como se fosse expressamente condemnado; entra aqui a duvida: se a acção *Judicati* se pôde propor contra todo o terceiro a que a sentença por natureza propria prejudica. Eu vejo o grande theoretico pra-

tico Boehmer., *de Action.*, For., Sect. 2, C. 6, §§ 47 et 48, que analysando a L. 3, § 11, ff. *de Pecul.*, ibi: «Idem scribit, *Judicati* quoque patrem *de peculio actione* teneri. Quod et Marcellus: putat enim ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita in judicio contrahi: *proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam Judicati velut obligationem*». Diz no d. § 48. «Poterat autem etiam *actio Judicati* utilis esse in casu d. L. 3, si filius ex delicto condemnatus erat: nam contra patrem *executio* decerni non poterat *sine novo Processu*, quia hic condemnatus non erat; adeoque *actio Judicati de peculio* moveri debebat». D'aqui infiro (1.º) que nos casos da Orden., L. 4, T. 50, §§ 3 e 4 e em todos os mais em que, sem embargo do *Icto Macedoniano*, é o pae obrigado pelo filho ás suas dividas, convencido por sentença o filho, se póde ella executar pela acção *Judicati* contra o pae; infiro (2.º) que o mesmo se deve praticar nos mais casos da dita L. 3, ff. *de Pecul.*, § 11, *¶ Quare*, et 8, 12; infiro (3.º), que em todos os mais casos em que a sentença *inter alios* por natureza propria prejudica a terceiro (quaes aos que refiro nas minhas *Segundas linhas sobre o processo civil*, Not. 572, clas. 2, desde o n. 12) se póde executar a sentença pela acção *Judicati* contra esse terceiro, mas debaixo da juridica cautela, que só se narre no libello summario a condemnação, só se diga que essa sentença prejudica por direito ao réu e se conclua, que deve ser executada contra elle (veja-se outra vez o principio d'esta nota). Supponho serei o primeiro dos reinicolas, que assim exponho a acção *Judicati*: digam muito embora que sou novador.

§ 4

Na classe das sentenças exequiveis (solemnizadas com os ditos requisitos) se comprehendem as *cartas de partilha* assim chamadas na Orden., L. 4, T. 96, § 22, que dos inventarios são passadas aos co-herdeiros; porque da

mesma phrase *cartas* usa a Orden., L. 3. T. 66, §. 10, ibi — *Cartas das sentenças*, etc. *Immo*, as cartas de partilhas são de maior efficacia, que as mais sentenças para serem exequíveis entre os co-herdeiros que o foram n'esses inventarios, Valasc., *de Part.*, C. 40, n. 9, Maced., Dec., 64, n. 2, Silv., ad Orden., L. 3, T. 91, § 1, n. 27. A mesma Orden., L. 4, T. 96, § 23, é bem energica e tem tal especialidade, que para o co-herdeiro se immittir na posse dos bens adjudicados possuidos pelo cabeça do casal, ou outro co-herdeiro, não é necessaria citação, nem assignação dos dez dias que manda a Orden., L. 3, T. 86 § 15, Leit., Fin. Regund., C. 14, n. 9, Solan., ad Regim. Fodin., § 4, n. 21, pag. 25, pelas rasões que se podem ver em Bagn., C. 15, a n. 49. E se os moveis adjudicados se não entregam, se executam os preços, em que foram avaliados sem outra liquidação dos seus valores, Peg., 1, For., C. 5, pag. 400, coll. 1, in pr., Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 8, n. 6, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 16, n. 38 et 39. Idem Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 83, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 85.

* Sed vide in contrarium Peg., 1, For., C. 5, pag. 380, col. 1, aonde que sem nullidade se não póde omitir a citação para a execução da carta de partilhas.

§ 5

A execução porém que produz a sentença pelo officio do juiz prescreve por espaço de trinta annos, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 356, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 117, a n. 4, Carlev., *de Judic.*, Tom. 2, L. 1, T. 3, a n. 2, Guerreir., Tr. 1, *de Invent.*, L. 2, C. 9, a n. 49, et Tr. 2, *de Divis.*, L. 8, C. 13, n. 19, prescripção da via executiva que procede. «Etiam si in debitore scientia debiti detur; quia quando agitur de jure executivo tollendo, procedit hæc prescriptio, etiam data mala fide, et scientia debitoris». Guerreir., d. C. 9, n. 52, et d. C. 13, n. 20. Porém a prescripção da divida principal não procede com má fé do devedor, nem, provada esta, obsta a que, passa-

dos trinta annos, se possa por outra acção demandar ordinariamente a mesma divida, Guerreir., d. C. 13, a n. 24; a mesma distincção da prescripção da via executiva com má fé e da divida principal em que a boa fé é indispensavel, faz o Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 117, a n. 4, Rot. Roman. in Collect. ad Luc., L. 11, *de Legat.*, Dec. 6, n. 3, Carlev., supra. Conf., Salgad., *de Reg. Prot.* P. 4, C. 2, a n. 11, Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 1, Q. 17, n. 39, et optime a n. 117. (Assim se deve distinguir a indistincta conclusão das *Primeiras linhas*, no fim da nota 761. v *Passado este termo.*) Adde Fabr., in Cod., L. 7, T. 13, Def. 12.

Nota: Se a sentença se não executou em trinta annos, não se attende para a manutenção na posse, se o adversario depois da mesma sentença, e contra o julgado n'ella exercitou actos possessorios, Posth., *de Manut.*, Obs. 66, a n. 1, Stryk., Vol. 8, Disp. 14, Cas. 5. Vide Franc. *ad Mend.*, Art. 3, n. 73.

CAPITULO II

**Necessidade de juiz competente para principiar e proseguir
a execução da sentença, por jurisdição propria,
deprecada, commettida ou implorada**

Primeira regra geral

§ 6

O juiz que proferiu a sentença exequenda, não appellada (ou appellada mas julgada deserta no juizo superior a appellação d'elle interposta •) sendo o condemnado domiciliario no seu territorio e tendo ahi bens exequiveis, é o proprio executor da sua sentença: esta é a primeira e geral regra, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, in pr., n. 6, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 11, a n. 1: esta regra se amplia: 1.º, aindaque procedesse na causa com jurisdição não propria mas tacitamente prorogada (sendo prorogavel), Moraes, supra, n. 36; 2.º; ainda mesmo que o que proro-

gou a sua jurisdição, fosse aliás privilegiado (d'aquelles que tacitamente podem renunciar seus privilegios do fóro ..), porque não usando do tal privilegio na duração da causa, nem declinando o juizo, não podem mais recorrer ao privilegio e declinatoria na execução feita pelo mesmo juizo, Silv., supra, a n. 22, ad n. 30, França ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 105; e menos, 3.º, quando o privilegiado succedeu ao accionado ou accionante depois da conclusão da causa, Silv., supra, a n. 36, menos que a execução por deprecada do juiz que deu a sentença se vá fazer por outro juizo diverso que não seja o prorogado, Silv. a n. 31; amplia-se, 4.º, aos casos em que o juiz secular póde proceder contra os clérigos, pois póde executar nos bens d'elles a sua sentença, Moraes, d. C. 11, n. 20, o mesmo quando no fóro secular foi condemnado algum commendador das ordens militares, pois igualmente póde o juiz secular executar nos bens d'elles a sua sentença, Valasc., Cons. 66, n. 31, in fin., Mor., n. 21, aindaque os bens d'estes clérigos e commendadores sejam fructos dos beneficios presentes ou futuros, Mor., n. 22; só não póde o secular proceder contra elles a captura, Moraes, n. 23; amplia-se, 5.º, ao successor do juiz que proferiu a sentença, Moraes, n. 7.

• Se a sentença do juiz se appella, e não se proseguindo a appellação, se foi julgar deserta no juizo superior, sempre a sentença appellada se executou pelo juiz que a proferiu, Silv., supra, n. 14, Moraes, d. C. 11, n. 3. De fórma que a sentença da deserção proferida no juizo superior se junta ao primeiro processo, e o escrivão d'elle passa a sentença em nome do mesmo juiz para esta se executar, Cabed., 1 P., Art. 42, Cost., *de Styl. Supplic.*, Annot. 5, n. 35.

•• Ha privilegios irrenunciaveis expressa ou tacitamente; e ha juizos improrogaveis, como se póde ver em Guerreiro, *de Privil.*, C. 4, tot., e C. 148, a n. 53, e C. 19, a n. 76. Quanto a estes pois não procede a regra, ou a sua ampliação, e na execução podem allegar a incompetencia e nullidade sem duvida alguma, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 49, § 2, a n. 75, et T. 75, in pr., a n. 71.

Limitações d'esta 1.^a regra

§ 7

Limita-se esta regra, 1.^o, no juiz arbitro, que não póde nem deprecando executar a sua sentença, porque pela que proferiu *functus est Officio suo*, Mor., n. 9, Silv. ad Orden., L. 3, T. 86, in pr., n. 44, aonde amplia: «*Etiam si per compromissum ei esset data facultas exequendi; quia pertinet executio ad iudicem Ordinarium rei conventi*». Conf. L. 15, ff. *de Re judicat.*, Cavallar., *Instit. Jur. Canon.*, P. 3, C. 32, § 2: «*Quia ratione arbitria, quæ olim in causis civilibus Episcopi proferebant, non ipsi Episcopi exequabantur sed potius Judicum Officia, quibus id oneris leges imposuerunt, L. 8, Cod., de Episcop. audient.*» Cavallar., supra.

§ 8

Limita-se a regra geral, 2.^o, no juiz delegado do príncipe, porque supposto pareça superior ao ordinario do territorio, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 14, n. 87 et n. 124, contudo a jurisdição delegada é estricção e odiosa contra a ordinaria e digna de toda a restricção, Brit. ad Cap. *Propter Sterilitatem de Locat.*, n. (mihi) 81, e d'aquí é consequente, que quando (como nas provisões de commissão que se passam na fórma do regimento do desembargo do paço, § 45) se commette a causa a algum juiz para d'ella conhecer, dando appellação e agravo, a sua commissão acaba pela sua sentença (ou d'ella se appelle ou não appelle); elle não póde executa-la, porque a execução já é juízo novo (a que o odioso prescripto se não amplia), Mor., L. 6, C. 1, n. 22, e necessariamente deve deprecar a execução ao juiz territorial, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 11, sub n. 32, aonde ainda jurisdicciona ao deprecado para o conhecimento da validade da sentença. Confira-se a minha Dissert. 15, na collecção d'ellas em supplemento das *Segundas linhas*.

§ 9

Limita-se a regra geral § 6, 3.º, no juízo ecclesiastico, porque supposto a jurisdição, quanto *ao espiritual*, comprehende todos os diocesanos nos limites da diocese, quanto aos bens *temporaes* não tem territorio com imperio, e não pôde fazer execução nos bens dos seculares (nos casos em que conhece das causas d'elles). Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 24. «Necessario igitur per literas Judex Sæcularis deprecandus est, ut brachium præstet Sæculare». Mor., supra, sub n. 24. V. DD. apud Franç. *ad Mend.*, P. 1, L. 2, C. 12, § 2.

Nota: «Antiqua est Ecclesiæ disciplina, qua Ecclesiastica potestas ad exsequendas canonicas Sententias in Reos damnatos a Civili potestate auxilium petere consuevit, si quando opus esse intelligeret, contumacibus vim adhiberi: Ecclesia enim gladio tantum spirituali armata vim per se facere non potest... Postquam Ecclesiæ pax reddita est, in perpetuam regulam abiit, ut Episcopi ab suas exsequendas Sententias, si opus esset, auxilium Civilis potestatis implorarent, etc.» Cavallar., *Inst. Jur. Eccles.*, P. 3, C. 32, § 7. Conf. Boehmer., *ad Decretal.*, L. 2, T. 27, a § 54. Nesta conformidade, ninguém haverá que não veja a justiça da nossa Orden., L. 2, T. 8, por jurisdição propria, sem necessidade das concordatas, que refere Pereir., *de Man. Reg.*, P. 2, C. 52, a n.

1 (Edict. de Leão de 1673). Como este auxilio do braço secular se deve impetrar, qual a sua pratica, qual a jurisdição dos magistrados seculares, a que se impetra e compete a sua concessão para conhecer das injustiças das sentenças, cuja execução se implora, qual o direito das partes para as arguirem, etc., se pôde ver largamente no citado Pereir., C. 52, e no Peg., Tom. 8, á dita Orden., L. 2, T. 8, em Mor., *de Execut.*, T. 6, C. 11, desde o n. 27, e no moderno Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 3, Disc. 5, tot.: só por benignidade do senhor rei D. Sebastião se concedeu aos juizes ecclesiasticos, sem implorar o auxilio, prender os leigos nos casos, que refere Pereir., Decis. 117, a n. 11, 12 e 13, digno de ser visto; e muito mais se deve ver o discurso do grande Mello, L. 1, T. 5, § 54, com sua nota. O compendiarío da presente obra não me permite digressão, que deveria ser extensa, sobre este objecto, e me satisfaço com remissão aos

DD. citados. V. etiam a carta regia de 23 de agosto de 1753, aonde se declarou que os prelados ecclesiasticos só devem ter um porteiro leigo, para fazer as citações, implorando para o mais o auxilio do braço secular. (Ind. Chronolog., Tom. 2, pag. 15.)

Segunda regra geral

§ 10

A execução da sentença se deve fazer no domicilio do condemnado, como com Cabed., Mend., Almeid., Peg. e outros, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, in princ., n. 16, aindaque a sentença fosse proferida no senado da supplicação e corregedor do civil da côrte, Silv., supra, ou no territorio em que estão situados os bens de cuja execução se trata, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 103, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 1 e 4, ou no territorio em que o devedor condemnado é por pacto ou por direito obrigado a pagar e satisfazer a condemnação, como exemplifica o mesmo Moraes, d. C. 11, n. 14 até 19 (menos a liquidação que se deve fazer no domicilio do condemnado, Mor., n. 19, França, *ad Mend.*, L. 3, C. 21, n. 64, limitado na liquidação o caso, de quo idem França, n. 66.)

§ 11

Ou pois o juiz mesmo que proferiu a sentença não appellada ou julgada deserta, trata de a fazer executar no domicilio do condemnado (se o variou e mudou depois da demanda) ou de executar a cousa julgada situada em diverso territorio, ou aonde o condemnado se obrigou pagar (§§ 9 e 10); deve necessariamente deprecar o juiz jurisdiccional e ordinario d'esses logares, para que ahi executem a sua sentença, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 102 e 103, Mor., d. C. 11, n. 2 e 4, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, in princ., n. 6. Deve porém essa carta precatoria ser formalizada: 1.º, com a politica bem sabi-

da e que ensinaram Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 1, a n. 49, signanter França, *ad Mend.*, P. 1, L. 2, C. 12, a n. 38; 2.º, deve na carta precatoria executoria ir inserida a sentença extrahida do processo, na fôrma da Orden., L. 3, T. 66, § 10, e praxe, de qua Vanguerv., P. 6, C. 12, tot., porque de outro modo não será o deprecado obrigado a executá-la, Mor., d. C. 11, n. 32; se porém sendo assim solemnizada a não quizer cumprir o deprecado, no caso de aggravamento d'elle para o superior, Mor., L. 6, C. 11, n. 32, in fin., Silv., supra, n. 7, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 2, C. 2, n. 36.

• Nota: Esta carta precatoria executoria deve dirigir-se a juiz que tenha jurisdição ordinaria, e não delegada, nem privativa, restricta ao conhecimento de certas causas, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, in princ., n. 15, quaes os que refere tambem Mor., supra, n. 10, *. *Et hinc intelliges*; os quaes *solum parte non reclamante, ex tacita prorogatione*, podem executar essas cartas (se é que as suas jurisdições são prorogaveis, que aqui não disputo).

§ 12

Sem precatoria nenhum juiz póde executar a sentença de outro, Mor., L. 6, C. 11, n. 5 e 6, aonde amplia, ainda que os juizes sejam iguaes, aindaque tenham jurisdição cumulativa, aindaque se trate da execução de sentença condemnatoria de preceito. Conf. Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, in princ., n. 11, menos que não seja sentença de juiz arbitro, que sem precatoria d'elle póde ser executada por qualquer juiz a que se presente no seu territorio, Mor., supra, n. 9, e menos que em outro juizo se peça a sua execução pela acção *judicati*, Mor., n. 8. (Conf. § 3, Not.)

§ 13

Como porém é estylo que quando se passam pelos juizes inferiores e em seus nomes as cartas de sentenças que elles assignam, se escreve no fim d'ellas uma deprecada

geral para os ministros a que forem apresentadas as executarem; e como nas que se passam dos tribunaes e outros senados e magistrados em nome do rei, se usa de palavras preceptivas a todos os ministros a que forem apresentadas, para que as cumpram e executem, n'estes casos não são precisas outras cartas executórias; mas basta que essas sentenças se presentem a quaesquer juizes para as executarem dentro das suas jurisdições, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in princ., n. 8, 9, 11 e 13, Mor., d. C. 11, n. 4, *†. Sed facile* et n. 11, entendia assim a Orden., L. 3, T. 86, no principio; e se o juiz a não cumprir e executa, póde aggravar-se d'elle (§ 11, no fim).

Limitação especial d'esta 2.ª regra

§ 14

As sentenças dos juizes da India e Mina, da misericórdia de Lisboa, dos provedores dos residuos, do conservador dos inglezes (estas aindaque sejam revogadas no senado), as dos corregedores do cível da côrte, e de outros juizes privativos e por privilegio, que se dão á execução, se executam em tudo pelos mesmos juizes, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, in princ., n. 19, 40, 41, 42 e 43, juntou 17, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, a n. 11 e 13. Ahi mesmo se processam as liquidações das sentenças, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 66, pag. 199, onde cita os mais reinícolas; só se expedem por esses juizes cartas preceptivas, para que os juizes territoriaes façam as penhoras, filhadas e avaliações de bens, e que remetam, etc. Lá se correm os pregões da lei, e só vem segundas cartas para nas terras se praticarem os tres do estylo, e remetida certidão lá se fazem as arrematações e adjudicações; e levando os arrematantes ou adjudicatários as certidões das sizas, lá se lhes passam as cartas; é o que yejo praticar: outras limitações da 2.ª regra ficam referidas no § 12.

Quando nas execuções se embargam as sentenças dos juizes superiores; quaes embargos se devam remetter; a qual juizo, e se com suspensão ou sem ella, se tratará no proprio logar, qual o C. 9. Porque aqui me limitei a tratar da competencia do juizo para a execução da sentença.

CAPITULO III

A quem e contra quem compete a via executiva por sentença

ARTIGO I

A quem compete

§ 15

Que compete ao proprio vencedor não ha duvida, nem tam pouco que, morto elle, compete a seus herdeiros, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 2, junto n. 41, contanto que se habilem herdeiros antes do ingresso da execução, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, a n. 24. Porém sendo muitos os co-herdeiros, só pôde cada um executar a sua porção hereditaria da cousa dividua. • Mor., supra, n. 64. Se esta habilitação tem procedimento summario, sendo incidente na execução, veja-se o meu *Tratado das acções summarias* (que está no prélo), no artigo das *Acções summarias incidentes*.

• Se a causa exequenda é *individua* que se não pôde entregar ao vencedor por partes, pôde um herdeiro demandá-lo por si só, independente dos mais co-herdeiros *ex traditis* per Jul. Capon., *de Stipulat.*, Q. 1, *signanter* Gratian., *Forens.* C. 320, n. 34, et ibi Luc., n. 14, mas caucionando restituir aos mais as suas partes, Sabell. § Hæres, n. 10, *optime* Olea, *de Cess. jur.*, T. 4, Q. 6, n. 27 et 32, Amat. Var., Resol. 13, n. 38, Guerreir., Tr. 1, L. 2, C. 12, n. 87. Se porém sendo a cousa *dividua*, como um predio, uma divida etc. possa um dos co-herdeiros habilitar-se na execução, e pedir o total, offerecendo-se caucionar de restituir aos mais

as suas partes, ficando com a caução livre o devedor? É questão gravíssima, como se pôde ver em Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 1, Q. 14, a n. 77, digno de ser visto, e no Tom. 2, nas *adições á mesma questão*: sobre a mesma se vejam França, *ad Mend.*, Art. 1, a n. 21, Guerreir., Tr. 1, L. 2, C. 12, n. 81, et For. Q. 36, a n. 25.

§ 16

É como é certo que: «In illis casibus in quibus transit Instantia in alium; tunc *active* sive *passive* jus executivum in illum conceditur; namque cui Instantiæ prosecutio datur, datur etiam jus exequendi quod est: Instantiæ complementum». Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 1, sub n. 31. É consequente, 1.º, que assim como a instancia da causa passa activamente para o fidei-commissario universal da herança, Silv., *ad Orden.*, L. 3, T. 27, § 2, a n. 42, Portugal., *de Donat.*, L. 2, C. 20, a n. 90, da mesma fórma o direito activo de executar a sentença obtida pelo herdeiro gravado sobre cousa pertencente á mesma herança, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 61.

§ 17

É consequente (2.º) que assim como para o successor do morgado passa a instancia da causa em que se tratava de bens a elles pertencentes, Silv., *supra*, a n. 46 (quem vide); da mesma fórma o direito *activo* da execução da sentença obtida pelo antecedente administrador sobre bens do mesmo morgado, Mor., *supra*, a n. 77. As declarações de Silv., e Mor., *supra* são aqui ociosas, uma vez que o successor do morgado trate de executar sómente a cousa julgada em *favor da pessoa moral do morgado* • e não trate de rendimentos decursos devidos da vida do antepossuidor, e que pertencem aos herdeiros d'elle, de quo vide Hontalb., *de Jur superv.*, T. 2, Q. 24, § 6, a n. 75.

• «Maioratus persona ficta est, et intellectualis, quæ attenditur in tangentibus eum, magis quam vera persona posses-

soris». Valer., *de Transact.*, T. 4, Q. 2, n. 51. «Quando possessor maioratus agit, et litem movit, tanquam possessor; attenditur persona ficta maioratus, quam agendo repræsentat; non autem persona possessoris agentis... Quidquid facit persona repræsentans, videtur fieri a persona representata; nec inspicitur debet per quem actus expediatur, sed in quem effectus dirigitur.» Salgad., *in Labyr. Credit.*, P. 2, C. 7, a n. 26 et 32; e que muito uma sentença obtida em favor do morgado pelo administrador d'elle possa dar-se á execução pelo successor pela causa mesma sem outra dependencia do concurso dos herdeiros do defunto administrador?

§ 18

É consequente (3.º) que assim como: «Instantia cæpta cum possessore sub nomine dignitatis, Administrationis, Officii, vel Beneficii transit, tam active quam passive in Successorem in dignitate, Administratione, Officio, vel Beneficio». Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 27, § 2, n. 59, Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 20, n. 87, Oliv., *de For. Ecclesiast.*, 3 P., Q. 27, a n. 15; da mesma fórma, passa o direito activo da execução da sentença para o successor na prelatura, na commenda (aindaque esta vague á corôa), Mor., n. 76 e n. 80, * *Tertius*. O direito activo de executar a sentença obtida pelo tutor, sobre acção competente ao pupillo ou transcendente a este, Mor., n. 73. O direito activo da sentença obtida pelo procurador judicial é exercitavel pelo constituinte, V. Mor., n. 74; a sentença obtida pelo emphyteuta em favor do emphyteuse é transcendente ao successor, Mor., n. 75; sobre isto, se uns vereadores em nome do concelho trataram alguma demanda, passa a instancia aos successores no officio, ex traditis per Peg., 4, For., C. 70, a n. 11, 13 e 14, Mor., L. 6, C. 8, n. 69, etc.

§ 19

Como a compra da herança é uma compra de um direito *universal*, ex Mantiss., *de Tacit.*, L. 4, T. 10, et seqq.: «Quo casu in Emptorem transeunt utiles actiones

activæ, et omnia jura, et commoda, quæ pertinebant ad hæredem, etiam absque alia cessione; facta vero cessione transeunt directæ », Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in Rubr., Art. 7, n. 86, Guerreir., Tr. 1, L. 3, C. 7: é consequente que para o comprador da herança passa o direito activo da execução da sentença obtida pelo defunto ou pelo herdeiro vendedor, Mor., d. L. 7, sub n. 63. Não assim as *acções passivas da herança* e do herdeiro, Mor., supra, Silv., n. 87, Guerreir., For., Q. 75, bem que quanto ás *acções passivas*, se vejam as declarações que faz Silv., a n. 88, Bagn., C. 41.

• Essa distincção das *acções uteis e directas* está hoje abrogada, como erronea, Stryk., *de Action. non Cessilib.*, Cap. 6, § 2, Groennewegen., ad L. 3, *Cod. de Novat.*, Lauterb., *Colleg. Theor. Pr. ad Tit., ff. de Hæred.*, Vend. D. Paul., de Mor., e Yarab., no *Tract. Crit. dos erros do dir. civil*, C. 3, § 4, pag. 72.

§ 20

Quanto ao donatario universal, não trato por ora se contra elle procede a execução *passiva* da sentença, trato do direito *activo* que como cessionario póde exercitar contra o condemnado, Moraes, L. 6, C. 7, sub n. 25 et 63, in fin., independente de cessão expressa, porque implicita na doação dos bens, ex Olea, *de Cess. Jur.*, T. 4, Q. 7, menos que o doador tendo feito (como deve fazer para ser válida a doação) reserva para testar, ou não recebesse emquanto vivo a quantia julgada na sentença, ou não dispozesse d'ella a favor de terceiro: veja-se Fontanell., Decis. 298 et 299.

§ 21

Que não escreveu ociosamente Mor., L. 6, C. 7, a n. 64, sobre o legatario de *quota de herança*, e de *quota de bens*, e sobre as diferenças entre um e outro para objecto de que tratámos? Que não escreveu sobre a mesma diferença

e consequentes d'ella, contra uma opinião que a reprovava, Nett., *Comment. Jur. Civ.*, L. 6, T. 6? O nosso Valasc., Cons., 110, n. 14 et 15, declama contra tal subtiliza na pratica, ainda por estylo do reino, e por fim Mor., *de Exec.*, supra, n. 68, veio a seguir Valasco; não menos o seguiu Bagn. Quaresm., Cap. 62, n. 11. O resultado da opinião de Valasco é (proscripta tal differença) ao nosso proposito competir a via executiva por sentença *activamente* ao legatario da *quota de herança*, ou da *quota de bens* pela sua respectiva parte, assim como *passivamente* contra elle pelas dividas passivas da herança.

§ 22

Quid, quanto ao usufructuario universal, se nos regulá-mos pelo transito da instancia, esta passa para elle *active non passivè*, Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 20, n. 104; e consequentemente o direito que tinha o testador para executar a sentença passa para o usufructuario universal: mas se os direitos e acções se comprehendem no legado universal do usufructo, não carece de duvida, attento o que com muitos DD. diz Castilh., *de Usufr.*, C. 38, n. 26, ut ibi.

«Usufructu omnium bonorum relicto *mobilium, et immobiliarum* veniunt, etc. . . Jura autem, et actiones non veniunt. . . *nec etiam nomina debitorum*, nisi aliter constet de mente Testatoris voluisse comprehendere etiam jura et actiones nomina debitorum, et alia; at si exciperet aliqua ex nominibus aut actionibus debitorum; tunc enim ne exceptio inutilis esset, in cæteris aliis Usufructum constituere voluisse censeretur, etc.»

Só sim quando o testador legou simplesmente o usufructo de seus bens, sem a expressão de *moveis e raiz*; comprehendem-se n'essa generalidade os direitos e acções, as dividas activas, etc., ut latissime Castilh., supra, a n. 9. Confira-se Peg., 3, For., Cap., 82, a n. 24, e sobre todos Furgol., Tom., 6, Q. 31, aonde se trata largamente a questão; se na generalidade de *bens* se comprehendem as ac-

ções, quando se não especificam os *movers e raiz*; debaixo pois d'esta distincção se deve decidir, quando ao usufructuario compete o direito *activo* de executar a sentença obtida pelo defuncto testador; o nosso Moraes no d. Cap., 7, a n. 69, só tratou do direito passivo pela sentença contra o usufructuario e não d'este activo. Acresce o legatario da divida activa (que se comprehende no legado universal do usufructo), tem cessão *a lege* para demandar a mesma divida, L. Legata Cod., *de Legat.*, Olea, *de Cess. Jur.*, T. 7, Q. 1 n. 4, e logo veremos que o direito *activo* e executivo se póde ceder; mas só póde exigir a divida *quanto ao usufructo* sem cessão do herdeiro, Guerreir., Tr. L. 4, C. 2, n. 72.

§ 23

Quid quanto ao real fisco? se attendemos á doutrina de Portug., L. 2, C. 20 a n. 105, a instancia não passa activa nem passivamente ao fisco, menos que não succeda depois de appellada no senado a sentença, Oliv., *de For. Eccles.*, P. 3, Q. 27, a n. 47; porém e melhor Mor., supra, n. 71, mostra que, confiscados os bens em geral a algum condemnado, as causas com estes pendentes se avocam no estado em que estão ao juizo do fisco, e que se o condemnado tem sentença contra algum seu devedor, esta é exequivel pelo fisco, como successor universal.

§ 24

Como o direito executivo *activo* é transmissivel aos herdeiros (§ 15), é consequente poder ceder-se a qualquer terceiro, pela regra geral. *Quodcumque ad quovis est transmissibile; est etiam Cessibile*, Tondut. Civ., P. 3, C. 134, n. 4, Post., *Civil.*, Res., 60, n. 6, Stryk., *de Action. non Cessibil.*, C. 1, § 7, et *signanter* França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 36; e consequentemente o cessionario póde exercitar o direito executivo pela sentença, Moraes, L. 6, C. 7, n. 25, isto quando ha cessão expressa: «*Absque ces-*

sione vero, continua Moraes, dato titulo, exercitium juris executivi in Tertium transibit; licet enim in corporalibus dominium absque traditione non transferatur; tamen in actionibus secus est; ex solo enim titulo absque cessione, quæ traditionis obtinet, transit exercitium directæ actionis nomine cedentis agendum, et utilis ipsius Cessionarii nomine agitandæ (Conf., Olea de Cess. Jur., T. 1, Q. 4, n. 14). Ex quolibet autem titulo potest actio, seu jus executivum Sententiæ in Tertium transferri: potest enim *Vendi* d. L. *Emptori nominis*; potest *donari*, L. 2, Cod. de *Donat.*, in *dotem dari.*, L. *Nominibus* Cod. Act., et oblig. Item potest *dari in solutum* L. *in solutum*, Cod. eod.: potest dari in pignus L. *Postquam*, Cod. eod., tit. L. *Nomen*, Cod. quæ res pignor. et potest *legari*.

§ 25

«Ex his jam (1.º) colligitur (aínda falla Mor., n. 29) jus executivum Sententiæ competere illi, cui Victor in testamento vel codicillo legaverit. Conf. § 22, in fin. (2.º) Colligitur similiter jus executivum sententiæ posse exercere illum, cui illud per executionem sub hasta addictum est. . . Phæb, Dec. 116 . . . Quod idem in omnibus similibus titulis, ex quibus diximus supra actionem in alius transire, dicendum est, ut in titulo emptionis, donationis, in solutum dationibus, et similibus, etc.

§ 26

Tambem os DD. assentam que nos mais casos se póde dar cessão tacita, que se possa deduzir de algumas palavras ou factos positivos, Olea, de Cessib. Jur., T. 1, Q. 3, a n. 15; como quando, v. g., a sentença se entrega pelo credor a alguma pessoa, constando realmente da pessoal tradição, Olea, supra, a n. 17; e aindaque Olea, a n. 21, põe em duvida, eu com o espirito d'elle diria que se no reverso da sentença se eserever pelo credor, *pertence a fulano*, e

constar da letra do crédor por verdadeiro conhecimento, estas palavras por estylo induzem cessão da acção, como tenho visto praticar, tambem o socio póde proceder executivamente pela parte da divida julgada á sociedade, França, infra, n. 40.

§ 27

Em todos os casos que venho de referir, em que o direito executivo é transcendente *activamente* a successor universal ou particular, deve necessariamente habilitar-se o agente antes do ingresso na execução, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 32. Só não é necessaria formal habilitação, quando o cessionario procede por força de mandato *in rem propriam*, expresso na cessão, como prova e refere julgado França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 4 et 41.

Nota: Não posso comprazer com Moraes, L. 6, C. 7, a n. 26, e outros DD., enquanto, segundo a L. 3, *Cod. de Novat.*, dão liberdade ao cedente para exigir a divida cedida, ou cede-la a outro; menos que o cessionario não tenha exercitado algum dos requisitos da d. L. 3 (sobre a qual fez um grande commentario José Schettino), e isto porque em quanto o cessionario não procede a esses requisitos, que lhe adquiram um direito inaufervel, estão as acções directas radicadas nos ossos do cedente, e póde fazer o que quizer, etc.; poisque proscripta hoje de fóro essa subtil distincção entre as acções *directas* e *uteis* (§ 19, na nota), procede a conclusão que «facta semel Cessione nullam penitus actionem retinet Cedens; sed quicquid juris habuit in Cessionarium transfert». Groenneweg., *de Legib. abrogat.*, sobre a d. L. 3, *Cod. de Novat.*, citando muitos DD. Conf. Voet., *ad Pandect.*, L. 18, T. 4, n. 13 et 16. Senão é que a d. L. 3 procede só quando se mandam, e não quando se cedem as acções, como bem interpreta Stryk., *de Act. non Cessibil.*, Cap. 6, § 2. E por outra parte, que fallencias não tem essa lei? Só as ignorará quem não ler o citado Schettino no grande commentario, e Olea, *de Cessib. Jur.*, T. 6, Q. 8.

§ 28

Não basta porém ao cessionario a simples cessão, se ella for nulla e inefficaz. Os officiaes da fazenda real, dos

captivos, da cruzada, almoxarifes ou executores não podem receber cessões de dividas; porque com pena de nullidade lhe resiste a lei de côrtes de 2 de maio de 1647, e a lei de 28 de janeiro de 1641 (transcripta em Peg., Tom. 12, ad Ordin., pag. 409), renovada na lei de 29 de outubro de 1754 (transcripta em França, *ad Mend.*, Tom. 2, pag. 478), «exceptuando sómente o caso de serem as dividas ou acções rematadas pelos mesmos juizos para pagamento do que os crédores a quem pertencem, devem á fazenda dos captivos, etc.»

§ 29

Serão nullas essas cessões, se lhes obstar a constituição *Anastaciana*, sobre a qual compuz um tratado, que está no prélo. Serão nullas, se cedendo-se por preço a execução de bens de raizes se não pagar siza, Lim., *de Gabell.*, pag. 46, a n. 87. Se feitas por menores, prodigos, etc., se feitas fraudulentamente a homens litigiosos, officiaes das provincias (Conf. Orden., L. 4, T. 15), a medicos, a advogados, a tutores, de paes a filhos, etc. V. Stryk., *de Act. non Cessibil.*, C. 1, a § 3.

ARTIGO II

Contra quem compete

§ 30

Primeira regra geral: Contra todos aquelles, aos quaes passa activa e passivamente a instancia da causa, e activamente o direito executivo (Art. 1), tambem contra elles passivamente, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, sub n. 31 e 41. D'aqui é consequente: 1.º, que a execução da sentença procede contra os herdeiros do condemnado, habilitando-se porém herdeiros antes do ingresso da execução,

pelos modos que expõe o mesmo Mor., a n. 38, como por perguntas, por provas da addição da herança, etc. Não bastando mostrar certidão de alguma sentença *inter alios*, em que já fossem julgados herdeiros, Mend., 1 P., L. 3, C. 21, n. 8, ubi França n. 30, Mor., supra, n. 39, bem que o contrario segue Arouc., na L. 25, *de Stat. hom.*, n. 9, regra especial que se amplia ainda contra o herdeiro clérigo, successor do leigo com o qual havia principiado a demanda, porque igualmente póde ser executado em seus bens pelo juizo secular, Mor., supra, n. 40; suspende-se porém a execução contra os herdeiros, emquanto no termo legal fazem inventario, menos quanto aos legados pios, e acção de reivindicação, Mor., n. 44. Videndus Guerreir., Tract. 1, L. 1, C. 20, a n. 27. Conf. Peg., Tom. 7, ad Ordin., L. 1, T. 87, § 4, a n. 31, Bagn., C. 66, a n. 85.

§ 31

Se os herdeiros o são a beneficio de inventario, que mostrem solemnemente feito e no termo legal, não ha duvida que não são obrigados aos crédores e legatarios *ultra vires hæreditarias*. Mas sobre deverem mostrar um inventario *legal* (e não nullo, que lhe não aproveita, ex ple-ne congestis per Bagn., d. C. 66, a n. 127), devem mostrar que a herança está exbaurida, dando conta dos bens d'ella, dividas que pagaram, bens que se venderam, etc., e tudo com boa fé ex latissime congestis per Bagn., d. C. 66, a n. 190. Bem entendido que não se excusam com pagamentos feitos a crédores menos privilegiados, tendo sciencia que havia outros mais privilegiados, Bagn., n. 36, Peg., 2, For., C. 11, n. 65, * *Secundum*, aonde assim o refere julgado Conciol., *de Hæred.*, Art. 3, a n. 103, Olea, *de Cessib. Jur.*, T. 4, Q. 1, n. 5.

Notã: É muito questionado, se o herdeiro, que não fez inventario, fica obrigado *ultra vires hæreditarias*, mostrando fielmente as forças da herança? E se o que faz inventario, mas n'elle dolosamente em fraude dos crédores occultos mui-

tos bens, é ou não privado do seu beneficio? Uma contra questão disputo largamente nas dissertações 3.^a e 4.^a, entre as que formam a collecção em supplemento do meu *Tratado das causas summarias*.

§ 32

Se são muitos os herdeiros habilitados, é regra trivial, que só são obrigados *pro rata* conforme as suas porções hereditarias, ainda mesmo que algum d'elles seja insolvel, Mor., L. 6, C. 7, n. 50, ainda mesmo que se trate de execução de penas, Mor., * *Tertio*; ainda mesmo que algum levantando-se com o dote, demittisse aos mais o resto da herança, porque deve pagar á proporção dos bens com que ficou, Mor., * *Quarto*. Sobre estas e outras mais ampliações veja-se largamente Guerreir., Tr. 1, L. 2, C. 12. Quid, se o testador mandou ou os co-herdeiros convencionaram entre si, que um d'elles pagaria tal divida? Este pacto é imprejudicial ao crédor, Guerreir., n. 3, 53 e 54, Peg., Tom. 7, ad Ordin., pag. 59, n. 197, que póde demandar cada um *pro rata*; mas querendo póde valer-se d'esse pacto, e demandar esse co-herdeiro in *solidum*, maxime com mandato dos outros, Guerreir., n. 4, Mor., supra, sub *. *Secundo*, Conciol., de *Hæred.*, Art. 1, n. 600.

§ 33

Esta regra padece muitas limitações, que se podem ver no citado Guerreir., d. C. 12, e Mor., a n. 51; eu me satisfazo em indicar algumas mais frequentes no fóro: 1.^a, quando o defunto foi demandado pela acção *hypothecaria*; e fallecendo se adjudicou a um herdeiro o predio hypothecado; porque contra este se póde executar a sentença in *solidum* com regresso contra os mais, ex Ordin., L. 2, T. 52, § 5, Mor., n. 57, Guerreir., supra, n. 38 e 39. Conf. Peg., 3, For., C. 28, sub n. 975, Conciol., de *Hæred.*, Art. 1, n. 578, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 3, in princ., n. 62, Mul., ad Struv., Exerc. 26, thes. 38.

§ 34

(2.^a) Quando se trata da execução da sentença obtida contra o defunto por cousa individua, e um só dos herdeiros a possue, V. Mor., supra, a n. 59, Guerreir., supra, a n. 63. (3.^a) Se o defunto foi condemnado a prestar alimentos certos, póde o alimentario requerer ao juiz que eleja um co-herdeiro, que exigindo dos mais as suas ratas lhe satisfaça, pena de execução, o solido julgado, Guerreir., a n. 57, Mor., n. 60; Peg., Tom. 7, ad Ordin., pag. 235, n. 13, *ubi judicatum*, Conciol., de *Hæred.*, Art. 4, n. 616. (4.^a) Póde proceder-se *in solidum*, pelos fóros contra o co-herdeiro possuidor do predio sujeito a elles, Guerreir., a n. 44, Mor., n. 58. Quanto aos futuros não ha duvida, mas quanto aos preteritos vencidos da vida do defunto é maior a duvida, sobre a qual se veja o meu *Trat. dos censos*, a § 95. Omitto outras limitações que se podem ver nos citados DD., bem como a questão: se se devem citar todos os herdeiros, de qua disputat Mor., a n. 51, estando a divida julgada e com sentença em julgado e a cousa dividua, nada póde obstar a que o crédor execute a cada um pela sua parte, Guerreir., supra, a n. 72.

§ 35

Quid vero, se obtida sentença exequivel contra o defunto na morte d'elle se controverter entre dois a successão, contra qual deverá proceder o credor? V. Moraes, supra, n. 45. Quid se ambos antes de executados transaccionaram entre si? Vide Valeron, de *Transact.*, T. 5, Q. 8, e melhor que todos os mais, Noodt., in *Tract. de Pact. et Transact.*, C. 22. Conf. Bagn., 65, a n. 102.

§ 36

Da mesma regra geral (§ 30) se infere (2.^o), que como nas causas sobre bens de morgados passa a instancia

d'ellas passivamente aos successores, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 77, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 27, § 2, n. 76, havendo sentença obtida contra o antecedente administrador é exequível contra o successor, comtantoque (1.º) versasse sobre os encargos a que os administradores do morgados são obrigados, quaes os que expuz no meu *Trat. de morgados*, C. 17; comtantoque (2.º) essa sentença seja apta para prejudicar ao successor, e se verifique alguma das limitações da regra que expuz no d. *Tract.*, C. 15.

§ 37

É consequente (3.º) que assim como a instancia da causa transcende passivamente aos successores nos officios e beneficios (§ 18), contra estes são exequíveis as sentenças obtidas contra os antecessores, assim como elles podem executar as favoraveis por elles (DD. citados § 18).

Nota: Em quaes casos o successor no beneficio esteja obrigado ás dividas contrahidas pelo antecessor. Vejam-se Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 4, Peg., Tom. 14, á Orden. a pag. 222, e Tom. 6, For., C. 132, Solan., Cog. 19. Os vereadores não são obrigados por seus bens ás dividas dos concelhos, Peg., Tom. 4, For., C. 70, a n. 11, 13 e 14, Mor., L. 6, C. 8, n. 69, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 29 et 30. Declarou o decreto de 20 de maio de 1734, que só se podem penhorar os rendimentos, mas não vender os bens dos concelhos por dividas dos mesmos *Ind. Chronol.*, Tom. 1, pag. 322. E o decreto de 11 de junho do mesmo anno prohibiu penhorar os bens dos concelhos, que têm consignação certa, ou applicação á divida mais antiga *Ind. Chronol.*, supra; estes mesmos decretos se incorporaram na Orden., L. 1, T. 66, Coll. 2, n. 5 e 6: aindaque a sentença contra o syndico seja exequível contra a universidade, collegio, etc., pôde arguir-se indolencia d'elle na defeza, Fabr., Cod., L. 7, T. 18, Def. 13.

§ 38

É consequente (4.º) que assim como a instancia transcende passivamente ao fideicommissario universal, Mor.,

supra, n. 61, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 27, § 2, n. 43. Da mesma forma se póde executar contra elle a sentença obtida contra o herdeiro gravado, ut plene Fusar., *de Substitution.*, Q. 622; menos que essa sentença fosse (1.º) contumacial; (2.º) obtida contra o herdeiro por collusão e fraude; (3.º) fosse pupillo o gravado e não legitimamente defendido; (4.º) por confissão do gravado; (5.º) por defeito de provas; (6.º) por juramento da parte; (7.º) incidentalmente sem plena discussão, etc. Veja-se o mesmo Fusar., d. Q. 622, e Bagn., C. 67.

Nota: Que dividas e obrigações passam com a herança ao fideicommissario, vejam-se largamente Urceol., For., C. 20, Pinheir., *de Testament.*, Disp. 4, Sect. 8, § 2, a n. 1494, tetigit Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 8, a n. 29.

§ 39

Quanto ao comprador da herança, já vimos § 19, que para elle passam os direitos activos, mas não as acções passivas, que sempre ficam inherentes no herdeiro vendedor e contra elle competentes as dos credores, que essa venda da herança não podia prejudicar; esta a rasão de Mor., L. 6, C. 7, n. 63, inferindo que «Solum ex hæredis vendentis cessione creditor hæreditarias potest adversus hæreditatis emptore agere, non alias». Conf. Guerreir., Tr. 1, L. 3, C. 7, a n. 1 et 15; ampliam ainda ao caso em que o comprador na escriptura da compra se obrigasse a pagar aos credores as dividas da herança, ou empregar n'ellas o preço da compra; bem que limitam este caso, já pela equidade canonica, já havendo cessão do herdeiro vendedor, já havendo na escriptura estipulação do notario a favor dos absentes interessados, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in Rubr., art. 7, n. 89 até 92, Guerreir., d. C. 7, n. 14, 15 e 22, etc., Bagn. Quaresma, C. 61.

Nota: O mesmo Moraes ao diante debaixo do n. 68 (aliás destituido da lição do uso hodierno das nações que hoje prevalece ás subtilezas do direito romano), já declamou com o lume da

rasão. «Utinam hujusmodi Jurisconsultorum subtilitates, et scrupulos tales lege lata ablegarentur; instantiamque ad omnes Universales Successores, veluti *Donatarium omnium bonorum, Emptorum hæreditatis*, et similes transire decerneretur: quid enim utilitatis Reipublicæ provenit, ex eo quod Instantia, neque actio possit *ab Hæreditario Creditore* adversus istos intentari, sed necessario *abversus hæredem*, sive *Donatarium* experiendum sit, ut ipse adversus prædictos, Successores agat; nisi quod per circuitum inutilem Lites cum Reipublicæ jactura multiplicarentur?» Quando escreveu Moraes esta obra já estavam abrogados pelo uso das nações os princípios romanos em que se fundava essa conclusão. A distincção das acções *directas* e *uteis*, como já vimos na nota ao § 19, *Essa regra do Direito Romano* «*Nemo alteri stipulari vel pacisci potest*» com outras semelhantes estavam e estão profligadas e proscriptas pelo uso das nações e DD., como ex professo mostrou Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 27, *De jure ex pacto Tertii quæsito*. E assim corre já de plano sem embaraço, que o crédor póde directamente executar, querendo, contra o comprador da herança a sentença obtida contra o defunto, ou contra o vendedor d'ella. Coincide Bagn., C. 61, n. 11, 14, 15, 26, 27 e 28, que deve ver-se.

§ 40

Quanto ao *donatario universal* sem, ou com obrigação expressa de pagar as dividas antecedentes do doador (e sobre o seu direito activo já discorri no § 20); que contra elle seja inexecuível a sentença, e que só resta a acção *revocatoria*, o sustentou o mesmo Mor., n. 62; bem que no n. 68 declamou contra essas subtilidades do direito romano, como já vimos na nota ao § 39; com effeito os princípios do direito romano são os mesmos, como se póde ver em Conciol., *de Hæred Solvent. debit. Defunct.*, art. 4; contra elles já declamaram, n'este ponto, o Card. de Luc., *de Donat.*, Disc. 45 et 46 e outros que refere Conciol., no n. 7; e o mesmo Conciol. no n. 8 reconhece que esta opinião não é improvavel, mas fundada em toda a equidade, e ainda *ad evitandos circuitus*, mas passa a estofar o rigorismo do direito romano com varias ampliações

e limitações; o nosso Guerreir., *de Invent.*, Tr. 1, Liv. 4, C. 8, quasi copiou a este respeito o d. Ar. 4, *de Conciol.*, e desde o n. 9, desde o n. 71, desde o n. 101 passa a expor as mesmas limitações que escreveu Conciol., e Reines., Obs. 42, e seu addicionador, que se fundam nos mesmos principios.

Nota : Um doador, que faz doação universal *entre vivos* e solemnizada, com insinuação (quando precisa) necessariamente faz reserva para testar, sem a qual seria a doação nulla e inutil ao donatario, conforme a nossa jurisprudencia (veja-se a minha Diss. 13, entre as collectas em supplemento das *Segundas linhas sobre o processo civil*). Esta reserva deve ser livre para testar, não entra na doação, não fica obrigada a dividas anteriores, que todas recaem no donatario, subentendendo-se a doação nos bens do doador *deducto ære alieno, etc.* Altim., Tom. 5, Q. 32, a n. 862, Salgad., in *Labyr.*, P. 2, C. 18, Urceol., For., Cons. 16, n. 31; se a reserva na mão do doador ou de seus herdeiros ficasse sacrificada a dividas anteriores, ficava a doação indirectamente nulla, como sem reserva para testar; se o doador depois da doação contrahe dividas, já o donatario justamente se defende não ser obrigado a ellas; se a reserva se aliena, ou consome pelo doador com dividas posteriores, a si proprio o deve imputar ex DD. supra; bem como se estraga ou aliena a mesma reserva, ex Fontanell., Decis. 1298 et 1299; *Qua ergo ratione*, só devem os credores proceder contra o doador, ou seu herdeiro; e só depois de excutidos, usar da acção *revocatoria* contra o donatario? Valha-me Deus! Os mesmos DD. fazem responsavel logo directamente o donatario: (1.º) *in subsidium*, *Donatore existente non solvendo*, Conciol, art. 4, n. 55; e não é elle insolvel o doador, que só ficou com a sua reserva livre, e que consumida pelas dividas anteriores transformaria nulla a doação? (2.º) quando o doador morreu sem herdeiro ou herdeiro insolvel; (3.º) quando a doação foi *causa mortis*; (4.º) quando se doou *herança*; (5.º) pela acção *hypothecaria*, etc. Conclue Conciol. 123, que essa opinião favoravel ao donatario «Non habet locum de æquitate, et ad circuitum evitandum; quia tunc creditoribus licet agere recta via contra Donatarium absque aliquo auxilio actionis revocatoria», Guid. Pap., Dec. 105., Cancer., Var., P. 1, C. 8, n. 68, et P. 3, C. 7, n. 129, qui dicunt, ita in senatibus pluries fuisse resolutum, et Card. de Luc., *de Donat.*, Disc.

45, n. 13». Duvida Conciol., abraçar esta equidade por não ser escripta e ser opposta ao direito romano escripto; como se n'esta parte não estivessem hoje ridiculizados e proscritos os seus principios e subtilezas; devemos pois assentar, que doador, antes da doação é exequível contra o donatario universal pelas dividas anteriores, ou seja vivo, ou morto o doador, salva e intacta para elle e seu herdeiro a reserva.

§ 41

Quanto ao usufructuario: Que elle gosa do direito activo de executar a sentença obtida pelo defunto no caso em que as acções se comprehendam no legado do usufructo universal, está demonstrado no § 22. *Quid vero* do passivo, se a sentença sobre divida obtida contra o defunto se deve, ou póde executar contra tal usufructuario directamente, e só contra elle o herdeiro? É o objecto da presente demonstração, e com distincção de varios casos, quaes são:

§ 42

(1.º) Se consta pelo testamento, expressa ou conjecturalmente, que o testador incumbiu ao usufructuario universal a obrigação de pagar as dividas passivas, como onus do usufructo; esta vóntade predomina a todo o direito, e o usufructuario aceitando o usufructo, fica obrigado á satisfação das dividas, Conciol., *de Hæred.*, Art. 1, n. 197, Castill., *de Usufr.*, C. 58, n. 19, tetigit. Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 2, n. 100, Bagn., C. 64, n. 34, Mor., n. 69, *¶ Bona tamen*. E consequentemente n'este caso se póde contra o usufructuario universal executar a sentença obtida contra o defunto, e directamente sem dependencia da citação do herdeiro, juntando-se a copia do testamento em que se mostre incumbida ao usufructuario esta obrigação.

Não posso admittir os DD. referidos por Conciol., d. art. 1, n. 200, que ainda n'este caso não póde o testador determinar o contrario, e que o usufructuario não possa ser de-

mandado por não passarem contra elle, mas só contra o herdeiro, as acções passivas, que passam *ex potestate Legis*, e não *ex facto Defuncti*; e que de nenhum modo pôde ser demandado o usufructuario em juizo: Que romanismo mais ridiculo? No mesmo erro vejo Bagn., supra, n. 35, com Faria e Cyriaco.

§ 43

(2.º) Ou usufructuario legal qual o pae, é directamente obrigado ás dividas e legados, e por isso contra elle passa o direito executivo, Mor., *de Exerc.*, L. 6, C. 7, sub n. 69, * *Item solum prædicta*, Guerreir., supra, n. 97. Se é necessario citar juntamente o filho, depende das distincções que faz o mesmo Mor., L. 6, C. 1, n. 40, e Silv., a Orden., L. 3, T. 41, § 8, a n. 34, Peg., á mesma Orden., n. 124 até 127.

§ 44

(3.º) Se o defunto emquanto vivo estava condemnado por sentença á prestação de redditos censuarios, emphyteuticos, tributos, alimentos e prestações annuaes que se hajam de satisfazer successiva e annualmente pelos fructos mesmos, n'estes casos é exequivel a sentença contra o usufructuario, como obrigado pelo usufructo, que percebe as taes prestações, Mor., suprar n. 68, * *Quintus*, Bagn., C. 64, a n. 36, et a n. 70, Conciol., *de Hæred.*, art. 1, a n. 201, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 2, a n. 77, quos vide.

§ 45

(4.º) O usufructuario universal não é obrigado ás dividas hereditarias, nem contra elle (cessando a limitação do § 42) se pôde executar a sentença, mas só contra o herdeiro proprietario, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, sub n. 68, * *Tertius casus*, Bagn., C. 64, a n. 21, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 2, a n. 25, Conciol., *de Hæred.*, art. 1, a n. 124; pôde porém o herdeiro, ou nomear á penhora os

bens da herança para se arrematarem, Mor., * *Bona tamen cautella*, Guerreir., n. 99, ou elle mesmo vende-los, invito o usufructuario, Bagn., n. 26, ou pagar as dividas da sua bolsa e demandar o usufructuario, que lhe dimitta bens equivalentes e livres do usufructo, Bagn., n. 31, Guerreir., n. 99, Cyriaco, Contr. 489, n. 13, Conciol. *de Hæred.*, n. 211; e se o usufructuario paga do seu algumas dividas, pôde demandar o proprietario para que lh'as satisfaça, Conciol., n. 130, Bagn., n. 33; mas se assim o demanda e elle paga, reincide o usufructuario na obrigação de lhe dimittir bens equivalentes, Bagn., n. 31; limitado em geral o caso da contraria vontade do defunto, que o herdeiro pague as dividas do proprio, Conciol., n. 214.

Nota: Este systema (a § 42) inverteu Leyser., *ad Pandect.*, Spec. 106, Medit. 2, quando escreveu, ut ibi: «Doctores præter Bartholum, fere omnes: Usufructuarius, inquit, omnium bonorum onus ex solvendo æs alienum non sustinet, nec a creditoribus conveniri potest, sed proprietarius his obligatus est actione personali. Ita Gall... et alii: Ex communi hac doctrina non ita pridem usufructuarius omnium bonorum in judicio poscebat, ut proprietarius creditoribus satisfaceret; et usufructuario, quod ille jam creditoribus solvisset, redderet. Sed incivile nobis videbatur, quod ille petebat; proprietarium nempe, qui nullum adhuc commodum ex hæreditate sibi relicta cæpisset, oneribus jam subjici: Itaque recessimus a communi ista Sententia, statuimusque, usufructuarius omnium bonarum, qui utique tanquam possessor totius hæreditatis, Defuncti personam sustinent, solveere debere æs alienum; nec si a creditoribus conveniatur ablegare hos ad proprietarium; nec id quod solvit, ab hoc repetere posse; tamen, finito usufructu, deducere id, quod solvit, ex corpore bonorum, et minus propterea Proprietario restituere convenit hæc Sententia æquitati, et juri-bus scriptis, ut ex L. 43, ff. *de Usufruct.* et *Redit.*, et L. 8, § 4, Cod., *de Ban.*, quæ Liber. patet.»

A melhor cautela pois dos credores será executar juntamente ao proprietario e ao usufructuario, como com Bognin., *de Usufruct.*, Thesaur., For., Capyc., Latr., e a *Rot. Romana*, conselho, Conciol., *de Hæred.* Art. 1, n. 213, e Guerreir., T. 1. L. 4. C. 2, n. 101, e eu tambem.

§ 46

Do mesmo principio (§ 30) é consequente, que a sentença obtida contra o defunto póde executar-se passivamente contra o legatario da quota da herança ou da quota de bens, como demonstrei no § 21.

Nota: Em todos estes casos (assim como quando activamente se exercita o direito executivo, ut § 27), é necessario, que preceda á execução passiva huma legitima habilitação, Conciol., *de Hæred.*, art. 1, n. 219, Scopp., *ad Gratian.*, Dec. 122, et Decis. 138, optime Cens., *de Censib.*, Q. 95, n. 12 et 13.

§ 47

Segunda regra geral (nos casos em que não ha transcendencia activa ou passiva *da instancia* aos successores); apesar da regra, que não póde executar-se a sentença contra terceiro, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 1, § 50, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, a n. 4, Peg., 1, For., C. 5, a n. 22; comtudo não só ha em direito muitos casos em que a sentença *inter alios* prejudica a terceiros, casos que recopilei nas *Segundas linhas sobre o processo civil*, na not. 571, desde o n. 12 até 32; mas em que se póde executar contra terceiros, aindaque não condemnados nas causas, quaes os seguintes.

§ 48

Primeiro: Este é o caso da L. 4, § *Julianus* ff. de Aq. pluv. arcend., caso que figura Pecch., *de Aquæd.*, Liv. 4, Q. 83, depois de o propor assim, *An Sententia condemnatoria pro opere destruendo, possit exequi contra singularem successorem*. Por exemplo, o proprietario do predio superior fez n'elle manufactura, por força da qual as aguas pluvias vão estragar o predio inferior, o dono d'este o acciona pela acção do Tit. ff. de Aq. pluv. arcend., para que demula essa operação (acção que não produz o *vicio liti-*

giosi, ex Ordin., L. 4, T. 10, § 1; o réu, pendente a lide, aliena o seu predio e é condemnado a demolir a manufactura á sua custa; esta sentença pois se executa contra o terceiro possuidor d'esse predio, com esta differença, que se elle teve sciencia do litigio, é obrigado fazer a demolição á sua despeza; se foi ignorante do litigio, só é obrigado prestar a paciencia para a demolição; assim o demonstra o citado Pecch. e Arouc., na L. 2, § 1, ff. *de Rer.*, divis. n. 25, Stryk. *Us. Mod.*, L. 42, T. 1, § 63, ex L. 4, § 1, ff. *de Aq. et aq. pluv. arcend.*, et ex L. 11, § 9, ff. *de Except. rei ud.*

§ 49

Segundo caso: tambem a nunciação de nova obra não produz o vicio *litigiosi* no edificio ou obra nunciada, ex Ordin., L. 4, T. 1, § 10; e comtudo se o dono do predio em que se fez a nunciação, o aliena depois de ter superedificado e é condemnado na demolição, essa sentença se executa contra o terceiro comprador ou adquirente; ex L. fin. ff. *de Nov. Oper. nunt.*, Stryk., supra, § 63, in fin., Larrea, Decis. 34, a n. 25, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc., 1. n. 25, cum seq. et Disc. 6, n. 36; com a mesma differença que se o adquirente do predio nunciado ignorava a nunciação, só é obrigado a prestar a paciencia para a demolisação; se era sciente da nunciação, deve tambem pagar a despeza da demolição, como bem distingue Molin., *de Just. et Jur.*, Tract. 2, Disp. 706, sub n. 19.

§ 50

Terceiro caso: «E o que tiver bens de raiz que valham o conteúdo na condemnação, não os poderá alhear durante a sciencia da demanda; mas logo ficarão hypothecados por esse mesmo feito e por essa ordenação (Liv. 3, T. 84, § fin.) para pagamento da condemnação.» Esta Orden. por identidade de rasão comprehende os moveis do réu demandado por acção pessoal (que tambem não pro-

duz o vicio *litigiosi*), como bem pondera Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, sub n. 16, *† Tertio*; comprehende o caso de ter o devedor poucos bens, aindaque não equivalentes á divida, Mor., *† Deinde*; e se em outros casos contra terceiro, depende da demanda, da fraude, etc., n'este caso para se executar essa sentença contra o terceiro comprador dos bens d'esse devedor não se attende, se elle tinha ou não sciencia da demanda, ou da insolvabilidade do devedor, mas só se elle, quando alienou os penhorados em poder de terceiro, tinha ou não bens superabundantes, ou só equivalentes ou menos dos equivalentes á divida, como bem raciocina o citado Moraes, d. C. 7, sub n. 16, *† Attenta vero Ordin.*

Quid vero: Se o devedor, quando accionado pela divida, tinha bens superabundantes, mas os foi alienando por vezes ao mesmo terceiro, ou a diversos; quaes d'elles deverão padecer a execução, na fôrma da dita ordenação? Resolutivamente digo, que só as ultimas alienações até o equivalente da divida; porque as primeiras alienações dos bens, aliás superabundantes, foram licitas, pela razão da L. Marcellus § Res. ff. ad Trebell.; e só nos bens ultimamente alienados pelo devedor recaiu a prohibição da lei, e com ella o vicio da alienação, ut in simili Merlin., *de Pignor.*, Liv. 2, T. 2, Q. 3, n. 35, bene Gratian., For. C. 265, a n. 5; bem como, quando um pae por multiplicadas doações, excedendo os limites do seu terço offende as legitimas dos filhos, só as ultimas d'ellas se annullam, e subsistem as primeiras, emquanto não offensivas do direito dos filhos, Merlin., *de Legitim.*, Liv. 2, T. 2, Q. 21, n. 20, Mangil., in *Tract. de Imputat.*, Q. 109. Eu amplio a hypotheca legal não só á divida principal, mas ás custas; porque a lei se explica pelas palavras «o conteúdo na condemnação» que comprehende as custas; e porque, segundo o direito ellas têm o mesmo privilegio, que a divida principal; Olea, *de Cessib. Jur.*, T. 5, Q. 5, a n. 36.

§ 51

Quarto caso: «Ex Sententia adversus condemnatum lata potest executio fieri in te, cum ipsa *contra pactum de*

non alienando, hypotheca fulcitum, in Tertium transtulit. Assim como muitos DD., Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 11, Peg., 1 For., C. 5, pag. 452, col. 1, * «*Et eodem modo*», Cald., For., L. 1, Q. 23, sub n. 9, Bagn., C. 21, sub n. 41, Vell., Disc. 14, n. 49, Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 4, § 18, et in *Us mod.*, L. 41, T. 1, § 64, Salgad. *de Reg. Prot.*, P. 4, C. 14, a n. 64 et 105. «*Quod procedit, sive Tertius sciverit, sive ignoraverit, quia prohibitio alienationis transit contra Tertium, et etiam ignorantes*». Como com Hermosilh., Salgad., Escob. e outros prosegue o citado Pegas.

Nota: A razão fundamental d'esta resolução consiste em que *ex pacto de non alienando cum rei hypotheca impeditur dominii translatio*, L. si Creditor, § fin., ff. *de Distract. pign.*, Mor., et reliqui DD. supra: *Et maxime* se se addicionam as palavras «que alienando-se os bens hypothecados, *será a alienação nulla*», Vell., Diss. 38, n. 60. Em consequencia, obstando a clausula, a translação do dominio, suppõe-se este ainda radicado no devedor, e não transferido ao terceiro; e não pôde elle embargar a execução, Phæb., 2 P. Art. 57, Arouc., in L. 15, *de Legib.*, n. 7. Se o pacto *de non alienando* é simples, seja muito embora disputavel, mas se com elle é roborada a hypotheca, varia o caso de circumstancias, ut optime et omnino videndus Bagn., C. 21, a n. 31, junto n. 41. Amplia o citado Moraes, esta resolução ao caso, em que geralmente se hypothecam os bens com o pacto *de non alienando*. Sendo isto, e seguido na nossa praxe, e das nações, causou-me admiração uma sentença da relação do Porto (bem que em outros casos vi ahi julgado conforme o exposto), que abandonando tal hypotheca assim roborada, fez dependente o caso da previa excussão do devedor pela generalidade da Orden., L. 4, T. 3, que só teve em vista uma hypotheca simples, e não uma tal como a de que acabo de escrever. Adde Arouc., All. 20, n. 28 et 29, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 16, n. 13.

§ 52

Quinto caso (e de que se inferem muitos): «*Si is qui primo, et principaliter debuisset defensionem subire, et*

eum, qui lite deprehensus est, potuisset, et debuisset liti subtrahere, tamen eum agere passus fuit, quod fundamentum suggerit J. Ctus, in L. 63, ff. *de Rejudicat.*, ubi tamen hoc ex textu colligenda sunt requisita (1). Ut Tertius, contra quem executio facienda, litem cum altero agit sciverit (2). Ut hunc repellere a lite, eamque in se transferre potuerit (3). Ut illa defensio principaliter ad eum contra quem nunc executio instituenda, pertinuerit; et tamen (4). Permiserit alterum de eo jure agere, quod ab eo habuit. Tunc enim vel ideo contra eum *recta via* executio statim locum habet, *quia*, ut ait J. Ctus, *ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est*. Stryk., *Us mod.*, L. 42, T. 1, § 51.

Nota: A este sentido, e concorrendo estes requisitos, se devem reduzir as doutrinas de muitos DD., com os quaes Peg., 4, For., C. 5, n. 106, pag. 448, Mor., L. 6, C. 9, n. 50, Ferrier., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 6, n. 35, emquanto simplesmente dizem não poder oppor-se á execução, como terceiro, aquelle, que tendo sciencia da demanda no seu progresso se não oppoz a ella; pois taes doutrinas, ou devem reprovar-se na sua simplicidade, ou devem entender-se, que só procedem, quando com a sciencia da lide concorrem os outros requisitos, que mostrou Stryk., no logar transcripto, e quando a sentença por sua natureza prejudica ao terceiro sciente. O citado Mor., debaixo do n. 50, e na genuína intelligencia da dita L. sæpe 63, *de Rejud.*, melhor conciliou, e distinguui, ut ibi: «Facile tamen concordari potest utraque Sententia, distinguendo inter casum, quo Sententia inter alios lata aliis præjudicat, non vocatis ratione scientiæ, de quibus in L. sæpe *de Rejud.*; et in hoc eventu recte procedit communis. Altero vero casu, quando alteri Sententia non nocet, tunc non est curandum de scientia, et indistincte impedit executionem, etc.» De fórma, que não podem impedir a execução como terceiros os que tiverem sciencia da lide, nos casos em que a sentença lhe prejudica por direito; exceptuados estes, a todos os mais não obsta a sciencia da lide para que não possam embargar como terceiros (V. § 465); quaes são os primeiros prosigo a mostrar com Strykio, e por exemplo.

§ 53

Primeiro exemplo da regra do § 52: «Enejus Aulio sub jure *antichretico* pro debito 200 thal. prædium Tusculanum, quod postea Titius a Enejo quasi suum vindicat, *sciente et patiente* creditore Aulio. Probato dominio condemnatur Enejus ad restitutionem; quæstio emergit, an, cum Enejus fundum Tusculanum non possideat, executio decerni debeat contra possessorem creditorem? Quod in Textu allegato affirmatur. Et huc sine dubio respexit Papinianus in L. 29, ff. *de Except. Rejudicat.*, ubi ait: Si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, *non admonito creditore*, causam egerit, et contrariam Sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur cum pignoris conventio Sententiam præcesserit. Hoc casu ideo executio contra creditorem possidentem denegatur, quia debitor condemnatus erat, *non admonito creditore*. Ex quo Zasius in dict. L. 63, ff. *de Rejud.*, n. 24, concludit, necesse esse ut in tali casu lis creditori denunciatur, *quod quidem admitto ubi creditor litem ignorat*. Cæterum, si litem novit, et patitur debitorem agere, specialem litis denuntiationem adhuc esse necessariam, vel ideo existimo, quia J. Ctus in d. L. 29, ff. *de Except. Rejud.*, præcise supponit, *creditorem debere esse admonitum*, hoc vero non facto, ei non præjudicatur, cum per assistentiam potuisset sibi prospicere. Quamvis enim in L. 63, ff. *de Rejud.*, simpliciter dicatur, quod *scientibus* obsit res contra debitorem judicata; tamen hæc litis denuntiatio vel ideo ex L. 29 cit. hic supplenda erit, quia non absolute potuit impedire debitorem, ne de proprietate rei suæ ageret, quæ ad eum adhuc spectat, non obstante, quod alteri rem illam pignori dedit. Et sic non *primario* disputatur de jure creditoris, sed potius debitoris.»

§ 54

Tal é a interpretação do grande Stryk., e a conciliação da L. 63, ff. *de Rejud.*, com a L. 29, ff. *de Except. Rei-*

judicat. O commum dos DD., um grande esquadrão d'elles, com os quaes Olea, *de Cessib. Jur.*, T. 1, Q. 1, a n. 31, Salgad., in *Labyr. Credit.*, P. 3, C. 13, a n. 50, Castilh. Tom. 6, C. 157, n. 26, e sobre todos, Schettin., *de Tert. Ven. ad Caus.*, Q. 2, C. 3, Insp. 2, sub n. 18, firma esta conclusão. «*Sententia lata contra debitorem super dominio rei datæ in pignus creditori nocet ipsi creditori scienti litem de eo tractari per suum debitorem; ignorantem vero non præjudicat, quod probatur in d. L. sæpe Secundum Litteram Pisanam, et Florentinam . . . Pro qua illatione, et meliore resolutione concordantia adduco jura in L. 4, § alio ff. de Appell., in C. 3, ff. de Pignor., in L. 11, § fin., et in L. 29, ff. de Except. Rejud.*, quæ sunt aperte in terminis in d. L. sæpe secundum Lecturam *Florentinam*: Idem quoque secundum prædicta responsa Prudentum, Anton. August., etc., etc.»

§ 55

«Hoc tamen exemplum (continua Schettin., n. 19) verificatur in proprio pignore • nempe cum res pignoralis traditur ipsi creditori reali, et corporali detentione; nam si quis velit agere rei vindicatione ad istam rem, ipsum creditorem *uti possessorem* primo convenire debet, et ad iudicium vocare quia *defensio* et actio pro hac re primo loco, et præcipue ad creditorem spectat L. 16, ff. *de Usuc*: Idcirco huic exemplo aptissime convenit actio J. Etus in d. L. sæpe, ex eo quo prima et principalis defensio rei vel actio pro re competit creditori possidenti non debitori: Ideo exemplum, et illatio venit limitanda, non procedere, quando creditor non possidet rem, sibi hypothecatam, sed tantum debitor illam obligavit et hypothecæ supposuit ad ejus beneficium, non tamen illam ei tradidit, sed penes se retinuit; tunc enim Sententia lata contra debitorem non nocet creditori, *quavis scienti et patienti litem a debitore defendi; quoniam a defensione suæ rei removere ipsum non potest*. . . Secundo limitatur illatio (§ 54)

non procedere, si creditor sit ignorans litis cum debitor, etc.»

• O *Antichrese*, que formou o exemplo figurado por Stryk., (§ 53) é a hypotheca do immovel, entregue e consignada ao crêdor para se satisfazer da sua divida pelos redditos; e é tão effectivo possuidor, que póde embargar a execução feita n'esse predio por outro crêdor; veja-se Guerreir., Trat. 4, L. 6, C. 7, tot. et *signanter* n. 31, Peg., 1, For., C. 5, pag. 370, col. 2, * *Et sic etiam*. Mas esse caso varia da nossa questão, em que se trata. Se prejudica ao crêdor a sentença da reivindicação da cousa dada em penhor, obtida pelo proprietario d'este contra o devedor? De tudo o exposto tiro em summa a conclusão: se o crêdor era possuidor do penhor, ou do prédio dado em antichrese, e não foi citado e admoestado para assistir á demanda na fórma da L. 29, ff. de *Excepto. Rejud.*, *ibi*: «*non monito creditore*» não lhe prejudica a sentença contra o devedor sobre o dominio do penhor, ou do predio antichretico; porque faltam alguns dos requisitos da L. *sæpe* 63 (52); se o crêdor não possuia, é mais sem duvida que a sentença não lhe prejudica, tivesse ou não sciencia do litigio.

§ 56

Segundo exemplo: Idem nunc alterius (continua Stryk., § 52) applicant ad similes personas, quæ itidem sicuti creditor antichreticus, jus in re aliena utilitatemque exinde percipiendi habeant, quales sunt *Vassalli*, *Superficiarii*, *Emphyteutæ*, *Usufructuarii*, vel ejus *præcarium* habentes, etc. Quod si enim ipse dominus feudi, vel fundi de tota et plena proprietate conveniatur, et in lite succumbat et iste fundus ratione dominii Tertio adjudicatus fuerit; ista sententia quoque nocebit *scientibus* Vassallis, fructuariis, Emphyteutis et Superficiariis ad affectum ut executio contra eos fieri possit Zas... Alex... Zanger... Harttm... ubi quidem in Vassallo, Emphyteuta et Superficiario res expedita est, quia defendere passi sunt dominum totam proprietatem, quæ tamen nequidem ad eum spectabat, sed pro parte ad Vassallos, Emphyteutas et Superficiarios,

atque adeo eatenus intervenire, et litem quoque in se transferre potuissent.» (Como assistentes ou terceiros quanto ao dominio util nos termos da Orden., L. 3, T. 20, §§ 30 e 31.) «*Quod cum non fecerint, voluntate propria, ita iudicatum videtur.*» (Maxime não appellando da sentença pela permissão da Orden., L. 3, T. 81, etc.)

Quanto ao usufructuario, ou o que no predio tem outra servidão distingue Stryk; que se o *usufructuario* tem causa e titulo do mesmo proprietario demandado, ou de outro terceiro; n'este segundo caso a sentença contra o proprietario não se póde executar contra o usufructuario, menos que a demanda lhe não fosse denunciada, a exemplo do devedor, que a deve denunciar ao crédor; porque assistindo poderia melhor defender a causa. *Aliter* no emphyteuta, que tendo *aliunde* sciencia da demanda, deve comparecer a defender o seu direito, e dominio util; e se não, a sua taciturnidade lhe prejudica *vice versa*; a sentença proferida contra o emphyteuta sobre a plena propriedade, de que se conheceu prejudica ao senhorio, que tendo sciencia do litigio se não oppoz, Schettin. *de Tert. Ven. ad Caus.*, P. 2, C. 3, Insp. 2, n. 50; não assim se a sentença só foi sobre a posse. Schettin. *supra*. Conf. ad omnia Amat. Var., Resol. 97. Vid. Valasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 38, n. 33.

§ 57

Terceiro exemplo: Figura Stryk., § 54, o caso de a sentença havida contra o comprador, ser ou não exequível contra o vendedor chamado á auctoria, que tomou sobre si a defeza da causa; porém eu fallo conforme a nossa legislação e praxe do reino; Solan., no Cog. 32, propoz a questão: *An Sententia adversus emptorem lata exequi adversus venditorem laudatum possit?* E depois de apontar varias opiniões; resolve e refere julgado, que, no caso em que o vendedor tomou sobre si a defeza da causa, e aiançou na fórmula da Orden., L. 3, T. 45, § 7, se deve seguir a opinião, que instando o vencedor pela entrega da cousa é de necessidade fazer-se-lhe, possuindo o comprador; mas pelos fructos, interesses e custas póde ser

n'este caso exêcutado o vendedor pela mesma sentença, salvo ao comprador o direito contra o vendedor pelo preço etc. Conf. Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 7, n. 24.

Nota: Adverte Stryk. § 65, que n'estes casos em que a sentença é exequível contra os terceiros, a que prejudica pela sciencia da demanda, só é exequível contra elles pelos predios, e não pelos rendimentos e interesses (menos quanto a estes no 3.º exemplo, § 57).

§ 58

Sexto caso principal: É exequível a sentença contra todos os terceiros que adquiriram os bens controversos depois de affectos ao vicio *litigiosi*, ou antes ou depois da sentença condemnatoria do réu; com a differença que se o comprador foi sabedor do litigio ou teve rasão de o saber. • Se procede na execução sem necessidade de ser citado; e se não foi sabedor o deve ser, e ouvido, mas summariamente e pela verdade sabida, Orden., L. 3, T. 86, § 16, junta a Orden., L. 4, T. 10, § 9, que assim se conciliam, ex Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 7, n. 17 e 18, Silv., ao d. § 16, n. 1 e 2, porque o vicio *litigiosi* affecta a cousa, e assim passa a todo o possuidor, por mais que elle o ignore, ex L. fin., Cod., de *Litigios.*, Stryk., *Us. Mod.*, L. 42, T. 1, § 61, sendo esta a rasão por que a nossa lei não attendeu a ignorancia de novo adquirente da cousa litigiosa, mais que para o fim de ser ouvido com seu direito summariamente.

• Aindaque a ignorancia do litigio se presume, emquanto se não prova a sciencia individual, Silv. á Orden., L. 4, T. 10, § 9, n. 5, comtudo essa sciencia se presume por conjecturas, quaes a vizinhança, diuturnidade da demanda, parentesco, etc., Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 79, et L. 4, T. 10, §. 4, n. 6, e não ha muito que assim o vi julgado na supplicação.

§ 59

Verificada com o vicio *litigiosi* a sciencia do litigio, procedem as ditas ordenações e é exequível a sentença contra

o terceiro que houve a coisa do condemnado (aliter se d'outra pessoa, Maced., Dec. 61, ex n. 18, Portug., L. 3, C. 38, n. 35); aindaque (1.º) esse terceiro não seja o immediato, mas mediato, Portug., n. 35, *Intellige*; aindaque (2.º) seja clérigo, Peg. 2, For., C. 11, n. 148, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 38, n. 69, Cortead., Decis. 275, a n. 99, ubi judicatum n. 103; aindaque (3.º) seja cessionario particular, Brunnem., *de Process. Civil.*, Cap. 29, n. 19, Stryk., supra, § 54, in fin; aindaque (4.º) o possuidor succedesse ao condemnado por titulo de successão ou substituição, Stryk., § 57, e conduz a Orden., L. 4, T. 10. Vej. Mor., supra, a n. 80; aindaque (5.º) a demanda fosse sobre a posse, e pendente a lide se alienasse a coisa a terceiro, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 16, a n. 15.

§ 60

Nas acções reaes de reivindicação em que se trata do dominio, e nas mixtas *familiae erciscundae, communi dividundo, e finium regundorum* contrahe-se o vicio *litigiosi* pela citação para ser a sentença exequivel ainda contra o ignorante (com a distincção do § 58), que adquiriu a coisa depois da citação, e antes da *litis-contestação*; nas acções particulares, aindaque pessoas, ex *commodato, pignore, deposito, empto, locato, communi dividundo*, quando intentada só por cousas particulares); só se contrahe o vicio pela *litis-contestação*, e póde ser executada a sentença contra o terceiro, que adquiriu a coisa depois da *litis-contestação, sive scienter, sive ignoranter* (debaixo da mesma distincção, § 58). E esta é a intelligencia da Orden., L. 3, T. 86, § 16, e L. 4, T. 10, § 9, Silv. ao d. § 16, a n. 7, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, a n. 19. Conf. Stryk., *Us Mod.*, L. 42, T. 1, § 62; quando a acção é meramente pessoal (diz a Orden., L. 4, T. 10, § 2), assim como se um homem demandar a outro certo dinheiro, ou outra quantidade nunca em algum tempo será feita litigiosa, mas a acção sobre ella movida será feita litigiosa, tantoque

a lide for contestada, de fórmula que só a acção, e não a coisa, fica litigiosa, e d'aqui inferem, que alienando o réu seus bens durante a demanda (exceptuando o caso do § 50), e com fraude, só compete a acção ordinaria *revocatoria* contra os compradores, Stryk., supra.

§ 61

• Non tamen procedit Textus noster (L. 3, T. 86, § 16, diz Silv. ibidem n. 12) in executione Sententiæ latæ super actione reali seu personali in rem, ex qua prosequitur actor *obligationem tantum in re*, veluti *Hypothecaria*, • *Confessoria*, • *Negatoria*, • seu *pro servitutibus*; tunc enim ipsa res hypothecata, et ex qua petita fuit servitus, non fuerat affecta litigiosa, nec prohibita alienari, etiam post litem contestatam; et ideo non transit jus exequendi adversus Tertium possessorem, sed opus est novo processu. . . Sufficit enim quod res transeat cum suo onere. . . Nisi res sit specialiter hypothecata cum pacto de non alienando. (Conf. § 51.)

• Quanto á *Hypotheca*: Esta doutrina assim abstracta não é solida, porque supposto que a acção *hypothecaria* não induza o vicio *litigiosi*, e a coisa hypothecada se possa alienar pendente a lide, comtudo entende-se em termos habeis, quando não intervem dolo, nem da parte do comprador sciencia do litigio sobre a hypotheca, *et maxime* se o réu é insolvel, Covarruv., *Practic.*, Cap. 15, sub n: 6, Zoez., *in Cod.*, Liv. 8, T. 37, *de litigios.*, Let. C. optime et omnino videndus Pech., *de Aquæd.*, Liv. 1, C. 6, Q. 7, a n. 20, aonde satisfaz as objecções contrarias, et L. 4, Q. 83, a n. 6, verificada pois a sciencia do comprador, e a insolvidade do réu accionado pela hypothecaria, póde directamente executar-se contra o comprador da hypotheca a sentença. Conduz aqui muito a declamação, que com Parlador, faz o citado Stryk., § 62, no fim.

• • Se o réu pendente a lide aliena o predio sujeito a *servidão*, que se lhe demandava pela acção confessoria, e a final se julga ao auctor competente n'esse alienado predio a pedida servidão; essa sentença, quanto á servidão, é exequi-

vel contra o comprador do predio, Pecch., *de Aquæd.*, L. 1, C. 6, Q. 7, a n. 76, aonde non plus ultra demonstra esta resolução.

• • • A sentença sobre a acção negatoria, que excluida a servidão, julga livre d'ella o predio, esta sentença *per se exequitur*; e pôde o vencedor assim auctorisado pelo juiz obstar á continuação da servidão; imo pôde requerer caução penal contra o vencido, Pecch., *supra*, n. 91 et 92.

§ 62

Setimo caso principal: a sentença obtida contra o condemnado pôde executar-se contra seu fiador *de judicato solvendo*, juntando-se com a sentença a escriptura publica da fiança, se elle se obrigou como fiador e principal pagador, ou de algum modo renunciou o beneficio da excussão, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 23; não assim o fiador do contrato, que pôde ser executado pela sentença obtida contra o devedor, Fabr., in Cod., Liv. 8, T. 28, Def. 8, Brunneinan. *de Process. Civil.*, C. 29, n. 15, Stryk. *Us Mod.*, L. 42, T. 1, sub § 50.

§ 63

Oitavo caso principal: «Institor, *durante negotiatione*, cui præpositus fuit, potest regulariter loquendo, citari, et conveniri pro debitis ejusdem negotiationes; estque in electione ejus, qui cum Institore contraxit, convenire: ipsum Institorem, vel Proponentem: Si autem ille, qui cum Institore contraxit, eligat convenire ipsum Institorem, isteque condemnetur, *executio fiet in bonis Præponentis*, non autem in bonis ipsius Institoris condemnati». Ita Bagn., C. 53, n. 1, e conf. Pereir. Dec. 40, n. 7, 8 e 9, Salgad. in Labyr., P. 3, C. 7, n. 12, et C. 8, n. 13.

Os casos, em que ainda *durante officio* está ou não está o preponente responsavel pelos factos do institor; quando por elles pôde ser demandado, *durante ou finito officio Institoris*; os em que este é primariamente obrigado *ex propria*

persona, etc., se podem ver com toda a distincção em Bagn., d. C. 53., em Guerreir. Tract. 4, L. 5, C. 8, a n. 44, em Silv. á Orden., L. 3, T. 86, § 23, a n. 30., e alguns em Luc. Ferrar. Verb *Procurator*. O mesmo procede no procurador, que se for condemnado em nome do constituinte, contra este se deve executar a sentença, Bagn., Salgad., et Pereir supra: *vice versa*, condemnado o principal, não se pôde fazer execução contra o procurador, e institor, *maxime finito eorum officio*, Parlador. *Ber. quotid.*, C. fin. § 3., Stryk., *Us. Mod.*, L. 42, T. 1, § 50, no fim.

§ 64

Pôde emfim executar-se a sentença obtida contra o devedor, nos bens que outro detem em seu nome, como arrendatario, ou penhorando-se a propriedade, salvo ao arrendatario o direito do seu arrendamento nos anno das sua duração, ou penhorando-se as futuras pensões que elle deveria contribuir ao devedor, Mor., L. 6, C. 7, n. 6, 7 e 8. Vid. França, *ad Mend.*, Ar. 58; emquanto porém Mor., n. 9, diz que o arrendatario ad *Longum tempus* se pôde oppor pelo dominio que lhe adquire tal arrendamento, cessa hoje esta doutrina depois do alvará de 3 de novembro de 1757.

Nota geral sobre este capitulo

Ha outros mais casos, em que subsiste a execução contra o terceiro possuidor dos bens do devedor condemnado, aindaque lhe não passassem affectos com o vicio *litigiosi*, como quando os possue por titulo nullo, simulado, fraudulento, etc., ex Mor., L. 6, C. 7, a n. 9, Peg., 1, For., C. 5, a n. 58, pag. 449, a n. 106, pag. 148, a n. 116, pag. 452, cum seqq, et Tom. 5, For., C. 113, a n. 13 ad 25, França, *ad Mend.*, Ar. 29, Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 2, a n. 52, et a n. 70; DD. estes referem esses casos, e não menos Silv. á Orden., L. 3, T. 86, § 17. Como porém n'este capitulo só era peculiar d'elle o tratar-se: *A quem, e contra quem por direito compete a via executiva por sentença*, e

a disputa sobre esses outros casos tem lugar e assento mais proprio no capitulo X, em que geralmente trato dos embargos de terceiro; para ahi reservo a discussão d'esses casos.

CAPITULO IV

Liquidação antecedente e que é indispensavel antes do principio da execução; ou 1.º, quando se trata da execução da sentença em juizo universal; ou 2.º, quando da liquidação dos rendimentos em que o réu foi condemnado quanto á sua quantidade; ou 3.º, da liquidação dos preços e valores das cousas ou fructos; indole e natureza da liquidação, suas provas, sua sentença, sua appellação.

Precepção geral

§ 65

Em todos os casos em que a liquidação se faz precisa, é nullo todo o ulterior procedimento, a que ella não precede, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 18, Guerreir., Tr. 4, L. 8, a n. 1 ad 5, aindaque a quantia exequenda esteja liquida em parte e não em outra parte connexa, Peg., Tom. 7, For., C. 239, n. 139, 153 e 154; se sem ella se procede a arrematatação, tambem esta é nulla, Peg., supra, Silva, supra, n. 27. • Menos (1.º) que se não trate de execução de formal de partilhas pelos moveis e adjudicados; porque não os entregando o cabeça de casal, fica liquidado o seu valor pela estimação feita no inventario, e por ella sem outra liquidação prosegue a execução, Guerreir., supra, n. 6, Peg., 1, For., C. 5, pag. 400, col. 1, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 16, n. 38 e 39, idem Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 83. Conf. Mor., L. 6, C. 12 a 86. Menos (2.º) que se não trate *de re parva*, como se vê praticado no Arest. 52, n. 6, apud França ad Mend. Menos (3.º) que a sentença não mande liquidar alguma cousa por juramento do auctor, como no Ares-

to 65, n. 5, apud eund. França. Menos (4.º) que algumas cousas pertencentes; v. g., á herança, não fossem logo julgadas liquidas na sentença, porque a respeito d'ella se faz desnecessaria outra liquidação, como com muitos DD., Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 4, C. 10, n. 134. Conf. Escob., *de Ratioc.*, C. 33, n. 26, Garc., *de Expens.*, C. 24, n. 7.

• Vide reliqua in § 205.

Nota: é questão agitada, se basta a liquidação superveniente no progresso da execução, para evitar a nullidade? Esta questão a trata largamente Hontalb., *de Jur. Superv.*, Q. 15, a n. 20, e com Fabr. a tocou Silv. a Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 28; eu distingo assim: se o devedor no progresso da execução oppoz esta nullidade, ella é attendivel, e suspensivamente, Silv., supra, n. 18., Hontalb., n. 53 et 54; se não a oppoz, e sem ella se procedeu na arrematação, é esta nulla, ex Peg. 7, For. C. 239, n. 139, 153 e 154, Hontalb. Tom. 2, in addit. Q. 15, n. 1, 4, 6 e 7; se a não oppoz, e a liquidação se fez antes da arrematação se convalida a execução, Posth., *de Subhastat Insp.* 26, a n. 34, et Dec. 20 (na ultima edição de 1733); só n'este sentido procede a doutrina de Fabr. in Cod., L. 8, T. 16, Def. 4, 5 e 6 e 21. Vej. Guerreir, Tr. 4, L. 8, C. 8, n. 15; é notavel o Cod. Civ. dos Francezes, art. 2207, que sim permite a liquidação no progresso da execução, mas precisamente antes da adjudicação.

§ 66

É conclusão certa que a liquidação (quando precisa) «Fieri debere de eo, quod in Sententia expressum fuerit; et expressum tantum dicitur quod verbis exprimitur, vel certa significatione; non vero ex intellectu, et factis percipitur; et ideo quod est omissum a Judice in Sententia pro omisso habetur... Qui Liquidatio est pars, et sequella Sententiæ: Et idcirco debent Liquidationis articuli formari juxta tenorem Sententiæ». Ita Silv. ad Ordin., L. 3, T. 86, § 2, n. 15 e 16; e pelas mesmas palavras com os mesmos DD., França *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 45, 46 e 47. Conf. Peg., Tom. 6, For., C. 134,

n. 20 e 23, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, a n. 16; porém o mesmo Guerreir., n. 19 e 21, admite ser liquidavel na execução não só o que na sentença é expresso, mas tudo o que n'ella é virtualmente comprehendido; e d'aqui inferre: 1.º, que o condemnado na *restituição da coisa simplesmente* se subentende condemnado na dos fructos; 2.º, o condemnado a prestar contas, se subentende virtualmente condemnado em tudo o em que ficar reliquado; 3.º, que o condemnado a pagar certos moios de trigo, se subentende que o pague bom e não vilissimo; 4.º, que condemnado o réu a entregar a coisa, póde o vencedor liquidar os danos e deteriorações (mas o contrario se vê em Peg., *de Interdict.*, n. 855); 5.º, que condemnado o réu no juizo da reivindicação ou no universal, *restituir* os bens que possuia, se amplia o julgado aos que adquiriu da mesma herança depois da sentença, e antes da execução (de quo V. late Hontalb., *de Jur. Superv.*, Q. 8, et Silv. ad Orden., L. T. 66, § 3, n. 4 e 5); 6.º, que na condemnação dos fructos se comprehendem os decursos depois da sentença até á real tradição da coisa julgada; 7.º, que condemnado o réu na restituição da coisa se podem na execução liquidar as suas pertenças (de quo V. Stryk., *Disp. De probatione pertinentiarum*). Sobre o que virtualmente se comprehenda na sentença vejam-se as *Segundas linhas sobre o processo civil*, nota 565; e consequentemente a tudo se estende a liquidação.

§ 67

Devem porém o vencedor exequente e o juiz abster-se de tudo o que na liquidação for excesso; 1.º, quando se procede sem citação de parte na execução e liquidação; 2.º, quando excede o modo e mesmo rejeita as excepções (que logo veremos) admissiveis; 3.º, quando executa a sentença contra pessoas n'ella nem expressas, nem virtualmente comprehendidas; 4.º, quando faz execução em coisa diversa da julgada; 5.º, quando excede

de tempo a tempo (o que Guerreiro exemplifica); 6.º, quando interpreta mal a sentença (não se regulando pelas normas que expuz nas *Segundas linhas sobre o processo civil*, not. 584); 7.º, quando preposterou a ordem da liquidação da execução; 8.º, quando sendo a sentença alternativa e a eleição do devedor, a executa em uma das cousas, sem lhe tributar primeiro a eleição. Tudo assim comprova com Salgad., e outros DD., Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, a n. 99 ad n. 111. Conf. Orden., L. 3, T. 76, com o commentario de Silva.

§ 68

Deve pois a liquidação, aonde necessaria, formar-se por artigos, conformes ao expresso ou virtual da sentença, sem excesso; e ninguém é obrigado no principio comprometter-se em arbitradoras, Silv. ad Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 6; e alem dos DD.ahi citados, Mor., *de Exec.*, L. 3, C. 1, n. 109, Peg., Tom. 7, ad Orden., L. 1, T. 87, § 22, n. 10, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 54. «Et solum si res talis sit ut non nisi per Arbitros definiri possit, poterit Judex compellere Partes Arbitros assumere.» Peg., d. n. 10, Silv., supra, n. 7, França, n. 56, Moraes, sub n. 109.

ARTIGO I

Liquidação necessaria quando se trata de execução de sentença preferida com incerteza em juizo universal

§ 69

A Orden., L. 3, T. 66, § 3, admittindo nos juizos universaes sentenças incertas, determina ser necessario, que se certifiquem ao tempo da execução quaes são as cousas da herança, quaes não pelas provas que sobre isso serão feitas; o assento de 25 de abril de 1770 determinou, que, julgado nullo o testamento, não possa o herdeir-

ro *ab intestato* metter se na posse da herança *sem preceder liquidação*, salvo constando *claramente dos bens por inventario ou por outros documentos authenticos*. O caso da petição de herança foi na ordenação um exemplo, ut ibi • *pôde-se pôr por exemplo* • etc., e comprehende na sua razão todos os mais juizos *universaes e geraes*, como o em que se reivindicou o *Morgado*, Silv. á mesma Orden., n. 3, com Peg., *de Interdict.*, a n. 837; o *fideicommisso universal*; e em todos os casos em que se admite libello geral, quaes os que refere Silv. á Orden., L. 3, T. 20, § 5, a n. 10, Altim., *de Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 13, Q. 1, a n. 132, Thusc., Let. L., Concl. 805 et seqq.

§ 70

N'estes casos pois, antes da immissão na posse, deve necessariamente preceder liquidação. Só sim, como é certo que a execução do liquido não pôde suspender-se nem embaraçar-se com o illiquido, quando separavel, Guerreir, Tr. 4, L. 8, C. 8, n. 13, Silv. ad Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 17; é consequente, que vindo liquidados já na sentença alguns bens na fórmula prenotada no § 65, ou constando d'elles por *inventarios e documentos authenticos*, assent. de 25 de abril de 1770, se pôde logo e antes da liquidação dos bens illiquidos, requerer a assignação dos dez dias, na fórmula da Orden., L. 3, T. 86, § 15, para o condemnado largar a posse d'estes bens liquidados, que só pôde suspender com bemfeitorias n'elles feitas, mas não com as feitas em outros bens, ex Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, n. 115.

ARTIGO II

Liquidação dos rendimentos, preços dos fructos ou de outra cousa
em que houve condemnação

§ 71

«Ubique dari solet duplex illiquiditas, seu incertitudo, quæ liquidatione, seu certificatione indigeat; una scilicet

quoad substantiam, et altera quoad pretium; ut præsertim pro frequentiori praxi contingit in Liquidatione fructuum perceptorum ex aliquibus bonis, quoniam adest prima incertitudo pro eorum qualitate, et quantitate; his formatis adest altera super pretio, quod in dies, et tempora variari solet. Conf. Richer., *Jurisprud. Univ.*, Tom. 3, § 695, optime Luc., *de Judic.*, Disc. 33, n. 58.

§ 72

Tambem pôde haver incerteza na quantidade de bens, como quando moveis, ou dinheiros da herança sonegados no inventariô ou consumidos, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 9, n. 125, Cyriac., Contr., 626, n. 9, Luc., *de Servit.*, Disc. 47, n. 3 e 4; ou pelo administrador, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 96, casos em que a liquidação se faz pelos modos que logo veremos.

Quanto á quantidade

§ 73

Pelo que respeita á quantidade dos fructos, aliás incertos, em que o réu é condemnado, articulada que seja, devem as testemunhas depor com os requisitos, de quibus Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 76, ibi: «Testibus etiam probari potest non solum quantitas fructuum perceptorum, sed etiam valor eorum... Quando agitur *ad quantitatem*, propter dictam difficultatem probandi, non solum probabitur per testes, qui fuerint præsentés eorum perceptioni, sed etiam per testes deponentes de auditu... et per deponentes de publico et notorio... et per deponentes de credulitate... Staturque etiam solis conjecturis... testes deponant de cultura solita.» Et a n. 142, ibi: «Ad solam quantitatem probandam admittuntur regulariter non solum testes de visu... sed etiam de auditu a Colonis... et de credulitate, quod pariter probat quan-

titatem», etc. Card. de Luc., *de Benefic.*, Disc. 90, a n. 63 ad 67; iterum Pacion., supra, a n. 113, ibi: «Et quando agitur de re cujus utilitas consistit in perceptione fructuum, debent etiam (testes) habere notitiam de impensis, quæ requiruntur ad colligendos fructus, et de eis deponere, non autem simpliciter dicere, *tantos fructus reddi*... quatenus tamen interrogentur; alias enim si simpliciter deponant, *tot esse fructus*, intelligitur *deductis expensis*», etc. Confirma-se Guerreir., Tract. 4, L. 8, C. 9, n. 53, ut ibi: «Hæc materia fructuum Liquidationis, reputatur difficilis probationis; ac per consequens etiam Leviores, et præsumptæ probationes admittuntur, recurrendo ad Instrumenta locationum», etc. É porém mais rígido Altim., *de Nullit.*, Tom. 6, Q. 37, sub 61, pag. 35, col. 1, emquanto escreveu, ut ibi: «Et testes non probant *quantitatem* fructuum nisi dicant, se fuisse præsentem eorum recollectioni, vel divisioni, seu alias deponant de visu et certa scientia; nec est sufficiens probatio de auditu, seu possibilitate... In probandis fructibus industrialibus debent deduci ab illorum valore expensæ in illis seminandis, et operandis... Et sic debent deduci expensæ», etc. Nesta variedade deve aqui entrar o prudente arbitrio do julgador. Gall., *de Fruct.*, Disp. 2, Art. 4, a n. 12 et 18, Richer., *Jurispr. Univ.*, Tom. 3, a §§ 695 et 698, omnino videndus, Cens., *de Censib.*, Decis. 293, n. 21.

§ 74

Pelo que respeita aos bens sonogados, consumidos, e inexistentes, e cuja quantidade se não póde provar por testemunhas, eis-aqui o discurso de Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 9, n. 125, ibi: «Quod si per testes productos a Parte non probetur quantitas est bona Practica quod Pars damnum passa impleret Judicis Officium, ut ipse ex Officio se informet de damnis et interesse, inspectis qualitatibus rei, et aliis inspiciendis; vel duobus, aux tribus personis committat, ut ipsi deliberent, et certum quid

constituant, et secundum illam informationem, et inquisitionem pronuntiet in aestimatione pretio, numero, et pondere, Valasc., Cons. 43, n. 27 . . . Probata spoliatione, ipsa probatio sufficit pro Liquidatione usque ad verisimilem quantitatem; quia in materia Liquidationis, uti difficili, sufficiunt leviores probationes, [praesertim contra spoliatores], etc.

Mais especificadamente com Peregr., *de Fideicom.*, Art. 44, n. 28, discorreu Cyriac., Contr. 626, n. 9, ut ibi: «Consulendus tamen est Peregrin . . . ubi licet n. 24, dicat non praesumi fuisse relicta mobilia, tamen, n. 28, subdit, ex variis circumstantiis posse Judicem informare animi sui votum, prout in casu isto verisimiliter arbitrari posset relicta fuisse suppellectilia egregii valoris, et maxime argentea, cum Testator esset nepos ex filio Marchionis Ludovici, et nepos ex fratre Marchionis Frederici», etc. O Card. de Luc., *de Servit.*, Disc. 47, n. 3 e 4, tratando do caso em que constava ficar dinheiro na herança; mas não se verificava a quantidade, deliberou, que se devia deferir o juramento in litem, ut ibi: «Probata substantia, quoad quantitatem et qualitatem in odium occultantis, vel ubi negotii qualitas ita exigit, sufficiunt probationes imperfectae, etiam per testes singulares, et praesumptiones et conjecturas, quinimo etiam *per ipsius Partis juramentum*». Na sentença que transcreveu Peg. Tom. 7, à Ord., L. 1, T. 87, § 9, n. 113, arbitrou o julgador, e reduziu a certa somma um dinheiro, que se provava occultado, mas de que a certa quantidade se não provava; emfim diz o mesmo Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 96, que «Si liquidatio quantitatis (constituito debito) fieri non possit, neque per articulos, neque per arbitros, ut contingere potest in re ita consumpta, quod nullum relinquat vestigium, et consistente in facto transeunte, et non permanente; tunc ad valorem rei ad Administratore non traditae, sed consumptae liquidandum recurrendum est ad juramentum in litem».

Este juramento *in litem* se vê mandado deferir ao prejudi-

cado contra o que occultou bens em inventario cuja quantidade e valor se não provava, em Peg., Tom. 7 á Ord., L. 1, T. 87, § 9, sub n. 34, e Tom. 7, For., C. 253, pag. 475, col. 1 et 2, e é especialmente admittido contra o herdeiro que dolosamente sonega bens em inventario., Rein., Obs. 47, sub n. 36, Valasc., *de Part.*, C. 8, n. 37, Bagn., C. 66, n. 362, Stryk., *de Caut. Juram.*, P. 3, Sect. 3, C. 3, a n. 66 et 140. O mesmo juramento é praticavel sobre a estimação da cousa, que o condemnado a restitui-la não restitue, Mor. *de Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 87.

Quanto aos preços e valores

§ 75

Se se trata de liquidar os preços de fructos certos e sabidos, em que foram condemnados os emphyteutas, os censuarios, os colonos, veja-se o meu *Tratado do direito emphyteutico*, desde o § 686, aonde discorri fazendo distincção de varios casos, e dando n'elles normas diversas, que aqui não repito; se se trata do preço dos fructos em que o réu foi condemnado, ou desde a indevida occupação, ou da litis-contestação; depois de certificados na quantidade, ha um modo facil da liquidação do preço d'elles, qual é: se o predio de que se disputou está justamente avaliadd, pôde fazer-se a liquidação dos fructos a 5 por 100 annualmente com respeito ao seu valor, porque tanto se presume render qualquer predio estimado, Richér., supra, § 698, Fabr., in Cod., L. 7, T. 18, Def. 20, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 1, n. 24, et C. 9, n. 54, Gall., *de Fruct.*, Disp. 2, art. 4, sub n. 18; como porém esta norma não é certa e fixa; porque muitas vezes os predios, ou não são justamente avaliados; ou, aindaque o sejam, não rendem os 5 por 100, Gall., supra; por isso os DD. assentam, que este modo facil de liquidação só é praticavel quando as partes concordam n'elle, e não quando alguma d'ellas insiste em querer provar maior ou menor rendimento, que o de 5 por 100, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 1, n. 25, et C. 9, sub n. 74.

§ 76

Se pois as partes se não uniformarem n'esta fôrma de liquidação (§ 75), e se proponham liquidar menores preços em cada um dos annos (defeza propria dos réus n'elles condemnados, ex Guerreir., d. C. 9, sub n. 35, ibi: «*Vel quod sit minoris valoris, vel quod minus fructus percepti fuerunt*» etc.); n'este caso é erro grande da praxe liquida-los em cada anno pelas tarifas das camaras, segundo a praxe de Guerreir., For., Q. 15, n. 17, ou pela certidão vulgo do *Terreiro*, ou *Ver o pezo*, ex Peg., de *Interd.*, sub n. 860, Silv. ad Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 13; já porque esta é local para a côrte, onde quotidianamente variam os preços, e sempre diversos dos das provincias; já porque as certidões das tarifas das camaras e almoxarifados annualmente feitos admittem, e sempre admittiram, prova em contrario, Peg., Tom. 3, For., C. 28, sub n. 660; e ordinariamente por ellas se não póde regular qual fosse o preço commum dos fructos, que sempre costuma ser menor, como vi julgado na relação do Porto em uma causa, que foi de Tondella; ou já porque a Ord., L. 4, T. 20, fundada em uma especial rasão, não é ampliavel aos mais casos, nem a outros fructos mais que ao pão vendido ou emprestado, Mor., de *Exec.*, L. 2, C. 11, n. 12, Egid. na L. *Ex hoc jure*, P. 2, C. 12, Differ. 3, n. 52 et 53, nem aqui póde idear-se uma venda ficta ou emprestimo do pão; porque as intenções das partes sempre aqui foram oppostas.

§ 77

Eu noto na Orden., L. 4, T. 4, § 2, tratando do contrato usurario determina: «*Quanto aos fructos, que o comprador tiver recebido, será obrigado de os tornar ao vendedor, ou a sua verdadeira estimação segundo valeram communmente ao tempo que os colheu*». E não vejo um possuidor de mais má fé do que um usurario, responsavel não só á restituição do recebido com usura, mas a

todos os danos do que a padeceu, Ferrar., verb. *Usura*, n. 75 et 78, sem que jamais adquirisse o dominio de taes fructos, Silv. ad Orden., L. 4, T. 4, § 2, a n. 17; logo, se um usurario só restitue a verdadeira estimação dos fructos segundo o que valeram commummente *ao tempo que os colheu*, que diversa rasão haverá para que o possuidor de má fé seja obrigado a pagar os que percebeu pela maior valia do anno, ou conforme essas tarifas das camaras ou celleiros? Judiciosamente adverte Richter., *Jurispr. Univ.*, Tom. 2, § 699, que: «Cum de fructibus æstimandis, et liquidandis agitur, Judex rationem habere debet casuum fortuitorum, propter quos eorumdem perceptio poterit impediri; prout fieri solet in statuendis *usuris lucri cessantis*; æquitas enim non sinit, ut quod multis periculis obnoxium est, tanquam certum æstimetur». Conf. eund. Richter., Tom. 2, § 1123, ex L. 16, § 4, ff. *de Pignor.*

Quando se trata de arbitrar interesses de lucros cessantes é commum resolução dos DD., que por mais que o crêdor prove um verdadeiro interesse, sempre o juiz lhe deve dar um bom desconto com respeito aos trabalhos, aos contingentes, etc., e porque um lucro esperado não se pôde dizer physicamente certo, Mor., *de Exec.*, L. 2, C. 12, sub n. 71, Gam., Dec. 110, n. 16, Guerreir., Tr. 4, L. 2, C. 11, n. 41, Ad-dent. ad Belon., *de Commerc.*, L. 2, C. 2, n. 27.

§ 78

Na verdade: que riscos e contingentes não têm os fructos, não só antes, mas ainda depois de colhidos? Bem os ponderei no meu *Tratado dos censos*, § 38; e quem nos diz, que os não tivesse em vista a citada Orden., L. 4, T. 1, § 2? Seria pois mais racional, desterrados os abusos, ou conformar-se a liquidação com esta Orden., ou pelo preço medio dos tres mais communs do anno, como nos casos, de quib. Mor., *de Exec.*, L. 2, C. 11, sub n. 11, Peg., Tom 9, ad Ordin., L. 2, T. 33, in Rubr. n. 47, maxime sendo peculiar das liquidações dever seguir-se n'el-

las a summa media, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 8, n. 29, Barbos., Vot. 126, n. 173, Peg., Tom. 6, For., C. 134, n. 26, imitando-se as leis que referem Barbos. et Tabor., L. 11, C. 20, Ax. 7; se a condemnação dos fructos de cinco annos se regulasse pela norma do regim. de 29 de maio de 1654, T. 3, §§ 15 e 16, e instrucç. de 18 de outubro de 1762, § 29, não seria erro.

Nota. O Cod. do Procedim. Civ. dos Francezes, art. 429, manda respeitar na liquidação os preços medios e communs. Mas seria para desejar que adoptasse a norma que propõe o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 31, e do Proc. Civ. dos Francez., art. 523 até 526, isto é, dar o condemnado uma conta dos fructos que deve e seus preços; se o vencedor a aceita, evita-se a liquidação; se a refuta, então contesta, mas se a final é convencido, é punido, etc.

Quando ha condemnação de custas, perdas e damnos, como se devam liquidar? Vid. Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. 64, Fontanell., Dec. 97, Ferreir., *Nov. Oper.*, L. 5, Disc. 40, a n. 9; como os damnos emergentes? Vid. Guerreir., Tr. 4, L. 2, C. 11, a n. 28: os damnos nas searas e arvoredos, por arbitradores, Pacichell., *de Dist.*, C. 4, Membr. 1, n. 8, Romag., *ad Stat. Eugub.*, L. 6, Rubr. 10, n. 11, Bonden. *ad Oter.*, *de Pasc.*, C. 42, n. 66, Boehm., *ad Jus*, ff. L. 9, T. 1, § 3, Leyser., *Jus Georg.*, L. 2, C. 11, n. 26; como se deva estimar o damno nas searas ainda em herva, ou arvores novas, e com que respeito V. Oter., *de Pasc.*, C. 43, a n. 2, Pacichell., *de Distant.*, C. 6, Membr. 8, n. 11, Romaguer., supra, n. 10, Sabel. § *Damnum.*, n. 7, Stryk., *Us. Mod.*, L. 9, T. 1, § 12, Leyser., supra, n. 29, Mul., *ad Struv.*, Exerc. 14, Thes. 3. E quanto ás arvores, Rainald., *Crimin.*, L. 2, C. 15, § 2, n. 146, Romag. *ad Stat. Eug.*, L. 6, Rubr. 32, n. 6.

ARTIGO III

Indole e natureza da liquidação, suas provas; sua sentença, sua appellação

§ 79

Da natureza da liquidação é não se admittir n'ella questão alguma que respeite á causa principal; nem es-

tranha da mesma liquidação, Peg., *de Maior.*, C. 4, n. 18 et 25, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 2, n. 23 et 24; não pôde portanto o réu ahí oppor excepção que respeita o merecimento da causa principal, Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 9, a n. 36, e só pôde oppor excepções modificativas da mesma liquidação; como, 1.º, que o que se liquidada, não se comprehende na sentença; 2.º, que o valor é menor que o pedido do liquidante; 3.º, que os fructos percebidos foram menos; 4.º, que os damnos liquidandos não foram tantos; 5.º, o condemnado a restituir um rebanho de gado, pôde exceptonar com a morte natural d'algumas cabeças (Quando se presume culpa no cabreiro, ou ovelheiro, ou guarda do rebanho de gado na morte de algum, vejam-se Pacion., *de Locat.*, C. 12, a n. 97, Stryk., Vol. 10, Disp. 11, *De Astutius Opilionum*); 6.º, o condemnado na restituição de moveis pôde exceptonar que alguns pereceram sem sua culpa, etc. Vide Guerreir. Tract. 4, L. 8, C. 9, n. 35 et a n. 38; 7.º, ut infra § 87, quando o condemnado na causa com interesses, exceptiona na execução, que nenhuns perdeu o vencedor.

§ 80

Propõe o citado Guerreir., a n. 50 e 51, esta questão: *Quomodo sint probandi articuli tam Liquidantis, quam Liquidati?* E responde: «Esse probandos instrumentis publicis, aut privatis, vel per rei evidentiam, aut per testes, vel iuramentum decisorium aut in litem, vel denique per unam ex multis, de quibus abunde diximus Lib. 5, C. 3, secundum naturam rei, quæ probari intenditur; nam aliquando rigorosæ probationes requiruntur, aliquando leviores sufficiunt, prout in liquidatione expensarum, et fructuum. In Liquidationis iudicio solent admitti leviores præsumptiones, et conjecturæ». Conf Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 2, n. 23, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 33, n. 58.

§ 81

Justamente adverte Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 4, C. 10, n. 132, que «Illud generaliter in materia Liquidationis præ oculis habere debēs: ut testes, instrumenta, et alia omnes probationes, quæ in judicio principali fuere adductæ, et præsenæt, pertinentes ad Liquidationem, puta quia illis verificatum est specialiter quot et qualia bona in hæreditate remanserint tempore mortis defuncti, vel quæ res sint pertinentiæ, et appendices, seu connexa et accessoriæ; quot fructus percepti fuere, et ejus valore singulis annis, aut super æstimando damno et interesse etc., recte possunt iterum reproduci in Liquidatione, et omnino prosunt», etc.

§ 82

E especialmente, por quaes especies de provas se possam liquidar os bens pertencentes aos morgados; veja-se o meu *Tratado de morgados*, C. 13, a § 33; como se possam liquidar os bens pertencentes a algum fidei-commisso? Veja-se Fusar., *de Substit.*, Q. 618, aonde; entre outras especies de provas, admitte: 1.º, o inventario da herança do testador; 2.º; os titulos das compras feitas por elle; 3.º, os arrendamentos que elle fazia dos seus bens; 4.º, o instrumento de partilhas com seus co-herdeiros; 5.º, o seu livro de rasão; 6.º, testemunhas ainda de ouvida, sendo antigo o facto; 7.º, enunciativas de instrumentos, ainda *inter alios*; 8.º, confissões e reconhecimentos dos precedentes fidei-commissarios, aindaque enunciativos, maxime contra os que d'estes foram successores, etc., etc.

§ 83.

E pelo que respeita á ordem do processo: para este da liquidção deve haver nova citação, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 9, n. 9, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n.

67, póde citar-se para ella o procurador, sendo sufficiente na fórma, que declara Mor., L. 6, C. 1, n. 25, e França d. C. 21, n. 21, n. 22; deve tratar-se no domicilio do condemnado, França, n. 65, menos no caso já referido no § 14, adde Guerreir., supra, n. 6 et 7; póde tratar-se como causa summaria em tempo de ferias, França, n. 72; póde o juiz comminar o tempo para se proporem os artigos, e ao réu para os contestar, Guerreir., n. 10; não tem replica nem treplica, Guerreir., n. 12 et 13, e com os mais Reinicolás, França, n. 44; porém estando em silencio na mão do escrivão por mais de seis mezes, fica circumducta, e não póde proseguir-se sem nova citação, França, n. 71, ex Phæb., Dec. 159, n. 13; em consequencia de ser summaria a liquidação, devem ser as dilações mais breves, menor o numero de testemunhas etc., et ad omnia vide Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 2, n. 25, 38, 39 et 40; ubi hæc omnia comprobant. Conf. Peg., *de Interd.*, n. 860.

§ 84

Não se devem porém aqui admittir para louvaços, nem os que fabricaram as obras estimandas, nem os que na causa foram testemunhas, Silv., supra, a n. 56 et 57; bem que o recurso a arbitadores é o ultimo e subsidiario remedio a que aqui só se deve recorrer, *quando veritas aliter haberi non potest*, Guerreir., supra, a n. 85; sed vide Peg., *de Interdict.*, n. 861, aonde só admitte recurso a arbitadores por ultimo remedio.

§ 85

Não devo aqui preterir, que póde o auctor formar artigos de liquidação sobre os fructos, e juntamente contrariar os embargos de retenção de bemfeitorias para tudo se julgar na mesma sentença, e compensarem os fructos com as bemfeitorias, como refere julgado Peg., *de Interdict.*, n. 857.

§ 86

Julgada por sentença final a liquidação dos bens, ou rendimentos, ou de tudo juntamente, ella não se tira do processo, mas procede a execução pela primeira sentença, e pelos bens e quantias assim liquidadas, como declarou o assento de 14 de março de 1753 na Collecç. dos assentos, n. 232; se se appella d'esta sentença não produz appellação mais que o effeito devolutivo, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 49, Mor., L. 6, C. 9, n. 107, Peg. 2, For., C. 15, a n. 49; menos que o juiz não exceda na sentença da liquidação a ordem e modo da execução, Peg., n. 55, Guerreir., Trat. 4, L. 8, C. 9, n. 99, França, n. 51, 52 et 53; em que casos se possa arguir esse excesso, já fica escripto no § 67. Adverte o mesmo Guerreiro, n. 97, que a appellação interposta da sentença que julgou a liquidação deve ser para a casa da supplicação, e não para a relação do Porto, aindaque n'aquelle senado superior se confirmasse a sentença d'este inferior, ex Peg., *de Maior.*, C. 4, n. 33, porque a sentença confirmante do senado da supplicação é a que propriamente se executa, e não a confirmada, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, in princip., n. 13.

Não trato aqui da liquidação de bemfeitorias, por ser alheio do objecto do presente capitulo, e só d'ellas tratarei no lugar competente.

§ 87

Só não devo preterir aqui, que aindaque uma sentença na causa principal condemne ao réu em interesses juntos com o principal, e que se liquidarem; póde o réu na execução mostrar que nenhuns perdeu o vencedor, porque a condemnação d'elles tem implicita a condição; *id est, comtantoque taes interesses se verifiquem, e o réu não convença o contrario.*, Fabr., in Cod., L. 7, T. 16, Defin. 6, ibi:

Senatusconsulto condemnatus in id omne, quod ad-

versarii interesset, non prohibetur in executione iudicati probare nihil interfuisse adversarii. Nec quicquam ideo adversus Senatusconsulti auctoritatem moliri videbitur; quia condemnatio illa tacitam utique conditionem semper habere intelligitur; *Si modo intersit*, quæ conditio facti est non juris; cum quatenus cujusque intersit in facto consistat non in jure, ita Senatus», etc.

E nas notas dá a rasão, ut ibi:

•Quia scilicet non fuit pronunciatum quicquam interesse, *cum de eo probando nondum quæreretur*: Et ideo exceptio ista non impugnet iudicatum... Et ideo probari debet: Unde fit, ut probationum inopia sicut ad exiguam plerumque summam, ita et ad nullam quandoque res deducatur, L. ult., ff. de Præt. Stip., Carpzov., P. 2, C. 30, Def. 8, L. Quatenus 24, ff. de Reg. Jur.»

Jul. Capon. Tom. 5, Discept. 362, n. 14 et 15, ibi:

•Nec est alicujus momenti objectio Monasterii Principem fuisse condemnatum *ad interesse liquidandum* in dicta Sententia: Ergo nihil aliud est quærendum, sed tantum quantitas illa liquidanda... Nam respondetur, esse objectionem satis futilem, et Monialium, quæ non intelligunt vim Sententiæ, et quod illa condemnatio est conditionalis, et nihil posuit in esse: Si quidem, *cum illud non sit probatum in causa principali, sed in genere petitum*, potuit fieri condemnatio ad interesse liquidandum; quæ tamen de jure tacitam, intrinsicam, et inhærentem conditionem continet, *si probabitur in causa Liquidationis*. Nam potest ferri Sententia sub conditione nedum tacita, sed etiam expressa *cohærenti negotio*,» etc.

•Et in dicta causa Liquidationis dato termino Summario, interesse sive lucri, sive damni erit articulandum et probandum, ut in praxi receptum est. Nam licet nonnulli DD. voluerunt conventos, cum interesse petitum, non est probatum in causa principali, esse ab eo conventos absolvendos, tamen opinio, quod posset fieri condemnatio, licet non sit probatum, quia continet eam conditionem, *si probatio in causa Liquidationis est receptior*,» etc.

Et ideo merito est liquidandum in nihila justa praxim, etc.

Nota: Eu distinguiria assim: se o auctor pedisse o interesse, ou *primario*, ou a *accessorie ad rem*; e o provou *plena-mente na substancia* (como assim se deve provar, ex Mor., de Exec., L. 2, C. 12, n. 70, sem sobre elle se admittir suppletorio, Mor., supra, Barbos., ad Ordin., L. 3, T. 52, in pr., n. 17, Gall., de Fruct., Disp. 25, art. 2, n. 51, Gam., Dec., 110, n. 16, Valasc. Cons. 107, n. 8); mas não provou especificamente a quantidade precisa; n'este caso o juiz julgando-o provado na substancia, mas incerto na quantidade, pôde remetter esta ao juizo da liquidação, ex Mor., supra, n. 72, e ahí se liquidará muito ou pouco conforme a defeza do réu; se porém na causa principal se não fez prova alguma sobre a realidade do interesse pedido, e o juiz o remetteu á liquidação, este é o caso proprio a que se podem applicar as doutrinas de Fabro e Caponi. Confira-se Peg. 1, For., C. 5, pag. 403, col. 1, * «*Et facta ondemnatione*».

Corollario quanto á condemnação dos fructos percipiendos

Não ignoro o que sobre este objecto escreveram conforme o direito Romano os DD, como Gall., de Fruct., Disp. 2, art. 6, n. 10, e Disp. 12, art. 2, Richer., Jurispr. un., Tom 3, §§ 686, e 687, Guerreir., Tr. 4, L. 2, C. 10, Cod. Freder., P. 2, L. 2, T. 4, art. 1, § 27, Coccey, Jus Controv., L. 5, T. 3, Q. 14; comtudo eu vejo a praxe do reino seguindo que o possuidor de má fé só restitue os fructos percebidos quando possuiu com titulo, ex Pereir., Dec. 47, a n. 3, Mor., L. 6, C. 10, sub n. 20; eu vejo, que o mais frequente é articular-se e provar-se o quanto os predios podiam produzir commummente sendo bem cultivados, ou o por quanto podiam commummente arrendar-se por pensões certas; e provado isto assim, n'isto mesmo se vem a comprehender os *fructos percipiendos*, ex DD. citatis; e se o réu liquidado se incumbe da prova, de que só percebeu *tantos fructos*, esta prova

da sua parte não satisfaz, sem conjunctamente provar que na agricultura poz todos os cuidados, e que os predios bem cultivados não podiam produzir mais, como adverte Pacion., *de Locat.*, C. 19, n. 85 et 86; se por má economia, amisade ou respeito particular deu de arrendamento o predio por diminuta pensão, podendo, como bom pae de familias, arrendar-lo por maior, n'este caso não o exonerar de pagar ao vencedor o mais que o predio podia render, se fosse possuidor de má fé destituído de titulo.

CAPITULO V

Com sentença solemne (C. 1.º) em juizo competente (C. 2.º), por e contra habilitadas pessoas (C. 3.º), e depois de exactas e julgadas liquidações (C. 4.º). Citação para a penhora por quantia liquida ou para demittir a posse dos bens de raiz certos e liquidados; o que aqui é incidente até á effectiva penhora, ou até á effectiva posse dos bens.

ARTIGO I

Quanto á execução por divida até á effectiva penhora,
seus requisitos, etc.

A execução é um juizo novo, e para o seu ingresso e progresso é necessaria nova citação do executado, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 1, n. 22, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, in pr., a n. 54, ex *Ordin.*, L. 3, T. 86, in pr., et § 15, Liv. 2, T. 53, § 1, et L. 3, T. 76, § 2, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, a n. 13 et 21; se a execução por divida se faz em bens de raiz, ou se por acção real, ou *in rem scripta* se trata da immissão na posse de bens de raiz, é necessaria tambem a citação da mulher do condemnado, Moraes, *supra*, sub n. et sub * *Imo*, et n. 37, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, § 27, n. 45, cum seqq. videndus

ad n. 51. E por escrivão, e não por porteiro, Orden., L. 3, T. 86, in pr., Mor., L. 6, C. 12, n. 3.

Nota: Se a omissão da citação da mulher por si só é forçosa para annullar a execução, quando ella nada allega de *meritis causæ*, se verá ao diante no §. . . et *interim* vid. Mor., L. 6, C. 14, n. 38, Pereir., Dec. 76, n. 4 et 5, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 27, a n. 46, com Pegas ahí citado.

§ 89

Se o executado é absente se deve citar por precatório, estando em parte certa, Mor., n. 22, d. C. 1, * *Imo* et C. 12, a n. 4, França, ad *Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 15; se em parte incerta, ou se se occulta, então por carta de edictos, França, supra, n. 16, Arouc., All. 40, n. 16, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in pr., n. 55; se basta a citação do procurador do executado quando elle está absente do logar do juizo, e habitante em diversa comarca? *Varii varia dixerunt, ut patet ex relatis per Franç.*, supra, n. 22 et 23; depois dos mais antigos, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, in pr., a n. 61, com Peg., a Orden., L. 3, T. 2, in pr., Gloss. 2, a n. 39 et 40, diz: «Concordari solent hæ opinionones, distinguendo inter eum casum, in quo Procurator sufficiens fuit citatus in principio litis, et cum eo causa agitata fuit, et inter eum casum, in quo principalis fuit ab eo initio citatus ad causam inchoandam, ita ut in primo casu sufficiat citatio dicti Procuratoris ad executionem, non vero in secundo, prout in uno, et altero casu tenet decisum Pegas, d. Gl. 2, ex. n. 42, ubi n. 45, limitat, nisi Actor ex suo privilegio traheret ad Curiam Reum condemnatum, et duret privilegium, quia tunc potest citari Procurator sufficiens ad executionem, quando principalis habitat extra Territorium Curiae, et n. 46 et 47, tenet, quod in casibus, in quibus Procurator citari potest, non potest exequi in suis bonis propriis, sed principalis. Debitor exequendus est». Assim Silva, substanciando Pegas, no logar citado.

§ 90

D'outro modo Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 1, n. 23, concorda as opiniões affirmativa e negativa n'esta forma: «Sed concordabis adversantes Sententias, si advertas alium esse constitutum Procuratorem *specialiter* ad primam et secundam Instantiam, aut *simpliciter ad causam*; et in isto procedit optime negativa Sententia; nam cum ejus mandatum per Sententiam in illa Instantia latum expiravit, jam non ipse, sed dominus vocandus est: Item, alium esse Procuratorem *generalem ad judicia*, sive etiam ad negotia; ut si est constitutus *generaliter* ad agendum, petendum et defendendum; quod mandatum non expirat per Sententiam, imo durat ad omnem aliam causam appellationis, vel executionis, et extenditur ad omnes lites præsentis, et futuras. . . Et idem est, si sit *generaliter Procurator ad negotia constitutus*; hujusmodi enim mandatum, etiam per Sententiam non expirat; imo extenditur ad omnes lites præsentis, et futuras, ad appellationem et executionem. . . Et in terminis hujus generalis mandati recte procedit affirmativa Sententia; nam, cum proponatur habere sufficiens mandatum ad novam causam de novo movendam, dominusque proponatur absens; nihil mirum, si sufficiat ipsum ad executionem citari, cum et prima citatio ad novum judicium ab hujusmodi Procuratore possit incipere, Ordin., L. 3, T. 2, in princ.»

Nota: Como porém o juízo da execução é um *Juizo novo*, e *nova a citação* para elle (§ 88), é consequente, que em nenhum caso póde ser citado o procurador geral para a execução, se o constituinte na procuração reservou para si *toda a nova citação*, ex Ordin., L. 2, T. 2, in pr., * « *E se na procuração* », aonde Peg. desde o n. 226, muitas vezes o refere julgado (se não para o juízo da execução, para a causa principal, valendo o argumento, por ser a execução juízo novo e nova a citação, e em que, como diz Mor., L. 6, C. 1, n. 22, póde o executado oppor muitas excepções, que se verão no Cap....)

Pela Orden., T. 86, no principio; *Feita a dita notificação e requerimento, não será necessario ser o condemnado mais requerido ao tempo da venda, e arrematação dos penhores*, et §§ 27 et 28, et L. 2, T. 53, § 1; porém hoje a L. de 20 de junho de 1774, alem d'aquella primeira citação, manda, no § 18: *Que estando proximos a findar os dias dos pregões*, e não havendo quem lance o preço das avaliações, ou outro maior, ou menor, conforme a declaração do Alv. de 22 de fevereiro de 1779, o ministro que presidir, *faça notificar o devedor*, a quem pertencem os bens, para que *nos dias que restam dê a elles lançador*, querendo, e findos os dias, etc.

Nota: Póde vir em duvida, se esta segunda citação tem o mesmo effeito de excluir a lesão enorme, como quando *findos os dias dos pregões, e os lanços*, o ultimo lançador usa da providencia da outra Orden., L. 4, T. 13, § 7, com a exposição de Silva, ibidem, a n. 16; ou se são antinomicas estas leis, ou se pela ultima de 1774 ficou cessando o § 7, ad Ordin., L. 4, T. 13; parece-me, que nada ha aqui de antinomia, nem incoherencia; a lei de 20 de junho projectava em falta de lançadores fazer adjudicar os bens aos crédores com rebates de seus valores, e por isso, para mais se justificar, exigiu aquella segunda citação dos devedores, que se não poderiam, sendo assim citados, e não dando lançador, queixar do rebate. Não comminou porém exclusão da lesão, que sempre lhe fica salva, com respeito ao rebate, e já como parte de preço recompensativa da coacção, ut §§ 20, 21, 22; para se excluir porém á lesão que possa haver ainda com esse rebate, sempre fica praticavel a cautela da Orden., L. 4, T. 13, § 7, quando ha lanços, e depois do ultimo, *ao tempo que a tal arrematação se houver de fazer*. De fórma que a citação que manda o § 18, é, *estando proximos a findar os dias dos pregões*, para dar lançador, e a cautela que dá o d. § 7 (para excluir a lesão enorme) é *ao tempo da arrematação*, para remir a divida dentro em oito dias, com a comminação de se não poder jamais dizer leso enormemente. (Pois da enormissima não fica privado, Silv., ibidem, n. 48.) Nas arrematações fiscaes, se faz esta citação comminatoria depois d'ellas, Orden., L. 2, T. 13, § 7, *Regim. dos contos*, C. 77.

§ 92

Não são porém precisas a primeira, e segunda das ditas citações, quando aquelle devedor, que estava de proximo a absentar-se para terras longinquas, foi citado, e juntamente para todos os termos da causa, e para a execução da sentença até o seu fim, Phæb., P. 1, Art. 20, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 1, n. 24, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 14. Nem é necessaria nova citação para segunda penhora, quando os bens primeiro penhorados não foram sufficientes para a satisfação da divida, França, n. 18, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in pr., n. 58, nem quando a execução está em silencio por mais de seis mezes, França, n. 20, Silv., n. 59, Mor., d. C. 1, n. 9, in fin., Peg., ad Ordin., L. 3, T. 1, §. 15, n. 13, menos que se trate de liquidação, como refere julgado Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 39.

§ 93

Deixemos o que discorreu Silv. á Orden., L. 3, T. 86, in pr., a n. 70, sobre o tempo que o direito romano concedia ao condemnado para pagar a divida, e sobre o rigor com que contra elle se procedia não pagando n'esse tempo, o que melhor e mais criticamente se pôde ver em Stryk., Vol. 12, Disp. 1: *de Processu Juris Romani antiquo*, C. 7, e em Cavallar., *Inst. Jur. Canon.*, P. 3, C. 32, § 4; a nossa praxe, deduzida da Orden., L. 3, T. 86, § 7, só concede ao condemnado depois de citado vinte e quatro horas para pagar, ou dar bens á penhora, as quaes horas nem se podem ampliar nem restringir, Silv., supra, a n. 68, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 7.

§ 94

Se não paga nas vinte e quatro horas a divida liquida consistente em quantidade, tem a faculdade de nomear bens á penhora, ex Ordin., L. 3, T. 86, §. 7, Mor., *de Exec.*,

L. 6, C. 12, § 9 (não satisfazendo com offerta de fiança, Mor., n. 19); mas n'esta nomeação de bens deve seguir esta ordem, nomeando: 1.º, os moveis que tiver; .. 2.º, subsidiariamente a raiz; 3.º, em falta de tudo os direitos e acções Esta ordem (quidquid dicat Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 7, a n. 6) é impreterível, não só pelas razões que dá Mor., supra, n. 13, mas porque assim estabelecida na L. de 20 de junho de 1774, § 23, in fin. et § 27, no Cod. da Sardenh., L. 3, T. 32, §. 16. Confirmam-se o Repertor., debaixo da conclusão *Execução, que fizer o official*, Altim., de *Nullit.*, Tom. 2, Rubr. 13, Q. 18, a n. 15, Cavallar., supra, § 3, Gom., in. Man., C. 21, n. 11.

. Se a condemnação é que o condemnado entregue em especie alguma cousa que consista em conta, peso e medida, ex Ordin., L. 3, T. 86, in pr., * «*Porque alguma parte*, etc.», se a não entrega na propria especie, como se deva praticar esta Orden., vide Mor., L. 6, C. 12, n. 10, e melhor desde o n. 86; eu assento, que tratando-se de moveis ou fructos adjudicados em formal de partilhas, se hão por liquidos pelas suas avaliações no inventario, e prosegue a execução, independente de outra liquidação (§ 65); se se trata de restituição de fructos em especie, como pão, vinho e azeite, e tem passado anno, caso em que succede a obrigação na estimação, ex Silv., ad Ordin., L. 4, T. 20, n. 6, e liquidando-se esta, ha de proseguir a execução ou quando a causa pereceu, Mor., supra, n. 86; se a condemnação é de algum movel não estimado, que o condemnado não entrega nas vinte e quatro horas, e o occulta, ou deixou de possuir por dolo, póde o vencedor requerer juramento *in litem* sobre a sua estimação, Mor., d. C. 12, a n. 87.

.. Só em total falta d'elles se admite a nomeação de raiz, como supõem as leis citadas e toda a razão, já porque isso mesmo é mais util ao devedor, já porque excutir-se primeiro o movel, é introduzido em favor do crêdor para com mais brevidade se embolsar da sua divida, favor que elle póde renunciar ainda *conniventibus oculis*, se se não oppõe á perversão da ordem pelo devedor, Mor., d. n. 13, Cavallar., d. § 3,

... Se as apolices das companhias se devam reputar terceira especie de bens, ou se devam aceitar-se como primeira especie, é a duvida. Os alvarás de 21 de junho de 1766 e

de 30 de agosto de 1768 reputavam as apolices das companhias geraes, como bens estaveis que podiam girar no commercio, como dinheiro liquido, etc. O alvará de 23 de fevereiro de 1771 relaxou a obrigação de as receber em pagamento, suspensos os ditos alvarás; e só devem ser recebidas pelos crédores, quando estiverem aceites judicial ou convencionalmente antes do alvará de 23 de fevereiro de 1771; a moeda papel, equiparada a dinheiro, sim se póde nomear a penhora, mas com rebate, quando o deva ter, segundo a minha Diss. 3, no Append. Diplom. do Direit. Emphyt.

§ 95

Sobre isto (§ 94) não póde o condemnado (4.º) em falta de moveis, nomear raiz, que tenha fóra do territorio tendo-os no em que a execução se faz, Moraes, L. 6, C. 12, n. 17, Repertor., debaixo da conclusão *Penhora fará nos moveis o official*, etc., aonde uma nota do senador João Alves da Costa; nada porém ha que obste a que nomeando a penhora um predio, reserve n'elle para si alguma servidão que seja util, estimando-se em rasão d'ella o predio em menos, Moraes, n. 18.

§ 96

D'esta liberdade, ainda dentro dos prescriptos cancellos, não deve abusar o devedor nas vinte e quatro horas nomeando bens intrincados; mas, como diz a Orden., L. 3, T. 86, § 7, *desembargados*, isto é, seus proprios, livres de toda outra obrigação de hypotheca expressa ou tacita, ex Gam, Dec. 197, Moraes, L. 6, C. 12, a n. 14, e para que, não occasionando obstaculos pelos interessados n'esses bens, gose entre tanto que elles compareçam, dos fructos da sua malicia; por isto é que o direito constitue o devedor na obrigação de mostrar os titulos do seu dominio, e a sua posse, ex d. Ordin, et L. 2, T. 53, § 7 et 9, Moraes, supra, n. 16, Mend. P. 1, L. 3, C. 21, n. 14, ubi França, n. 112; e as testemunhas, com que o executado prova

serem seus, livres e desembargados, os bens que nomeou, ficam sendo como fiadores, França n. 115, Moraes, supra, sub n. 16, e conduz o-simile, de quo cum aliis Lim. de Gabell., pag. 329, n. 121, 122 e 123.

§ 97

Este termo de vinte e quatro horas concedido ao devedor para nomear assim bens a penhora, é *peremptorio*, e passado elle não se admite mais a fazer nomeação de bens, como muitas vezes refere julgado o senador Costa na nota referida pelo Repertor, debaixo da conclusão *Penhora fará nos moveis o official*, etc., Moraes, L. 6, C. 12, n. 20; e a nomeação de bens a penhora passado o dito termo se devolve ao crédor, Moraes, n. 21, devolução ao crédor, que não só procede, quando o devedor nas vinte e quatro horas não fez nomeação alguma de bens, mas se amplia: 1.º, ao caso em que não justificou no termo aprasado serem seus, livres e desembargados os bens que nomeou; 2.º, ao caso em que nomeou bens de raiz, omittindo os moveis, que tinha, Moraes, n. 24, * *Tertius casus*; 3.º, ao caso, em que, com sciencia de que eram sujeitos á hypotheca esses bens, os nomeou, porque logoque algum terceiro se opponha, se devolve a nomeação ao exequente, Mor., n. 23, * *Primus*; 4.º, ao caso em que com má fé (bem presumivel nomeando poucos, e de pouco valor para divida muito superior) nomeou bens insufficientes, porque para o resto dos necessarios e equivalentes ao complemento da satisfação da divida se devolve a nomeação ao exequente, Moraes, * *Secundus casus*. E se o crédor pôde depois variar para nomear outros bens, *refectis expensis*, vide Moraes, L. 6, C. 12, n. 54, * *utrum vero*.

§ 98

«Licet vero (continúa Moraes, n. 24) hæc (§ 97) ita se habeant. adhuc intra terminum debitore non nomi-

nante, aut nulliter pignora nominante, post terminum, *dum res est integra*; quia creditor adhuc facultate eligendi in se transmissa usus non est, ipse debitor condemnatus ad nominandum admittetur . . . debitor condemnatus potest post terminum pignora nominare, si creditor non utatur jure suo eligendi, et nominandi; Orden., d. T. 86, § 17, in fine. • Confirmam-se as doutrinas de Nigr., Cyriac., Controv. 481, n. 24.

§ 99

Se porém o devedor nas vinte e quatro horas não nomeou bens, ou não os nomeou validamente, se o crédor não usou da devoluta faculdade de nomear, nos casos em que assim se lhe devolve; se o devedor não purgou a mora no caso de não usar o crédor em tempo algum d'aquella faculdade, póde o crédor commetter aos officiaes a penhora na fórma da Orden, L. 3, T. 86, § 8 (só praticavel depois de tudo o exposto a §§ 94 e 98) e então os officiaes na penhora devem praticar a fórma prescripta no d. § 8 (precedendo mandado de penhora, ou pela mesma sentença, em que (como se costuma) assim se manda, Moraes, d. C. 12, n. 26) fórma que o citado Moraes declara, a n. 30, isto é, penhorando (1.º) os moveis e semoventes, que existam no territorio em que se faz a execução, aliás não os havendo ahi, se póde (2.º) passar aos immoveis, ou quando se ahi ha moveis, mas privilegiados, em que se não possa fazer penhora (C. 6), ou quando controversos, ou em contumacia do condemnado, ou quando o crédor, e devedor não impugnem, Moraes, n. 31 et 32, ou quando os moveis são insufficientes para o todo da divida, porque para o résto se penhora a raiz, Moraes, n. 33, mas proporcionada sem excesso, e *pro mensura debiti*, Moraes, n. 36; bem entendido que isto só procede, e o impreterivel d'esta ordem, quando o official vae fazer a penhora, e não quando o devedor nómeia com perversão d'essa ordem (não impugnando o crédor) ou quando o crédor nomeia pela devoluta faculdade, Moraes, n. 38.

Nota: É questão grave e opinativa, se a perversão d'esta ordem induz nullidade? Mor., n. 39; mas o mesmo Mor., n. 40 e 41, justamente concilia: 1.º, que se o devedor nomeando perverteu a ordem, e o crédor se não oppoz, subsiste a nomeação do devedor valida; 2.º, se o crédor nomeou pela faculdade devoluta; também, 3.º, se o official a perverteu por si mesmo sem nomeação do devedor, subsiste e só o official fica sujeito á pena comminada na lei; porém Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 8, a n. 22, põe em duvida, e mais se inclina ser nulla a penhora em bens desproporcionados que o devedor não nomeie (ou o crédor em falta da nomeação d'elle); sobre o que, e intelligencia da L. de 20 de junho de 1774, § 24, alvará de 6 de julho de 1807, que o declarou e declaração d'este pelo alvará de 20 de janeiro de 1809, § 3, isto é, quando um predio de valor mais que dobrado da divida se possa arrematar, se verá ao diante a §. . . ;entretanto só advirto, que o devedor não é admittido a arguir tal excesso do official sem depositar a divida, Mor., n. 44.

§ 100

Nem o crédor na contumacia do devedor em nomear, nem o official em falta de ambos podem nomear e penhorar pela divida que se executa os bens que se indicarão no capitulo seguinte; só resta aqui indagar, se feita a nomeação pelo devedor ou pelo crédor, é necessaria *filhada* nos bens nominados (que se o official faz a penhora ficam sem duvida *filhados*, Moraes, sub n. 46). Esta questão disputam Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 1, a n. 38, e Moraes., supra, sub n. 46; mas hoje, que a preferencia dos crédores se não regula pela prioridade das penhoras e filhadas, fica superflua essa questão; sendo aliás certo, que aindaque não haja filhada sempre os bens ficam inalienaveis pelo devedor, Silv., supra, n. 33, Posth., de Subhast., Insp. 18, a n. 187, Repertor. debaixo da conclusão *penhora feita em bens de raiz*, etc., e que aindaque se faça *filhada*, sempre e emquanto os bens não são arrematados, conserva o executado a posse civil, e com ella póde usar os remedios possessorios contra os que turbarem ao depositario na posse, Silv., supra, n. 32.

Vej. Moraes., L. 6, C. 12, n. 48, aonde declara que a restituição da cousa espoliada se ha de fazer ao depositario, e não ao executado, ex Gam., Dec. 277, ad fin.

§ 101

Se se penhora um predio com fructos pendentes, ou futuros, ou se sem a penhora do predio se penhoram só os redditos annuos, na fórma do § 24 da L. de 20 de junho de 1774, as obrigações d'este depositario são estas, administrar os bens com boa economia, não dispor dos fructos e rendimentos sem ordem do juizo, no fim do anno, e trinta dias depois dar contas da receita e despesa etc., *Cod. Civ. do Imperador José II*, §§ 310 e 311. Confira-se Guerreir., Tr. 4, Liv. 6, C. 8 e 9; isto emquanto, na fórma da dita lei, não ha arrematação do predio ou dos redditos.

Como se faz penhora no direito e acção pendente em juizo, na tença nos redditos dos predios, vej. Mor., L. 6, C. 12, n. 46, in fin., * *Quare*.

ARTIGO III

Quanto à execução da sentença por acção real, ou
in rem scripta para a immissão na posse

§ 102

Se a sentença foi absolutoria do réu possuidor e demandado, ella por si mesmo se executa, independente de outro facto ou ministerio judicial, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in pr., sub n. 20, Moraes, L. 6, C. 12, a n. 103; e com tal especialidade, que se o réu vencedor a não quer executar pelas custas, não pôde o auctor vencido fazer requerimento para que elle a exhiba em ordem a embargalla, Peg., de *Interdict.*, n. 857, *aliter* se fez citar ao auctor

vencido, para pagar as custas, Peg., supra, sed vide eund. Peg., T. 4, ad Ordin., pag. 23, n. 84, aonde por estylo diz que «Quando o réu é vencedor, e tira sentença e se deixa estar sem executar as custas, ou a parte em que é vencedor, por lh'a não embargarem na execução, não tem o A. vencido remedio para lha fazer exhibir, salvo havendo nullidade improrogavel, que póde o A. usar da cautela, tornando a citar o R. por libello, e vindo o R. com a excepção *rei judicata*, replicará o A. da nullidade, quando o dito réu apresentar a sentença com a excepção». Cost., nos Estyl. da Cas. do Porto, pag. (mihi n. 228), 85, Arouc., in L. 3, ff. de Rer. divis. n. 8, * *Et postremo*, Pereir., Dec. 62, n. 4, aonde só limita em um especial e raro caso, e n'elle ainda pela acção *In factum*, e o segue Moraes, L. 6, C. 12, n. 110, juxt. fin.

§ 103

Se se trata de executar a sentença pelo vencedor contra o réu possuidor vencido, entra aqui a disposição da Orden., L. 3, T. 86, § 15. A sua pratica é assignarem-se em audiencia ao réu esses dez dias para entregar a cousa, e largar a posse, ou oppor legitimos embargos, Vanguerv., P. 3, C. 6, n. 62; e passados os dez dias se não embarga é lançado, se defere á immissão na posse, Silv., sobre a mesma Orden., aonde um largo commentario, Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 85; não é porém necessario assignarem-se esses dez dias, nem procede a dita Ordenação (1.º) quando ao auctor se restitua a posse por sentença obtida em acção de espolio contra o réu, porque independente de outra citação, e assignação dos dez dias se póde immittir na posse; veja-se o meu *Tratado dos interdictos e remedios possessorios*, § 323; 2.º, quando se executa formal de partilhas, Leit., *Fin. regund.*, C. 14, n. 9, Solan., ad Regim., § 4, n. 21, pag. 25. (Sed vide § 4, na nota.)

§ 104

Nos casos em que assim se devem assignar os dez dias, e em que se não verificam as unicas limitações, se o vencedor sem se assignarem, e ser o réu lançado, se arroga á posse, commette espolio, que necessariamente deve purgar restituindo ao réu a sua posse, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 48, in rubr., Peg. 2, For., C. 11, pag. 914, et Tom. 7, For., C. 225, n. 2, Repertor. debaixo da conclusão *dez dias se dão para entregar a posse*, etc., Leit., *Fin. Regund.*, C. 14, n. 8 et 9.

§ 105

Póde entrar em duvida: Se sendo exequível a sentença contra o terceiro, que pendente a demanda adquiriu a cousa com sciencia do litigio, ut a § 58; se lhe devem tambem assignar os dez dias da Orden., L. 3, T. 86, § 15? A Orden., L. 4, T. 10, § 9, de que recebe supplemento a Orden., L. 3, T. 86, § 16, diz que se faça execução contra esse terceiro, sem ser mais *chamado, nem citado, se foi sabedor do litigio, ou teve rasão de o saber*; mas parece dura entendida no literal; porque, acaso o terceiro será de peor condição, que um mesmo condemnado possuidor? E se este é citado e se lhe assignam os dez dias, que diversa rasão, porque não áquelle? Se o condemnado é citado, e se lhe assignam os dez dias, porque póde allegar bemfeitorias, não as poderá tambem allegar o terceiro? Supponhamos n'elle um possuidor de má fé; os possuidores de má fé podem repetir as bemfeitorias *necessarias*, L. Domum, Cod. de Reivind., Valenz., Cons. 111, n. 41, Moraes, L. 6, C. 10, n. 23, juxta finem, Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 14, n. 38. E esse terceiro não poderá elle allega-las? Acaso a lei o castigou mais que ao réu, com essa privação? Mas a lei é condicional: *se foi sabedor*, etc; e emquanto esta condição se não justifica pelo agente, póde elle incorrer essa pena de não ser citado nem ouvido? Não está em contrario a fa-

vor d'elle a presumpção da ignorancia, *ut signanter* Cortead., Decis. 275, n. 81, aonde por isso mesmo incumbe ao vencedor aqui a prova da sciencia do litigio n'esse terceiro? Nenhum reinicola jamais tocou tal questão, sendo tão obvia.

Nota: E que direi eu? Que a lei é iniqua, como parece? Longe de mim tal pensamento! só sim digo (1.º) que: «Si ex literali interpretatione, non quidem illiciti quid, sed tamen aliquid grave, atque intolerabile sequitur, æquitas jubet adhiberi interpretationem restrictivam.» Hein., ad Grot., de J. B., et P. L., 2, C. 16, § 27; digo (2.º) que ter o terceiro sciencia do litigio, quando adquiriu a cousa litigiosa, é uma qualidade ou circumstancia da lei que se deve verificar para se applicar a sua disposição, Barb. et Tab., L. 15, C. 4, Ax. 6, ibi: *ubi lex actum qualificatum requirit, non sufficit probare actum sine qualitate*, etc.» Barbos, in Repertor. Verbo *Qualitas*, pag. 189, Col. 2, in fin. Conf. Peg., Tom. 5, á Orden., pag. 92, n. 19, et Tom. 11, C. 175, n. 11, incumbindo a prova d'ella a quem a allega, Peg., Tom. 7, ad Ordin., pag. 218, n. 86; digo (3.º) que as palavras da lei «*se foi sabedor*» são em si condicionaes, Altim., de *Nullit.*, Tom. 3, Q. 13, Sect. 3, n. 1, e nenhuma disposição condicional se deve executar antes de verificada a condição, Peg., 1, For., C. 1, a n. 40; só pois é, quanto a mim, e póde ser praticavel a dita ordenação contra sciente do litigio, para não ser citado, nem se lhe assignarem os dez dias, verificando primeiro o vencedor essa *sciencia*, que aliás se não presume (aindaque provavel por conjecturas); d'outro modo arrogar-se á posse seria um despotico espolio pelo vencedor, juiz em causa propria, julgar elle sciente o que podia ser ignorante, e que tal se presume, e condemnar temerariamente com privação de audiencia um terceiro possuidor, que aliás póde ser innocente? Não vejo, que outra possa ser a interpretação da lei e sua applicação, reduzida aos termos da equidade, e por interpretação *restrictiva*.

§ 106

«E não sendo d'elle (continúa o d. § 9) sabedor, nem tendo rasão de o saber, será citado para a execução, e ouvido com seu direito summariamente, sabida sómente a verdade sem outro processo.» Isto é, citando-se, e assi-

gnando-se-lhe os dez dias para allegar seu direito, porque este de dez dias é o termo summario, que a Orden., L. 3, T. 25 manda assignar contra o demandado por escriptura publica e exequivel contra o réu demandado por essa acção, este é o termo summario estabelecido e fixado no dito § 15, da Orden., L. 3, T. 86.

§ 107

Se porém o vencedor quer antes executar a sentença contra o proprio réu vencido pela estimação da cousa, que elle, pendente a lide, alienou, a mesma Orden., L. 3, T. 86, § 16, é bem clara a dar a fórma d'esta execução, e ainda desnecessaria a exposição de Silva, *ibidem*, e de Moraes, L. 6, C. 12, a n. 87, ad 90.

§ 108

Como a mesma Orden., L. 3, T. 86, § 15 manda assignar estes dez dias ao *condemnado por acção real, ou pessoal que entregue cousa certa ao vencedor*, pôde vir em duvida, se se devem assignar ao condemnado na acção *hypothecariã*? Poisque elle, ou deve dimittir ao crédor a cousa hypothecada, ou pagar-lhe a divida (o que é da sua eleição), Moraes, L. 6, C. 12, n. 92 et 95; parece-me, que se lhe devem assignar os dez dias, não só para dentro d'elles fazer a eleição de dimittir o predio, ou pagar a divida, mas porque, elegendo pagar a divida, pôde allegar bemfeitorias, que elle tenha feito, para só pagar a divida nos limites da estimação do predio antes de por elle bemfeitorisado, e não com o valor augmentado pelas suas bemfeitorias, Nigr. Cyriac., Contr. 194, tot, Merlin., *de Pignor. et hypothec.*, L. 2, Q. 69. n. 5; e isto ainda que a estimação regulada pelo antigo estado não equivalha ao todo da divida, Cyriac., n. 2 et 3; e elegendo restituir o predio ao crédor, deduzir as suas bemfeitorias, que não sendo feitas pelo devedor, não recairão na hy-

potheca, Cyriac., a n. 8, Merlin., supra, n. 4, confira-se Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 97, ad. n. 105.

§ 109

Como a mesma Orden. manda assignar os dez dias ao *condemnado por acção real ou pessoal que entregue* coisa certa ao vencedor, póde tambem vir em duvida a fórma da execução nas cousas incorporaes, em que não póde haver *entrega* e tradição real; se a sentença é a favor do possuidor, ella por si se executa; se porém é condemnatoria do réu, largamente discorre o citado Moraes, a n. 105 até 110; se sobre o direito de eleger e apresentar, não é necessaria outra tradição, e a sentença mesma auctorisa ao vencedor para eleger, ou apresentar quando aconteça a occasião; se julgou jurisdição, sempre se executa pelo exercicio de algum acto jurisdiccional; se a favor do usufructuario, pela immissão na posse natural do predio, em que se lhe julgou o usufructo; se se julgou alguma servidão activa a favor de alguém no predio alheio, e é necessaria alguma demolição ou operação n'elle para o exercicio da julgada servidão, se faz com auctoridade judicial, se não é precisa alguma operação, e a servidão está prompta, sempre deve haver ingresso e exercicio d'ella no predio serviente em execução da sentença; se se julga, que ao réu não compete tal servidão, ou outro direito incorporal, se executa a sentença por preceito, com minatorio e penal para que mais não exercite tal servidão ou tal direito, de que pela sentença foi privado. A isto se reduz o muito que escreveu Moraes.

Nota: Parece-me, que aindaquê n'estes casos não possa haver tradição real, nem allegação de bemfeitorias, seria abundante (se não necessaria) cautela assignar ao condemnado dez dias, como quando se julga a jurisdição, ou usufructo, a servidão activa no predio alheio, a demolição de alguma obra obstativa da servidão, etc., e isto porque a Orden., L. 3, T. 86, § 15, não só dá os dez dias ao condemnado em

acção real (quaes as sobreditas) para entregar a cousa, entrega que nas incorporaes se faz pelo consentimento da parte, L. 2, *Cod. de Servit. et ag.*, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 7, in princ., n. 38, e real, e equipolentemente aqui pelos actos que ficam referidos no § 109, mas para nos mesmos dez dias oppor quaesquer embargos á sentença, afiançando na fôrma do mesmo § 15; executar pois as sentenças n'estes direitos *incorporaes* por qualquer dos expostos modos, sem citação e assignação dos dez dias, seria desordem, seria espolio e nullidade (§ 104); a lei é geral, ampliavel por identidade de rasão a casos semelhantes, quaes os referidos (§ 109); se n'elle não pôde haver objecção de bemeitorias, pôde haver outra especie de embargos, a lei não repugna, antes suppositivamente os permite.

Como se deva fazer a execução da sentença que condemna o réu no implemento de algum facto promettido, vej. Mor., d. C. 12, n. 84, *Cod. Civ. do Imperador José II*, § 823.

Quaes embargos poderá oppor o condemnado em acção real e dentro dos dez dias, se verá no seu logar proprio, qual o capitulo xii.

CAPITULO VI

Em que bens se possa ou não possa fazer penhora por dividas

Regra geral

§ 110

•*Contra omnes, et in omnibus, et quibuscumque condemnati bonis executio, sivi pignoratío fieri valet, nisi a jure in casu particulari inveniatur prohibita. Omnia quæ vendi, et alienari valent, possunt in pignus capi, in eisque executio fieri; et e converso nequit executio, et pignoratío fieri in eis, quæ vendi, et alienari nequeunt.*• Ita Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 8, n. 1. Conf. Silv. ad Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 2; esta regra amplia Moraes (1.º) ao dinheiro que se acha na mão do devedor ou em deposito publico, ou particular, ou em cambio a inte-

resse, ou esteja ou não destinado para compra de raiz ou outro fim, comtantoque, estando em deposito particular, o depositario o confesse, porque se o nega, só se póde penhorar e arrematar acção contra elle; *imo*, existindo o dinheiro, sem essa duvida, elle deve ser o primeiro penhorado, e sem mais solemnidades mandar-se entregar ao crédor, ex Orden., L. 1, T. 52, § 12, Moraes, supra, n. 2. Confira-se o Cod. do Process. Civ. dos francezes, art. 590.

Nota: Quando por divida se possa ou não penhorar um predio de dobrado ou tresdobrado valor, depende das distincções que se exporão a § 351.

§ 111

Amplia Moraes (2.º) no n. 3, que póde penhorar-se por dividas do usufructuario, não o usufructo formal, mas a commodidade do usufructo; amplia (3.º) no n. 4, que podem penhorar-se os redditos annuos de qualquer predio, dizendo, que a arrematação d'elles se metamorphoseia em arrendamento com solução da pensão antecipada, e que não ha usura, aindaque se arrematem em hasta por preço moderado, attento o dubio evento, incerteza dos fructos, trabalhos e riscos d'elles, etc., ex Phæb., Dec. 7 et 201; mas eu creio que não haverá crédor tão fatuo, que tendo o devedor bens livres, e logo subhastaveis, haja de querer penhorar redditos, menos que, ou não sejam de morgados, fidei-commissos e prazos (de que logo tratarei), de que só enquanto vivem os possuidores se podem penhorar os redditos, ex eodem Moraes, n. 1, in fin., ou a menos que se trate de um predio que exceda o dobro da divida, caso em que só os redditos annuos se podem executar pela determinação da L. de 20 de julho de 1774, § 24, e se se não verificam as declarações d'este § 24, segundo os alvarás de 6 de julho de 1807, § 3, e de 21 de janeiro de 1809, § 3.

§ 112

Eu, apesar de ser uma limitação da regra, que o *Jus adeundi*, porque não está *in bonis debitoris*, se não pôde penhorar pelos crédores, Moraes, L. 6, C. 8, n. 71, nem entra em confiscação, porque não só não está *in bonis*, mas pôde renunciar-se e repudiar-se pelos devedores e criminosos em fraude dos crédores e do real fisco, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 25, a n. 9, et C. 33, a n. 36. Latissime Olea, *de Cess. Jur.*, T. 2, Q. 3, tot. Eu digo, converto esta limitação em ampliação da regra geral, para se poder penhorar pelos crédores esse *jus adeundi* competente ao devedor, por mais que elle o renuncie em prejuizo d'elles.

§ 113

Poisque: se se trata de legado deixado ao devedor, o dominio d'elle logo ipso jure se lhe adquiriu desde a morte do defunto, Bagn., C. 17; se se trata de herança, fideicommisso, ou qualquer outra successão, supposto que os jurisconsultos romanos philosophavam, que o devedor só fraudava seus crédores, quando alienava bens seus e já adquiridos, e não quando *abandonava* a offerecida occasião de adquirir, ex L. 6, ff. *Quæ in fraud. Credit.*; contudo esse direito romano, como irracional, está reprovado pela antiga legislação franceza no art. 38 da Ordenação de agosto de 1747, que commentou Furgol., Tom. 7, pag. 198, legislação renovada no Cod. Civil, artigo 788, está reprovado pelo Cod. de Sardenha, L. 6, T. 10, § 12, pelo Cod. Freder., P. 2, L. 3 e 4, e pelo uso moderno das nações, Groenneweg. *de Leg. abrogat.*, ad d. L. 6, ff. *Quæ in fraud. Credit.* Brunneman., ibidem, Schilter, *Prax. Jur. Roman.*, Exerc. 46, a § 53, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 8, § 3, assentando-se hoje constantemente, que os crédores podem penhorar esse *jus* deferido a seu devedor, por mais que elle de si o abdique e renuncie, bem como entra na confiscação dos bens, etc.

Amplia-se a generalidade da mesma regra aos embargos e penhoras feitas nas tenças e assentamentos, e outros desembargos de pessoas, que a outrem fossem vedores, e obrigados em algumas dividas, Regim. da fazenda, C. 211, Alvar. de 17 de agosto de 1768; e ainda que o dito regimento exigia varios requisitos, comtudo o dito alvará declarou, ut ibi: «Hei por bem ampliar a disposição do dito C. 211, das Ordenações da fazenda, e me praz que todos e qualquer ministro ou outro juiz tenham auctoridade para que d'aqui em diante possam directamente passar as ditas cartas e precatorios, assim para o inspector geral do meu real erario, como para os vedores da minha real fazenda: e mando a estes, que d'aqui em diante façam e mandem fazer os ditos embargos ou penhoras nos assentamentos, tenças e em quaesquer desembargos das pessoas, para que qualquer dos ditos juizes possa passar as ditas cartas e precatorios para se poderem fazer; tendo porém as partes sentença da divida, e não se fazendo em maior quantia que aquella que for a somma da divida. E os embargos que n'esta maneira se embargarem se não darão ás partes, salvo por outra carta, ou precatorios dos ditos juizes na mesma conformidade, que com recado, ou *certidão dos ditos corregedores da côrte* é disposto no mesmo capitulo das ordenações da fazenda.» . . .

• Sobre a accepção d'esta palavra *desembargo*, vejam-se a Orden., L. 4, T. 14, L. 2, T. 39, § 3, Pereir., no Elucidar. n. 1990, Arouc., na L. 31, n. 17, e na L. 32, § 1, n. 8, ff. de Legib., e ao proposito Maced., Decis. 94.

•• O que dispõe o dito C. 211 é assim: «Os taes embargos se façam e *possam fazer* em a dita nossa fazenda pelas provisões e cartas, que sobre isso para os nossos vedores da fazenda *os nossos corregedores da corte passarem*, os quaes queremos e nos praz que tenham para isso logar e auctoridade, e mandámos aos ditos vedores, que d'ahi em diante façam, e mandem fazer assi os ditos embargos nos assentamentos, tenças e quaesquer desembargos das pessoas para os ditos nossos corregedores da côrte passarem as taes pro-

visões, e recados para se poderem fazer; e os *desembargos* que *n'esta maneira se embargarem*, se não darão às partes, salvo com recado e certidão dos ditos corregedores.» De fórma que foi conciliada a ordenação da fazenda do dito alvará; antes d'este era necessaria para se fazer o embargo ou penhora uma provisão e carta dos corregedores da côrte, e depois outra tal para a entrega do dinheiro embargado; o dito alvará evitou o primeiro circuito, permittindo que quaesquer ministros possam por precatorias directamente deprecar o embargo no erario, sem o circuito de deprecarem o corregedor da côrte; mas para a entrega do dinheiro embargado fez observavel a ordenação da fazenda para deverem intervir cartas ou precatorios segundos dos ditos, *com recado ou certidão* dos corregedores da côrte; vej. Maced., Dec. 93 e 94.

§ 114

Amplia-se a regra geral (§ 110), ou comprehende os redditos annuos perpetuos, ou remiveis, porque, como se connumeram entre os bens de raiz, Orden., L. 3, T. 47, in pr., Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 1, sub n. 33, * *Reditus*, constituem a segunda especie de bens, e n'elles se pôde fazer penhora em parte proporcionada á divida (proporção que só vae decidir a avaliação), Mor., L. 6, C. 8, n. 11; e aindaque o mesmo Mor., e no n. 16, amplia, aindaque o devedor d'esses redditos annuos negue deve-los ao executado, supponho não haverá credor tão fatuo, que vendo essa negação, queira sacrificar-se a serem-lhe adjudicados, e a uma demanda ordinaria com o devedor dos redditos, que no acto da penhora nega a obrigação, negação que a faz duvidosa, L. fin. Cod. Quib. ad Libertat. proclam., no n. lic. C. 13, Ax. *de Suppl. negl. Prælat.*

§ 115

Amplia Moraes, no n. 15, a generalidade da regra ás servidões, que diz podem penhorar-se (como bens de raiz que são Mor., L. 6, C. 1, n. 33, Orden., L. 3, T. 47, in princ.) nos dois casos, que distingue, e alem dos DD. ci-

tados por Moraes, adde Vin. Select., L. 1, C. 32; eu praticamente faço estas asserções: 1.^a, se o crédor exequente precisa para si e para predio seu de alguma servidão por predio de seu devedor, póde fazer penhora no terreno necessario para a sua constituição (assim como poderia demanda-lo, que lh'a constituísse *soluta justo pretio*, Silv., ad Ordin., L. 6, T. 1, in Rubr. art. 6, n. 20, ou o transito das aguas pelo alvará de novembro de 1804, §§ 11, 12 e 13), avaliando-se depois na fórmula que expuz em uma dissertação analytica do dito alvará; 2.^a, se o crédor exequente tem algum predio sujeito a dar servidão a outro do seu devedor, e este não tem, nem póde ter outra, eu (*quidquid involvant citat. DD.*) assento, que o crédor não póde penhorar essa servidão n'elle passiva, e activa de seu devedor, para libertar o proprio predio, porque aliás ficaria o do devedor sem servidão, inculto contra a utilidade publica, e o mesmo devedor teria acção contra o crédor para outra vez lhe vender a mesma servidão, ex Silv. supra, não podendo ter outra, aindaque mais remota e longa, como bem declara Corradin., *de Jur. Prælation.*, C. 48, a n. 42; e que circuito mais digno de se *occurrer*? 3.^a, o mesmo digo, se o crédor estava condemnado assignar ao devedor alguma necessaria servidão, porque (*quidquid dicat Moraes*) não póde o crédor penhorar essa acção exoquenda que contra elle tinha o devedor, pois se a penhorasse e arrematasse, teria outra vez o devedor acção contra elle para lhe constituir *soluta pretio*, para não ficar inculto o seu predio, ex DD. supra. E que circuito mais digno de se *occurrer*?

§ 116

Tambem se comprehendem na regra geral os direitos e acções, consistentes em dividas, que outros devem ao devedor executado, e que constituem uma terceira especie de bens, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 8, n 15. Se o devedor, tendo aliás outros bens, os nomeia á pe-

nhora, não é o crédor obrigado a aceitar esta nomeação, ex Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 7, n. 15, menos que o devedor do devedor no acto da penhora não confesse a divida, se constitua depositario d'ella, e se sujeite á execução pela mesma sentença, e como depositario judicial, Silv., supra, n. 16, et § 8, a n. 17, n. 95; se o crédor, tendo o devedor outros bens, lhe quer penhorar alguns direitos e acções, eu duvido muito que o possa fazer, reunindo o devedor, porque a ordem estabelecida no direito romano, de quo Silv., d. § 17, n. 94, e na L. de 20 de junho de 1774, § 22, C. 33, é tambem em favor dos devedores, como bem declarou o alvará de 25 de agosto de 1774, no proemio. E se o devedor não renuncia este favor, não póde o crédor abusar, nomeando direitos e acções, reunindo o devedor, que tem outros bens livres e desembaraçados. Conf. Moraes, L. 6, C. 8, n. 16; tendo o devedor muitas acções, tem o crédor a eleição de penhorar d'ellas as mais exigiveis, Stryk., Vol. 1, Disp. 9, C. 3, n. 35 e 36.

§ 117

Nota: Faltando outros bens, podem penhorar-se e arrematar-se os nomes dos devedores, aindaque estes os neguem na fórmula da antiga praxe, que dizia Mor., n. 17, ou na fórmula que permite a d. L. de 20 de junho *real por real*, ut § 17 e 29, praxe de que já tratava Gom., no Man. Prat., P. 1, C. 40, sobre o que direi adiante a § 237.

§ 118

Tambem em falta de outros bens podem os crédores penhorar e arrematar outros direitos e acções, que possam competir a seu devedor. Como (1.º) o direito e acção que elle tenha de remir alguns bens vendidos por elle com o pacto de *retrovendendo*, poisque este direito de remir é cessivel, vendivel e transmissivel, Salgad., in *Labyr. Credit.*, P. 4, C. 1, n. 34 et 35; e em tudo o que

é vendível e cessível, se póde fazer penhora (§ 110). Como (2.º) na acção de lesão competente ao devedor contra terceiro, Salgad., supra, C. 1, n. 32, et § 2, tot. Como (3.º) e direito e acção competente ao devedor para annullar no excesso a doação que elle tenha feito a algum donatario sem insinuação, Salgad., d. C. 1, n. 31, não assim o direito de a revogar pela causa da ingrati-dão que não é cessível, ex Stryk., de *Act. non Cessibilib.* C. 6, § 7 (o modo de se avaliarem estas acções se verá no competente lugar); os mais direitos inherentes aos ossos do devedor, e que não são por elle cessiveis (de quib. Stryk., d. Diss.) não podem penhorar-se pelos crédores, Puttman. *Adversar. Jur.*, L. 1, C. 13, pag. 213.

§ 119

Se o devedor tem em commun alguns bens com outro consocio, póde penhorar-se e arrematar-se a sua parte *quantitativa* assim em commun; e o outro consocio não póde impedir a execução, porque se penhora e arremata só o direito do devedor e a parte d'elle, e o adjudicatario ou arrematante ficam na mesma communhão emquanto não ha partilha, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 68. O aresto e tenções apud Peg. Tom. 1, For., C. 5, a pag. 362 e 363, só póde entender-se quando o crédor faz penhora no todo, comprehensivo da parte do consocio, e só então este poderá embargar como terceiro, quanto á sua quota parte, bem que o Cod. Civ. dos francezes, L. 3, T. 19, C. 1, art. (mibi) 2198, diz que «A parte indivisa de um coherdeiro nos immoveis de uma successão não póde ser mettida em venda por seus crédores pessoaes *antes da partilha, ou a licitação, que elles podem provocar se elles o julgam conveniente*», etc. Isto seria o melhor anticipar-se, para evitar aquelle aresto na sua generalidade. Veja-se o aresto apud Peg. 1, For. C. 5, a n. 180, pag. 470.

§ 120

O direito e acção competente ao devedor para pedir remuneração de serviços, que de preterito tenha feito á corôa, e que sejam remuneraveis, pôde penhorar-se, porque são cessiveis e alienaveis, Mor., L. 6, C. 8, sub n. 25, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 189. A este sentido se deve reduzir a doutrina de Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 23, n. 59, citando a Mendez; comtantoque não estejam proscriptos por trinta annos, conforme o decreto de 13 de agosto de 1706, apud. França, *ad Mend.*, Tom. 2, pag. 434, e seja dos remuneraveis, que restringiu o decreto de 13 de agosto de 1706, que se justifiquem com as certidões que faz precisas a L. de 24 de julho de 1609 e a L. de 22 de agosto de 1623, na Orden., L. 2, T. 42, Coll. 1. Vejam-se porém as minhas notas a Mell., L. 2, T. 2, § 8, aonde duvido muito.

Nota: Por mais que Guerreir., For., Q. 20, a n. 25, demonstrou que são remuneraveis pela corôa uns serviços taes como os meus na composição de tantas obras juridicas, só com firmeza espero de Deus a remuneração, porque as minhas fadigas e intenções em idade decrepita só e mais principalmente têm fixo o alvo na instrucção dos principiantes, e para honra e gloria de Deus, e recta administração da justiça; se porém mereço algum premio temporal, não o renuncio.

Limitações da regra geral

§ 121

Primeira: Estabeleço e declaro (diz a L. de 21 de outubro de 1763, § 13) que por dividas civeis se não possam penhorar nem executar aos ditos officiaes de guerra, e soldados os bens que não estão, nem deveriam nunca estar no commercio, por serem indispensavelmente necesarios para o meu real serviço e defeza do reino, como são os moveis, que se fazem precisos para os sobreditos

officiaes de guerra e soldados me servirem nos quartéis e na campanha, segundo as differentes gradações de cada um d'elles, como são cavallos, sellas, jaezes e arreios, as armas offensivas e defensivas, os soldos destinados aos quotidianos alimentos dos mesmos officiaes e soldados, dos quaes soldos ordeno que se não façam penhoras, não só pelo que toca ao total d'elles, mas nem ainda em parte por minima que seja, e por me constar que n'esta materia se tem praticado o contrario, com muito perniciosas consequencias contra o meu real serviço, contra a disciplina das tropas e contra a utilidade publica; determino que, debaixo da pena de suspensão aos thesoureiros geraes, ou seus commissarios pagadores, não obstante quaesquer penhoras, ou execuções que se hajam feito, ou intentarem contra os sobreditos officiaes e soldados, lhes entreguem os seus soldos por inteiro sem desconto algum.»

Nota: A vista d'esta lei tão geral não devem ter uso hoje as declarações, que a este respeito escreveram, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 21 e 43, Silv., á Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 18 et 36, Carlev., *de Judic.*, T. 3, Disp. 18; nem já *in subsidium aliis bonis non existentibus*; nem já os soldos atrazados e vencidos, como limitavam estes DD.; nem já o decreto do senhor D. João V, de 11 de outubro de 1740, transcripto por França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 132, que permittia penhorar a terça parte dos soldos; nem já os arestos, que transcreveu França a n. 135; tudo hoje cessa á vista da generalidade do dito alvará, bem reflectido elle.

§ 122

Segunda: o alvará de 17 de janeiro de 1766, conformando-se com outras precedentes legislações, e suscitando a sua observancia, determina, ut ibi: «mando, que d'aqui em diante todos e quaesquer juizes de execuções, que taes penhoras ou arrematações ordenarem nos ditos *officios de justiça, e fazenda, ou nos seus rendimentos*, alem da nulidade d'ellas fiquem pelo mesmo feito elles, e os escrivães que taes autos processarem, privados dos seus officios, etc.»

Só sim este alvará se declarou pelo de 10 de março de 1778, permittindo as execuções nos officios, ordenados e rendimentos d'elles, quando fossem hypothecados com faculdade regia; parece que estas legislações (§§ 121 e 122) têm a rasão que ponderou Puttman., *Advers. Jur.*, L. 1, pag. 214. A resolução de 9 de junho de 1780 (Ind. Chronol.) permittiui penhorar-se para alimentos um officio da fazenda, facultando-se ao conselho d'ella consultar esse caso.

Nota: Á vista d'esta legislação (§ 122), tão clara e tão geral, fica hoje tambem sem uso o que a este respeito escreveram, distinguiram e referiram Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 36, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, § 23, n. 96 e 97; antes d'esta legislação moderna, quando o rei dispensava a antiga para se fazer execução nos rendimentos do officio, se limitava só á terça parte d'elles, e só subsidiariamente em falta de outros bens do devedor, como se vê em Franç. *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 195 e 196; dispensa que se concedia na fórma do decreto de 26 de junho de 1689, transcripto no Repertor. debaixo da conclusão *Execução se não faz nos cavallos, etc.* Se pois hoje se hypothecarem com auctoridade regia, e implicita dispensa da legislação antiga, parece que só se devem penhorar os emolumentos e rendimentos dos officios, quanto á terça parte e em falta de outros bens do official, interpretando-se o omisso e menos claro no alvará de 1778 pela legislação e praxe antecedente, e ainda para se não faltar totalmente a rasão da prohibição da penhora n'estes emolumentos, qual é: «*Ne interceptis futuris præmiis, industria ejus, qui nihil inde ad se, suosque pervenire sciret, languescat, tandemque penitus remittetur*». Vid. Puttman., supra: não admitto o que *ex proprio Marte* escreve Sousa nas *Primeiras linhas sobre o processo civil*, na nota 800, porque essa renda mesma é alimento do official impossibilitado a servir o seu officio.

§ 123

Terceira: Não se póde fazer execução nas tenças das obras pias, carta regia de 6 de abril de 1623 (Ind. Chronol. Tom 1, pag. 70); nem nas esmolos que El-Rei manda pagar nas obras pias, alvará de 12 de dæzembro de 1623.

Vej. a Col. 1, á Orden., L. 3, T. 86, § 23, n. 1 e 3, Maced., Dec. 91; Vide o alvará de 24 de julho de 1773.

§ 124

Quarta: Por dividas dos concelhos não se póde penhorar a propriedade dos bens proprios d'elles, mas só os rendimentos, Orden., L. 1, T. 66, Coll. 2, n. 5; e nem ainda quando os rendimentos estão consignados para dividas, Orden., supra (são os decretos de 20 de maio e 11 de junho de 1734, no Ind. Chronol., Tom. 1, pag. 322); e menos nos bens e pastos publicos, Peg., 1, For., C. 5, n. 246.

Nota: Aqui tenho eu rasão de declamar á justiça de Deus contra os escrivães perante os juizes ordinarios, contra os mais prepotentes das correições e provedorias, e contra as suas extorsões, as mais iniquas que tenho visto, e é o caso (bem que peste grassante e notoria em todo o reino); ha conselhos pobrissimos sem bens proprios (de quibus Valer. *de Transact.*, T. 4, Q. 3), que lhe produzam rendimentos certos; os que fazem, são de algumas condemnações ou coimas, os vereadores ahi são rusticos e pobres, de cuja miseria abusam aquelles officiaes prepotentes, em falta de rendimentos dos concelhos para as despesas ordinarias d'elles, recáe a obrigação d'estas, não sobre os vereadores, mas sobre os povos, como é bem claro o Regim. da Camar. de Lisboa datado em 1671, § 18, transcripto em Peg., Tom. 5, á Orden., pag. 505 (e que no Proem., diz ser o modelo das mais camaras e vereações do reino); os vereadores não são portanto obrigados a dividas ou despesas algumas dos conselhos por seus bens, o seu officio laborioso não lhe deve ser mais oneroso e damnoso, *ex regula* de qua Barbos, et Tab. L. 13, C. 20, Ax. 46; e assim não podem, como particulares, ser executados pelas despesas e dividas dos concelhos, e se n'elles não ha rendimentos, se deve recorrer a collecta publica, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 69, Cancer., 2, Var., C. 6, n. 171; ainda mesmo a demanda contra o concelho sobre divida passa para os successorês no officio, quanto á instancia, ficando os antecessores exonerados de a proseguirem, Peg., 4, For., C. 70, a n. 11, 13 e 14; e sendo isto certo, que é o que com horror estamos vendo? Os escrivães, maxime das correições

e provedorias, prendendo, executando e vexando *usque ad saccum et peram* os pobres e miseraveis vereadores para que lhes paguem as despezas das ordens continuas que lhes remmettem, e por seus bens, aindaque não haja rendimentos nos concelhos, e nem lhe dando logar a requererem fintas; oh injustiça!

§ 125

Quinta: O alvará de 22 de junho de 1786, que prohibindo á misericordia de Lisboa dar dinheiros a juro, sem as seguranças e consignações ahi declaradas, e sem a efectiva immissão na posse dos rendimentos dos bens consignados para satisfação dos juros e capital no espaço de doze annos; o mesmo alvará, no § 4, manda que a misericordia fique na posse até ser inteiramente paga, *sem que no entretanto se possa fazer n'elles penhora, embargo, ou execução alguma, qualquer que ella seja, nem ainda por dividas fiscaes*; bem entendido, que tendo precedido á consignação, ás diligencias e editaes publicos, que faz precisos o mesmo alvará; a sua providencia foi ampliada pelo alvará de 21 de janeiro de 1772 (no que for applicavel) nas seguranças com que se deve dar o dinheiro a juros pelas provedorias dos residuos, capellas e juizos dos orphãos de Lisboa.

§ 126

Sexta: A Orden., L. 3, T. 86, § 23, é bem clara a prohibir a penhora pelas dividas de fidalgos, cavalleiros e desembargadores nos seus cavallos, armas, livros, vestidos de seus corpos e de suas mulheres fidalgas, camas, etc., *ainda quando outros bens não tenham*; limitando as condemnações por maleficios, pelas quaes se podem penhorar n'esses bens: porém todo o d. § 23, é susceptivel d'estas reflexões e declarações: 1.^a, que se deve entender discretivamente emquanto no involucro comprehendeu *fidalgos, cavalleiros e desembargadores, cavallos, armas e livros*.

etc. Ita ut quanto aos livros, deve ser relativa aos desembargadores, Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 8, sub n. 38.

Nota: Por identidade de razão d'esta Orden., na excepção que fez dos livros dos desembargadores para se não poderem penhorar, *ainda quando outros bens não tenham*, se podem comprehender os livros e vestidos de todos os magistrados inferiores, ex Silv., ad eand. Ordin., n. 14, Moraes, supra, n. 44, in fin. ; podem comprehender-se os livros e vestidos dos doutores, dos advogados, dos estudantes, dos medicos (e ainda as mulas d'estes), Silv., a n. 11 et 17, Mor., n. 44; e aindaque houve duvida se as palavras da dita ordenação, *aindaque outros bens não tenham*, só se devem adoptar aos desembargadores de que fallou, e não a estes a que o favor d'aquelles se amplia, comtudo o mesmo Moraes com Egidio assenta, que esse favor é ampliavel tambem aos sobreditos, *aindaque outros bens não tenham*.

§ 127

(2.ª) Quando a mesma Orden., nas palavras *fdalgos, cavalleiros*, comprehendeu toda a especie d'elles, os matriculados e não matriculados, quaes os de solar, os de cota de armas; os cavalleiros simples e rasos, os das ordens militares, etc., Mor., n. 42; porém adverte Mor., n. 40: «*Prædictas personas non esse privilegiatas in aliquo ultra arma, equos, libros, et thalamum, quæ exprimuntur in d. Ordin., juris enim privilegium non inducimus, nisi lex inducat; Qua ratione in servis, ancillis, et domibus ad usum necessariis executio fiet, cum in lege regia expressum non inveniatur, licet aliud sit de jure communi: Item et in tapetibus, aulaeis Imaginibus, cathedris, tripodibus, vasis fictilibus, et reliquis domus supellectibus continui usus, cum similiter in lege non exprimantur: Solum erit in his privilegium, quod cum ob quotidianum usum ex mente Partium in hypothecas, et obligationes non veniant; in subsidium tantum, et defectum aliorum bonorum, executio in eis fiet. . . non errabit Executor, si istis omissis, ad immobilia deveniat. . . Sic denique in Carribus, Car-*

rucis, et quadrigis executio fieri valet.» Conf. Silv., ad eand Orden., a n. 7, aonde amplia: «Et sic in lecto reperto absque stragulis in quibus dormire solent, executionem fieri, jussit Senatus noster, quia non erat ad usum cujusdam Equitis, Phæb., Mend., Barbos.» Conf. ad omnia França ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 126.

§ 128

(3.^a) Que como a mesma Orden. se limita, e nos mais cavallos, vestidos e cousas sobreditas, que lhe não forem necessarias, se lhe fará execução quando não tiverem outros bens moveis ou de raiz. É consequente que: «Si duplicata, et ultra necessitatem politicam congesta inveniantur, executio fieri valet. . . Qua ratione in lecto vacuo invento, quo condemnatus, quamvis privilegiatus, non utitur, recte executio fiet. . . Fiet etiam in equis si multiplicati in stabulis, inveniantur, nisi ejusmodi sit qualitas persona, cujus filium, et famulos dedeceat pedites incedere,» Mor., n. 42, * Secundus, França, supra, a n. 129.

§ 129

Setima: «E bem assim (diz a Orden., L. 3, T. 86, § 24), não se fará penhora, nem execução, por quaesquer dividas, postoque sejam nossas, nos cavallos e armas dos que continuamente costumam ter armas, e cavallos d'estado para nosso serviço. . . nem nas armas de quaesquer pessoas, que as tiverem por obrigação, nem de outros, que as tenham para nosso serviço. . . mostrando as pessoas contendas n'este paragrapho outros seus bens moveis, ou de raiz desembargados, em que se possa fazer penhora e execução. Porém se os sobreditos tiverem algumas armas em poder de pregoeiros, armeiros, adellas, ou em algum logar para vender, poder-se-ha fazer n'ellas execução, como nas outras cousas.» A differença entre esta Orden., e o § precedente se veja em Mor., sub n. 43.

§ 130

Acrescenta o mesmo § 24, que se não fará «*Nos bois de arado*, que tiverem os lavradores, e lhes forem necesarios para lavrarem as terras, e herdades, nem nas sementes, que tiverem e lhes forem necessarias para semear. . . mostrando as pessoas contendas n'este paragrapho outros seus bens moveis, ou de raiz desembargados, em que se possa fazer penhora.» Amplia-se esta Orden., por identidade de razão aos carros, instrumentos e mais aparelhos ou utensis necesarios para o mesmo fim, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 33, § 17, Cod. Civ. dos Francez. sob. o Proced. Civ., art. 292 e 594, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 46, Silv., ad Ordin., d. § 24, a n. 2; amplia-se ao penhor convencional; amplia-se aos lavradores, que trabalham por creados e substituidos; amplia-se ao colono, que cultiva terras com bois dos senhorios d'ellas, Silv., a n. 6; limita-se porém: 1.º, nos mezes em que não ha lavoura, nem colheita de fructos; 2.º, em falta de outros bens; 3.º, se esses animaes são velhos e inuteis; 4.º, quando muitos e superfluos, etc., Silv., supra, a n. 10. Conf. Repertor., debaixo da conclusão, *bois de arado*, etc.

Nota: O Cod. Civ. do Process. Judicial. dos francezes, foi benigno deixando ao executado as farinhas e viveres necesarios para o alimento d'elle e de sua familia dentro de um mez, uma vacca, ou tres ovelhas, ou duas cabras á eleição do executado, com as palhas, forragens e grãos necesarios para a cama e nutritura d'estes animaes durante um mez.

§ 131

Oitava: Não podem penhorar-se os alimentos futuros competentes ao condemnado, mas podem penhorar-se-lhe: 1.º, os já vencidos do preterito; 2.º, os que são devidos por contrato ou testamento, e assim por disposição do homem, porque estão *in bonis condemnati*; 3.º, quando se penhora não o direito de demandar os alimentos, mas só

a sua commodidade, durante a vida do alimentario, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 23 a n. 92 ad 94, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 23; 4.º, quando o executado não tem outros bens. Silv., n. 95.

§ 132

Nona: Não se podem penhorar por dividas do beneficiado os fructos do seu beneficio, que apenas são sufficientes para a sua sustentação, *aliter* nos superfluos, Mor., n. 22; assim se devem entender as doutrinas de Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 23, n. 55; mas fazendo-se n'este caso a penhora pelo juizo secular nos casos da Orden., L. 2, T. 7, se deve fazer ad *requisitionem Judicis Ecclesiastici*, Peg., ad eand. Orden., pag. 415, n. 27, Pereir., *de Man. Reg.*, C. 51.

§ 133

Decima: Quanto aos bens do patrimonio do clerigo, e a cujo titulo elle se ordenou: «Hujusmodi Patrimonium (diz Angel., *de Confess.*, Tom. 2, Q. 79, n. 8) fructus, et redditus ipsius necessarii ad Clerici sustentationem, a Creditoribus capi non poterunt in executionem, sed tantummodo quidquid superest, deductis necessariis ad victum annum ab Ordinario taxandum. Bene verum est, quod poterit Clerici Creditor accipere in solutum, aut vendere jus sibi competens ad hujusmodi Patrimonium post mortem Clerici, et non alias, ut per extensum refert ita fuisse declaratum a Sacra Concilii Tridentini Congregatione, Pignatell. Cons., Canon., 63, Tom. 1, § 2, et Tom. 4, Cons. 141, per tot. Ric. in *Prax. Eccles. For.*, Tom. 4, Tit. *Praxis bonorum patrimonialium*, Resol. 89, per tot.»

Benedict. XIV. *Inst. Eccles.*, 26, n. 30, decidui (quando arcebispo de Bolonha) ut ibi:

«Quoniam vero sponsiones nimis libere fiunt, quæ Patrimonii bonis innituntur, noverint omnes, si forte pro sponsione pecunia solvenda sit, in illa bona jus tantum

exerceri posse, quæ post honestam sustentationem Ordinato supersunt. . . Sacra Congregatio Concilii censuit, neque in ejusmodi patrimonium, neque in ejus fructibus ad Clericum alendum necessariis executioni locum esse posse. Licere autem capere in causam judicati eam fructuum partem, quæ quotannis superesset ultra eam, quæ ad Ordinati sustentationem, non laute, sed tenuiter vivendo, Judicis Ecclesiastici arbitrato fuerit necessaria. Posse autem ipsum creditorem accipere in solutum, atque vendere jus sibi competens ad hujusmodi Patrimonium, quod post mortem ipsius Promoti ad Creditorem, uti res hæreditaria pertinebit.»

§ 134

O nosso Peg., no Tom. 8, á Orden., L. 2, T. 7, in princ., a n. 8, propoz esta questão, e aindaque recorreu a fundamentos bem frívolos refere julgado no n. 14, que nos bens do patrimonio se não podia fazer execução; porém, á vista do exposto, ou este aresto se ha de reputar errado, ou se ha de entender, que se não póde penhorar e arrematar o patrimonio, quanto á propriedade e usufructo, vivendo o clérigo, mas podem-se penhorar os redditos superabundantes da sua parca sustentação, e a propriedade para depois da morte do clérigo; esta distincção é a que se deve seguir: por este modo se deve entender, o que em pouco *ex proprio Marte*, e confusamente escreveu Sousa, nas primeiras linhas., Not. 802.

§ 135

Undecima: «In tegulis, columnis, marmoribus, et cæteris, quæ ædibus juncta sunt, executi offeri nequit, cum hæc væniri distrahi, et legari vetet Senatus Consultum, ne civitas ruinis deformatur; etiamsi alia bona debitoris non suppetant.» Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 8, n. 35, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 17. Confirma-se Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 39, tot.

Quando, e em que caso se possam penhorar as imagens? Vide o alvará de 22 de fevereiro de 1779, aonde que só na falta total de bens e quando ellas sejam de grande valor, mas não arrematar-se em praça.

§ 136

Duodecima: Quid no uso, ou de algum capella, ou de sepultura? Aindaque alguns DD. quizeram que n'elle se não póde fazer penhora e arrematação, prevalece a affirmativa, que com muitos reinicolas sustentam Mor., L. 6, C. 8, n. 9, e Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 23, n. 86, e com os DD. das mais nações Altimar., nas observações a Rovit., L. 2, Obs. 75, *ubi non plus ultra*. No direito do padroado, considerado por si só, tambem não se póde fazer penhora, porque se não póde vender, mas quando é annexo a alguns bens, penhorados estes fica accessoriamente penhorado o padroado, e vendido o predio, a que é annexo, passa com elle, Mor.. supra, n. 18. Conf. Bagn. Quaresm., C. 49, tot.

§ 137

Decima terceira: Assim como ao que faz cessão de bens se lhe deixam os vestidos do corpo, que não sejam de grande valia, Orden., L. 4, T. 74, § 6; da mesma fórma se não póde fazer n'elles penhora, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 7, n. 37, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 16, Cod. do Proc. Civ. dos francezes, art. 592, aonde, que tambem se lhe deve deixar cama necessaria para elle e seus filhos.

§ 138

Decima quarta: Não se podem penhorar as ferramentas dos artifices necessarias para o exercicio dos seus officios. Mor., supra, sub n. 24, Cod. de Sardenha, supra, § 17, dos francezes, art. 592, n. 6; bem como se deixam ao que faz cessão de bens, como com Guerreir. e Farinac., Lim.,

a Orden., L. 4, T. 74, § n. 6, Altim., de Nullit., Tom. 7, Q. 47, n. 901, Castilh., L. 8, Controv., C. 37, § 4, n. 1, e assim se deve suppor *etiam deficientibus aliis bonis*.

§ 139

Decima quinta: Supposto seja controverso, se o salario do artifice ou obreiro se póde penhorar, commummente se assenta, que o que possa merecer de futuro não póde penhorar-se, para que não succeda desanimar-se e abstrahir-se de trabalhar, Zacch., de Salar., Q. 108, a n. 1 et 10; quanto ao merecido de preterito distinguui Zacch., a n. 25, que se o official é muito pobre que não tem aliunde de que viva, não; se rico, sim; se o salario é pingue, então parte d'elle; a este sentido se deve reduzir o que escreveu Mor., supra, n. 24, e d'elles Sousa, *Primeiras linhas*, not. 801, aonde só cita o mesmo Moraes. *Sed vide infra*, § 178.

§ 140

Decima sexta: Pela divida ou crime do pae não se póde penhorar o peculio profecticio do filho; nem pelo delicto do filho no usufructo que o pae tem no adventicio d'elle, vide França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 175, aonde faz distincções, conf. Silv., supra, a n. 21; nem nos bens do tutor pela condemnação do menor, menos quanto ás custas, ou se foi indolente em dar informação ao advogado, se tratou em nome do menor demanda notoriamente calumniosa, Silv., n. 25, 26 e 27, Mor., L. 6, C. 7, sub n. 73. Conf. Peg., 1, For., C. 3, sub. n. 705; presumindo-se sempre contra o tutor que decaíu da demanda, Clericat., Discord. Civ., 67, n. 8, Mend., Cons. 165, n. 60.

Quanto á penhora em bens de morgado

Decima setima: Quando os bens do morgado se podem penhorar por dividas do instituidor ou do adminis-

trador, ou transcendentales aos successores, veja-se o meu *Tratado de morgados*, C. 17.

Quanto á penhora em bens de praso

Decima oitava: Quando se possam penhorar por dividas dos emphyteutas, veja-se o meu *Tratado do direito emphyteutico.*, a § 970.

Decima nona: Quanto ás dividas dos conjuges que casam por carta de ametade contrahidas antes do matrimonio, ou constancia d'elle, em que bens se póde fazer penhora para seu pagamento.

§ 141

«Declarámos (diz a Orden., L. 4, T. 95, § 4), postoque os bens sejam communicados entre marido e mulher, tanto que casam simplesmente, ou por carta de ametade, se ao tempo que casavam cada um d'elles tinha dividas, que devesse a crédores, não será obrigado o outro ás ditas dividas *em tempo algum*, nem se fará execução nos bens que trazer, *em parte nem em todo, enquanto o matrimonio entre elles durar*; sómente se poderá fazer execução durando o matrimonio nos bens, que aquelle que assim era devedor, trouxe consigo, ao tempo que casou, e na sua ametade dos bens, que depois de casados forem adquiridos.»

§ 142

E notavel o muito que sobre a intelligencia d'esta lei discorreram os reinicolas que ultimamente recopilaram Guerreir., Tr., 2, L. 6, C. 4 e 5, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 8, a n. 48, ad 66, Silv., á Orden., L. 3, T. 86 ad 96, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 24, a n. 182 et 193; as conclusões que communmente se deduzem d'esta Orden., são estas: 1.^a, que nenhum dos conjuges *em tempo algum*, constante, ou dissoluto o matrimonio, é obrigado, *nem em parte nem em todo*, ás dividas contrahidas pelo

outro, *antes do matrimonio*; 2.^a, que para pagamento d'estas dividas só se póde fazer execução durante o matrimonio nos bens que o devedor comsigo trouxe para o casal e na sua ametade dos adquiridos constante o matrimonio; 3.^a, e a contrario, que todas as dividas contrahidas na constancia do matrimonio se devem pagar e executar pelos bens communs e communicados; os citados DD. sobre estas conclusões, fazem distincções e subdistincções, justas umas e exoticas outras; omitto a este respeito a pratica das nações em que ha semelhantes matrimonios com comunicação universal de bens, e que póde ver-se em Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 80, Boehmer., Exer. 70, a § 29; limito-me, para intelligencia da nossa lei e uso da pratica, ao exame d'estas principaes questões.

1.^a

Quaes dividas são propriamente contrahidas *antes do matrimonio*?

2.^a

A quaes dividas contrahidas *constante o matrimonio* é obrigada a mulher?

3.^a

A quaes encargos, como entre ambos communs, estão obrigados um e outro conjuge.

4.^a

Por quaes bens se devam constante ou dissoluto o matrimonio, coacta ou voluntariamente, satisfazer as primeiras, e por quaes bens as segundas e terceiras.

Quanto á primeira questão

§ 143

A resolução d'esta questão depende da resolução de muitas duvidas diversas, que podem occorrer, as quaes são:

Primeira: Se as dividas contrahidas depois do matrimonio *rato*, mas antes de consummado, entram na classe das *anteriores ao matrimonio*? Parece que sim; porque a nossa Orden., L. 4, T. 46, só o suppõe consummado pela copula antecedente ou subsequente, e no § de que tratámos parece, que nas palavras *postoque os bens sejam communicados*, suppoz anteriores ao matrimonio todas as contrahidas depois do rato antes da sua consummação; assim Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 70, § 33, Carol., *de Mean. ad Jus Leodiens.*, P. 1, Obs. 51, n. 7.

. Se bastam para este e outros fins a copula antecedente ao matrimonio, ou a impossibilidade do esposo etc., é questão de alta indagação que omitto, remetendo-me a Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 1, a n. 97, ad 103, e alem dos DD. ahi citados, Cal. For., Q. 17, n. 11, Fragos., *de Regim.*, P. 3. L. 2, Disp. 5, § 4, n. 54, Repertor., Tom. 2, pag. 127, Let. (b) edição vicentina; e sobre todos Wesel, *de Connub. bonor. Societ.*, Tract. 1, a n. 32, cum seqq., aonde *non plus ultra*.

§ 144

Pelo contrario está, 1.º, que a sociedade universal tacita entre os conjuges se suppõe contrahida logoque casam por palavras de presente e recebem as benções, segundo a opinião de Lauterbach. Disp., *de aer. alien. in Societ. Conjug. Contr. Solv.*, § 12, n. 7; logo temos uma divida contrahida pelo já socio, e no principio da sociedade; 2.º, a mesma Orden. suppõe n'essa classe as dividas que tinham *ao tempo que casaram*; ora esta palavra é apta a comprehender o matrimonio *rato*, que é matrimonio proprio e sacramento; logo as contrahidas antes da sua consummação, o ficam depois do matrimonio; acresce, 3.º, que a Orden., L. 4, T. 48, só se lembrou do matrimonio *rato*, para depois d'elle antes da consummação prohibir ao marido a alienação dos bens de raiz, ordenação, de que a razão não póde ser outra senão estar já pelo matrimonio *rato* contrahida a universal sociedade dos bens

entre os esposos, e por isso já não permite ao marido alienação prejudicial á principiada sociedade, ainda mesmo antes da communicação dos bens pela mistura dos corpos. Logo parece seguida aqui a opinião que seguiu o citado Lauterbach. Logo se pelo matrimonio *rato* está já pela Orden., L. 4, T. 48 contratada a sociedade universal antes da consummação, já as dividas contrahidas depois do matrimonio *rato*, e depois da sociedade, não estão na classe das contrahidas *antes do matrimonio*.

§ 145

Quid ergo in hac rationum collisione? será facil a conciliação com estas distincções; primeira: «Cum debitum ab altero conjuge ante nuptias contractum ejus est naturæ et qualitatis, quod ipsius utilitas in tempus matrimonii incidat, ut si conjux ante nuptias prædium conduxit, fructus tamen in totum aut pro parte tempore constantis matrimonii percepti; hoc enim casu, cum utilitas, et emolumentum utriusque conjugis sit; ita executio pro eo debito in bonis utriusque conjugis fiet, aut in totum, si in totum contractus emolumentum tempore matrimonii incidit, alias tantum pro parte». Ita Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 54. Conf. Valasc., Cons., 103, n. 15, Pereir., Dec. 86, n. 2.

§ 146

Outra: «Quando debita contracta fuere ante matrimonium ratione ejusdem futuri matrimonii, tunc si utilitas incidit in tempus matrimonii, ex communi acervo bonorum sunt solvenda; quia censura juris dicuntur esse ejusdem matrimonii, et usu, et consumptione uterque sit debitor. . . unde sequitur, quod debitum contractum pro vestibus, cæterisque ornamentis nuptialibus, solvendum sit de communi, si utilitas incidit, in tempus matrimonii; aliter secus est dicendum.» Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 23, 24 e 25; logo, e á *fortiori*, sendo contrahidas em utilidade

do matrimonio as contrahidas depois do *rato* e antes de consummado.

§ 147

Outra: No intervallo entre o matrimonio *rato* e consummado estão os esposos já em estado de socios em sociedade como pratica; a communicação reciproca, quanto aos bens e seus dominios se symbolisa com a communicação dos corpos; estão como em um meio, mas estado indissolúvel, a menos que não seja pelo ingresso e profissão em religião; ou pois um d'elles n'este estado contrahê dividas com má fé em fraude do consocio e da futura communicação, e n'este caso seguiria eu a jurisprudencia de Boehmer. *ad Pand.*, Exerc. 70, a § 29, e de Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 80, pela fraude do esposo; o que mais se confirma, porque, se no matrimonio *rato* prohibe a Orden., L. 4, T. 48, a alienação da raiz ao marido, se subentendem prohibidos todos os meios dolosos e indirectos, de que a alienação virá a ser um consequente necessario, Bagn., C. 67, n. 112; por outra parte o socio não pôde contrahir dividas em fraude do consocio; Michal., *de Fratr.*, P. 2, C. 33, a n. 6; se porém n'esse intervallo as contrahi em beneficio commum futuro, que se verificou n'este caso, eu reputaria esta divida como contrahida na constancia do matrimonio, sem embargo da opinião de Guerreir., supra, n.º 26 e 27, porque só procede no diverso caso de se contrahir alguma divida, v. g, para alguma compra antes do matrimonio sem lucro d'elle, e não no caso de estar já o matrimonio *rato*, já matrimonio, já sociedade tacita universal contrahida, etc.

§ 148

Segunda duvida: Se devendo um dos conjuges antes do matrimonio uma divida que vence juros, e que na constancia d'elle se continuarão a vencer; se estes devem ter a natureza da causa original, como devida antes do matri-

monio; ou se os decursos, constante o matrimonio, se reputam divida n'esse tempo contrahida? Esta questão se vê largamente disputada por Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, a n. 60, aonde defende que a divida do capital e dos juros é uma só, e que tanto o pagamento d'aquella, como o d'estes, attendida a causa original, recáe tudo no conjuge, que era devedor antes do matrimonio; a Portug. seguiu Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, a n. 5; porém contra o voto de Portug. se vê julgado em Peg., Tom. 7, á Orden., L. 1, T. 87, § 4, n. 259 e 260; mas o mesmo Guerreir., depois no Tr. 4, L. 5, C. 10, n. 48, attesta que outra vez vira seguida a opinião de Portug. e abandonado o aresto referido pelo citado Pegas.

N'esta variedade, e apesar das subtilizas romanísticas em que se funda Portug., e dos similes com que argumenta, parecem-me de maior peso as razões do senador transcritas por Pegas, as quaes addiciono: Que se o crédor demandasse o conjuge devedor, e arrematasse bens da parte d'elle, ou os vendesse para pagamento d'essa divida, ficaria em consequencia a mulher privada da ametade dos redditos d'elles. Logo, não se executando nem vendendo, gosando a mulher os fructos, clama toda a razão para que pague ametade dos juros. Supponha-se que o marido consignava para annual pagamento d'elles ao crédor os redditos de um seu predio; não ficaria a mulher privada d'elles? *Quo ergo jure* ha de ficar livre de ametade dos juros d'essa divida, bem que o citado Portug. tratou do caso de ser o matrimonio por contrato sem communicacão de bens, como ahi se nota a n. 60 e 68, e podem no nosso caso dar-se razões diversas que omitto.

§ 149

Terceira duvida: Supponhamos (e não é pouco frequente) que uma divida do marido, ou mulher, que deviam antes do matrimonio, se renova constante o matrimonio, e ambos se obrigam ao seu pagamento; ou constante o matrimonio contrahem uma diversa divida, para com esse dinheiro se remir outra de algum d'elles contrahida antes do matrimonio; se porventura, attendida a causa original,

fica obrigado só o conjuge, que antes do matrimonio a devia; e se só nos bens d'elle, em qualquer d'estes casos se póde fazer execução; ou se se ha de reputar essencialmente como divida contrahida constante o matrimonio? Eis-aqui o que discorre Boehmer., *ad Pand.*, Exercit., 70, § 37, ut ibi:

«Non tantum refero (debita) quæ demum noviter constante connubio facta, sed etiam illa, quæ ante Matrimonium quidem contracta; post initas vero nuptias *novata, vel soluta sunt* ex novo ære alieno tempore connubii contracto. Solet tamen ut plurimum hæc exceptio ab uxori-bus, moto concursu moveri: (aqui copia um aresto na lingua alemã, que não sei traduzir) e conclue, ut ibi: «Palam est uxoris exceptiones magis improbatas, quam probatas fuisse, licet ulteriori discussione adhuc relictæ fuerint. Quamvis enim origo debiti inspicere debeat, certum tamen est, per *novationem* tolli prius debitum, et novum in ejus surrogari locum; adeoque merito debitum pro eo habendum, quod *constante matrimonio* factum est, si *novatio* hoc tempore facta. . . Multo minus uxor declinare potest illud æs alienum, quod noviter constante matrimonio contractum, licet ex eo antiqua debita soluta fuerint, cum nullo modo dici possit, hoc in ejus locum surrogatum fuisse, nisi forsan novus Creditor *immediate* antiquo solverit, et *jura cessa* ab eo acceperit, quo hoc modo prior obligatio in suo statu permaneant, et in alterum tantum per cessionem transferatur.»

§ 150

Esta resolução de Boehmero se comprova com a nossa legislação e praxe; poisque: 1.º, a Orden., L. 4, T. 48, § 3, e T. 97, § fin., permite que a mulher outorgue nos contratos e obrigações do marido, por mais prejudiciaes que sejam á mulher, e uma vez que ella os approve, nada resta de duvida; 2.º, ainda mesmo quando por dividas do marido, anteriores ao matrimonio, se faz constante elle execução em bens provenientes da mulher, e ella ainda só

tacitamente consente, não se oppondo, subsiste a execução, apesar da nossa Orden., L. 4, T. 95, § 4, nos bens d'ella; Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 55, Pereir., Dec. 86, n. 6; logo à *fortiori* fica a mulher obrigada á divida, que constante o matrimonio se renovou ou contrahiu, consentindo ella, para pagamento de outra, sem que aqui entre o favor do *Valleiano*; 2.º, é aqui bem applicavel o aresto transcripto por Peg., Tom. 4, For., C. 48 a 55, com as tenções tambem ahi transcriptas.

§ 151

Quarta duvida: Se a divida condicional anterior ao matrimonio, cuja condição se verificou já na constancia d'elle, se deve reputar contrahida antes, ou depois do matrimonio? Eis-aqui o que decide o citado Boehmer., § 38, ut ibi.

«Aliud dicendum videtur de debitis ante conjugium contractis *in diem*, vel *sub conditione*, quorum *dies* demum durante conjugio venit, vel conditio extitit. Dies enim obligationem non suspendit, sed *statim sedit*, et tempus solvendi tantum differtur; adeoque debitum *tempore conjugii jam natum erat*, § 2, Instit., *de-Verb. Oblig.* Conditio vero existens retrahitur ad tempus promissionis, L. 11, § 2. Qui pot. in pign. hab., L. 16, ff. *de Solut.*, L. 78, de V. O; ac ea propter credendum est, ab initio jam debitum extitisse, et revera jure contractam fuisse; Solet tamen excipi talis conditio, quæ a libero debitoris arbitrio dependet, ut si maritus pretium ante Matrimonium promisserit, *si intra tres menses eidem placuerit res emptæ*, et interim, contracto conjugio, emptio approbata fuerit; quia tunc demum revera sese obligare voluit, quo approbat præcedentem contractum; quem pro lubitu imprabore poterat.»

§ 152

Quinta duvida: se um dos conjuges antes do matrimonio commetteu um crime, e na constancia d'elle é conde-

mnado, *quid juris?* Respondo que, se attende aqui a origem da divida contrahida antes do matrimonio, quando o marido ou mulher tem antes d'elle commettido um crime (que é propriamente divida á republica e á parte lesa, Boehmer., d. Exerc. 70, sub § 35), e depois o conjugue que o havia commettido, é condemnado constante o matrimonio, e a condemnação se vae executar, poisque a condemnação se retrotrahe ao dia do delicto (anterior ao matrimonio), Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 9, n. 80 e 82, junto o n. 78. Portanto justamente, diz o mesmo Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 8 e 9, que a nossa Orden., L. 4, T. 95, § 4, procede: «Quoad debita contracta ante Matrimonium *provenientia ex delicto*, quæ quidem ex bonis Delinquentis solvenda sunt, adeo ut executio fieri non possit in bonis alterius conjugis», etc. Conf. Moraes, L. 6, C. 8, n. 50, Cabed., Part. 1, art. 20.

§ 153

Sexta duvida: Esta é a que decide Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 8, n. 56, ut ibi: «Si mortuo viro, tutellam suscipiente muliere, ipsa, rationibus non redditus, nec tutore filiis petito, ad secundas nuptias transeat; si contingat eam debitorum pupillorum manere, fieri potest executio, non solum in bonis ejus, sed etiam in bonis secundi mariti ob tacitam hypothecam ipso jure in eis introductam», etc.

§ 154

Ultima: Se o marido e mulher, que têm filhos do primeiro matrimonio, casam segunda vez, e levam para o segundo casal aquellas legitimas, de que o pae é usufructuario, ou qualquer d'elles herda dos filhos defuntos do primeiro matrimonio, e em todo o caso responsaveis por ellas aos filhos vivos do primeiro matrimonio; e se estas legitimas se têm consumido, ou consomem em todo ou em parte no segundo matrimonio; entra a duvida se devem a final

executar-se pelos bens do conjuge, que com ellas entrou ou as herdou, por mais que na constancia do segundo matrimonio se consumissem; que se devam executar e pagar pelos bens do conjuge, que com ellas entrou, ou depois as herdou se vê julgado em Gam., Decis., 177, que segue Valasc., Cons. 118, n. 14, e tambem se vê julgado em Peg., 1, For., C. 8, pag. 577, que segue Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 33; e isto tanto pela generalidade da nossa Orden., quanto porque taes legitimas se não communicam entre os conjuges, e ou devem restituir-se aos filhos, que depois de casados ou emancipados requerem a sua entrega, ou as dos predefuntos do primeiro matrimonio devem restituir-se aos irmãos d'elles, na fórma da Orden., L. 4, T. 91.

Confesso, que tendo em vista as regras da justiça e da equidade não posso comprehender, como consumindo-se por ambos os conjuges na constancia do segundo matrimonio os bens das legitimas dos filhos do primeiro, e em beneficio de ambos, não fiquem ambos responsaveis por esta divida. Supponhamos que ambos comem e consomem o que é alheio, em que algum d'elles tem o simples usufructo; não é isto uma divida contrahida por ambos? Supponhamos, que ambos furtam uma cousa; não ficam ambos obrigados? As madrastras e padrastos, em que sempre se presume o odio entranhavel aos filhos de outros matrimonios, ex Barb., *Thes. Loc. Comm.*, L. 12, C. 27, não consomem elles esses bens com presumida má fé? Quando é que se contrahe a divida e obrigação da restituição, senão quando por ambos, na constancia do matrimonio, se consomem esses bens? Supponhamos contrahida a obrigação pelo recebimento das taes legitimas. Esta obrigação estava *in pendent*; não passaria a ser effectiva, se, constante o matrimonio, se não consumissem; na sua consumpção é que veio a realizar-se a divida. Figure-se recebido pelo marido antes do matrimonio um deposito, que constante elle 'ambos consomem; não estarão ambos obrigados? Figure-se reivindicado do marido um predio, com que entrou para o casal; e condemnado nos rendimentos, que ambos comeram, não se hão de pagar no commum?

Devemos pois distinguir estes casos: 1.º, quando um dos conjuges antes do matrimonio tem dissipado as legitimas dos filhos; 2.º, quando n'elle entraram na sua integridade, e então se consomem; 3.º, quando n'esse tempo o pae, ou mãe

binubo herdou dos filhos do primeiro matrimonio alguma legitima, de que só fica usufructuario, ex Ordin., L. 4, T. 94. No primeiro caso procede sem duvida a Orden., L. 4, T. 95, § 4. No 2.º e 3.º deve entrar a minha racionavel opinião. A lei não deve receber interpretação, de que resultem absurdos: Que importa se não communicuem entre os conjuges taes bens? Que se segue d'ahi? O adquirido por furto, ou rapina não differe; e ambos os conjuges que o consomem, quando *scienter*, ficam obrigados á restituição, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 106; emfim rogo se vejam e confiram aqui a L. 9, ff. *de Jur. Fisc.*, e a L. un *Cod. Ex delict. defunct.*, este o meu voto. Sigam o que quizerem.

Quanto á segunda questão

§ 155

Regra geral: os conjuges que casam por carta de ametade (no que se assimilham aos socios pacticios universaes) são obrigados, cada um por ametade, ás dividas contrahidas constante o matrimonio, Gam., Dec. 188, n. 1, Valasc., *de Partit.*, C. 23, n. 21, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 8, n. 57, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, n. 38. Se um dos conjuges contrahe em seu nome proprio a divida, e sobrevive ao outro póde, soluto o matrimonio, ser obrigado pelo crédor *in solidum* com regresso contra os herdeiros da mulher pela sua respectiva ametade. Esta é a jurisprudencia das nações em que ha similhante communicação universal de bens, Voet., *ad Pandect.*, L. 23, T. 2, n. Boehmer., *ad Pandect.*, Exerc. 70, § 20, e d'este reino, Aronç., All. 51, Repertor. debaixo da conclusão «*marido que tinha dividas*», etc., não assim se o marido e mulher ambos juntamente se obrigaram á divida, Guerreir., For., Q. 32, n. 3.

§ 156

«Hoc tamen restringendum est (prosegue Mor., n. 58), ut solum procedat, cum debitum constante matrimonio a

viro contractum oritur ex actu, qui tendit ad commodum familiæ, vel saltem est indifferens ad commodum, vel damnum; nam si actus ex quo debitum procedit fuerit manifeste damnosus, ita ut ex illo nonnisi familiæ damnum sequi valeat, hujusmodi debiti partem uxor solvere non adstingitur. » E o senador Sousa de Macedo, Dec. 24, se esforçou a demonstrar que a divida nunca se presume convertida em utilidade da mulher, sem que assim se prove, aindaque ella subscreva o recebimento. Conf. Pegas, 3, For., C. 36, n. 160, in fin.

§ 157

D'aqui inferem os nossos reinicolas: 1.º, que a mulher não está responsavel á divida que o marido, constante o matrimonio, contrahiui para satisfazer alguma condemnação pecuniaria criminal. Assim pelas regras da sociedade universal pacticia e com as leis romanas Moraes., L. 6, C. 8, n. 61, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, a n. 79; 2.º, que só ao marido, e não á mulher, é imputavel (porque não convertido em utilidade do casal) o que o marido consumiu prodigalizando-se, meretricando, jogando com excesso, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, a n. 54, et L. 7, C. 8, a n. 15, Peg., Tom. 7, ad. Ordin, L. 1, T. 87, § 4, n. 113, 121, 142, 144, 145, 156, 161, até 164, 185 e 189; 3.º, que tambem não fica obrigada a mulher, quando ella expressamente contradiz o contrato, em que o marido se vae obrigar, protestando, que d'elle não quer lucro, nem perda, Moraes, supra, n. 62, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 1, n. 172; 4.º, infere o mesmo Guerreir., no Tr. 2, L. 6, C. 5, n. 4, 46, 64, 65, 67, et a n. 79, que a mulher deve ser immune, e que deve imputar-se nos bens do marido tudo quanto elle contrahe de dividas, ou estraga por dolo seu em odio da mulher, por má economia, maleficios, banquetes excessivos, etc.

Nota: Todas estas illações seguiu sem critica Mello Freire.

L. 2, T. 8, na nota ao § 17, citando unicamente Cabed., 1 P., art. 20, e Valasc., *de Partit.*, C. 24, (que seguiu o citado Guerreiro nos logares citados). Porém, deixando de dizer, que Cabedo falla na divida de crime commettido antes do matrimonio, caso diverso e com diversa rasão (§ 152), deixando de dizer, que Valasc. no d. C. 24, regulando-se pelas leis romanas disse correctoria d'ellas a nossa ordenação; e que como tal dévia restringir-se, interpretação reprovada hoje pela L. de 18 de agosto de 1769; todos erraram interpretando a nossa lei pelas leis romanas e pelas regras da sociedade universal pacticia; e ainda por algumas do direito da Hespanha: e isto, quando o direito romano não conheceu os nossos matrimonios por carta de ametade, e communição universal de bens e fortunas; e na Hespanha são contrahidos conforme o direito commum, sem communição universal; mas só nos *adquiridos industriaes*, ex Garcia, *in Trat. de Conjugal. Acquæst.*, a n. 1 et 11, e ainda esta communição dos adquiridos, diz o mesmo Garcia a n. 31, não tem fundamento nas leis romanas, nem por ellas se regulam, mas pelos costumes da nação originaes auctorizados pelas leis patrias: assim os nossos matrimonios, Orden. L. 4, T. 47, no pr. ibi *Casam pelo costume do reino*, et T. 60, no fim, et T. 65 et L. 5, T. 6, § 20; em muitas nações ha costumes taes, os quaes referem Boehm., *ad Pand.*, Exerc. 70, a § 4, Stryk., Vol. 8, Disp. 29, C. 2, a § 16, Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 66; talvez, que o costume da Allemanha *de quo Tacit., de mor. german.*, ficasse n'este reino, do tempo em que aqui residiram essas nações até o da Orden. Affonsin., L. 4, T. 12, que d'elle faz menção: é pois erro dos reinicolas fundamentarem no direito romano a nossa communição legal e universal, ou pelo canonico; quando n'esses direitos não tem, nem póde ter fundamento algum, antes alguns principios do mesmo direito são a ella contradictorios, Stryk., *Us. mod.* L. 23, T. 2, a § 90, et Vol. 8, Disp. 29, C. 2, § 17, et Disp. 32, C. 2, Boehm., *ad Pand.*, Exerc. 70, § 6, Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 65, tetigit Solan., Cog. 1, n. 83. É outro consequente erro decidir pelo direito romano, e regras das sociedades as questões a respeito d'estes matrimonios; mas antes se deve recorrer ás mais nações, e DD. d'ellas, aonde ha semelhantes matrimonios por semelhantes costumes (talvez origens do nosso), ut optime Boehmer., supra, § 9, *omnino videndus*; e assim o reconheceu o nosso Solan., Cog. 1, n. 83, in fin.

§ 158

Com effeito: Que esses principios (§ 156) e essas illações (§ 157) só possam applicar-se aos casos sobre matrimonios contrahidos conforme o direito romano; e não sobre os matrimonios contrahidos conforme os nossos primitivos costumes, semelhantes nos antigos povos da Allemanha; assim, depois de fazer esta distincção, conclue com os mais DD. da mesma nação, Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 1, § 58, in fin. ibi:

«Alia ratio est in illis locis, ubi mulier socia omnium bonorum mariti ex statuto fiet, uti contingit de Jure Lubecensi, et Hamburgensi, ibi enim *omne æs alienum mariti* durante societate conjugali contractum agnoscere tenetur, sive quicquam in rem ejus versum sit, *sive non*», etc.

Esta mesma distincção attingiu no nosso reino Pereir., Decis. 30, n. 13, e tambem o senador apud Peg., Tom. 4, For., C. 48, sub n. 61, ibi:

«Cum ergo et Appellantis vir, et ipsa principaliter contraxissent, sequitur Appellantem teneri, quin ipsam relevet, quod dicitur, et vere constat, pecuniã, de qua agitur Gondisalvo mutuo datam, *neque in Appellantis, aut familiaris usum conversam*. . . Nec obstat Text. . . Respondetur enim procedere in terminis Juris Communis, cui modus contrahendi Matrimonium per cartam medietatis in forma Legis Regiæ, incognitus fuit; et in matrimonio in forma Juris Communis contracto non universalis, sed particularis societas resultat in qua non imputantur, quæ contemplatione societatis non fiunt, etc.»

§ 159

Com especialidade (seguido, como se deve seguir este systema) é erronea a 1.^a illação (§ 137), a menos que o marido não incorra em algum crime de que a pena seja a confiscação ou outra gravissima; como, segundo os si-

milhantes costumes da Allemanha e Belgio, Boehm., ad Pandect, Exerc. 70, § 35, ibi:

«Tertium requisitum est, ut *æs alienum* constante tali matrimonio contractum fuerit: Unde est (1) quod etiam *pœnam pecuniariam* seu mulctam solvere teneatur.... Sub *creditorum appellatione* etiam eos, quibus ex delicto contineri... quum horum nomine veniant in genere *omnes quibus* ex qualibet causa debeatur... *Debitor* non tantum is est, qui ex contractu, sed etiam, qui *ex delicto debeat*... Id non tantum generalis Juris Hamburgensis dispositio, quæ (quemadmodum nostra Ordin., L. 4, T. 95, § 4), nulla debita constante Matrimonio contracta, excipit; sed ipsa etiam communionis *ratio et natura*, quæ omnia conjugum bona confundit, et *in unum idemque patrimonium* tempore conjugii coadunat, desiderat, ut supra monui. Qualitas hæc *patrimonii connubialis* efficit, ut ex eo *mulctæ et pœna pecuniariæ* solvi debeant, quæ ob delictum marito imposita sunt... Carol. de Mean. ad Jus Leodiens., Obs. 57, etc.»

Nem aqui vem em consideração, que o innocente não deve pagar pelo criminoso, etc., porque só aqui se deve entender da pena corporal, e não da multa pecuniaria. pelas razões que prosegue o mesmo Boehmer., sub § 35. ut ibi:

«Non adeo enim insolitum, et infrequens in jure est pœna *delinquenti soli* imposita *per consequentiam* simul, incommodo, e damno quoque affici innocentem, quo ipso tamen minime efficitur, ut *proprie loquendo* et *directo* innocens puniatur. Qualitas *patrimonii* efficit, ut quia ex hoc mulctæ Luendæ sunt, simul innocens uxor, quæ separatim a marito habet patrimonium, per *indirectum* lædatur, quod damnum *instar casus fortuiti* æquo animo devorare debet, sicuti alia infortunia, quibus *patrimonium connubiale* minuitur, simul sustinet.»

Só nos delictos graves, e que têm pena de confiscação se lhe salva a sua meação, Henriq. Cocc., Vol. 1, Disp. 53, C. 3. v. *Quod vero obligationes criminales concernit.*

Wesel., *de Connub. Bonor. Societ.*, Tr. 2, C. 3, n. 59, com os DD. e costumes das nações. Mas quanto ás penas pecuniarias, devem pagar-se pelo commum dos bens dos conjuges n'esta communião universal, Coccey, *supra*, †, *In levioribus delictis*, pag. (mihi) 653. Conf. Boem., § 36, Groennoweg., *de Leg. abrog.*, in Cod., L. 4. L. 12, L. 1, n. 3.

Nota: A nossa legislação bem reflectida é concordante, já porque a Orden., L. 4, T. 46, § 1, e T. 95, § 4, não exceptua as dividas criminaes, constante o matrimonio, já porque a Orden., L. 5, T. 6, § 20, só exceptua da confiscação a meação da mulher, e esta excepção (conforme com o uso das semilhantes nações, § 153) firma a regra em contrario, para em nenhum outro caso se separarem os bens d'ella pelas execuções penaes do marido.

§ 160

É consequentemente erronea (nos termos da nossa communião universal) a segunda illação (§ 157), attentas as rasões de Groennoweg., *de Leg. abrog.*, ad Cod., L. 4, T. 12, *ibi.*: «Tanta est apud nos maritalis potestas, ut hodiernis moribus uxor, ejusque hæredes *ex quocumque* mariti contractu pro dimidia parte conveniri possint: adeoque et ex parte teneatur ad dissolutionem æris alieni quod maritus *prodigalitate sua, ac vita dissoluta* contraxit», etc. Conf. Voet. ad Pand., L. 23, T. 2, n. 52 † «*Ex viri*» digno de ser visto.

Nota: Ainda mesmo na Hespanha, aonde só ha communição dos aquestos conjugaes, diz Garc. *de Conj. acquet.*, sub n. 65, que, «Licet verissimum sit, maritum, qui ludendo, et scortando lucra hæc consumit, delinquere, et delinquendo leges violare societatis: attamen contrarium servari «usu forense assertit Roderic. Suarez... idque observatum «esse in praxi, ne infinitæ lites excitentur; neve jura de societate inter virum et uxorem, rigorosa nimis efficiamus»,

etc. O mesmo Valasc., *de Part.*, C. 24 (que Mello não leu todo), no n. 12, sinceramente escreveu que nunca vira na praxe nem ouvira, que taes despesas se imputassem só ao marido; e passa a sustentar o justo d'esta praxe; bem que aferado ao direito romano torna a sustentar a sua opinião pelo mesmo direito (contra ea quæ supra Not. ad § 157), a unica excepção da Orden., L. 4, T. 64, firma em contrario a regra geral, que suppõe a Orden., L. 4, T. 46, § 1, e T. 95, § 4; não foi só Rodrigo Soares (como suppoz Valasc.), o que attestou esse estylo da Hespanha, mas o attestaram tambem Gomes, Gregor., Lop., Burg. de Paz, Baeça, Guttierre., e Navarr., que cita o nacional João Garcia no logar já referido, e que elle tambem attesta. Ora se isto lá procede assim n'essa sociedade particular limitada aos acquestos sem comunicação universal, com quanta mais rasão no nosso reino?

§ 161

Ainda é mais erronea a terceira illação (§ 157), como opposta aos direitos reverenciaes que a mulher deve ao marido, ex Stryk., Vol. 2, Disp. 4, C. 2, § 14, como opposta á livre administração que as nossas leis commettam aos maridos (com as unicas limitações da Orden., L. 4, T. 48, e T. 64), ex Stryk., supra, et Vol. 8, Disp. 32, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 1, a n. 104, Egid., na L. *Ex hoc jure*, P. 2, C. 7, n. 15, 26 e 27. Para as fianças que contrahe o marido, não é necessario que a mulher se opponha; porque a Ord. L. 4, T. 60, com a exposição de Mor., L. 6, C. 8, n. 59, lhe salva o seu direito em alguns casos. Todo este meu systema contra Valasco, Guerreir., Mello e mais reinicolas, que se regularam pelas regras do direito romano, equiparando a nossa communião universal dos conjuges, de que o mesmo direito não teve idéas, se comprova com o uso das nações, em que, como na nossa, ha a tal communião e doutrinas de Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 90, ibi:

• *Antequam huic de communione disceptationi finis imponatur, operæ pretium fuerit, notabiliores quædam in*

unum congerere differentias inter hanc statutariam bonorum omnium inter conjuges communionem; et illam quæ jure Romano specialiter per contractum inhibitor, universalium fortunarum societatem. Etenim, cum socius universalis ex jure civili non plus quam suam partem ex rebus communibus alienare posset, L. 1, et tot. Tit. Cod. Commum. rer. alien., nec socios reliquos promiscue, sed tantum positis certis distinctionibus ex suis contractibus, aut factis obligatos reddere, de quibus in Tit., Pro socio n. 13, et seqq., ne societati imputare ea quæ luxu, alea, aliove prodigalitatibus genere dissipavit, aut alias, dolo lata, vel levi culpa corrumpit, perdit, amisit, L. 59, § 1, ff. Pro soc., ac ob id obstrictus esset eorum, quæ societatis intuitu gesserat, rationes reddere L. Quædam 9, in pr., ff. de Edend. Ex adverso hæc omnia aliter sese habent in statutaria inter conjuges communione, a Pragmaticis nostri temporis observatum est; dum in Hollandia maritus res omnes sibi et uxori communes solus in solidum, etiam sine uxoris assensu alienare potest (quod apud nos limita in casibus Ordin., L. 4, T. 48 et 64). Atque insuper se simul et uxorem, *etiam invitam* ex omnibus suis contractibus obligatam reddere: Quin et uxori sociæ per *prodigalitatem* nocere, imo in universum res communes perdere *luxu*, ac evertere; dum nullas gestionis suæ rationes reddere obstrictus est, etc. Conf. Wesel., de Connubial. bon. Societ., Tract. 2, C. 3, a n. 50.

Nota: Se o marido é prodigo, sandeu, dissipador, etc., não resta á mulher outro remedio, que não seja requerer-se curadora d'elle, ou usar do divorcio para separação dos corpos e dos bens; e se assim o não faz a si propria o deve imputar, Voet., ad Pand., L. 23, T. 2, n. 52, † *Ex viri*; e com muitos DD. Wesel., supra n. 54, Groennewegen., ad Princ. Inst. Quib. alienar. lic., Vin., ad Princ. Inst. eod. T. n. 4, in fin., os quaes com outros, que citam, fallam das nações em que, como na nossa, ha communhão universal de bens entre os conjuges. Outros mais casos se verão na questão seguinte.

Quanto á terceira questão

§ 162

Ha obrigações communs e necessarias de ambos os conjuges, a que a mulher (quando casam por carta de ameadade) é obrigada simultaneamente, aindaque o resultado seja o augmento do casal, e em que consequentemente, para satisfação d'essas obrigações, se pôde fazer penhora nos bens communs, obrigações e dividas, quaes são as seguintes.

Primeira: Supposto que pelo direito romano a obrigação de dotar as filhas recáia sobre o marido, L. ult. ff. *de Rit. nupt.*, L. ult. Cod., *de Jur. Dot.*: «Sed cum nostris et aliorum moribus ob conjugalem bonorum communionem mulier sicut lucri et damni particeps sit; consequens est, ut hodie constante Matrimonio contractum dotandi onus tanquam æs alienum, commune sit, et ad utriusque conjugis officium æqualiter spectet». Ita Groenneweg. *de LL. abrog.*, ad L. 14, Cod. *de Jur. Dot.* Conf. Cald., Cons., 1, Peg., 3, For., C. 34, a n. 198, Stryk., *Us. mod.*, L. 23, T. 3, § 6, Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 3, n. 15, Lauterb., *ad eund.* Tit., § 16, Zoez., *ad Pand.*, T. ff. Pro Soc., n. 46. Assim o advertiu (*his non citatis*), Mello Freir., L. 2, Tit. 9, § 7, Henriq. Coccey, Vol. 1, Disp. 53, C. 3, *Ex axiomatico*.

§ 163

D'aqui é consequente (1.º) que: «Etiam si Pater Filia simpliciter dotem dare promiserit; non tamen ex propriis sed ex communibus bonis dotem promississe intelligatur». Groenneweg., supra n. 5. Conf. *cum plur.*, Wesel., *de Pact. Dotat.*, Tr. 2, C. 1, n. 16, ibi: «Verum cum nostris et aliorum moribus ob conjugale bonorum consortium, uxor lucri, damnique particeps sit, consequens est, ut jure societatis dotandi onus hodie commune sit et ad utriusque conjugis officium æqualiter pertineat; adeo ut si pater solus dotem constituerit, ex communibus bonis eam promi-

sisse intelligatur. Conf. optime Stryk., Vol. 8, Disp. 29, *De Juribus singularibus connubiorum in Germania*, Cap. 3, § 2, Henriq. Coccey, supra.

§ 164

D'aquí é consequente, 2.º, que se o pae prometter á filha *commun* nm dote em dinheiro . e o não pagar, sendo demandado pela filha e genro se podem penhorar os bens *commun*s, por ser esta divida de ambos, e *tanquam æ alienum* (162), e não póde a mulher que não dotou, impugnar a execução, porque os seus bens ficaram obrigados por ametade quando o pae não declarou o contrario (§ 163).

* Não póde porém no nasso reino o marido prometter dote em bens de raiz sem consentimento da mulher, Peg., Tom. 3, Florens., Cap. 34, n. 199. E á vista do exposto na nota ao § 157, e acima §§ 162 e 163, é erro dizer Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 3, a n. 23, que não póde o marido constituir dote sem consentimento da mulher, que haja de pagar-se pelòs bens d'ella (fallo em dote em moveis ou dinheiros), e que aindaque o faça, se ha de imputar na sua meação soluto o matrimonio; o que tambem dizem Phæb., Dec. 98, n. 11, Valasc., Cons. 118, n. 6, é, digo, erro romanesco e de DD. aferrados ao direito romano; que não conheço taes matrimonios, e da sociedade pacticia não póde argumentar-se para a dos nossos conjugues semelhante á de outras nações, onde os filhos se devem dotar do *commun*, sendo igual a obrigação da mãe; e promettendo o pae o dote obriga os bens *commun*s, etc. O fundamento de ser obrigação do pae dotar as filhas é, conforme o direito romano, onus inherente ao dote: Esta a rasão dos nossos Cald., Barbos., Carvalh., Cardos., Gam. e Pereir., que refere Bagn., C. 13, n. 77; e que argumento se póde fazer com tal direito para os nossos matrimonios por carta de ametade? Nas mais nações, o dote não pago, ou pago, sae do *commun*, e não da parte do pae; DD. citados (§§ 162 e 163), e melhor Wesel., Tr. 2, C. 1, n. 31.

§ 165

Da mesma obrigação *commun* de ambos os conjugues (§ 162) é consequente, 3.º, que se o marido não tem di-

nheiros com que dote a filha, ou não queira promette-los, mas só raiz, e a mulher repugne a prestar seu consentimento, póde o pae recorrer ao magistrado expondo-lhe o vantajoso do casamento offerecido, a necessidade do dote, e o injusto dissenso da mulher, para o juiz supprir o seu consentimento, porque igualmente obrigada como o marido, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 3, n. 29 e 33. Da mesma fórma que quando no marido concorre a urgencia de vender um predio, e a utilidade na venda, se a mulher irracionalmente contradiz, tem o marido o mesmo recurso ao juiz, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 2, n. 84.

Nota: Tambem não posso assentir a Guerreir., enquanto no d. C. 3, n. 35 e 37, quer persuadir que n'este caso impute na parte do marido o dote assim constituido. Que erro! Que ineptia! O juiz não suppriu elle, e não podia supprir o consentimento da mulher? A obrigação não era ella de ambos? A constituição do dote não foi ella desempenho e pagamento da divida de ambos? Se o marido com tal supplemento do consentimento da mulher vender um predio para pagamento de uma divida de ambos, ha de imputar-se na parte do marido? De um principio errado não se podem deduzir conclusões que não sejam absurdas. Confira-se a nota ao § 164.

§ 166

Da mesma obrigação commum de ambos (§ 162) é consequente, 4.º, que se os pais não quizerem dotar a filha, e ella os demande pelo officio do juiz para que lhe constitua dote, recae em ambos a mesma obrigação. O mais é, que se negando os paes o seu consentimento para o matrimonio da filha ella recorre ao magistrado, que lhe suppre o consentimento dos paes, ainda n'este caso recae em ambos a mesma obrigação, ex Voet., *ad Pandect.*, L. 23, T. 3, n. 16.

§ 167

Segunda: «*Par conditio et obligatio parentum ex jure naturali in educatione, et prospectione liberorum est.*» Hen-

rique Coccey, d. C. 3, *, *Pare enim*. O assento de 9 de abril de 1772, confirmado pelo alvará de 29 de agosto de 1776, quanto a obrigação de prestar alimentos na ordem dos ascendentes aos descendentes não distinguio a mãe do pae, e n'esta obrigação se comprehende a de instruir os filhos nas sciencias e artificios, Cod. Freder., P. 1, L. 2, T. 6, § 9, n. 5: «Ex axiomate supra posito consentaneum porro est, omnem erogationem *ad promotionem liberorum* sive dotis, sive mercaturam, aut aliam professionem discendi causa, a patre factam, ex communibus bonis factam esse censeri, propter debita utriusque conjugis communia», Coccey, supra, * *Ez axiomate*, paginas 654.

Nota: São com effeito os paes obrigados, não só pelo direito natural, mas pelo social, conforme as suas faculdades, fazer instruir seus filhos nas sciencias, e mesmo contra elles para esse fim têm os filhos acção, Stryk., *de Action. For.*, Sect. 1, Membr. 2, §§ 4 et 17, Hein., *Elem. Jur. Nat.*, L. 2, § 63, Michal., *de Fratr.*, P. 1, C. 25, a n. 28, Portug., *de Donat.*, L. 1, Præl. 2, § 5, n. 16 e 17. E sendo plebeus e pobres são obrigados propor seus filhos a officios e artificios, ajustando-se com os mestres, Fragos., *de Regim. Reip.*, P. 3, L. 1, Disp. 1, § 7, sub. n. 93, Cod. Freder., P. 1, L. 2, T. 6, § 9, in fin. n. 8. Confira-se a Orden., L. 1, T. 88, §§ 15 e 16, impondo essas obrigações aos tutores subrogados em lugar dos paes.

§ 168

D'aqui é consequente, que se o marido contrahe dividas para alimentos dos filhos communs, para os estudos d'elles maiores e menores, para conseguirem graus de honras na republica, etc, é igual a obrigação da mulher, como reconhece Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5; e por estas dividas se pôde fazer execução nos bens communs do casal, ou quando na fórmula da Orden., L. 4, T. 50, § 4, o crédor obriga aos paes pelas dividas que nos estudos contrahi o filho estudante, ou pelas mais dos filhos a que os paes são obrigados.

§ 169

Terceira: Communicam-se á mulher todas as honras e nobrezas que adquire o marido, ex Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 1, a n. 71, e consequente pelos bens communs se hão de pagar (e para esse fim se podem penhorar) as dividas contrahidas para o marido ser cavalleiro de alguma das ordens militares, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, a n. 24. Amplia o mesmo Guerreir. ás despezas feitas nas nupcias dos filhos communs (ut a n. 32), ás feitas pelo marido na magistratura (ut a n. 61). Não admitto porém a restricção das despezas, só *quanto ás modicas*, attento o que expuz a § 159.

§ 170

Quarta: Do exposto na nota ao § 157, e do mais que fica inferido desde o § 158, é consequente que se o marido, constante o matrimonio, tiver um filho adulterino que seja obrigado a alimentar, esta obrigação comprehende a mulher innocente para ser satisfeita tambem pelos bens d'ella, Voet., *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 82, ibi:

• Quod si maritus, stante Matrimonio, sobolem ex adulterino genuerit complexu, etiam alimenta tali nato subministranda, in communionem statutariam venire; atque adeo uxorem innoxiam pro semisse gravari, verius est. Cum enim ea quoque, quæ alea, ac scortis absunta sunt, in communionem veniant; longe magis hæc alimenta quorum alimentorum insignis favor in jure est, quorumque præstatio illa non laborat turpitudine, qua erogatio in meretricem adulterii causa. Turpe scilicet marito fuit, adulterio suum fædare Matrimonium; at partum ex illa turpi conjunctione natum alere turpe non est; nec male hic quod de meretrice Ulpian. in L. Idem si § 3, ff. *de Condict.* ob turp. Caus., adultero applicaveris, illum nempe turpiter quidem facere, quod sit adulter; sed non turpiter prolem adulterinam alere: cum sit adulter, etc. •

§ 171

Quinta: Figure-se um filho do primeiro matrimonio separado do pae, por insociavel com a madrasta, e com justa causa de habitar fóra da casa do pae (causas que referi no Tratado das acções summarias a §. . .) o demanda por alimentos; sim vejo que Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, a n. 12, Valasc., Cons. 118, n. 10, e Pereir., Dec. 55, n. 14. exoneram a segunda mulher d'esta obrigação até o ponto de imputarem nas futuras partilhas, essa despesa á parte do pae. Aqui outra vez o romanismo; aqui as regras do mesmo direito, que tantas vezes tenho dito não regularem as obrigações de ambos os conjuges quando casam por carta de ametade, como nas mais nações em que ha similhantes matrimonios, diz ao proposito Voet. *ad Pand.*, L. 23, T. 2, n. 81, ibi:

«Oneribus porro communibus etiam adscribendum est, quod in alimenta, aut honorem privignorum, aut privignarum erogatum est; posito jure quod et ex secundis nuptiis statutaria communio oriatur; si modo liberi prioris Matrimonii aliunde bona non habent, aut non sufficientia ad sumptus omnes inde prorogandos; ut pote quibus aliunde habentibus unde se exhibeant, nec pater, nec mater, longeque minus noverca, subministrare alimenta cogitur. Adeo vero haec commune onus sunt, ut nec soluto Matrimonio talia prius per vitricum, aut novercam ex bonis communibus tunc deducenda sunt.» (Confira-se o mesmo Voet., no T. ff. *Pro Soc.*, n. 4, e no Tit. *de Jur. Dot.*, n. 15 e 16, Wesel, *de Connubial. bon Societ.*, Tr. 2, C. 2, a n. 202 e 212).

Nota: O usufructo do pae nos adventicios do filho leva consigo para o segundo matrimonio o onus annexo dos alimentos d'elle, Urceol., For., C. 14, n. 27, Altim., Tom. 8, pag. 66, Col. 4, Amat. var., Resol. 83, n. 4, optime Luc., *ad Gratian.*, C. 366. Ora, ou o usufructo do filho equivale aos alimentos; e uma vez que a mulher se utiliza d'elle, que muito padeça o onus annexo? Ou o usufructo se não communica, e então nada deduz do seu; se se communica, que

ração ha para que se lhe communique livre do onus? Ou o usufructo não equivale aos alimentos do filho, e então só poderia queixar-se do excesso para ser imputavel nos bens do marido esse excesso; porque a obrigação do pae para alimentar o filho não cessou pelas segundas nupcias, L. 5, *Cod. de Neg. gest.*, Wesel., supra, n. 209; porém ainda n'esse excesso não é attendivel a queixa da segunda mulher; já porque a si propria deve imputar casar com um homem, que vivia com filhos, e com a obrigação de os alimentar; já porque essa divida, e obrigação de os alimentar se vence quotidianamente depois do matrimonio, por mais que tivesse origem de preterito, como bem discorre o citado Wesel., n. 212 e 213. Confiram-se aqui as razões expostas nas notas aos §§ 154 e 158, a Orden., L. 4, T. 95, § 4, suppõe uma divida *in suo esse* perfeita, unica e consummada antes do segundo matrimonio; e não póde dizer-se, que cogitava de uma mais extraordinaria; qual a dos alimentos diarios, que constante o segundo matrimonio, *quotidie nascitur, quotidie contrahitur*, seja ou não util á mulher, conforme o verdadeiro systema, que tenho seguido, apesar dos errados discursos dos reinicolas, que não vagaram pelas nações, em que ha, como na nossa, uma communião universal de bens; que não leram os graves e sabios DD. d'essas nações; e que foram regular-se pelo direito romano e sociedades pacticias d'elle, que nada tem applicavel a estes matrimonios, e duvidas sobre elles. Em consequencia estes alimentos (§ 171) se podem executar pelos bens communs do segundo matrimonio.

Quanto á quarta questão

§ 172

Do exposto nas tres primeiras é facil decidir quaes são propriamente dividas contrahidas antes do matrimonio, e que seja applicavel a Orden., L. 4, T. 95, § 4, na sua letra; quaes se reputem communs como contrahidas, constante o matrimonio, para poderem ser exequiveis pelos bens communs, communicaveis e communicados: e quaes que, não augmentando o casal, recáem no segundo matrimonio para tambem por ellas serem exequiveis os bens communs e communicaveis, exigindo-se umas e outras e executando-se *constante matrimonio*.

Lá está o praso de vidas, em que um dos conjuges só figura vida, incommunicavel; e que não póde arrematar-se por dividas commons, sobre o que se veja Peg., Tom. 5, For., C. 103, a n. 3, e o meu *Traçado do direito emphyteutico*, a § 993, a que me remetto.

§ 173

Quid vero, se as taes dividas se demandam pelos crédores *soluti já o matrimonio*; esta questão depende de tres distincções: ou, 1.º, essa divida se demanda antes das partilhas contra o conjuge que está em cabeça de casal sem que a acção tivesse principio contra o conjuge defuncto; ou, 2.º, no acto do inventario; ou, 3.º, depois das partilhas. Si *prius* póde demandar-se o cabeça de casal pelo todo, salvo o regresso contra os mais co-herdeiros, Cortead., Decis. 276, a n. 3, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 1, n. 15 et C. 7, n. 54 et 55, Peg., ad Orden., L. 1, T. 87, § 45, n. 13, et ad Orden., L. 2, T. 52, § 5, n. 10; comtantoque (1.º) a demanda não estivesse principiada em vida do outro conjuge, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 27, § 2, n. 27: 2.º, procedendo-se á partilha pendente essa demanda contra o cabeça de casal, depois d'ella se citem os mais co-herdeiros para o progresso, Guerreir., For., Q. 32.

§ 174

Si *secundum*: Sim podem occorrer os crédores, requerendo que no juizo das partilhas se separem bens para pagamento de suas dividas; mas só o podem conseguir, confessando-as todos os co-herdeiros por termo, consentindo que para pagamento d'ellas se separem e adjudiquem bens, ex Guerreir., Tr. 4, L. 5, C. 10, a n. 34, bem que, havendo menores, não se podem (ainda consentindo os tutores e curadores) separar bens de raiz, emquanto ha moveis para pagamento d'essas dividas, como vi julgado na conformidade da Orden., L. 1, T. 88, § 26.

§ 175

Si tertium: A diversidade de casos distintos nas precedentes questões regulará os em que os herdeiros do con-
juge predefunto são ou não obrigados ás suas respectivas
partes d'essas dividas; porém ainda n'este terceiro membro
da distincção (§ 173) fazem os DD. varias subdistincções:
1.^a, quando o conjuge, que antes do matrimonio con-
trahiui as dividas sobrevive e é demandado, elle sem du-
vida as deve pagar, ou pelos seus bens, ou pelos que lhe
provieram do defunto; 2.^a, quando o conjuge, que con-
trahiui a divida antes do matrimonio, falleceu primeiro
que o outro que não era devedor, e n'esse caso, se a exe-
cução se faz antes das partilhas, se devem executar só os
bens com que entrou para o casal, Cabed., Decis. 131,
n. 5, Pereir., Decis. 88, n. 7, Mor., L. 6, C. 8, n. 66, in
fin., Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 35; se a execução se
faz no acto das partilhas, parece-me racional a opinião do
senador apud Peg., de *Maior.*, C. 6, pag. 385, * *Secun-*
dus error; se a execução se faz depois das partilhas, eu,
contra o que diz Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 4, n. 40 e 41,
seguiria a distincção de Mor., n. 66, * *Duplicem.*, de Peg.,
3, For., C. 35, n. 550, Cabed., Dec. 131, n. 6, Pon.,
C. 4, n. 18.

§ 176

Decima nona limitação da regra (§ 140): O decreto
de 19 de janeiro de 1752 concedeu aos mineiros, que
possuirem trinta escravos ou mais, não poderem ser n'elles
executados nem as fabricas de mineral, mas tão sómente
nos outros mais bens, e na terça parte dos lucros tirados
das minas, *Ind. Chron.*, T. 3, pag. 200.

§ 177

Vigesima limitação: Não se podem penhorar bens das
ordens militares hypothecados sem licença regia, alvará

de 6 de outubro de 1802, *Ind. Chron., Report. das LL. Extrav.,* Let. B, n. 222.

§ 178

Vigesima primeira: Não se póde fazer penhora nos salarios dos actores comicos e scenicos, porque d'elles depende unicamente a sua sustentação, Instruct. confirm. por alvará de 17 de julho de 1771, § 12, nem tambem se podem penhorar os salarios e emolumentos dos guardas livros e caixeiros das casas de commercio, dos pilotos, mestres, contramestres, officiaes, marinheiros e mais pessoas das equipagens dos navios mercantes, dos artifices e serventes de jornal dos arsenaes reaes do exercito e marinha, e obras publicas da cidade de Lisboa e seu termo, alvará de 16 de março de 1775: concorda o alvará de 27 de abril de 1780, que declarou isentas de penhoras as soldadas dos maritimos; mas o decreto de 13 de dezembro de 1782, *Ind. Chron.,* Tom. 2, pag. 144, declarou poderem penhorar-se as soldadas da gente maritima já fallecida. E ainda vivos elles, os declara obrigados pelas dividas contrahidas nas negociações em que entrarem nas viagens de Asia.

§ 179

Vigesima segunda: Não podem penhorar-se as apolices e juros dos emprestimos reaes, ainda pelo fisco, á excepção das que pertencerem aos rendeiros da corôa, por dividas das suas rendas, e a excepção de se provar contra os devedores que as houveram em fraude dos seus credores, a fim de se fazerem com ellas inexigiveis, alvará de 13 de março de 1797, § 5, nem podem fazer-se penhoras nas pensões vitalicias, que resultam dos bilhetes da loteria real, por motivo algum, nem ainda o mais privilegiado, alvará de 18 de junho de 1799, § 9.

CAPITULO VII

Se ainda hoje depois da lei de 20 de junho de 1774, § 19, e assento de 18 de agosto do mesmo anno, é praticavel e útil a cessão de bens quando admissivel. E se pôde ser ainda praticavel o beneficio da competencia.

§ 180

Os doutissimos e illustrissimos Mello, L. 4, T. 22, § 18, e Pereira e Sousa, nas *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Not. 823, escreveram, como hoje sem duvida, que depois da dita lei e assento não pôde jamais haver uso nem *utilidade* de beneficio da cessão de bens; porque, como diz o mesmo Mello, L. 4, T. 5, §§ 6 e 7, os devedores de *boa fé* (que aliás eram os unicos a quaes cessões de bens se admittam, não são jamais obrigados *ultra quam facere possint*). E da mesma fórma que cessa hoje o privilegio ou beneficio da *competencia*, depois da dita lei e assento, e fica de nenhuma *utilidade*. Porém, estes dois sabios escriptores limitaram aqui os seus discursos; não pensaram sobre a nossa legislação e das nações, nem na pratica antecedente e subsequente á dita lei e assento. Para assim o convencer permitta-se-me a sua analyse.

ARTIGO I

Analyse do assento

§ 181

Porque a lei, diz o assento, comprehende todos aquellos casos, que cabem na sua *razão e no seu espirito*; e sendo a razão e espirito d'aquella piissima lei o *destrahir* de to-

dos os juizes e auditorios, a barbaridade com que trataram os devedores as primeiras leis romanas, de que ainda são reliquias as prisões contra os devedores de *boa fé*, era violentissimo este procedimento, pois não havendo lei alguma civil ou criminal que o decreta sem culpa, e nenhuma ha nos devedores pobres, *que se impossibilitarem para pagar pelos adversos casos da fortuna*, etc.

• A serie da legislação romana, enunciada n'este assento, a respeito dos devedores insolvaveis, succintamente a expoz Mell., L. 4, T. 5, § 7; mas mais amplamente Stryk., Vol. 1, Disp. 4, C. 3, n. 5 e 6, e Disp. 9, C. 1, a n. 2, ad 6, ut ibi: «Quid enim notius cui quam esse potest, quam aspera illa, ac prope inhumana obæeratorum debitorum sors, et conditio, cui XII. Tab. Leges eosdem subjiciebant? Quippe Creditores non tantum manibus injectis in jus ducere debitores, sed et si non satisfactum, domum reducere, nervo, et compedibus vincire, venum exponere, et postea tertiis nudinis, etiam ultimo supplicio afficere; vel si plures Creditores, in partes seccare debitorem. . . Illorum Liberi et familiæ Creditoribus addicebantur (o que prohibiram Diocleciano e Maximiano na L. 42 de O. et A., Cavall., *Inst. Canon.*, P. 3, C. 32, § 4, Gudelin., *de Jur. Noviss.*, L. 4, C. 16: Nec id absque ratione, quippe *referenda erat sæculi illius Levitas*, dum debita sine ulla necessitate homines contrahebant, et ita Creditores defraudabantur. *Vinculorum vero pœnam negligant*; ut sic asperius quidpiam in ipsos fuerit statuendum; quamquam dissectum aliquem antiquitus esse neque legisse se, neque audivisse asserat Sext. apud Gel. . . At mitius cum debitoribus subsequorum clementia agendum existimavit, illis certa remedia concedendo, quibus duriores hanc executionem possent evitare. Nec carceri ubivis fere mancipabantur, si bona ex solvendis debitis non sufficerent, Q. 4, Cod. Qui bon. ced. poss., et crudeliori quidem ac nostris moribus Gasp. Manz. . . a quo ut liberarentur, bonorum cessione ipsis propiciebatur, d. L. 4, Cod. Qui bon. ced. poss., beneficio flebili satis, ac miserabili, quo nomine insignitur a Justiniano, L. pen. et L. fin. Cod. d. Tit. Quippe in ejusmodi statum revolutis concessum est, quibus nihil, nisi miseria, et inopia supersunt, dum cedendo bona sua creditoribus, ad summam redigantur inopiam, ac paupertatem, ut vix interula, et quotidiana vestis ipsis relinquatur». Conf. Montesq., *Espirito das leis*,

L. 12, C. 21, aonde juntamente relata as revoluções que houve em Roma pela injustiça d'aquelles procedimentos até o ultimo tempo, em que se permittiu aos devedores a cessão de bens; adde Gravin., *de Orig. Jur. Civ.*, Tcm. 1, C. 70, pag. 291, Heinec., *Antiquit. Roman.*, L. 3, T. 30, § 7 et 8, e os motivos do *Cod. Civ. dos Francez.* ao L. 3, T. 16, pag. (mihi) 165, Filangieri, este grande philosopho, e que escreveu depois do dito assento, elle no Tom. 5, pag. 220 (edição franceza), declamou contra a injustiça d'essas leis romanas, e contra as modernas no estado actual da Europa, que obrigam com prisão aos devedores *de boa fé*. Não me dispensou de o transcrever. Diz elle: « Deve-se dizer quasi o mesmo da insolvabilidade. Se o crédor póde provar a *má fé* do seu devedor, este *será punido como culpado de roubo*; mas se é a *infelicidade*, que tem causado a sua pobreza, o crédor não exercitará contra elle mais que uma acção puramente *civil*. Como não existe delicto, não haverá pena. Punir constantemente a insolvabilidade pela prisão; confundir a miseria com um crime; cobrir o innocente de toda a infamia da perversidade, em que lhe arrancando a honra; força-lo a renunciar a virtude; tirar um homem de bem *infeliz* até a propriedade do seu corpo, que o destino inexoravel lhe tem deixado; fazer-lhe comprar por um supplicio, muitas vezes eterno, o ligeiro allivio que elle tinha obtido em seu infortunio; condemnar á inacção, aos tormentos e aos vicios, que a acompanham, aquelle que não tem mais que os seus braços, ou os esforços do seu espirito para fazer subsistir sua familia e pagar seu crédor, privar a sociedade de um homem que a não tem offendido, e que lhe poderia ser util; dar a um crédor implacavel o poder de conservar o seu devedor n'este estado de opprobrio e de desolação tanto tempo, como elle quizer, e de satisfazer sua vingança com as armas mesmas da lei; em uma palavra, offender a justiça, ultrajar os direitos os mais preciosos do homem e do cidadão, e multiplicar as infelicidades da indigencia, sem favorecer a propriedade: taes são os abusos da prisão pelas dividas estabelecidos em todas as nações da Europa, mesmo entre aquellas que mais se gloriam da sua humanidade e de sua liberdade. Em Inglaterra se conduz um homem á prisão por dois *guineus*; e o que é ainda mais estranho n'este paiz, onde a liberdade pessoal é protegida pelas leis, que prohibem com tanta força toda a prisão *arbitraria*; n'este paiz o crédor por seu juramento verdadeiro ou falso, e sem ser obrigado produzir a escriptura da obrigação do seu devedor, obtem uma ordem

legal para arrancar um cidadão do seio da sua familia, e precipita-lo nas prisões. Assim a lei dá ao mais execravel impostor uma confiança, que ella recusa ao chefe da nação, etc., etc.»

§ 182

E que assento mais justo; se as concisas rasões (§ 181) bastam para o justificar, quanto mais juntas as de Filangieri; porém n'elle, bem reflectido seriamente, se nota que só moveram a sua justa compaixão (ou dos sabios senadores, que o estabeleceram em declaração da lei), os devedores insolvaveis, não mostrando o crédor, que elles possuem bens; que *com dolo e malicia occultam*. Só quando *sem dolo, nem malicia se reduziram ao estado de não terem com que satisfaçam a seus crédores*; só faz dignos do favor de não serem retidos na prisão os devedores *de boa fé e sem culpa*, suppondo que nenhuma ha nos devedores pobres, que se impossibilitaram para pagar, *pelos adversos casos da fortuna*, e que *sem dolo nem malicia* se impossibilitaram para pagar; outra vez repete que (quanto ás penas criminaes) só são dignos de commiseração os réus presos... *sem dolo ou malicia na occultação* dos bens; os devedores da condemnação pecuniaria, ou custas que, *sem culpa propria, por um mero accidente da fortuna* se acham impossibilitados para satisfaze-la.

§ 183

Tendo este assento a força de lei, que lhe dá a de 18 de agosto de 1769, § 5, e sendo trivial o brocardico *Contrarius sensus Legis pro Lege habetur*, Cord., Dub. 2, n. 13, Dub. 14, n. 5, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælund. 2, n. 76, in fin., Reinos., Obs., 42, n. 13; é bem consequente *a contrario sensu*, que não favoreceu nem laxou das prisões os devedores que, *com dolo e malicia*, occultam bens; ou quando com dolo, ou malicia se reduziram ao estado de não terem com que satisfazer a seus crédores, ou quando

de má fé com culpa, ou quando por *libertinagens*, *mal-versações*, *tafularias*, sem *adversos casos da fortuna*, e sem *meros accidentes*, etc., se fizeram *culpavelmente* insolváveis: e é bem consequente, que em nenhum d'estes casos os favorece o assento.

§ 184

Com effeito, justamente diz Cavallar., *Inst. Jur. Canon.*, P. 3, C. 32, § 5, que: «*Bonorum cessio ex commiseratione inducta est; et inde tantum eo beneficio juvari videntur, qui infortunio bonis suis ceciderunt, non item decoctores, et qui bona sua in fraudem creditorum dissipant; itemque qui dolo cum suis creditoribus versati sunt, utpote, qui sciebant se solvendo non esse: indigni enim sunt commiseratione, qui malis moribus se ad inopiam redigere, aut dolo damnum suis creditoribus ingerunt*». Conf. Zoez. ad Tit. ff. de Cess. bonor., n. 11, Van-Esp., de Jur. Eccles., P. 3, T. 9, C. 4, a n. 31 et 37; este é o bem distincto systema do transcripto Filang., este o systema da nossa Orden., L. 4, T. 74, T. 76 e L. 5, T. 66; este o do *codigo civil da Austria*, § 333, ut ibi: «*Se um devedor tem fugido, ou se tem occultado, se elle não pôde verificar, que por infelicidade é que elle está insolvavel, se conhecendo sua insolvabilidade, elle tem todavia pago, ou affiançado por seguranças alguns de seus crêdores ou tem contrahido novas dividas; se elle tem mostrado notas falsas do seu ter e de suas dividas; ou finalmente se elle tem empregado dolo ou fraude de qualquer maneira que seja, em todos estes casos se deverá proceder ex officio contra elle*», etc., este é o systema do *codigo de Sardenha*, L. 3, T. 33, § 6, do *Codigo do processo civil dos francezes*, artigo 905, aonde se não admitte a cessão de bens os *steltionarios*, os *fallidos de má fé*, os *fraudulentos*, os *condemnados por roubo*, os *que dão contas sem entrega*, os *enganadores*, os *administradores*, os *depositarios*; no mesmo codigo, L. 3, T. 16, artigo 2055 e seguintes, se repulsam de tal cessão outros muitos mais, e sem embargo d'ella,

são presos; o mesmo Mello, L. 4, T. 22, § 18, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 12, a n. 59 ad 76, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 50, art. 2, a n. 148, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 44, thes. 28 et 29, referem os mesmos e outros casos, e não menos Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 11.

§ 185

De fôrma que, conforme todas as modernas legislações, a cessão de bens, que evite a existencia na prisão, só se concede aos devedores infelizes e de boa fé. «A cessão judiciaria (diz o *Codigo civil dos francezes*, artigo 1268) é um beneficio que a lei concede aos devedores *infelizes e de boa fé*, ao qual é permittida para ter ali a liberdade de sua pessoa», etc. O *Codigo civil do Imperador José II*, art. 376, diz: «*Aquelle que por infelicidade, e sem alguma culpa da sua parte se achar fóra do estado de pagar suas dividas, terá a faculdade de requerer, que, mediante o abandono absoluto de seus bens, a seus crédores, elle não possa ser executado em sua pessoa*», etc. São bem notaveis os motivos dos sabios jurisconsultos francezes que fundamentaram aquella lei.

§ 186

Como porém a nimia liberdade da cessão de bens animava os maus a fraudar seus credores, Van-Esp., *supra*, n. 33, como toda a presumpção sinistra está contra o fallido de bens, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 12, n. 25, como essas casualidades fortuitas não se presumem sem provas, Peg. 1, For., C. 3, n. 29; por isto é, que se os credores se oppõem á cessão, diz o *Codigo de Sardenha*, L. 3, T. 33, § 6, que: «Ninguem poderá ser admittido á cessão, *salva honestate*, sem ter feito constar legitimamente que os seus negocios se têm desarranjado *por infelicidade*», etc. Concorde o *Codigo Josefino*, *supra*, § 383, aonde denega este beneficio ao devedor, *se elle não pôde verificar, que só por infelicidade é que está fóra do estado*

de pagar suas dividas. A mesma obrigação lhe incumbiram os tres jurisconsultos francezes nos motivos da sua lei, pag. (mihi) 82, 134 e 194. A mesma prova lhe incumbe Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 12, sub n. 59, e a clara Orden., L. 4, T. 74.

§ 187

E que multiplicidade de leis patrias occorrem ás nossas vistas, que julgando de má fé alguns devedores que logo não apromptam os pagamentos, os mandam capturar? 1.º A lei de 22 de dezembro de 1761, T. 13, § 6, e alvará de 30 de março de 1756, § 3, mandam sequestrar e prender os devedores que administraram a real fazenda. 2.º A mesma lei de 20 de junho de 1774, cujo § 19 foi objecto do dito assento; ella, no § 16, manda prender como doloso o lançador na hasta publica que não apromptou o preço que lançou. 3.º Lá temos a Orden., L. 3, T. 31, § 3, mandando prender os devedores dolosos suspeitos da fuga. 4.º Lá temos a Orden., L. 4, T. 49, § 1, mandando proceder com prisão contra o depositado judicial que não entregou o deposito. 5.º Lá temos a Orden., L. 4, T. 102, § 9, a proceder com prisão contra o tutor que, finda a tutella e dadas as contas, não restitue em nove dias o alcance . .

Todo o administrador, qualquer que elle seja, e que deva prestar contas da sua administração, se não as presta, ou confusas e intrincadas, ou se prestando-as não restitue logo tudo o que recebeu, e o em que ficou *alcançado*, é só por isso reputado devedor doloso e de má fé; e não póde fazer cessão de bens, nem o depositario sequestrario, etc. Veja-se Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 4, tot. et signanter n. 11 et 12, *Código do processo civil dos francezes*, artigo 905.

§ 188

Lá temos, 6.º, a Orden., L. 9, T. 86, § 18, julgando doloso o devedor só porque retarda a execução, e mandando-o prender; lá temos, 7.º, a Orden., L. 3, T. 86,

§§ 13, 16 e 17, decretando prisão do devedor que julga doloso em outros mais casos; lá está a Orden., L. 5, T. 66, reputando doloso o negociante fallido, e mandando proceder contra elle por devassa, e a prisão, etc. E que diremos reflectida a Orden., L. 4, T. 76, e L. 5, 139?

Nota: Não é doloso só no systema da nossa legislação o devedor que *com dolo e malicia occulta bens*, para só a este, pelo espirito do § 19 da L. de 20 de junho de 1774, e do dito assento, *a contrario sensu*, se denegar o beneficio da cessão e liberação da prisão: em outros muitos casos a nossa legislação e a das nações reputam dolosos os devedores, e lhes denegam este beneficio: e se vale o argumento de semelhante a semelhante; se o devedor doloso, porque occulta bens, não gosa do beneficio; que razão para que d'elle gosem os mais por outros modos e em outros casos presumidos dolosos? Porventura o dito assento, lembrou-se elle das leis citadas (§§ 187 e 188) para nos casos d'ellas ficar dispensada a prisão e se permittir a cessão? poderão subentender-se revogadas? Por outra parte: se toda a lei se deve interpretar em termos que do seu litteral sentido não resulte absurdo, ou cousa illicita e interpretação restrictiva, Hein. ad Grot., de J. B. et P., L. 2, C. 16, § 22 et 27; parece, que se a exposta a § 183 não fosse a genuina interpretação do assento; se só se reputassem dolosos e de má fé os devedores que occultam bens, para não gosarem do beneficio, e não outros quaesquer dolosos, se franquearia a todos os maus um salvo conducto para fraudarem impunemente seus crédores.

§ 189

Não nos declarou o assento, se o devedor que se quer mostrar de boa fé e com cessão de bens, se deve apresentar na cadeia, maxime requerendo-o os credores: foi caso omisso no mesmo assento. Se me é licito, discorro, que como contra todo o fallido está a sinistra presumpção, e contra esta devem justificar-se (§ 186); emquanto se não justificam e purgam aquella presumpção, devem, requerendo-o os credores, ser presos, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 1, a n. 10, Conciol., *ad Statut. Eug.*, L. 2, rubr. 73, n. 12, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 50, n. 125.

et 182, Altim., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 47, a n. 915, e é clara a Orden., L. 4, T. 74 (Vej. § 519). Logo acabaremos de ver, a § 193, que depois do mesmo assento só a devedores de boa fé se permittiram cessões para evitar as prisões.

§ 190

E que direi do interesse do offendido pelo que só respeita á satisfação dos seus damnos, que criminalmente accusou? Estè interesse em que o criminoso é condemnado, é mais favoravel que a offensa publica, como se nota na Orden., L. 1, T. 3, § 9, *Codigo da Toscana*, § 112, Cortead., Dec. 226 (Veja § 492). E que importa ficar a vindicta publica satisfeita com a imposição da pena fiscal, aindaque o condemnado seja insolvel? Este interesse é como qualquer outra divida que tem principio culpavel, e em que os DD. não admittiam cessão para evitar a prisão, e n'este caso tinha logar a regra *qui non habeat in aere luat in corpore*, Boehmer, *ad Jus.*, ff. L. 42, T. 3, § 2, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 50, n. 170, aonde muitos DD. optime Puttman., *Elem. Jur. Crim.*, § 83.

Nota: O assento não se lembrou da Orden., L. 5, T. 139 ou 140; § 4, e seguintes, nem a menciona: as leis das nações não admittem cessão de bens ao condemnado para se exonerar de taes penas satisfactorias das partes offendidas: para se cumprir o axioma, *qui non habet in aere*, etc., arbitra o Cod. da Toscana, § 112, os tempos da prisão conforme a quantidade da condemnação pecuniaria; não menos o Cod. do Imperador José, § 364; a Orden, L. 4, T. 76, § 1, o regula quanto ás dividas civis. Que bem discorreu aqui Filangieri Tom. 4, C. 8, pag. 72 (da edição de Paris)? Disse elle: «O legislador não teria necessidade de estabelecer mais que duas regras para tornar este novo methodo applicavel a todos os casos: a 1.^a seria *substituir uma pena afflictiva a uma pena pecuniaria* em todos os casos onde os bens do culpado não chegarem a uma certa somma fixada pela lei. A lei deveria, por exemplo, ordenar que toda a pessoa, que não tem ao menos o valor de 400 ducados de bens livres, não poderá ser submettido a uma pena pecuniaria; mas se elle

commette delictos contra os quaes é estabelecida a pena pecuniaria; esta pena será commutada *em uma pena afflictiva*. Um exemplo mostrará ao leitor de que maneira a lei se poderia exprimir. A pena do *estellionato* será a perda de metade dos bens do culpado, e de tres annos de condemnação a trabalhos publicos, se o valor de seus bens não chegar á somma de 400 ducados ao menos: pela 2.^a regra se teria determinado, que nos casos, onde a prompta execução da pena produzisse a ruina total do culpado, os juizes deveriam conceder-lhe *uma demora determinada, conforme as circumstancias* em que elle se acha; e elle então seria, por fórma de compensação, suspendido de todas as prerogativas da cidade até o instante em que elle tivesse inteiramente pago a *somma em que elle tivesse sido condemnado*.

§ 191

Se toda a lei (a que equiparámos o nosso assento) se deve interpretar em termos, que da sua litteral applicação a todo o caso, não resultem, ou absurdos, ou cousas illicitas e intoleráveis (§ 188, na nota); se é frustrada a disposição de qualquer lei, quando se deixa aberta a porta para transgredir o seu fim, alvará do 1.^o de julho de 1752, § 7, ultimo fim que se não deve frustrar, assent. 2 de 29 de março de 1770; se isto é incontestavel, quem não vê os absurdos que resultarão, se esta não fosse a genuina intelligencia do assento? Um debochado, um bregueiro pobre, com as vistas em que não havia de pagar pela pelle a condemnação pecuniaria, quebraria os braços a um artifice, e sendo condemnado nas perdas occasionadas, condemnação necessaria pelo direito divino no Exod., C. 21, v 10, pelo natural, Hein. *ad Grot.*, de J. B. et P. L. 2, C. 17, § 14, pelo civil, Renaz., *Elem. Jur. Crim.*, L. 1, C. 11, §§ 6 et 7; este homem mau, só porque pobre, ficaria impune, a pobreza lhe seria um salvo conducto para perpetrar todo o delicto, lesivo e offensivo da causa publica e particular. Frustrada ficaria toda a legislação, que arma a poderosa mão contra os delinquentes, fazendo-os castigar severamente conforme a gravidade das cul-

pas, para satisfação da causa publica e da particular, se hoje se não observassê depois do assento a Orden., L. 5, T. 139 ou 140, que ella não revogou, se quanto ás penas satisfactorias se prescrevesse eternamente a regra « *Qui non habet in ære luat in corpore* », se não houvesse commutações, etc. A tanto não têm chegado as nações mais amantes e zelosas da humanidade, como deixar impunes por pretexto de insolvabilidade taes penas *satisfactorias pecuniarias* criminaes, que o direito divino não dispensou da indemnisação no Exod., C. 21, e no *Direito canonico*, L. 5, T. 36.

§ 192

Confesso ingenuamente, que ou não entendo as mysteriosas palavras do dito assento *n'aquella quantidade de crimes em que não ha que purgar pena afflictiva do corpo*; ou para se salvar do absurdo (em franquear a porta a delictos, em revogar tantas leis patrias das nações e dos direitos divino, natural, canonico e civil), não se póde n'elle suppor revogada a Orden., L. 5, T. 140, que não revogou nem ainda enunciou, e que não prescreveu perpetua e geralmente a commutação e a regra: *Qui non habet in ære luat in corpore*. Esta regra vemos mandada observar na lei do Senhor D. João V, de 11 de dezembro de 1748 (no Repertor. da edição vicentina), Tom. 1, pag. 314, ibi: « *E não tendo com que pagar esta multa, se lhe dobre o degredo* », etc.

ARTIGO II

Uso com utilidade que, apesar das inconsideradas doutrinas de Mello e de Sousa (§ 180), ainda tem e póde ter, depois do nosso assento, a cessão de bens pelo devedor de boa fé

§ 193

Se antes d'este assento eram frequentes no fóro as cessões de bens pelos devedores de boa fé (que o mesmo as-

sento favoreceu) pela permissão da Orden., L. 4, T. 74 et 76, (que o mesmo assento não revogou, nem ainda enunciou, depois d'elle mesmo as temos visto praticadas pelos mesmos devedores, que se mostram de *boa fé*; as mais frequentes têm sido as dos negociantes fallidos por adversidades da fortuna, que se apresentam na junta do commercio na conformidade do alvará de 13 de novembro de 1756, a § 14 (de que tratarei ao diante a § 500); vemos impressos dois exemplos, um o da apresentação que a casa de Mayne e companhia, fez como fallida por infortunios e com cessão de bens na dita junta, aonde se lhe admittiu e se justificou a sua fallencia com boa fé por sentença de 29 de novembro de 1790, outro o da apresentação com cessão de bens que fez na mesma junta o negociante Joaquim Pedro Bello, e que se declarou justificado por sentença de 30 de outubro de 1792.

§ 194

As *utilidades* dos devedores de boa fé, que fazem cessões de bens, e que são julgados fallidos de boa fé não são poucas. Aos negociantes fallidos, que se habilitam com os requisitos do dito alvará de 13 de novembro de 1756, se lhe salvam de todas as dividas dez por cento para si e sua familia, deduzidos do monte de seus bens antes de toda outra deducção: todas as dividas de preterito ficam extinctas, e não são obrigados a ellas, ou ao resto que se não pagou por seus bens, aindaque venham a melhor fortuna. (Veja-se ao diante o § 500 e 513.)

§ 195

Aos mais fallidos de boa fé (não negociantes) e que se justificam taes, tambem não são poucas as utilidades que lhes resultam das cessões de bens; porque, 1.º, os liberta das prisões, *Codigo civil dos francezes*, artigo 1270, *Codigo civil do Imperador José II*, § 376, Orden., L. 4,

T. 76; porque, 2.º, se lhe salvam os vestidos, camas e instrumentos, que dizem os codigos e DD. referidos, §§ 137 e 138; porque, 3.º, supposto que vindo a melhor fortuna sejam obrigados complementar as dividas que seus bens não poderam satisfazer, comtudo a Orden., L. 4, T. 74, no fim do principio lhe salva para o futuro o beneficio da *competencia*; de fórma que, se depois de feita a cessão houver outros bens de novo, diz a Orden., será obrigado por elles á divida, *comtantoque lhe fiquem tantos bens, com que rasoadamente se possa manter segundo o seu estado e condição em maneira que não pereça de fome, segundo arbitrio de bom juiz*; ordenação que teve por fonte a L. 4 e 6, ff. de *Cessib. bon.* Conf. cum aliis Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 12, sub n. 59, Van-Esp., de *Jur. Ecclesiast.*, P. 3, T. 9, C. 4, n. 37, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 24, n. 11. *Sed si postea modicum acquisiverit, præter alimenta, non debeat conveniri iterum.* Brunnem., na d. L. 4 e 6, n. 1 e 2, *Cod. Qui bon. ced. poss.*, Barbos., na L. 12, n. 14, ff. *Solut. Matrim.* Bem que adverte o citado Van-Esp., sub n. 37, que aqui deve ser circumspecto o arbitrio do juiz (com que se conforma a nossa Orden.). Sobre tudo isto, 4.º, o *Codigo Josefino*, sub § 376, é tão humano com os fallidos de boa fé, que fazendo cessão de bens, lhes deixa não só os vestidos, as camas, e os moveis indispensavelmente necessarios para elle, mulher e filhos, mas para todos (quando desprovidos de outros meios) os alimentos absolutamente necessarios, um *tanto* por dia e por cabeça a cada um; mas só aos que gosam do beneficio da *competencia*, ut infra § 196.

Não faça o negociante de boa fé essa apresentação na junta, não se justifique, e verá o que lhe succede: Ser criminado e punido na fórma da Orden., L. 5, T. 66, suscitada no alvará de 13 de novembro de 1756, e ficar privado d'aquelles beneficios (§ 194). Não faça cessão de bens outro não negociante; não se justifique; e verá o que lhe succede; executar-se-lhe tudo, *usque ad saccum et peram*; e ficar privado d'aquelles beneficios (§ 195). E isto não é nada? Não é hoje

depois do assento praticavel e util á cessão de bens pelos devedores de boa fé? Que pouco pensaram aqui Mello e Sousa!

ARTIGO III

Uso e utilidade do beneficio da «competencia»

(a quem o direito o concede)

depois do assento

§ 196

O direito romano concedeu este beneficio na lei 16 e seguintes ff. *de Rējudic.*, aos ascendentes e descendentes (não aos padrastos e madrastas), aos irmãos e irmãs, aindaque unilateraes, aos socios universaes, ao marido e mulher reciprocamente, ao doador demandado pelo donatario, ao soldado pelas dividas contrahidas em rasão da milicia, aos filhos familias pelas contrahidas *sub sacris paternis*. ao que uma vez fez cessão de bens, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 3, § 20. Os DD. o ampliaram aos clerigos (pelo C. Oduardus, *de Solut.*), aos nobres, aos doutores e bachareis, advogados, estudantes, etc., Stryk., *supra*, § 21, ad aliqua Moraes, L. 6, C. 12, n. 61, Lim., ad Ordin., L. 4, T. 74, § 1, a n. 41, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 11, a n. 73, Voet., *ad Pandect.*, L. 42, T. 1, n. 46, Altim., Tom. 7, Q. 47, a n. 981.

§ 197

Este direito romano foi adoptado na Hespanha pela lei que transcreveu Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 24, n. 1, cum seqq. O *Codigo civil do imperador José II*, no § 377, restringiu este privilegio da congrua alimentaria só: 1.º, aos doadores por actos beneficos; 2.º, aos ascendentes e descendentes; 3.º, á mulher relativamente ao marido; 4.º, aos irmãos e irmãs bilateraes ou unilateraes: que o beneficio da competencia está em uso de algumas nações, o attesta o citado Stryk., d. § 20, Groenneweg., *de Leg.*

abrog., ad L. 6, 16, 21 e 22, ff. *de Rejudicat.* Está em uso na Sardenha pelo seu Código, L. 3, T. 32, a § 43.

§ 198

No nosso reino antes d'este assento vemos na pratica do fóro recebido este beneficio da competencia dos tres casos julgados, que refere Peg., For., C. 5, pag. 404. Os effeitos d'este beneficio são não poderem essas pessoas ser excutadas *ultra quam facere possint*, e se lhes reservarem uns competentes e bem regulados alimentos por um prudente arbitrio do julgador, conforme as qualidades das pessoas e quantidade dos bens, Salgad., supra, a n.º 12.

§ 199

As pessoas a quem compete este beneficio o podem oppor, como mais favoravel, sem fazerem cessão de bens, Van-Esp., *de Jur. Eccles.*, P. 3, T. 9, C. 4, n. 40, Lim., ad Ordin., L. 4, T. 74, § 1, n. 41, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 11, a n. 73. De fórma que, como diz Boehmer., *ad Jus.*, ff. L. 42, T. 3, § 3, essas pessoas com a cessão *omnia amittunt*; e com aquelle beneficio *omnia necessaria alimenta retinent*. Conf. Altim., supra, 992.

Cessa porém este beneficio n'aquelles devedores, que por officio ou arteficio, se podem commodamente alimentar a si mesmos, Stryk., *Us. mod.*, L. 42, T. 3, § 22, *Cod. Josefno*, supra, § 378. Bem como se as pessoas mesmas, contra as quaes exequentes se objecta pelos executados este beneficio, são ellas mesmas tão pobres, que se dimittissem esses alimentos, ficariam ellas mesmas privadas do necessario, *Cod. supra*, Altim., supra, n. 1013, não assim no caso em que o doador pobre oppõe este beneficio ao donatario pobre, porque é melhor a condição do doador pobre, Luc., *de Cred.*, Disc. 121, n. 14, Altim., supra, n. 1023.

Nota: O citado Boehmer., *ad Jus.*, ff. 42, T. 1, § 37, se oppoz ás ampliações dos DD. (§ 195,) restringindo este be-

neficio a muito poucas, bem como o *Codigo Josefino* (§ 196), E Thomas., *Not. de Us. hodiern. ad Pandect.*, L. 42, T. 3, não negando o justo do seu uso, diz ser raro; do que não duvido, ou seja por ignorancia dos advogados, que o não aconselham a seus clientes, ex Stryk., *Us. mod. Pandect.*, in *Discurs. prælimin.*, § 34, ou seja porque depende dos muitos requisitos, que expõe Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 50, artigo 3.

CAPITULO VIII

Execuções das sentenças proferidas em acções reaes e pessoas; embargos que em todas se podem oppor pelos condemnados em quaesquer d'ellas; quando sem ou com effeito suspensivo; de quaes possa o juiz executor tomar conhecimento, e quaes deva remetter.

ARTIGO I

**Execução da sentença que condemna a um facto;
da que condemna na restituição da cousa já inexistente na mão
do condemnado;
e da que condemna a restituir a cousa que elle detem**

§ 200

Se algum tem sido condemnado a fazer, e entregar uma obra, que possa ser exêcutada pelas mãos de um terceiro, o juiz deverá dar ao vencedor a faculdade de fazer executar esta obra por um terceiro, de fórmula comtudo que seja o menos custoso a ambas as partes, e recobrar a sua indemnisação á carga do executado, ou bem demandar o pagamento do valor do facto, ou da obra com damnos e interesses. Se a obra não pôde ser executada pelas mãos de um terceiro, o juiz deverá, a requerimento do exequente, constranger a parte condemnada, por qualquer pena pecuniaria ou mesmo corporal, ao complemento do seu dever; será comtudo livre a parte vencedora que não quizer insistir sobre o complemento da obra, demandar o pagamento do valor, e os damnos e interesses. *Codigo Josefino*, §§ 323 e 324. N'estas distincções coincide Mo-

raes, de *Execut.*, L. 6, C. 12, n. 84, e largamente Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 51, digno de ser visto.

Se o condemnado entregar ao vencedor alguma coisa movel ou raiz que julgasse pertencer-lhe, e ao tempo da execução já não existir na mão do condemnado, ou porque tenha *perecido* depois da sua mora; ou porque, sendo movel a tenha occultado, ou porque deixasse de a possuir por dolo, ou porque seja difficil o apresenta-la e entrega-la; n'estes casos executa-se no réu a sua estimação, e quando o dolo se convence, se estima pelo juramento *in litem*, Moraes, L. 6, C. 12, a n. 15.

Nota: Ha aqui uma juridica distincção, qual é: Se o réu não entrega a cousa, porque diz *perecêra* sem sua culpa, ou mostra a difficuldade moral de a entregar; n'este caso, cessando o juramento *in litem*, e sem nova sentença se liquida o valor da cousa que se executa; e julgando-se o liquido, procede a execução por elle: se porém o réu vencido é culpavel na entrega, e doloso; n'este caso é preciso accusar a contumacia ou o dolo; e que por sentença seja condemnado na estimação que o vencedor jurar, Moraes, *supra*, n. 90.

§ 201

Se a cousa que se executa está em poder do condemnado; n'este caso entra aqui a clara disposição da Orden., L. 3, T. 86, § 15, a determinar, *ut ibi*:

«E quando a sentença, de que se requer execução, for porque algum seja condemnado por acção real, ou pessoal que entregue ao vencedor, assignar-lhe-ha o juiz da execução termo de dez dias para que a entregue, se ahi for achado. E não sendo ahi achado, será citado para lhe assignarem o dito termo á sua revelia se não acudir á citação, o qual termo passado, se a não entregar, *se tirará* logo em effeito do poder da parte condemnada, sem mais para isso ser citada, e será entregue ao vencedor. E dizendo o condemnado que tem embargos á sentença, ou á execução d'ella, o vencedor dará fiança a tal cousa, e a todas as perdas e damnos como acima dissemos, quando a condemnação é de quantidade. E sendo a cousa de raiz dará fiança aos fructos d'ella sómente. E não dando a dita fiança, o executor mandará sequestrar as

cousas em que for feita a condemnação. . . e pôr em arrecadação os fructos, se forem bens de raiz. E em quanto se assim não fizer a penhora ou sequestro, a parte condemnada não será ouvida com embargos ou suspeições de qualquer qualidade que sejam com que venha a impedir a execução. Porém feita a dita penhora ou sequestro, poderá vir com os embargos, que tiver, apresentando-os perante o juiz da execução *dentro de seis dias* do dia da penhora ou sequestro, e se procederá sobre os embargos na fôrma que acima dissemos das outras execuções.»

§ 202

Estes dez dias devem assignar-se em audiencia, ex praxi, de qua Vanguerv. Cabral, P. 3, C. 6, n. 62. Se o vencedor se arroga á posse sem os fazer assignar, ou dentro d'elles, commette espolio que deve *ante omnia* purgar restituindo o vencido á sua posse, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 48, in rubr., a n. 40, et ad Ordin., L. 3, T. 86, § 15, a n. 3, Reportor., debaixo da conclusão *Dez dias se dão para entregar*, etc. Não é porém preciso assignarem-se ao possuidor estes dez dias para dimittir a coisa vencida e a posse n'estes casos.

1.º Quando se trata de execução e immissão na posse vencida por acção de espolio, porque então o espoliado póde com a sentença, sem mais citação do espoliador, immittir-se na posse; como refere julgado o citado reportorio, e sem alguma fiança, por mais que a execução se embargue, Silv., ao d. § 15, a n. 24, et ad Ordin., L. 3, T. 48, in rubr. n. 43, Solan., *ad Regim. Fodin.*, § 4, n. 22, pag. 25.

2.º Quando se trata de execução formal de partilhas, visto que a especial Orden., L. 4, T. 96, § 22, manda geral e indistinctamente que: «Sendo a partilha acabada *se metterão os herdeiros de posse de seus quinhões*, conforme as cartas de partilhas, que lhe forem passadas, sem embargo de quaesquer embargos, etc.» E ássim o notam Solan., supra, n. 21, Leit., *Fin. Regund.*, C. 14, n. 9, Silv., á d. Orden., § 15, n. 22; não se póde porém omittir, sem

nullidade á citação para a execução da carta de partilhas, Peg., 1, For., C. 5, pag. 380, Col. 1.

3.º Quando qualquer embargou a execução como terceiro possuidor, se os embargos se julgam não provados a final, se prosegue a execução nos bens que elle assim impediu, e o adjudicatario, ou arrematante se quer depois entrar na posse pela sua carta, não é necessario que cite nem assigne os dez dias a esse terceiro possuidor, que embargou e ficou vencido, como bem demonstra Silv., á mesma Orden., d. § 15, desde o n. 7 até o n. 16.

§ 203

Quando porém (exceptuados estes casos) é preciso, que se assignem os dez dias em audiencia, é preciso que tambem se cite a mulher do condemnado, como contra Cald. e Barbosa segue com Mend. o citado repertorio debaixo da dita conclusão, *dez dias se dão para entregar a cousa*, etc., elles não podem pretermittir-se, coarctar-se, ou prorogar-se, como com Gam. e Barbos., segue Silv., ao d. § 15, n. 6.

§ 204

O mesmo § 15 diz, que querendo o condemnado embargar, ou o vencedor afiançará, ou haverá sequestro até a decisão dos embargos, etc. (que manda então oppor em seis dias, etc.), e vem a suppor a regra que taes embargos n'este caso nunca suspenderão a execução, e só elegeu meio de interinamente, ou afiançar o vencedor querendo entrar na posse, ou sequestrar-se a cousa; porém está entendido, que o rigor d'esta ordenação não procede n'estes dois casos.

1.º Quando o condemnado oppõe retenção por beme-feitorias, porque estes embargos suspendem a posse, emquanto se não depositam pelo vencedor, Silv., supra, n. 21, Peg., de *Interdict.*, 822 et 823, Repertor., debaixo da conclusão, *Sequestro se fuz quando se vence alguma cousa* etc., Let. (σ)

2.º Se os embargos são de nullidade intrínseca provada pelos autos, porque a nullidade provada impede e suspende a execução, e faz correr os embargos nos mesmos autos, assim como uma nota do senador Themudo o repertor. *supra* proximè.

Nota: Se a citada Orden., no d. § 15, equipara n'este caso os embargos, com os mais que se oppõem nas outras execuções; é consequente que em todos os mais casos, em que elles as fazem suspender (como veremos no art. 5) da mesma fórma surtirão esse effeito os oppostos no caso de que tratámos: quando elles não suspendem, e o vencedor para entrar na posse deve afiançar; se basta a caução juratoria, vide Silv. a n. 26, Mor., L. 6, C. 10, n. 3, aonde assenta que nem basta essa caução; nem basta que seja rico, nem basta que dê penhores, etc. E acrescenta, n. 6, que deve prestar esta fiança aindaque não lhe seja requerida; e a n. 8, como deva prestar-se essa fiança: só sim excusa d'ella ao vencedor n'estes casos: 1.º, quando os embargos se oppõem fóra do termo legal, ut n. 11: 2.º, quando se executa formal de partilhas, ut d. n. 11, * *Item alter* junto o n. 2, ex Phæb., P. 2, art. 52; bem que isto se limita, quando se trata de execução de bens sonegados em inventario, como refere julgado Peg., Tom. 7, á Orden, pag. 225, n. 108. in fin.

ARTIGO II

Embargos que se podem oppor contra ambas as especies de execução, quaes os da desordem e nullidade do procedimento, os infringentes do julgado, os expressa ou tacitamente reservados na sentença e a que ella mesma dá motivo, os de novo supervenientes depois de passar em julgado.

DIVISÃO I

Desordem e nullidade do procedimento

§ 205

Póde fundar-se esta especie de embargos: 1.º, que não procedeu sentença solemne extrahida do processo, e exequível nos termos que fica dito no Cap. 1; 2.º, que o juiz perante o qual a execução se requer é incompetente, se-

gundo as distincções ao C. 2, e ao § 14, addicione-se Peg. 1, For., C. 5, pag. 408, Col. 1 (aonde quando a sentença foi proferida na correição do civil, que pelo mesmo juízo pôde executar-se, e França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 221, aonde que esta excepção suspende, menos que seja necessario provar-se *ab extrinseco*); 3.º, que não compete a execução da sentença nem ao agente, nem contra aquelle, a que se dirige a execução passiva, conforme a variedade de casos, que ficam distinctos no C. 3; addicionando-se (a) que pôde objectar-se ao agente o defeito do mandato, Peg., 1, For., C. 5, pag. 404, Col. 2, * *idem dicendum et * etiam parte non opponente*; (b) que a sentença mesma exclue o agente, Peg., supra, pag. 1395, Col. 1, * *in exceptione*; (c) que não houve para a execução a habilitação de herdeiros, que deveria haver dos herdeiros do defunto, que pudeceu a sentença, Peg. 1, For., C. 5, pag. 395, Col. 1, * *Et quid in exceptione* et pag. 395; (d) que sendo a sentença obtida contra muitos co-herdeiros, se executa injustamente contra um *in solidum*, Peg. 1, For., C. 5, pag. 397, Col. 1, * *Idem dicendum*; menos que se não execute contra o cabeça de casal, que ainda retém os bens da herança e d'esses outros co-herdeiros, Peg., supra, pag. 397, Col. 2, * *Nisi condemnatus*; e menos que se não usasse da acção hypothecaria contra um dos co-herdeiros possuidor da hypotheca. (Vej. §§ 33 et 34.)

§ 206

4.º Póde objectar-se por embargos, que não procedeu liquidação, nos casos em que é precisa, e se expozeram no C. 4, addicionando-se Peg. 1, For., C. 5, pag. 399. * *Et quid in exceptione illiquidi* et pag. 404, Col. 2, no fim (aonde, que quando alguém é condemnado a fazer partilhas, se pôde objectar, que primeiro se devem liquidar os bens, que n'ellas deverão entrar); pôde addicionar-se Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 106, declarando porém no n. 107, que esta regra só procede e só a

execução se suspende até a sentença da liquidação; e depois d'esta não ha mais embargos de erro de calculo suspensivo sem deposito, nem appellação suspensiva; declara no n. 108, que emquanto ha illiquido, a execução se suspende, ainda mesmo que o vencedor queira caucionar a restituição do que mais exigir, e a liquidação venha a apurar: limita no n. 3: «Si ex eisdem actis Sententiæ illiquiditas aboletur, aut ex sequentibus, vel præcedentibus ejusdem Sententiæ verbis; tunc potest victor nullo interveniente liquidationis judicio ad executionem convolare... ut si appareat liquidatio ex Instrumento publico in actis producto». Confirma-se o § 81.

5.º Que faltou a citação legitima, e tudo o mais que devia preceder, e praticar-se antes da penhora, e da immissão na posse, conforme o exposto no C. 5, e desde o § 198 até 203, addicionando-se que ainda para a execução de carta de partilhas é necessaria citação, ex Peg. 1, For., C. 5, pag. 379, Col. 2, et pag. 380, e em todo o caso a mulher, tratando-se de execução em bens de raiz, deve ser citada, Peg., supra, pag. 398, quem vide.

§ 207

6.º Póde objectar-se como com desordem e nullidade, que se penhoraram bens privilegiados ou de pessoas, em cujos bens se não podia fazer penhora por essa divida, como fica demonstrado no C. 6, e emfim, que se procedeu até aqui com algum dos excessos legaes que substanciei no § 67.

DIVISÃO II

Embargos infringentes do julgado em qualquer . das especies de execução

§ 208

A ordenação, L. 3, T. 87, § 1, permite por uma parte, que os condemnados poderão oppor *todos os em-*

bargos de nullidade, assim como que a sentença foi dada contra parte não citada (a), ou que foi dada contra sentença (b), ou que foi dada por peita ou preço que o juiz houve (c), ou por falsa prova (d), ou por juiz incompetente em parte ou em todo (e), ou sobre bens de raiz sem procuração ou citação da mulher (f), ou com falso procurador (g), *ou outros semelhantes, porque se conclue, segundo direito, a sentença ser nulla*(h). •

(a) Se a citação não consta dos autos, estes mesmos fazem prova negativa de que não a houve, Bagn., C. 1, n. 70, Barbos., ad Orden., L. 3, T. 1, in rubr. n. 5, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 9, sub n. 22. E n'este caso, sendo nullo o processo e sentença, ex d. Orden., et Tit. 75, os embargos suspendem a sua execução, Mor., supra, d. n. 22, Phæb., P. 2, Ar. 77: E o mesmo se dos autos sim consta a citação; mas que feita nullamente, ou por mandado nullo, Mor., * *Idem erit*. Se porém dos autos consta a citação, mas o condemnado a quer arguir falsa pelos modos (e os unicos) que indica o citado. Bagn., C. 2, a n. 41, n'este caso depende essa falsidade de uma prova extrinseca, que, a não se fazer por documentos indubitaveis, depende de alta indagação, e não suspendem os embargos a execução, Moraes, supra, d. n. 22. Sed vide Silv., ad Orden., T. 75, in pr., a n. 24 ad 29.

(b) Não deixam de haver casos, em que subsista uma sentença proferida contra outra, quaes os que diz Silv., á Orden., L. 3, T. 75, in pr., a n. 39 ad 48.

(c) O mesmo Silv., á Orden., L. 3, T. 75, in pr., n. 49 e 50, declara que isto procede quando o preço ou dinheiro foi dado antes da sentença, ou quando de tres juizes fosse um só d'elles corrupto. •

(d) Para se convencer a falsidade da prova por outras testemunhas é necessario que se verifiquem os requisitos, de quibus Peg., no tratado historico, n. 222. E como adverte o mesmo Silv., á Orden., L. 3, T. 57, in pr., n. 35: «Si quis proponat Sententiam fuisse latam per falsos testes et pecunia corruptos non sufficeret sola probatio corruptionis, nisi etiam probetur falsitas». Conf. Pereir., *de Revision.*, C. 5, a n. 23. Se pois por prova extrinseca se pretende mostrar que a sentença foi proferida por falsa prova, não suspendem os embargos a execução; *aliter*, se por documentos contrarios, ou pelo mesmo que juraram as testemunhas é visivel a falsidade. Assim distingue Mor., L. 6, C. 9, n. 25.

(e) Deve entender-se, quando o juiz, que proferiu a sentença, era improrogavel, ex Silv., ad Orden., L. 3, T. 75, in pr., n. 61 e 62 et 67, caso em que a incompetencia se pôde pôr por embargos, ex eod. Silv., ad Orden., L. 3, T. 49, § 2 a n. 74, e então se esta incompetencia consta pelos autos, têm os embargos effeito suspensivo, *aliter*, se depende de prova extrinseca, Mor., de Exec., L. 6, C. 9, n. 24, aonde reprová, Cald., For., L. 2, Q. 36, n. 10, e declara a doutrina de Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 44, que também declara França, ibidem, n. 224 e 222, segundo a distincção de Moraes.

(f) Tem a mesma distincção: ou esse defeito consta pela inspecção dos autos, e os embargos suspendem; ou depende de prova extrinseca, e não suspendem, Mor., L. 6, C. 9, n. 22 et 23.

(g) Se dos autos consta que o que a tratou como procurador observando-se tal, não juntou o mandato, ou se o juntou, se mostra que o procurador era inhabil, ou que não podendo substituir substituiu, ou que o mandato tinha expirado, n'estes casos os embargos suspendem; aliás dependendo de provas extrinsecas, Mor., n. 23.

(h) Outros muitos *similhantes casos*, por que segundo direito a sentença é nulla, refiro nas *Segundas linhas sobre o processo civil*, Not. 578.

§ 209

Por outra parte: a mesma Orden., prohibindo no fim do § 1 embargos *offensivos da sentença valida* já dada contra o condemnado, diz no § 2, que: «Quando os embargos... forem taes, que offendam e desfaçam as sentenças definitivas, não se poderão pôr e allegar ao tempo da execução, salvo se o embargante jurar, que novamente vieram á sua noticia depois que a sentença foi dada e passada pela chancellaria, quando a sentença é de qualidade que ha de passar pela chancellaria (a), ou se esse, que os allegasse fosse soldado (b) ou lavrador rustico (c), e cada um d'elles morasse e litigasse em aldeia ou lugar, onde não houvesse letrados com quem se podesse aconselhar; porque estes taes por privilegio especial, que lhes por direito é outorgado, podem allegar os taes em-

bargos depois das sentenças definitivas, aindaque as offendam ou desfaçam em todo, ou parte d'ellas.»

(a) O juramento é o modo mais commum de provar a ignorancia, Menoch., *de Arbitr.*, Cas. 186, Barbos. et Tab., L. 9, C. 6, Ax. 7. Porém lá se deduz da Orden., L. 5, T. 12, § 1, que a ignorancia não escusa quando rasoadamente se póde conjecturar que era sabedor; lá está a Orden., L. 2, T. 11, § 5, mandando abandonar juramento inverosimil: lá estão os DD. apud Barbos., supra, dizendo improvavel por juramento a ignorancia, *quando alleganti ignorantia adversaretur aliqua juris præsumptio*.

(b) Este privilegio é expresso em direito na L. 1, Cod., *de Jur. et fact. ignor.*, e nem ainda é preciso, que expressamente implore a restituição, Silv. ao mesmo § 2, n. 5; cessa porém esse privilegio; 1.º, se for jurisperito; 2.º, se teva possibilidade de consultar peritos, Silv., n. 6 e 7.

(c) «*Sola rusticitas causa restitutionis in integrum non est, nisi errorem, quem rusticus commisit, adhibita diligentia, qualis in istiusmodi homines cadit, et consultis peritioribus, vitare facile non posset.*» Leyser., *ad Pandect.*, Spec. 64, Med. 8, L. 2, Cod. *de In jus voc.* Berger. *æconom. Jur.*, L. 3, T. 15, § 14, n. 4. Aindaque elles habitem em terras, aonde não haja letrados; basta que os haja nas cidades ou villas vizinhas, aonde facilmente possam ir, para serem inexcusaveis com tal pretexto, Silv., ao d. § 2, a n. 10. E que diremos no tempo presente, em que rara é a aldeia em que não haja letrado?

§ 210

Similhantermente, os menores que aliás pelo beneficio da instituição fazem suspender as execuções das sentenças, como ao diante veremos (art. 5), elles podem oppor embargos offensivos das sentenças, Peg., For., C. 5, pag. 400, Col. 2, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 16, * *Secunda* et a n. 39.

§ 211

Continua a mesma Orden., § 3. «E bem assim, quando o réu fosse condemnado á revelia por nunca appare-

cer em juízo por si ou por seu procurador até se dar contra elle a sentença, pela qual se pede a execução contra elle, este tal se *em sua pessoa não for citado* (a) poderá allegar embargos, de qualquer qualidade que sejam, posto que os não houvesse de novo, comtanto que os allegue dentro dos ditos seis dias. Porém se sendo citado *em sua pessoa*, não appareceu em juízo por si, nem por seu procurador, *por não querer*, não poderá vir com taes embargos, senão como podéra vir se por si ou por seu procurador litigára.

• Assim o refere julgado Mor., de Exec., L. 6, C. 9, n. 16, * *Quintam*, Silv., ao d. § 3. Porém devem notar-se as mysteriosas palavras da lei, e repetidas *em sua pessoa* para exceptuar o caso em que a citação fosse por editos, ou o caso de ser feita *ad domum*, e não em pessoa. Também as palavras *por não querer* são mysteriosas, suppondo da parte do réu uma contumacia verdadeira, a qual só se dá no citado *em pessoa*, ou quando citado responde expressamente *que não quer comparecer*, Silv., á Orden., L. 3, T. 15, in rubr.; a n. 2, Boehmer.; *ad Pand.*, Exerc. 24. Valasc., de *Privil. Pauper.*, P. 1, Q. 65. De fôrma que se o réu, que nunca appareceu, ainda que citado em pessoa, se exculpar com algum justo impedimento, e que por causa d'elle e não *por não querer*, não appareceu em juízo, parece que deverá ser favorecido e admittido a oppor embargos offensivos.

§ 212

Sobre estes embargos offensivos da sentença que admitte a lei, assim analysada, os DD. admittem em alguns outros casos esta especie de embargos; como, 1.º, contra a interlocutoria que não tenha força de definitiva, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, § 2 et 3; como, 2.º, nos supremos tribunaes ou senados, em que se mitiga o rigor da lei, como attesta e refere julgado Moraes, L. 6, C. 9, n. 16, * *Sextam*; como, 3.º, quando a parte contraria não oppõe a prohibição d'esta lei, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, in pr., n. 14; como, 4.º, quando se allega que é falso o fundamento da sentença, e contra a verda-

de pura do negocio, Silv., supra, n. 4; como, 5.º, quando se allega que a sentença não fôra proferida na conformidade das tenções, Silv., n. 6; como, 6.º, quando se allega que a causa e fundamento da sentença tem cessado, Silv., n. 5. Por exemplo, o commodatario, o guarda, o tutor, condemnados na estimação da causa perdida, podem allegar que seu dono a achou e recuperou sem preço, Moraes, L. 6, C. 9, n. 31. Ha outros muitos casos similhantes, em que a causa da sentença se reduz a não causa, quaes os que refiro nas segundas linhas sobre o processo civil, Not. 574, n. 5.

DIVISÃO III

**Embargos expressa, ou tacitamente reservados na sentença,
e a que ella mesma dá motivo**

§ 213

Podem aqui figurar-se diversas especies: uma, quando os embargos são fundados na expressa reserva, que d'elles se fez na sentença, para se opporem na execução; e então se admittem suspensivamente, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, in pr., n. 29, Peg. 1, For., C. 5, pag. 400, Col. 1, *† Et in exceptione reservationis factæ in Sententia*; outra, quando a sentença mesma faz alguma expressa declaração, como a transcripta por Peg. 1, For., C. 5, pag. 358, Col. 1, aonde, condemnado um herdeiro, que o era a beneficio de inventario, se declarou que na execução só se penhorassem os bens da herança, e não os seus proprios; outra «quando Sententia condemnat sub aliqua modificatione, vel limitatione, potest opponi a Reo per exceptionem, non esse verificatam; et tunc Sententiæ executio retardatur et suspenditur, donec constiterit, et constitutum sit de limitato jure». Peg. 1, For., C. 5, pag. 405, Col. 1, in pr. Confira-se Salgad., *de Reg. Prot.*, P.

4, C. 13, a n. 34, Nigr. Cyriac., Contr. 242; outra, quando a sentença mesma é condicional, concebida com alguma condição, por exemplo; *tirados e exceptuados alguns bens: Solutis prius expensis, et melioramentis, etc.*: veja-se largamente o citado Cyriaco. Confirma-se Moraes, de Execut., L. 6, C. 9, n. 109.

§ 214

Outra: «In exceptione exclusiva juris agentis quæ resultat ex eodem fonte Sententiæ, aut libelli petitionis». Peg. 1, For., C. 5, pag. 395, Col. 1. «Idem in exceptione nata ex eadem Sententia probata ex illius inspectione judicatum vidi». Peg., supra, pag. 396, Col. 2, post med.

§ 215

Ha excepções modificativas, que se oppõem na causa principal, como compensação, solução, bemfeitorias e outras taes; e o juiz não as attende na sentença final, mas condemna ao réu no pedido: entra aqui a duvida; se se subentendem reservadas para a execução, e se n'ella se podem oppor? Distinguem communmente os DD., que se foram expressamente reprovadas, como impertinentes, ou porque não provadas, não se podem repetir na execução; se porém o julgador na sentença não as reprovou expressamente por alguma d'aquellas razões, se subentendem tacitamente reservadas para se poderem repetir na execução: assim Peg. 1, For., C. 5, pag. 411, Col. 2, * *Ideoque*, et * *Quod intelligendum*, Moraes, de Execut., L. 6, C. 9, n. 17, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, n. 15 até 18, Brunneman. na L. Si autem §. Quocumque ff. de Neg. gest.; e n'este sentido se entende a Orden., L. 3, T. 87, § 1, in fin. nas palavras *se já na causa principal foram allegados*, como bem interpreta o citado Moraes; o mesmo, se na causa principal se oppoz a excepção *de ser herdeiro a beneficio de inventario*: porque não se dis-

putando se gosava ou não d'elle, se subentende reservada para a execução, Peg. 2, For., C. 11, n. 66; o mesmo nas bemeitorias, Moraes, n. 118.

DIVISÃO IV

Embargos de novo supervenientes depois de passar em julgado a sentença

§ 216

Taes são, 1.º, os embargos, em que se allega a prescrição do direito executivo, que produz a sentença, pois que elle prescreve por trinta annos, ainda com má fé, (*quidquid sit*, quanto á obrigação principal), Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, § 1, n. 27, Peg. 1, For., C. 5, pag. 408, Col. 1, * *Exceptio*, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 356, Guerreir., Tract. 2, L. 8, C. 13.

§ 217

Taes são, 2.º, os embargos, em que se propõe a justiça contra a sentença, por meio de documentos de novo apparecidos; concorrendo os requisitos que expõe Silv., a Orden., L. 3, T. 87, a n. 15, Peg. 1, For., C. 5, pag. 403, Col. 2, * *Idem dicendum est*. Vejam-se as segundas linhas sobre o processo civil, Not. 471, a n. 9 e 574, com os mais DD. ahi citados; e se apparece de novo quitação antecedente da divida, em que o réu havia sido condemnado, póde com ella oppor compensação da julgada, Bérzan., de *Compensat.*, C. 4, Q. 1, n. 18.

§ 218

Taes são, 3.º, os embargos em que se allega, que depois da sentença houve, ou (a) transacção entre as partes, Peg. 1, For., C. 5, pag. 406, Col. 2, Moraes, L. 6,

C. 9, n. 30, França, *supra*, n. 329 et 330, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 87, § 1, n. 21; ou (b) novação, Peg., *supra*, pag. 406, Col 2, et 407, Moraes, d. n. 30, Silv., n. 22; ou (c) delegação, Franç., n. 331; ou (d) solução, Moraes, n. 27. * *Notabis*, Silv., n. 19, Peg., n. 23.

§ 219

Taes são, 4.º, os embargos, em que se allega proferida a sentença por falsos instrumentos e provas, cuja noticia sobreveiu, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, in pr., a n. 9, (Conf., § 208, Not. d.)

ARTIGO III

Embargos proprios e peculiares contra as execuções que procedem por dividas liquidas e modificativas

§ 220

A esta classe pertencem (1.º) os embargos, em que o condemnado mostra, que sim foi herdeiro do devedor, mas só a beneficio de inventario (aindaque feito pela cabeça de casal e não por elle) Peg. 1, For., C. 5, pag. 357, Col. 2, * *Nisi*, et pag. 358, * *Neque* et pag. 368, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 104, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, § 1, n. 35: comtantoque (1.º) mostre exaurida a herança do devedor, Peg. 1, For., C. 5, pag. 408 et 409; comtantoque, 2.º, dê contas exactas dos bens da herança e das dividas, em que se consumiram, Bagn., C. 66, a n. 190, Peg. 2, For., C. 11, n. 65; comtantoque, 3.º, não pagasse com má fé a crédores menos privilegiados, em fraude dos mais privilegiados, Peg., *supra*, * *Nam quamvis*, et pag. 824, Col. 2, * *Si autem solverit*; comtantoque, 4.º, mostre inventario solemne feito no tempo legal, Peg., d. C. 11, a n. 62; e mostran-

do-o assim, esta excepção suspende a execução, Peg., d. C. 11, n. 66: vide pro cunctis Bagn., d. C. 66, tot., e acima no § 31. Vej. § 268, Not.

§ 221

Pertencem a esta classe (2.) os embargos, em que o executado oppõe o beneficio da *competencia, et ne conveniatur ultra quam facere potest*; como tres vezes diz julgado Peg. 1, For., C. 5, pag. 404, Col. 1, e admite Moraes, L. 6, C. 9, n. 104 (aonde que esta excepção suspende a execução, aindaque pareça depender de alta indagação); excepção, que apesar da inutilidade, a que a reduziram Mello e Sousa, largamente defendi desde o § 193; comtantoque se verifiquem os requisitos, que fazem precisos os DD. referidos no § 193, e Moraes, supra, n. 105, para mostrar os quaes e suas fallencias seria necessaria aqui uma grande digressão, satisfazendo-me com remissão a esses DD., e Altimar., de *Nullit.*, Tom. 7, Q. a n. 942 et 977, Cald., Forens., Consil. 14, Castagn., in Tract. *Deducto ne egeat*, Card. de Luc., de *Credit.*, Disc. 121 e 122, Amostaz., de *Caus. piis*, L. 7, C. 5, 6, 7, e outros que estes citam.

§ 222

Pertencem a esta classe (3.) a excepção do compromisso e injúcias concebidas pelos crédores, Peg. 1, For., C. 5, pag. 401, Col. 2. * *Excepto Compromissi*, Phæb., 1 P., Ar. 34, Moraes, L. 6, C. 9, n. 103, excepção, de que largamente tratei nas segundas linhas sobre o processo civil na Not. 293 e seguintes, a que inteiramente me remetto; e só á nota 294 acrescento, que antes do assento ahi transcripto, já se não admittia tal excepção ao que a oppunha, sem primeiro segurar o juizo, como refere julgado Moraes, supra, n. 103, no fim; e addicciono o assento de 15 de fevereiro de 1791, que obriga os negociantes estrangeiros acceder a ellas, e o Alv. de 14

de março de 1780, declarado no assento de 23 de julho de 1811.

§ 223

Pertence a esta classe (4.º) a excepção do S. Cto Velleiano, que sendo omissa na causa principal e nos casos da sua competencia (de que tratei nas *Segundas linhas* a § 309) se póde oppor na execução, como mostrei na dita nota 393, n. 5, pag. 237.

§ 224

Pertencem a esta classe (5.º) os embargos ou excepção fundada na constituição *anastaciana* (sobre a qual, e casos da sua competencia verá brevemente o publico uma minha dissertação), a qual, apesar da doutrina de Arias de Mez., L. 1, Var., C. 24, n. 7, e Fabr., in Cod., L. 4, T. 26, Def. 10, se póde oppor em todo o tempo (quando o juiz ex officio a não supra e attenda, ex Brunneman., *de Cess. action.*, C. 1, n. 25). Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 10, n. 73, Brunneman., supra, sub n. 25. * *Ut si.*

§ 225

Pertencem (6.º) os embargos de divisão da divida, quando sendo a obrigação dividua se procede *in solidum* contra um só de muitos herdeiros do devedor, aindaque os outros sejam insolvaveis, Silv., á Orden., L. 3, T. 87, § 1, n. 35, Peg. 1, For., C. 5, pag. 397, Col. 1. * *Idem dicendum.* Menos, 1.º, que se proceda contra o herdeiro cabeça de casal e possuidor dos bens, que ainda não fez entrega de suas partes aos mais co-herdeiros, Peg., supra, Col. 2, * *Nisi.* Menos, 2.º, que se não verifique alguma das outras limitações, que ficam escriptas acima nos §§ 32, 33 e 34, a que me remetto.

§ 226

Pertencem (7.^o) os embargos oppostos pelo devedor em que allega, que conseguirá bens do crêdor para pelos seus redditos se satisfazer da sua divida, ou pelo capital d'elles, e que enquanto subsiste a consignação aceite não pôde variar a executar os mais bens do devedor, Peg. 1, For., 5, pag. 404, Col. 2, * *Item etiam, ubi judicatum.*

Nota: Ha muitas especies de assignações e consignações aos crêdores pelos devedores para pagamento das dividas, que se podem ver em Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, Stryk., *de Action. For.*, Sect. 1, Membr. 5, § 33, et *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 4, § 37, et *in Us. mod.*, L. 18, T. 4, a § 14, Henriq. Coccey, Vol. 2, Disp. 33, *de Assignationibus*. Seria aqui muito extenso se me propozesse a succar o que escreveram os citados DD.; só sim reduzo o que é mais frequente a estas conclusões: 1.^a, se o devedor assignou a seu crêdor uma divida, que outro lhe devia, para se pagar da sua, cobrando aquella, esta assignação é revogavel por qualquer das partes. Coccey, supra, §§ 24 et 25, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 4, a § 24, sem que esta assignação (ainda em duvida) se deva confundir com a *delegação* ou *cessão*, Stryk., §§ 25 et 26, junto o § 42; e n'este sentido cessa a doutrina de Peg., supra, e o caso julgado ahi referido; 2.^a, se o devedor consignou a seu crêdor os redditos annuos de algum predio para se pagar de sua divida, imputados primeiro nos juros, e o excesso no capital, sem lotar esse redditto annuo em preço certo; e n'este caso, sendo o crêdor responsavel a contas do que tiver recebido, Stryk., *de Act. For.*, Sect. 1, Membr. 5, n. 33, Guerreir., supra, n. 4, enquanto não as presta, está illiquido o quanto lhe resta o devedor, e não pôde variar para o executar pelos mais seus bens: só n'este sentido se pôde praticar a doutrina e aresto de Pegas; 3.^a, se os redditos logo foram lotados como por arrendamento annual em preço certo (o que é uma mui providente cautela para o crêdor se exonerar de contas, ex Stryk., *de Cautell. Contract.*, Sect. 2, C. 4, § 37); n'este caso será facil ao crêdor offerecer uma conta corrente; e se assignaram annos certos para pagamento, não ha arrependimento da parte do crêdor, ex Guerreir., a n. 5. O mais se veja nos citados DD. a que me remetto.

§ 227

Pertencem (8.º) (a) os embargos de solução, ainda mesmo presumida por conjecturas, Peg. 1, For., C. 5, pag. 380, Col. 2, † *Et in exceptione*, pag. 382 et 383, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 27, Silv., á Orden., L. 3, T. 87, § 1, n. 19; (b) os de compensação, Peg. 1, For., C. 5, pag. 383 no fim, et pag. 384, Moraes, L. 6, C. 9, n. 29, França ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 223, Silv., á Orden., L. 3, T. 87, § 1 a n. 7; (c) os embargos de restituição, que implora o menor condemnado como fiador, e contra a fiança mesma, Peg. 1, For., C. 5, pag. 45, Col. 1, no fim, † *In exceptione restitutionis*; (d) que a cousa, em que se faz a penhora, está sequestrada por outra divida, Peg., supra, pag. 408, Col. 2, in fin. † *Impedit etiam*, Moraes, L. 6, C. 9, n. 97; menos que se não verifique alguma das restricções que indica o mesmo Moraes, n. 98, 99, 100 e 101, cum seqq.; (e) quando se oppõe a excepção *cedendarum actionum*, nos casos em que o crédor exequente é obrigado cede-las ao executado, Peg. 1, For., C. 5, pag. 410, Col. 2, in fin. † *Idemque dicendum* .; (f) quando procedendo-se contra terceiro em caso, em que os bens do devedor deviam ser primeiro excutidos, se embarga a execução, mostrando-se que o devedor não fôra bem e exactamente excutido; e indicando-se bens d'elle desembargados que não foram excutidos, P. d. C. 5, pag. 405, Col. 1. † *Idem in Sententia* ..

• Em quaes casos é o crédor exequente obrigado a ceder ao executado as acções contra terceiros e contra elle mesmo? Veja-se Olea, *de Cess. Jur.*, T. 5, Q. 1, e seguintes; porque se eu aqui os referisse faria grande digressão, satisfazendo-me com remissão a este doutor.

... Esta doutrina e aresto de Peg. não é solida; porque é questão muito opinativa, se a tal execução *Non factæ executionis* (seu *non completæ*) é *dilatoria* ou *peremptoria*, que se possa oppor em todo o tempo, ainda no da execução da sentença, Guerreir., á Orden., pag. 381, § 1, refere DD.

por uma e outra opinião. E por isso não se deve seguir como solida a doutrina de Pegas e aresto que d'elle refere.

ARTIGO IV

**Embargos proprios e peculiares,
nas execuções em que se pretendem immissões em posses**

§ 228

Se se não assignaram os dez dias em audiencia e na fôrma da Orden., L. 3, T. 86, § 15, e segundo a ordem exposta, §§ 200 até 203, nos casos em que devem assignar-se ao condemnado; n'essa desordem mesma podem fundar-se embargos e excepção de espolio (§ 201); se a sentença se executa em cousa diversa da pedida, e que ella comprehendeu, podem fundar-se embargos de excesso do julgado (§ 67); se se procede sem liquidação dos predios, aonde ella é necessaria (ut a § 69), esta immissão é um justo fundamento dos embargos, para dever praticar-se liquidação antecedente á posse; se a posse do exequente excedeu o que eram verdadeiras pertenças do predio julgado, procede o mesmo.

Nota: Assim é que a sentença proferida sobre o principal *extenditur ad connexa, pertinentia, et adherentia, ad augmentum*, etc. Salgad., *de Reg. Protect.*, P. 4, C. 10, a n. 123: assim é que «*Executor rei judicatæ latæ super re restituenda, non excedit, si eam exequatur in pertinentiis, et appendicibus, pertinentibus, annexis, augmentis, et cohærentibus ipsi rei, etiamsi in ea non exprimatur*». Salgad., supra, n. 124. Porém isto procede «*Cum hoc temperamento, ut illæ pertinentiæ saltim in genere sint antea petitiæ, licet alias ferri possit Sententia super connexis, et dependentibus, etiam non petitis*». Salgad., n. 124 et 125: por outra parte: ainda quando pedidas e julgadas, ou não pedidas mas julgadas; elle é certo que «*In facto consistunt pertinentiæ; et hinc ab allegante Actore probandæ: Quæ probandi necessitas in tantum incumbit Actori, ut quamvis pro se habeat Instru-*

mentum, cui clausula, cum pertinentiis omnibus fuerit addita; tamen hæc nihil operatur, nisi pertinentiæ possint probari Quare requiritur, ut probetur qua et qualis vendens aut concedens nomine pertinentiarum habuerit et transulerit, etc.» Stryk., Vol. 6, Disp. 3, *De probatione pertinentiarum*, C. 2, a n. 3. Os modos, meios e generos de provas com que se verificam as *pertenças*, se podem ver no mesmo Stryk., d. Disp. 6.

§ 229

Os embargos de retenção por causa de bemfeitorias são os mais frequentes n'estas execuções, e com effeito suspensivo das pretendidas immissões nas posses, Peg. 1, For., C. 5, pag. 385. * *Idem dicendum*, et pag. 393, Col. 2, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, § 1, a n. 24, Moraes, L. 6, C. 9, a n. 112, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, pag. 226, a n. 338 (aonde copiou o mesmo Moraes); porém, antes que me proponha a expor a fórmula, pratica e competencia d'estes embargos, devo prenotar dois notaveis.

§ 230

Primeiro: que póde o auctor formar artigos de liquidação sobre os fructos, e juntamente contrariar os embargos de retenção de bemfeitorias, para tudo se julgar na mesma sentença, e compensarem os fructos com as bemfeitorias, como refere julgado Peg., *de Interdict.*, C. 11, n. 857.

§ 231

Segundo: que quando os rendimentos, em que o réu se acha condemnado, excedem notoriamente a quantia das bemfeitorias que elle allega; não se deve retardar a execução por causa d'ellas, nem a immissão na posse; e se deve deferir a esta, ficando entretanto os mesmos rendimentos servindo ao réu de retenção até que a final haja aquella compensação, Cancer. 3, Var., C. 17, n. 507,

aonde em semelhante caso o refere julgado, e no identico Peg., de *Interdict.*, C. 11, n. 856, ibi:

«Provendo em seu aggravo vistos os autos, e qualidade das bemfeitorias deduzidas nos ditos artigos e estar o conde réu condemnado nos rendimentos dos bens do morgado da lide contestada, que notoriamente excedem o valor das bemfeitorias na forma deduzida, e ás que se deve ter respeito; e ficar o réu seguro com a retenção dos ditos rendimentos até a liquidação de uma e outra cousa; termos em que se não deve praticar a retenção dos proprios bens do morgado com notorio prejuizo das supplicadas, e sentença; mandam que o dito corregedor, sem embargo dos ditos artigos recebidos, execute a sentença nos bens, de que os artigos tratam, e satisfeito com a execução finda ouça o corregedor ao réu sobre todos os artigos de seus embargos, ficando salvo ao réu a retenção dos fructos até a satisfação das bemfeitorias, que se liquidarem.»

§ 232

Voltando já ao caminho: se me proponho distinguir as diversas especies de bemfeitorias, os diversos direitos a respeito das diversas pessoas bemfeitorisantes, etc., me precipito em um oceano; eu pois me limitarei aqui só ao que é mais obvio e frequente na praxe, de que trato.

§ 233

É de necessidade, para serem aptos os artigos de bemfeitorias, que n'elles se proponha: 1.º, o antigo estado da cousa e antigo valor d'ella; 2.º, o quanto se bemfeitorisou, e o quanto se despendeu nas bemfeitorias; 3.º, o valor presente, e o quanto se melhorou e augmentou de valor, Peg., Tom. 1, á Orden., pag. 51, a n. 12, Guer-

Nota: Ha casos em que a eleição de pagar, ou só o despendido, ou só o augmentado, como no caso da Orden., L. 4, T. 97, § 23, é de quem ha de pagar a bemfeitoria. Ha casos em que se paga o *menos*, como, v. g., despendendo-se 10,

e melhorando-se 20, só se pagam os 10, e vice-versa, despendendo-se 20 e melhorando-se só 10; se paga o melhorado e não o mais que foi despendido; o que é mais frequente e quasi como regra, ex Guerreir., supra, a n. 58, Peg., supra, pag. 54, n. 48, e ha opinião de graves DD. (e quanto a mim mais provavel), que, se as bemfeitorias foram feitas por aquelle que era senhor, aindaque com dominio resolúvel e em boa fé, como nos casos que distinguem Amat. Var., Resol. 14, Angelis. *de Impens. et meliorat.*, art. 7, Tondut., Civ., C. 154, e outros dos que refere Peg., supra, n. 47, Guerreir., n. 59, sempre se devem regular pelo valor do ultimo estado ao tempo da restituição. É portanto necessario que os artigos se formem como acima expuz (§ 223).

§ 234

O possuidor condemnado a restituir o predio bemfeitorisado o póde reter não só pelas bemfeitorias, que elle mesmo fizesse, mas pelas que tivesse feito seu antecessor, do qual foi successor por titulo universal ou particular, Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 117, optime Olea, *de Cess. Jur.*, T. 4, Q. 7, n. 32; aindaque as oppozesse antes da sentença, não lhe sendo expressamente reprovadas n'ella, Moraes, n. 118; sendo porém muitos os predios, que se reivindicam distinctos e separados, e sendo só bemfeitorisado algum d'elles, só n'este póde usar da retenção, e não nos mais; menos que não sejam connexos na fórma, que expoz Moraes, supra n. 115, e França, ad Mend. (que o copiou), P. 1, L. 3, C. 21, a n. 343, ad n. 350; nem se póde usar de retenção por bemfeitorias em execução sobre restituição de espolio, França, n. 340, Moraes, sub n. 119; veja-se porém o meu Tract. dos Interdict. e Remed. possessor., § 324; limita tambem França, n. 341, quando se trata de execução de carta de partilhas, ex Mend., P. 2, L. 4, C. 3, n. 19, e póde addir-se Phæb., 2, P. Ar. 52; porém o contrario, e que a retenção por causa de bemfeitorias se póde oppor contra a execução de carta de partilhas, o defende ex professo Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 10 a n. 1.

§ 235

Oppostos os artigos ou embargos de retenção, elles sim suspendem a posse do vencedor no predio melhorado (§ 229); porém a praxe introduziu uma providente cautela, qual é, que o embargante jure as allegadas bemfeitorias no termo que se lhe assignar, com a comminação de que não as jurando, se deferir á imissão na posse; se assim citado e comminado não as jura, é lançado, e se defere a posse; se as jura, se põem em deposito pelo vencedor, e como sempre se juram com exorbitancia, subsistem no deposito até a final liquidação das articuladas; immitte-se o vencedor na posse, e por mais que o vencido queira levantar o deposito, caucionando a restituição, não se lhe defere; tudo assim, e com a praxe de julgar escreveu Peg., Tom. 1, á Orden., pag. 60, a n. 108, ad 114, e o seguem Moraes, supra, n. 113, França, n. 342, Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 8, n. 100 até 105, Moraes, supra, n. 113.

§ 236

Se assim se não praticou por algum dos expostos modos, retem o condemnado a posse do predio bemfeitorisado até a final liquidação das bemfeitorias, Peg., supra, pag. 60, sub n. 114; e a final só restitue os fructos do predio retido correspondentes ao seu estado antes de bemfeitorisado; mas não restitue os fructos correspondentes ás suas proprias bemfeitorias, como com Gam., Molin. e Pinheir., distingue Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 8, n. 108.

§ 237

Estes artigos, como incidentes da execução, têm processo summario: na contrariedade se podem allegar, ou excessivas as pretendidas bemfeitorias, ou que são das classes d'aquellas que se não repetem, ou que se o réu melhorou umas, damnificou outras (damnificações que

podem allegar-se para se compensarem com as bemfeitorias, Moraes, n. 119, no fim, Peg., Tom. 1, á Orden., pag. 67, gloss. 44, a n. 1); ou que o possuidor havia sido inhibido para que não bemfeitoriasse, caso em que não póde pedir as bemfeitorias feitas depois da inhibição, Peg., supra, pag. 66, n. 164; bem que esta regra padece as limitações, que com outros DD. lhe dá Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 6, Disc. 14, a n. 41, como quando as bemfeitorias eram necessarias; como quando o edificio ameaçava ruina; como quando feitas para evitar maior damno; como quando o bemfeitorisante inhibido tinha aliás o dominio directo ou util, como quando a inhibição não foi requerida por legitimo e especial procurador, ou pelo que não tinha *jus in re*.

§ 238

As provas das bemfeitorias devem fazer-se por peritos na materia sujeita, mas não pelos que fizeram as obras, nem por quitações d'elles, Peg., Tom. 1, á Orden., pag. 52, a n. 16, Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 8, a n. 93, na duvida, ou collisão, ou falta das provas, recorre-se a peritos, em que as partes se compromettam, ou o juiz á revelia de alguma; e se citam as partes para o dia certo em que se fizer por elles a inspecção e avaliação, como tudo bem comprova o citado Peg., pag. 52, a n. 29 até 45, digno de ser lido, e melhor Pacion., *de Locat.*, C. 34, §§ 4 e 5; o mais se póde ver nos DD. citados, e em Garcia, *de Expens.*, Angelis, *de Impens. et Meliorat.*, Pacion. *de Locat.*, C. 34, etc.

§ 239

Tambem na execução de que trato n'este artigo, póde o réu exonerar-se de dimittir a posse ou a estimação da coisa reivindicada, se se instar pela Orden., L. 3, T. 86, § 16, allegando que, pendente a demanda, deixou de possuir sem dolo, alienando a coisa por causa necessaria, qual alguma d'aquellas que cumularam Sousa de Macedo,

Dec. 61, n. 28, Peg. 1, For., C. 5, a n. 125, cum seqq., Schettin. de Tert., *Ven. ad Caus.*, P. 2, C. 2, Insp. 2, ex n. 91, ou se o predio lhe foi tirado e adjudicado a terceiro pela lei de 9 de julho de 1773, ou para alguma obra publica, etc. Bem que, se n'estes casos sendo vendido, fica exculpavel de se deferir contra elle o juramento *in litem*, e de afeição com seus effeitos, por cessar n'elle o dolo; sempre ficará responsavel pela verdadeira estimação, ex Mor., L. 6, C. 12, a n. 86.

ARTIGO V

Quando os embargos oppostos na execução a suspendam ou não

§ 240

A Orden., L. 3, T. 86, § 3, e T. 87, no principio, e § 1, é muito geral a prohibir embargos na execução que a façam suspender. D'ella só temos uma interpretação authentica, qual o assento de 4 de março de 1690, na Orden., L. 3, T. 87, Col. 3, n. 1, e na Col. dos assentos, n. 148, em que se admittem nos mesmos autos (e assim com suspensão) embargos de nullidade constante dos autos, ou de pagamento com legitimos documentos. Ao mesmo passo prohibiu assignarem-se tres dias para prova extrinseca *in continenti*, que antes se admittia; de fórma que hoje só nos embargos de terceiro se admittie a prova *in continenti* nos tres dias, e não nos mais embargos ou nos mais casos, Peg. 1, For., C. 5, n. 39, pag. 415, *Addit. ad Reinos.*, Obs. 45, ad n. 19, Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 9, n. 19, * *Unde*, aonde reprova Phæb., Dec. 12, n. 4, e Arest. 77, P. 2, que admittia com suspensão todos os embargos provados *in continenti* em tres dias, praxe que virtualmente reprovou o dito assento. Conf. Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, in princ. n. 26. Temos uma interpretação usual, logica e doutrinal, que com

o espirito do dito assento mitiga em muitos casos, que logo veremos o rigor da dita Ordenação.

§ 241

Com effeito, que os embargos de nullidade constantes dos autos (quaes os referidos a §§ 204 e 208) suspendem a execução, era maxima antiga dos jurisconsultos (que adoptou o dito assento), Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, a n. 20, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, a n. 301, 309, a 318, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 87, in pr., n. 25, comtantoque essa nullidade arguida não dependa de outra prova extrinseca, Moraes, *supra*, n. 20, *† Notabis tamen*. Os embargos referidos a § 209 têm fundamento na mesma ordenação.

§ 242

Como nos casos referidos desde o § 213, esses embargos têm reservação expressa ou tacita na mesma sentença embargada para o tempo da execução, que muito se admittam com suspensão d'ella quando ella mesma os não reprova; ella virtualmente os reservou para o tempo da execução, e como promettendo a sua admissão, sendo aliás este caso omisso na Orden. e sua rasão.

§ 243

Se o mesmo assento admittiu com suspensão os embargos (aindaque não de nullidade), quando provados com documentos authenticos, exemplificando o pagamento (e não restringindo, como unico, o exemplo), que razão diversa para que se não admittam embargos fundados em factos constantes indubitavelmente pelos autos? Não equivalem estes a esses admittidos documentos? E pois justissimo, e conforme o espirito do assento, o discurso, o bello discurso de Moraes, L. 6, C. 9, n. 20, co-

piado por França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 109, cum seqq.

§ 244

Se o mesmo assento admittiu com suspensão os embargos logo comprovados com documentos authenticos, é consequente que assim se devem receber os provados (aindaque infringentes do julgado) com documentos de novo apparecidos (§ 217), os da prescripção que sem outra prova, se provam pela data da sentença mesma (§ 216), e os mais referidos no § 218. Os mesmos DD. ahí citados as admittem com suspensão, quando logo se provam com documentos (aliter, se sem a producção se allegam para só se provarem por testemunhas).

Nota: Quanto á *compensação* (que é muito frequente), ella só se admittie suspensivamente provando-se por instrumento ou outra sentença, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, § 1, n. 14, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 225, Peg., 1, For., pag. 383, no fim; e é erro applicar na execução a Orden., L. 4, T. 78, § 4, para se assignarem nove dias para prova da compensação; porque essa Ordenação procede na causa principal antes da sentença, Mor., de Execut., L. 6, C. 8, n. 28, Mello Freire, L. 4, T. 22, § 15, Lim., ad Orden., L. 4, T. 78, § 4, n. 3 et 4. Quanto á *solução*, aindaque o dito assento exige *documentos*, vemos em Peg., 1, For., C. 5, pag. 383, seguido por Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 1, n. 25, que a solução provada só com quitações suspende a execução emquanto se disputa sobre a verdade d'ellas. Porém eu noto esse aresto de Peg., seguido por Silva, muito anterior ao assento de 4 de março de 1690, que só admittie a prova da solução (para suspender a execução) com documentos authenticos e legitimos, quaes não são as simples e particulares quitações; menos que não sejam reconhecidas por tabelliães, quando as quantias não exceedem a taxa da lei; porque esses reconhecimentos lhe dão tal ou qual credito, ex stylo de quo Mor., L. 4, C. 7, sub n. 7, ou sejam das pessoas qualificadas na Orden., L. 3, T. 59, § 15, ou no caso que expuz nas *Segundas linhas*, Not. 301, pag. 202 e 203; as mais excepções de transacção, novação e delegação se se provam por escripturas, ficam na admissão do dito assento: não assim se probandas *ab extrinseco*.

§ 245

Na mesma razão do assento fica favorecida a excepção do herdeiro a beneficio, de que tratei no § 220, mostrando logo o inventario legal, dando contas, etc.; a excepção da *competencia*, que defendi no § 221, porque os autos mesmos estão mostrando qual é a pessoa e qualidade do executado; a excepção do compromisso, de que tratei, § 222, mostrando-se logo um compromisso legalizado. A do S. Cto. Velleiano, porque a pessoa e a especie de obrigação a estão evidenciando. A da constit. anastasiaana (§ 224) constando por escriptura a compra da acção; os embargos de divisão da divida (§ 225), se consta por documento que ha mais coherdeiros, e á primeira face se não exclue com alguma das limitações ahi referidas; os de que tratei, § 226, se essa consignação consta por documento legítimo, e não padece as fallencias ahi expostas; os que attingi, § 227, Let. (d) constando por certidão d'esse outro sequestro, e que cessam as fallencias da regra. A excepção *Cedendarum actionum* é por si mesma obvia nos casos em que o crédor exequente deva ceder as acções, e não exige mais prova que a do direito applicado a esse caso. A outra da *Excussão plena* tem as duvidas que expuz na nota ao d. § 227.

§ 246

Os embargos de *restituição de menor* pára suspenderem a execução tem expresso fundamento na Orden. especial, L. 3, T. 41, § 4, ampliado ahi este beneficio aos furiosos, prodigos, mentecaptos e outras pessoas, que conforme o direito (não hoje ás viúvas depois do assento de 29. de março de 1814) gosam da restituição; o que se amplia: 1.º, aindaque depeñda de alta indagação; 2.º, só pela supplica do beneficio se suspende; 3.º, é transcendente ao herdeiro do menor, ao socio (em causa individua), ao cessionario d'elle; 4.º, ainda para produzir novas provas. Mas

se limita: 1.º, quando maliciosamente se impetra, malícia que basta conjectura-la a arbitrio do juiz, e conjecturavel, quando se impetra contra sentença duas vezes confirmada, contra sentença do principe, ou do senado, menos que logo *in continenti* se prove a lesão do menor ou a execução seja irretratavel; limita-se, 2.º, quando a restituição se implora depois de feita a execução e consummada com arrematação; limita-se, 3.º, quando a restituição aqui se pede pela cabeça da mulher menor, etc., Mor., L. 6, C. 9, a n. 39 ad 45. Confira-se Silv., á Orden., L. 3, T. 45, §§ 4 e 5.

Nota 1.ª: Eu vejo julgado em Peg., 1, For., C. 5, pag. 404, Col. 1, in pr., que o juiz executor de uma sentença do juizo superior não deve remetter os embargos com suspensão só porque o embargante menor lhe implorou a restituição, *por se dever fazer este requerimento aos juizos da maior alçada, a que pertence deferir-lhe*: não assim se a restituição se implora ao juiz inferior, que proferiu a sentença que se executa, e elle recebeu os embargos; porque então suspendem, Peg., supra, *. *Secus dicendum*.

Nota 2.ª: Não posso aqui acceder ao grande Mello, L. 4, T. 22, § 15, na nota; emquanto, tendo referido no d. § algumas das ditas excepções e embargos, que necessariamente suspendem a execução, maxime á face do dito assento; elle com Gomes, Diss. 7, rompeu n'esta nota: «*Et hæc est praxis: Verum si dicendum quod res est exceptiones quæcumque in executione opposito, etiam nullitatis, et in continenti licet probatæ, eandem possunt impedire, cum non eisdem actis, sed diversis, et diverso quidem processu omnes sint recipiendæ.*» Ex d. Orden., L. 3, T. 87, in pr.; parece que nem Gomes nem Mello reflectiram o assento, nem os mais casos e suas razões que acabo de ponderar.

§ 247

Quando o condemnado deposita a quantia em que é condemnado, é ouvido nos mesmos autos com suspensão, Mor., L. 6, C. 9, n. 120, ad Ordin., L. 3, T. 87, in pr., n. 31, ou a estimação da cousa em que é condemnado,

Silv., *supra*, Peg., 1, For., C. 5, pag. 400, Col. 1, * *Idem dicendum*.

§ 248

A suspensão nos casos referidos no § 228, tem fundamento nas leis mesmas, nos artigos de bemfeitorias, o tem também na Orden., L. 3, T. 86, § 5 e L. 4, T. 48, § 7, e na interpretação *usual*. Finalmente suspende-se a execução com embargos oppostos, quando da sua execução resultaria damno irreparavel; como se a sentença a que se oppõe, commina prisão, ou outra pena corporal, por mais que os embargos dependam de alta indagação, Mor., L. 6, C. 9, n. 124; ou quando o vencedor confessa a iniquidade da sentença, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 361. Vej. Mor., L. 6, C. 3, n. 5.

§ 249

Applicadas estas limitações, quando se verificam com todas as suas precisas circumstancias, entre a regra geral da lei (§ 240), para se deverem receber em separado e sem suspensão da execução todos os embargos, assim não exceptuados, também a excepção de *attentado* aqui não suspende, Mor., L. 6, C. 9, n. 36, nem regia provisão do desembargo do paço, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 38, Peg., Tom. 7, á Orden., no Regim. do paço, C. 20, nem consulta que o executor faça sobre a sua execução, França, ad Mend., P. 2, pag. 10, n. 72, ainda menos as execuções da fazenda real, aindaque se tenha dado conta a Sua Magestade, L. de 22 de dezembro de 1761, T. 3, § 1; e totalmente se rejeitam sem effectivo deposito os embargos de erros de contas de custas, e fica a sua decisão para ter logar depois da execução do principal alvará de 18 de outubro de 1752, o que já antes d'este alvará era certo, ex Silv., ad Ordin., L. 1, T. 87, in pr., n. França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 298; nem também se admittem sem deposito embargos á execução das

dizimas, menos que n'elles se não allegue pobreza, alvará de 20 de outubro de 1655, na Orden., L. 1, Col. 1, n. 3, §§ 5 e 6. Sed vide Peg., Tom. 3, ad Ordin., pag. 489, n. 16, aonde se julgou que bastava penhora sem deposito.

ARTIGO VI

Quando o juiz executor possa conhecer de algumas especies de embargos e quando de outros deva fazer a remessa ao juiz superior com suspensão da execução, ou sem ella

§ 250

Ponhamos de parte as execuções que se fazem immediatamente pela real fazenda e dividas do erario, porque todas as questões se devem remetter ao conselho da fazenda, lei de 22 de dezembro de 1761, T. 3, § 1. Tambem é privativo do juiz da chancellaria conhecer de todos os embargos oppostos á execução das dizimas (§ 249, no fim).

§ 251

Nos mais casos os DD. com os quaes Silv., á Orden., L. 3, T. 79, § 5, a n. 14, fazem esta commum distincção; se perante o executor mixto se oppõem embargos infringentes da sentença de nullidade d'ella, e que tenham por fim a sua revogação em parte, ou em todo, póde o executor conhecer d'elles para os rejeitar logo, sendo manifestamente calumniosos e proseguir a execução; se porém os vê com algum merecimento, deve remette-los ao julgador que proferiu a sentença; se porém os embargos só são modificativos da execução como a excepção *confecti inventarii*, de solução, de novo pacto, do beneficio da *competencia*, de compensação; • da divisão da obrigação, ou de terceiro, • póde conhecer d'elles o executor, até os julgar e definir; n'este sentido concilia com outros DD. o mesmo Silv., n. 16,

as ordenações L. 3, T. 86, § 3, e T. 87, §§ 12 e 14. A mesma distincção faz substancialmente Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, a n. 39 ad 43. Conf. França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 364.

• Que o executor possa conhecer dos embargos de compensação, Bersan., *de Compensat.*, C. 4, Q. 5, n. 5 e 6, Nigr., *de Except.*, C. 13, § 30, n. 34. Imo, deve conhecer d'elles Fabr., in Cod., L. 7, T. 26, Def. 28.

• Que o executor deva precisamente conhecer dos embargos de terceiro, e que não os deva remetter; o sustenta com muitos DD. Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 4. Porém Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 39, que transcreveu França, supra, n. 366, lhe dá o arbitrio de conhecer d'elles, ou remette-los, e Fabr., in Cod., L. 7, T. 20, Def. 46, julgou, que sendo a sentença do senado superior, só póde o executor conhecer dos embargos de terceiro para suspender n'essa parte a execução, mas deve remette-los ao senado para a sua decisão, proseguindo no mais a execução contra o devedor: a Fabr. seguiu Cancer., 2, Var., C. 2, n. (mihi) 271, a ambos Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 39, * *Limita quando*, e a todos ultimamente, França supra n. 368, (Vid. eund França., Ar. 69.)

§ 252

Se porém as sentenças exequendas foram proferidas nos juizos privativos, de que fallei no § 14, e d'esses juizos emanam cartas executórias dirigidas aos magistrados territoriaes para fazerem penhoras, etc., n'estes casos elles de nenhuma especie de embargos podem conhecer, mas todos devem remetter aos mesmos juizos, ex Ordin., L. 3, T. 87, § 12, ubi Silv., n. 5, 8 e 9, Gam., Dec. 207, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 44, junto n. 4, cum seqq. também indistinctamente devem remetter todos os embargos oppostos em causas criminaes, quanto á pena, aliter quanto ao interesse da parte de que (debaixo da dita distincção principal, § 252) lhe é arbitrario conhecer, Mor., n. 45; e quando se executa sentença de juiz arbitro, en-

tão póde o executor conhecer de toda a especie de embargos, Mor., n. 47.

Nota: É frequente em todas as cartas executórias escreverem os escrivães a clausula, que oppondo-se embargos de qualquer qualidade que sejam, se remetterão a esse juizo: porém deve notar-se, que muitas clausulas das cartas, que emanam de senados, ou juizos superiores ou iguaes, são formularios dos escrivães, que não podem alterar o direito, como já advertiu Cabed., P. 1, Dec. 5, n. 3; e por isso justamente diz o citado Mor., d. C. 11, n. 46, que essa clausula se deve entender *prout de jure debet; quod scilicet exceptiones remittas, quas jus remittendas decernit, cujusmodi sunt exceptiones Sententiam infringentes, non reliquæ, etc.*

§ 253

Para qual juizo se devam remetter os embargos que de baixo d'estas distincções se devem remetter? É regra certa, firmada na Orden., L. 3, T. 87, § 14, L. 2, T. 1, § 10, * *Porém*, e L. 2, T. 53, § 10 e T. 63, § 4, e nos em causas criminaes á Orden., L. 5, T. 68, § 4, que os embargos oppostos na execução se devem remetter áquelle juizo aonde se proferiu a ultima sentença que se executa, Mor., de Exec., L. 6, C. 11, n. 60, porque a ultima sentença, ou seja revogatoria ou confirmatoria da do juizo inferior, é a que se executa, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, in pr., n. 12 et 13 et T. 87, § 14; menos que a appellação não fosse julgada deserta no juizo superior; porque n'este caso os embargos se devem remetter, não ao juizo que julgou a appellação deserta, mas ao que proferiu a sentença, cuja appellação se foi julgar deserta no superior, Mor., supra: isto procede geralmente, não só nos embargos oppostos á execução definitiva, mas da interlocutoria, Mor., n. 64.

§ 254

Resta só a duvida sobre a suspensão ou não suspensão da execução, quando os embargos a ella oppostos se

devam remetter. Peg., Tom. 1, Forens., C. 4, pag. 401, * *De qua re*; distingue, que se os embargos logo se mostram provados, se remetem nos mesmos autos e com suspensão da execução, não assim, quando dependem de alta indagação; esta distincção seguiu Silv., á Orden., L. 3, T. 87, in pr., n. 32, comprova-se com Arouc., All. 13, e com o Ar. 69, apud França, ad Mend., P. 1; e assim em todos os casos em que, no artigo 5, mostrou a § 240, suspenderem os embargos a execução, se devem remetter com suspensão d'ella.

Nota: Eu bem vejo, que quando o juizo, a que se remetem, é privativo, como nos referidos §§ 14 e 252, remette-se a elle os embargos com suspensão da execução é de algum modo usurpar em parte a sua jurisdição, tomando-se este particular conhecimento sobre a justiça dos embargos, para se remetterem com suspensão; porém, e por uma parte aqui só ha um conhecimento *incidente*, de que aliás pôde conhecer o juiz, que carece de jurisdição para conhecer da causa principal; por outra parte, aqui entram umas intenções pias e racionais do executor, e mesmo interessantes ao exequente, para o não sacrificar ás fianças e reposições, de que tratarei no Cap. seguinte; e ao mesmo tempo se tributa aos embargos o seu devido merecimento, e se occorre a uma interina vexação do devedor e vergonhosa execução.

§ 255

Esta remessa se deve determinar com citação da parte ou do seu procurador, sendo procurador tal, que com elle possa principiar a demanda, conforme a Orden., L. 3, T. 2, Mor., supra, n. 50; e deve assignar tempo conveniente ás partes para que compareçam perante o juiz superior, pena de procedimento á revelia, Mor., n. 51.

Ao executado embargante é que propriamente se deve incumbir a remessa (ou pelo correio) e assignar o termo para apresentar os embargos no juizo superior, e logo com a comminação, de que não mostrando diligencia e effectiva entrega, proseguir a execução sem attenção a taes embargos; remessa que deve fazer-se á custa do mesmo embargante,

ex Orden., L. 1, T. 7, § 4, T. 24, § 34, Peg., Tom. 2, á Orden., pag. 433, n. 4, et pag. 434, n. 5, e Tom. 3, á Orden., pag. 550, n. 6.

CAPITULO IX

O que é consequente do recebimento dos embargos sem suspensão, e se os bens penhorados se passam a arrematar e a final vence o executado embargante o pretendido nos seus embargos.

§ 256

«E vindo com embargos á dita sentença . . . o juiz vá com sua execução por diante, não querendo o executado pagar. E havido o dinheiro, que se da execução fizer, se o vencedor quizer dar fiança bastante, • na terra • ao tornar, trazendo o condemnado provisão pelos embargos, que lhe seja o dinheiro tornado, ser-lhe-ha entregue. A qual fiança ha de ser, porque se obrigue o fiador de o tornar sem mais o principal ser requerido . . . e sem outra figura nem ordem de juizo; e não querendo a parte vencedora dar a dita fiança, ou não a podendo dar, . . . todavia se fará a execução, e o dinheiro se porá em deposito até se dar final determinação sobre os embargos, e segundo o que for determinado sobre elles, assi se fará do dinheiro, que no deposito estiver.» Orden., L. 3, T. 86, § 3.

• N'este caso deve o crêdor prestar fiança e *bastante*, isto é, *idonea*, por mais opulento que seja, e por mais que offereça penhores que deposite, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 4 et 5: para ser *bastante e idonea*, é necessario que o fiador seja homem chão e abonado, facil de ser executado; que tenha bens abundantes (livres de dividas e da meação da mulher, se casado) immoveis e superiores a essa quantia, ut latissime Bagn., Cap. 7, a n. 156; e ha aqui mais a notar, que se este fiador dado por determinação precisa da lei se fizer insolvel, é o crêdor obrigado a prestar outro, L. 10, ff. Qui sâtisdar cog., L. 4, ff., ut in possessor. Legat., Bagn., supra, n. 168.

... *Na terra*, isto é, no lugar do juízo, e dentro dos limites da jurisdição do juiz exequente, Mor., supra, n. 7, Bagn., supra, n. 171; e que ahi tenha bens exequíveis, ex DD. supra.

... Este é o fiador *de judicato solvendo*, Mor., a n. 8, elle deve renunciar o beneficio da excussão do devedor, o que indicam as palavras, *sem mais o principal ser requerido*. Conf. Orden., L. 4, T. 59, § 3; não é recebido aquelle, que o crédor quer a seu arbitrio, Mor., n. 9; mas aquelle de que se justificar a idoneidade, e que o juiz arbitrar idoneo, Mor., n. 9. Porque quando a lei exige fiador *idoneo*, tal idoneidade se não presume, emquanto se não prova, Lim. de Gabell., pag. 333, a n. 287, et pag. 329, a n. 120.

.... Se não póde prestar fiança idonea, determina a lei o deposito ou sequestro; e quando assim, não se admite caução *juratoria*, Mor., supra, n. 3, Salgad., in *Labyr. Creditor.*, P. 1, C. fin., Harpretr., Disp. 6.

§ 257

Ha porém casos especiaes em que cessa a disposição d'esta lei e o crédor não é obrigado caucionar e afiançar, casos quaes são: 1.º, quando se executa a carta ou formal de partilhas, ex Ordin., L. 4, T. 96, § 22, Phæb., P. 2, Ar. 52, Barbos., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 4, n. 11, Mor., supra, n. 2 et 11, in fin., menos, quando se demandam bens occultados no inventario, porque o seu valor não se entrega ao vencedor sem fiança, Peg., Tom. 7, á Orden., L. 1, T. 87, § 9, n. 108, pag. 225; 2.º, quando não se executam alimentos julgados, ou as *expensas litis*, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 3, n. 7, et adde Peg., 1, For., C. 7, pag. 522, Col. 2, aonde assim o refere julgado, et adde Hering., de *Fidejussor.*, C. 10, n. 132 et 133, bem que Covarruv. Pract., C. 6, n. 7, e Leyser., ad *Pand.*, Spec. 84, Med. 13, e outros que cita Silv., n. 8, exigem aqui a *Juratoria*, porque com effeito se vier a succumbir dos alimentos e lhe sobrevierem riquezas, fica obrigado á restituição, Cancer., 1, Var., C. 16, n. 40.

§ 258

Esta fiança nos casos em que se deve prestar, se deve offerecer pelo crédor, e o juiz determina-la, ainda que se não requiera pelo executado, como segue por melhor opinião, Moraes, d. C. 11, n. 6; e se se não presta, assim é que a execução se não suspende, mas consummada ella, vae o dinheiro a deposito ou sequestro, Orden., d. § 3, Mor., n. 10; adverte porém, n. 11, que cessa toda a obrigação de afiançar se os embargos não foram expostos no termo legal, mas eu duvido muito d'esta limitação da lei; porque, se o exequente acquiesceu a que se oppozessem, passado o termo legal, renunciou seu direito, ex reinos., Obs. 11, n. 18 et 19; se impugnou e o juiz os recebeu sem suspensão, em caso que se não verificava alguma das limitações referidas no § 199, e não impugnou esse despacho, acquiesceu a elle, e depois de passar em julgado, não póde já exonerar-se d'esta fiança com tal pretexto de serem extemporaneos os embargos.

§ 259

«E sendo a sentença porque se a tal execução fez, revogada em parte, ou em todo, os bens que por ella assi revogada foram vendidos, sejam tornados a cujos eram, e ao comprador seja tornado o preço que por elles deu, e as custas que fez na arrematação, • á custa d'aquelle, que a execução fez fazer, ou por seu fiador, *não lhe achando a elle logo bens* .. sem outra delonga, como acima dissemos. E isto se entenderá, se a sentença em todo for revogada, porque sendo revogada em parte, o mesmo que ficar condemnado em parte, pagará ao comprador as custas, segundo a parte, em que assi ficar condemnado, e a demasia se haverá pelo que a execução assim fez fazer, em modo que o comprador, que os ditos bens ha de tornar, *não perca cousa alguma do seu.*... Orden., L. 3, T. 86, § 4.

* Quid na siza, se a tiver pago? O arrematante a deve repetir do cabeção, ex Lim. de Gab., pag. 147, n. 24 et 35: vejam-se os art. das Siz., C. 6, § 1, com o commentario do mesmo Lima e Reinos., Obs. 21, n. 23.

** Parece antinomico este § 4, e com o 3, em que se dá a fôrma da fiança *sem mais o principal ser obrigado*, e com renuncia do beneficio da excussão: esta antinomia, que parecia indissolúvel, a dissolveu o citado Moraes debaixo do n. 16, de dois modos; mas o segundo mais plausivel, como ahi se póde ver.

*** E isto pelo mesmo juiz., perante o qual se prestou a fiança ou caução, aindaque o exequente seja clerigo ou d'outro domicilio ou privilegio, e pela via summaria e executiva, como bem commenta o mesmo Mor., n. 17, Silv., ao d. § 4, n. 3, Portug., de *Donat.*, L. 3, C. 38, n. 70, Salgad., de *Reg. Prot.*, P. 4, C. 14, ex n. 11.

§ 260

«Comtanto (continua o § 4 da dita Orden., L. 3, T. 86) que a pessoa que a sentença houve no caso dos embargos, pela qual a primeira foi revogada em parte, ou em todo, requeira que lhe sejam tornados os bens que assim foram vendidos pela primeira sentença, do dia que a sentença sobre os embargos for passada pela chancellaria, . a hum mez, . . não sendo embargada n'ella; e sendo embargada correrá o dito mez da publicação da sentença que se der nos embargos, porque não o reque-rendo dentro do dito mez, não lhe serão mais os ditos bens tornados, sómente haverá o preço pelo deposito, ou pelo vencedor na primeira se a sentença, se o recebeu, ou por seu fiador como acima é declarada.»

• Nos juizos, em que não ha chancellaria pela qual passem as sentenças, o mesmo é entregarem-se ás partes que passarem pela chancellaria, Orden., L. 3, T. 15, § 1, e T. 54, § 17; e em consequencia ahi se conta este mez do dia, em que a sentença é entregue ao vencedor.

• O rigor e pena d'esta Orden. cessa, e se limita, 1.º, quando o executado vencedor e seu procurador não assistiram á publicação da sentença sobre os taes embargos; por-

que o tempo só corre do dia da sciencia, ex Orden., L. 3, T. 70, in pr., e ao ignorante não corre o termo legal; assim justamente Silv., ao d. § 4, n. 13; limita-se, 2.º, se os bens eram de menor executado, porque, passado o mez, e pelo beneficio da restituição pôde recupera-los, Silv., n. 14: e com razão, porque a citada Orden. não exclue o beneficio da restituição competente aos menores; e quando não excluido pela lei, sempre se concede aos menores, Guerreir., Tr. 3, L. 5, C. 11, n. 3; limita-se, 3.º, quando a coisa foi adjudicada ao mesmo crêdor, porque a lei só favoreceu o terceiro arrematante de boa fé, e só d'elle fallou, e não do caso em que os bens se adjudiquem ao mesmo crêdor vencido; ut *optime* Silv. supra, do que não duvidará quem estiver instruido das regras da applicação das leis aos factos que ensinam os Estat. da Universidade, L. 2, T. 3, C. 8, § 5, e T. 6, C. 8, § 4, menos que o mesmo crêdor passasse a vender a coisa a terceiro: porque, passado o mez, não pôde reivindicar-se d'elle, Silv., n. 16; procede só a L., 4.º, quando a sentença que se executou, se revogou pelo merecimento da causa, id est, por não ser o executado do devedor, porque se essa sentença se annullou por meio dos embargos, se podem recuperar os bens passado o mez, Silv., n. 17; o mesmo, 5.º, se a execução se annullou, ou por defeito das solemnidades legais, ou por lesão enormissima, Silv., n. 18; 6.º, se o arrematante ainda não havia pago o preço da arrematação, ainda que tivesse tomado posse, Silv., n. 19; e finalmente o mesmo Silv., n. 20, com Schettin., diz que os supremos juizes por equidade contra tal rigor admittem em todo o tempo o devedor recuperar seus bens.

§ 261

• E em caso que o comprador dos taes bens os torne, não tornará as novidades que d'elles tiver recebido, e aquelle a quem se os ditos bens tornarem, poderá pedir as novidades ao que lh'os for vender, o qual lh'as pagará todas, se a sentença for revogada em todo, ou a parte, que lhe montar *soldo a libra* segundo a parte d'ella, em que o condemnarem. • Assim conclue ao d. § 4.

• A lei considera aqui o terceiro arrematante como possuidor de boa fé em hasta publica, em que se não presume

dolo, nem fraude, ou graciosidade, Phæb., Dec. 204, n. 18, Senat., aptd Peg., Tom. 5, For., C. 103, n. 267; e por isso classificado possuidor de boa fé não deve fructos alguns, ex congestis per Guerreir., Tr. 2, L. 3, C. 7, a n. 73, et signanter Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 11, n. 18, aonde refere julgando que o arrematante comprador os deve desde a litis contestação, a qual em procedimentos summarios se induz pela primeira resposta do citado.

Como pois a lei suppõe no arrematante boa fé, que n'elle presume, é consequente: 1.º, que se elle cooperou com dolo e fraude para a mesma execução e arrematação, cessando n'elle a dita presumpção, é responsavel aos fructos como possuidor de má fé, Mor., n. 20, Silv., ao mesmo § 4, n. 9; é consequente, 2.º, que se elle arrematou com lesão enormissima, que o presume doloso e de má fé, Altim., *de Nullit.*, Tom. 3, Q. 11, a n. 160, fica responsavel aos fructos, Silv., supra, n. 11, Moraes, sub n. 20.

Por outra parte: a mesma Orden. no § 4, falla no supposto de ser a sentença pela qual procedeu a execução *revogada*, palavra que repete quatro vezes, e não se exprime pela palavra *annullada*, nem falla do caso em que a execução se annulla por defeito das solemnidades legaes; e quando assim se annulla a execução e arrematação, é consequente deverem-se restituir os fructos pelo arrematante, Silv., n. 10, Mor., sub n. 20, * *Denique*, latissime Guerreir., Forens., Q. 9, a n. 33, 38 et 41; e não menos os deve o crêdor, quando a elle mesmo, em falta de lançador, se adjudicaram os bens, Moraes, supra, n. 19.

Os fructos pendentes ao tempo em que o devedor recupera os bens arrematados, que lhe pertencem, indemnizando das despesas ao arrematante, Mor., n. 21; e este tem em todo o caso retenção na cousa, enquanto não é satisfeito do preço da arrematação com interesses (compensaveis nos fructos que percebeu), Silv., supra, n. 11.

§ 262

«Porém quando o comprador dos ditos bens tiver feito bemeifeitorias, ser-lhe-hão pagas por aquelle a que os bens tornam, compensando todavia em tal caso as novidades que tiver recebidas, porque postoque acima digamos que lhe não sejam descontadas as novidades, e que as pague

o que fez vender os bens, segundo a parte em que a sentença for revogada, havemos por bem que onde houver bemfeitorias, se faça compensação, e o que os ditos bens fez vender ficará livre da parte que montar nas novidades que se compensarem com as bemfeitorias. Assim o § 6 do d. T. 86.

• Não duvidando Mor., d. C. 10, n. 22, do racionavel da lei, emquanto manda que o executado, recuperando seus bens, pague ao arrematante as bemfeitorias; se viu atormentado com ella, emquanto, considerando no § precedente o arrematante um possuidor de boa fé, o obriga compensar as bemfeitorias com os fructos recebidos; quando pelo direito romano e torrente dos DD., o possuidor de boa fé as compensa, ou quando só simples possuidor: ex L. Sumptus 84, ff. de Reivind., Angel., de Impens., et meliorat., artigo 12, a n. 12, ou quando possuidor com titulo nullo e invalido, Angel., n. 13, ou quando fez as bemfeitorias pendente a lixe, Angelis, n. 16. E quem nos diz que a nossa lei olhou o arrematante possuidor com titulo, que a subsequente sentença a favor do executado veio em consequencia a declarar invalido? Quem nos diz que o nosso legislador pensou o arrematante comprando em hasta os bens, não ignorando a demanda que ficava correndo, e expondo-se á contingencia d'ella? Mas para que interpretações divinatorias? Temos lei clara a dizer: *Havemos por bem dizer*, etc., e devemos curvar-lhe a cabeça; se fosse preciso defender a sua equidade, estas ponderações a mostram ainda mesmo pelo direito romano rectamente interpretado.

§ 263

Emquanto Moraes, no n. 23, com alguns DD., quer persuadir que a generalidade da dita Orden. comprehende ainda mesmo os fructos percebidos das proprias bemfeitorias, para se cumularém e encontrarem com o valor d'ellas, eu não o sigo; antes o discurso de Silva á mesma Ordenação, que exceptuou d'essa compensação os fructos percebidos das proprias bemfeitorias. Os raciocinios de Silva são provados com a lei mesma, e com o especial da Orden., L. 4, T. 48, § 7, e superiores a toda a replica. Eu acrescento: que a Orden., d. § 6, é generica. Este ca-

so de deverem entrar em compensação os fructos percebidos das proprias bemfeitorias foi ahi omisso, sendo diverso, e tão diverso como o suppoz a Orden., L. 4, T. 48, § 7; n'esta omissão pois devemos seguir o mais justo e racional: ora, por direito o mais depurado, o possuidor de má fé não compensa os fructos que percebeu das suas proprias bemfeitorias. «Quia in hoc casu nulla fit injuria ei, cui res restituenda est: cum non factis meliorationibus, nihil plus, quam fructus, quos juxta antiquum solitum, ei debebat: illi forent restituendi», Angel, supra, n. 23, Amat. Var., Resolução 14, n. 75 e 76, Escob., de *Ratiocin.*, Comput. 13, C. 13, n. 4, 5, 6 e 7, Gusman., de *Evict.*, Q. 20, a n. 5; por outra parte, as despesas das bemfeitorias vencem interesses legaes recompensativos, Angel., de *Impens.*, Art. 21, n. 32, Cyriac., Controv. 83, a n. 11, e seria preciso excomputar dos fructos das bemfeitorias proprias, não digo as expensas da cultura aqui excomputaveis, ex eodem Moraes, L. 6, C. 10, n. 25 mas os interesses do dinheiro dispendido n'ellas; ex DD. supra, como recompensativos pela equidade da lei Curabit, *Cod. de Action empt.* A opinião pois de Silva é a que se deve seguir, e não a de Moraes sobre esta questão.

CAPITULO X

Embargos de terceiro oppostos na execução, seu processo, etc.

Prenção

§ 264

Devemos distinguir aqui diversas especies de pessoas que, como terceiros, embargam as execuções; ou, 1.º, aquellas contra as quaes e por natureza propria, são exequiveis as sentenças *inter alios*, quaes as referidas a

§§ 30 a 64; ou, 2.º, os proprios condemnados, figurando n'estes embargos diversas pessoas; ou, 3.º, as mulheres dos condemnados embargando, ou as execuções feitas nos fundos dotaes, ou as feitas nos bens proprios dos maridos, pedindo assecuração dos seus dotes; ou, 4.º, os crédores hypothecarios, ou sem posse, ou com posse e consigna-ção das hypothecas em segurança e pagamento; ou, 5.º, quaesquer outros simples possuidores dos bens penhorados e sem dominio; ou 6.º, os que allegam dominio, e não posse dos bens penhorados; ou, 7.º, os que allegam dominio e posse com titulos nullos; ou, 8.º, quando o terceiro vem embargar a execução feita em acção real; ou, 9.º, processo n'estes embargos, e resultados d'elles.

ARTIGO I

Aquelles contra os quaes por natureza propria são exequíveis as sentenças «inter alios», quaes os referidos a §§ 30 a 64

§ 265

A regra geral, que todo o terceiro possuidor não citado, ouvido e convencido póde embargar a execução pelo seu particular prejuizo, de qua Peg., 1, For., C. 5, a princ., Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 2, et Tr. 4, L. 8, C. 12, a n. 1: «Limitatur in omnibus casibus, in quibus de sua natura Sententia prolata contra unum, transit in rem judicatam contra aliam», Guerreir., supra, n. 23. Só sim se ao mesmo tempo propozerem com o seu interesse ou prejuizo, o conluio que interveiu n'essa causa, entre os dois contendores; porque regra geral é, que em todo o caso em que a sentença por natureza propria prejudica a terceiro e contra elle é exequível; não assim mostrando o terceiro o conluio que interveiu entre esses litigantes, *et maxime*, se em fraude d'este terceiro em particular, *ut latissime* Bagn., C. 67, a n. 145, Amat. Var., Resol. 79, a

n. 15, Urceol., For., Cons. 37, a n. 11, et Cons. 65, n. 31, et Cons. 66, a n. 7, Arouc., na L. 25, *de Stat. Hom.*, a n. 36, Schettin., *de Terr. venient. ad Caus.*, P. 2, C. 2, Insp. 3, a n. 18 e 35.

Como se prova por presumpções, a que admite o conluio: vejam-se Arouc., supra, a n. 37, Bagn., a n. 150, Schettin., supra, a n. 39, o melhor de todos e digno de ser visto.

ARTIGO II

Os proprios condemnados, mas figurando diversas pessoas

§ 266

Aindaque «in nostris terminis Tertius non dicitur, qui fuit Pars, et contradictor in actis, nec ut talis potest impedire executionem; idem in hærede illius, qui in processu fuit Pars, aut contradictor», Peg., 1, For., C. 5, pag. 357, Col. 1. Conf. França, ad Mend., Arest., 69. Comtudo, como ha muitos casos em que a mesma pessoa physica se presenta diversa a respeito de diversos direitos e sem incompatibilidade, ainda para o objecto de que tratâmos, Sousa de Macedo, Dec. 63 e 64, Guerreiro, Tract. 1, L. 2, C. 10, a n. 8; por isso os que figuraram nas causas em uma qualidade, podem com diversa e por diverso direito figurar na execução da sentença como terceiros: taes são por exemplo:

§ 267

Primeiro: O herdeiro que aceita a herança do defunto a beneficio de inventario, não fica representando a sua pessoa por aquella ficção do direito, de qua Rub., *de Confus. Jur.*, C. 1, a n. 77, mas não se confundindo os direitos e as acções e aquellas mesmas que elle tinha contra o defunto, ficando a respeito d'estas como qualquer outro

crêdor, Guerreir., Tr. 1, L. 2, C. 10, n. 12, d'aqui é consequente que «Jura hæreditaria loco unius persona habentur: Hæres autem loco alterius personæ distinctæ, ac si hæreditatem non adivisset», Rub., *de Confusion. Jur.*, C. 30, n. 3, et n. 13, ibi: «Cum ex Inventarii beneficio jurium confusio excludatur, et patrimonia distincta permaneant, ac si hæreditas addita non fuisset, et censeatur hæreditas jacens, habeaturque loco unius; hæres autem loco alterius personæ distinctæ». Conf. Carol. Anton. de Luc., *de Pluralit. Hom. Legal.*, C. 6, n. 2, Amat. Var., Resol. 56, n. 5 e 6, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 9, a n. 26.

§ 268

E d'aqui é consequente em geral, que o herdeiro a beneficio de inventario, *agens ex suo jure distincto, in quo non repræsentat defunctum*, não pôde ser repellido pelos diversos competentes contra o defunto, Rub. d., C. 30, sub n. 3. E em especial elle pôde impedir como terceiro a execução feita em seus bens pelas dividas do defunto, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 20 e 21, Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 40, a n. 11, Peg., *Forens.*, 5, pag. 357, Col. 2, * *Nisi fuerit hæres*, e pag. 386, Col. 1, * *Sententia*.

Nota: Aindaque desde o § 31, e no § 220 mostrei alguns dos requisitos, com que o herdeiro a beneficio de inventario se deve habilitar para sacudir o pó da execução nos proprios bens, e consequentemente embargar como terceiro a execução n'elles feita; comtudo diz ao proposito o cardeal de Luc., *de Judic.*, Disc. 40, a n. 10, e sustenta, que o herdeiro a beneficio de inventario, para fundamentar seus embargos de terceiro contra a execução feita nos proprios bens, basta mostrar só que fez inventario, e que esses bens são seus proprios, não provenientes da herança do devedor, *sem necessidade de logo dar contas da herança*, e de estarem exauridos os bens d'ella, etc., menos que o crêdor o requeira, e elle seja contumaz em prestar essas contas, ou claramente convencido de que não gosa d'esse beneficio; porque n'estes casos os seus embargos se rejeitam, e a execução

procede nos seus bens; e se a divida procede de pão que o pae comprou para alimentar os filhos, elles, aindaque não sejam totalmente herdeiros, não podem embargar a execução, Luc., *ad Gratian.*, C. 107, *Surd. Consil.*...

§ 269

Segundo: O tutor póde e deve ser demandado, e elle só pelas dividas de pupillo; se é condemnado, aqui representa duas pessoas, uma a propria, outra a do pupillo, em cujo nome foi condemnado. Se pois se faz penhora nos proprios bens pela divida do pupillo, póde como terceiro embargar a execução n'elles feita, L. 1, *Cod. Quand. Fisc. vel privat.*, L. 1, *Cod. Quand. ex fact. tut. vel Cur.*, L. 2, ff. *de administr. Tut.*, Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 4, C. 8, n. 260, 261 e 262, Guerreir., Tr. 4. L. 8, C. 12, n. 17, Peg., 1, For., C. 5, pag. 370, Col. 2, & *Et etiam tutor*, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, § 23, n. 25, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 73, & *Quinimo*. Menos quanto ás custas, se o tutor foi, como deve ser, condemnado n'ellas, ou quando não deu informações ao curador *ad litem*, ou quando sustentou demanda em que notoriamente não tinha justiça, Mor., *supra*, Silv., n. 26 e 27, adde Peg., 1, For., C. 3, sub n. 705, & *Nisi fuerint*, Valeron., *de Transact.*, T. 2, Q. 3, n. 11 e 12.

§ 270

Terceiro: Os officiaes das confrarias e irmandades, que em nome d'ellas sustentaram as demandas, podem embargar como terceiros as execuções feitas nos proprios bens, Salgad., *supra*, n. 159. Os syndicos ou vereadores podem como terceiros embargar as execuções feitas nos proprios bens pelas dividas dos concelhos. Vid. § 124, na nota, Salgad., *supra*, n. 163. Se porém os officiaes das confrarias, os syndicos e vereadores são contumazes em exhibir bens das confrarias e concelhos em que façam as penhoras, podem ser executados nos proprios bens, e o

o mesmo nos tutores, Salgad., supra, a n. 165. E geralmente: «Quando habens bona debitoris notificatus fuit ad ea tradenda, ad hoc ut in illis fieri debeat executio, et ille non tradit; tunc si executio fiat in ejus bonis, non potest, ut tertius impedire executionem, ut judicatum fuit», etc., Peg., 1, For., C. 5, n. 245, pag. 489. Conf. Guerreir., supra, n. 19.

§ 271

Quarto: O pae e o filho pela ficção do direito se reputam uma e a mesma pessoa, Boss., *de Patr. Potest.*, C. 3, § 7, a n. 215. Ha muitos casos em que o filho independente do pae se obriga natural e civilmente. Vejam-se as *Segundas linhas sobre o processo civil*, nota 308.. Se pois o filho (aindaque juntamente com o pae para o auctorisar em juizo) é convencido por alguma divida, pôde fazer-se penhora nos bens d'elle castrenses, ou quasi castrenses, em que é senhor pleno, e nos adventicios de que o pae não tem o usufructo (como nos casos especificados na Orden., L. 4, T. 98), mas não na propriedade dos adventicios em que o pae tem o usufructo, e fazendo-se n'estas a execução pôde embargar tomo terceiro, quanto ao usufructo, Salgad., *de Reg. Prot.*, P. 4, C. 8, a n. 234 a 242. Vide Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 21 a 24.

§ 272

Quinto: O administrador do morgado representa duas pessoas, a sua physica, e a moral do morgado, com direitos diversos a diversos respeito, Salgad., *in Labyr. Credit.*, P. 2, C. 7, ex n. 27. O prelado representa duas pessoas, a sua physica, e a moral e intellectual da igreja, Pacion., *de Locat.*, C. 14, § 7, n. 82, Ciarlin., Contr. 105, n. 35. Se pois por dividas do instituidor se faz execução em bens proprios do administrador, pôde embargar como terceiro a execução n'elles feita, e pelo direito da pessoa *physica* diverso do da *intellectual*; se se

faz execução na propriedade (não no usufructo vitalicio que póde ser penhorado, ex Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 77) dos bens do morgado para se arrematar, póde embargar a execução pela pessoa *moral* e diversa que representa, o que bem se comprova com as doutrinas do citado Salgado. O mesmo, *aptatis aptandis*, quando se faz penhora nos bens do prelado pelas dividas da sua igreja, ou nos da igreja pelas dividas pessoas do prelado. Conf. o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 40, a n. 17.

ARTIGO III

Quando as mulheres casadas por contrato dotal
possam impedir a execução feita nos bens dotaes por dividas do marido,
ou quando possam pretender a assecuração dos seus dotes, etc.

§ 273

Prenação

É aqui prejudicial a questão: Quando o matrimonio se deve julgar por contrato dotal, e conforme o direito commum sem comunicação de bens? Esta questão quando occorrer, será facil de decidir pelas doutrinas de Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 15, Peg., T. 3, For., C. 36, a n. 1, Wesel., *de Conub. bonor. societ.*, Tr. 2, C. 2, a n. 224, Voet., *ad Pandect.*, L. 23, T. 4, a n. 28 e a n. 70. Em summa tudo se reduz essencialmente a estas conclusões: 1.^a, o matrimonio em duvida se presume contrahido conforme o costume do reino, Guerreir., supra, n. 3 e 20, menos que não seja contrahido entre nobre e magnates, porque como o mais frequente é celebrarem os matrimonios por dote e arrhas, assim na duvida se subentendem contrahidos, *ut optime*, Gam., Dec. 37, n. 1, *in simili*, Egid., in L. *Ex hoc jure*, P. 1, C. 11, n. 89, e P. 2, C. 11. Convenient. 3, n. 2 e 3.

§ 274

2.^a O omisso nos pactos antenupciaes sobre a comunicação de bens, fica regulavel pelo costume geral do reino, e o omisso sobre a comunicação dos adquiridos, Voet., ad Pandect., L. 23, T. 4, n. 28, Wesel., supra, n. 224 e 225.

3.^a Quando expressa ou tacitamente se collige pelas clausulas da escriptura, que as partes quizeram contrahir o matrimonio conforme o direito commum, assim se deve julgar, Guerreiro, supra, a n. 26, como quando só se diz que se communicariam os arestos conjugaes; porque se subentende prohibida a comunicação universal dos bens, Wesel., supra, n. 226.

4.^a E mais geral: quando no contrato antenupcial se convencionam clausulas incompativeis com a comunicação universal de bens, se subentendé celebrado conforme o direito commum, Guerreir., supra, a n. 31, melhor Voet., ad Pandect., L. 23, T. 4, n. 70, ibi: «Omissa in pactis dotalibus intelligi relictæ juris communis *Statutarii* dispositione: neque enim ad jus Civile Romanum recurrendum in iis, quæ pactis circumscripta non sunt. . . Si ex tabulis dotalibus apertum sit, conjuges excluso jure Patrio Statutario, Juris Civilis dispositionem circa jura dotium, aliosque similes amplexos esse, magis esset tunc casus omissus ex legibus Romanis decidendus esset».

«Nec tamen obstat (continúa Voet., n. 71), cur non ex conjecturis, et indiciis verisimilibus, ac præsumptionibus mens, et intentiõ paciscentium in non expressis eruatur. . . Non dubium, quin etiam argumento a contrario sensu ex pactis dotalibus expressis petito id fiat. . . Unde cum pactum esset, fore inter conjuges communionem acquæstuum, merito conclusum inde fuit, paciscentes ulteriorem de cætero voluisse excludere statutariam bonorum omnium communionem. . . exclusa communione in casu deficientium Liberorum, aut mariti præmorientis, a contrario communionem futuram ubi liberis, vel

marito superstitibus matrimonium diremptum fuerit... Non etiam ineptum fuerit dotialium pactorum obscuriorum interpretationem petere ex tabulis antenuptialibus, quæ circa dotes aliis Liberis matrimonium contrahentibus datas conceptæ sunt, præsertim, ubi liberis aliis æqualis dos constituta est, etc. Conf. o mesmo Voet., a n. 27.

§ 275

É outra questão prejudicial: Se contrahido o matrimonio por pacto, que não havendo filhos ficará conforme o direito commum; se havendo-os cessa esse pacto, ou se os bens da mulher conservam a natureza de dotaes emquanto dura o matrimonio, pela possibilidade de morrerem todos os filhos em vida da mãe? Que os bens da mulher conservam essa natureza até á sua morte, aindaque do matrimonio haja filhos, o sustentam Macedo, Dec. 21, n. 14, Guerreir., For., Q. 98, n. 24. O contrario parece que segue e refere julgado Peg., 3, For., C. 36, n. 153; porém é erro á vista do que discorrem os DD. citados.

§ 276

É outra questão prejudicial: Quaes bens têm a natureza e privilegios de *dotaes*, quaes os *parafernaes*, quaes os *adquiridos* constante o matrimonio? Pelo direito pratico do nosso reino, se reputam *dotaes* todos os bens que a mulher trouxe seus ou doados para o matrimonio, quando d'elles nenhum reservou e exceptuou, Cabed., Dec. 183, n. 3, Almeid., 4, n. 7, Maced., Dec. 21, Peg., 3, For., C. 36, n. 53, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 16, n. 36; este nosso direito pratico e consuetudinario é o mais racionavel, attento o bellissimo discurso de Domat., pag. 81, 83 e 89; é o praticado na Saxonia, e outras provincias da Allemanha, Coler., Dec. 57, n. 3, Scilter, Exerc. 36, Thes. 77, *Cod. civil dos francezes*, artigo 1541.º

Nota: Por direito *commum* era necessario que a mulher expressamente declarasse, quaes bens haveriam de ser *dotaes* e quaes não: e quando assim o não declarava, todos ficavam *recepticios* e *parafernaes*, e nenhuns *dotaes*, Struv., Exerc. 30, Thes. 6, Mul. ibidem, pag. 404, Cod. Freder., P. 1, L. 2, T. 4, art. 1, § 20, Stryk., Vol. 5, Disp. 17, C. 1, n. 37; e aqui se nota o quanto foi menos advertido Mello, L. 2, T. 9, §§ 2, 3 e 10, porque se conformou com este direito romano; esquecido do nosso direito pratico, que não deixa de ter fundamento na Orden., L. 3, T. 47, nas palavras, *do que a mulher trazer em seu dote*. Suppondo ser dote tudo quanto a mulher traz para o consorcio, quando casa por contrato.

§ 277

Entram pois na classe de bens *dotaes*, quando expressamente não exceptuados: 1.º, todos os seus bens moveis, de raiz, *allodiaes*, direitos e acções, usufructo, etc., Struv., et Mul., supra, Thes. 6; 2.º, os *emphyteuticos* e de morgado, Repertor, debaixo da conclusão, *marido que faz doação*, etc., Portug., L. 1, Præl. 2, § 6, n. 31, Arouc., All. 83, n. 6; 3.º, o juro real competente á mulher o reddito annuo e vitalicio, vide Peg., 3, For., C. 36, a n. 54 ad 64, et Oleam, *de Cess. Jur.*, in addit., ad T. 6, Q. 2, a n. 30, vide etiam Bersan., de Vid. C. 2, Q. 45; 4.º, são *dotaes* as doações que o esposo faz á esposa nos casos de Peg., 3, For., C. 36, a n. 10, Pereir., Dec. 39, Arouc., All. 71; 5.º, os bens comprados com dinheiro dotal, comtantoque no acto da compra a voto de ambos os conjuges fiquem subrogados em lugar do dote em dinheiro, Cost., *de Priv. Cred. Reg.*, 1, Ampl. 8, a n. 14, Struv., Exerc. 30, Thes. 6, Stryk., Vol. 5, Disp. 17, C. 2, § 55 (*quidquid involvant* Guerreir., Tract. 2, L. 7, C. 2, a n. 95, Peg., 3, For., C. 36, sub n. 53); quando os immoveis dados estimados em dote ficam ou não com a natureza de *dotaes*, V. Bagn., C. 22, Voet., L. 23, T. 3, a n. 19, et T. 5, n. 3, Fontan., *de Pact.*, Cl. 5, Gloss. 7, P. 13, Conciol., All. 5, Luc., in *Conflict. Leg. et rat.*, Obs. 52.

§ 278

São *parafernaes* os bens da mulher, e extradotaes todos aquelles que a mulher, quando se dotou ou a dotaram, reservou e exceptuou fóra do dote com que entrou, ou aquelles em que depois do dote, e ainda constante o matrimonio succedeu por testamento, doações, ou ab intestato, Mull., ad Struv., Tom. 4, pag. 404, Pereir., in Elucid., n. 1685, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 13, Fontan., *de Pact. Claus.* 6, Gloss. 2, P. 7, Codigo civil de França, artigo 1574, Bersan., *de Vid.*, C. 2, Q. 35; quaes são os acquestos conjugaes, Vejam-se Voet., ad Pand., L. 23, T. 4, a n. 32, Cod. Civ., supra, artigo 1401, e seguintes, Valasc., Cons. 103, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 8, e sobre todos Wesel., *de Conub., bon. Societ.*, Tract. 2, C. 2; todas estas diversas especies de bens *dotaes, parafernaes e adquiridos* suppoz claramente a Orden., L. 5, T. 38, § 2, e T. 25, § 6.

Resolução do artigo terceiro. (Quanto á primeira parte)

§ 279

Para procedermos com clareza, devemos distinguir: 1.º, as dividas do marido contrahidas antes do matrimonio; 2.º, as da mulher tambem anteriores a elle; 3.º, as contrahidas, na constancia do matrimonio, por um ou outro ou ambos juntamente; quanto ás primeiras é certo, que se não podem executar por ellas os bens dotaes, ou parafernaes da mulher, e ella por consequencia póde impedir como terceira a execução feita na propriedade d'ellas, ex Orden., L. 4, T. 95, § 4, Gam., Dec. 366, n. 6, Peg., 1, For., C. 5, n. 15 et 16, et Tom 3, For., C. 36, n. 138, et C. 28, n. 160, in fin., Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, n. 5, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 2, n. 100; se porém ha bens adquiridos constante o matrimonio, podem os crédores fazer penhora não só no capital do marido devedor anterior,

mas na sua parte dos adquiridos, comtanto que os crédores façam certa a existencia dos mesmos adquiridos, salvo o dote e capital da mulher, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 8, n. 52, in fin. * *In matrimonio vero*. Addentes ad Bolan., *de Commerc.*, L. 1, C. 3, n. 36. Também pelas dividas do marido anteriores ao matrimonio podem os crédores na constancia d'elle penhorar os fructos do dote e dos bens parafernaes da mulher; esta é a regra, que formam Pereir., Dec. 85, n. 5, Gam., Dec., 186, Mor., supra, n. 53. Porém o mesmo Mor. adverte: «Eatenus pro viri debitis (ante matrimonium) posse executionem in fructibus dotis fieri, si ex eo, quod superest, aut ex venditione mobilium vir et uxor, filii et familia ali possunt, non alias». N'esta restricção convem Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 11, n. 45 et 46; e n'este caso em que não restem fructos necessarios para alimentos da familia. «Si uxor se opposuerit (diz o Add. de Gam., Dec. 188), præfertur omnibus creditoribus, et non potest fieri executio in fructibus ex praxi ordinaria».

§ 280

Quanto ás dividas da mulher contrahidas antes do matrimonio; regra geral: nos bens dotaes da mulher póde fazer-se, constante o matrimonio, execução por dividas da mulher anteriores a elle, se ella não tem outros alguns mais bens extradotaes, porque o dote dos que unicamente tinha se subentendem *deducto ære alieno*, Silv., ad Orden., L. 3, T. 86, § 23, n. 63, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, n. 57, Mor., L. 6, C. 8, sub n. 51, * *Contrarium.*, maxime quando a execução procede por acção real, Mor., supra, Portug., supra; tendo porém a mulher bens *parafernaes* e *extradotaes*, n'elles primeiro, e antes que se passe aos dotaes se deve fazer a execução, Portug., n. 58, Silv., n. 64, e na meação dos adquiridos (§ 279), e na ametade dos fructos communicados com o marido pelo pacto antenupcial, ou do costume, Mor., sub n. 53, * *Sic e contra*, Valasc., Cons., 103, n. 23, et *de Partit.*, C. 6, n. 37, no fim

(do que duvido, e só póde entender-se debaixo da distincção do § 279, restando ao marido redditos com que sustente os encargos da matrimonio).

§ 281

Quanto ás dividas contrahidas, constante o matrimonio; se a mulher as contrahe sem auctoridade do marido, não póde por ellas fazer-se penhora, nem no dote, nem nos fructos d'elle, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, n. 46 et 47, nem ainda nos parafernaes, de que n'este reino não tem a mulher administração, mas é privativa do marido, Egid. in L. Ex hoc jure, P. 2, C. 7, a n. 25, Pereir., Dec. 77, n. 3, Portug., L. 1, Prael. 2, § 3, a n. 99, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 9, n. 4, Mello, C. 2, T. 9, § 17, na nota, menos quanto ás dividas que a mulher contrahir para a economia domestica de que o marido a incumbe, como viveres, vestidos, etc., por um prudente arbitrio. Vejam-se Voet., ad Pand., L. 23, T. 2, n. 46, Wesel., *de Connubial. bonor. Societ.*, Tr. 2, C. 3, a n. 37, ou em ausencia do marido. Veja-se Peg., 3, For., C. 33, n. 11, Egid., supra, n. 52 et 54, *quidquid dicat*, Cabed., Dec. 106, n. 5 e 6.

§ 282

Se o marido, constante o matrimonio, contrahi dividas e as despendeu em jogos, com meretrizes, com prodigalidades sem utilidade do casal, n'este caso é que têm applicação as doutrinas que expuz a §§ 156 et 157; se contrahi essas dividas para comprar bens, que como adquiridos se communicaram, por elles e mais adquiridos se deve pagar essa divida, porque não ha adquiridos, senão satisfeitos os crédores, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, n. 68, Valasc., Cons. 103, n. 12.

§ 283

Se porém as dividas foram contrahidas para alimentos da familia, soldadas de creados, etc., *hoc opus hic labor*

est. Aqui entra a questão prejudicial, se a mulher é obrigada a taes dividas, e se para satisfação d'ellas se podem subsidiariamente alienar os bens dotaes? Pela affirmativa estão Gam., Dec. 186 e 366, n. 7, Mor., L. 6, C. 8, n. 65, Castilh., *de Alim.*, C. 65, n. 10, Valasc., *de Privil. Pauper.*, P. 1, Q. 48, a n. 8, Codigo civil dos francezes, artigo 1555; pela negativa estão Valasc., Cons. 128, a n. 4, et *de Part.*, C. 23, n. 7, Arouc., All. 83, n. 8, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 23, n. 68, Peg., 3, For., C. 36, n. 15 et 139, Fontan., *de Pact.*, Claus. 4, Glos. 9, P. 5, n. 173, Guerra, ad Ordin., pag. 257, n. 6, Fragos., *de Regim. Reip.*, P. 3, L. 2, Disp. 5, § 4, n. 60.

§ 284

A primeira d'estas opiniões, diz Mor., supra, n. 65, in fin., é a mais commum e racional, e Silv., supra, n. 72, o reconhece; porém, para ser applicavel, é necessario: 1.º, que conste da applicação do dinheiro recebido para alimentos da familia e por outro modo, que não seja a confissão do marido, Arouc., supra, n. 10; é necessario, 2.º, que o marido não tenha outros bens livres, com que se possa satisfazer essa divida, mais que os bens dotaes, Arouc., All. 83, n. 11, Guerreir., For., Q. 98, n. 23; Silv., n. 72, et ad omnia Castilh., *de Alim.*, C. 65, sub n. 10, Valasc., supra, n. 14.

Nota: Todas estas opiniões recapitulou Luc., *ad Gratian.*, C. 107, e por fim segue a de Flor., *ad Gam.*, Dec. 186 (que referem os nossos Silv., supra, e Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 5, n. 43), isto é, que se o marido expressamente contrahiu a divida em estado de necessidade, e para alimentos da mulher e familia, subsiste a obrigação subsidiaria nos bens dotaes, e a sujeição d'elles á alienação. Quidquid sit, o certo é que a mulher subsidiariamente está obrigada a alimentar marido e filhos, quando este não tem faculdades: esta divida tem pois *causa necessaria* tambem da parte da mulher subsidiariamente obrigada, Fabr., *in Cod.*, L. 5, T. 15, Def. 1, n. 12, Gail., *de Fructib.*, Disp. 20, art. 3, n. 16, *causa ne-*

cessaria e natural que prevaleça ás razões políticas da conservação dos dotes: ora o dote é alienavel por causa necessaria, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 2, a n. 95, Mul., *ad Struv.*, Exerc. 30, Thes. 21.

§ 285

De se seguir uma ou outra opinião depende a resolução d'esta duvida: seguida a primeira (§ 283), verificado que a divida se converteu em utilidade da mulher para sua sustentação e alimentos da familia, n'este caso, excutidos os superlucrados, os redditos e os bens do marido, deve o dote da mulher padecer execução pela sua respectiva metade, e não póde obstar-lhe como terceira; da mesma fôrma se ambos, marido e mulher, promettem dote ao filho commum, está a mulher responsavel pela sua metade, e em falta de lucros communs se deve pagar pelo capital do seu dote, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 2, n. 103, sed vide Valasc., Consult. 127, a n. 10. Seguida a segunda opinião negativa, poderá a mulher embargar a execução feita em bens dotaes, por mais que essa divida se convertesse em utilidade da mulher e filhos; porque a si proprios devem imputar os crédores contrahir com um homem assim casado; de fôrma que n'este caso as dividas contrahidas por essa causa só podem executar-se pelos superlucrados, havendo-os, ou pelos fructos e redditos do dote, e da parte da mulher só por metade dentro dos limites dos superlucrados e rendimentos, Mor., L. 6, C. 8, n. 44, Gam., Dec. 200 et Dec. 366, n. 6, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, § 17, n. 73 et 74, Guerreir., Tr. 2, L. 7, C. 2, n. 100.

Nota: Advertem alguns dos DD. citados, que a mulher fica de tudo exonerada se antes ou depois do matrimonio renunciou os adquiridos; porém se essa renuncia foi por pacto antenupcial, convenio; se depois do matrimonio, não: assim, e bem distinguui e mostrou Harprectr., Disp. 80, *De renuntiatione acquæstus conjugalis*, Thes. 56 et 67, cum seqq.

§ 286

Se as dividas procedem de fianças do marido, ainda outorgadas pela mulher, é sem duvida que devem sair da parte do marido, Mor., L. 6, C. 8, n. 49, Peg., 3, For., C. 36, n. 138; se emfim procedem de bemfeitorias em bens dotaes, está responsavel por ellas ao marido, Guerra, á Orden., pag. 169, e consequentemente aos crédores do marido.

Quanto á segunda parte do artigo terceiro

§ 287

Se o dote da mulher consiste em predios, nada ha a duvidar, porque ella tem em todo o caso retenção n'elles, independente de outra controversia com os crédores, Merlin., *de Pignor.*, L. 3, Q. 73, n. 11, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 31, n. 16; e se n'elles fazem penhora póde embargar, como terceira; sem entrar na disputa, se o marido, caminha ou não a fallencia de bens, porque em todo o caso está assim assegurada.

§ 288

Se o dote consistiu em dinheiro que o marido recebeu, e elle caminha a pobreza e insolvabilidade, fervendo os crédores com execuções nos bens d'elle, n'este caso a mulher póde occorrer com embargos de terceiro, a pedir que do concurso d'elles se lhe salve um predio dos melhores proporcionado ao dote, com que assegure a sua satisfação, como duas vezes refere julgado Peg., 1, For., C. 5, n. 268, pag. 495, aonde juntamente diz se julgava: «Que não constando evidentemente da inopia se havia de fazer inventario dos bens para se tirar em primeiro logar o dote, e para o dito effeito podia embargar de terceiro, ainda contra o crédor do preço da fazenda». A mesma conclusão seguem os nossos reinicolos, com os quaes Guerra, á Or-

den., pag. 290, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 26, a n. 5, Phæb., Dec. 151, Peg., 3, For., C. 36, a n. 140, Guerreir., Tr. 2, L. 6, C. 8, n. 88, e das mais nações, Conciol., For., All. 77, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 31, Stryk., Vol. 5, Disp. 18, C. 3, a n. 32.

Nota: Aindaque por uma lei da Hespanha não compete á mulher este beneficio, senão quando o marido cáe em pobreza por culpa, e não por casualidade, Guerra, supra, pag. 292 e 293; comtudo o mesmo Guerra defende, que devemos seguir aqui a indistincta generalidade do direito romano. Ita etiam Barbos. in L. Si constante, in pr, ff. Solut. matr., n. 11, Constantin., supra, n. 44, Brunneman., na L. 29, Cod., *de Jur. Dot.*, a n. 16, Boss., *de Dot.*, C. 19, n. 17.

§ 289

Amplia-se este favor da mulher para tambem pedir assecuração dos *parafernaes*, de que o marido se entregou, e das *arrhas* que elle lhe prometeu, Phæb., Dec. 151, n. 24 e 25, e seu addicionador no * *Quin potius*, Constantin., supra, n. 45 et 46; e mesmo n'esta assecuração vem as despesas da demanda, os interesses, etc. Constantin., supra, n. 47, Addit. ad Phæb., supra, Brunneman., na L. 29, Cod. *de Jur. Dot.*, a n. 2, et ad omnia Constantin., supra, a n. 45.

§ 290

Esta assecuração póde requerer a mulher ainda anticipadamente, e antes que os crédores executem o marido, logoque o vê precipitar-se em pobreza por fianças, por jogos, por prodigalidades, etc., DD., supra (§ 288), Peg., 3, For., C. 36, n. 140. Quando trata em concurso de crédores, aindaque alguns DD. quizeram que devia preceder sentença declaratoria, de que o marido caminhava a pobreza, Constantin., supra, n. 153, latissime Schettin., *de Tert. venient. ad Caus.*, P. 2, C. 2, Insp. 3, n. 64; comtudo é mais verdadeira, mais fundada e mais seguida na praxe

a opinião de que não é necessario preceda tal sentença, e basta que a mulher ao mesmo tempo que contra os crédores vae pedir assecuração do dote prove o seu dote e a vergencia do marido em pobreza, Constantin., supra, n. 17 (quidquid dicat Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 53, fundado na reprovada opinião).

§ 291

Ha porém aqui uma essencial differença, que quando a mulher demanda o marido para lhe assegurar o dote bastam menores provas da recepção do dote e da vergencia do marido á pobreza (dois requisitos em todo o caso); quando porém controverte com os crédores, são necessarias provas plenas e concludentes de ambos os ditos requisitos, e não basta a confissão do marido de ter recebido o dote, ut latissime Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 31, a n. 17, ad 31, Peg., 3, For., C. 36, a n. 144, ad 148, Schettin., supra, sub n. 64; menos que o marido na escriptura do tal não hypothecasse seus bens á segurança do dote, e se constituísse possuidor pela clausula constituti, Constantin., a n. 35. Conf. ad omnia Addit. ad Phæb., Dec. 151.

Nota: Como se prova plenamente para este e outros fins o recebimento do dote pelo marido, quando se trata de interesse de crédores? Vide Peg., supra, a n. 65, Harprectr., Disp. 64, a n. 259, Wesel., *de Pact. dotal*, C. 1, a n. 65; como se prova a pobreza, ou vergencia a ella, e com que circumstancias, Constantin., supra a n. 73, Conciol., All. 77, a n. 17, Posth. Civil., Resol. 26, a n. 49; se a mulher que casou com um marido pobre, póde recorrer a esta providencia, vide Constantin., a n. 26, Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 2, Thes. 15; a assignação deve ser em um predio proporcionado (§ 228) aindaque emphyteutico, Constantin., n. 70 e 71, por avaliação, e não por arrematação, Constantin., n. 72, avaliação que deve ser larga, Constantin., n. 74; e se os crédores podem ou não offerecer á mulher o seu dote em dinheiro para livremente arrematarem os bens do marido, vej. Phæb., Decis. 151, a n. 20; sed in contrarium Conciol., a n. 30, Altimar., Tom. 5, Q. 35, sub n. 1089, Constantin.,

a n. 98, os quaes com outros defendem a negativa contra os crédores, para não serem admittidos a offerecer á mulher o dote em dinheiro: o mais se poderá ver nos DD. citados.

ARTIGO IV

Quando podem embargar como terceiros os crédores, ou simplesmente hypothecarios, ou juntamente consignatarios das hypothecas e possuidores d'ellas até ao pagamento de suas dividas.

§ 292

Quanto aos primeiros: «Quando Tertius jure sui crediti tantum vult impedire executionem Sententiæ latæ pro quantitate debita, allegans non dominium, nec possessionem rei pignoratæ; sed aliud jus, puta, quia dicit se potiorum, aut anteriorem creditorem esse, vel antierius jus, et hypothecam habere in ipsa re, supponens non habere condemnatum bona sufficientia ad satisfaciendos creditores; et tunc regula est, quod executionem neque suspendat, neque aliter audiatur nisi, in quantum se admittendum, et præferendum in distributione pretii deducat, sed res vendatur, et deposito pretio in judicio super illo concursus agatur». Assim com Cabed. Peg., Schettin., e outros, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 17, a n. 10, et adde Altim. ad Rovit., L. 1, Obs. 4, a n. 13, latissime et ex professo Amat. Var., Resol. 94, tot. et a n. 23; este terceiro pois, que não é senhor, nem possuidor, deve ser repellido, e servindo-lhe de protesto seus embargos, deve ser remettido ao concurso de preferencias, e servindo só os embargos para que o dinheiro, producto dos bens executados, se não entregue ao exequente, e vá a deposito até se disputarem as preferencias, Amat., supra, Silv., n. 11, Peg., 1, For., C. 5, n. 10, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 8, 24, 25 et 32, Mor., de Execut., L. 6, C. 9, n. 64, v. *Apud nos*, et a n. 65.

§ 293

Quanto aos segundos: «Creditor, cui debitor solutionem consignavit in fructibus certi fundi, et virtute consignationis fuit missus in possessionem, dicitur possidere, et valet impedire executionem sententiæ ab alio creditore obtentæ, ne fiat in fructibus consignatis». Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, n. 31, Sous. de Maced., Dec. 62, *ubi judicatum*, Peg., 1, For., C. 5, pag. 370, Col. 2, *Et scientiam*, aonde tambem o refere julgado, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 24, n. 287 et 288, aonde tambem o refere julgado, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, a n. 84 et 85; porque essa consignaço e doaço em pagamento transfere dominio, França, supra, Guerreir., supra, a n. 1 (sed vide eum n. 19); se porém a consignaço foi por annos certos, que têm passado, cessa já o direito do crédor. Vide Peg., supra, pag. 371, 372 e 373, et vide Silv., supra, a n. 86, aonde limita quando se trata de concurso geral de crédores, em que esse consignatário deve metter no cumulo dos bens do devedor esses consignados.

§ 294

Mas se a consignaço foi simples de redditos e fructos annuos para o crédor se pagar da divida e nunca o crédor entrou na posse, esta consignaço não excede os termos de uma demonstração e destinação da solução, e de uma cessão para exigir esses fructos e pensões dos colonos, o que não induz direito real de penhor ou hypotheca a favor do crédor, Senator apud Peg., 1, For., C. 5, pag. 458, Col. 2, *★ Deinde et maxime* se o devedor ficou na posse, e concorrem algumas presumpções de simulação, Peg., supra, a n. 156, a pag. 457; ou se o cedente e consignante logo falliu de bens, caso em que tambem o consignatario não póde impedir como terceiro a execuço, Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, n. 34.

Nota: Se o devedor consignou a seu crédor um predio para elle o possuir, disfructar e pagar pelos rendimentos annuos, *deductis expensis*, sem reduzirem os redditos annuos a um certo preço; é bem certo que o crédor, que como consignatario embarga a execução feita n'esse predio, deve dar uma conta corrente do que tem recebido, ex Stryk., *de Act. For.*, Sect. 1, Membr. 5, § 33, Guerreir., supra, n. 4, e mostrar que ainda não está satisfeito de toda a divida: se porém os redditos logo foram lotados annualmente em certo preço (cautela optima para evitar contas, ex Guerreir., supra, a n. 5, Stryk., *de Caut. Contract.*, Sect. 2, C. 4, § 37), n'este caso é facil constar se está ou não está satisfeita a divida, se competem, ou não os embargos oppostos pelo terceiro consignatario.

ARTIGO V

**Embargos de terceiro, como simples possuidor,
sem dominio que juntamente allegue**

Regra geral com ampliações

§ 295

• Sendo certo (diz a L. de 22 de dezembro de 1762, T. 3, § 12), que os sobreditos embargos de terceiro senhor e possuidor contêm por sua natureza um remedio meramente possessorio, no qual sempre se ajuntam os titulos, aindaque se não trate senão de justificar com elles a posse; não é erro firmarem commummente os DD. a conclusão, que o terceiro só com o simples fundamento de possuidor, póde embargar a execução feita nos bens que possui para ser mantenido n'essa posse, emquanto não for ordinariamente convencido; ex Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 37, ubi França, a n. 260, Peg., 1, For., C. 5, pag. 359, Col. 2, et pag. 356, n. 7, late Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 12, et ultra ibi citatos, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 9, a n. 47 et 49, Amat. Var., Resol. 94, a n. 9, Altim. *ad Rovit.*, L. 1, Obs. 4, n. 12.

§ 296

Ampliam os DD. esta conclusão, 1.º, aindaque o terceiro seja o possuidor civil por força da clausula *constituti* Silv., supra, L. 3, T. 86, § 17, n. 23, e alem dos DD. ahi citados, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælud. 1, n. 15; Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, n. 52 (*quidquid contrarium* Mend., L. 3, C. 21, n. 41); porém o que se diz possuidor não natural, mas só civil pela clausula *constituti*, necessariamente deve produzir essa escriptura, em que a posse se lhe transferiu por essa clausula, e juntando-a, como deve, se sacrifica a disputa sobre a validade d'essa escriptura por mais possessorios que sejam os seus embargos, e então a nullidade d'aquella influe vicio na posse para não ser manutenivel, Cordeir., *de Interdict.*, Dub. 46, a n. 54 et 57; por outra parte, em todos os casos em que esta clausula não produz os seus regulares effeitos, casos que, até o numero de 23, referiu Peg., 1, For., C. 6, a n. 15, ad 36, em todos elles não merecem admissão os embargos de terceiro, em que o embargante funda a sua posse só na civil transferida por esta clausula, o que reconhece Silv., supra, n. 17.

§ 297

Ampliam os DD., 2.º, ao caso em que o terceiro só allegue uma posse nua e simples, porque em tanto se presume proprietario, aconselhando com Maced., Dec. 61, n. 7, 10 e 11, que é mais seguro não allegar dominio nem titulo, assim Silv., supra, n. 27, e alem dos DD. ahi citados, Mor., d. C. 9, n. 49. Estende Silv., n. 28 e 29, esta ampliação aindaque o terceiro possuidor seja injusto e vicioso, e a sua posse colorada, etc., mas se é manifestamente injusta essa posse relativamente ao executado (*quidquid sit se for injusta relativamente a outro terceiro, ex Silv.*, n. 29), não póde com tal pretexto impedir a execução, nem quando adquiriu a posse por titulo invalido, Amat. Var., Resol. 94, a n. 13, Altim., supra, n. 17.

Nota: Por mais que os embargos de terceiro contenham por natureza um remédio possessório (§ 295), se o terceiro é injusto possuidor relativamente ao executado; e da injustiça da sua posse consta manifestamente pelo processo sem dependência de maior indagação, não deve ser attendida, vista a generalidade do assento de 16 de fevereiro de 1786 no fim da 2.^a questão.

§ 298

Ampliam, 3.^o, ao caso em que a cousa penhorada estava detida pelo executado como em deposito, em guarda, em arrendamento, porque então o senhor d'ella conservando sempre no animo a posse civil, e tendo o executado só a nua e simples detenção, póde o proprietario só com esta posse impedir como terceiro a execução, Silv., d. T. 86, § 17, n. 30, Mor., L. 6, C. 7, n. 6; amplia no n. 31, ao colono e arrendatario, que póde impedir a execução para ser conservado ao menos até perceber os fructos d'esse anno.

Nota: Esta ampliação 4.^a quanto ao colono, ou inquilino embargante pelo seu interesse, depende de mais exposição; ou o crêdor faz a penhora nas pensões annuaes, que ao condemnado havia de pagar o arrendatario, salvo o uso do seu arrendamento pelos annos em que foi estipulado, ou a penhora foi feita no dominio pleno da terra ou predio urbano para logo se arrematar apesar do arrendamento e da duração d'elle: no primeiro caso nada tem a oppor o arrendatario, cujo direito se salva: no segundo caso, se póde ou não embargar para ser conservado no uso do seu arrendamento durante os annos que convencionou com o executado, dependendo da questão incidente, se o futuro arrematante ou adjudicatario deverá conservar o arrendatario? Esta questão é assás opinativa; mas prevalece a opinião que o adjudicatario ou arrematante deve conservar o colono pelos annos que durar o seu arrendamento, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 51, C. 3, § 4, Repertor., debaixo da conclusão *Venda de cousa de raiz sendo feita*, etc. aonde assim julgado, e cita muitos DD., quidquid dicat Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 13, sub n. 75. Só pois póde o arrendatario n'este caso oppor-se para, conforme essa opinião, se conservar o seu arrendamen-

to em todos os annos da sua duração: n'esta distincção coincide Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 6 e 8. O arrendatario de 10 e mais annos já hoje não pôde embargar com dominio ou posse, ex Moraes, *supra*, n. 9, depois do alvará de 3 de novembro de 1757.

. Depois de escripto este § disputei mais fundamentalmente a questão a § 470, e mudei de opinião.

§ 299

Amplia-se, 5.º, a regra ainda ao caso, em que o vencedor queira *in continenti* provar o dominio do executado, porque ainda assim é attendido o terceiro possuidor, menos que o vencedor *in continenti* evidencie o dominio do executado; porque n'este caso, conservado o possuidor terceiro na posse, se executa e arremata o direito e acção de reivindicação contra elle, Silv., *ad Ordin.*, L. 3, T. 86, § 17, n. 59 et 60; o mesmo, quando o terceiro possuidor, dizendo-se que o é por causa justa, confessa o dominio do condemnado na cousa penhorada, aliter se não allega causa justa da sua posse, Silv., n. 61 e 62, e alem dos DD. ahi citados, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 9, n. 59; de fórma que se confessa o dominio do condemnado, e allega uma posse com causa justa, só se arremata a acção de reivindicação, e se não allega alguma da posse, esta se presume injusta, e o predio ou cousa penhorada se executa abandonada a allegada posse, ex Mor., *supra*; vide Maced., Dec. 61, n. 14.

Nota: O crédor exequente reveste em si os direitos do executado, ex Salgad. *in Labyr.*, P. 4, C. 1. Hoje não se attende jamais a posse, quando pelo processo consta notoriamente do defeito de justiça na causa da propriedade (§ 297, not.). Se pois o exequente pôde convencer *in continenti*, que o executado é verdadeiro senhor, e que a posse do terceiro é injusta, ou que elle carece de justiça na causa da propriedade, fica desnecessario esse circuito de se arrematar a acção de reivindicação contra elle.

§ 300

Ampliam que se póde o terceiro possuidor oppor na execução de tres sentenças conformes, Silv., n. 38, ainda nas execuções fiscaes, Silv., n. 56 (mas n'estas é necessario juntar o titulo, como disse no *Tratado do processo executivo por privilegio*, §. . .). Ampliam que se póde oppor perante o executor, Silv., n. 65, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 4. (Vide supra, § 251.) E antes de consummada com posse a arrematação; *aliter* depois da posse, Silv., n. 63 e 64, Moraes, L. 6, C. 9, n. 96, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 30, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, n. 96.

Nota: Aqui confundem Silva e Moraes e miscellaneam os casos em que o terceiro embarga, como possuidor, como proprietario com titulo, quando o produz, e quando a execução se faz por acção real. E como n'este artigo só trato do embargante com a simples posse, a esse caso são applicaveis as ampliações a § 296; restam as adequadas.

Limitações da regra geral, de qua § 295

§ 301

Limitação geral: Em todo o caso, em que hoje obsta o notorio defeito da propriedade ao que se funda em posse e n'ella pede manutenção por embargos *de terceiro simples possuidor*, se lhe deve a final denegar, á face da regra geral canonisada no assento de 16 de fevereiro de 1786, no fim da segunda questão, ut ibi: «Até para se não seguir o visivel absurdo de se julgar nos interdictos restitutorios, e nos outros casos occorrentes no fóro, a referida posse áquelle mesmo *que pelo processo e evidencia notoria dos autos se deprehende não lhe dever ser julgada a propriedade*». Para o que o exequente na contrariedade a esses embargos póde allegar o dominio do executado, França, *ad Mend.*, P. 1, L. 3, C. 21, n. 292 e 293.

§ 302

Limita-se especialmente, 2.º, no caso referido no dito C. 3, § 50; limita-se, 3.º, no caso referido no d. C. 3, § 51 (limitações que aqui n'este caso pozeram Moraes, L. 6, C. 7, n. 16, e C. 9, n. 58, Silv., ao d. T. 86, § 17, n. 82); limita-se, 4.º, «quando ex aliqua causa tertii possessori oppositio calumniosa præsumeretur... Unde se cauto debet habere Judex, quia frequenter se opponunt Tertii dolo et fraude ad impediendam solum executionem... Hæc tamen calumniæ præsumptio tollitur, si Tertius oppositor in continenti, non semiplenam, sed integram offerat sui interesse probationem». Esta limitação applica ao caso de que estou tratando, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, n. 57, e geralmente a todos os embargos de terceiro, Peg., 1, For., C. 5, pag. 452, n. 116; limita-se, 5.º, quando a cousa se não pôde possuir sem titulo, Silv., n. 72, de quo vide Stryk., Vol. 5, Disp. 25, *De necessitate edendi titulum possessionis*.

ARTIGO VI

Embargos de terceiro não possuidor, e que só allega o seu dominio

§ 303

Que qualquer terceiro só com o fundamento do seu dominio e sem posse na cousa penhorada, pôde embargar a execução n'ella feita, o diz com muitos DD., Peg., 1, For., C. 5, n. 8, pag. 369, Cabed., P. 1, Ar. 66, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 9, n. 91, ubi judicatum: e exemplifica ut ibi: «Sic et impediatur executio, si quis habens sententiam ex actione personali, eam exequi intendat in pecunia, quam victus in sequestro habeat, et tertius se opponat executioni allegans jus in ea pecunia habere... Restringendus est autem iste casus, ut solummodo procedat cum Tertius Oppositor jus in re habere allegat; secus tamen si tantum allegat, se jus ad possessionem ha-

bere, quam victus habeat; hoc enim eventu executio non suspenditur.

Nota: Será raro oppor taes embargos com o simples fundamento de que o dominio se não possui, não se juntando logo os titulos do mesmo dominio allegado: entretanto é innegavel, que o dominio tambem sem escriptura se prova por testemunhas, dando ellas as concludentes razões do dito, que exigem os DD., com os quaes Leyser., *ad Pand.*, Spec. 99, Med. 1, Bagn., C. 14, a n. 572, Peg., *de Maior.*, C. 6, n. 782, 783, 796, 797 e 806, e Tom. 2, For., C. 22, n. 38; Mascard., *de Probat.*, Concl. 548: como porém é mais frequente allegar a posse, o dominio e o titulo da sua aquisição, vem a ser o assumpto do seguinte.

ARTIGO VII

Embargos de terceiro fundados em dominio e posse, adquiridos por titulos que se alleguem juntamente

§ 304

Regra geral: Quando o terceiro funda o seu dominio e posse em um titulo nullo, inutil, reprovado por direito, não deve ser attendido, porque a nullidade do titulo obsta a que por elle se transfira o dominio; e a mesma nullidade influe vicio na posse que d'elle se deriva, e a que ella se attribue como á sua causa, Peg., 1, For., C. 5, n. 58, pag. 419, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 10. Conf. Peg., T. 7, á Orden., L. 1, T. 87, § 6, n. 43 e 44, Guerreir., For., Q. 54, n. 28 e 29, e Tr. 2, L. 8, C. 2, n. 70, optime Altim., *ad Rovit.*, L. 1, Obs. 4, a n. 17.

Nota: Não faltarão DD. a dizer, que como pelo titulo nullo se transfere a posse real, *si realis accedat traditio*, esta basta para fundamentar os embargos de terceiro, independente da nullidade do titulo, Peg., supra, Tom. 1, For., pag. 420, Col. 1. * *Secus dicendum*, et pag. 430, * *Et merito*; e assim largamente o defende Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 17, a n. 43 et 45: limitando porém no n. 46, quando no titulo nul-

lo só interveiu translação da posse por acto ficto, qual a clausula *constituti, precario, reserva de usufructo*, sem outra real e natural aquisição da posse; limitando no n. 47, quando a nullidade do titulo é evidente e notoria; no n. 48, quando a nullidade da mesma inficiona na posse: mas n'aquella variedade distinguui Peg. 1, For., C. 5, pag. 420, * *In qua varietate* n'esta fórma: que para se receberem os embargos de terceiro basta a posse aindaque derivada de titulo nullo, emquanto a nullidade d'este se vae disputar; mas para a final se julgarem provados, se quer uma posse adquirida por titulo valido, que o mesmo embargante deve necessariamente exhibir, conforme esta distincção assim o refere julgado (e eu o tinha visto muitas vezes); e aindaque Silv., supra, n. 50, só admite esta distincção, quando a nullidade do titulo é evidente e notoria, e só quando inficiona a posse (como havia limitado), eu sigo a distincção de Pegas, mais seguida, maximè depois do assento referido (§ 304), e ainda porque, juntando o embargante o titulo, o sacrifica a disputa da sua nullidade, Peg., Tom. 7, ad Ordin., L. 1, T. 87 (seu 88), § 6, n. 43 e 44, in simili Gomez Flav., Diss. 3, n. 98, tetigit Silv., ad Ordin., L. 3, T. 20, § 22, n. 24: use o embargante da cautela de Maced., Decis. 61, n. 7, 10 e 11, não allegando titulo e fundando-se só na posse: mas se n'elle se funda (diz o mesmo Maced.), se sacrifica, a que se julgue do dominio e da posse.

§ 305

Da regra geral, § 304, é consequente: 1.º, que ainda independente do caso figurado no C. 3, § 50, se o terceiro embargante pendente a lide sobre a divida e acção pessoal contra o executado, adquiria d'elle alguns bens com fraude de ambos para supplantar e fraudar o crédor, vendo ambos a futura condemnação, etc.; o terceiro que assim comprou ou adquiriu os bens, pendente a acção pessoal, e com tal fraude, não póde embargar a execução com pretexto do senhor e possuidor por tal titulo, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 7, n. 16, Peg., T. 1, For. 5, a n. 117, aonde muitas vezes o refere julgado; e isto sem ser necessario usar da acção ordinaria *revocatoria* contra o terceiro participante da fraude, como se vê julgado em França, *ad Mend.*, Aresto 29, e demonstrado nas doudas delibe-

rações a n. 3, e também em Peg., Tom. 5, For., C. 113, desde o n. 13 até o n. 25. E concorda com outros muitos DD. Silv. á Orden., L. 3, T. 86, § 17, a n. 73.

Nota: Assim é que esta fraude se não presume; e que é necessario provar a cooperação para ella no comprador, com a sciencia da demanda e da insolvabilidade do devedor, Moraes, supra, sub n. 16: porém esta fraude de ambos, como machinação occulta, é provavel por conjecturas, que induzam o animo do juiz a persuadir-se da fraude; quaes são: 1.^a, fazer-se logo depois da citação do devedor; 2.^a, a amizade particular, o parentesco, o compadrio; 3.^a, falta de real numeração do dinheiro, preço da compra, havendo só confissão de o haver recebido; 4.^a, a sciencia que o comprador tinha do litigio, sciencia presumivel pela diuturnidade d'elle, vizinhança e outras circumstancias; 5.^a, vender o devedor todos ou a melhor parte de seus bens; 6.^a, ficar o devedor na posse dos bens; 7.^a, se a alienação foi feita depois da sentença condemnatoria, aindaque antes da penhora, etc. Todas estas conjecturas (que não é necessario concorram simultaneamente, e ficam ao arbitrio do juiz) se vêem seguidas nos arestos transcriptos por França, ad Mend., Ar. 29, por Peg., Tom. 5, For., C. 113, a n. 13, e por Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 17, a n. 73, Peg. 1, For., C. 5, a n. 120, bem que admittem prova em contrario, ex Peg., a n. 133; mas ainda aqui ha uma differença entre o caso de o terceiro adquirir a coisa por titulo oneroso ou lucrativo; quando por titulo oneroso, é necessario provar a fraude de ambos; quando por titulo lucrativo, basta provar a fraude do devedor, Peg., Tom. 5, For., C. 94, a n. 5: n'este sentido devemos entender o aresto referido por Peg. 1, For., C. 5, pag. 453, sub n. 119, * *Et idem in possessore causa dotis*.

§ 306

Da mesma regra geral é consequente, 2.º, que, e mais sem duvida, procede a execução contra o terceiro que comprou a coisa depois de penhorada, ou comprasse *scienter* ou *ignoranter*, e sem fraude; e não póde embargar como terceiro o progresso da execução na mesma coisa, Peg., 1, For., C. 5, n. 121, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 77, e T. 86, § 1, n. 33, *ubi judicatum*,

Reportor., debaixo da conclusão *Penhora feita em bens de raiz*, etc., Let. D., Posth., de *Subhast.*, Insp. 18, a n. 187.

§ 307

É consequente, 3.º, que o terceiro não póde impedir como tal a execução quando adquiriu a cousa, aindaque a possua por contrato simulado com o executado, Moraes, L. 6, C. 7, n. 13, Peg., 1, For., C. 5, n. 156, porque o tal contrato, ipso jure nullo, não tem força de transferir o dominio, que sempre fica radicado na pessoa do devedor, Peg., supra, n. 157 e 158, Mor., supra.

Nota: Assim é que a simulação se prova por conjecturas, e para sua prova bastam duas, Peg., a n. 159, Altimar., de *Nullit.*, Tom. 3, Q. 1, Sect. 3, a n. 30 e 34, referindo desde o n. 93 (a que me remetto) varias e especificas conjecturas da simulação: mas adverte o mesmo Peg., a n. 162, que deve constar da *causa da simulação*, causa sem a qual se não póde dar simulação, e causa que deve provar-se concludentemente: de fôrma, que a simulação se exclue, quando não só falta a *causa* de a commetter; mas, e muito mais quando ha apparencias provaveis da pura verdade: confira-se o mesmo Peg., Tom. 2, For., C. 19, pag. 1144, Col. 2, e pag. 1145, Col. 1, e Tom. 4, For., C. 62, n. 56, França, ad Mend., Ar. 70, n. 7 e 8, 14 e 15: sobre todos recomendo se veja o citado Altimar., aonde *non plus ultra*.

§ 308

É consequente, 4.º, que como o dolo *dans causam contractui* o annulla, e pelo contrato doloso não se transfere nem adquire o dominio, aquelle que com o dolo adquiriu a causa em que se faz execução, não póde como terceiro impedi-la, Peg., 1, For., C. 5, n. 147 e 148, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, a n. 282; mas por quaes conjecturas se presume o dolo, por quaes se exclue, veja-se largamente em Altimar., de *Nullit.*, Tom. 3, Q. 11, em 365 numeros.

§ 309

É consequente, 5.º, que se a mulher alienou bens sem consentimento do marido, nem auctoridade judicial, como esse contrato é nullo, não póde o comprador ou possuidor impedir a execução feita n'esses bens em qualidade de terceiro senhor e possuidor, Peg., Tom. 1, For., C. 5, n. 163 et 164.

Nota: Seria infinito se me propozesse referir aqui todas as nullidades dos contratos provenientes das diversas causas que recopilou Moraes, *de Exec.*, L. 2, C. 19, 20, 21 e 22. Só sim advirto, que como os crédores revestem todos os direitos competentes a seus devedores (ainda que não os pessoas d'elles, ex Puttman., *Adversar. Jur.*, L. 1, C. 12), para os poderem allegar em juizo maximè *excipiendo*, ex Salgad., *in Labyr.*, P. 4, C. 1, a n. 17, podem contra o embargante, em qualidade de terceiro, oppor todas as nullidades do titulo, em que o embargante fundamenta a sua intenção.

Outros mais casos em que se não podem admitir embargos de terceiro

§ 310

Quando o socio na causa commum e indivisa póde ou não embargar a execução? Vej. § 119: o senhor da nau não é legitimo contradictor a embargar a execução n'ella feita por dividas que o mestre contrahiu para necessidade da mesma nau, Peg., 1, For., C. 5, n. 220; o citado para entregar bens alheios, que tem em seu poder, e é contumaz em os entregar, não póde obstar á execução feita nos proprios, como subrogados em lugar dos alheios que não entrega, Peg., n. 245; tambem não a sogra a execução feita em moveis por divida da nora, não mostrando serem seus esses bens antes de conviver com a nora, Peg., n. 233; nem aquelle herdeiro a que se adjudicou o predio affecto ao censo, póde embargar a execução feita n'esse predio por divida do mesmo censo, Peg., n. 267; se um filho comprou em vida do pae em proprio nome alguns bens, e a

viuva mãe os descreveu no inventario como da herança paterna, aindaque fossem adjudicados á viuva, não póde impedir como terceira a execução feita n'esses bens por divida do filho, que os havia comprado, Peg., n. 187 e 188.

ARTIGO VIII

**Embargos do terceiro, quando oppostos á execução,
que procede por sentença em acção real**

§ 311

Já vimos, § 265, que não póde embargar como terceiro aquelle, não citado nem ouvido, contra o qual, e por natureza da cousa, é exequível a sentença *inter alios lata*; ora já vimos, C. 2, a § 30, varios casos em que a sentença sobre acção *real*, é exequível contra terceiro, aindaque não ouvido nem convencido, debaixo da limitação geral, de ser essa sentença obtida por collusão ou frouxidão, e falta de defeza d'aquelle que a padeceu contra si (§ 225). Trato pois aqui só dos embargos oppostos por terceiros contra as sentenças, que aliás por natureza propria lhe não prejudicam; e n'estes casos, não exceptuados da regra geral, é certo que a sentença não prejudica ao terceiro possuidor, tivesse ou não sciencia d'esse litigio, Mor., L. 6, C. 9, sub n. 50, Maced., Dec., 61, n. 29.

§ 312

A ordenação mesma no L. 3, T. 86, § 17 permite a terceiro, aindaque não possuidor, embargos do seu dominio na conjunctura da execução por acção real contra o possuidor vencido, emquanto diz a mesma Orden., ut ibi: «E vindo alguma pessoa a embargar alguma cousa, em que se peça execução, assim movel, como raiz, por dizer que a dita cousa pertence • a elle, e que não foi ouvido sobre ella, e que portanto não deve ser entregue ao vencedor, ou allegar outro qualquer embargo a se dar a sentença á

execução, em tal caso mandámos», etc. Assim entende e exorna com muitos DD. Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 9, n. 85; só sim *adverte* que n'este caso: «*Executio non suspenditur, quia non est considerabilis istius Tertii opponenti præjudicium, quod sibi de executione resultat, cum eodem modo rem consequi ab exequente, sicut a debitore; solumque cogitur creditor victor cavere de re restituenda, casu quo oppositor in oppositione sua vincat, et si non caveat, res apud tertium deponitur usque ad oppositionis finalem determinationem.* . .

• Esta palavra da lei, *pertence*, comprehende não só o caso, em que o terceiro opponha o seu *dominio*, mas o caso de oppor uma legitima *posse*, ou outro interesse; porque, como bem prova Cald., de *Empt.*, C. 22, n. 22. «*Pertinere verbum respicit dominium. . . Pertinere etiam dicuntur illæ res ad me jure quasi dominii, ut si a non domino emerim. . . . Pertinere etiam possessionem comprehendit, etc.*» E melhor Vicat., verb. *Pertinere*.

• • Para o exequente vencedor ser obrigado a prestar essa caução ao terceiro embargante, é necessario que este compareça com seus embargos antes de consummada a execução, e antes da posse deferida ao vencedor exequente, como bem declara o mesmo Moraes debaixo do n. 86; declara mais no n. 89, que este terceiro, que na execução vem reivindicar a propria cousa com o fundamento do seu dominio, prefere a quaesquer crédores, que n'essa cousa tenham feito penhora; e exemplifica varios casos no n. 90, em que o terceiro com o fundamento do seu dominio tem essa preferencia; como quando, tendo sido vendedor da cousa, o comprador lhe não pagou o preço; como quando o senhorio directo se oppõe á execução da cousa emphyteutica, para que se não arremate como allodial (Conf. Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 13, e *vice versa* o emphyteuta quando por divida do senhorio se pretende arrematar o praso como bens, que são *pleno jure* do senhorio, Guerreir., n. 16); como quando por divida do proprietario se faz penhora do predio, sem exceptuar o usufructo, etc.

§ 313

Como a palavra *pertence* comprehende o caso, em que o terceiro se opponha a essa execução, *como possuidor*

(§ 312), é consequente, que também com o fundamento *de possuidor* da coisa vencida por acção *real* se póde oppor n'essa execução, e n'este caso diz o citado Mor., n. 88, se suspende a execução; e não é o vencedor admitido a proseguir-la, aindaque queira caucionar, o que comtudo deixa ao prudente arbitrio do julgador.

Nota: Parece inconceptível dar-se este caso, sabendo o legitimo possuidor d'essa acção, e não se oppondo; e deixando o réu de se defender, que elle não possuia, ou que não possuia em seu nome, mas em nome d'outro; até experimentar contra si essa sentença: porém não deve admirar, que um legitimo possuidor esteja vendo essa demanda sem se oppor, confiado em que a sentença lhe não prejudica (§ 314), e que até o tempo da final execução a lei lhe salva o seu direito (§ 312); nem é novo, que muitos não possuidores, ou que o são em nome alheio, sustentem demandas, seja qual for o seu dominante espirito, bem que allegando ou constando depois da sentença final, que ou não eram possuidores, ou em nome alheio: são bem castigados em satisfazer aos vencedores o valor da coisa com damnos e interesses. Vejam-se a L. 13, § 13, ff. *de Petit. hæred.*, a L. 25, ff. *de reivind.*, e a L. fin. ff. *Si usufr. pet.*, Gam., Dec. 265, n. 4, Struv., Exerc. 11, Thes. 9 et 12, Brunnem., na d. L. 25, ff. *de reivind.*, Cod. Freder., P. 2, L. 2, T. 4, Art. 1, § 13; e como essas sentenças obtidas contra os simples detentores da coisa demandada não prejudicam aos verdadeiros proprietarios, ou legitimos e civis possuidores, Valasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 38, n. 33, por isso a lei lhe salva o direito de embargar as sentenças na execução, ainda com o fundamento da posse, que também se entende na palavra *pertence*.

ARTIGO IX

Processo n'estes embargos, e resultados d'elles em favor
ou contra os embargantes

§ 314

A natureza regular de todos os embargos de terceiro é suspenderem a execução, Peg., 1, For., C. 5, n. 7 e 13,

Mor., L. 6, C. 9, n. 47, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 17, n. 12, França, ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 260; comtantoque se provem em tres dias, França, n. 264, Peg., 1, For., C. 5, n. 40, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12, n. 34; os quaes tres dias só correm depois de assignados em audiencia, como refere julgado Peg., supra, n. 42.

§ 315

Se os embargos de terceiro se rejeitam *in limine*, porque caluniosos ou não provados sufficientemente, e o embargante appella, só no devolutivo se recebe n'esse caso a sua appellação, Peg., Tom. 2, For., C. 15, n. 79 e 80, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 12 n. 35. Se se recebem tem procedimento com contrariedade, replica e treplica; e logoque recebidos, póde o terceiro requerer mandado de manutenção na cousa embargada, França, supra, n. 266, Peg., 1, For., C. 5, pag. 421, Col. 1, in fin. * *Sed tunc*, Mor., L. 6, C. 9, n. 227. Se porém deve ou não cautionar aqui, duvida Moraes, supra. Na contrariedade a estes embargos, quando o terceiro os funda só na posse, póde o exequente allegar o dominio do executado, como refere julgado França, supra, n. 292 e 293, e tudo o mais que fica exposto nos respectivos artigos, conforme as diversas especies de embargos.

§ 316

O terceiro embargante pendente a sua controversia não póde alienar a cousa sobre que versam os embargos, porque aqui se contrahe o vicio *litigiosi*, Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 9, sub n. 228; e sendo succumbido a final não só deve restituir a cousa, mas todos os fructos que percebeu pendente a lide, Moraes, supra, * *Secundum*: bem que se, tendo-se disputado ordinariamente os embargos, appella da sentença final tem a appellação ambos os efeitos, Guerreir., n. 35, Peg., 2, For., C. 15, n. 79;

mas passando em julgado a sentença que assim o condemna, ella produz a excepção *Rei judicata* contra o terceiro vencido, para não poder questionar mais a mesma materia, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 15, desde o n. 7 até 16, aonde assim o comprova com varias razões.

CAPITULO XI

Desembaraçados de embargos os bens penhorados, segue-se a sua avaliação. Qualidades dos peritos avaliadores, normas que devem praticar nas avaliações, responsabilidades pelos seus erros culpaveis, e direitos salvos aos executados, etc.

Analyse e illustração da lei de 20 de julho de 1774, §§ 11 e 12, e dos §§ 24, 25, 29, 30 e 31 do alvará de 25 de agosto do mesmo anno, juntos o alvará de 14 de outubro de 1773, e decreto de 17 de julho de 1778, v E pelo que toca ás avaliações.

ARTIGO I

Qualidades necessarias nos peritos

§ 317

Manda a primeira das ditas leis, § 11, que, para o fim das execuções e arrematações, se façam as avaliações dos predios rusticos, segundo as normas prescriptas no dito alvará de 14 de outubro; que lá em Lisboa o senado da camara para as dos predios rusticos eleja fazendeiros de honra, verdade e consciencia, e outros para avaliação dos predios urbanos *com distincção dos respectivos officios necessarios para a construcção d'elles*, recommendando que para a escolha de uns e outros precedam informações mais exactas e rigorosas; o mesmo, quanto ás mais cidades, villas, e logares do reino e seus dominios, manda o § 29 e 30 do dito alvará de 25 de agosto, que as camaras nomeiem avaliadores dos mais peritos que houver, segundo a qualidade dos bens que se hão avaliar, dos mais pra-

ticos e intelligentes, . . os quaes se regularão nos seus arbitrios, quanto aos predios rusticos, pelo dito alvará de 14 de outubro, e quanto aos urbanos situados na cidades, villas e mais povoações, *pela situação, estado e rendimento que podem ter*; concorda o Regim. da Fazend., C. 177.

. Os senados das camaras, a que se commette esta eleição com tantas recommendações da previa informação da honra, verdade, consciencia e pericia dos avaliadores nos respectivos officios, ficam *subsidiariamente* responsaveis pelos damnos e prejuizos que elles causarem ás partes com seus dolos, ou ainda com as suas impericias, L. 1, Cod., *de Pericul. non vinat.*, L. 11, § Ad municip., L. 13, ff. eod. Tit., L. 2, Cod., *de Susceptor. et arcar.*, L. 8, Cod. eod. L. 11, 12. ff. Ad municip., *de Incol.*, Oter., *de Offic. Reip.*, P. 1, C. 17, n. 30 e 31.

. Exorna-se e exemplifica-se esta lei com a doutrina de Guerreir., Tr. 4, L. 5, C. 9, a n. 15, ibi: «Semper periti respectu illius rei, ad quam eliguntur sunt eligendi; et illi dicuntur, qui se dici bene habuerunt in arte sua. . . Peritus autem in unaquaque arte accipiendus est, *secundum speciem artis*, et non secundum genus; neque enim peritus clavorum, aut terrarum, erit peritus ensium, aut scopletorum; eo quod utrique sunt fabri ferrarii, nisi secundum accidens, quod non facit ad regulam. . . Et hoc tanto magis, quando artes essent disparis generis: Unde bene inferunt, quod peritus molendini non probat in his, quæ super molendino pertinent ad fabrum murarium. . . Similiter in subalternis, eos qui in inferiori arte sunt magistri, in superiore nequaquam probare, quoniam superior habet scire aliquid super inferiorum; ideoque ad probandum valore ædificiorum adhibendos esse architectos, et non fabros.» Conf. Mull. ad Struv., Exerc. 28, Tom. 4, pag. 185.

ARTIGO II

Normas que os peritos devem praticar nas avaliações

§ 318

São objecto das avaliações: 1.º, os moveis e semoventes; 2.º, os predios rusticos em pleno dominio, e

entre elles, vinhas, moinhos, olivae e arvoredos; 3.º, os predios urbanos em pleno dominio; 4.º, os dominios directos dos senhorios; 5.º, os dominios uteis dos emphyteutas; 6.º, as dividas, direitos e acções competentes activamente ao executado; 7.º, os redditos vitalicios, tambem a elle competentes; 8.º, os direitos eventuaes: tudo para ser justamente avaliado depende de diversas normas.

DIVISÃO I

Avaliações de moveis e semoventes

§ 319

O alvará de 22 de fevereiro de 1779, declarando a lei de 25 de junho de 1774 determinava «que a respeito dos bens moveis de insignificante valor, que por commum estimação não passarem de 10\$000 réis, se não mandem avaliar e se arrematem pelo preço, que a *arbitrio do presidente* parecer justo». Porém o alvará de 11 de abril de 1793 declarou, ut ibi: «Sendo-me presente que a providencia do alvará de 22 de fevereiro de 1779, emquanto para facilitar as arrematações nas praças de leilões encarregou ao juiz presidente que a *seu arbitrio*, e sem as avaliações ordenadas no § 5 do outro alvará de 20 de junho de 1774, procedendo-se á venda dos moveis que elle mesmo julgasse não excederem o valor de 10\$000 réis, não tinha produzido effectivamente os effeitos que se consideravam, por differentes rasões e motivos, fazendo-se por isso necessario prover por outro modo aos ditos fins da expedição das arrematações em beneficio dos devedores, crédores e da causa publica». Estas as rasões; e por isso o mesmo alvará creou na côrte um officio de *avaliador de miudezas*, em pessoa perita e pratica para avaliar os moveis que por estimação commum não passarem de 20\$000 réis, para que pelas suas avaliações, sem dependencia de outras, mande o juiz presidente proceder ás arrematações, etc.

• Parece que este alvará teve em vista o que escreveu Puttman, na Prolus., *De arbitrio Judicis et foro judicis que eliminando*, impresso em Lipsia no anno de 1771. Porém como este alvará foi especial para a côrte onde se creou esse officio de avaliador de *miudezas*; e tal officio se não creou nas provincias, cidades, villas e logares, entra aqui a duvida se ainda vigora nas provincias o alvará de 25 de junho de 1774, ou se a rasão proemial do alvará de 11 de abril de 1793 se ha de ampliar a todo o reino, avaliando-se todos os moveis ainda de diminuto valor, por peritos respectivos ás qualidades d'elles? Eu vejo que a rasão do alvará de 3 de abril, em si justissima, é geral e ampliavel a todo o reino, ex Portug., de *Donat.*, L. 2, C. 10, n. 30. Eu vejo que exemplo dá ao reino o que se obra na capital, alvará de 15 de junho de 1668, na Coll. 1, L. 5, T. 43, Regim. da Camara de Lisboa de 5 de setembro de 1671, no proemio (transcripto em Peg., Tom. 5, á Orden., pag. 365). Eu vejo que o alvará de 25 de agosto de 1774, desde o § 24, ampliou ás provincias a lei de 20 de junho de 1774, e consequentemente o § 5 d'esta recebe as mesmas declarações em todo o reino, qual a do alvará de 11 de abril de 1793. E se nas provincias não ha *avaliadores de miudezas*, estabelecidos por officio, comtudo suppondo-se justamente revogado o alvará de 25 de junho de 1774 pelo de 11 de abril de 1793, devem avaliar-se os de pouco valor por pessoas peritas nos valores d'elles, subsistindo a generalidade do § 5 do alvará de 20 de junho de 1774, e assim tambem os bens semoventes.

DIVISAO II

**Avalladores dos predios rusticos em pleno dominio,
vinhas, moinhos, olivaeas, etc.**

§ 320

O alvará de 14 de outubro (a que fazem relação os de 20 de junho e de 25 de agosto de 1774), sim, pelo que respeita ás avaliações dos predios rusticos, deu as normasahi prescriptas; porém o dito decreto de 17 de julho de 1778 ultimamente determinou: «Que pelo que toca ás avaliações que para estes e outros *similhantes effeitos*, se houverem de fazer *d'aqui em diante*, se regulem

os vinte annos preteritos pelo rendimento que tiverem ao tempo da avaliação as fazendas que se avaliam sem attenção aos annos anteriores em que podiam valer menos».

Nota: As normas do alvará de 14 de outubro, quanto ás terras, vinhas, oliveas fabricados por seus donos não podiam ser fixas e geraes em todo o reino, como reconheceu a lei de 9 de julho no fim do proemio, porque em umas terras os alqueires de sementeira produzem mais que em outras, em umas a despeza da cultura é maior, em outras menor; por isso o dito alvará nunca teve uniforme observancia em todo o reino, antes os predios cultivados por seus donos se avaliavam conforme as suas reguladas producções deduzidas as culturas, e multiplicado em vinte annos o rendimento liquido, segundo as regras que expoz Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 11, a n. 42.

Se o tempo da avaliação que o dito decreto manda respeitar for de calamidade, como guerra, carestia, etc., o preço dos fructos d'esse anno não deve ser a norma da avaliação, quando assim excessivo por essas causas, para pelo cumulo dos vinte annos se formar o actual e justo valor, Guerreiro, supra, n. 46, Ros., de *Executor.*, P. 1, C. 5, n. 334, Luc., de *Emption.*, Disc. 3, n. 10, Altim., de *Nullit.*, Tom. 6, Q. 36, pag. 83, Col. 2.

§ 321

É bem certo que feita a avaliação pelo rendimento do tempo em que ella se faz (não sendo calamitoso), e sendo os predios cultivados por seus donos, se ha de arbitrar o rendimento *deductis expensis*, Guerreir., Tr. 4, L. 2, C. 10, n. 91, Altim., Tom. 6, Q. 37, n. 531, Urceol., Cons. 3, n. 56; se andam de arrendamento, manda o alvará de 14 de outubro, que se avaliem pelo cumulo das rendas de vinte annos, mas pelo dito decreto se faz o cumulo dos vinte annos pelo valor do rendimento ao tempo da avaliação. Devem entrar em desconto d'esse valor os dizimos ecclesiasticos, e as collectas publicas, Constantin., ad *Stat. Urb.*, Annot. 46, Art. 2, n. 122; se o predio é sujeito a alguma servidão passiva, deve dar-se por esse respeito desconto no seu valor, ou a servidão seja

itineris, Rocc., Select., C. 140, n. 5, Luc., *de Empt.*, Disc. 24, n. 11, ou seja servidão *pascendi*, ou qualquer outra, Constantin., Decis. 163, n. 33, e Decis. 164, n. 10, Nigr., *de Subhastat.*, C. 15, § 30, n. 5 e 20; não menos devem os louvados attender para a diminuição do valor dos predios rusticos o estarem remotos das povoações, com más servidões, o difficil das culturas e transportes dos fructos, etc., Cyriac., Controv. 453, n. 14, Posth., *de Subhast.*, Insp. 60, in addit., n. 27, Peg., 5, For., C. 103, n. 36, Constant., supra, n. 111 e 121; o estarem nas raias do reino, sujeitos á primeira invasão do inimigo, ou sujeitos os fructos á contingencia de furtos e damnos dos animaes ferozes, Constant., n. 113; o estarem proximos a rios sujeitos a irrupções e inundações, Posth., *de Subhast.*, Insp. 60, n. 55, e Dec. 44, n. 9, Begnudell., verb. *Valor*, n. 2, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 11, sub n. 51. Se se deve excomputar a meia siza, para o caso em que o arrematante proteste pagar só metade, nos termos dos Art. das Siz., C. 5, § 1, ubi Lim., Gloss. 2, a n. 22, e imputar a outra ametade no preço, sobre esta excomputação no justo valor, duvidam os DD.; huns seguem a negativa, como Peg., 5, For., C. 103, n. 126 e 239, Valasc., Cons. 70, n. 14, Fontanel., Dec. 266, n. 15, Rocc. Select., C. 165, a n. 10, Repertor das Orden., debaixo da conclusão *Lesão de mais de ametade*, etc. Let. (c), Cortead., Dec. 221, a n. 24; outros defendem affirmativamente, que a meia siza se deve excomputar do verdadeiro valor. Vejam-se Valenz., Cons. 66, Luc., *de Regal.*, Disc. 43, n. 9, Peg., 5, For., C. 103, n. 192.

• Aindaque o alvará de 14 de outubro nos predios dados de arrendamento manda regular o valor pelo cumulo das pensões em vinte annos, suppõe os termos mais habeis de ser justa a pensão que se paga; porém póde ser que seja ou excessiva ou diminuta, excessiva por affeição particular ou commodidade do arrendatario; diminuta, por indolencia do senhorio, ou favor que faça ao arrendatario por alguma contemplação. Por isso os DD. não firmavam muito a regra que pelas pensões cumuladas em vinte annos se prova o

justo valor da cousa arrendada, Posth., *de Subhast.*, Insp. 60, n. 106 e 107, Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 46, art. 2, n. 92, Nogueir., All. 18, n. 36, e All. 32, n. 120, Angel., *de Impens.*, art. 3, n. 36, Pacion., *de Locat.*, C. 27, a n. 119, Urceol., *de Transact.*, Q. 94, a n. 34. Só sim os arrendamentos provam o justo valor, ou quando multiplicados e uniformes, ou quando adminiculados, Constantin., supra, n. 93 e 94, Fontanell., Dec. 62, n. 12, Altim., Tom. 6, Q. 37, pag. 90, Col. 1, Pacion., *de Locat.*, C. 19, a n. 22, e C. 27, a n. 118, Peg., 5, For., C. 103, n. 104, Luc., *de Benef.*, Disc. 90, n. 68. Bem entendido que ainda n'este caso se devem ex-computar das pensões que recebe o senhorio, os tributos que d'ellas paga, os encargos reaes de que o colono os encarrega, as reparações necessarias a que está sujeito, etc., o que tudo diminue os rendimentos, Pacion., d. C. 27, a n. 122. Ainda a incerteza de haver arrendatarios que dêem o mesmo, Peg., 5, For., C. 103, sub n. 232. Parece que a esta racionabilidade se deve reduzir o dito alvará, e que a tudo o exposto devem attender os louvados.

§ 322

Vinhas, olivaeas, pomares e moinhos são predios que a Orden. Manuelina, L. 2, T. 35 (de que foi compilada a Filippina, L. 1, T. 62, § 46), por natureza e por experiencia, julgou serem os mais expostos a ruinas e damnações em mãos de caseiros, ou emphyteutas em vidas (ainda n'esse tempo não estava introduzido o direito da renovação); e por isso mandou que se aforassem em *fatuosim* taes bens das capellas, hospitaes e albergarias. A Orden., L. 1, T. 88, § 25, não quiz que os dinheiros dos orphãos se empregassem em *vinhas*, nem em outras herdades que hajam de mister adubios, mas em terras de pão.

§ 323

Com effeito, uma terra productiva de pão se em um anno se não cultiva, não se damifica, antes com o descanso se faz mais fructifera, Pacion., *de Locat.*, C. 19, n. 196; pelo contrario a vinha se arruina, se em um anno se não cultiva, se se não poda, Pacion., *de Locat.*, C. 29,

n. 73; se na poda se lhe deixam muitas varas, ou n'ellas muitos pimpolhos, e assim produzindo mais fructos em um anno, se esgotam de forças, e produzem menos nos seguintes, Pacion., n. 83: o mesmo se se não empam, cavam, nem redram bem, e nos competentes tempos, ut optime Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 8, sub n. 45; por estas rasões pois, quando se trata da avaliação de uma vinha, se deve attender que ainda bem cultivada a vinha não é perpetua, mas *singulis quibusque diebus deterioratur*, Gracian., For., C. 926, n. 13, Posth. Civ., Res. 17, n. 52, Altim., Tom. 6, pag. 82, Col. 2; que em algumas a produção não corresponde á despesa, Angelis, *de Impens.*, Art. 22, n. 55, Luc., *de Judic.*, Disc. 33, n. 33, * *Idque frequenter*, aonde ao proposito conclue: «*Idque frequenter etiam verificatur in vineis, vel in arboretis, quoniam ob novitatem possunt esse de præsentis modici fructus, tractu vero temporis, etiam brevi fieri maiores, et e converso ob vetustatem possunt esse de præsentis magni fructus sed cum imminente infructuositate, cum similibus. Ideoque media via por facti qualitate teneri debet*». A quantos riscos não está exposto o vinho ainda depois de colhido e envasilhado? A quantos tributos, alem do dizimo a Deus? Tudo pois se deve attender na avaliação das vinhas, etc.

§ 324

Dos moinhos, diz justamente Angelis, in *Man. Flumin.*, Obs. 22, n. 2 e 3, que: «*Molendinum eget pluribus expensis et reparationibus, si quidem Molendina in fluminibus posita quotidie deteriorantur, et quotidie fiunt expensæ*». De tal forma, que conclue no n. 11: «*Molendinum potest alienari sine solemnitatibus*». (Tal e tão má é esta fazenda.) Por isto é que diz Pacion., *de Locat.*, C. 19, n. 40, que: «*Locari possunt ad rationem duodecim pro centenario; quia Molendini subjacent diversis periculis, et continuo deteriorantur*». Portanto, na sua avaliação, se deve attender não a quanto rendem ao senhorio,

mas: 1.º, ás despesas diarias e frequentes, tantas que as instrucções de 18 de outubro de 1762, § 31, mandam arbitrar 30 por cento do seu rendimento para os concertos das levadas, e mais despesas; 2.º, deve attender a decima secular e ecclesiastica; 3.º, que os moleiros communmente são pobres, ladrões, costumados ás travessuras, que refere Leys., *Jus Georg.*, L. 3, C. 15, a n. 124, e que muitas vezes podem recaír sobre o senhorio, que os propoz, ex Peg., Tom. 4, For., C. 77, a n. 6; 4.º, que são pobres insolvaveis, e muitas vezes desertam, sem pagar a pensão ao senhorio; e que fazenda menos estimavel?

DIVISAO III

Avaliação dos predios urbanos em dominio pleno

§ 325

As casas geralmente são tão sujeitas a ruínas por si mesmas, e tão dependentes de despesas para os seus reparos, tão expostas a serem deixadas pelos emphyteutas findas as vidas, em estado de ruina, como por experiencia assim o pensou e declarou o Senhor D. Manuel na sua Orden., L. 2, T. 35, § 43, mandando por isso, que as das capellas, e hospitaes, se emprazassem em *fateosim perpetuo*, Orden. que, mutilada aquella expressa razão, se compilou na Filippina, L. 1, T. 62, § 46. A lei sobre as decimas de 9 de maio de 1651, T. 3, § 10, arbitrou só para a despesa dos seus concertos a decima parte do seu rendimento, alem da decima real d'elle, que com esse rebate se está pagando; ainda assim os seus rendimentos são incertos e contingentes, já porque alguns inquilinos são insolvaveis, já porque muitas vezes faltam inquilinos que as habitem, maximè em pequenas povoações, como bem pensaram os senadores apud Peg., 5, For., C. 103, n. 101 e 104, chegando um a dizer, ut n. 36, que as casas em aldeias e quintas são por certo estereis; os DD. assentam, que as casas se não presumem

render a 5 por 100 do seu valor, Pacion., *de Locat.*, C. 19, n. 35, e que se não podem avaliar pelo seu rendimento, por não ser certo e inalteravel, Hermosilh., in L. 56, T. 5, Part. 5, Gloss. 6, n. 14 e 15, e porque em alguns annos podem ficar sem inquilinos, Altim., T. 6, Q. 37, pag. 82, Col. 2.

§ 326

Parece que tudo o exposto teve em vista o nosso legislador, quando no alvará de 25 de agosto de 1774, § 30, mandou que «quanto aos predios urbanos situados nas cidades, villas e mais povoações, se regulem os arbitrios para a sua avaliação *pela situação, estado e rendimento que têm e podem ter*». Palavras energicas, e mysteriosas, que não podem bem interpretar-se, sem que tenham em vista (alem das advertencias, § 225) as doutrinas de Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 46, Art. 2, a n. 95, Altim., *de Nullit.*, Tom. 6, Q. 37, pag. 82, Col. 1, Card. de Luc., *de Emption.*, Disc. 24, n. 7, Cyriac., Contr. 169, a n. 57, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 11, n. 51, Noguer., All. 18, n. 37, Pacion., *de Locat.*, C. 34, § 5, a n. 44, Tondut., *QQ. Benefic.*, P. 1, C. 46, n. 18, 21 e 22, e sobre todos o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 33, desde o n. 46 até o n. 57; o primeiro que deve ser visto.

Nota: Conforme os mesmos DD., as casas do campo e quintas, quando não são mais que para a habitação dos colonos e recolhimento de fructos, avaliando-se com os predios, como devem juntamente avaliar-se, em pouco ou nada se estimam, e só são uma qualidade *um tanto augmentativa* do valor dos predios principaes: a palavra da lei *situação* aqui deve applicar-se, porque taes casas por si nada rendem se são casas magnificas, em que alguns tempos vão habitar os senhores das quintas para seu recreio; então um pouco valem por si como separadas; e só podem considerar-se como qualidade augmentativa do valor da quinta, porque só com a quinta podem render, dando-se tudo juntamente de arrendamento. Vejam-se os citados DD.

DIVISÃO IV

Avaliação dos domínios directos dos senhorios de prazos

§ 327

Para a avaliação dos domínios directos temos, prescindindo dos discursos dos DD., uma norma legal e impreterível, qual é: avaliarem-se as pensões ou fóros certos pelos valores do tempo da avaliação (§ 320), cumularem-se em vinte annos, e o total com mais tres laudemios, faz o valor do dominio directo; assim se determinou nos decretos de 20 de maio de 1759, de 6 de março de 1769, de 24 de janeiro de 1801, de 10 de maio e de 28 de setembro do mesmo anno de 1801 (todos se referem no Ind. Chronolog.); veja-se Ferreir. Cardos., *Memoria sobre a avaliação dos bens de prazo*, bem que só refere os primeiros decretos; como porém as especies de prestações emphyteuticas e direitos dominicaes são varias, para bem se applicar esta legal norma não posso passar aqui sem algumas exposições.

§ 328

Se o fóro consiste em dinheiro, que annualmente se contribua, é bem facil multiplicar o reddito de vinte annos com tres laudemios; se consiste em pensões de pão e vinho, nada mais é necessario senão avaliar a quantia de alqueires ou almudes, conforme o tempo da avaliação, e fazer essa multiplicação e cumulo; se as prestações annuas consistem em quotas de fructos, vulgo *rações*, ex Orden., L. 2, T. 33, § 10, L. 4, T. 45, §§ 2 e 3, Pinheir., *de Emphyt.*, Disp. 4, Sect. 1, sub n. 7; n'este caso se deve arbitrar pelos fazendeiros a commun producção de predios de que as quotas se pagam, reduzirem-se fructos a numero, tirar-se d'este numero só o dizimo a Deus • e pelo resto, tirado o dizimo, regular-se a quantidade da quota annual, Peg., Tom. 9, ad Orden., L. 2, T. 27, § 3, n. 6, pag. 268, Themud., Dec. 242, Barbos., *de Paroch.*, C. 28, § 1, n. 40,

Const. do Port., L. 2, T. 4, Const. 4, § 2; e essa quota pelo valor dos fructos no tempo da avaliação, reduzida a essa certeza, multiplicar-se em vinte annos.

. Nota: Ha n'este reino um letrado, que tem insinuado a muitos rusticos ~~que~~ para regular as quantidades das quotas ou rações, não só se deve tirar do monte dos fructos o dizimo a Deus, mas ametade d'elles para as despezas da cultura; e tenho visto muitos rusticos aferrados a este erro, como conselho de um homem douto, e muito socegados nas suas consciencias: de fórma, que do monte tiram o dizimo, depois ametade para as culturas, e pela outra metade é que só regulam as rações: supponho que os letrados com que estou fallando não seguirão tal erro.

Como a producção dos fructos não é uniforme em todos os annos, mas em todos varia, para os reduzir a uma certeza em numero, e este se avaliar para o nosso fim, será preciso adoptar a norma do Regim. de 9 de maio de 1654, T. 3, § 14, e das Instrucç. de 18 de outubro de 1762, § 29, isto é, conforme o rendimento de cinco annos precedentes, deduzindo-se de todos a somma media (mas aqui não se excomputa ametade para as culturas); então essa somma media dos cinco annos é a que se avalia e multiplica nos vinte com mais tres laudemios.

§ 329

Se os fóros emphyteuticos consistem em aves, como gallinhas, capões, etc., ou nos emprazamentos se diz, que o emphyteuta pagará *tantas* gallinhas, ou *tanto* por cada uma em dinheiro, sem se declarar de quem ha de ser a escolha, é do senhorio receber as gallinhas em especie, ou o *tanto* por cada uma, Repertor., debaixo da conclusão: *Foreiro é obrigado pagar a pensão do prazo*, etc. E isto aindaque o senhorio por muitos annos tenha percebido e recebido uniformemente uma d'aquellas pensões alternativas, porque se não prejudica na liberdade da eleição quando d'ella queira usar, Dunod., *de Præscript.*, pag. 50, * *L'on*, et pag. 364, no fim e 365, e pag. 379, * *Il n'est*. Tratando-se pois da avaliação d'este direito dominical, sendo do senhorio a eleição, e suppondo-se que sem-

pre elegerá o mais interessante da alternativa, assim se avaliará pelo cumulo de vinte annos; e se a eleição for do foreiro da mesma fórma, suppondo-se que elle elegerá a parte da alternativa, que lhe é mais favoravel.

DIVISÃO V

Avaliação dos dominios uteis dos emphyteutas

§ 330

Temos visto as normas da avaliação de qualquer predio no dominio pleno; este dominio fica dividido pelo emprazamento entre o senhorio e o emphyteuta; o senhorio fica com uma parte que consiste nos seus direitos dominicaes, que reserva, e este é o dominio chamado *directo*, e *mais pleno*; o emphyteuta fica com o *util e menos pleno*, que é o resto depois de deduzido o directo e mais ou menos estimavel, conforme são maiores ou menores os direitos dominicaes reservados, Tondut., *QQ. Benef.*, P. 1, C. 49, n. 19, Michal., *de Fratr.*, P. 1, C. 38, n. 37, Ferreir. Cardos., na citad. Memor., e assim, para se avaliar o dominio util se devem: 1.º, avaliar os predios como no estado do dominio pleno, segundo as normas a § 320; depois d'esta avaliação, deduzir d'ella a importancia dos direitos dominicaes, calculados pelas normas a § 327, e feita esta deducção e rebate, o resto que fica é o justo valor do emphyteuse.

Nota: Sobre a avaliação do dominio util tem havido a variedade de opiniões (por não dizer erros), que se podem ver nos DD. referidos por Silv., á Orden., L. 3, T. 93, § 3, a n. 25, Fontanell., Dec. 62, Michal., *Fratr.*, P. 1, C. 38, a n. 46, Altim., Tom. 6, Q. 37, a n. 27, e sub n. 533, Gob., Cons. 124, e outros que omitto; tudo extravagancias arbitrarías: a norma que exponho, § 230, é a mais certa, fixa o mathematica, bem que depende ainda de distincções, que passo a desenvolver, conforme a diversidade de prazos e suas clausulas.

§ 331

Ha prazos em *fateosim perpetuo*, que aindaque não são sujeitos a renovações, nem n'ellas a augmento de fóro, Barbos., *de Pot. Episc.*, All. 95, n. 26, Fulgin., *de Jur. Emphyt.*, in Tit. *de Solut. Canon.*, Q. 13, n. 22, comtudo os senhorios directos de annos em annos podem obrigar os emphyteutas que façam um reconhecimento do seu dominio directo, e que avivem e apurem as confrontações dos predios comprehendidos nas antigas investiduras, que estão obscurecidas ou confundidas, Fulgin., *supra*, in Tit., *de Renov.*, Q. 2, n. 8 e 10, Parex., *de Instrum. edit.*, Tit. 5, Res. 12, n. 9 e 26; é costume pagarem os emphyteutas as despezas d'estes reconhecimentos, e novas apegações; e portanto na avaliação do dominio util d'estes prazos se deve haver algum respeito a esse onus e encargo do emphyteuta, pela regra geral, que os encargos a que qualquer predio está sujeito, se devem respeitar para diminuir o seu valor, Valasc., Cons. 43, n. 4 e 5, Peg., 1, For., C. 7, pag. 532, Col. 2, e Tom. 5, C. 103, n. 3, 23, 24, 35 e 38, e 239, Guerreir., Tr. 1, L. 1, C. 11, a n. 50, Posth., *de Subhast.*, Insp. 60, a n. 54.

§ 332

Ha prazos *fateosins*, e ainda de *vidas*, que andam repartidos em varios compossuidores, mas os fóros rateados se cobram por uma cabeça, ou perpetuo, ou eleito entre elles de annos em annos; este cabeça fica responsavel pela totalidade do fóro ao senhorio; ora este onus sobre laborioso ao cabeça e perda de tempo na cobrança é exposto a outras mais perdas, pagando pelos foreiros, ou renitentes, ou insolvaveis; e por isso pela mesma regra geral (§ 231) se deve dar por este respeito algum desfalque no valor do prazo (alem do dos direitos dominicaes do senhorio), bem como, se os foreiros ou cabeças têm obrigação de levar á sua custa e risco os fóros a casa do senho-

rio habitante em terra remota, Hermosilh., in L. 56, T. 5, P. 5, Gloss. 6, a n. 128. Não menos se devem contemplar as refeições e reedificações que os emphyteutas, em differença dos colonos, são obrigados a fazer, de quibus Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 3, Disc. 9, a n. 14.

§ 333

Ha outros prazos *de vidas*, em cuja renovação se não póde augmentar a pensão, quaes os que refiro no *Tratado do direito emphyteutico*, a § 1169; n'estes, não estando findas as vidas, deve regular-se a estimação pelas normas a § 230, no que forem applicaveis; e estando findas as vidas em tal caso, como as despesas da renovação, ou instrumentos d'ella recáem sobre o emphyteuta (appendice, historico do direito emphyteutico, T. fin., § 240), se deve haver na avaliação respeito aos custos da renovação. (E quanto importantes são elles, sendo os prazos das commendas!)

§ 334

Ha prazos *de vidas* em que é praticavel o decreto da renovação, mas n'esta póde augmentar-se o fóro, segundo o que expuz no *Tratado do direito emphyteutico*, a § 1162; e avaliando-se estes prazos, quando findas as vidas d'elles, não só se devem deduzir as despesas da futura renovação por um racional arbitrio (§ 233), mas de mais a mais algum tanto com respeito ao fóro que provavelmente se lhe poderá augmentar.

§ 335

Ha prazos de nova especie constituidos em terras já cultivadas e casas edificadas, que a lei de 4 de julho de 1776 equipara na natureza a arrendamentos de vidas, de que é consequente, findas ellas, não ser o senhorio obrigado fazer renovação, sobre o que se veja o dito meu tratado a §§ 83, 105 e 1175; se pois um d'estes prazos é o

objecto da avaliação estando na terceira e ultima vida, temos uma norma certa da sua avaliação na Orden., L. 4, T. 95, § 220, * *E se o pae que lh'o deu*, etc. Poisque esta Orden. assim o dispoz em tempo em que ainda não estava introduzido o direito da renovação, Valasc., *de Part.*, C. 13, n. 131 e 132, Guerreir., Tr. 2, L. 2, C. 8, n. 109, e bem se deduz da Orden. Manuelina, L. 2, T. 34, § 43, aonde claramente se suppõe não ser costume n'esse tempo renovar os prazos, entendendo-se n'este sentido a Orden. Filippina, dito T. 97, § 22, nas palavras, *E se o pae que lh'o deu, for derradeira pessoa, trará a collação o que valia na vida do pae, que lh'o deu*. Logo avaliando-se um prazo d'esta nova especie, que está com terceira vida, e que finda ella, não é o senhorio obrigado renovar, deve pela norma da dita Orden. estimar-se só o quanto vale na vida d'este ultimo emphyteuta, como aliás se estimaria em colonia de vidas só a commodidade ou lucro durante a ultima vida do colono. O estylo antigo da cidade do Porto, que refere Ferreir. Cardos., a pag. . . . aqui é applicavel: se o prazo está em segunda vida, ou em primeira se estima conforme a commodidade que perceberão as vidas que restam, e não como se estima um prazo renovavel, cujo dominio util por meio das renovações é perpetuo.

Como n'este caso se deva avaliar a commodidade da fruição de cada vida n'estes prazos, é objecto de duvida; a computação na fôrma da L. 68, ff. *Ad Falcid.*, é regular e applicavel a todo o caso semelhante, ex Portug., *de Donat.*, L. 4, Præl. 2, § 6, n. 23, Valasc., Cons. 16, n. 10, Rocc., *Selectar.*, C. 151, n. 17: o regimento das dizimas da chancellaria na Regr. 7 diz, que *dez annos se conta por vida*; tenho visto prazos, em que as tres vidas tẽem durado cem annos: n'esta variedade arbitram Valasc., Cons. 93, n. 7, e o Card. de Luc., *de Feud.*, Disc. 138, a n. 22, a trinta annos por cada vida na duração de qualquer das comprehendidas no prazo ou no feudo; porém, se se trata da avaliação em uma só vida, deve ser a verdadeira norma o simile da Orden., L. 4, T. 11, § 4, ut ibi: *Havendo respeito á sua idade, saude, disposição*, etc.

Quando n'estes prazos se deva na sua avaliação deduzir laudemio, veja-se o dito meu Trat., § 1025.

§ 336

Ha prazos que eu chamo *improprios* e de que tratei no meu *Direito emphyteutico*, a § 104, e mais plenamente na especial dissertação impressa no fim do appendix ao mesmo tratado, que é no Tom. 3, pag. 416; estes prazos pois, quando occorrem para se avaliarem, têm e devem ter normas diversas para a sua avaliação; não se devem deduzir laudemios pelas rasões que escrevi no dito Trat., § 1026, menos que o superior preço recebido pelo primeiro emphyteutico não proporcione justo este direito dominical alem das pensões; devem deduzir-se as despesas da renovação, estando findas as vidas, porque n'este caso é divida de justiça; mas não se deve attender a possibilidade de se augmentar a pensão, porque se não deve augmentar nas renovações d'elles, dito Trat., § 1175, e dita Disp., pag. 470, § 61.

DIVISÃO VI

Como devam estimar-se as dividas, direitos e acções activas competentes ao executado; como os rendimentos dos predios para o caso do § 24 da lei?

§ 337

A lei de 20 de junho de 1774, nos §§ 17 e 27, parece que fixou os justos preços das acções *exigiveis* na sua mesma importancia; emquanto manda, que fazendo-se n'ellas execução por ultimo e subsidiario remedio; como terceira especie de bens, se adjudiquem ao crêdor *por sua liquida e verdadeira importancia*. Porém não deixou de prever, que, ainda sendo exigiveis e liquidas, a sua cobrança é dependente de despesas, exposta a riscos e contingencias; e portanto, como esta (prevista e não ex-

pressa) advertencia deixou salva aos crédores a pratica das arrematações de *real por real*, de que bem tratou Gomez no *Man. Pract.*, C. 40, a que se deve recorrer: porém a palavra *exigíveis* suppõe a *contrario* dividas *inexigíveis*, ou de *diffícil e duvidosa cobrança*; e como não legislou sobre estas, fixando o seu valor na sua mesma importancia, e parece que não querendo, a respeito d'ellas, usar os crédores (o que a lei lhe não nega) da mesma pratica de *real por real*, deverão avaliar-se: mas como? Por um prudente e bem regulado arbitrio, tendo respeito ás despesas, aos trabalhos na cobrança, ao duvidoso ou menos duvidoso da sua prova, da sua prescripção, da solvabilidade do devedor e ainda da prepotencia d'elle, etc. Vejam-se Silv., á Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 3, n. 49, Stryk., Vol. 12, Disp. 17, *De Emptione spei*, § 22, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 13, § 2, a n. 28, Conciol., All. 55, a n. 12; e sobre todos o melhor Manz., no Tract. *An Nomina*, etc., Q. 3, a n. 30. Confirma-se Nogueir., All. 37, a n. 62.

§ 338

No § 118 connumerei outros direitos e acções competentes ao devedor, em que se póde fazer penhora, como o direito e acção de remir algum predio vendido com o pacto de *retrovendendo*, a acção de lesão, a acção de annullar a doação não insinuada, etc. Que a estes direitos e acções possa dar-se avaliação racionavel é sem duvida, ex Peg., 4, For., C. 71, a n. 16, Brunneman., *de Cess. action.*, C. 1, sub n. 71, Luc., in *Specileg. de cess. Jur.*, Q. 58, Fontanell., *de Páct.*, Claus. 7, Gloss. 2, P. 6, n. 59 e 60; porém esta avaliação se deve fazer por um justo e racionavel arbitrio com o calculo das despesas necessarias para a demanda, etc., Brunneman., supra, n. 68, Olea., *de Cess. jur.*, T. 6, Q. 10, a n. 17. O modo mais simples e geral de arbitrar o justo valor de taes direitos e acções é o quanto communmente valerá uma tal acção em *taes* e *taes* circumstancias, se publicamente se

vendesse, e o quanto qualquer homem prudente daria por essa acção em respeito ás mesmas circumstancias, Noguer., All. 37, n. 68, Olea., supra.

§ 339

E especialmente: será facil avaliar a acção competente ao executado pelo pacto de *retrovendendo*, avaliando-se o predio vendido com esse pacto, segundo as normas expostas a § 320, vendo-se o preço da venda, e o quanto se deve restituir ao comprador, e largamente expuz no meu tratado do pacto de *retrovendendo* (que está no prélo), e excomputando-se no valor do predio todas as reposições que se deverão fazer ao comprador; o resto fica sendo o valor do tal predio, isto é, o que de mais a mais valer, feitas estas deducções de seu total valor; e como ordinariamente se não obtem o distrate a mãos lavadas, é necessario excomputar mais algum tanto para despesas da demanda, e muito mais, se poder vir em disputa a prescripção do mesmo pacto de remir, conforme as distincções que faço no dito tratado; a acção de lesão facilmente se avalia attendido o justo preço do tempo do contrato; a acção da nullidade por falta de insinuação, avaliando-se o total dos bens doados com deducção da quantia em que subsiste a doação. Como se devam avaliar os rendimentos do predio para o caso do § 24 da lei de 20 de junho, se verá no § 388.

DIVISÃO VII

Como se devam avaliar os redditos vitalicios
ou perpetuos competentes ao devedor

§ 340

O censo annuo perpetuo póde vender-se por preço menor ao da sua constituição, e sem labéu de usura, como largamente mostro no meu *Tratado dos censos*, a §

91: abi, na nota ao mesmo § 91, expuz a norma da sua avaliação para o fim de que tratámos, o que não repito aqui.

§ 341

O usufructo vitulicio competente ao vendedor, a commodidade *da pensão ecclesiastica* competente ao pensionario, a commodidade dos fructos competente em suas vidas aos administradores dos *morgados*, dos *fideicommissos*, dos *prazos inalienaveis*, etc., se avaliam: « A communi hominum æstimatione; quantum scilicet homines darent pro ususfructus commoditate seu alimentis ad vitam, attenta qualitate, et ætate personarum, ac Regionis consuetudine. Assim com Padilh., Molin., Ayor., Pinell., e Surd., Hermosilh., in L. 56, T. 5, P. 5, Gloss. 6, n. 134. Conf. Olea., *de Cess. jur.*, T. 6, Q. 11, a n. 15, Altim., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 38, n. 11, Nogueir., All. 37, n. 74. Vido Carvalh., *de Testam.*, P. 3, n. 151, Olea., *supra*, n. 17 e 22; e cõfirma-se o § 335, com sua nota.

DIVISÃO VIII

Avaliação dos direitos eventuaes

§ 342

Não faltam DD. a dizer que os direitos *eventuaes* não podem receber estimação alguma, Valer., *de Transact.*, T. 6, Q. 2, n. 29, Barbos., *Vot.* 25, n. 94, Peg., 1, For., C. 7, pag. 540, Col. 1, † *Si facultates*, e Tom. 4, C. 41, a n. 16; porém o direito de uma esperança provavel póde entrar em commercio, e em qualquer especie de contrato, Stryk., Vol. 12, Disp. 17, *De emptione spei*. Conf. Silv., *ad Orden.*, L. 4, T. 1, in rubr., Art. 7, n. 2; e por isso póde ter estimação n'esta fórma: *Debet haberi ratio pretii, quod communiter datum fuisset pro ea spe*. Senat. apud. Peg., 1, For., C. 7, pag. 542, Col. 1, post med.

Conf. Senator apud eund Peg., Tom. 4, For., C. 44, n. 20 e 21, ut ibi: «Quando incertitudo, et dubius eventus potest æstimari tempore contractus... æstimari potest dubius eventus...facto prudenti arbitrio, Pacion., *de Locat.*, C. 8, n. 59, ibi: «Spes illa eventus recipit suam æstimationem a communiter accipientibus, et ab eo quod est magis verosimile». Valer., supra, n. 34, ibi: «Non est in jure novum, ut in his, quæ ex dubio, et futuro eventu pendent, possit certa æstimatio haberi», e n. 70, Card. de Luc., *de Donat.*, 61, n. 7, Urceol., *de Transact.*, Q. 94, sub n. 10; e é texto na L. Propter spem fl. famil. ercisc.

Nota: Seria infinito se me propozesse mostrar a prova do valor da cousa com respeito ao dubio evento: quanto á prova do valor da cousa transaccionada com respeito ao duvidoso evento da demanda, vejã-se Urceol., *de Transact.*, Q. 94, n. 32, Gam., Dec. 110, n. 15, Peg., Tom. 7, á Orden., L. 1, T. 87, § 4, sub n. 104, e Tom. 7, For., C. 139, n. 131, Valasc., Cons. 18, Castilh., L. 8, *de Alim.*, C. 36, § 2, n. 18; quanto á prova do evento no caso da *assecuração*, Hermosilh., in L. 56, T. 5, P. 5, Gloss. 6, n. 126, Valasc., Cons. 18, Formey, *Extract. de Wolph.*, L. 5, C. 2, § 51; e em outros mais objectos eventuaes Hermosilh., n. 125 e 228, Peg. 4, For., C. 41: regra geral: *Em a compra da esperança o preço se determina pela importancia da cousa que se espera adquirir e pela probabilidade da aquisição*. *Extracto de Wolph.*, L. 5, C. 2, § 91, e Tom. 2, pag. (mibi) 181.

ARTIGO II

Responsabilidade dos peritos pelos seus erros culpaveis nas avaliações

§ 343

A mesma L. de 20 de junho de 1774, no § 12, e o Alv. de 25 de agosto do mesmo anno §§ 24, 25 e 31, fundados na experiencia de se deixarem corromper taes avaliadores a favor das partes, que têm interesse em que as avaliações se façam por mais ou por menos, mandam que no fim de cada anno se inquirã devassamente do

procedimento que n'elle tiverem os avaliadores; e *constando por provas legaes, que elles não cumpriram com verdade e inteireza as suas obrigações*, sejam pronunciados e punidos com as penas de seis mezes de cadeia, e de seis annos de degredo para Angola; juntamente mandam que sejam punidos com a pena comminada no dito Alv. de 14 de outubro, que vem a ser, *pagarem pelos seus bens o dobro dos excessos ou diminuições que arbitrarem em fraude da lei*, applicando-se a metade em beneficio da parte lesa, e a outra para as despesas do concelho. Concordam as ordenações da fazenda, C. 177, * *E serão.*

§ 344

Esta legislação moderna e antiga não expõe o grau de dolo, culpa ou impericia, que é necessario concorra e se verifique nos louvados para ficarem incursos n'estas penas; e parece que só lhes castiga a falta *de verdade e inteireza* simplesmente, e não se lembrou do *erro por impericia*; se para a sua intelligencia recorremos ás rasões da romana no Dig., L. 11, T. 6, *Si Mensor falsum modum dixerit*, titulo comprehensivo de todo o perito eleito para fazer algum arbitramento e ampliado aos avaliadores pela Novell. 64, por Cujac., ibidem, e por Voet. ad Pand., e o dito L. 2, e Tit. n. 2, in fin., esta legislação romana, digo, respeitando que a dignidade d'esses menores era grande, e que o salario que recebiam era como honorario, e não como salario da locação das suas obras, por isso só os fazia responsaveis criminalmente, e ao interesse dos prejudicados, verificando-se n'elles dolo e culpa lata, mas não lhes puniam a culpa leve, nem o erro ou *injustiça*, Boehmer., *ad Jus.*, ff. L. 11, T. 6, Stryk., Voet., Struv. et Brunneman., ibidem; idem, *de Action. Forens.*, Sect. 1, Membr. 10, § 33, idem Boehm., *de Action.*, Sect. 2, C. 6, §§ 44 e 45, Oter. *de Official. Reipubl.*, C. 21, a n. 28; porque não sendo *locação e conducção de obras*, não estavam sujeitos á culpa leve, e a impericia só era imputavel ao que voluntario o elegeu.

§ 345

Porém hoje, que já não ha taes e tão nobres *agrimensores e avaliadores*, e aos quaes a paga não seja *salario* do arbitrio, mas *honorario*; hoje, que são propriamente officiaes mechanicos e responsaveis pelo *locato*, segundo o uso moderno, Schilt., Exerc. 21, Thes. 24, Thomas., in *Not. ad Pand.*, L. 11, T. 6, Boehm., ibidem, n. 4, et *de Action. For.*, Sect. 2, C. 6, § 46, ficam obrigados, não só pelo dolo e culpa lata, mas pela leve, como mercenarios assalariados, e mesmo pela *impericia e erro* (limitados só os professores mathematicos, nos quaes só póde verificar-se o direito romano), Boehm., supra, dito § 4, et *de Action.*, dito § 46, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 15, Thes. 62, Not. (y), Stryk., *Us. mod.*, L. 11, T. 6, § 2, * *Verum*, Voet., supra, sub n. 1.

Nota: É principio geral, que a impericia do official de qualquer officio se equipara a culpa lata, L. 6 e 7, ff. *de Off. Præs.*, L. 9, §. Casus, ff. *Locat.*; como por exemplo é imputavel á impericia do medico, ao julgador e a todos os professores, Barb. et Tab., L. 9, C. 23, Stryk., Vol. 8, Disp. 17, C. 2, § 23, e Vol. 9, Disp. 2, C. 7, n. 61, aonde diz: «*Delictum videtur committere, qui dissimulat imperitiam suam, vel ineptudinem, et vel ad munus offert se, vel eligi patitur*». Cicer., apud Noodt, *ad Leg. Aquil.*; et late idem Noodt, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 14, Thes. 20, Not. (y)

§ 346

Parece pois que conforme este uso hodierno se devem interpretar as palavras dos nossos alvarás (§ 343), e muito mais quando este uso moderno se vê adoptado no Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 55, ut ibi: «*Todos os peritos, que se escolherem por causa de alguma execução, ou por algum outro acto que aconteça, seja para proceder á estimação dos bens, seja para dar seu arbitrio sobre materias que respeitam a sua profissão, serão não sómente responsaveis ao dolo, mas ainda á culpa, ou falta de experiencia*

em sua profissão, e a todos os damnos e interesses das partes.»

§ 347

E em consequencia (1.º) a acção *in factum*, e com especie de *criminal*, que pelo direito romano não competia contra os herdeiros do agrimensor ou avaliador, hoje, que são obrigados como *ex locato*, e pela *culpa leve*, fica competindo essa acção ao damnificado contra os herdeiros d'elle, Schilter., dito § 24, Stryk., *Us. mod.*, L. 11, T. 6, § 4, Mull., *ad Struv.*, Exerc. 15, Thes. 65, Brunneman., na L. 3, n. 2, ff. *Si mens. fals. mod. dixer. Maximè* advertindo-se que a camara representante do povo, e em nome d'elle os elege, ex Fragos., *de Regim. Reip.*, P. 1, L. 7, Disp. 19, n. 1 e 2, e elles vencem *salarios* propriamente taes: em consequencia (2.º), como em ambos se suppõe mutua culpa, porque sem discrepância concordaram nas avaliações injustas, ficam responsaveis *in solidum*, Brunnem., supra, a n. 1, Struv., Thes. 66, Thomaz., in *Not. ad Huber.*, L. 11, T. 6, Boehm., ibidem, § 4, et *de Act. For.*, Sect. 2, C. 6, § 46; se bem que Stryk., *Us. mod.*, L. 11, T. 5, § 4, no fim lhes concede o beneficio da *divisão*.

§ 348

Para se imporem aos peritos as penas criminaes requer esta lei *provas legaes* (§ 343) da falta de verdade e inteiteza, isto é, *do dolo e culpa*. Que provas deverão ser essas? Seria extensa a minha digressão; veja-se terminantemente Oter., *de Official. Reip.*, C. 21, a n. 29. Confirma-se Caroc., *de Locat.*, P. 4, Q. 1, *de Culpa*, e Q. 2 e 3, in *Tit. de Imperitia*, et P. 5, Q. 5, in *Tit. de Imperitia*: para se impor a pena do dobro, e se idemnizarem os prejudicados, diz o alvará de 14 de outubro, ut ibi: *Fazendo-se as liquidações para este effeito por outros louvados peritos e sem suborno*. Este é o mesmo remedio, e pela mesma prova por outros louvados, que admittiu o uso

moderno, de quo Stryk., L. 11, T. 6, § 2, e *de Act. For.*, Sect. 1, Membr. 10, § 34; e isto ainda depois de confirmado por sentença o primeiro lesivo arbitramento; o mesmo Stryk., no Trat., *de Jur. Sens.*, Dissert. 1, C. 3, a n. 11, admite essa prova contraria ao primeiro arbitramento, ou por vistoria, ou por testemunhas, ou qualquer prova convincente do dolo, corrupção, etc. dos primeiros arbitradores.

• Nota: Em que verdadeiramente se verifica dolo? Em que culpa equiparada a elle? Veja-se sobre todos Henriq. Cocc., Vol. 1, no Trat. *de Doli, culpæ, et negligentia probationibus in quolibet negotio*; e novissimamente Freder. Esay. Puffendorf., in *Commentatione peculiari de culpa*, impresso em 1741.

ARTIGO IV

Direitos que ainda ficam salvos de mais aos executados
contra as lesivas avaliações

§ 349

Parece que providenciados assim com estes remedios (art. 3) os executados lesos nas avaliações, não lhes restam outros recursos, nem contra o arrematante ou adjudicatario; porém não cessam e não ficam privados de outros remedios: poisque nos romanos essa acção contra os peritos era só subsidiaria, quando os lesos não podiam ser indemnizados pelos interessados, que o foram nos arbitramentos, L. 3 e 5, ff. Si Mens. fals. mod. dix., Struv., Exerc. 15, Thes. 63, Brunnem., na L. 2, dito Tit., a n. 5, Stryk., *de Action.*, Sect. 1, Membr. 10, § 33, no fim: a nossa legislação, *vice-versa*, concedeu logo acção criminal e civil contra os louvados culpaveis, mas não privou os lesos da acção que lhes competisse (que no direito romano era a primaria) contra os interessados no arbitramento; ficaram com ambos os remedios electiva-

*

mente, e aindaque o das nossas leis parece ser o ordinario, não faz cessar o extraordinario contra os interessados, Barbos. et Tab., L. 16, C. 41, Ax. 6, Silv., ad Orden., L. 3, T. 41, § 2, n. 25; e aindaque usem de um d'elles, e lhe seja frustrado, têm regresso a outro, Barb., supra, Ax. 3, signanter Brunneman, na L. 5, ff. d. Tit., a n. 2.

§ 350

De fórma que se depois na arrematação não intervem lesão ao menos enorme, que fundamente a acção da Orden., L. 4, T. 13, sempre fica salvo ao executado o remedio das nossas leis contra os louvados, para ser indemnizado; porque provado (como então é necessario) o *dolo*, é digna de indemnisação qualquer lesão, ainda modica, ex Pinell., in L. 2, P. 2, C. 2, n. 12, 13 e 15, Cod., *de rescind. vend.*, Egid., na L. Ex hoc jure, P. 1, C. 8, n. 103, Noguer., All. 18, n. 82, Altim., *de Nullit.*, Tom. 6, Q. 37, n. 49: se não provar culpa nos louvados, resta-lhe (mas logoque se faz o arbitramento) o remedio da Orden., L. 3, T. 17, § 2, Tit. 78, § 2, L. 4, T. 1, §, e T. 96, §§ 18 e 19, para serem indemnizados da lesão na sexta parte: se não usam d'este remedio em tempo competente, e não podem provar o *dolo*, então só lhe resta o remedio da lesão contra o arrematante ou adjudicatario: este é o meu sentimento; esta a minha conciliação.

Nota: Ha em direito aquelles tres preços, que explicam Silv., á Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 3, n. 30, Guerreir., Tr. 4, L. 4, C. 41, a n. 16 ad 23; e uma vez que os louvados, ainda verificada a fraude, não extravaganceiem da latidade dos graus do justo preço, parece que não podem ser puniveis, porque aliás o officio lhe seria damnoso e perigoso; e todos os dias por um real, em que mais ou menos estimassem a cousa, seriam vexados. Bem que eu nunca vi criminado em devassa louvado algum, por mais notorias que sejam as suas injustiças.

CAPITULO XII

**Se a justa avaliação mostra que excede o dobro da divida
o valor do unico predio penhorado e avaliado;
quando possa ser arrematado
o seu dominio, ou só o seu annuo rendimento?**

§ 351

A mesma lei de 20 de junho de 1774 no § 24 manda que: «Se os bens valerem o dobro, tresdobro, ou mais ainda que a divida; como, por exemplo, se a divida for de cinco, e os bens valerem dez, quinze e ainda mais, o juiz da execução mandará avaliar os annuaes rendimentos dos ditos bens pelos respectivos avaliadores, que o senado da camara tiver approvado, e por uma sentença os adjudicará ao crédor pelos annos que bastarem para o inteiro pagamento da divida, e findos elles entrará o senhor dos ditos bens pela mesma sentença na posse e fruição dos seus rendimentos, etc.» O alvará de 6 de julho de 1807, no § 3, declarando o dito § 24, determinou que: «O verdadeiro e genuino sentido de privilegio, e da lei de 25 de junho de 1774, não impede a arrematação de propriedade de dobrado valor, quando o exequente mostrar que o seu devedor tem mais dividas por que é demandado em juizo, ou está nos termos de ser executado, cujas quantias juntas com a sua excedem ametade do valor do engenho. . . ou da propriedade penhorada, que n'este caso deverá ser arrematada, e do seu producto pagos os crédores, etc.» Porém o outro alvará de 21 de janeiro de 1809, § 3, tornou a declarar que isto é sómente no caso d'esses outros crédores terem tambem execução apparelhada e penhoras feitas, e de terem por meio de cessão ou de qualquer outro contrato unido os seus credits e execução á execução principal, de fôrma que se possa considerar como uma só di-

vida, e o crédor principal nos termos de gosar do beneficio da adjudicação.

Nota: Não se verificando esta limitação e declaração do alvará de 21 de janeiro de 1809, § 3, fica a regra geral do § 24 da L. de 20 de junho de 1774.

§ 352

Quid vero, se o executado tem mais bens em que, independente da adjudicação dos redditos annuos, possa ser, e de uma vez pago o crédor? O mesmo alvará de 6 de julho de 1807, no fim do § 4, declara que a coacção do crédor para ser pago pelos rendimentos só póde praticar-se, quando o executado não tem outros alguns bens de raiz, senão a unica propriedade de dobrado, ou ainda maior valor das dividas; só sim, declara o mesmo § 4, que: «Querendo favorecer os devedores *de boa fé*, e prudentes administradores de seus patrimonios, que por qualquer accidente estão sujeitos a execuções, e entendem *sem dolo ou malicia*, ser-lhe mais util a venda de alguma grande propriedade rustica ou urbana de maior valor, com preferencia ás menores que possuem: hei por bem ordenar ampliando a disposição da Orden., L. 3, T. 86, § 7, e a dita lei de 1774, que parecendo aos officiaes que fizerem as penhoras não ser sufficiente o valor dos bens moveis que sempre devem ser primeiro nomeados, para pagamento das execuções, seja licito ao executado nomear o engenho de assucar com tudo que lhe é pertencente, ou outra grande propriedade, postoque o seu justo valor exceda o dobro da divida ou do que faltar para o pagamento, ficando sujeita á effectiva arrematação sem que o nomeante nem seus herdeiros possam pretender valer-se do privilegio ou beneficio do § 24 da lei de 1774, para que o exequente haja de ser pago pelos rendimentos».

§ 353

Conclue o mesmo alvará de 6 de julho de 1807, no § 5, que: «Quando porém o executado por *absencia* ou *revelia*

não nomear, será a penhora sempre feita conforme a determinação da sobredita ordenação nos §§ 8 até o 11, inclusive, cuja observancia sou servido excitar, havendo por muito recommendado a todos os juizes a façam cumprir exactamente pelos officiaes, punindo-os segundo merecerem, no caso da transgressão, e indemnizando os prejudicados na fórma que ella ordena.

§ 354

Da união, espirito e rasões d'esta legislação (§§ 251, 252 e 253), se deduzem praticamente estes diversos casos: 1.º Que o expresso e bem figurado no § 24 da lei de 20 de junho, não só é em si racionavel, mas conforme com o direito romano e uso das nações, como se nota em *Posth., de Subhast.*, Insp. 28, a n. 1, e com a antecedente praxe do nosso reino, de qua Barbos., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 11, Mend., P. 2, L. 3, C. 21, n. 193, Gam., Dec. 40, Repertor., debaixo da conclusão *Execução se faz em uma só cousa*, etc., Moraes, de Exec., L. 6, C. 12, sub n. 36.

Nota: Aqui entra em favor dos devedores o poder do summo imperante, que pôde determinar, segundo a equidade, o pagamento da divida do crêdor por partes, Mull., ad Struv., Exerc. 73, pag. 659, 660, Carpzov., in *Asyll. debit.*, C. 4, a n. 100, Maur., de *Solution.*, C. 30, n. 29: aqui entra a summa equidade, para que tendo o crêdor um grande predio e uma pequena divida não se arremate a propriedade, ficando o seu patrimonio reduzido a dinheiro esteril; quando o crêdor em nada se prejudica satisfazendo-se inteiramente da sua divida. Aqui cessam as doutrinas de Gam., Dec. 40, n. 7, de *Posth., de Subhast.*, Insp. 38, a n. 21 e 52, e de outros.

§ 355

2.º Se o devedor tendo outros bens proporcionados á divida, nomeia elle mesmo nas vinte e quatro horas um predio duas ou tres vezes superior a ella, não é este aquelle devedor *de boa fé*, que sem dolo ou malicia nomeia um tal

predio, e que favorece o dito alvará de 1807, na fôrma exposta, § 352, mas antes é *de má fé, doloso e malicioso* com as vistas em se pagar o crédor pelos annuaes rendimentos, Posth., *de Subhast.*, Insp. 28, n. 34, Gam., Decis. 40, n. 9, e acquiescendo o crédor, não pôde jamais o devedor, allegando a propria fraude e torpeza, requerer ou queixar-se contra essa nomeação, para que só se executem os rendimentos do grande predio, que elle mesmo nomeou; bem que o crédor, para occorrer essa fraude, pôde sem duvida oppor-se a essa nomeação, indicando outros bens proporcionados do devedor.

§ 356

3.º Se o devedor nas vinte e quatro horas não nomeia, e devolvendo-se a livre e arbitraria nomeação ao crédor, elle tendo o devedor outros bens proporcionados, e usando da amplitude que lhe confere a Orden., L. 3, T. 86, § 7, e Mor., L. 6, C. 12, sub n. 36, deixando de nomear aquelles bens, nomeia um outro predio de duplicado valor, não pôde deixar de se presumir doloso, em fraudè do executado, ex Posth., *Subhast.*, Insp., 28, in Addit., n. 3, Fabr., in Cod., L. 8, T. 19, Def. 1, Arias, *de Mez.*, L. 1, Var. C. 30, n. 5, offende as leis favoraveis aos devedores, e n'este caso eu, apesar do rigor da Orden., L. 3, T. 86, §§ 7 e 10, admittiria ao devedor a purgar a mora de não ter nomeado nas vinte e quatro horas, nomeando elle bens livres e proporcionados (que assim deve mostrar, ex Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 12, n. 16); poisque tal purgação da mora geralmente se admite ao devedor, quando nada se prejudica o direito do crédor, Stryk., Vol. 1, Disp. 8, *de Purgat.*, Mor., C. 4, Portug., *de Donat.*, L. 1, Prælud. 2, § 1, a n. 103, Pacion., *de Locat.*, C. 55, a n. 44, e quanto mais aqui, tendo sido o crédor irracional, transgressor da lei, nomeando pela faculdade devoluta um predio de duplicado valor, tendo o devedor outros proporcionados?

§ 357

4.º Se o devedor não nomeia; se nomeia o crédor ou official um predio desproporcionado, e de valor excessivo dá divida no dobro; se o devedor não occorre, purgando a mora e nomeando elle outros bens livres e equivalentes, n'este caso o dito alvará de 6 de julho de 1807, no-§ 5, já acima transcripto no § 353, manda observar a Orden., L. 3, T. 86, nos §§ 8 até 11, punindo-se ou mandando-se punir os officiaes, segundo merecerem no caso da transgressão, *indemnizando os prejudicados* na conformidade do que manda a mesma Orden. Porém, sendo antes muito controverso, se esta ordenação, que põe pena ao official, annulla, ou não annulla o acto da penhora e subsequente arrematação, • o novo alvará nos não tirou d'esta duvida, antes, excitando a observancia dos ditos §§, nos deixou n'ella.

• Nos termos da mesma ordenação era e ainda ficou em controversia esta questão: muitos DD. que refere Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 8, n. 22, sustentam geral (e alguns especialmente n'este caso), que quando a lei impõe pena aos officiaes não annulla o acto; porém o mesmo Silv., a n. 23, judiciosamente defende o contrario, e pela nullidade; bem que no n. 28 acautela que para evitar a variedade de opiniões será melhor recorrer ao magistrado, para que se emende o erro do official; e quando o não emende, appellar do excesso: Mor., de Execut., L. 6, C. 12, a n. 39, depois de varias distincções, sobre ser a excessiva nomeação pelo devedor ou pelo crédor; quando pelo official distingue, que se o official procede *sem malicia*, tirando a inquirição que lhe incumbem os §§ 8 e 9, e d'ella consta; se excede o modo preterindo o movel, cu em falta d'elle, tomando um predio grande por pequena divida, ou muitos predios, bastando um só; n'estes casos não é nulla a execução, e ou se deve appellar do excesso ou demandar o official. Se porém este se comportou com *malicia provada* (basta omitir aquella informação) então a execução se annulla no todo, alem da pena do official pelos damnos que occasionou ás partes, conciliando assim Moraes as ordenações, §§ 7, 8 e 9 com o § 10 do mesmo titulo. Na questão abstracta *Utrum effectus vulgaris legis prohibitive sit irritum facere actum sibi contrarium?* Ha varios textos que parecem oppostos, e o grande Gibert., Corp. Jur.

Canon., Tom. 1, in Prolegomen., pag. 400, se propoz conciliar ex professo: elle pois no ★ *Tum locutio*, concilia assim: «*Tum locutio legis per se ipsam nullitatem importat, cum nullitatem actus disserte declarat.*». Tunc vero *locutio nullitatem* ex consuetudine inducit, cum solitum est eam instar prioris intelligi: Sic intelliguntur hæc verba non *possit* directa ad personam, *cui actus interdicitur*, v. g. . . *non possit*. Sic etiam intelliguntur illa, *consistere non potest*; in prohibitione actus adhibita. . . . Eundem etiam intellectum habere debent *verba, quæ circumscribunt potestatem agendi*, etc. Ora tudo isto se nota nas citadas ordenações. Eu acrescento, que os officiaes ordinariamente são pobres e insolvaveis; nunca jamais os vi accionados por esta causa: o mais rationavel pois é appellar o executado do excesso; e quando por miseria, indolencia e rusticidade não appelle annular-se a execução, *ex omissa forma legis*: bem que o que argue esta nullidade não é ouvido sem deposito, Mor., n. 44.

§ 358

5.º Quando se penhoram juntamente muitos e diversos predios, muitas vezes superiores á divida, uns melhores, outros mais infimos nas qualidades, deve aqui entrar o prudente arbitrio do juiz, principiando a arrematar os mais infimos, com que a divida se possa satisfazer; e quando assim o não cumpre, uns DD annullam o acto, outros só o fazem objecto de appellação ao superior. Veja-se Posth., de Subhast., Insp. 28, a n. 35 ad 50.

CAPITULO XIII

Fórma dos editaes que se subseguem ás avaliações e mais solemnidades das execuções no seu progresso até a effectiva arrematação, ou adjudicação e fórmas d'estas.

ARTIGO I

Fórma dos editaes e analyse do § 4 da nessa lei de 20 de junho de 1774

§ 359

Eis-aqui o notavel § 4, digno de uma analyse em cada uma das suas mysteriosas palavras: «Antes dos leilões pre-

cedam editaes publicos affixados na porta principal do mesmo deposito geral, em que se manifeste o *dia primeiro*, em que os bens se hão de pôr em praça, com especificação das qualidades e confrontações d'elles, que andarão na praça os *dias da lei e do estylo*, e que estes serão sempre *successivôs* ao primeiro, em que se metterem a pregão, não sendo domingos, ou dias santos, com a pena, em qualquer dos referidos casos, de insanavel nullidade das arrematações executadas em outra fórma, de perdimento dos officios e inhabilidade para servirem outros, e de seis mezes de cadeia contra os officiaes que obrarem ou permittirem o contrario.» Et § 5. As avaliações se façam indispensavelmente publicas na praça *antes de se dar principio aos pregões*. (Isto é por meio do mesmo edital, em que o dia primeiro dos pregões se annuncia.) Estes §§ se ampliaram ás provincias pelo alvará de 25 de agosto de 1774, § 24; para as arrematações dos contratos da fazenda real, precedem editaes de nove dias sob pena de nullidade, Assent., do conselho da fazenda do 1.º de abril de 1670, aonde se declara que serão affixados na porta do conselho e pelourinho, para quem quizer ir lançar, alem dos pregões do estylo (Ind. Chronol., Tom. 3, pag. 38); o que se ampliou na lei de 22 de dezembro de 1761, T. 2, § 29.

Nota: Precederem aos pregões e arrematações editaes em que se annunciou ao publico os bens que se hão de subhastar, suas situações, confrontações e valores, os dias em que hão de ser apregoados e arrematados, aonde o hão de ser, e mesmo as horas em que se hão de arrematar; que estes editaes se devam multiplicar em exemplares e affixarem-se em varios logares publicos, e sem falta em algum do condemnado, e indispensavelmente no territorio aonde estão situados os bens subhastandos etc.; não é novo, nem especial no nosso reino: é a summa equidade, occorrendo-se a arrematações, quasi clandestinas, em dias ignorados pelos lançadores, e chamar os interessados em arrematar os predios muitas vezes confinantes com os seus proprios, etc. Eis-aqui as razões da introdução d'esta praxe universal, Posth., de *Subhastat.*, Insp. 29, a n. 24, ad n. 49; e especialmente em Roma e nos Estados Ecclesiasticos assim se determinou por uma Const.

de Paulo V, e assim se observa, Ridolfin., *in Prax. Roman. Cur.*, P. 1, C. 15, a n. 6 e n. 131: assim também os modernos codigos de Sardenha, L. 5, Tit. 12, o do imperador José II, a § 341, o do procedimento civil da França, Art. 682 e seguintes (aonde manda affixar estes editaes em seis partes); e esta era a antiga praxe da França, ex Rebuff., *de Præcon. et Subhastat.*, Art. 7, Gloss. 1, n. 5, e Art. 1, Gloss. 2, n. 6; esta era a antiga praxe de Saboya, Anton. Sol., *ad Decret. Subaud.*, L. 3, *de form. ac ordin. observand. in pignor. Subhast. et deliberat. bon stabil.*, Gloss. 1, n. 13; e por isso justamente o nosso § 4 comminou, alem das penas aos officiaes, a *de insanavel nullidade* das arrematações executadas em outra fórma.

ARTIGO II

Pregões da lei e do estylo

§ 360

Manda a dita lei (§ 359), que antes dos leilões *precedam editaes*. . . em que se manifeste o dia *primeiro* em que os bens se hão de pôr em praça; logo devem os editaes preceder ao dia do primeiro pregão; e quantas vezes tenho visto o primeiro pregão no dia mesmo da affixação do edital? Manda a lei que andarão na praça os dias da lei (que quanto aos moveis são oito dias, e os de raiz vinte, ex Ordin., L. 3, T. 86, § 25), e do *estylo* (alem dos da lei); quaes sejam estes dias do *estylo*? O Repertor., debaixo da conclusão *Pregoar se devem os bens*, etc., o explica n'esta fórma com uma nota do senador João Alves da Costa, ut ibi: «Alem d'estes vinte dias é estylo que, se os bens de raiz estão em logares fóra d'esta cidade, se corram mais tres pregões em tres dias nos taes logares, e assim o certificarão os escrivães da côrte, e por este fundamento vi uma sentença, que annullou uma arrematação, e se mandou restituir a fazenda arrematada», etc. Confirma-se Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 26, n. 4, o Regim. da fazenda, C. 174, Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 13, sub n. 10.

Nota: Nos logares em que estão situados os bens não só se devem lançar os tres pregões do estylo, mas affixarem-se

editaes na fôrma já exposta, § 359: assim se observa nos tribunaes de Roma, ex Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 15, n. 131, ibi: «Si subhastanda sunt bona in partibus existentia, requiritur, quod assignentur hujusmodi Edicta, etiam in eo loco, seu territorio in quo bona subhastanda reperiuntur pro reperiendis oblatoribus; nec aliter potest ad subhastationem juridice procedi; et ita quotidie observat Praxis», etc. Assim o exigem os modernos codigos referidos na nota ao § 359; assim se observa n'este reino, a que têm dado exemplo os corregedores do civil da côrte e outros (de quibus § 15), os quaes conhecendo das execuções, mandam cartas para que nos logares da situação dos bens subhastandos se ponham editaes e se executem os tres pregões do estyl o.

§ 361

Manda mais a lei, que os pregões nos dias da lei *serão sempre successivos ao primeiro, em que se metterem* (os bens) *a pregão*, etc. Concorda o Regim. da fazenda, C. 174, ibi: *Trará continuamente cada dia em pregão*, etc., e por esta nova lei ficou revogada a Orden., L. 2, T. 53, § 2, e T. 86, § 29, conforme a qual, aindaque houvesse interpolação nos dias dos pregões, nem por isso eram nullas as arrematações, e consequentemente a opinião dos DD. com os quaes Mor., L. 6, C. 13, a n. 15; um só pregão que falte dos da lei é uma nullidade *substancial* e insanavel, Regim. da fazenda, C. 176, no fim, Mor., L. 6, C. 13, n. 16, e C. 14, n. 41.

§ 362

Exceptua a lei dos dias continuos dos pregões *os domingos e dias santos*; porém tambem a Orden., L. 3, T. 86, § 25, os exceptuava, e comtudo limitava: «Salvo se for no dia em que se houver de fazer a arrematação nos logares, aonde aos domingos e dias santos se costumam fazer as arrematações, por então se juntar n'elles mais gente». Costume o mais racionavel, ex Silv., á mesma Orden., n. 5, adoptado no codigo de Sardenha, L. 3, T. 32, § 26. E parece que esta limitação da ordenação, não revogada na nova lei, fica subsistindo.

§ 363

E como o dito § 4 dá a fórmula com pena de insanável nullidade nas arrematações, e ella mesma a cada passo está mandando que os pregões sejam presididos pelo magistrado, é consequente fica proscripta a praxe do Ar. 4, *de Phæb.*, P. 2, e attestada por Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 26, n. 8, conforme a qual bastava uma certidão do porteiro que trouxera a pregão os bens nos dias da lei (vide reliqua a § 419).

§ 364

Só resta aqui a duvida: se esta solemnidade dos vinte pregões, e tres do estylo, póde hoje dispensar-se, uma vez que o executado, consentindo o crédor, renuncia os pregões da lei, na fórmula da Orden., L. 3, T. 86, § 28, com a exposição de Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 13, n. 17? Parece que sim, e que não repugna o nosso § 4; poisque sendo esta solemnidade introduzida em favor commum do devedor e crédor, alvará de 22 de fevereiro de 1779, elles mutuamente o podem renunciar; havendo porém outros crédores interessados, e a que essa renuncia dos pregões possa ser prejudicial, estes se podem oppor a essa renuncia para que se pratiquem sem embargo d'ella os pregões da lei e estylo, Mor., supra, * *Sed concordando*, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 25, n. 12.

Nota: Nas execuções fiscaes os bens moveis só andam em pregão tres dias e os de raiz nove, e a arrematação se deve fazer dentro em seis dias contados do em que os pregões forem findos, Regim. dos contos, Cap. 77; aqui não se admitte ao executado renuncia dos pregões, Silv., supra, n. 13.

ARTIGO III

Lançadores e lanços

§ 365

Determinou a mesma lei no § 5: «Que na praça se não admittam lanços de pessoas desconhecidas, se não for

ou trazendo comsigo ou dando na praça outras, de que haja conhecimento, que com ellas assignem os ditos lanços, ou mostrando procurações legitimas de pessoas, de cujo estabelecimento e idoneidade haja cabal noticia».

§ 366

Nota: (1.º) As pessoas, que na fórma d'este § devem assignar os lanços, ficam em effeito seus fiadores e aboadores, ex L. 4, § fin., L. 24, ff. *de Fidejuss.*, L. 1, Cod. Quod cum eo, Mor., L. 6, C. 13, n. 66, Lim., *de Gabell.*, pag. 329, n. 121; em consequencia, em falta de conhecimento do lançador, não se devem admittir a assignar com elle os lanços as pessoas menos idoneas, que aliás não podem ser fiadores, quaes os que referem Hering., *de Fidejuss.*, C. 8, Altim., Tom. 5, Q. 30, a n. 628, Lim., *ad Regim. Incapit.*, C. 11, a n. 290; nem os que não possuirem bens no lugar do juizo, Mor., L. 6, C. 10, a n. 17; e o juiz que receber umas taes pessoas, que assim figuram fiadores, como recognoscentes e attestantes da idoneidade do lançador, fica subsidiariamente responsavel, ex Orden., L. 5, T. 23, in fin. princ., Lim., *de Gabell.*, pag. 330, n. 127.

§ 367

Nota: (2.º) Exige o dito § 5 *procurações legitimas, etc.*: é pois preciso (a) que se mostrem feitas por pessoas habéis para constituir procurador, quaes não são os menores, os furiosos, os prodigos, etc., Golin., *de Procurat.*, P. 2, C. 2; é preciso (b) que, ou seja feita por tabellião, ex Ordin., L. 3, T. 29, ou por pessoa qualificada d'aquellas que relata a Orden., L. 3, T. 59, § 15, ou por aquellas pessoas (ainda não qualificadas n'esta Orden.), que conforme o estylo do reino podem fazer procuração por sua mão, quaes as que referem Silv., á Orden., L. 3, T. 29, in pr., a n. 18, Mor., *de Exec.*, L. 4, C. 8, n. 13, Peg., Tom. 9, ad Ordin., L. 2, T. 33, in rubr. n. 281 e

282 (sendo porém reconhecidas); é preciso (c) que seja especial para esse acto e fim, Posth., *de Subhastat.*, Insp. 32, n. 43; ficando o juiz responsavel se admittir uma procuração illegitima, Orden., L. 3, T. 20, § 10.

§ 368

Nota: (3.º) O mesmo § 4 só admitte lançador pessoa habil, de que haja conhecimento, etc. (§ 365); ora: *Quis admittatur, vel non ad licitandum?* Vide latissime Posth., *de Subhast.*, Insp. 32; entre nós devem sem duvida ser repellidos de arrematar: 1.º, os testamenteiros nos bens das heranças de que o são; 2.º, os tutores nos dos orphãos, de que o são; 3.º, o juiz, escrivães, e mais officiaes de justiça; 4.º, outros mais que se podem ver em Moraes, L. 6, C. 13, n. 33, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 3, a que me remetto, e são repellidos de arrematar as rendas reaes os que refere Lim., *de Gabell.*, a pag. 325; os *testas de ferro*, lei de 22 de dezembro de 1761, T. 2, § 30, os devedores á real fazenda, antes de mostrarem quitação do erario, etc.

Nota: (4.º) que estando proximos a findar os dias dos pregões, e não havendo até ahi quem lance, manda a dita lei, no § 18, se cite o devedor para dar lançador nos dias que restam, e não o dando, se proceda na arrematação, etc.

ARTIGO IV

Arrematação ao lançador do maior lance, e obrigação d'elle

§ 369

As sagradas imagens, ornamentos, e tudo o mais que serve no ministerio do altar, penhorando-se só no unico caso da falta total de todos os bens, e quando sejam de grande valor, verificado este caso, não se devem arrema-

tar em leilão; e só se podem vender por convenção particular e consentimento das partes, alvará de 22 de fevereiro de 1799.

Qualificados pois os lançadores na fórmula exposta (artigo 3), resta a fórmula da admissão e aceitação dos lanços. A lei de 20 de junho no § 7 mandava, que depois de andarem em praça os moveis e fazendas os dias da lei e do estylo, se não podessem arrematar emquanto os lançadores não chegassem aos preços das avaliações ou outros maiores, e nos §§ 21, 22 e 23, mandava adjudicalos ao crédor com os rebates abi declarados *recompensativos da coacção* que se lhes fazia na compra d'elles; porém o bem pensado alvará de 22 de fevereiro de 1779, declarando a intelligencia da dita lei, ordenou: «Que quando não haja quem lance o justo preço da avaliação, *mas que este exceda ao por que na dita lei se mandam adjudicar os bens aos crédores exequentes*, se possa proceder á arrematação dos mesmos bens, ou sejam moveis, ou de raiz, porque sendo a sobredita lei ordenada em beneficio *tanto dos crédores, como dos devedores*, não é justo seja maior o damno d'estes do que a utilidade dos outros.» E assim, aindaque os lanços não attinjam os preços das avaliações, devem receber-se, comtantoque excedam ao por que os bens com esses rebates se adjudicariam aos crédores.

§ 370

Quando muitos lançavam o mesmo preço, aindaque alguns DD. concediam o direito da gratificação, ou ao parente do devedor, ou ao que tinha porção de terra contigua á arrematada, Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 13, sub n. 24; comtudo o *Codigo civil do imperador José II*, § 350, mandou que: «Não competirá alguma preferencia aos parentes ou crédores do devedor em igual lanço com outro licitante; e por consequencia nem aquelles nem o mesmo devedor terão depois do remate dos ultimos pregões algum direito, em virtude do qual o ultimo licitante fosse

obrigado a largar a cousa que elle pelo seu lanço tivesse obtido». E só quando no mesmo momento, e quasi com uma só voz dois lançarem um preço: «Aut fiet inter eos divisio, aut erit locus gratificationi; alias si plures successive idem pretium offerant, primus præferri debet.» Posth., *de Subhast.*, Insp. 35, a n. 262. Conf. Silv.; ad Ordin., L. 3, T. 86, § 27, n. 9, 41 e 42; quid vero na arrematação das rendas reaes? Se n'ellas merece gratificação o rendeiro dos annos antecedentes, que pagou tudo promptamente, e quer a renda no preço que outro lançou, veja Lim., *de Gabell.*, pag. 324, n. 55, Peg., Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 63, in rubr. 44, Silv., á Orden., L. 4, T. 23, ad pr., n. 16.

§ 371

Deve fazer-se a arrematação *præsentè pecunia*, e quando o lançador não aprompte ahí o preço «dará ahí mesmo pessoa capaz que o abone por tres dias»; dita lei de 20 de junho de 1774, § 16: concorda o alvará de 6 de setembro de 1790, § 3. Esta é a regra geral, que tem por origem a L. *A Divo pio § Sed si emptor*, ff. de rejudic., adoptada também no *codigo Josefino*, § 351, e em todas as legislações, Posth., *de Subhast.*, Insp. 37, tot.; como porém esta lei é ordenada, tanto em beneficio do crédor, como do devedor (o que ella declara no fim do proem., e melhor o alvará de 22 de fevereiro de 1779), adde Posth., *de Subhast.*, Insp. 37, a n. 78, é consequente ser susceptivel de ampliações e declarações racionaveis, e compatíveis com os interesses *de ambos*, sem prejuizo de algum d'elles. Taes são e podem ser:

§ 372

Primeira: Se a divida é equivalente ao preço do lanço sem excesso algum, póde o crédor, cujo favor só aqui é contemplado, consentir, ou seu especialissimo procurador, que o arrematante não pague logo o preço, espaçando-lhe o pagamento até quando quizer, comtantoque o crédor

preste esse consentimento no mesmíssimo acto da arrematação, em termos que o devedor fique plenamente livre, aindaque o arrematante nunca pague ou possa pagar; ut optime et latissime, Posth., de Subhast., Insp. 37, a n. 47 ad n. 70, Altimar., in *Observat. ad Rovit.*, L. 2, Obs. 40, a n. 9, Tondut. Civil., C. 32, a n. 21, Salgad., in *Labyr. Cred.*, P. 3, C. 2, a n. 8.

§ 373

Segunda: Se o preço lançado excede algum tanto a divida, entra aqui tambem o favor do devedor para se confidenciar o preço ao arrematante, e confidenciando-o o devedor no mesmo acto da arrematação (ou depois), subsiste a arrematação *habita fide de pretio*, Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 13, n. 29; não assim se o devedor não consente, Posth., n. 93, Altimar., supra, n. 12.

§ 374

Terceira: Se ha mais crédores que venham a interessar no concurso de preferencias, é preciso o consentimento de todos para se fazer a arrematação *habita fide de pretio*, Posth., supra, a n. 90, Tondut., supra, n. 24, Altimar., supra, n. 10, Nigr., de *Judicial. pignor.*, C. 16, § 6, n. 8 e 9.

§ 375

Não se admite lança *condicional* nem arrematação *condicional*, Altimar., supra, n. 6, Salgad., supra, n. 5 menos que o crédor não consinta, mas em termos que, não consentindo o devedor, elle por esse consentimento do crédor fique livre da divida, Altim., supra, n. 9, Salgad., a n. 7; se o arrematante quer dar em pagamento dividas activas ou capitaes de censos que lhe paguem, e os crédores consentirem (ficando livre o devedor), tambem cumprem com a lei, Salgad., supra, a n. 9, acrescentando

que bastará o consentimento dos crédores tacito (do que duvido) não sendo prestado no mesmo acto da arrematação, e de outro modo ficará o juiz responsavel não cumprindo a lei, ut signanter Posth., *de Subhast.*, Insp. 37, a n. 32 e 34, Gratian. For., C. 326, n. 12, Mangil., *de Subhast.*, Q. 115, n. 9.

§ 376

Quid, se o lançador e arrematante é crédor do crédor que promovía a execução? Responde Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 13, n. 31, que se o lançador arrematante é crédor do crédor que promoveu essa execução, e se tem contra elle sentença exequivel, póde fazer penhora ou embargo no mesmo dinheiro, que ha de depositar em favor d'esse seu devedor, requerendo-o assim ao juiz; comtanto-que esse crédor que promoveu a execução, e a que se fez o embargo, não impugne com alguma probabilidade.

Se o crédor a que se adjudicam os bens é obrigado fazer deposito, ainda quando ha concurso de crédores? Vide Mor., L. 6, C. 13, n. 27, e C. 9, a n. 64, * *Ita quia*, Posth., *de Subhast.*, Insp. 37, a n. 108, Altimar., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 40, n. 44.

Prisão do lançador que não faz deposito na fórma da lei: excusas a que possa recorrer

§ 377

«E não satisfazendo (diz o mesmo § 16), o ministro presidente o mandará prender á sua ordem, e não será solto sem effectiva entrega do preço por que arrematou.» Parece dura n'esta parte a lei: porque: 1.º, em caso tal o remedio mais benigno e favoravel é remover-se o lanço, e porem-se outra vez em pregão os bens, recaíndo sobre esse lançador toda a diminuição, ou do valor em que os bens tivessem sido estimados, ou do lanço que elle houvesse feito, e com todas as perdas e damnos; assim na Allemanha o providenciou o imperador José II no codigo civil, § 351; 2.º, porque esta é a praxe nas rendas reais

quando o arrematante não cumpre logo as suas obrigações, lei de 22 de dezembro de 1761, T. 1, § 1; 3.º, esta era a opinião mais seguida pelos DD., Mor., L. 6, C. 13, n. 26, Posth., *de Subhast.*, Insp. 38, a n. 18; 4.º, se a satisfação do preço da arrematação é em favor do crédor e devedor (§ 372), parece que só requerendo-o elles se póde capturar o arrematante, o presidente o não póde *ex officio* fazer prender, renunciando aquelles o seu direito ao menos por conveniencia.

§ 378

Porém esta lei seguiu n'esta parte a opinião dos DD. e antiga praxe da França, conforme as quaes o lançador em tal caso, não depositando logo o preço, é preso até pagar, Posth., *de Subhast.*, Insp. 34, a n. 67; pensou a lei, que um lançador tal ludibriou o serio e solemne da hasta publica e injuriou o presidente, e por isso tambem em pena o puniu com prisão *á sua ordem*; ou e tambem quiz cohibir a audacia e fraude de se suporem lançadores phantasticos, e punir os taes lançadores dignos de castigo, ex Posth., *de Subhast.*, Insp. 35, n. 250; e não podem evadir a prisão, nem, 1.º, dizendo que lançava como procurador de outra pessoa, não se tendo antes qualificado com mandato (§ 366); nem, 2.º, com o pretexto de ser nulla a arrematação, porque antes de lançar se devia informar da validade da execução; nem, 3.º, póde evadir a prisão appellando do mandato *de capiendo*, Posth., *de Subhast.*, Insp. 34, a n. 83.

Nota: O Cod. de Sardenha, L. 3, T. 12, § 9, ainda foi mais rigoroso, porque em castigo mandou prender o lançador por um *tanto* tempo, e passado elle mandou outra vez subhastar a cousa, recaíndo sobre elle a diminuição do segundo lanço, interesses, etc. (ut § 378).

§ 389

Póde porém excusar-se: 1.º, se arrematou *debaixo de certas condições* (que se lhe admittissem, ut § 376), e

emquanto se não verificam, não pôde ser obrigado ao preço, Posth., Insp. 34, n. 90 e 118, sendo bem natural, que a nossa lei suppoz os termos habeis e mais frequentes (ex L. Nam adeo ff. *de Legib.*), de se fazer uma arrematação pura; 2.º, ou se logo embarga algum terceiro; 3.º, quando no mesmo triduo, e *in continenti* mostre; ou (a) que alguns bens são de morgado, fideicommisso, praso familiar, ou (b) sujeitos a algum censo, ou (c) a outro onus real (o que se não declarasse nos editaes), ou (d) imminente a evicção d'elles, porque ameaçada a reivindicação por algum terceiro, ou (e) comprehendendo muitos predios em um só preço, não poderá subsistir a arrematação n'aquelle que principalmente o moveu a arrematar todos, etc. Veja-se Posth., *de Subhast.*, Insp. 34, a n. 100 ad 109; limitações racionaveis da lei, que, como é regular em todas, suppoz os termos habeis de passarem ao arrematante os bens livres de todo o futuro risco; comtantoque não seja chimerico, e o arrematante o faça provável, verosimil e superveniente á sua noticia depois da arrematação, ex Posth., supra, e assim o mostre no mesmo triduo: aqui cessa o dolo e injuria que a lei quiz punir (§ 379).

§ 380

Tambem o arrematante para evadir a prisão pôde (4.º) dentro do triduo obter liberação do crédor, e do devedor e de todos os crédores, quando muitos, não bastando de um d'elles, Posth., supra, a n. 110; ou (5.º) offerecendo outro lançador effectivo com deposito do mesmo preço, Posth., dita Obs. 34, n. 126; ou (6.º) se o lançador foi um menor de vinte e cinco annos, e o juiz o sabia e o admittiu, não pôde constrange-lo, Posth., a n. 127; emfim, se se pôde proceder contra o procurador que arrematou? Vide Posth., n. 128 e 129: eu dissera que não, porque da parte do juiz estava não o admittir sem primeiro o qualificar na forma que a lei exige e fica exposto no § 367.

Nota: Á vista d'esta lei, dito § 16, cessa hoje a questão, se pelo segundo lanço fica ainda sujeito ou exonerado o primeiro lançador, quando o segundo se fez insolvel? Questão que trataram Guerreiro, Tr. 1, L. 2, C. 3, a n. 39, Silv., à Orden., L. 3, T. 86, § 27, a n. 33, Posth., *de Subhast.*, Insp. 35, tot.; bem que como esta lei tratou só das execuções por dividas particulares, e não das dividas da real fazenda, quanto a estas subsiste o seu favor, conforme o qual o primeiro lançador sempre fica responsavel, quando o segundo ou é insolvel ou não afiança a renda, Lim., *de Gabell.*, pag. 324, a n. 22, Voet., *ad Pand.*, L. 39, T. 4, n. 6, Mor., L. 6, C. 13, n. 44, e é bem expresso no Regim. da Fazenda, C. 161, em Castella e França nas leis que cita Mor., * *Secundo*; como porém, quando os arrematantes das rendas reaes não cumprem com fianças, com tirar alvará de correr etc., se lhe removem as arrematações, recaindo sobre o lançador ultimo toda a diminuição do preço, é consequente, que só sendo insolvel o segundo lançador quanto a essa diminuição, subsiste n'esta parte a obrigação do primeiro; conciliado assim o regimento da fazenda, dito C. 161, comtanto que no acto do lanço se observe a fôrma n'elle prescripta; tambem o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 12, § 8, em nenhum caso exonera o primeiro lançador.

ARTIGO V

Arrematação dos direitos e acções

§ 381

Se os direitos e acções consistem em dividas *exigiveis*, a mesma lei nos §§ 17 e 27 sim determina, que só se possam arrematar ou adjudicar ao crédor *na sua liquida e verdadeira importancia*; porém não deixa de ser notavel, que só aos crédores adjudicatarios deixa salva a boa pratica das arrematações *real por real*, e não a qualquer outro que as queira arrematar; e isto talvez em favor do crédor em premio da coacção em falta de arrematante, ex § 20, coacção que se não dá no terceiro, que vaé voluntario;

Nota: Valendo a acção, por mais *exigível* que seja, menos que o dinheiro por que se compra na sua *importancia* (sendo esta o preço da mesma compra), Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., art. 3, n. 49, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 13, § 2, a n. 25, não posso comprehender que haja quem vá arremata-la sem rebate á praça (e pagando logo despesas da sua arrematação), a menos que não seja, ou, 1.º, se ella vence juro, e não tem em outra parte em que empregue o seu dinheiro; ou, 2.º, para vexar esse devedor, cuja acção arremata; ou, 3.º, para compensar com outra que lhe deva; mas a lei os suppõe, a lei lh'o permite, aindaque lhe aperta bem a porta; e basta.

§ 382

Dividas exigíveis são aquellas em que concorrem juntamente: 1.º, provas da sua realidade; 2.º, com instrumentos validos; 3.º, solvabilidade dos devedores; 4.º, que essas acções sejam cessiveis •; nunca por via de regra se subentende que na cessão *voluntaria* (a que esta judicial se equipara, attenta a sua original causa, ex Silv., ad Ordin., L. 3, T. 93, § 3, n. 36), convencionada, sem clara expressão, a *exigibilidade e solvabilidade do devedor*; mas só a verdade da divida, *videndus Olea, de Cess. jur.*, T. 7, Q. 3, a n. 3. Por isto é que a nossa lei manda sejam arrematadas sem rebate algum *pela sua liquida e verdadeira importancia*; no presuppuesto de serem *exigíveis* em todos estes sentidos, e com a concorrência dos quaes requisitos se possam dizer verdadeiramente *exigíveis*.

• Ha direitos e acções que o devedor *voluntario* ou *involuntario* póde ou deve ceder a seus crédores; mas ha direitos competentes aos devedores, tão *pessoaes* que não podem ceder-se nem penhorar-se nem exercitar-se pelos crédores, quaes os que cumularam Stryk. post., *Tract. de Act.*, Dissert. de *Action. non cessibilib.*, Sande, de *Cess. act.*, C. 5, Puttman, *Adversar. jur.*, L. 1, C. 13, no fim.

§ 383

Quando assim as dividas são *exigíveis*, determinou a ei com jurisprudencia que se arrematassem *na sua li-*

quida e verdadeira importancia, para suffocar as duvidas que poderiam occorrer sobre a applicação da constituição *anastasiana* na L. Ab Anastasio, Cod. Mandat., de qua Mull., *ad Struv.*, Exerc. 23, Thes. 81 e 82, Peg., 4, For., C. 71, etc., sobre a qual fiz uma dissertação, que está agora no prelo.

§ 384

Quid vero nas dividas em que se não realisa a palavra *exigíveis* na sua propria accepção (§ 381), e de que só tratou a lei, e que aliás são duvidosas, que não possam arrematar-se, nem adjudicar-se, conforme os §§ 18 e 28, *na sua liquida e verdadeira importancia*, e § 27? Essas dividas duvidosas podem penhorar-se (§ 116); ellas podem receber estimação (§ 337). *Quid vero etiam* nos mais direitos e acções competentes ao devedor, que podem penhorar-se para se arrematarem e exercitarem pelos arrematantes, ut § 118, e se podem avaliar, ut § 338 e 339? Estes direitos e acções penhoráveis e estimáveis, estão no patrimonio do devedor, mas foram omissos na nossa lei (que aliás não podia comprehender todos os casos, mas só os mais frequentes, ex L. 12, ff. *de Legib.*); por isso devemos suppri-los procedendo de semelhante a semelhante, ex dita L. 12 e L. 13, ff. *de Legib.*

§ 385

Como pois n'estes direitos e acções, omissos na lei, é ella impraticavel para se arrematarem *na sua liquida e verdadeira importancia*; se elles effectivamente foram penhorados e avaliados, é bem certo que se haviam de descrever nos editaes, e que se hão de arrematar, e então praticaveis as leis na fórma acima exposta no § 370, para se arrematarem ou adjudicarem com esse rebate da estimação em que estiverem avaliados.

Nota: A arrematação *real por real* aqui teria a melhor e

mais adequada praxe em favor de qualquer arrematante; porém eu noto que a lei só concede ao crédor a adjudicação *real por real*, e não a qualquer terceiro arrematante por essa pratica. E na verdade, se permittisse a terceiro, que inconvenientes não resultariam? O terceiro, ou seria indolente, ou colluiaria com o accionado; e lá ficava fraudado o crédor, que esperava a final o pagamento da sua divida por contas do terceiro arrematante. Pelo contrario o crédor sempre se deve suppor mais activo no exercicio da acção adjudicada para se pagar da sua divida; e muito mais quando a mesma lei no § 29 manda imputar n'ella *tudo quanto deixou de cobrar por sua omissão ou negligencia*.

§ 386

Se um terceiro arremata as dividas *exigiveis*, ou outros direitos e acções competentes ao devedor, tem acção contra elle para que lhe exhiba os titulos, com os quaes exercite as acções arrematadas, Olea, *de Cess. jur.*, T. 7, Q. 1, signanter Peg., 23, For., C. 4, a n. 23; se é contumaz em os exhibir, fica obrigado com prisão para que os entregue, ex Parex., *de Instrum. Edit.*, T. 8, Res. 2, a n. 2 (V. § 467). Se exhibe os titulos de dividas activas, póde o arrematante fazer citar os devedores para confessarem as dividas; se as confessam em juizo, se procede contra elles executivamente, se as negam, por acção ordinaria, *Codigo civil Josephino*, § 334, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 7, n. 16; se o devedor tinha demanda com o seu devedor sobre essa divida, toma d'ella posse o arrematante por imposição de mãos no processo, Moraes, L. 6, C. 8, n. 17, e se habilita com a arrematação para proseguir essa demanda, ex Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 20, n. 76; se o devedor já tem sentença contra seu devedor, se habilita o arrematante, e prosegue essa execução, Moraes, L. 6, C. 7, a n. 25; se só ha instrumento da divida arrematada, póde usar de assignação de dez dias, juntando a escriptura da divida e a sua arrematação, ex Mor., *de Exec.*, L. 5, C. 3.

ARTIGO IV

Adjudicações aos crédores em falta de lançadores

DIVISÃO I

Adjudicação dos rendimentos annuos

§ 387

Quando o unico predio penhorado excede no valor o dobro ou tresdobro da divida, e se não verifica alguma das limitações expostas desde o § 24 d'esta lei de 20 de junho que: «O juiz da execução mandará avaliar os annuaes rendimentos pelos respectivos avaliadores, que o senado da camara tiver approvado, e por uma sentença os adjudicará ao crédor pelos annos que bastarem para o inteiro pagamento da divida, e findos elles, entrará o senhor dos ditos bens pela mesma sentença na posse e fruição dos seus rendimentos, tendo advertido o mesmo juiz da execução, que depois de ter precedido aquella effectiva adjudicação, fica imputavel na divida do crédor o que deixar de cobrar por sua culpa, omissão ou negligencia». E acrescenta o § 25: «Que para o referido se observar impreterivelmente, sejam sempre seguidas as doutrinas, que n'estes termos sustentam esta forma de pagamento, e reprovadas e proscriptas do fóro as contrarias, que ainda nos mesmos termos não soffrem que o pagamento se faça por partes, para que mais por ellas não possa julgar-se».

. Aqui noto eu: Que a lei n'este caso não manda pôr em hasta publica os rendimentos do tal predio, mas e precisamente os manda avaliar e adjudicar em pagamento ao crédor na annual importancia em que se avaliarem, e por tantos annos, quantos bastem para o pagamento da divida, e tanto sem rebate algum, que antes manda imputar n'ella o que deixar de perceber por sua culpa, omissão ou negligencia. Vej. o assento de 23 de março de 1776.

§ 388

Deve pois preceder a esta adjudicação a avaliação dos rendimentos annuos, e para esta se fazer é necessario: 1.º, que os louvados a façam com respeito ás communs despesas da cultura (se o predio não está arrendado), Guerreir., Tr. 4, L. 2, C. 10, n. 91; 2.º, com deducção dos encargos reaes, como censos e fóros dos dizimos das decimas e outros encargos, Valasc., Cons. 43, n. 5, Peg., 5, For., C. 103, n. 24, Hermosilh., Gloss. 6, L. 56, T. 5, Part. 5, n. 96; emfim, 3.º, feitas estas deducções, se deve fazer a avaliação do rendimento annuo e solido, ou por arrendamentos, se os tem havido, ou pela computação dos annos estereis, com os mais productivos no circulo dos precedentes dez annos, nos urbanos predios, com respeito aos costumados alugueres, e ao evento de faltarem inquilinos deduzida a decima do rendimento para as diarias refeições, a decima secular, etc., Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 1, n. 22 e 23, Card. de Luc., *de Usur.*, Disc. 26, n. 9 e 10, e *Benefic.*, Disc. 90, a n. 64; ou se devem avaliar pela norma do Regim. de 9 de maio de 1654, Tit. 3, § 15, e instrucções de 18 de outubro de 1762, §§ 29 e 40, isto é, pelos cinco annos antecedentes, de que se elege o rendimento medio.

§ 389

Se esta fórmula de pagamento decretada na lei é *pro soluto, pro jure pignoris judicialis, pro jure consignationis, aut dationis in solutum*; qual d'estes titulos, segundo a phrase e espirito da lei, se deva aqui subentender, seria um grande trabalho, attento o que na materia sujeita se lê no Card. de Luc., *de Regal.*, Disc. 22, e *de Credit.*, Disc. 27, a n. 17, Disp. 64, 65, 133, 134, 135, e de *Feud.*, Disc. 62, e attento o que escreveu Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 5, 6 e 7. Eu, o que, depois da lição d'estes DD., venho a concluir, é que seria frustrado todo o tra-

balho especulativo que qualquer se propozesse para distinctamente demonstrar qual d'aquelles titulos teve em vista a lei, e seria inutil (fosse qual fosse o titulo a que se attribuisse), uma vez que a mesma lei em conclusão diz, que fica imputavel na divida ao crêdor o que deixar de cobrar *por sua culpa, omissão ou negligencia*.

§ 390

Culpa, negligencia, omissão parecem palavras synonymas; porque a *culpa* tem tres graus, de *lata, leve e levissima*, cada um dos quaes definem Stryk., Vol. 5, Disp. 2, C. 8, n. 34, Vicat., verb. *culpa*, Peg., 1, For., C. 3, a n. 73, definições metaphysicas, porque como com Duaren., diz o mesmo Stryk: «*Hic totam rem utilius demonstrari potest exemplis, quam definitionibus Dialecticis*». A *negligencia*, contraria á *diligencia*, tem os mesmos tres graus de *lata, leve e levissima*, que bem expõe e exemplifica Stryk., Vol. 10, Disp. 6, C. 3, § 6, e Henriq. Coccey, Vol. 1, Tr. 4, Disp. 1, Sect. 2, Prop. 5, 6 e 7; e por isso Vicat., verb. *Negligentia* as faz synonymas, ut ibi: *Negligentia*, vel ut Pandectæ Florentinæ habent, *Negligentia* est omissio debitæ diligentia, id est, debiti usus virium quo quid vel præstandum, vel præcavendum fuit: Varia ei tribuuntur epitheta, ut *crassa, dissoluta, lata, magna*, nimia (quamvis et culpa lata simpliciter *Negligentia* adpellatur L. ult. Cod., de Susp., tut.) Alias fere Synonyma est vox cum *culpa*. . . Magna negligentia culpa est, L. 226, ff. de Verb., sign. quod forte ita legendum: *Magnæ Negligentiæ culpa est*. Se bem que o citado Coccey, Asserc. 1, expõe algumas differenças entre a *culpa* e a *negligencia*, a pag. 157.

§ 391

A *omissão* parece tem os mesmos graus; porque, como a define Vicat., verb. *Omittere*: «*Omittere, et generatim*

est *prætermittere*, vel *negligere* aliquid eorum, quæ *agi*, *fieri*, *exerceri*, *interponi*, *objici*, *allegarive* poterant. De *fôrma* que: «*Culpa in omittendo est non facere quod fieri debet, vel quod fieri consuetum est, aut quod alii fecissent, et e contra culpa in committendo est facere quod fieri non debet, vel fieri consuetum non est, aut alii non fecissent. . . Et quando id, quod fuit factum vel omissum non potest dici, quod fecissent, vel omisissent omnes alii, sed tantum personæ diligentes; tunc culpa reputatur levis. . . Unde, qui allegat hanc culpam, debet præcise articulare, et probare, quod factum vel omissum non fecissent aut omisissent personæ diligentes. . . Quando vero illud non fecissent, vel omisissent tantum diligentissimi; tunc illud facere, vel omittere dicitur culpa tantum levissima. . . Nec sufficit, quod ita fecissent vel non fecissent diligentes vel diligentissimi in genere; sed requiritur, quod ita fecissent, vel omisissent diligentes vel diligentissimi ejusdem conditionis et professionis. . . Licet non desint, qui hanc qualitatem conditionis, et professionis ejusdem non requirant, sed simpliciter dicant, culpam levem esse facere, vel omittere, quod fecissent, vel omisissent diligentes patres familias*».

§ 392

Qual d'estes graus de culpa, negligencia e omissão imputa a lei ao crédor adjudicatario dos rendimentos, ella o não declara, mas por isso mesmo que o não declara, e ficámos na duvida, se deve subentender que só lhe imputa a culpa, negligencia e omissão lata e leve, e não a levissima, Stryk., Vol. 1, Disp. 7, Posit. 6, n. 4, e Vol. 5, Disp. 2, C. 8, n. 39, Barbos., Appellativ. 64, n. 3, Pereira., in *Elucid.*, n. 148, Vicat., verb. *culpa*, & *Culpæ vocabulum*, Coccey, Vol. 1, Disp. de dolo, culpa, et negligencia præstanda, Proposit. 12, tot, Pacion., de Locat., C. 30, n. 4; não faz porém esta lei (mysteriosamente) responsavel o crédor pelo caso fortuito ou força maior

irresistível (de quib. Peg., 1, For., C. 3), porque expressamente não lh'os imputa, e entra a regra: *Inclusio unius est exclusio alterius*; de qua Peg., de *Maior.*, C. 8, n. 8.

§ 393

Depois d'estas ponderações já podemos conjecturar que esta adjudicação não é como *doação em pagamento*, porque se o fosse, transferiria o dominio dos redditos assim consignados, Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, a n. 1; não é tambem (aindaque o parece) *consignação*, como a que figura o mesmo Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, n. 5, porque transferiria tambem o dominio Guerreir., n. 5; e consequentemente todo o perigo futuro recairia no crédor em qualquer d'estes casos, Guerreir., n. 26 e 27; veja-se Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 10; mas, que é *jure pignoris*, porque só faz responsavel o crédor pela culpa, negligencia e omissão *lata e leve*, não pela *levissima*, nem pelo *caso fortuito*, como é da natureza do penhor, *et maxime* vendo-se n'este o interesse reciproco do devedor e do crédor, ut optime Noodt., *Probabil.*, L. 1, C. 4, e L. 4, C. 3, signanter Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, n. 24; e talvez que a lei, para se evitarem as escrupulosas contas e liquidações no futuro, que o crédor *pignoraticio* é obrigado prestar ao devedor, ex Guerreir., Tr. 4, L. 6, C. 7, n. 4, Stryk., de *Action.*, Sect. 1, Membr. 5, § 33, elegeria este meio de avaliar os rendimentos, e adjudicá-los avaliados em quantia certa, como equiparada ao preço do arrendamento pelos determinados annos, ex Moraes, L. 6, C. 7, sub n. 6, * *Distinguendum*, e por isso ficámos nos principios: 1.º, que como dação de fructos em pagamento lotados em certo preço, todo o perigo é do crédor, Guerreir., supra, n. 5, Stryk., de *Caut. Contract.*, Sect. 2, C. 4, § 37; 2.º, que considerada em pagamento como locação e conducção, só estão responsaveis as partes pela culpa *lata e leve*, Peg., 1, For., C. 3, a n. 250, *Pacion.*, de *Locat.*, C. 29, a n. 43.

§ 394

Quid vero se o predio cujos redditos se adjudicaram estava dado de arrendamento por pensão certa a colono ou a inquilino? Devem distinguir-se estes casos: 1.º, se o devedor, prevendo a futura execução só nos rendimentos do seu predio, o dá de arrendamento phantastico por pensão excessiva, com as vistas em que esta se avalie em preço correspondente, conhecida a fraude, não é obrigado conservar tal arrendatario, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 7, n. 6, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 46; 2.º, se só se estimam as rendas racionaveis que o arrendatario actual paga ao devedor, deve o adjudicatario conserva-lo no seu arrendamento, Mor., L. 6, C. 7, n. 8; 3.º, se sem se cogitar do colono e inquilino, e do arrendamento, os fructos do predio indistinctamente se arbitram e adjudicam ao crédor, é obrigado conservar o colono, Mor., supra, sub n. 6; 4.º, e *vice versa*, se adjudicados por este terceiro modo os rendimentos ao crédor, o vendedor vende a propriedade a terceiro, cessa aqui a Orden., L. 4, T. 9, e deve o comprador manter ao crédor em todos os annos da sua adjudicação, Mor., L. 6, C. 13, sub n. 77; da mesma fórma, se sobrevindo depois d'esta adjudicação outros crédores, elles arrematarem o todo do mesmo predio, deve o primeiro crédor adjudicatario dos fructos ser conservado na fruição dos redditos, durante o tempo da sua adjudicação, e os segundos arrematantes do predio não o podem expellir, Mor., L. 6, C. 14, sub n. 6, ★ *Secundus*.

§ 395

Extincta esta adjudicação manda a lei (§ 387), que o devedor pela mesma sentença tenha regresso á sua posse e fruição; parece que extincta assim no crédor a causa da sua posse, póde o devedor ter este regresso sem citação d'elle, conforme as doutrinas de Pereir., Dec. 18, n. 2, e as geraes de Peg., 1, For., C. 4, n. 92; maiormen-

te advertindo-se, que os fructos adjudicados foram arbitrados; que a terra bem cultivada sempre se presume produzir os mesmos, Mor., L. 3, C. 4, n. 61, Pacion., *de Locat.*, C. 27, a n. 108; e por isso o devedor pela sentença mesma liquida com esta presumpção jurídica, ex eod. Mor., L. 3, C. 1, n. 86, reentra na sua posse e fruição: tal a intrinseca razão, tal a justiça da lei.

§ 396

Se o crédor adjudicatario embarga, com pretexto de fallencias por casos fortuitos inculpaveis ou por bemfeitorias, eu julgo que não póde obstar suspensivamente ao reingresso na posse pelo devedor; porque tal caso fortuito não se presume sem provas, ex Peg., 1, For., C. 3, a n. 29; e estas dependem de alta indagação. Não menos as bemfeitorias, porque se devem verificar os requisitos, de quibus Peg., Tom. 1, á Orden., pag. 51, a n. 7; e entra a regra, que contra um procedimento tão summario, como este por lei (§ 387), e em si mesmo tão justificado e liquido (§ 395), não podem admittir-se excepções que dependam de alta indagação, Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 2, n. 25, Stryk., Vol. 3, Disp. 25, *de Altiori indagine*, C. 4, Portug., *de Donat.*, L. 2, C. 32, n. 64, juntos os casos julgados apud Pereir., Dec. 18, e França d'Arest., 58.

DIVISÃO II

Adjudicação do movei e raiz ao crédor

§ 397

A coacção que se faz ao crédor de receber em pagamento da divida os bens moveis ou de raiz, em beneficio do devedor, com os rebates d'esta lei nos §§ 20, 21, 22 e 26, é compensada com os rebates mesmos, bem como *vice versa* quando algum é coacto a vender seus bens,

como no caso da lei de 9 de julho de 1773, e geralmente em todo o caso por praxe antiga, de qua Ferreir., *de Nov. Oper.*, L. 2, Disc. 6, n. 42, é compensada a sua coacção com a terça parte mais do justo preço, alem d'este.

§ 398.

« Se os moveis (diz o dito § 21) forem d'aquelles que com o uso se deterioram e arruinam, o juiz da execução os adjudique ao exequente com o abatimento *da quarta menos da avaliação* que tiverem, etc. Se os moveis (diz o § 22) tiverem valor intrinseco, certo e permanente, como são peças de oiro, prata, diamantes, ou outras pedras de avaliação conhecida, tendo sido avaliadas, se adjudiquem *pelo seu valor intrinseco sem carga alguma de feitos*; sendo porém peças que os não tenham, ou se achem guarnecidas de pedras preciosas, se adjudiquem pela quantia das avaliações com o abatimento *de dez por cento do seu justo valor*. . . sendo necessario passar aos immoveis observará o seguinte. Nos casos de se achar que os bens immoveis pelas suas avaliações chegam para pagamento da divida, e no de não ter outros alguns o executado, se adjudiquem em pagamento ao crêdor exequente na mesma quantia em que forem avaliados, *sem abatimento algum*; se porém o executado tiver mais bens, se adjudicarão ao exequente *por menos a quinta parte do justo valor d'elles*, e poderá haver o resto pelos outros bens na concorrente quantia, *sem mais abatimento*.

Quando em falta de lançador se adjudicam os bens á real fazenda na fórmula do C. 177 do regimento da fazenda, se faz a adjudicação com rebata da quarta parte da avaliação: na Sardenha vemos o Cod., L. 3, T. 32, § 31, mandando adjudicar as peças de oiro e prata pelo valor do peso *sem feitiço*. Toda outra especie de moveis com deducção da quarta parte, os fructos consumptiveis com abatimento da decima parte, os de raiz com deducção de uma terça parte do justo valor. Em Roma, Milão, Saboia, Prussia e Sicilia ha leis semelhantes, que refere Posth., *de Subhast.*, Insp. 54, in addi.:

se porém o devedor antes da litis-contestação, usando do benefício da Auth. *Hoc nisi debitor, Cod. de Solut.*, offerece uma dação em pagamento voluntaria, determina o dito Cod. de Sardenha, que do valor da raiz se deduz a quarta parte, dos moveis e gados a oitava, dos fructos e redditos annuos a vigesima: do uso da dita Auth. em outras mais nações, se vejam Stryk., Vol. 1, Disp. 9, et in *Us. mod.*, L. 46, T. 3, § 12, Thomas., in *Not. de Us. hod. ad eund. Tit.*, Mull., ad *Struv.*, Exerc. 47, Thes. 73.

§ 399

Quando os fructos pendentes ao tempo da adjudicação devam ceder ou não para o adjudicatario, está demonstrado em uma especial dissertação minha, que é a 10, na collecção das que formam o supplemento ao meu *Tratado das acções summarias*, e a que me remetto. Quando o adjudicatario deverá ou não conservar o colono, se verá no capitulo seguinte.

DIVISÃO III

Adjudicação dos direitos e acções

§ 400

Ao mesmo tempo que a nossa lei, no § 17, manda que as acções exigíveis nunca possam ser arrematadas, senão pela sua liquida e verdadeira importancia, permite: «Poderão porém os crédores continuar a boa pratica das arrematações de real por real que lhe deixo salvas n'esta terceira especie de bens». Qual seja esta pratica se póde ver em Gom., no *Man. Prat.*, P. 1, C. 40. Elle no n. 1 e 2, se lisonjeia de ser o primeiro que a tratou, elle se propoz em expor esta pratica e seu fundamento com detalhes bem pueris, indigestos, insipidos, e que por não querer augmentar o trabalho dos leitores, não confuto nos seus fundamentos.

Nota: Só sim noto: 1.º, que Gomes amplia essa pratica ao caso em que se executem rendimentos annuos de bens im-

moveis, o que hoje é impraticavel, attenta a forma ou especial providencia dos §§ 24 e 25 da mesma lei, e permittir só essa arrematação nas acções; 2.º, que é superflua a cautela das palavras *que cobrar*, porque sempre se subentendem em taes arrematações; e adjudicada a divida *real por real*, já sabemos pela lei, §§ 17 e 29, os effeitos legaes d'esta adjudicação; 3.º, que se Gomes tivesse visto, Stryk., *Us. mod.*, L. 18, T. 4, a § 14, *De Jure Assignationis*, e em Coccey, Vol. 2, a Disp. 33, *De Assignationibus*, as differenças entre a *assignação* da divida ao crédor do *assignante*, e entre a *cessão*, *delegação* ou *dação em pagamento*; se tivesse visto, que quando um devedor assigna a sua divida activa a seu crédor para a exigir e se pagar do que lhe deve, recáe toda a perda, perigo e contingencia (que culpavelmente não seja imputavel ao assignatario) sobre o devedor assignante, toda a despeza da cobrança, etc.; se, digo, tivesse visto n'estes DD. tudo o que elles discorrem a este respeito, não se forçaria com tantas especulações para fazer essas differenças, e seria ocioso o seu trabalho.

§ 401

Esta adjudicação pois da divida *real por real* é uma *assignação judicial*, que se faz das acções em natureza e effeito sem differença; em muitas cousas se identificam, porque a *assignação judicial* (em differença da *delegação ou cessão*) tem estes effeitos: «1.º, *latet in illa ficta traditio, sive solutio per brevem manum facta*; 2.º, *convenit cum Adjectione demonstrationis gratia facta*; 3.º, *Assignatio fit in favorem Creditoris*; 4.º, *in dubio Assignatio et non delegatio præsuntur*; 5.º, *Debitor assignatus, si bonis labitur, tunc periculum ad Assignantem spectat*; Modo, 6.º, *Assignatario culpa aliqua imputari nequeat*; Idem, 7.º, *si Assignatarius alteri iterum assignaverit.*», Stryk. e Coccey, sup., dita Diss. 33 (declarando no § 37, que o crédor assignatario está responsavel á culpa leve). Concorda Olea, *de Cess. Jur.*, T. 7, Q. 3, a n.º 19, aonde ex professo comprova o referido. Sim equiparam a *assignação ao mandato do assignante* com alguns consequentes effeitos Coccey, supra, § 38; mas aqui o mandato passa a ser necessario,

in rem propriam e irrevogavel da parte do devedor, cuja pessoa n'esta assignação representa o juiz ex L. Ob causam Cod. de Evict.

§ 402

Similbantemente a nossa lei no § 17 junto o § 29, habilita o crédor para a cobrança da divida adjudicada e assignada, e só lhe faz imputar n'ella o *que legalmente constar que elle cobrou e tudo o que deixou de cobrar por sua omissão ou negligencia*, isto é, culpa leve, ex Coccey, supra § 38, Stryk., § 46, não lhe imputando a fallencia ou casual insolvabilidade do devedor assignado, como aliás lhe imputa no caso dos §§ 24 e 25; o que acaba de mostrar, que esta adjudicação *real por real* fraternisa com a assignação, e com a sua natureza, e que não é propriamente *dação em pagamento*, como o é no caso do § 24.

§ 403

Se o crédor não requer uma adjudicação *real por real*, como lhe faculta a lei, ella, no § 27, manda que não tendo «o devedor outros mais (bens) que os da terceira, quaes são as acções activas, *sendo exigiveis*, se o que tiver n'ellas for correspondente á quantia da divida, por que se executa, ordeno (diz a lei) que o juiz da execução as adjudique *na sua liquida e verdadeira importancia* ao crédor exequente, e haverá com ellas a execução por extincta». E continúa o § 28 dizendo: «Que se o que tiver o devedor em acções exceder a importancia da divida, se adjudiquem *na sua mesma quantia* aquellas *sómente que bastarem para o pretendido pagamento*, abatendo-se só n'elle as *despezas* da execução, *depois de liquidas nos autos* pelo contador do juízo. E poderá o crédor haver *estas despesas assim liquidadas* e contadas pelas acções na sua concorrente quantia.»

Nota: N'este caso a adjudicação passa a ser uma *dação em pagamento* com cessão da acção; por isto é que a lei (para

evitar a constituição *anastasiana*) manda adjudicar as acções *na sua liquida e verdadeira importancia*; e sendo a acção excessiva da divida, manda adjudicar a parte *que sómente bastar para o pretendido pagamento*: em consequencia a lei aqui imputa ao crêdor (seja ou não seja negligente na cobrança) toda a fallencia da divida adjudicada pelo magistrado em nome do executado, ex Stryk., *de Caut. Contr.*, Sect. 2, C. 2, §§ 6 e 7, videndus Olea, *de Cess. Jur.*, T. 7, Q. 3, a n. 3; como porém a acção em si vale menos que a divida, em attenção aos trabalhos e despezas da cobrança (§ 381, Not.), por isso a lei permite que no pagamento se abatam *as despezas da execução depois de liquidas nos autos*; e que poderá o crêdor haver estas *despezas assim liquidadas*, e contadas pelas acções na sua concorrente quantia. Não diz *custas*, em que não é precisa liquidação, e basta a conta pelos autos, mas diz *despezas liquidadas* como outras diversas, alem das custas, em que é necessaria a sua liquidação, e depois d'esta a conta pelo contador: attendeu aqui a lei uma outra equidade, ad instar do que determinou a outra L. de 27 de julho de 1765, § 6, e o alvará do 1.º de agosto de 1774, emquanto annullando ali compras de acções, a que resistia a constituição *anastasianna*, sempre quizeram que os taes compradores fossem indemnizados do que provassem *despenderam* em despezas n'essas causas. E se essa lei e alvará assim quizeram indemnizar uns injustos compradores voluntarios das acções, quanto mais a um crêdor verdadeiro, a que coacto se adjudicam para se pagar da sua divida? O douto Olea, *de Cess. Jur.*, T. 7, Q. 4. *Cessionarius an repetat a cedente expensas in lite pro exactione nominis cessi?* Faz varias distincções; mas entre nós deve prevalecer a generalidade da lei na repetida palavra *despezas* e na sua geral accepção, conforme a qual: «*Expensæ seu impensæ nomine significatur pecunia, quæ consumpta est, vel circa res, vel circa personas*». Angelis, *de Impens. et melior.*, Art. 1, n. 13, Garcia, *de Expens.*, C. 1, a n. 1.

§ 404

Como pois se devam liquidar estas *despezas* é o unico objecto da duvida na pratica: a Orden., L. 1, T. 90, já não póde regular a conta e a liquidação; porque essas quantias de custas dos autos estão hoje augmentadas por novos regulamentos; e d'estas não é que falla a lei (§ 403):

As *pessoas* estão hoje triplicadas pelo alvará de 16 de setembro de 1814: e que direi das mais peças do processo? Quantos letrados (não eu) extorquem exorbitancias, que os clientes são obrigados a satisfazer sem recurso, que não seja ignominioso? Que direi de procuradores e solicitadores? O certo é, que de taes despesas se não exigem particulares e minutas quitações; e uma vez que pelo processo sejam regulares e verosímeis, a sua quantidade se deve provar pelo juramento d'aquelle que as fez, ex regula de qua Guerreir., Tract. 4, L. 5, C. 3, a n. 65, digno de ser visto; bem que o juiz poderá moderar esse juramento, parecendo-lhe excessivo: o processo mesmo, a sua duração, os articulados e arrasoados, o juiz em que correu, as distancias das habitações, provarão na substancia as *despesas* do crédôr na cobrança d'esta divida, e formarão o prudente arbitrio do juiz para confirmar ou moderar a quantia jurada, Argum., Orden., L. 3, T. 86, § 16.

§ 405

Já vimos (§§ 384 e 385 com remissão a outros §§) que ha mais direitos e acções competentes aos devedores, radicados nos seus dominios, que são estimaveis *tanto ou quanto*, que podem avaliar-se, e estimar-se e arrematar-se; se pois elles se penhoram; se se avaliam pelas normas que expuz; se andam em pregão, e não ha quem os arremate pelo rebata permittido no alvará de 22 de fevereiro de 1779, se deverão adjudicar ao crédôr exequente por ultimo e subsidiario remedio, não nos preços das avaliações, por não serem acções *liquidas e exigiveis*, e que taes se possam dizer (§ 382); mas, ou com rebata da lei (regulada acção, como bens de raiz, se compete para se reivindicarem, ou como acção real, ou como movel, se compete por cousa movel), ou *real por real* conforme poder cobrar; porque se a lei permite esta fórma de adjudicação em beneficio do crédôr, quanto ás dividas *exigiveis e liquidas*, muito mais quanto a estas, de que a lei

se não lembrou, e que por identidade de razão se deve n'ellas praticar (§§ 384 e 385). Aqui têm boa applicação as razões e doutrinas de Gomes no dito C. 40.

Nota: Se ha concurso de crédores por cessão de bens que faça o devedor commum, ou se elle está excutido de bens por algum ultimo crédor; n'este caso, ainda independente de adjudicações, póde outro exercitar essas acções pelo seu interesse, ex Salgad., in *Labyr.*, P. 4, C. 4, a n. 23: porém o mais seguro e pratico será fazer penhora n'ellas e requerer se lhe adjudiquem logo *real por real*, sem mais avaliação, pregões, etc.

O direito, que o adjudicatario tem para que o executado lhe entregue os titulos para o exercicio d'essas acções, está demonstrado no § 386.

CAPITULO XIV

Embargos que o executado póde oppor antes da arrematação sobre as nullidades e desordens da execução; e os mesmos, ou outros depois d'ella, mas antes que a carta da arrematação se tire do processo e passe pela chancellaria.

Prenção geral

§ 406

A Orden., L. 3, T. 87, no fim do principio, permite ao executado allegar embargos supervenientes, jurados depois da penhora, e depois os seis dias. «Emquanto os bens não forem arrematados, ou quando allegar que a execução e arrematação se faz, como não deve contra forma de nossas ordenações». A praxe tem admittido embargar as arrematações (o mesmo nas adjudicações) depois de feitas, ainda depois de extrahidas as cartas, e antes de passarem pela chancellaria (ou antes de entregues ás partes, aonde não ha chancellaria, casos equiparados

na Orden., L. 3, T. 15, § 1, e T. 54, § 17); assim o suppõe praticavel e praticado Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 14, n. 8, sub *De substantia*, França, *ad Mend.*, Ar. 68, n. 3. Assim o refere julgado Peg., 1, For., C. 1, § 8, n. 286; sendo regra geral, que antes de passar pela chancellaria a carta, não tem effeito a arrematação, Peg., Tom. 12, ad Ordin., L. 2, T. 52, § 8, n. 11.

§ 407

Longe de nós, como erroneas, abusivas e oppostas ás nossas leis e proscriptas no § 4 da de 20 de junho, as opiniões que sustentam validas as arrematações, por mais defeituosas que sejam das legaes solemnidades, quando consta que o devedor na realidade o era da divida, pela qual os bens nullamente se arremataram; opiniões que referem e seguem Peg., 1, For., C. 2, n. 33; Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 14, n. 9, com Gam., Dec. 237 e 324, Pereir., Decis. 76; pois basta vermos que a nossa Orden., L. 3, T. 86, e esta nova lei prescrevem a ordem e fórma das execuções e arrematações, para se dever julgar nullo tudo quanto se processa com desordem da pre-scripta ordem, Posth., *de Subhast.*, Insp. 24, Hontalb., *de Jur. Superv.*, Q. 15, Guerreir., Tr. 3, L. 7, C. 27, a n. 42; e é regra geral ser nullo tudo quanto se obra contra a fórma da lei, Posth., n. 9, Romag., *ad Stat: Eug. in Præclud.*, a n. 92, aindaque a lei não commine a pena de nullidade, Romager., n. 104, Peg., Tom. 11, á Orden., C. 2, tot. ubi optime.

§ 408

Muito mais, quando a Orden. a cada passo está comminando nullidades: com especialidade a nova lei logo no exordio diz: «Que se propõe arrancar de uma vez pelas raizes tudo o que póde ser occasião de fraudes, e dar justos motivos de queixas assim aos exequentes, como

aos executados. Ella, no § 4, commina insanavel nullidade das arrematações executadas em outra fórma: os §§ 6 e 7 são formaes preceitos prohibitivos; o § 13 commina expressa nullidade: desde o § 19 tudo é fórma e maneira prescripta no fim do § 18; finalmente o § 45 manda observar em tudo a fórma d'ella, sem embargo de quaesquer leis, regimentos, alvarás, disposições, praticas ou estylos em contrario. O subsequente alvará de 23 de agosto do mesmo anno diz no proêmio, que pela antecedente lei tinha dado *nova fórma* aos leilões, execuções, arrematações e preferencias entre crédores, em beneficio commum d'elles e dos seus devedores. Emfim, o regimento da fazenda, C. 176, *¶ E não se guardando*, commina nullidade insanavel, quando se não observar *ad unguem* a fórma ahi prescripta para as execuções e arrematações. E ponderado tudo isto, longe de nós (outra vez o digo) as laxas e reprovadas doutrinas citadas no § 407; e desembrasado d'ellas, vou dispor por ordem as legaes e attendidas nullidades.

PRIMEIRA NULLIDADE

Não preceder sentença, ou via executiva,
que no caso fosse competente

§ 409

O juizo não pôde principiar pela execução; esta é a regra geral, L. 1, Cod., de *Execut. rei jud.*, Stryk., Vol. 7, Disp. 17, C. 3, § 2, Guerreir., Tr. 4, L. 5, C. 6, n. 2; ou pois ha de principiar por sentença passada em julgado, extrahida do processo e solemnizada com todos os requisitos que expuz no C. 1, ou por via executiva competente por privilegio e por direito, estrictamente nos casos que expuz no meu *Tratado da via executiva*, que está no prélo. Se se procede sem sentença assim solemnizada é evidente a nullidade, ex Ordin., L. 3, T. 86, in

pr.; se se procede por via executiva em caso em que ella não competia, tambem é nulla a execução, Conciol., For., All. 39, n. 20, Posth., *de Manutent.*, Obs. 12, n. 77, e *de Subhast.*, Insp. 64, n. 2; e é insanavel esta nullidade, como se vê julgado em Guerreir., For., Q. 61, n. 21.

SEGUNDA NULLIDADE

Defeito de primeira e legitima citação do condemnado para a execução

§ 410

É (ainda depois de sentença) a execução um juizo novo, em que se requer nova citação do condemnado, na forma e com as declarações que ponderei no C. 5 desde o § 88. Não ha nullidade mais legal que a da falta da primeira e necessaria citação, ex Orden., L. 3, T. 75; não faltarão porém DD. a dizer, que a arrematação ou adjudicação se não retrata por falta de citação, senão quando o executado juntamente allegue o prejuizo que lhe resultou de se proceder sem sua citação, e o prove: assim com Pereir., Dec. 34, e Gam., Dec. 237, 277 e 324, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 14, n. 37: porém, que doutrinas mais reprovaveis? Quem não vê o exposto em geral a § 407? Quem não vê o mesmo Mor., L. 6, C. 1, n. 22, indicando os prejuizos do condemnado, consequentes necessarios da falta d'esta citação? Se fosse citado não tinha vinte e quatro horas para pagar ou nomear bens? O mesmo Mor., L. 6, C. 9, n. 27, lh'o concede. Não tinha elle a eleição de nomear á penhora os bens que lhe parecessem? A Orden., L. 3, T. 86, § 7, lh'a facultava e o mesmo Mor., C. 12, n. 9, 18 e 19, lh'a amplifica: e privar-se o devedor, não citado, d'estas faculdades, não é nada? Que outra prova do seu prejuizo é necessaria? E não é substancial esta nullidade?

TERCEIRA NULLIDADE

**Defeito de citação da mulher do executado,
penhorando-se bens de raiz**

§ 411

Que ella n'este caso deva ser citada é bem expresso na Orden., L. 3, T. 87, §§ 27 e 28, e L. 2, T. 53, § 1, Mor., L. 6, C. 1, n. 37, e C. 13, n. 20. Eu vejo Pereir., Decis. 76, n. 4 e 5, abandonando esta nullidade quando a mulher, que a oppõe, não allega nem verifica um damno provavel, que lhe resultou de não ser citada, e que evitaria se o fosse: eu vejo Pereir. seguido n'esta parte por Mor., L. 6, C. 14, n. 38, e pelos senadores no caso julgado apud Peg., Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 53, § 1, a n. 2 (reluctando um d'elles, ut n. 5) e no outro caso julgado apud Peg., 5, For., C. 103, a n. 237, 241, 257 e 261, e finalmente por Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 27, a n. 45; porém estas opiniões e arestos têm a justa censura dos Estat. da Universid., L. 2, T. 6, C. 8, §§ 11 e 12.

§ 412

Não repito o exposto em geral (§§ 407 e 408); só sim perguntaria eu a esses senadores, se porventura é valida a venda feita sem consentimento da mulher, e se a Orden., L. 4, T. 48, exige da mulher, quando reivindica o predio, a prova do seu consentimento; eu lhe perguntaria, se a mulher meeira nos bens não tem co-igual dominio e interesse n'elles? O mesmo Mor., no L. 6, C. 1, sub n. 37, tinha dito: «Quod in hoc lædi potest uxor, cum si citetur, possit mobilia, in quibus executio fiet, ostendere».

§ 413

Melhor e mais conforme ás nossas leis discorreu o senador apud Peg., Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 53, § 1, n. 4, contra o citado Pereira, não julgando nua tal nullidade; melhor discorreram outros senadores na nota tran-

scripta no Repertor. debaixo da conclusão: *Marido pôde revogar*, etc.; melhor se discorreu no accordão e tenções, transcriptos em Peg., Tom. 7, For., C. 239, n. 20 e 21; melhor declamou o senador apud Peg., Tom. 5, For., C. 103, n. 245, contra essa opinião de Pereira: dizer Pereira, que esta venda é *necessaria*, em que não se precisa da intervenção da mulher; é rasão frívola, attentas as doutrinas de Posth., *de Subhast.*, Insp. 44, a n. 1, e Silv., á Orden., L. 3, T. 93, § 3, n. 36; dizer que a Orden., L. 3, T. 86, § 27, não tem decreto irritante, é outro erro (§§ 407 e 408); dizerem que a mulher, se fosse citada, não promoveria melhor que o marido os communs interesses, é atacar descaradamente a Orden., L. 3, T. 47, e T. 63, § 1, e T. 87, § 1, junta á Orden., L. 3, T. 75: quantas mulheres são mais activas e sensatas do que os maridos? Note-se bem a Orden., L. 3, T. 42, § 4.

Nota: Reconhecem os DD. que a citação n'este caso feita ao marido não se presume communicada á mulher, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 27 a n. 47, Mor., L. 6, C. 1, sub n. 37: como se poderá pois supprir, só porque o marido foi citado? A praxe tem inventado, para sanar esta nullidade, um remedio, qual é: citar a mulher, depois de feita a arrematação, para allegar contra ella o que se lhe offerecer. Repertor. debaixo da conclusão: *Mulher deve ser requerida*, etc., Mend., P. 1, L. 3, C. 19, sub n. 36, Senator apud Peg., Tom. 5, For., C. 103, n. 249 e 250: a esta praxe pôde dar-se um *transeat*, e pôde ter fundamento no simile da Orden., L. 3, T. 63, § 3. Se a mulher nada oppõe contra a arrematação, entra a regra: *Nulliter factum non venit revocandum si de novo venit faciendum*, ex Silv., ad Ordin., L. 3, T. 75, in pr. n. 29: se porém esta cautela se omitte em tempo habil, e a arrematação se passa a consummar, é infallivel a nullidade.

QUARTA NULLIDADE

Incompetencia do juiz

§ 414

Se o juiz da execução era totalmente incompetente e improrogavel, segundo as distincções do C. 2, será nul-

la a execução. Tenho visto annullados no juizo da corôa não só os processos principaes, mas as execuções pelos juizos ecclesiasticos, quando estes são incompetentes para conhecer entre leigos d'alguma especie de causas; regra geral: a jurisdição, sendo conferida em regimento, não se póde prorogar alem das causas n'elle expressas: Decreto de 15 de junho de 1758.

QUINTA NULLIDADE

Defeito de liquidação aonde ella é necessaria

§ 415

Se nos casos demonstrados no C. 4, em que é necessaria a liquidação, se procede sem ella, é nulla a execução (§ 65), e mesmo a arrematação, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 2, n. 18, juntas as doutrinas de Posth., *de Subkast.*, Insp. 26, a n. 1; nullidade da arrematação que é insanavel como se vê julgado em Peg., Tom. 7, For., C. 239, sub n. 134, pag. 290, Col. 2; e isto, aindaque a execução e arrematação procedessem por divida em parte liquida, e em parte illiquida, como tencionaram os senadores apud eundem Peg., n. 138 e 153 (adde Fabr., *in Cod.*, L. 8, T. 17, Def. 20): ahi se vê disputado, se a liquidação superveniente convalidava a arrematação nulla? Houve variedade de votos; e se venceu pela parte negativa, pela qual, alem dos DD, ahi citados, estão com muitos, Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 2, Q. 15, a n. 4 e 6, *maxime* havendo no nosso reino a Orden., L. 3, T. 86, § 1, nas palavras *de que já foi feita a liquidação*, etc., e § 2, em que se requer liquidação precedente ao progresso da execução: pois havendo entre nós esta lei, não basta a superveniente para convalidar a nulla arrematação, ex Hontalb., supra, n. 1; e fica entre nós abandonavel a opinião contraria de Fabr., *in Cod.*, L. 8, T. 17, Def. 6, 7 e 21, Posth., *de Subkast.*, Insp. 26, a n. 34.

Nota: A opinião que convalida a execução com a liquidação superveniente, só pôde ter alguma plausibilidade, tratando-se da execução por pensões certas, cujos preços se possam liquidar no progresso da execução (mas antes da arrematação), Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 1, Q. 15, n. 32, Fabr. supra, Def. 6, n. 6, in Alleg., et Def. 7, n. 4, in Alleg.; mas ainda n'este caso parece que repugna a Orden., L. 3, T. 86. * *E sendo a condemnação*, etc.: pôde ter pelo menos o effeito de não ser o condemnado ouvido com tal nullidade sem deposito da divida, ex Fabr., Def. 20, Posth. n. 40, e regra de qua Peg. 1, For., C. 7, pag. 514, Col. 2, in fin.; mas porque, como diz o mesmo Fabr.: «*Vox enim est, ut certum possit dici debitum, quanliu liquidum non est*». L. ult. Cod. de Compensat.; como poderá denegar-se sem deposito a allegação d'esta nullidade, quando antes da liquidação está incerta a divida, e incerto o quanto se ha de depositar? Quando não está liquidada a quantia, que se ha de depositar, cessa a obrigação de deposito, Posth., *de Subhast.*, Dec. 68, a n. 13, Sabell., § Depositum, n. 10, in fin, Antonell., *de Loc. Legal.*, L. 2, C. 21, a n. 44, Altim., *de Nullit.*, Tom. 7, Q. 47, n. 531, e se satisfaz com caução, ex eisdem DD., maiormente, quando o arrematante ou crédor adjudicatario se propõe sustentar a validade; porque n'esse caso, durante esta disputa, não tem o devedor obrigação de fazer o tal deposito, Peg. 1, For., C. 6, pag. 515. Por isto, e vacillando no solido d'essa opinião contraria, veio o mesmo Fabr. no fim da Def. 21 a assentar que: «*Tutius tamen fuerit, et consultius aestimari ante omnia id, quod debetur, et in pecuniam numeratam converti, ut subhastationem non tantum pro debito et certo prætio, sed etiam pro liquido factam fulsse appareat.*»

SEXTA NULLIDADE

Se se procedeu na execução da sentença contra pessoa não habilitada, ou contra a qual era inenquível a mesma sentença

§ 416

As juridicas distincções que se expozeram no C. 2, aplanam os caminhos para se entrar na arguição d'esta nullidade, ou para se fugir d'ella.

SETIMA NULLIDADE

Imperícia dos avaliadores

§ 417

Se os peritos o não eram relativamente ás cousas que faziam os objectos das suas avaliações, ou se o eram, mas n'ellas extravagancearam em injustiças, não se regulando pelas normas que ficam prescriptas no Cap. XI; se offereceram aos executados um justo fundamento para seus embargos, pois a providencia das leis contra os louvados não privou de outros remedios aos executados contra os arbitramentos iníquos (§§ 349 e 350).

OITAVA NULLIDADE

Defeito de formalidade no edital

§ 418

Se os editaes não são passados na formalidade e ordem prescriptas no § 4 da L. de 20 de julho de 1774, bem analysado no § 359, o mesmo § 4 commina pena de insanavel nullidade das execuções e arrematações.

NONA NULLIDADE

Defeitos nos pregões e dias do estylo, e interrupção entre elles e a arrematação

§ 419

O exposto nos §§ 360 até 364, se se não observasse, fornecerá fundamento para a arguição d'esta nullidade: só aqui accrescento, 1.º, que só depois de completos os

pregões da lei e do estylo, em outro dia seguinte, e não no dia do ultimo pregão (como tenho visto), é que se deve proceder na arrematação, como se deduz da Orden., L. 3, T. 86, § 17, nas palavras *passado o tempo dos pregões, os bens . . . se arrematam*, etc.; e mais claramente da nossa L. de 20 de junho, § 16, ibi, *findos os dias da lei e do estylo*, etc., e § 18. Acrescento (2.º) que supposto Gam., Dec. 60, seguido por Mor., L. 6, C. 13, sub n. 16, * *Unde*, e n. 32, in fin., diga, que não é essencialmente preciso, que logo no dia seguinte depois do ultimo dos pregões se proceda na arrematação, porque a Orden. assim o não requiere expressamente, comtudo a Orden. mesma, L. 3, T. 86, parece que faz preciso, que logo ao ultimo dia dos pregões se siga immediatamente a arrematação, como se deprehe de do § 26, ibi: *acabados os oito dias arrematarão os moveis, e depois dos vinte os de raiz*. E § 27, ibi, *passado o tempo dos pregões os bens se arrematarão*, denotando assim uma continuação dos actos dos pregões e da arrematação sem interrupção.

§ 420

O exposto (§ 419) deve passar mais sem duvida reflectida a nova lei de 20 de junho; pois que outra coisa é o edital passado com a formalidade do § 4, senão uma continua trombeta, que annuncia ao povo o que se ha de vender em hasta, e quando feita na sua fôrma a computação dos tempos? Que fins se propõe senão convocar lançadores n'esses dias de pregões e no da arrematação depois do ultimo? Que fins geraes são os d'esta lei, senão como ella diz no Proemio «arrancar de uma vez pelas raizes tudo o que póde ser occasião da fraude e dar justos motivos de queixas, assim aos exequentes, como aos executados?» Ora, se passado o dia ultimo dos pregões, se interpolasse o da arrematação, e ficasse arbitrario ao juiz e escrivão proceder a ella em qualquer dia que quizessem, que porta mais franca para *fraudes*, para

queixas, e ainda mesmo dos pretendentes lançadores? Uns ignorariam o dia da arrematação, outros seriam forçados a estar sempre esperando esse dia no logar costumeado, outros a inquirir incessantemente do escrivão e juiz esse dia. E quantas vezes prevaleceria a empreza de se fazer, em particular obsequio de um lançador, a arrematação em dia tal que não concorressem outros? Frustrados ficariam os editaes, frustrados os fins d'elles, frustrados os da lei toda, as *fraudes* se praticariam, se a arrematação se não fizesse no dia immediato ao ultimo dos pregões? Ah! e quantas arrematações taes assim clanculas tenho eu visto para supplantar o executado, o exequente e os lançadores, que pretendiam lançar e dar lanços superiores!

§ 421

A mesma lei, quantô mais se reflexiona, mais confirma esta intelligencia; porque o § 16 e o § 18 mandam, que findos os dias da lei e do estylo, havendo lança que cubra o legal, mande logo arrematar, e não o havendo manda ao escrivão, que passe *logo* a certidão na fórmula do mesmo § 18; o regimento dos contos (posterior á Orden., L. 2, T. 52, § 10), no C. 79, dispoz, que dando-se espaço aos devedores da real fazenda (ou por pessoas particulares, diz a Orden.), sem embargo do tal espaço andem os penhores em pregão *até de todo acabarem os pregões*, e findo o tempo do espaço, se arrematem logo *em tres dias*.

DECIMA NULLIDADE

Necessidade de citação ao executado antes de findos os pregões para dar lançador

§ 422

Manda a mesma lei de 20 de junho no § 18 *que estando proximos a findar os dias dos pregões e não haven-*

do quem lance o preço das avaliações (vide supra § 370) ou outro maior, o ministro que presidir faça notificar o devedor a quem pertencem os bens, para que, *nos dias que restam*, dê a elles lançador querendo, etc.). Esta lei, que, como temos visto, tem por fim o beneficio dos crédores e devedores, occorrer a fraudes, etc., ella faz indispensavel esta solemne citação, porque omittida ella, poderia ter o devedor rasão de queixa, dizendo, que se fosse citado apromptaria lançador, que desse o total preço da avaliação e não experimentava a diminuição da quinta ou quarta parte, e o crédor não experimentaria a coacção de tomar os bens em pagamento, querendo aliás dinbeiro: e não é substancial esta solemnidade? A sua omissão não póde ella ser prejudicial ao devedor e crédor? Será nua a nullidade se esta lei se não observar na sua fórmula? O direito admittia o devedor dar lançador, Gam., Dec. 178, n. 1; a lei não o quiz privar d'esta faculdade, e por isso exigiu se citasse para esse fim. Vide infra § 446.

Nota: A vista d'esta lei cessa hoje a Orden., L. 3, T. 87, § 27, que depois da primeira citação para a penhora não fazia precisa outra do devedor *para dizer se tinha embargos á arrematação*, e cessam os DD., com os quaes Mor., L. 6, C. 13, n. 20, e Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 27, n. 1 até 4; fica porém a duvida: se esta citação para dar lançador basta para o executado ficar privado do remedio da lesão, ainda que com elle se não pratique a fórmula da outra citação, que para este fim exige a Orden., L. 4, T. 13, § 7: eu julgo que uma e outra lei têm fins diversos depois de diversas formas de citações. A citação na fórmula do § 18 deve ser *antes de findos os pregões, estando proximos a findar-se, e para dar lançador nos dias que restam*: os fins são os que conjecturei no § 422; a Orden., L. 4, T. 13, § 7, não *antes de findos os pregões*, mas depois d'elles *ao tempo que a arrematação se houver de fazer*; e quando só haja lançador em preço modico, permite se cite o devedor para em oito dias pagar a divida; e não a pagando lhe commina a pena de ficar privado do remedio da lesão enorme (não do da enormissima, Silv., ad Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 4, n. 79): uma e outra lei são compatíveis para os seus diversos fins; e depois do dito § 27 não fica cessando a outra Orden., L. 4, T. 13, § 7,

se se praticar na sua fôrma; se praticado este § 7, fica o devedor privado de remir pela equidade? Vide § 452.

UNDECIMA NULLIDADE

Falta de presidencia do ministro ao leilão ou arrematação

§ 423

Tempo houve em que Moraes, de *Execut.*, L. 6, C. 13, n. 22, julgava não ser precisamente necessaria a pessoal assistencia do juiz no acto da arrematação; d'aqui era consequente dar commissão. Contra o uso de taes commissões declamou altamente Guerreir., Tr. 3, L. 7, C. 17, n. 19 e 21; porém hoje a nova legislação ouviu os clamores de Guerreiro. A nossa lei de 20 de junho, declarada pelo Alv. de 22 de fevereiro de 1779, na côrte manda que o presidente resida em pessoa aos leilões e arrematações. No seu impedimento lhe dá substituto de igual graduação. O Alv. de 25 de agosto de 1774, distribue as presidencias por semanas aos que hão de presidir aos leilões na cidade do Porto; e quanto ás mais cidades e villas do reino manda o § 32 do dito Alv. de 25 de agosto, ut ibi: «Ordeno, que depositados e avaliados immediatamente os bens, o juiz da execução . . . mande metter em pregão os ditos bens, *presidindo elle pessoalmente na praça, pena de nullidade dos leilões e arrematações feitas sem a sua pessoal assistencia*».

Nas provincias não deu substitutos, porque previu que em falta de corregedor, serve o seu ouvidor, o provedor, ou juiz de fôra mais vizinho, em falta de juizes de fôra os vereadores mais velhos, substitutos legaes: não podem pois hoje dar-se taes commissões sem pena de nullidade das arrematações.

DUODECIMA NULLIDADE

Não serem as arrematações feitas nos logares costumados

§ 424

Que os pregões devem ser lançados, os leilões e arrematações feitos nas praças, logares publicos e costuma-

dos, é expresso na Orden., L. 1, T. 62, § 45, L. 3, T. 86, § 26, L. 4, T. 6, § 2, T. 13, §. 7, Regim da fazenda, C. 174, Alv. de 6 de dezembro de 1603, menos, 1.º, que se trate da arrematação de bens para pagamento dos crédores nas heranças enquanto estão indivisas, porque o decreto de 15 de julho de 1757 as manda fazer nas casas dos defuntos e não no deposito publico; menos, 2.º, quando os bens são de tão pouco valor, que não haverá quem faça as despesas do caminho para se irem arrematar á presença do ministro, porque n'este caso se podem fazer as arrematações nas proprias terras em que estão os bens, carta regia de 19 de janeiro de 1759. Se pois (á excepção d'estes casos) se praticar o contrario, são nullas as arrematações; bem como é nullo tudo quanto se processa e julga em audiencia feita em hora ou lugar insolitos, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 19, in pr., n. 20, Peg., Tom. 5, ad Ordin., L. 1, T. 65, § 4, n. 2, porque se transgridem as Orden., L. 1, T. 66, § 2, e T. 58, § 28, que mandam fazer as audiencias em horas e nos logares costumados. Todo o acto feito em lugar ou por modo insolito, tem o character de doloso, Altim., Tom. 3, Q. 11, n. 122 e 142, e Q. 12, a n. 187.

DECIMA TERCEIRA NULLIDADE

Falta do pagamento da siza

§ 425

Tudo quanto sobre esta nullidade haviam opinado e distinguido os nossos reinicolas recopilou Lim., no Comentar. ao Regim. dos Encabeçament. C. 20, desde o n. 26, até o 29, n'esta fórma: «Limita 2.º in venditione facta sob hasta publica: quia addictio non est nulla, si certitudo gabellæ solutæ a Tabellione non inseratur in additionis Cartam, Mor., *de Execut.*, L. 2, C. 21, n. 55, e L. 6, C. 14, n. 20, Valasc., All. 28, n. 68, Pereir., De-

cis. 76, n. 9, Silv. Pereir., in Not Repertor. nov. Ordin., Tom. 1, pag. 87, Let. (P.). e Tom. 2, pag. 344, Let. (D.) licet contrarium teneat, Mend., in Prax., P. 2, L. 3, C. 21, n. 198, Fragos., *de Regim. Reip.*, P. 1, L. 3, Disp. 8, § 4, n. 55, Barbos., ad Ordin., L. 1, T. 78, § 14, n. 61 e 62: Vel dic, quod Instrumentum additionis est nullum ex defectu certificationis de gabella soluta; tamen ipsa subhastatio non erit nulla, ut distinguit Mend., in Prax., P. 1, L. 3, C. 21, n. 83. Verum tamen ipsa additio nulla est, si ex ea non solvatur gabella, dd. A. ad Reinos., Obs. 21, Barbos. ad Ordin., L. 1, T. 78, § 14, n. 46, Fragos., supra, n. 55, * *Probabilius*. Vid. Cunh. Franç. Addit ad Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 513.

DECIMA QUARTA NULLIDADE

**Se foram admittidos lançadores e arrematantes
as pessoas que o não podiam ser**

§ 426

Já eu mostrei no § 368 as pessoas que devem ser repellidas de lançar nos bens, que se hão de arrematar. Se pois forem admittidas e se lhe arrematarem os bens são nullas as arrematações pelas leis que referem os DD. ahi citados, a que me remetto.

DECIMA QUINTA NULLIDADE

**Arrematar-se um predio de duplicado ou triplicado
valor da divida**

§ 427

Do exposto e distincto no Cap. XII, desde o § 351 até 358, se póde deduzir em que casos intervem ou não esta nullidade.

Nota 1.^a Todas estas nullidades são intrinsicamente e provadas pelo processo da execução sem outra indagação. Ellas pois, sendo oppostas, suspendem a extracção da carta e o transitio d'ella pela chancellaria; ou a entrega á parte aonde não ha chancellaria (V. § 406), ex Arouc., All. 13, n. 8, Silv., ad Orden., L. 3, T. 87, in pr., n. 25, Mor., L. 6, C. 9, n. 10.

Connumeram os DD., com os quaes Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 13, a n. 34, Posth., *de Subhast.*, Inspect. 50, Altim., *ad Rovit.*, L. 2, Obs. 40, n. 25, entre as nullidades das arrematações, o fazerem-se por divida, que se não devia ou por mais do que se devia; e fazem varias ampliações e limitações *pro e contra* esta nullidade. Porém se o devedor embargou no principio a execução, e recebendo-se-lhe os embargos sem suspensão d'ella se procedeu a arrematação, e a final venceu em todo ou em parte, lá está a providencia da Orden., L. 3, T. 86, §, a annullar em todo ou em parte a interina arrematação e a fazer restituir ao executado os seus bens (Vid. C. 1x); se não embargou a execução em tempo competente com o fundamento de não dever o todo ou parte d'esta divida, os embargos agora e tarde oppostos em tal conjectura, trazem consigo o caracter de dolosos e repulsaveis, Hontalb., *de Jur. Superven.*, Q. 13, n. 79, Menoch., *de Præsumpt.*, L. 2, Præs. 91, n. 8, Cap. Nullus dubitat. axiom. de Præsumpt.; só sim se lhe sobrevem alguma quitação da divida, que antes se havia perdido, e só appareceu n'essa conjunctura; se concorrerem os requisitos de quib., Silv., ad Ordin., L. 3, T. 87, in pr. a n. Hontalb., *de Jur. Superv.*, Tom. 1, Q. 12, a n. 56. (Vid. as *Segundas linhas sobre o processo civil*, Not. 471, a n. 9, e 574, n. 3); ainda n'este caso duvido, que com essa quitação possa embargar a extracção da carta, e só lhe restará a acção ordinaria para fazer rescindir a sentença condemnatoria e a consequente execução d'ella: e assim praticamente cessa quanto largamente escreveram os citados Moraes, Posth. e Altimar.

Nota 2.^a Se quem argue nulla a arrematação deve logo fazer deposito? Peg. 1, For., C. 7, pag. 514, diz com outros que sim; porém, pag. 523, limita quando as nullidades são notorias: sejam ou não sejam, eu sigo a distincção do mesmo Peg., a pag. 515, juntas as doutrinas de Arouc., All. 34, n. 28, e de Mor., L. 6, C. 14, sub n. 16, Repertor. das Orden., Tom. 1, pag. 46. (Ediç. Vicentina) Let. L.; se o adversario logo confessa a nullidade, sim, se a quer disputar, é ocioso o deposito, emquanto a final se não julgar a nullidade ou validade.

Outros embargos que n'esta conjunctura costumam oppor
os executados

§ 428

É muito frequente opporem lesão na avaliação (remedio de que não ficam privados, §§ 349 e 350), na supposição de que a lesão tambem se póde oppor por excepção, ex Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 4, n. 76 e 77, Mor., *de Exec.*, L. 2, C. 21, a n. 16; porém n'este caso e n'esta conjunctura os DD. não admittem tal disputa da lesão e a remetttem para a via ordinaria, Mor., L. 6, C. 14, sub n. 17, Peg., 1, For., C. 5, pag. 398, Col. 1, * *Attamen*, França, ad Mend., Ar. 68, n. 3; pratica justa, já porque a presumpção juridica está da parte dos avaliadores sobre a justiça das suas avaliações, Peg., Tom. 7, ad Ordin., L. 3, T. 87, § 5, n. 7, e só em uma acção ordinaria se póde bem convencer essa avaliação, já attenta a lei, que manda proceder na execução com essa avaliação (ficando as partes providenciadas contra ella com outros remedios, ut a § 349), já porque a excepção de lesão, como dependente de alta indagação, não póde impedir a execução da arrematação, ut signanter Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 46, Art. 3, a n. 237 e 278, já porque estes embargos não entram na classe d'aquelles, que passados os seis dias permite a Orden., L. 3, T. 87, no fim do principio. V. § 406.

§ 429

Tambem costumam embargar-se as arrematações com o fundamento de que n'ellas interveiu dolo; fraude ou colloio. Quanto aos que se commetttem nas arrematações das rendas reaes, estão bem especificados, precavidos e punidos nos regimentos da fazenda, C. 162, no dos encabecamentos, C. 11, no Alv. de 30 de outubro de 1649, transcripto em Peg., Tom. 9, á Orden., L. 2, T. 26, § 33, n. 81, e na Coll. 1, á Orden., L. 2, T. 63, n. 1, e na

Coll. 2 da mesma Orden. E quanto ás arrematações particulares, a nossa Orden., L. 4, T. 13, § 7, só as auctorisando sendo feitas *sem alguma arte ou engano*, e no contrario as annulla: a nossa lei de 20 de junho no exordio quiz *arrancar de uma vez pelas raizes tudo o que pôde ser occasião de fraude*, e com effeito deu saudaveis providencias; porém nunca as leis podem acautelar todas as fraudes, L. 28, L. ult. de usur. rei jud., L. ult. Cod. Mandat.

Nota: Essas mesmas fraudes e colloios, que a respeito das arrematações da real fazenda especificam os citados regimentos, alvarás e decretos, se poderão praticar nas arrematações particulares, ou corromperem-se os louvados para que avaliem em preços infimos (o que podem machinar os exequentes com as vistas nas futuras adjudicações), ou supremos (o que podem machinar os executados); ou colloiareem-se os lançadores, de que nenhum lance mais que o necessario para se applicar o alvará de 22 de fevereiro de 1779; ou colloio entre o exequente e lançadores, que se propõem attingir ou exceder o preço da avaliação, em ordem a não lançarem, e se adjudicarem então ao exequente com esses rebates, etc.

§ 430

Ora o nosso Mor., L. 6, C. 14, a n. 25, com o direito romano fez varias distincções entre o dolo *causante* e o *incidente*, entre os contratos *de boa fé e districto direito*, etc.; porém todas essas subtilizas estão reprovadas pelo uso das nações, Stryk., Vol. 12, Disp. 2, C. 1, a n. 25, Boehm., ad Jus, ff. L. 44, T. 7, n. 19, et de Action., Sect. 2, C. 11, a § 37, Noodt. in Tract., *de Form. emendand. dol. mal.*, C. 3, Thomás., in *Not. de Us. mod. ad Pand.*, L. 4, T. 3, etc. Em consequencia abandonaveis hoje por frivolas essas distincções de Moraes, devemos, para este caso e para a applicação da Orden., L. 4, T. 13, § 7, e da nova lei, arbitrar o dolo e o colloio, quando por algum modo legitimo se verificam os casos que especificam os ditos regimentos, alvarás e decretos (§ 429), e que acima adverti (Not. ao § 429).

Nota: Os colloios precavidos n'esta legislação consistem em

não lançar um e receber algumas luvas, para ficar a outro lançador por menos, em que lhe darão sociedade e partilha nas arrematações ou algum dinheiro; em promessas semelhantes por si ou interposta pessoa, ou qualquer outro modo que conclua haver colloio, etc.

§ 431

Havendo tal dolo ou colloio no crédor adjudicatario ou arrematante, não é necessario que a lesão resultante ao executado seja enorme; mas quando assim concorre dolo, basta que seja modica, Mor., supra, n. 29, e L. 2, C. 11, n. 19, Boehm., ad Jus, ff. L. 4, T. 3, n. 7, * *Ob læsionem*: a duvida pois só consiste se dependendo de alta indagação esta especie de embargos, elles façam suspender a extracção ou execução da carta, na certeza de que a favor da arrematação assiste toda a presumpção juridica de que n'ella não interveiu dolo ou fraude, Phæb., Dec. 201, n. 18, Peg., 5, For., C. 98, n. 54, e C. 103, n. 267, e só uma acção ordinaria pôde convencer esta presumpção; porém em contrario está a regra. *Quæ de novo emergunt de novo indigent auxilio*, Mor., L. 6, C. 9, n. 10, *et in rebus novis novum est remedium suggerendum*, Barbos. et Tab., L. 5, C. 14, Ax. 1; uma arrematação em que ha fraude e colloio é feita contra as ordenações e leis (§ 429), e quando assim, parece que entra limitação da Orden., L. 3, T. 87, no fim do principio (§ 406). Tu cogita, et meliora sequere.

CAPITULO XV

Sustenta-se a equidade da praxe que admitte aos executados resgatarem os bens adjudicados ou arrematados, fazendo deposito integral antes de immittidos nas posses dos bens os arrematantes ou adjudicatarios.

Prenações geraes

§ 432

Eu não fallo aqui da remissão que pretenda o devedor da real fazenda, quando depois da arrematação, se

com elle se praticou o determinado no Regim. dos contos, C. 77, isto é, se depois da arrematação foi notificado para remir dentro de oito dias, que lhe serão assignados para a remissão, e não remindo (diz o mesmo Cap.) ficará a arrematação solemne sem poder vir contra ella em parte ou em todo, nem a poder rescindir por lesão enorme, ou por outra via que seja, e postoque no correr dos pregões haja alguma interpolação, não se poderão as partes ajudar d'ella; hem que aqui, feita essa citação, só fica excluida a arguição da lesão e da nullidade, mas não privado o devedor da faculdade de remir em dois mezes, que lhe concede o Regim. da fazenda, C. 177, § E quando. Fallo sim das execuções e adjudicações entre particulares.

§ 433

A Orden., L. 3, T. 86, § 1, emquanto manda que o condemnado não fique por via alguma na posse dos penhores e que seja desapossado d'elles, não priva ao executado nem do dominio, nem da posse civil, só em nome d'elle a detém os depositarios, de tal fórma, que se algum terceiro commette d'elles espolio, competem ao penhorado os remedios possessorios, Silv., á mesma Orden., n. 32, Schettin., de Jur. Offerend., P. 1, C. 1, Sect. 3, ex n. 28, Salgad., in Labyr., P. 1, C. 14, a n. 71, Portug., de Donat., L. 3, C. 38, a n. 65.

Nota: Entre nós não ha penhor *pretorio*, qual era a immissão na posse pelo crédor por decreto do pretor, quando o réu era contumaz, sem preceder sentença: nem ha penhor *judicial*, qual era, quando precedendo sentença, era o crédor por segundo decreto immittido na posse dos bens em concorrente quantidade da sua divida (penhores em que havia as varias differenças, de quibus, Merlin., de Pignor., L. 1, T. 3, Q. 17, et seqq.); porque taes posses pelo 1.º e 2.º decreto estão reprovadas geralmente na Orden., L. 3, T. 15; e assim a nossa penhora vem a ser uma penhora judicial, em que, equiparado o depositario a simples detentor (§ 432); os effeitos da penhora se reduzem a estes: 1.º, constituir-se

hypotheca judicial nos bens penhorados (bem que hoje as preferencias já se não regulam pela prioridade da penhora, como direi no Cap. fin.); 2.º, ficarem inalienaveis pelo devedor os bens, e ficarem affectos ao vicio, até o ponto de que alienando-os interinamente e arrematando-se depois, ser exequível a carta contra qualquer possuidor, aindaque clérigo, Portug., *de Donat.*, L. 3, C. 38, a n. 50 ad 69, Silv., *supra*, n. 33, *Posth.*, *de Subhast.*, Insp. 18, a n. 187, *Reperitor.* da Orden., debaixo da conclusão *penhora feita em bens de raiz*, etc.

§ 434

O executado pois conserva sempre o seu dominio, e a posse civil enquanto d'aquelle e d'esta não é juridica e perfeitamente privado (§ 433); e já aqui entra em duvida, se a arrematação ou adjudicação por si sós sem subsequente e effectiva posse do arrematante ou adjudicatario privam o devedor penhorado d'aquelle seu dominio e posse civil? Quanto á arrematação, que nem por ella, nem ainda por uma sentença do juiz, se transfere ao arrematante o dominio, enquanto se não subsegue a effectiva posse, o deduzem os DD. da L. A Divo Pio § *Si post addictum*, ff. *de Rejud.*, Sous. de Maced., Dec. 27, Portug., *de Donat.*, L. 1, C. 3, n. 16, Peg., 1, For., C. 5, n. 56, e Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 52, § 8, n. 10, aonde refere julgado, e que a arrematação só fica perfeita e consummada depois de effectuada pela posse; outros muitos defensores d'esta opinião refere Silv., á Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 1, n. 7, e com bellas rasões a segue Mor., L. 6, C. 13, n. 91, e C. 14, n. 97, ampliando com Cald., que nem pela tradição do ramo pelo porteiro ao lançador se transfere o dominio; os argumentos de Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 1, Sect. 3, a n. 28, com que sustenta esta opinião, são superiores a toda a contestação; n'este fundamento mesmo o tem a admissão dos embargos de terceiro, antes da immissão na posse, Peg., 1, For., C. 5, n. 35, e C. 7, pag. 578, Mor., L. 6, C. 9, n. 96, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 17, n. 63.

Nota: Pelo contrario o mesmo Silv., á Orden., L. 4, T. 4, in rubr., Art. 1, n. 8, se esforçou a mostrar, que pela tradição do ramo, como acto symbolico da tradição da cousa subhastada, se transfere o dominio; já porque (diz elle) o juiz possui em nome do devedor, já porque pela penhora ficou o devedor privado da posse, já *ut circuitus évitetur*; porém aqui se allucinou miseravelmente Silv.: porque, 1.º, elle havia dito (§ 433), que a penhora não privava o devedor do dominio e posse. 2.º Se o juiz figura a pessoa do vendedor (o que aqui não é regra), uma arrematação equiparada a venda feita pelo devedor (por mais que o juiz figure a pessoa d'elle) não é mais forçosa e privilegiada que uma venda voluntaria; ora sem tradição não ha translação de dominio, L. 20, Cod., *de Pact.*, L. 12, Cod., *de Probat.*, L. 31, ff. *de adquir. rer. dom.*, direito romano adoptado na Orden., L. 4, T. 7; logo opposta a estas leis a doutrina de Silva. 3.º Se com a arrematação estivesse transferido o dominio e posse, já não poderiam admittir-se embargos de terceiro. Mas o contrario é certo pelo mesmo Silva e outros (§ 434); logo contraditorio em si mesmo. Omitto outras respostas satisfazendo-me com remissão a Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 1, Sec. 3, a n. 23.

§ 435

E quanto ao effeito da adjudicação ao crédor, parece que esta tem mais alguma efficacia que a arrematação, porque a lei a denomina *adjudicação*, e manda que o juiz a faça. Ora, lá diz o § 7, Inst., *de Off. Jud.* «Quod autem in istis judiciis *adjudicatum fuerit*, id statim *ejus fit, cui adjudicatum est*». Concorda a L. *Ad Officium Cod. Commun. divid.* Pelo que diz Barb. e Tab., L. 1, C. 54, Ax. 1, que: «*Adjudicatio rei subhastatæ plenissimum transfert dominium*». Conf. Sabell., § *Ollatio*, n. 6 et Resol. 21, a n. 36; mas, que adjudicações taes feitas pelo juiz não transferem a posse, sustenta, alem de Schettin., supra, Guerreir., Tr. 2, L. 8, C. 1, a n. 2, em contrario; que por estas adjudicações se não transfere o dominio sem se subsequir a posse, o sustenta com muitos DD. o cit. Schettin., * *Idem quod adjudicatio*. Optime Amat. Var. Res. 95, n. 15 e 16, et *ad rem de qua agimus*, Merlin., *de Pignor.*, L. 4, C. 43, n. 13.

Nota: Esta segunda opinião é a mais solida, não só pelos identicos fundamentos (§ 434), mas porque, como diz Posth., *de Subhast.*, Insp. 42, a n. 24: «Pertinet proprie *ad iudicationis verbum* ad iudicia divisoria: Unde verba *assignavit*, et *adjudicavit* intelliguntur in divisione ad effectum separandi partem a parte, Mang., *de Subhast.*, Q. 166, n. 3, fitque uni soli *adjudicatio*, quando res commodè dividi non potest in consequentiam necessariæ divisionis.... Et in his *proprie* locum habet *adjudicatio*, quæ habent causam mixtam; id est *in communibus iudiciis*, etc.». E o mais certo é, que semelhantes adjudicações são propriamente umas *dações em pagamento*, que o juiz faz ao crédor dos bens penhorados judicialmente ao devedor, e em satisfação da divida; differindo só da *dação em pagamento* voluntaria que faz o devedor a seu crédor, em que esta *operatur veritatem et adjudicatio per fictionem*, Posth., a n. 29; ora a venda e dação em pagamento fraternisam Silv., ad Orden., L. 3, T. 12, a n. 19; logo se na venda e dação voluntaria se não transfere o dominio e posse sem tradição, também não na *dação*, que *per ficção* e em nome do devedor faz o juiz ao crédor, ainda que use do improprio nome de *adjudicação*.

§ 436

D'estas prenoções (a § 433) é consequente que o devedor executado conserva o dominio e posse dos seus bens penhorados, ainda mesmo depois da adjudicação ou arrematação, emquanto o crédor e adjudicatario ou o arrematante não apprehendem real e effectivamente a posse dos bens adjudicados ou arrematados, e é consequente poder resgata-los, como já passo a demonstrar.

ARTIGO I

Equidade canonisada n'este reino e que permite ao devedor resgatar os seus bens, ainda depois de arrematados ou adjudicados, antes que o arrematante ou adjudicatario tomem posse.

§ 437

Em Peg., Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 52, § 8, a n. 10, vemos desde o anno de 1670 muitos e successivos arres-

tos, em que aos devedores executados se permittiu este resgate de seus bens, fazendo deposito antes de dada a posse aos arrematantes. O senador Guerreiro, que escreveu no principio do seculo XVIII, diz no seu Tr. 4, L. 6, C. 5, n. 45: «*Sæpissime me Conjudice in senatu ita fuit judicatum*»; Silva, que escreveu pelos annos de 1738, diz no Tom. 4, á Orden., L. 4, T. 13, § 7, n. 35, no fim. *Et ego multoties vidi judicatum*; em 1739, se vê tambem julgado em França ad Mend., Art. 68, n. 4; e se me accredita, eu sempre vi observada esta praxe.

Nota: Temos um constante e provado estylo, que não é opposto á lei contraria expressa, que approva e não reprova a lei de 18 de agosto de 1769, § 14, racionavel, como logo veremos (art. 2. 3 e 4); e podemos dizer com a lei 23, ff. de Legib. «*Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt*»; e com a lei 38 ff. eod. Tit.: «*In ambiguitatibus, quæ ex Legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*»

ARTIGO II

Legislações e costumes das nações que assim a permittem aos devedores executados, ainda depois das posses dos arrematantes.

§ 438

Em Veneza se espaçam ao executado cinco annos para remirem os bens arrematados ou adjudicados a seus crédores; na Saxonia se lhe concede um anno, na Bohemia oito semanas, na Saboia seis mezes, Stryk., Us. mod., L. 18, T. 1, § 36; por estatutos de Roma e das cidades de Peruzio, Camarini, Pizaura e Ancona, se lhe facultam seis mezes, Posth., *de Subhast.*, Insp. 17, a n. 149; no reino de Valencia tambem por um de seus fóros dois annos, Leon., *in Decis. Regn. Valent.*, Dec. 67, Olea, *de Cess. jur.*, T. 3, C. 2, n. 46; o moderno Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 49, concede um anno, na Hespanha por

costume, que ahi tem força de lei, nove dias. No reino da Sicilia quatro mezes, Add. ad Bolan., in *Cess. Philip.*, P. 2, § 22, n. 14, Amat. Var. Resol. 95; no estado de Senna concede o seu estatuto um anno. Luc., *de Cred.*, Disc. 142; o mesmo em Milão, Luc., n. 18.

Nota: Em falta de lei patria expressa, se não tivéssemos o nacional estylo de julgar (Art. 1), estas legislações e costumes das nações civilisadas nos deveriam ser subsidiarias, lei de 18 de agosto de 1769, Estat. da Univ., L. 2, T. 5, C. 2, § 15, e muito mais unindo-se a sua, ainda maior, equidade com a mais estreita do nosso foro.

ARTIGO III

Costume de julgar nos tribunaes illuminados da Europa

§ 439

Eis-aqui o que, escrevendo ex professo, attestam Posth., *de Subhast.*, Insp. 17, a n. 164, ut ibi:

«In iudicibus supremis quocumque tempore, hoc est, *etiam lapso tempore ex statuto, et consuetudine concesso ad redimendum*, seu retrahendum res immobiles, audiunt debitorem, et jubent, ut creditor post solutionem sui crediti, id est sortis principalis, expensarum, ut usurarum, etiam decursarum tempore, quo creditor possedit, illi factam a debitore, restituat omnia bona distracta cum fructibus, Felician., *de Censib.* . . . ubi *de stylo e praxi frequentissima* illarum partium. . . In summis Pretoriis non fit ructuum restitutio, quia ex restitutione ex gratia non veniunt fructus, quamvis hæc praxis, et rescisio inducta sit, ut fiat auctoritate Supremorum Judicum, magis ex gratia, et *æquitate*, quam ex justitia; attamen ea invaluit non solum apud Tribunalia Suprema, sed etiam apud inferiora.»

E tambem Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 2, Sect. 2, n. 74, aonde attesta tambem ser esta a praxe de muitos e

supremos tribunaes, fundada na summa equidade, referindo muitos DD. confira-se Fabr., in *Cod.*, L. 8, T. 20, Def. 4.

Nota: A tanto não avança a equidade do nosso fóro, como as legislações das mais nações e as decisões dos tribunaes da Europa; porque n'este reino só se permite o resgate dos bens enquanto o arrematante ou adjudicatario não tomam posse d'elles: ainda a nossa equidade é mais escassa que a das outras nações.

ARTIGO IV

Demonstra-se a equidade da nossa equidade

§ 440

Os bens arrematados ou adjudicados se conservam no dominio e posse do executado, affectos só á *hypotheca judicial*, enquanto o arrematante ou adjudicatario não toma posse (§§ 433 e seguintes); e que cousa mais favoravel a um devedor, como remir o seu penhor quanto conserva o seu dominio e posse? *Pignoris luendi jus favorabile existimatur, proindeque adjuvandum*. Fabr., in *Cod.*, L. 8, T. 20, Def. 1, n. 7, apposite Card. de Luc., de *Emption.*, Disc. 2, n. 4, 5 e 6, *omnino videndus*; os bens penhorados ordinariamente se avaliam em preços infimos e se arrematam com lesão ou com diminuição do justo valor, Post., de *Subhast.*, Insp. 49, a n. 1; se se adjudicam é com rebate da quinta parte. Ora, se o crédor adjudicatario se oppõe ao resgate, é porque sente um grande lucro e interesse na adjudicação, porque aliás teria por melhor receber o seu capital, interesses e custas, Constantin., Decis. 61, n. 7. Eis-aqui pois o devedor tratando de *damno vitando* e o crédor de *lucro captando*; e qual deverá ser mais attendido? Ouçamos as LL. e DD. com os quaes Barb. e Tab., L. 4, C. 1, Ax. 12, ibi: «De damno certantes potiores sunt lucrum captantibus: Estque satius aliquem non lucrari, quam alium damno affici: Nec audiendus, qui, quod aliorum fuit, cum horum detrimento, acquirere, et lucrari

vult. Non reperitur maior æquitas, quam quod res restitua-
tur domino suo.» Id. Barb., L. 1, C. 70, Ax. 12.

Nota: Que mais poderia obter o crédor adjudicatario se não a sua divida e custas se outro terceiro arrematasse? Insistindo elle na adjudicação com o rebate, que tem elle em vista senão um vantajoso lucro em prejuizo do devedor, que quer indemnisa-lo de tudo? A lei só lhe dá esse rebate pela *coacção* de comprar, e como involuntario em pagamento da sua divida: e se o devedor lh'a offerece e as custas, como offereceria e depositaria outro arrematante, já cessa a causa por que se lhe mandou rebater a quinta parte; já não fica com os bens *involuntario*, mas passa a *voluntario*; já não pôde captar lucro pela coacção; porque não restitue pelo menos ao devedor esse avance? A lei é a mais favoravel aos devedores, declarando o alvará de 22 de fevereiro de 1779 que não é justo, que *seja maior o damno dos devedores que a utilidade dos crédores*, determinandó por isso, que: «Quando não haja quem lance o justo preço da avaliação, mas que este exceda ao por que na lei se manda adjudicar os bens aos crédores, se possa proceder na arrematação dos mesmos bens.» O mesmo digo do arrematante que arrematou, não pelo preço da avaliação, mas por um quasi nada mais do por que se adjudicaria ao crédor: emfim, seria puerilidade ou vaidade querer hoje arrancar pelas raizes uma equidade, cujas razões têm profundado tantos senadores do nosso reino (artigo 1), tantos legisladores das nações (artigo 2), tantos tribunaes (artigo 3): «In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda est». L. 90, ff. de Reg. Jur.: *Equidade é sempre do animo e intenção do príncipe*; axioma que de muitas leis patrias succou Nogueir., Coelh. Let. E, n. 24; o maior elogio que teve o jurisconsulto Sulpicio, por Cicer., in *Philip*. 9, sub fin., foi o ter sempre cultivado a equidade na interpretação das leis romanas, etc.

ARTIGO V

Objecções que se poderão idear contra esta equidade

§ 441

Primeira objecção: O juiz no acto da arrematação ou adjudicação figura como vendedor em nome do executa-

do, reputando-se o facto do juiz, como facto do devedor; e aindaque este pareça involuntario, a execução pela contracção da divida teve causa e origem voluntaria, e consequentemente tudo o mais. Por isto na arrematação e adjudicação se contrahe uma como compra e venda ou dação em pagamento entre o juiz, que figura a pessoa do executado, e o arrematante ou adjudicatario, ex L. 1, Cod., *Si in caus. judicat.*, L. Si ob causam Cod., *de Evict.*, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 15, sub n. 14, Mor., L. 6, C. 13, n. 68, no fim, Posth., *de Subhast.*, Insp. 44; ora, na venda voluntaria depois do ajuste na cousa e preço, e mesmo antes da tradição não pôde jamais haver arrendimento, Orden., L. 4, T. 2, *Ergo similiter*, etc. Assim argumentam alguns DD. apud Schettin., *de Jur. Offend.*, P. 1, C. 1, Sect. 2, a n. 7, ad 22.

§ 442

Resposta: Figurar o juiz a pessoa do devedor é só por ficção, Mangil., *de Subhast.*, Q. 200, n. 15, ibi: Factum Judicis rem adjudicantis, qui *facte* debitoris personam repræsentat, etc., Posth., *de Subhast.*, Insp. 44, n. 38; ora não pôde dar-se ficção, que não seja da lei ou auctorisada por lei, Rub., *de Confus. jur.*, C. 2, a n. 4; tal ficção não faz nem induz alguma nossa lei patria, nem ainda essa L. 1, Cod., *Si in caus. jud.*, porque o que ella prova, ex-Gothofred. ibidem, é sómente: *Ut consensu partium, ita auctoritate judicis pignus vendi potest*. Nem a dita L. *Si ob causam*, porque ahi o juiz na venda do penhor só obra como juiz isento da evicção; seriam aqui duas simultaneas ficções; uma figurar o juiz a pessoa do devedor; outra transferir o dominio e posse que não tem, nem intenciona transferir, *quod absurdum*, Schettin., *supra.*, n. 26 e 27.

§ 443

Por outra parte: Para haver venda é necessario um formal e positivo consentimento direito á venda mesma.

As primarias intenções do devedor, quando contrahe a divida, não são vender seus bens, *taes* ou *taes*, antes tem as esperanças vistas em remir essa divida, quando lhe for possível; como póde pois aqui argumentar-se com a Orden., L. 4, T. 2, que suppõe um consentimento formal e presente para a venda? Ainda depois da penhora ficam os bens com a posse civil no seu dominio; d'este o não privou a arrematação, emquanto se não subsegue a posse real (ut a § 433); até aqui não tem intencionado vender; a esperança de remir o penhor não está perdida: logo rime um penhor que ainda é seu, etc. Este é o bello discurso do senador Guerreir., no Tr. 4, L. 6, C. 5, a n. 46, que me não dispenso transcrever, ut ibi:

«*Licet sit perfecta venditio; non est ante possessionem addictum pignus, neque translatum dominium, neque ante traditionem peractam dicitur alienatio. Ideo nihil mirum, quod ante translatum dominium per traditionem, et possessionem, possit dominus pignus redimere, solvendo creditori, seu emptori, cum pignoris venditio potius a Iudice dicatur facta, quam a debitore, potius a creditoribus, quam a debitore; quod secus est in venditione voluntaria, ubi ipse vendit, et ob id post perfectam venditionem a domino factam, ei non licet pœnitere, etiam ante traditionem; at vero in necessaria pœnitere licet, quia pignus vendere, et tradere creditor non cogitur, nisi non solvat, etc.*»

§ 444

O Cardeal de Luc., no Tract., *de Emption.*, Disc. 2, a n. 4 e 7, e no Tract., *de Usur.*, Disc. 24, n. 10, fundado nas mesmas e outras mais razões e com varios DD. avança a demonstrar, que por isso mesmo que antes da posse conferida ao arrematante ou adjudicatario conserva o executado o seu dominio, póde vender livremente n'essa conjunctura a coisa subhastada, como senhor d'ella, comtantoque pague a divida; confira-se Mangil., *de Subhastat.*, Q. 190, tot; logo não póde aqui fazer-se argumento com as regras da compra e venda *voluntaria*: confi-

ram-se Fontanell., Decis. 278, Gam., Dec. 178, e melhor Posth., *de Subhastat.*, Inspect. 44, a n. 26, e quem se não satisfizer ainda com esta resposta, vá ler Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 2, Sect. 3, a n. 23, e tenha a filauia de lhe responder.

§ 445

Segunda objecção: A lei de 20 de junho de 1774, que prescreveu nas execuções as tantas solemnidades e mais que a Orden., L. 3, T. 86; esta lei, que no § 18 manda que estando proximos á findar-se os pregões, se cite o executado para dar lançador, e que não o dando, ou se arrematem ou se adjudiquem os bens; esta lei, digo, parece que depois d'esta especial solemnidade não deixou mais logar a tal equidade.

§ 446

Respostas: Tambem o direito romano permittia ao executado dar lançador (faculdade de que esta lei o não quiz privar, aindaque desusada, mandando por isso, que se citasse para o dar, e não ter rasão de queixa da privação d'esta liberdade), Gam., Dec. 178, n. 1; tambem nas nações se pratica a mesma citação para dar lançador antes da hasta publica, Posth., *de Subhast.*, Insp. 23, a n. 119, Sabell., § Subhastatio, n. 7, Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 15; e comtudo, ainda praticada esta solemnidade, lá nas nações e tribunaes da Europa tem o devedor o favor da equidade de resgatar os seus bens (Art. 3 e 4); e será crível que o identico legislador que o foi d'esta lei, da de 18 de agosto de 1769, e dos estatutos da universidade, e que nos casos omissos nas leis patrias, auctorisou como subsidiarias as das nações civilisadas, as abonasse n'este ponto, não o decidindo expressamente?

§ 447

Antes d'esta lei e desde os annos de 1670 já estava canonisada na praxe esta equidade (§ 437); não a repro-

vou nem aboliu, e ficou o caso omisso, e não ha de continuar a pratica da mesma equidade? Ella sempre foi do animo e intenção dos principes (§ 440, na nota), e aonde falta a lei expressa, ella em todo o caso entra com o seu imperio, Stryk, Vol. 9, Disp. 23, C. 1, § 10. A força e efficacia das arrematações antes d'esta nova lei e segundo as antigas ordenações, não era menor, e se a interpretação usual (pérmittida nos estatutos da universidade) assim havia interpretado as antigas ordenações, que davam a mesma efficacia e effeitos ás arrematações; se a nova lei não reprovou tal equidade, que rasão de differença haverá para que depois d'ella não continue? E muito mais quando os devedores se vêem especialmente favorecidos no Alv. de 22 de fevereiro de 1779 e no Alv. de 6 de julho de 1807, § 4: confira-se Ridolfin., *in Prax.*, P. 1, C. 15, n. 76.

§ 448

Terceira objecção: O regimento da fazenda, C. 177, permittindo aos executados esta remissão dentro em *dois mezes*, quando em falta do lançador se adjudicam para os *proprios* de el-rei, declara que este favor não procede quando foram arrematados a alguma pessoa, que os em pregão comprasse, em tal caso (diz o Regim., dito C.) queremos, que esse que os assi em pregão comprou, não seja obrigado aos restituir, nem tornar aquelles cujos os ditos bens foram. Esta objecção parece urgente; porém é facil a sua resposta, e inapplicação aos mais casos das execuções por dividas de pessoas particulares.

§ 449

Poisque a lei de 20 de junho de 1774 só assentou sobre as execuções entre pessoas particulares; assim o mostra o seu contexto e o declarou o § 30, no fim: para communicar a estas um dos privilegios das execuções feitas por dividas da real fazenda, foi precisa uma expressão tal, como a que vemos no § 5 da mesma lei; ora os

privilegios fiscaes são inampliaveis, maximè quando se pôde idear diversa rasão, Berlich., P. 4, Concl. 23, n. 7, Barb. e Tab., L. 6, C. 315, Ax. 1, * *Limitationis*. E que diversa rasão mais obvia a quem tiver alguma lição da jurisprudencia? Teve o legislador d'este regimento em em vista a L. Bene Zenone, 3. Cod. de Quadrienn. præscript.; esta lei para animar os concorrentes á hasta publica, quando se trata de arrematações fiscaes, lhe promette uma firme segurança contra toda e qualquer molestia sobre os bens que arrematarem; e que muito o nosso antigo legislador n'aquelle regimento, adoptando aquella lei e na fórmula d'ella (permittindo aliás dois mezes para a remissão quando se adjudicam os bens aos proprios) assegurasse os compradores por esse modo, para que os executados, nem ainda nos dois mezes, podessem remir os bens arrematados? Tal é a outra providencia, que a favor dos terceiros arrematantes deu o regimento dos contos, C. 77; não pôde pois, e por estas diversas rasões, fazer-se aqui argumento com o dito regimento da fazenda, C. 177.

Nota: Será crível que ignorassem este regimento tantos senadores, quantos votaram nos arestos referidos (§ 437) e que canonisaram esta equidade? E se elles a concediam aos executados por dividas particulares, eis-aqui uma (e bem fundada) interpretação *usual* do dito C. 177, para não comprehender os devedores que o não sejam da real fazenda e por ella executados; interpretação juridica (§ 437, Not.) e admittida pelos Estat. da Univers., L. 2, T. 6, C. 6, §§ 10 e 11.

ARTIGO VI

Quando na execução e arrematação ou adjudicação intervieram nullidades legais, é mais sem duvida que se deve admittir ao executado o resgate do seus bens; o que, e quanto deve elle depositar.

§ 450

Esta proposição é indubitavel e largamente demonstrada por Posth., *de Subhast.*, Insp. 17, a n. 119, e por

Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 1, Sect 2, n. 48, 59 e 60, Sabell., Resol. 21, n. 38; e ainda mesmo sem intervir nullidade, a restituição do menor tem aqui attenção, Schettin, supra, n. 59 e 60, sed vide Mor., *de Execut.*, L. 6, C. 14, a n. 19. Se pois o executado, antes da posse tomada pelo arrematante ou adjudicatario, fizer requerimento para deposito e n'esse requerimento cumular alguma das nullidades legaes e intrinsecas connumeradas no capitulo precedente, junto aos autos o seu requerimento e constando d'elles a arguida nullidade, será a maior injustiça não lhe admittir a pretendida remissão.

§ 451

Deve offerecer e depositar o capital da divida, os juros vencidos (se ella os produz), as custas contadas, a siza (se está paga •), as custas da carta, assignaturas, etc., em termos que o arrematante ou adjudicatario fique inteiramente indemnizado, Posth., *de Subhast.*, Insp. 17, a n. 179, Schettin., *de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 1, Sect. 2, a n. 88.

• Esta siza, que assim se paga pelo arrematante ou adjudicatario, e que o devedor lhe deve tambem restituir, não se póde repetir do cabeção das sizas, Lim., *de Gabell.*, pag. 147, n. 25.

§ 452

É assás duvidoso, se assignando-se ao executado depois da arrematação para remir os oito dias da Orden., L. 4, T. 13, § 7, não só fica privado do remedio da lesão (que é o mais), mas da faculdade de remir (que é o menos) antes da posse? Parece que fica tambem privado de remir, no sentimento de Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 14, a n. 2, e das notas no Repertor. debaixo da conclusão *Dias para remir a posse, etc.* Tu cogita.

CAPITULO XVI

Outros remedios que ainda podem competir ao executado, que nem embargou a arrematação nem depositou, contra a posse que tomou o arrematante ou crédor adjudicatario.

§ 453

O arrematante ou adjudicatario deve fazer citar ao executado para com assistencia judicial tomar posse dos bens arrematados ou adjudicados, Schettin., *de Jur. Offer.*, P. 1, C. 1, Sect. 3, n. 31, in fin. e n. 32, in fin.; mas ou o cite ou não cite, o certo é, que o executado, que nem embargou a arrematação nem fez deposito antes da posse, ainda fica assistido de direito nos seguintes casos.

§ 454

Primeiro: Se a arrematação ou adjudicação que padecceu o executado em seus bens, foi manifestamente nulla por alguma ou muitas nullidades das que ficam referidas no cap. xiv; elle não se dando por espoliado póde oppor artigos de manutenção na sua posse até que se proceda *juris ordine servato* (e para *a fortiori* poder remir a divida), e dando-se por espoliado da sua posse, póde oppor artigos de espolio para ser restituído a ella, fundando-se em um ou outro remedio nas mesmas nullidades, como largamente demonstraram Posth., *de Subhast.*, Insp. 58, tot., et *de Manutent.*, Obs. 12, a n. 38 (que devem ser vistos, e não menos Stryk. Vol. 7, Disp. 47, Ç. 3, §§ 5 e 6); as rasões genuinas d'esta conclusão se podem ver nos citados DD. como Bagn., Posth. Tract., Decis. 50, e Dec. 59; adverte porém ao proposito o Card. de Luc., *de Judic.*, Disc. 40, n. 88, ut ibi:

•Postquam, vero deliberationis vel adjudicationis actus jam est consummatus, atque effectum sortitus, adeo ut

bona de facto *abdicata sint a debitore*; qui erat eorum possessor, et translata in deliberatarium, vel adjudicatarium; prior autem possessor prætendat actus nullitatem, vel rescissionem ob non bene servatam formam, sive rationes lésionis, aut ex capite restitutionis in integrum, etc. Et tunc quæstiones cadere solent super ordine judicii, seu competentia actionis; an scilicet cum ordinario remedio in judicio rescissorio procedendum sit; vel potius competere valeat etiam summarium, ac extraordinarium remedium possessorium, reintegrandæ, vel retinendæ. Id autem pendet a qualitate nullitatis, vel injustitiæ; an scilicet sit clara, et notoria, vel potius turbida, et altioris indaginis, dum primo casu extraordinarium, ac summarium remedium competit; in altero autem secus; sed procedendum est in judicio ordinario.

Esta mesma distincção faz e largamente comprova o citado Posth., *de Subhast.*, Insp. 58, a n. 97, exigindo uma prova clara das nullidades e injustiças pela inspecção de todo o processo, e não por partes truncadas d'elle, e excluindo o espolio se o executado por algum facto positivo consentiu na posse, como entregando as chaves, se aceitou o resto do preço da coisa adjudicada, que ficou em deposito, etc. Vide o meu *Tratado dos interdictos e remissões possessorias*, § 218.

§ 455

Segundo: Se o executado insistindo na posse é citado para despejo da coisa arrematada ou adjudicada, ou se é citado para entregar os titulos do dominio da coisa arrematada ou adjudicada, tambem n'estes casos póde fazer deposito e embargar o requerimento com as nullidades da carta em que elle se funda, como se vê julgado, e em Peg. 3, For., C. 25, a n. 94; poisque a nullidade n'este caso tambem se póde oppor por excepção contra a execução da carta de arrematação ou adjudicação, Peg., Tom. 7, For., C. 239, n. 1 e 2, Carlev., *de Judic.*, Tit. 3, Disp. 16, a n. 8.

§ 456

Terceiro: Se o arrematante ou adjudicatario pretende apossar-se dos fructos pendentes ao tempo da arrematação ou adjudicação, poderá o executado obstar-lhe, conforme a opinião que defendi, e distincções que fiz em uma especial dissertação que é a decima na collecção das minhas (que estão no prélo) em supplemento do *Tratado das acções summarias*, a que me remetto.

§ 457

Quarto: Pela opinião de Mor., de *Exec.*, L. 6, C. 14, n. 18, se o crédor adjudicatario depois da adjudicação recebeu do devedor o preço ou parte d'elle, é visto resilir d'ella (e se não tomou ainda posse, é consequente poder o devedor obstar-lhe a posse com esse fundamento); porém a opinião de Mor. é errada, e não se prova com os textos em que a apoia.

§ 458

Poisque, 1.º, essa L. 2, Cod. de *Jur. dom. impetr.* só era praticavel nos romanos, quando se tratava do penhor convencional, e quando antes da impetração do dominio pelo crédor ao principe precediam essas formulas e requisitos, que bem se expõem na lei *vetustissimum*, ult. Cod. eodem. Tit. bem explicados por Brunneman. e Perez ibidem; e portanto essa L. 2, e todo esse Tit. nunca jamais é praticavel nas nações, ex Cald., de *Empt.*, C. 11, n. 24, Brunneman. na dita L. fin. a n. 11, Groenneweg., de *Legib. abrogat.* ad Cod., eod. Tit., Fabr., in Cod., L. 8, Tit. 22, Perez, in Cod., ad eund. T. 34, n. 8, nos quaes se podem ver as rasões da universal abrogação de todo aquelle Tit; 2.º, essa lei romana se applica por Moraes ao penhor judicial adjudicado pelo juiz ao crédor com toda a impropriedade; o peor é, 3.º, que a solemne arrematação, este actó judicial equiparado a escriptura publica, só por outra se póde distratar, Orden., L. 3, T. 59, §§ 3

e 11, e não por simples recebimento de parte da divida, que Moraes julga sufficiente para ficar retratada a adjudicação judicial; emfim, 4.º, o erro sobe ao cume, advertindo-se, que depois de effectuada sem pacto de remir - a adjudicação e paga por isso a primeira siza, não pôde validamente distratar-se sem se pagar segunda siza, ex *Lim., de Gabell.*, pag. 77, e pag. 44, n. 65 e 66.

• Que possa celebrar-se arrematação com o pacto de remir, e que não seja este pacto tão exposto á disputa de usura, se pôde ver em *Gam.*, Dec. 178.

§ 459

Só sim pôde salvar-se, e ser aqui applicavel essa doutrina de Moraes, se o crédor adjudicatario, antes de entrar na posse, receber do devedor parte da divida; porque assim como o devedor pôde remir depositando (Cap. xv), tambem o crédor pôde aceitar voluntario, e pela recepção de parte se prejudica como que se recebesse o todo, e é visto renunciar a adjudicação ex *Gallerat., de Renuntiat.*, L. 5, C. 6, n. 8, e se a siza não estava paga, podia ceder-se como inconsummada, etc.; mas se isto se chegar a disputar, dependerá de provisão para se provar este distrate pela prova do direito commum.

§ 460

Quinto: Se o crédor demanda o devedor e não o fiador, se lhe faz penhora nos bens hypothecados para pagamento da divida, e o fiador os arremata em hasta publica, é um caso especial em que o devedor a todo o tempo pôde depositar e remir para recuperar esses bens que o fiador lhe arrematou, e isto pelas rasões que se podem ver em *Arias, de Mez.*, L. 1, C. 10, *Voet., ad Pand.*, L. 20, T. 5, n. 9 (aindaque diz que supposto este direito romano se pratica na Trezia, não assim na Hollanda), *Cancer.* 3, Var., C. 5, a n. 5, *Schettin., de Jur. Offerend.*, P. 1, C. 1, Sect. 3, a n. 33, *Mor.*, L. 6, C. 14, n. 33, *Gracian., For.*, C. 459,

Carlev., *de Judic.*, T. 3, Disp. 24, n. 10, quos vide. Nunca vi este caso praticado no uso do fóro.

Nota: Se o executado nem ainda usa d'estes ultimos remedios, sempre lhe ficam salvas as acções de nullidade da arrematação, acções que têm duração até trinta annos, Antonell., *de Temp. Legat.*, L. 2, C. 94; a da lesão enorme, que tem duração até quinze annos, se com elle se não praticou a Orden., L. 4, T. 13, § 7, e o Regim. dos contos, C. 77 (quanto ás execuções fiscaes), se esta lesão enorme se pôde cumular com a nullidade variam os DD., Boehm., *de Cummul. Act.*, Sect. 3, § 6, diz que sim, e pela negativa refere julgado Peg., Tom. 5, For., C. 103, n. 219; fica-lhe salva a enormissima, aindaque se pratique a dita Orden., ex Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 4, n. 79, acção em uma opinião imprescriptivel, ex Guerreir., Tr. 1, L. 1, n. 16, 41 e 42, Peg., 1, For., C. 7, pag. 539 e 543, e Tom. 3, For., C. 28, n. 584; em outra prescriptivel por trinta annos, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 4, n. 78, Peg., 3, For., C. 28, n. 816, et Tom. 7, ad Ordin., L. 1, T. 87, § 4, sub n. 104: se a arrematação se julga nulla ou enormissimamente lesiva, se vencem rendimentos da indevida occupação compensados em concorrente quantidade com os juros legaes, e o excesso se imputa no preço, Guerreir., For., Q. 9, a n. 33, Posth., *de Subhast.*, Insp. 55, Peg., 7, For., C. 239, n. 9, e Tom. 7, á Orden., pag. 68, Col. 2, Rein., Obs. 14, n. 16, e Obs. 58, Mor., L. 6, C. 14, a n. 15.

CAPITULO XVII.

Efeitos da arrematação solemne e valida; execução da carta extrahida do processo, provas da arrematação ou adjudicação no presente e futuro.

ARTIGO I

Efeitos da arrematação solemne e valida

Prenção

§ 461

Antes de escripto e assignado o auto da arrematação está ella defeituosa da ultima solemnidade, porque aqui

a escriptura se requer *pro substantia*, e não sómente para prova do acto, Mor., *de Exec.*, L. 6, C. 14; n. 18, Cald., *de Empt.*, C. 19, n. 15, Repertor. das Orden., debaixo da conclusão: *Lançador que der maior preço*, etc. E consequentemente antes de assim solemnizado o acto infere o citado Moraes que: *Reducimur ad statum, quo res erat additionem; unde libere admittitur superveniens licitator, qui meliorem faciat auctionem, cum simul admittatur, dum alteri addictio facta non est. . . Item poterit executatus rem, pretio emptori oblato, recuperare. . . Et posterior creditor semper jure suo offerendi audietur. . . Et denique quicumque alius debitoris creditor, qui de jure prælationem intendat, potest, additione quasi non facta, se opponere, et de sua prælatione docere, etc.*

PRIMEIRO EFEITO

**Adquirir direito irrevogavel ao lançador,
mas debaixo de algumas declarações e restricções**

§ 462

Escripto e assignado pelo juiz, porteiro e arrematante o acto da arrematação, tendo sido valido e solemne o antecedente processo da execução, adquire o lançador de maior lanço direito irrevogavel, que não lhe póde ser removido; esta é a regra fundada na Orden., L. 3, T. 86, § 27, e com os mais DD. o Repertor. debaixo da conclusão: *Lançador que der maior preço*, etc.; sem que hoje á vista da moderna legislação possam entrar em pratica essas declarações, que expõe Repertor. desde o *Limitatur tamen* 1.º até á limitação 4.ª; porque estão judiciosamente prevenidas, occorridas e providenciadas nos §§ 6 e 16 da L. de 20 de junho.

§ 463

Ampliam communmente esta regra, que nem os favores do fisco, nem da republica, nem do menor são forço-

pos para se abrir e remover o lance ao arrematante depois de solemnizado o acto da arrematação, comtantoque n'ella não interviesse dolo, fraude ou machinação • em prejuizo do fisco, da republica, do menor, Lim., *de Gabell. ad Reg. Incap.*, C. 11, a n. 223, Repertor., sub verb. *Lançador que der maior lance*, etc., citando Maced., Mor., Peg., Valasc. e outros; adde Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 27, a n. 15; jurisprudencia que adoptou, e assim geralmente o Cod. de Sardenha L. 3, T. 32, § 52, e L. 5 T. 13, § 10.

• Se a sua prova se póde aqui admittir, veja-se § 431.

§ 464

Porém esta geral regra se limita: 1.º, nos contratos reaes depois de arrematados, Cart. Reg. de 28 de dezembro de 1686, Repertorio das LL. Extravag., Tom. 1, n. 1123, na Nót. (Vide o meu *Tratado do processo executivo por privil.*, a §); limita-se, 2.º, nas arrematações das rendas publicas que se desfazem, ainda depois de effectuadas, havendo lance da terça parte mais a favor d'ellas, Art. 2 de 27 de abril de 1799, Repertorio das LL., n. 1123; limita-se, 3.º, se ha mais crédores, e para todos não bastaria o preço da arrematação; porque n'esse caso em beneficio d'elles se deve abrir o lance, havendo quem notavelmente o augmente, ou seja qualquer terceiro, ou seja algum crédor. Assim com Salgad., Barbos., Posth., Geurb., e o addicionador de Phæbo, Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 27, n. 23; limita-se, 4.º, que pela mesma razão que havendo mais crédores e quem queira subhastar, se rescinde a adjudicação feita a algum d'elles com o rebato da lei, para por esse excesso do valor dos bens se satisfazerem os mais crédores, que aliás podem offerecer ao adjudicatario o preço em que os bens foram adjudicados, Mangil., *de Subhast.*, Q. 161, in fin., Posth., *de Subhast.*, Insp. 51, n. 14, e in addit. n. 4.

SEGUNDO EFEITO

Adquirir-se ao arrematante ou adjudicatario dominio, que nos bens tinha e executado, verificando-se o mesmo dominio

§ 465

É a arrematação ou adjudicação um dos titulos mais habéis para a translação do dominio, mas subseguindo-se a posse dos bens arrematados ou adjudicados; ut cum reliqua, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 1, a n. 7, ad 10 (Vid. supra a § 433). Porém a arrematação não é forçosa para privar do dominio e posse ao verdadeiro senhor e possuidor, ou o senhor, mas não possuidor, dos bens arrematados, quando na realidade o executado não tinha n'elles dominio ou posse; de fôrma, que se estando possuidos por terceiro ao tempo da arrematação, e o arrematante ou adjudicatario se propõe reivindicá-los do possuidor, não lhe basta esse titulo para fundamento do dominio, sem que juntamente se prove que o devedor executado era na realidade legitimo senhor d'esses bens, Gomez, in L. 45, Taur., n. 65, Noguer., All. 20, n. 12, Bagn., C. 14, n. 15 e 16; e se despoticamente vae entrar na posse, estando occupada por esse terceiro senhor e possuidor, este pôde pela propria auctoridade manter-se ou requerer manutenção judicial, ut signanter Cancr. 2, Var., C. 16, n. 133 e 134: o que assim é certo, aindaque esse terceiro tivesse notícia, que os seus bens andaram em pregão, e se comportasse com indolencia e inacção, deixando de embargar essa execução, certificado de seu direito, e que tal execução lhe não obstava, Cancr. 2, Var., C. 16, a n. 47, o que bem se confirma com as doutrinas de Maced., Déc. 61, a n. 29, e do mesmo Cancr., ex n. 50, e de Schettin., *de Tert. ven. ad Caus.*, P. 2, C. 3, Insp. 2. (Confira-se o § 52 na nota.)

§ 466

E quando pelo contrário o executado sim era possuidor dos bens arrematados ou adjudicados, mas não era d'el-

les verdadeiro senhor, porque o seu dominio pertencia a terceiro; este póde reivindica-los do arrematante ou adjudicatario, porque esse direito sempre lhe fica salvo ainda que se não opponha á execução, Solan., Cog. 50, n. 19; Salgad., in *Labyr. Credit.*, P. 3, C. 10, n. 15, Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 13, n. 89, in fin., Mend., L. 3, C. 21, n. 67, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 6, in pr., n. 26.

TERCEIRO EFFEITO

Ação contra o executado para lhe entregar os títulos de dominio da coisa arrematada ou adjudicada

§ 467

Ou se arrematasse o dominio de algumas cousas, ou se arrematassem e adjudicassem quaesquer direitos e acções competentes ao executado, já vimos no § 386 a acção competente ao arrematante ou adjudicatario contra o executado para lhe fazer entrega dos titulos do seu dominio, direitos e acções; como porém o executado, equiparado a vendedor, sempre fica sujeito á evicção e a defender qualquer causa, que sobre os mesmos bens se mova contra o arrematante (como logo veremos a § 472), dizem os DD., com os quaes Solan., Cog. 35, n. 13, que o executado vendedor só é obrigado facultar uma copia, caucionando apresentar o titulo original, quando assim o exija a necessidade, menos que não seja exonerado da evicção, ou allegue outra justa causa para dever reter o titulo, conf. Leuren., in *Jus Canon.*, Tom. 3, Q. 297, tot., Gusman., de *Evict.*, Q. 4, a n. 57.

QUARTO EFFEITO

Passar para o arrematante a coisa arrematada livre de quaesquer hypothecas que n'ella tivessem outros crédores, á excepção do real fisco

§ 468

Aindaque os bens arrematados estivessem especialmente hypothecados a outros crédores, em cuja satisfação se

não applicasse o producto da arrematação, esta feita em hasta publica a requerimento de outros, extinguiu todos os direitos das hypothecas competentes a quaesquer outros crédores, e d'ellas passam ao arrematante livres os bens assim arrematados, ut latissime França, ad Mend., Ar. 31, tot., Moraes, *de Exec.*, L. 6, C. 12, n. 102, C. 13, n. 89, C. 9, n. 64, Peg., Tom. 5, For., C. 98, a n. 51 e 134, Solan., Cog. 50, n. 19. E assim os crédores hypothecarios só ficam com regresso quanto ao dinheiro, producto dos bens que lhe estavam hypothecados, contra o crédor menos privilegiado que recebeu o seu producto; o mesmo sem differença, quando em falta de lançador se adjudicam ao exequente, Solan., supra, n. 20. Vej. o Cap. fin., §. (Mas não se extinguem as hypothecas que affectam o predio a algum censo annuo, Mor., L. 6, C. 9, n. 90.)

§ 469

Este geral effeito porém se limita quando os devedores immediatos da real fazenda, como thesoureiros, recebedores, almoxarifes, rendeiros, etc., depois de o serem, contrahem dividas, pelas quaes se lhe arrematam em hasta publica pelos crédores alguns bens; pois a hypotheca que n'elles tem a real fazenda, pelo Regim., C. 156 e 196, e pela L. de 22 de dezembro de 1761, T. 2, § 31, e T. 3, §§ 14 e 15; esta hypotheca, digo, se não extingue pela arrematação que por dividas posteriores se façam por quaesquer outros crédores particulares, como refere julgado Solan., Cog. 50, a n. 21. E aindaque, no § 24, diz que isto só procede, quando as particulares execuções se fazem por dividas posteriores aos tempos em que os thesoureiros, almoxarifes, etc. principiaram seus empregos, e não quanto ás anteriores que haviam contrahido, comtudo esta limitação de Solano deve receber declaração com o § 14 do T. 3, da dita lei; e que só procede em dois casos: 1.º, o de terem esses anteriores crédores hypothecas especiaes provadas por escripturas publicas anteriores

aos contratos dos rendeiros da real fazenda, e as posses dos magistrados, ou aos provimentos dos thesoureiros e officiaes obrigados á mesma fazenda; 2.º, o de terem sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os sobre-ditos com pleno conhecimento de causa e não de preceito, ou fundadas em confissões das partes..

Bem entendido que este favor e privilegio da real fazenda se não estende n'este caso ás pessoas que têm privilegio *ad instar*, ex Ordin., L. 2, T. 52, § 9, como declara o mesmo Solan., n. 25, e refere julgado Peg., Tom. 12, á Orden., L. 2, T. 52, § 5, n. 8.

QUINTO EFFETO

Não ser o arrematante ou adjudicatario obrigado conservar o colono a quem o executado havia dado de arrendamento os predios; quid se só se arremataram os redditos

§ 470

O arrematante ou adjudicatario é successor particular por titulo oneroso, como qualquer outro comprador dos bens que o vendedor havia dado de arrendamento, por isso, e por identidade de razão da Orden., L. 4, T. 9, não é obrigado manter o arrendatario pelo tempo da duração do seu arrendamento. Assim Mor., de *Execut.*, L. 6, C. 13, sub n. 76, * *Contrarium vero*, e conduz o Ar. 58, apud Franç. ad Mend. Em contrario com um caso julgado, e alguns DD. está o Repertor., da Orden., debaixo da conclusão: *Venda de coisa de raiz sendo feita ao tempo*, etc., a que addiciono Boehmer., ad Pand., Exercit. 51, C. 3, § 4, e Silv., á Orden., L. 4, T. 9, in pr., n. 98; limitando esta segunda opinião só no caso em que o executado havia arrendado *dolosamente* o predio por annos em fraude da imminente execução, Mor., supra, sub n. 75, Mull., ad Struv., Exerc., 24, Thes. 27, pag. 1712, Col. 1, Voet., ad Pand., L. 19, T. 2, n. 17; o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 46, manda que o adjudicatario conserve o colono por tres annos.

Nota: Na variedade d'estas opiniões a de Moraes é a mais conforme á nossa legislação: 1.º, porque a Orden., L. 4, T. 9, não distingue a compra judicial ou a extrajudicial, como aliás distingue a Orden., L. 4, T. 6, §§ 1 e 2, e T. 13, § 7; a razão é idêntica sem diversidade; 2.º, se equiparâmos o facto do juiz ao do executado, ex Posth., *de Subhast.*, Insp. 44, p. 12 e 13, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 15, a n. 14, o mesmo é transferir o locador vendedor o dominio ao comprador, ou o juiz em nome d'elle ao arrematante, L. Si prædium, Cod., *de Evict.*, L. 1, Cod. Si ex caus. jud., Mor., L. 6, C. 13, sub n. 68; 3.º, essa L. *In venditione*, § 1, ff. *de Bon. auctor. Jud. poss.*, em que se funda a opinião contraria, procedia, segundo o direito romano, quando o crédor pelo primeiro decreto era immittido na posse dos bens do devedor, caso em que não adquiria o dominio d'elles, mas só a sua detenção; entretanto o dominio estava radicado no devedor que deu de arrendamento, e por isso o crédor assim immittido sem dominio não podia expellir o conductor, Barbos., in L. 26, § fin., n. 4 et 5, ff. Solut. matr., Brunne-man., na L. 9, Cod. Locat., sub n. 1. E que paridade tem esse caso com o da effectiva arrematação, que, seguindo-se a posse, adquire o dominio, como qualquer outra compra e venda? Vejo Posth., *de Subhast.*, Insp. 44, a n. 26 e 74, e Pacion., *de Locat.*, C. 61, a n. 263, dizendo que a arrematação e adjudicação, aindaque teve origem voluntaria, veio a conter causa necessaria; e que o arrematante como successor por esta é obrigado conservar o colono, e o mesmo quanto ao adjudicatario; mas era necessario mostrar que esta alienação se connumerava em direito entre as *necessarias*; e quaes são ellas? Aquellas que não tendo origem alguma voluntaria, são determinadas por lei coactiva, e não as que tendo origem voluntaria passam a ser coactivas. Vejam-se Cald., *de Extinct.*, C. 6, a n. 7, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 93, § 3, a n. 36 ad 39; se olhâmos as razões da L. 9, Cod. Locat., fonte da nossa Orden., L. 4, T. 9, expostas por Mull., ad Struv., Exerc. 24, Thes. 27, Stryk., *de Act. For.*, Sect. 1, Membr. 6, § 53, Coccey, *Jus Contr.*, L. 19, T. 2, Q. 22, ellas se realisam no presente caso; longe de nós pois essa 2.ª opinião.

§ 471

Quid vero, se se não arrematou nem adjudicou o perpetuo dominio do predio arrendado pelo devedor, mas só

os futuros redditos d'elle? Resolvo com Mor., L. 6, C. 7, sub n. 6, que como a arrematação de fructos futuros é como um arrendamento d'elles, Pereir., Dec. 18, n. 2, Mend., P. 1, L. 3, C. 21, n. 16, Egid., na L. *Ex hoc jure*, P. 2, C. 12, Differ. 5, n. 23, é consequente, que em concurso de dois arrendamentos prefere o primeiro que havia contratado o penhorado. N'este sentido procedem as doutrinas de Silv., á Orden., L. 4, T. 9, n. 56, Guerreir., Tr. 3, L. 7, C. 10, n. 135, Cancer. 1, Var., C. 14, n. 32; emquanto dizem que o comprador dos fructos futuros de algum predio, que anda arrendado, é obrigado conservar o colono, porque este comprador não succede no pleno dominio da coisa arrendada (translação do dominio que suppõe a Orden., L. 4, T. 9), e porque este comprador de fructos futuros incertos é em certo modo segundo arrendatario, Pacion., *de Locat.*, C. 61, n. 135, conduzem os artigos das sizas, C. 1, §§ 3, 4 e 5, aonde a compra dos fructos futuros e incertos se capitula arrendamento; se só se arrematam ou adjudicam as pensões sabidas, que pagam os colonos, nenhuma duvida ha, que só tem direito de as exigir.

Nota 1.^a Advertem Mor., L. 6, C. 7, n. 8, e Franç., ad Mend., Ar. 58, que se o arrendatario tiver anticipadamente pagas as pensões de alguns annos ao locador, não póde o arrematante exigí-las do arrendatario, a menos que o locador não seja insolvel, e o arrendamento fosse fraudulento; isto quando só se arrematam os rendimentos futuros: se porém se arremata o dominio e a propriedade, não póde o arrendatario, nos termos da opinião que sigo (§ 470), impedir a sua expulsão com tal pretexto de haver pago ao executado pensões anticipadas, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 13, n. 76, Cald., *de Emption.*, C. 26, n. 60. Nota 2.^a Emquanto Moraes, dito n. 76, diz, que tendo o arrematante sciencia de que a coisa arrematada estava dada de arrendamento por colonia parciaria, não póde privar ao arrendatario da sua parte dos fructos, veja-se Cald., *de Empt.*, C. 26, n. 4. Nota 3.^a Quando na fórma da Orden., L. 2, T. 53, § 6 e seguintes, em falta de lançador se adjudicam os bens para os *proprios*, não é o regio fisco obrigado conservar o colono posto pelo executado,

como se deduz da dita Orden., § 8, Silv., á Orden., L. 4, T. 9, § 25; mas o successor singular é obrigado conservar o seu colono. Vej. Silv., ad Ordin., L. 4, T. 9, n. 81, Cald., *de Empt.*, C. 26, n. 36, Pacion., *de Loc.*, C. 61, n. 189.

SEXTO EFEITO

Direito da evicção competente ao arrematante ou adjudicatario quando por terceiro são reivindicados em todo ou parte os bens arrematados ou adjudicados. Quid se se vence ao crédor adjudicatario?

§ 472

Se ao arrematante ou adjudicatario são vencidos os bens por terceiro que d'elles fosse senhor, tem o direito da *evicção*: 1.º, contra o devedor da divida em execução da qual se arremataram ou adjudicaram; 2.º, e subsidiariamente o arrematante contra o crédor que recebeu o dinheiro, producto d'essa arrematação, não sendo solvavel o devedor, *Mor.*, L. 6, C. 13, sub n. 68, *Guerreir.*, *For.*, Q. 35, n. 16 e 17, *Larrea*, Dec. 75, tot; bem entendido, que chamando-os a auctoria com gradação, ou juntamente, cumprindo a Orden., L. 3, T. 45. Veja-se a minha especial dissertação, que é a primeira na collecção das impressas em supplemento ás *Segundas linhas sobre o processo civil*.

Nota: Véjam-se *Brunneman.*, in *Cod.*, L. 8, T. 46, *Olea*, *de cess. Jur.*, T. 5, Q. 13, *Stryk.*, *Us. mod.*, L. 21, T. 2, §§ 44 e 45, *Posth.*, *de Subhast.*, Insp. 63, nos quaes se achão algumas declarações d'esta conclusão, que por menos frequentes não refiro.

§ 473

Se os bens adjudicados ao crédor em pagamento de sua divida lhe foram reivindicados por terceiro, que d'elles era antigo senhor; n'este caso entra uma grave questão, se lhe renascem os primeiros direitos competentes pela sua divida, aindaque uma vez amortecidos com a doação ou adjudicação de bens em pagamento? Esta questão, refe-

rindo os DD. de uma e outra opinião, disputou guerra á Orden., L. 4, pag. 364, e segue a reviviscencia dos primeiros direitos do crédor, respondendo ás objecções contrarias, a que acrescento Conciol. For., All. 34 e 52, Posth., *de Subhast.*, Insp. 65, Altim. *de Null.*, Tom. 4, Q. 15, n. 785; e para se dever seguir esta opinião basta vermos que a adoptou o Cod. de Sardenha, L. 3, T. 32, § 54, ibi: «As precedentes hypothecas e privilegios das dividas, se julgarão sempre reservados aos crédores para a evicção das cousas adjudicadas ou arrematadas, e que respectivamente lhe forem remidas».

QUESTÃO GRAVISSIMA

**Em collisão de dois arrematantes
ou adjudicatarios dos mesmos bens em diversos juizes ou processos
qual d'elles deoa ter preferencia**

§ 474

Esta questão, muito frequente no fóro, suscitou e decidiu Moraes; *de Exec.*, L. 6, C. 13, n. 96 e 97; quanto aos crédores adjudicatarios decide a favor d'aquelle que primeiro fez a penhora n'esses bens, aindaque fosse segundo na adjudicação e posse, persuadindo-se que aqui tem applicação propria á Orden., L. 3, T. 91, § 1, e que cessa a de L. 4, T. 7, e quando ao concurso de dois arrematantes, regula a sua preferencia pela que o respectivo crédor tinha para ser pago da sua divida, de fórmula que dá preferencia áquelle dos arrematantes em que a precedente penhora foi a primeira, postoque essa arrematação em que a precedente penhora foi a primeira seja posterior no tempo e na posse, e tudo pela regra da L. 10. ff. Qui pot. in pign., e da Orden., L. 3, T. 91, § 1.

§ 475

Porém, ainda mesmo conforme essa antiga jùrisprudencia, errou Moraes; porque depois de se notarem as diver-

sas especies de penhores, *convencional, legal, pretorio e judicial*, ex Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 3, in *Præstat.*, a n. 67, e a especial differença que havia entre o *pretorio* e o *judicial*, ex Boehmer. ad Jus., ff. L. 20 T. 4, § 4, Cost. supra, Brunnem., na L. 3, Cod. Qui pot. in pign., Merlin., *de pignor.*, L. 1, Q. 17, n. 4, e em todos era de natureza e essencia do penhor que o crédor o possuísse, ou por contrato, ou por lei, ou por immissão pelo 1.º e 2.º decreto, ou por apprehensão *in causam judicati*, Noodt., ad *Pand.*, L. 20, T. 1, sub. * *Dixi*. Coccey, *Jus Contr.*, L. 20, T. 1, Q. 2 e 5; e não havendo differença essencial, quanto aos effeitos entre uns e outros penhores, em todos assim effectuados com a posse em poder do crédor, era commun a regra *Qui prior in tempore potior in jure*, Noodt., supra, d. * *Dixi*, Brunneman., in L. 2, Cod. Qui pot. in pign., Voet., ad *Pand.*, L. 20, T. 4, n. 28, Struv., Exerc. 26, Thes. 28 e 29; mas em todo o caso o dominio do penhor sempre estava no poder do devedor, emquanto não havia distracção d'elle, ou pela faculdade concedida no contrato, ou pela judicial auctoridade, *videndus ad omnia* Boehm., ad *Pand.*, Exerc. 58, C. 1, § 3, et C. 2, §§ 6, 8, 14, 16, 17, 20 e 24, e se nota nos diversos Tit. ff. de *Distract. pign.*, et ff. *Quib. mod. pign. vel hypot. solv.*; ou emquanto o crédor possuidor não impetrava do principe o dominio nos termos do Tit. *de Jur. domin. impetr.*, ou quando o penhor era adjudicado ao mesmo crédor que antes o possuía, de fórma que essa sua antecedente posse com a subsequente adjudicação lhe suppria a tradição, aliás necessaria, para a translação do dominio, ex L. 3, Cod. *de Exec. rejud.*, Maced., Dec. 27, n. 1, Pereir., Dec. 20, in pr., * *Præses*, Bagn., C. 15, a n. 183 e 193.

§ 476

Ora essa L. 10, ff. Qui pot. in pign. (em que se funda Mor., ut § 474), se vê: 1.º, collocada debaixo do Tit. *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur*. Ahi só

se trata da preferencia nos penhores para o pagamento das dividas, e não da preferencia dos dominios;ahi-se suppõem os penhores possuidos pelos crédores sem dominio, que aliás sempre reside nos devedores, em que não são privados d'elle pela distracção ou arrematação dos mesmos penhores, ou o dominio se não impetrava do principe (§ 475). E que applicação tem essa lei para a preferencia dos dominios entre dois arrematantes ou adjudicatarios, que nunca antes eram possuidores?

§ 477

2.º Na hypothese da mesma lei, segundo a intelligencia de Forner. e Gothofred. ibidem, concorriam dois crédores pignoratícios, um com penhor convencional, antes constituido e transmittido a seus herdeiros, e outro com o judicial decretado pelo juiz; e tendo o jurisconsulto em vista a regra *Qui prior*, commum a toda a especie de penhores, deu preferencia ao que tinha a prioridade do tempo. A intelligencia de Cujac., L. 9, Obs., C. 7 (se é que Moraes o viu) é muito diversa. Cujacio suppõe em concurso o penhor *pretorio* com o *judicial*; e como entre um e outro ha a differença, de que no *pretorio* o crédor immittido na posse pelo 1.º e 2.º decreto possui não só para si, mas para todos os crédores d'esse devedor, ex DD. citatis, por isso é preferido pelo crédor pignoratício judicial, que possui só para si e em seu nome, ex iisdem DD. Tal é a intelligencia de Cujacio. E ou por outro modo se entenda essa lei; que paridade de argumento se póde formar para a preferencia do dominio da coisa arrematada ou adjudicada, no concurso de dois arrematantes ou adjudicatarios? Se um d'elles já antes possuisse o penhor por qualquer dos quatro titulos (§ 475), e depois se lhe adjudicasse, então sim a posse antecedente, mudada a causa de possuir, se transformaria em tradição para a aquisição do penhor (qualquer que elle fosse), mas por força da adjudicação; e então preferiria o adjudicatario

ex vi d'esta tradição *symbolica* a qualquer outro não possuidor.

§ 478

Por outra parte: A Orden., L. 3, T. 86, § 1, sim parece que induz o penhor *judicial* ad *instar* d'esse dos romanos, parificando-se em parte; sempre comtudo differem em muito; porque o nossò penhor *judicial* não passa, quanto ao dominio ou posse, para o poder do crédor, mas o dominio e a posse civil residem no devedor, e o depositario detem os bens em nome d'elle até o tempo da arrematação e subsequente posse, pondo-se interinamente em segurança, para não serem distrahidos em prejuizo dos crédores, como bem demonstram Silv., á Orden., L. 3, T. 86, § 1, a n. 32, Mor., L. 6, C. 12, n. 47; de tal fórma, que o crédor, sendo espoliado o depositario, não pôde usar do remedio do espolio, mas só o devedor penhorado, como possuidor civil, Silv., ad Ordin., L. 3, T. 86, § 1, a n. 33 (§ 433), e o crédor, só depois que toma a posse, Mor., supra, n. 49.

Nota: Não censuro aqui a futilidade da disputa em que os nossos reinicolas se agitavam; contendendo uns, que para se dar ao que primeiro penhorasse, a preferencia que lhe conferia a Orden., L. 3, T. 91, § 1 era necessaria uma effectiva e real filhada dos bens, sem bastar a verbal nomeação do devedor; suppondo que só com a filhada e apprehensão se constituia um penhor *judicial*, ad *instar* do dos romanos, capaz de dar essa preferencia, Silv., ibidem, n. 38, ad 48; não censuro, digo, essa questão, nem me proponho mostrar que essa preferencia se não dava pelo tal e primeiro penhor *judicial*, mas só pela vigilancia do crédor agente contra a indolencia do hypothecario, Cost., de *Priv. Credit.*, Reg. 4, in præf., a n. 27, Arouc., All. 43, n. 16; esta era a rasão da ordenação affonsina, L. 3, T. 95, de que foi compilada a Manuelina, L. 3, T. 74, § 2, e de ambas a Filippina, L. 3, T. 91, § 1, recebendo esta illustração da sua original fonte (o que nunca advertiram os reinicolas); sobre isto, o penhor *pretorio* e o *judicial* só se induzirão *securitatis causa*: veja-se Stryk., de *Action.*, Sect. 2, Membr. 5, § 5, in fin. Omit-

to (outra vez digo) esta confutação da razão dos reinícolas; porque para o fim que me proponho, basta-me só assentar intergiversalmente que o devedor penhorado sempre ficava com o dominio e posse dos bens em que se lhe fazia penhora, até que pela final arrematação ou adjudicação com subsequente posse, era e é privado do seu dominio e posse, como reconheceu o mesmo Mor., L. 6, C. 13, n. 91.

§ 479

Dar pois a Orden., L. 3, T. 91, § 1, preferencia no pagamento da divida ao crédor que primeiro penhorava, ainda com exclusão do hypothecario, não era dar-lhe por isso só preferencia no dominio e posse dos bens penhorados (que sempre conservava o devedor), se entretanto outro crédor, que fosse posterior na penhora, fosse o primeiro na arrematação e na posse; porque só a arrematação ou adjudicação e tradição subsequentes, e não prioridade da penhora, são os meios de privar o devedor do dominio e posse; e só a prioridade da arrematação e tradição póde, em concurso de dois pretendentes do dominio e da posse, regular a sua preferencia: só pois a Orden., L. 4, T. 7, e não a do L. 3, T. 91, § 1, é a que devia e deve regular a preferencia na aquisição do dominio.

§ 480

O mesmo Mor., L. 6, C. 13, sub n. 68 e n. 91, in fin., nos diz, que os officiaes e juiz na arrematação e adjudicação, quanto aos effeitos da translação do dominio, figuram as vezes do devedor, como que se este mesmo fosse o que vendesse voluntario (attento o voluntario da origem, ex Silv., ad Ordin., L. 3, T. 93, § 3, a n. 36, Posth., Insp. 44). Eis-aqui temos o executado (por ficção) mediante o juiz, adjudicando a mesma cousa a diversas pessoas; eis-aqui o devedor conservando o dominio e posse até esses actos. E qual ha de ser a norma da preferencia dos dominios senão a Orden., L. 4, T. 7? Errou pois

Moraes enquanto regulou esta preferencia pela prioridade da penhora, e não pela da tradição da possé.

Nota: O resultado de ficar, lá n'esse tempo, indirectamente fraudado do seu direito de preferencia o crédor, que sendo primeiro na penhora foi o ultimo na adjudicação e posse, ou ser responsavel pela evicção ao que arrematou na insolvabilidade do devedor (§ 472). Esta reflexão de Moraes era ainda n'esse tempo menos pensada; porque lá ficava salvo a esse preferente o direito sobre o preço contra o outro crédor que do producto dos mesmos bens recebeu o dinheiro, se não tinha preferencia, como se nota por argumento do mesmo T. 91, § 1, e L. 4, T. 6, § 2.

§ 481

Hoje porém que as preferencias já se não regulam pela prioridade das penhoras, mas pelas normas da lei de 20 de junho de 1774, cessa por si mesma essa, aliás erradissima, opinião de Moraes; mas ainda ficámos na mesma duvida sobre as preferencias dos dominios na collisão de dois arrematantes ou adjudicatarios da mesma cousa, se ha solemne e geral concurso de preferencias sobre todos os bens do devedor que fez cessão; não será tão facil ocorrer tal duvida, porque se os bens se arrematam a terceiros, elles depositam, e a cousa arrematada passa livre aos arrematantes (§ 468); se se adjudicam a alguns crédores, elles n'este caso devem depositar, ex Solan., Cog. 50, n. 18 e 20, Silv., á Orden., L. 3, T. 91, in pr., a n. 8, *ubi judicatum*, quidquid *aliter* Mor., L. 6, C. 9, n. 63, * *Ita quia*.

§ 482

E n'este caso, como, feito o leilão, se adjudicam uns bens a um, outros a outros, e nunca os identicos a diversos arrematantes ou adjudicatários, não póde jamais ocorrer caso de se arrematarem ou adjudicarem os identicos bens a diversas pessoas; se porém não ha tal concurso de crédores e leilão geral em um só juízo de todos os bens do devedor; mas um crédor por uma parte, outro

por outra em diversos juizos ou processos, faz penhora nos identicos bens, e aqui se arrematam ou adjudicam a um, ali a outro, fica a duvida, quando um é o primeiro na adjudicação, outro segundo, mas primeiro na posse, qual deva preferir no dominio? Do exposto a § 474, é consequente a resolução, porque o executado sempre conserva o dominio e posse civil, emquanto d'elles não é privado por arrematação ou adjudicação com tradição. As leis que regulam as preferencias entre os crédores sobre o producto dos bens dos devedores não regulam as preferencias dos dominios nos bens adjudicados. A coisa arrematada passa livre das hypothecas, e só fica versando o concurso de preferencias sobre o preço, etc. Logo a Orden., L. 4, T. 7 deve ser a norma para se adquirir o dominio ao primeiro que tomou a posse, sendo hoje ainda erro maior dizer Mor., L. 6, C. 13, n. 97, que: «Jus emptoris sub hasta metitur a jure creditoris exequentis; ita quod ejus emptio eatenus valeat, vel revocatur, etc.»

§ 483

Portanto, e em conclusão, a Orden., L. 4, T. 7, é a que deve ser aqui a norma da decisão. Se seguíssemos a doutrina de Silv., á Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 1, a n. 8, aonde se propoz defender que pelo acto symbolico da tradição do ramo pelo porteiro ao arrematante se transfere a elle o dominio e posse; *teria preferencia* esse primeiro arrematante, aindaque segundo na posse real, porque a Orden., L. 4, T. 7, recebe limitação, quando ao primeiro comprador se havia transferido a posse por algum acto *symbolico*, Silv., á mesma Orden., n. 12, com muitos DD. Porém nem essa opinião de Silv. é solida, quanto á translação do dominio e posse pela tradição do ramo na hasta publica (§ 434), nem tal tradição de ramo ha ao crédor adjudicatario, nem a sentença da adjudicação lhe transfere posse (§ 435); e assim sempre devemos ficar na indubitavel regra da Orden., L. 4, T. 7.

Nota 1.ª Se a arrematação, que assim prefere na aquisição do dominio, é resultado de divida em que esse crédor não tinha preferencia, mas outro com melhor privilegio para preferir a ser pago pelo producto d'esses bens; a este só resta acção contra o que recebeu o preço d'esses bens (§ 480, nota). Isto se o executado não tem outros bens livres, porque se os tem, deve o crédor abandonado, e que aliás tinha n'esses arrematados a primeira prelação, recorrer aos mais bens do devedor; porque enquanto elle os tem, cessa o concurso da preferencia, como suppõe a Orden., L. 3, T. 94, e a lei de 20 de junho de 1774, a § .

Nota 2.ª A nossa Orden., L. 4, T. 7, tendo por fonte o direito romano, se fundou totalmente em razões civeis; por ellas pois deve receber interpretação, e não pelas naturaes, *Compendio historico da universidade*, C. 2, § 147, *Estatutos da universidade*, L. 2, T. 3, C. 2, § 7, e não podem aqui entrar Grocio e Puffendorff, que segue Mello, L. 3, T. 3, § 10 para se adjudicar o dominio ao primeiro na arrematação ou adjudicação. Bem que essa opinião de Grocio e Puffend. é assás confutada por Coccey, *Jus Controv.*, L. 44, T. 1, Q. 9, e *Justit. Natur.*, e Roman., *Novo Systema*, § 446, n. 2, Heinec., *ad Grot.*, L. 2, C. 6, § 1.

Quid vero, se os bens arrematados ou adjudicados forem de prazo, e um dos concorrentes tenha auctoridade do senhorio, entre não?

§ 484

A Orden., L. 3, T. 93, § 3, que, em falta de outros bens, permite penhorarem-se e arremataram-se os de prazo, não exige o consentimento do senhorio antecedente á arrematação ou adjudicação; mas só que depois d'estas *será o senhorio requerido ao tempo da arrematação se quer o prazo tanto por tanto*, referindo-se aqui a Orden., L. 4, T. 38. Eu vejo no commentario de Silv., á mesma Orden., T. 93, § 3, a n. 40, uma differença, qual é, que o consentimento do senhorio requerido pela dita Orden., T. 38, é essencial e substancial para a validade da venda do prazo; e que o requerimento que se lhe deve fazer na fórma do dito § 3, é só para o fim que declare se quer ou

não usar da opção e prelação pelo mesmo preço da arrematação, e que se o senhorio não usa da opção no termo que se lhe assigna, é visto renunciar o seu direito; e parece que n'este caso cessa a questão de qua Valasc., *de Jur. Emphyt.*, Q. 14, n. 9, Gam., Dec. 116, Barbos., ad Ordin., L. 4, T. 9, in rubr., n. 14, Silv., ad eund. Tit. in pr., n. 55, Cald., *de Extinct.*, C. 10, n. 36 e 37, e sobre todos Dissert. 19, a n. 50, sobre dever preferir na compra do prazo o primeiro que obteve o *consentimento do senhorio*, ou este fosse ou não segundo na posse, ou segundo na compra. Porém eu discorro, que aquelle dos arrematantes ou adjudicatarios que primeiro propoz a opção e prelação ao senhorio, e não usando d'ella o senhorio, recebeu o seu respectivo laudemio e toda a approvação do mesmo senhorio, e quasi como uma subrogação do seu direito, este deverá preferir a outro, aindaque primeiro na adjudicação ou na posse, que não propoz ao senhorio a opção e prelação, nem lhe pagou o seu laudemio, nem em consequencia cumpriu com as leis particulares n'este caso, e que por isso vem a ser excepções das regras e leis geraes; eu applicaria a este caso por identidade de razão as dos DD. citados, aindaque seja solida a differença do citado Silva, T. 93, § 30, n. 40.

ARTIGO II

Como se prova no presente e futuro a arrematação

Dentro em trinta annos, em que os escrivães são obrigados conservar os processos no nosso reino, é necessario que se prove pela carta, (ou ao menos por uma certidão dos autos, ex Solan., Cog. 70, n. 9,) por ser a escriptura publica requerida *pro substantia* n'este caso, ex Mor., L. 6, C. 14, n. 8. Só sim se houvesse algum incendio, saque de inimigo, etc., e se reforme nos termos da Orden., L. 2, T. 60, § 5, com os requisitos de Maced.,

Decis. 55. Passados trinta annos se poderá provar pelos modos, que ex professo nos expõe Posth., *de Subhast.*, Inspect. 67, a que me remetto.

CAPITULO XVIII

Concurso de preferencias entre crédores sobre os bens do devedor commum

Advertencia

Parecerá em mim o cume da filaucia ou temeridade propor-me tratar esta materia, depois de tratada e compendiada magistralmente pelo doutissimo Pereira e Sousa, nas *Primeiras linhas civeis*, desde a nota 897 até 939. Porém eu lendo-o observei que este sabio escriptor, acingindo-se a brevidade para comprazer com os que a amam, confundiu debaixo d'essas linhas e notas todas as especies de concursos de preferencia entre crédores, tratando-as como uma só especie, escrevendo para todas as mesmas regras; que não classificou exactamente todas as especies de crédores com distincção dos casos diversos; que escreveu, como sem duvida, alguns privilegios para a preferencia, que ou padecem opiniões contrarias, e algumas talvez mais solidas, ou precisam de esclarecimentos e declarações; enfim, que citou sem critica os reinicolas que escreveram na conformidade da Orden., L. 3, T. 91, hoje revogada. Pareceu-me pois necessario prenotar: 1.º, os diversos casos em que com diversos processos, diversa indole e natureza são praticaveis os concursos de preferencias; 2.º, o que ha de especial e peculiar em cada uma d'essas especies de concursos e diversidades entre ellas; 3.º, classificar por diverso methodo os crédores; 4.º, apurar alguns privilegios, exornando outros, declarando-os, ampliando-os por identidade de razão, etc.

ARTIGO I

3 Diversas especies de concursos de crédores, com diversidade de requisitos

§ 485

Taes são: 1.º, os concursos em que entra como crédora a real fazenda; 2.º, o concurso que o negociante fallido de boa fé requer com cessão e inventario de seus bens, presentando-se na junta do commercio; 3.º, o concurso que qualquer outro fallido de boa fé, não negociante faz, vendo-se carregado de dividas, requerendo-o ao seu proprio juiz com cessão e inventario de seus bens e dividas, convocando e citando seus crédores; 4.º, a cessão de bens que o devedor já executado faz a esses crédores que o executam, e a topos os mais; 5.º, o concurso que entre si fazem os crédores, ou para conceder inducias ou remissão parcial ao devedor commum; 6.º, o concurso que os crédores podem requerer elles mesmos contra o devedor que os não preveniu como cessão; 7.º, o concurso a que a mulher casada por contrato chama os crédores do marido para assegurar seu dote; 8.º, o particular concurso de que trata a Orden., L. 4, T. 6; 9.º, o concurso incidente entre muitos crédores, que sem citação nem previa cessão do devedor concorrem com execuções nos bens d'elles insufficientes para pagamento de todos.

DIVISÃO I

O que é especial quando a real fazenda como crédora,
entra em concurso
com outros que o são do seu devedor

§ 486

«Logoque qualquer crédor pretender entrar em concurso com o meu real erario (diz a lei de 22 de dezembro de

1761, T. 3, § 14), se legitimará antes de tudo verbal, summariamente e de plano, produzindo ante o juiz executor todos os títulos e razões com que intentar preferir, para, o mesmo fazer autuar estes requerimentos pelo escrivão a que tocar, o qual continuará d'elles vista immediatamente ao procurador fiscal a que pertencer; e para que o tal procurador com sua resposta leve os papeis em que a lançar ao mesmo conselho, para n'elle se decidirem pela pluralidade de votos.»

Nota-se n'esta especial legislação, que tendo a real fazenda entrado com a sua intenção fundada na forma exposta no mesmo título, § 9; não é aqui necessario nem da sua parte nem da dos mais crédores, que estes se habilitem com sentenças e penhoras (como geralmente quer Sousa), mas basta que produzam *seus títulos*, com razões de facto e de direito juntamente com que persuadam a sua preferencia. Não é aqui necessario citação particular ou edital de outros crédores; nem outra formalidade de processo com artigos, contestações e outras disputas, como em outros dos referidos concursos, como n'elles se verá quando d'elles tratar, etc. Aqui não ha prevenção pela primeira penhora para a cumulação dos processos em algum juizo. O fisco attrahe a si tudo, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 7, a n. 14.

§ 487

Esta lei, no mesmo § 14, só deu preferencia aos crédores particulares concorrentes com a real fazenda em algum d'estes dois casos. «Primeiro, o terem hypothecas especiaes, provadas por escripturas publicas e anteriores aos contratos dos rendeiros da minha fazenda, e ás posses dos magistrados, ou aos provimentos dos thesoureiros e officiaes obrigados á mesma fazenda; segundo, o de terem sentenças tambem anteriormente alcançadas contra os sobreditos com pleno conhecimento de causa e não de preceito, ou fundadas na confissão das partes; em qualquer d'estes dois casos se mandem suspender as execuções, e se proceda ao levantamento d'ellas, ou penhoras que se houverem feito».

«Achando-se porém (continua o § 15) que as hypothe-
cas, ainda provadas por escripturas públicas, são sómente
geraes ou posteriores, ou que as sentenças, vendas, doa-
ções, dotes, legados ou alieações, em que os taes prefe-
rentes intentarem fundar-se, são posteriores aos contratos
reaes, ou aos provimentos dos thesoureiros ou officiaes,
que têm a seu cargo a arrecadação da minha fazenda, ou
às posses dos magistrados, que têm o mesmo encargo, logo
serão os pertensos preferentes excluidos *in limine*, como
inhabeis e como illegitimos contradictores para serem ad-
mittidos a concurso com o meu real erario, e se darão logo
despachos para se ajuntarem aos autos das execuções, a
fim de n'ellas se proseguir até integral pagamento da mes-
ma real fazenda». É concordante o Cod. de Sardenha, L. 6,
T. 10.

§ 488

É tão amplo este privilegio da real fazenda, que esta
sua hypothea com preferencia vae comprehender tudo
quanto estes contratadores com ella, thesoureiros, etc., ad-
quirem depois dos contratos, dos provimentos n'esses offi-
cios, etc. De fórma que, nem ainda n'estes adquiridos de-
pois, podem concorrer os mais crédores posteriores de
modo algum, e nem ainda os crédores anteriores (o que
é mais); porque mesmo n'estes adquiridos depois dos con-
tratos, dos provimentos, etc., prefere o fisco aos crédores
anteriores, por mais que se habilitem legitimos com hypo-
thea de presentes bens e futuros, ex L. 28, ff. *de Jur.*
Fisc., Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 3, Thes. 8, de Cost.,
de Privileg. Credit., Reg. 2, Ampl. 7, n. 27 e 28, Cod.
de Sardenha, L. 6, T. 10, § 2, ampliando no § 7 aos ad-
quiridos por aquelles que conviverem com os taes thesou-
reiros, recebedores, etc.

§ 489

Limita-se porém este privilegio, ainda mesmo quando
se trata de dividas da real fazenda: 1.º, quanto aos cré-

dores do devedor fallido, que concorreram com dinheiros para a compra, construcção ou reparação, ou com materias para bemfeitorias das casas e outras fazendas dos devedores, cujos bens estão em concurso, como antes d'esta lei havia declarado o § 22 do alvará de 13 de novembro de 1756, e depois da mesma lei o confirmou o alvará de 24 de julho de 1793, no § *primeiro*, concorda o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, a § 5.

§ 490

Limita-se, 2.º, que têm hypotheca tacita com preferencia ao fisco nos fructos das herdades do Alemtejo aquelles que levantarem as casas e officinas d'ellas, alvará de 27 de novembro de 1804, § 5; limita-se, 3.º, os que têm hypotheca legal e real nos edificios ou bemfeitorias, quaes os que emprestam dinheiro, materiaes ou mão de obra para a edificação ou reedificação das casas de Lisboa dentro do recinto da cidade, ficando por força d'esta hypotheca com preferencia a quaesquer crédores, ainda hypothecarios, preferindo á *fazenda real*; pagando-se-lhes logo sem esperar a decisão do concurso, alvará de 12 de maio de 1758, § 10; e como se devam pagar vejam-se os §§ 11 e 12.

Nota: Vendo-se em todas as classificações pelas legislações e pelos DD., que têm a primeira preferencia a todos os crédores e ao fisco real as despesas funerarias, as medicinaes da ultima enfermidade do defunto, os salarios dos domesticos, Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 4, Thes. 2, *Codigo civil do imperador José II*, § 87, Berlich., P. 1, Conclus. 64, a n. 65, as nossas leis não antepõem estas dividas ás da real fazenda nem d'ellas se lembraram. E portanto devemos assentar que as postergaram, e que aquellas unicas limitações (§§ 489 e 490) firmam em contrario a regra geral (§ 487).

§ 491

O exposto a § 486 procede, e sem duvida, quanto ás dividas da real fazenda, e que se comprehendem na rela-

ção d'ellas, estampada depois da primeira lei de 22 de dezembro de 1761, e a que a mesma e outras leis declaratorias fazem remissão. Não se comprehendem porém ahí as dividas fiscaes resultantes de penas ou de commissos, que outras leis applicam para o real fisco ou camara, ou parte para elle e parte para os denunciantes. Sé pois n'estes casos tem a real fazenda, ou participantes das penas e dos commissos, a primeira preferencia, ou em que classe devem ser graduados, foi caso omisso na fundamental de que trato, que não o quiz comprehender, e parece que subsidiariamente devemos recorrer ás leis das nações, e mais solidas opiniões dos DD.

§ 492

Ora: Se um criminoso por final sentença é condemnado, v. g., em 100\$000 réis para o accusador como emenda e satisfação dos damnos que recebeu na pessoa, ou seu patrimonio, e em outros 100\$000 réis para o fisco real, despezas da relação, etc.; e o condemnado apenas tem bens sufficientes para pagar a condemnação pecuniaria julgada ao accusador pelas suas perdas e damnos, estes sem duvida têm preferencia á pena applicada ao fisco, ou outra causa, como satisfactoria da offensa publica, Repertor., debaixo da conclusão *Preso que é condemnado*, etc., aonde refere varias opiniões que concilia; adde Brunneman., na L. un. Cod. de Paen. Fiscal., Cod. da Toscana, § 112, Cod. de Sardenha, L. 4, T. 27, § 10, Salgad., in *Labyr. Creditor.*, P. 1, C. 7, n. 8.

§ 493

Tambem em primeiro logar dos bens do condemnado, e com preferencia ao fisco e pena publica, se deduzem as dividas de seus alimentos durante a accusação, as que contrahiui para alimentar sua familia; despezas com advogados, etc., Cod. de Sardenha, supra; porque, ainda quan-

do os bens se confiscam, todas estas dividas deve soffrer o real fisco, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 9, a n. 54.

§ 404

Quanto ás penas dos commissos, propõe Salgad., in *Labyr. Cred.*, P. 4, C. 9, esta questão: «In mercibus prohibitis, quæ per contrabannum, vel aliter incidunt in commissum; an creditores delinquentis præferantur fisco?» Elle largamente disputa esta questão; e depois de referir a n. 61 as diversas opiniões e distincções de Salgad., de *Contrabann.*, C. 29, a n. 52, Bolan., in *Cur. Filipp.*, L. 3, de *Commerc. nav.*, C. 10, n. 10, de Solorzan., in *Polit. Ind.*, L. 6, C. 10, Carlev., de *Jud.*, Tom. 2, L. 1, T., Disp. 1, n. 50, (e a que accrescento Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 9, a n. 128), abre o seu sentimento, ut ibi: «Illud securius arbitror, ut in quolibet commissio, sive per Contrabannum, et prohibitionem mercium; sive per omissionem professionis, registri, aut manifestationis permissarum; et sic per fraudulentam occultationem, Fiscum in mercibus commissis *indistinctè* præferendum, quibuslibet creditoribus delinquentis; *non tanquam dominium mercium*; sed ex resolutione hypothecæ antea quæsita per creditores in eisdem mercibus.»

• Eu lhe confiro este direito (contra Salgado) *tanquam dominium mercium*. Porque o dominio das mercearias incursas em commissos passa *ipso jure* para o real fisco sem outra tradição, ex L. 14, ff. de Public. et Vectig., Voet., ad *Pandect.*, L. 39, T. 4, n. 20 e 23, Rocc., *Select.*, C. 80, n. 5, Conciol. Crim., Verbo *Gabelle*, Res. 8, n. 2, subseguindo-se sentença declaratoria da commissão, Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 9, n. 132. O fisco real, conforme o § 6 do T. 17, dos *Estatutos da junta do commercio*, confirmados por Alv. de 16 de dezembro de 1756, entra com a sua intenção fundada em toda a fazenda comprehendida em commissos, ou seja porque prohibida n'este reino a sua introdução ou seja por extraviada dos caminhos direitos, que conduzem ás respectivas alfandegas e casas de despacho, ou seja achando-se sem os sellos da alfandega, etc. Omitto as declarações que faz o citado Salgado.

§ 495

O nosso Guerreir., Tr. 1, L. 4, C. 9, a n. 128, segue a mesma opinião em favor do fisco real contra os credores do apprehendido no commissio com varias ampliações; mas no n. 134 distingue, ut ibi: «Quoties per legem, statutum, seu banum prohibitio dirigitur in res ipsas, vel ex earum natura, fabrica, vel ex laxatione, et interdictione commercii, vel ob defectum professionis in partibus et confinibus, et defraudationis vectigalium, seu delictuum tempore introductionis, seu extractionis *sub expressa pœna commissi*; tunc dominium *ipso facto, et ipso jure* acquiritur fisco, qui res non tanquam potior, sed tanquam solus vindicat; et per consequens in illis non debet dari concursus; nec creditores possunt se opponere, et ejus jus impugnare: Si vero solum statuatur *pœna in contravenientem*; tunc non est locus commissio, nec praelationi sed creditores anteriores præferuntur, • ut latissime probat Boler., T. 5, Q. 27, tot.»

• Neste sentido o *Codigo civil do imperador José II*, § 95, colloca na 6.^a classe o fisco *pelas penas* que lhe tiverem sido julgadas. Confirma-se: A dizima da chancellaria é pena como diz o Regim., § 24, assento de 2 de dezembro de 1791. A Orden., L. 4, T. 76, § 3 não permite prisão por tal pena, logo parece que as penas fiscaes, *quatenus* penas não têm os regulares privilegios da real fazenda.

§ 496

Esta a § 494 deve ser a regra. Podem occorrer duvidas no caso do commissio e devolução das mercearias para o real fisco; duvidas quaes estas: Primeira. Antonio empresta dinheiro a Bento para compra, v. g., de vinhos ou outros generos sujeitos a manifestos, registros, etc., declarando-se na escriptura que o dinheiro se dá para esse fim e n'elle se emprega; supponha-se que Bento não manifestou esses generos, e os perdeu por commissio. Du-

vida-se: Se Antonio terá prelação pelo seu dinheiro contra o commisso e real fisco? Parece que sim, attentas as legislações de Parma e Sicilia, que refere Amat, Var., Resol. 3; o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, § 4, e na Hespanha a L. 26, T. 13, Part. 5. (Vide infra, § 507.)

§ 497

Segunda: Se o que vendeu as mercearias (não prohibidas, mas que para se venderem só precisavam de manifesto, sello, ou despacho) *non habita fide de pretio*, e ainda o comprador em commisso por não as manifestar, selar, despachar, etc., tem preferencia sobre o preço ao real fisco? Parece que sim, attentas as doutrinas de Amat., supra, n. 40, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 13, n. 3, o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, §§ 1 e 2 (bem que restringe este privilegio a venda de cousa immovel), Amat., supra, n. 46.

Nota: Se as leis referidas no § 489 cedem de privilegio, ainda por dividas da real fazenda (de que só ahi tratava, ut § 491), quando sobre a cousa do devedor concorre em preferencia com o que emprestou dinheiros para a compra da mesma cousa. Se o § 37 da L. de 20 de junho de 1774 privilegiou com primeira preferencia *em qualquer fazenda* o crêdor que emprestou dinheiro para a compra d'ella, verificando-se o destino do emprestimo pela escriptura, e depois o emprego, parece que n'esta generalidade comprehendeu o primeiro dos ditos casos (§ 496); se o § 41 comprehendeu os mais casos em que se identificasse a razão dos precedentes, parece que o mesmo milita no segundo caso (§ 497), maiormente quando aquelle que vende qualquer fazenda não confidenciando o preço do comprador, * não intenciona dimittir de si o dominio, e o conserva com preferencia a quaesquer crêdores do comprador, Costa, *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 13, a n. 3; bem como aquelle que reserva o dominio da cousa vendida enquanto se lhe não paga o preço, Costa, supra, a n. 7, Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, § 3. O mesmo quando o vendedor sim vende *habita fide de pretio*, mas só o confidenciou até certo tempo, e o comprador não lh'o pagou, Orden., L. 4, T. 5, § 2. Como pois n'estes casos

o comprador nunca adquiriu dominio irrevogavel e fica radicado no vendedor, pôde este e deve ter preferencia na cousa ainda sua e assim vendida contra qualquer crêdor do comprador, Berlich., P. 1, Conclus. 64, a n. 29.

• Quando se presume confidenciado o preço da venda, sem limitação de tempo; vejam-se sobre todos Stryk., Vol. 3, Disp. 19, Harprectr., Disp. 24. Conf. Silv., ad Orden., L. 4, T. 1, in rubr., Art. 1, a n. 49, Cost., supra, a n. 5, Berlich., supra, a n. , os quaes entre outras conjecturas de se não confidenciar o preço, connumeram nestas: quando se vende em feiras, como quando se vende a pessoa desconhecida; quando se exigem fiadores; quando se condicionou ou a hypotheca, ou o pacto *de non alienando*, até á solução do preço; ou quando a venda foi a fallido occulto, cuja fallencia logo se manifestou, etc. Da mesma fôrma, se as cousas da Igreja ou dos menores se vendem *habita fide de pretio*, emquanto o preço se lhe não paga retem o dominio, e preferem a quaesquer crêdores por mais privilegiados que sejam, Costa, supra, n. 8, com Mantic., Hermosilh., Noguerol, etc.

§ 498

Terceira: Umas leis dão aos negociantes a terceira parte das cousas devolutas ao fisco por commissos ou tomadias; • outras leis as repartem entre varias pessoas •; outras leis as applicam inteiramente para alguma corporação ou junta ••, etc. Entra pois a duvida, se estas pessoas physicas ou moraes (limitados só os casos referidos) ficam na regra geral do privilegio do fisco, concorrendo com outros crêdores do incurso no commisso (ut §§ 494 e 495)? Parece que não, porque o fisco nunca quiz fazer suas e incorporadas no seu patrimonio essas cousas, poisque por essas leis as dimittiu logo em parte ou em todo, e nas partes assim dimittidas não cedeu o proprio privilegio, que depende de cessão expressa, ex Bersan., *de Pupill.*, C. 5, Q. 21, n. 19, Olea., *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 3, a n. 26, Arias, *de Mez.*, L. 1, Var., C. 20, a n. 11; porém já vimos (§ 494 na nota) que o dominio das cousas incursas em commisso se devolve ao fisco *ipso facto* e *ipso jure*; e uma vez que as leis dão a parte, ou o todo d'esses bens devolutos, os apro-

priam pelo seu direito, e como taes os dão com a mesma natureza, porque com ella mesma e pelo direito fiscal os hão de denunciar e reivindicar; quem cede a terceiro um direito que lhe está deferido, é visto addir e aceitar, e juntamente ceder todo o seu direito, independente de outra expressa aceitação, Olea., *de Cess. Jur.*, T. 2, Q. 3, a n. 37, Altim., *de Nullit.*, Tom. 2, rubr. 11, Q. 39, n. 47; cede-se aqui em effeito o dominio devoluto ao fisco; ora este dominio, seja quem for o senhor, tem a primeira preferencia contra quaesquer crédores, Berlich., P. 1, Concl. 64, a n. 1.

• O alvará de 15 de novembro de 1606 prometteu o premio da terça parte aos que denunciarem os bens sonogados ao fisco (Ind. Chron.). O Regim. do Juiz das Confiscações, em 10 de julho de 1620, C. 55, dá a terça parte ao ministro e cúmplice no descaminho, e aos que não forem ministros, postoque sejam donos ou culpados nos descaminhos ametade das fazendas sonegadas. O decreto de 4 de maio e alvará de 21 de junho de 1644 deu a terça parte aos que denunciasssem bens dos absentes em Castella (Ind. Chron.). O alvará de 26 de outubro de 1757, permittiu a terça aos denunciantes de todas as fazendas de contrabando ou não selladas na alfandega, etc., declarando o C. 17, § 4 e seguintes dos estatutos da junta do commercio. O termo de 21 de maio de 1773, confirmado pelo alvará de 19 de janeiro de 1776, § 8, concede a terça parte ao denunciante de dizima de chancellaria. O alvará de 4 de agosto de 1776, §§ 5 e 6, concede a metade ao denunciante em segredo do contrabando dos vinhos de ramo do Porto. O C. 76 do Regim. de 19 de setembro de 1672 permite n'esse seu caso a terça aos denunciantes.

•• O alvará de 12 de julho de 1787, § 8, applica do producto dos sequestros dos vinhos extraviados ao subsidio litterario uma parte para o escrivão, outra para o denunciante, outra para as despesas do cofre do mesmo subsidio. Porém a condição 7.^a do contrato do arrendamento d'este subsidio, applica a ultima terça parte para os contratadores.

••• O alvará de 29 de julho de 1761 (salvas para os denunciantes as terças, na forma do de 26 de outubro de 1757) determinou que o producto das tornadias que tiverem origem da contravenção aos estatutos da mesa do bem commum dos mercadores, se devem applicar ao cofre da junta do commer-

cio, etc. Um decreto de 8 de agosto de 1767 (que pôde servir de exemplo), fez uma mercê a um particular de ametade de todas as sizas sonégadas que elle denunciasse e fizesse cobrar nas comarcas de Thomar, Coimbra e Guarda (Ind. Chron.). Basta de exemplos; a cada passo se encontram outros. É porém notavel o alvará de 13 de novembro de 1786, no § 12, que applica a metade ao denunciante de tudo o que o negociante com fraude carrega como pertencente a pessoa diversa.

§ 499

Como o real fisco tem o privilegio de attrahir ao seu juizo todo o concurso de preferencias, seja qual for o juizo em que elle se trate; se os crédores concorrentes em outro juizo querem evitar a avocatoria, ou remessa para o do fisco, tem a providencia que conselham os DD. com os quaes Salgad. in Labyr. Cred., P. 1, C. 7, a n. 19, providencia qual é; deduzirem do monte do dinheiro dos bens do devedor que estão em concurso, o equivalente á divida fiscal, e satisfazerem o fisco. Aqui o voto da maior parte dos crédores prejudica a menor parte, regulando-se a maior parte, não pelo numero d'elles, mas pelos seus maiores creditos e sommas, Salgad., n. 22; se assim o não cumprem vae a causa ao juizo do fisco, mas, satisfeito ahi este, a causa volta ao primeiro juizo, Salgad., a n. 31.

Nota: «*Evanescunt jura prælationis Fisci in bonis privati cui succedit quovis titulo* (Veja Portug., de Donat., L. 3, C. fin., n. 93): *Quia cum onere res transit ad Fiscum, quasi privatum*». L. 1, Cod., de Privil. Fisc., L. Fiscus, ff. de Jur. Fisc., Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 3, Thes. 18, e é bem expresso o alvará de 10 de junho de 1775, junto o de 12 de janeiro de 1775.

DIVISÃO II

Especialidades no concurso dos crédores do negociante fallido de boa fé, que se apresenta como tal na junta do commercio com inventario de seus bens, livros, etc. Diferenças entre estes e os mais concursos de crédores.

§ 500.

O negociante que caiu em pobreza sem culpa sua por receber grandes perdas no mar ou na terra em seus tra-

tos e commercios licitos, o negociante desafortunado por essas causas, que quer evitar a nota do ladrão publico, e as condignas penas, e gosar do beneficio das leis na conformidade da Orden., L. 5, T. 66, § 8, elle se apresenta na junta do commercio, logoque padece o infortunio, jura a verdadeira causa da sua fallencia, as perdas totaes ou parciaes que houver experimentado, entrega as chaves do seu escriptorio e dos livros e papeis dos armazens das fazendas que estiverem em ser, dá uma relação jurada de todos os seus bens moveis e raiz, direitos e acções, sem occultar cousa alguma, exhibe o livro com o titulo de *Diario*, escripto pela ordem chronologica dos tempos e das datas sem inversão d'ellas, sem interrupção, claro ou verba alguma posta em suas margens, livro em que se achem lançados todos os assentos de todas as mercadorias e fazendas que os mesmos fallidos houverem comprado e vendido, e de todas as despezas que houverem feito com a sua pessoa e casa, numerado e rubricado por um deputado da junta. Se assim o não cumpre fica desde logo incurso nas penas das leis, reputando-se fraudulenta a sua quebra, a menos que *in continenti* não prove, que tendo o dito livro, pereceu por algum caso fortuito, que notoriamente exclua a presumpção da fraude; assim o alvará de 13 de novembro de 1756, § 14.

§ 501

Logo, na conformidade do § 15, se passa á casa do fallido a fazer um exacto inventario de todos os bens existentes das tres especies, que deve findar em dez dias; apresenta-se na junta com os livros de contas e papeis, que possam instruir o verdadeiro estado da casa, e cabedal do fallido, e das causas da fallencia em que estiver ao tempo que se delatar; nomeia-se depositario a tudo, a quem se faz a entrega pelo inventario; e logo na primeira gazeta se annuncia a fallencia d'este homem por seu nome para que todas as pessoas que tiverem que requerer *sobre os bens do sequestro, ou sobre as causas da quebra* possam re-

correr á junta, propondo n'ella as acções que tiverem, ou as denuncias que quizerem dar.

§ 502

Recebem-se sobre este objecto, durante o tempo do inventario, todas as denuncias sobre a quebra e sobre as causas que manifestarem, ou justa ou dolosa; ao mesmo tempo o juiz dos fallidos para esse fim creado pelo seguinte alvará de 16 de dezembro de 1771, § 3, tira devassa sobre o mesmo objecto (tendo em vista a Orden., L. 5, T. 66, e o dito alvará de 1756), e a remette á junta do commercio para as sentenciar (decreto de 2 de agosto de 1785). E ouvido o fallido verbal, e summariamente só quanto o permite o direito natural e das gentes (vide Boehmer., *Jus. Publ. Part. Spec.*, L. 2, C. 7, a § 28), e o estylo das praças bem reguladas da Europa, só com allegações dos simples factos que poderão relevar ou condemnar o fallido e dos estylos e regras do commercio, sentenciar-se o processo na fórma do § 17; se a quebra se julga fraudulenta e dolosa, é punido o fallido, concorda o alvará de 30 de maio de 1759; e n'este caso a junta deve proceder, quanto á arrecadação e adjudicação dos bens e acções, na mesma fórma que se acha determinado no dito alvará de 13 de novembro de 1756, como declarou o alvará do 1.º de setembro de 1757 (e logo veremos).

§ 503

• Porém (continua o § 19) vencendo-se que a quebra foi feita de boa fé, e que o negociante, que por ella fallir, se acha nos termos do favôr contemplado no § 8 da mesma Orden. (L. 5, T. 66); ordeno que n'este caso, não obstante a outra Orden., L. 3, T. 91, e as mais disposições de direito que estabeleceram as preferencias *pela prioridade das penhoras ou das hypothecas*, e não obstante quaesquer cessões, que os mesmos fallidos hajam fei-

to no espaço de vinte dias, antes da quebra em que forem achados, se observe d'aqui em diante o seguinte:

«Todos os bens (§ 20) moveis, pertencentes aos mercadores quebrados na referida forma, serão vendidos dentro de trinta dias continuos e successivos em publico leilão, que será feito dentro das mesmas casas onde a quebra succeder; publicando-se na gazeta da côrte o dia em que os taes leilões hão de principiar; e procedendo-se n'elles em todas as tardes, que não forem dias feriados em honra de Deus ou dos seus santos. . . O que tudo se observará nas mercadorias que forem achadas em ser, *posto que fossem vendidas com o pacto de ficarem servindo de especial hypotheca*. Para a venda dos bens de raiz se fará a mesma publicação na referida gazeta, e se expedirão cartas de diligencia pelo respectivo juiz conservador que houver assistido á determinação, para serem vendidos em praça no preciso termo *de sessenta dias continuos successivos*, e contados d'aquelle em que a mesma determinação for publicada. As acções ou dividas activas sendo procedidas de letras de cambio ou seguros, de dinheiro de emprestimo de mercador a mercador, de fretes, seguros ou mercadorias tomadas sobre creditos, serão *arrecadadas executivamente*.»

§ 504

Reduzido tudo a dinheiro, manda o § 21 que do plano, sem figura de juizo, se proceda á determinação, partilha e entrega do dinheiro n'esta forma (§ 22): 1.º, sendo os escriptos procedidos das assignaturas das alfandegas, dinheiro liquido, se deduzam, percipuas do monte maior do dinheiro as quantias de que os mercadores fallidos se acharém devedores ás alfandegas, por escriptos procedidos de direitos das fazendas que n'ellas houverem despachado; 2.º, do remanescente se tornarão a deduzir dez por cento, os quaes serão entregues caritativamente ao mercador, de cujo sequestro se tratar, para soccorrer a indigencia da sua casa e familia; 3.º, o resto que ficar

do deposito se repartirá pelos crédores do sequestrado *por um justo rateio mercantil*, levando cada um d'elles o que proporcionalmente lhe couber, segundo a quantidade da divida de que for crédor; 4.º, n'este concurso entrem sem distincção alguma os crédores, que o forem a fretes, soldadas e salarios com todos os mais crédores privilegiados. E para as entregas das sommas, que a cada um dos interessados pertencerem, expedirá a junta precatorias de entrega á mesa dos depositos, etc.

§ 505

Foi declarado pelo alvará do 1.º de setembro de 1757, que: «Julgando-se de má fé os mercadores fallidos, deve proceder a junta, quanto á arrecadação e adjudicação dos bens e acções, na mesma fórma que se acha determinado; sómente (exceptuando-se) a separação dos dez por cento para os que forem julgados de boa fé, na fórma declarada no § 20 do mesmo alvará; porque d'este beneficio não poderão gosar os quebrados por dolo e malicia. Foi declarado por alvará de 12 de março de 1760: Que entre os fallidos que se apresentarem na junta do commercio, e forem n'ella julgados de boa fé, sómente devem gosar do premio de dez por cento aquelles que havendo exhibido os seus livros escripturados com clareza, na fórma do § 14 do dito alvará, provarem que ao tempo em que houverem principiado, tinham de fundo e cabedal seu proprio, pelo menos uma terça parte da total importancia da somma, com que quebrarem ou faltarem de credito; porque não o provando assim, lhes não poderá ser contado o referido premio.»

§ 506

Estando em 4.º lugar classificadas as soldadas e salarios pelo § 22 do dito alvará de 13 de novembro de 1756 (§ 504), tambem depois o alvará de 10 de junho de 1757 declarou, ut ibi: «Sou servido declarar que não foi da mi-

nha real intenção comprehender no concurso de que se trata no sobredito capitulo (22), as equipagens dos navios mercantes que forem proprios dos meus vassallos, as quaes ordeno que sejam preferidas para o pagamento das suas soldadas, assim as que vencerem, como as que tiverem vencido, e que lhes sejam em todo o caso pagas *precipualemente do monte maior dos bens*, de cuja arrecadação se trata, *sem quebra*, duvida ou embargo algum, qualquer que elle seja». Da mesma fórma as dividas dos fretes, decreto de 6 de maio de 1769. (Ind. Chronol.)

§ 507

Tambem pelo alvará de 24 de julho de 1793, § 1, foi declarado, ut ibi: «Quanto aos pontos da preferencia, que pretendem ter os crédores do *devedor fallido* nos bens em que têm *hypotheca especial e legal*, quaes são as moradas de casas e outras fazendas, para a compra, construcção ou reparação das quaes concorreram com dinheiros ou materiaes; sou servida declarar, que estas dividas não se entendem comprehendidas *na generalidade do rateio* estabelecido no § 22 do alvará de 13 de novembro de 1756, mas que devem ser pagas *precipualemente*, e com preferencia pelo producto dos bens da sua especial hypotheca, por serem tão privilegiadas, que pelo mesmo § 22 preferem á minha real fazenda, quanto mais aos outros crédores concorrentes».

Nota: É tão privilegiada esta legal hypotheca, que já antes d'este o outro alvará de 12 de maio de 1758, no § 11, havia declarado que: «Formando-se concurso sobre os bens de qualquer reedificante ou edificante, o juiz d'este concurso, conhecendo breve e sumariamente da verdade da divida procedida da edificação total ou parcial, faça logo pagar ao crédor d'ella pelo producto das lojas, casas ou armazens reedificados, eximindo-o assim da longa disputa dos mais preferentes, e de esperar a final decisão de todo o concurso ordinario».

§ 508

O mesmo alvará de 24 de julho de 1793, no § 2, declarou juntamente que: «Os crédores pelo aluguer das casas urbanas, os quaes por todas as antigas leis têm especial hypotheca nos moveis e trastes que o locador *n'ellas* introduz para commodidade e uso da habitação, deverão sómente a respeito do producto d'estes, e não de outros bens e generos de commercio, ter preferencia para pagamento dos alugueres, a quaesquer outros crédores do *fallido*».

§ 509

Foi emfim declarado pelo alvará de 17 de maio de 1759, que: «Supposto por via de regra os juros convencionaes se não extinguam sem o effectivo pagamento; comtudo, como pela apresentação e sequestro dos *fallidos*, os seus bens *ficam sendo communs dos crédores*, e como a minha real intenção foi introduzir a possivel igualdade entre todos os ditos crédores, extinguindo *para este fim* as preferencias, assim de direito commum, como de particular d'estes reinos; estabeleço que se não possam contar juros ainda estipulados, senão até o dia da apresentação dos *fallidos*, e sequestro feito nos seus bens, sem embargo de qualquer lei, disposição ou costume contrario, que todos hei por derogados para este effecto sómente, ficando aliás sempre em seu vigor». Tambem não pagam decima desde que se apresentam na junta, Resol. de 12 de junho de 1770, § 16.

• Francisco Salgad., in *Labyr. Credit.*, P. 4, C. fin. tratou largamente a questão *Se as usuras cessam logoque o devedor forma o concurso universal?* (de que tratarei na divisão terceira); e com muitos fundamentos sustenta, que logoque se forma o tal concurso cessam as usuras. Ahi expõe outras mais rasões alem das d'este alvará.

§ 510

Mandou-se observar no Brazil o mesmo que se acha disposto no alvará de 13 de novembro de 1756 (com to-

das as suas declarações), *commettendo-se ás mesas da inspecção, e na falta d'ellas aos ouvidores das comarcas, e onde os não houver, aos juizes de fóra a apresentação dos fallidos, sendo matriculados na junta do commercio, • alvará de 29 de julho de 1809, § 1. No § 2 se manda que os presidentes das mesas, ou os ministros referidos, tirem logo devassa dos verdadeiros motivos da fallencia, recebendo denuncias, annunciando a quebra por editaes, remetendo a devassa, sem a pronunciarem á junta do commercio, com o auto do estado da casa, cabedal dos fallidos, e credito que merecem os livros, deixando de tudo traslado. No § 3 se determina que o fallido deve apresentar na quebra um livro *diario* na fórma do citado alvará de 13 de novembro de 1756, § 14, bem que sem precisão de ser numerado e rubricado.*

§ 511

Pelo alvará de 8 de agosto de 1811 foi ampliada ao reino de Portugal e dos Algarves toda esta legislação, *verificando-se ser o fallido matriculado na junta do commercio, • as devassas se incumbiram aos corregedores das comarcas, e aos juizes de fóra nos logares onde não residirem os corregedores, e aonde não houver juizes de fóra, aos mais vizinhos, remetendo os autos pelos primeiros correios á mesma junta do commercio para n'ella serem sentenciados, etc.*

• Das expressões *sendo matriculados na junta do commercio* se infere que quanto aos mais negociantes fallidos, não matriculados na junta do commercio, se elles não fazem cessão de bens para se mostrarem de boa fé, na fórma que exporei na divisão terceira, se deve praticar contra elles o procedimento da Orden., L. 5, T. 66, signanter § 9, mandada observar no dito alvará de 13 de novembro de 1756. E se elles se offerece logo a fazer concurso geral com cessão de bens, na fórma que exporei na dita divisão, prevenindo esse procedimento e justificando-se, não evitarão a determinada devassa (como não evitam os matriculados na junta), e

d'esta no nosso reino dependerá principalmente serem ou não fallidos de má fé, se se não justificarem na forma do § 8 da dita Orden., só com a differença de se não remetter o processo á junta do commercio.

§ 512

Finalmente: Os negociantes fallidos que se delatam com cessão de bens, inventario d'elles jurado, livros, etc.; os que são julgados de boa fé: elles depois de haverem sido excutidos na fórma do dito alvará de 13 de novembro de 1756, o mesmo alvará no § 23 os declara como civilmente mortos; e por extinctas todas as acções que contra elles podessem competir a seus crédores até o tempo da final determinação sobre a partilha dos dinheiros, productos de seus bens e, que depois d'esta sejam havidos, como se civilmente resuscitassem, para livre e desembaraçadamente traficarem e commerciaarem, como uma nova pessoa, que antes da dita resurreição civil não houvesse existido no mundo.

§ 513

Tal é (§§ 500 até 512) a especial legislação a respeito dos negociantes fallidos que se delatam, que fazem cessão de bens, etc., e a respeito do concurso de preferencias dos crédores sobre os bens d'elles, sua gradação, etc. E em geral é bem facil ver o quanto este concurso de preferencias differe de todos os mais. Em especial, aqui não é necessario que os crédores se habilitem com sentenças e penhoras contra, e nos bens do devedor common, mas basta que as justifiquem *legitimamente*; aqui não ha processo formal com artigos e contestações, mas um processo summario e de plano, sem figura de juizo; aqui não ha preferencia por prioridades de hypothecas, ou por privilegios, mas (á excepção dos casos referidos a § 505) todos entram em concurso por um rateio mercantil (§ 503); aqui se salvam 10 por cento ao fallido de

boa fé, favor que não tem nos mais recursos, aonde apenas se lhe deixam os vestidos do uso e instrumentos dos seus officios. Aqui ficam extinctas todas as dividas de preterito, a que não chegassem os bens do fallido; e elle livre de as pagar, aindaque venha a melhor fortuna, o que assim não é nos mais devedores que fazem ou não cessão, e cujos bens se executem em concursos de diversas especies; aqui o custo dos juro se suspende (e no de que vou fallar na seguinte divisão), mas não nos outros particulares, etc.

DIVISÃO III

O que é especial no concurso, que qualquer outro, não negociante, fallido de boa fé offereça e faz, vendo-se carregado de dividas, e antes de executido, requerendo do seu proprio juiz, que com cessão de bens se convoquem e cite todos os seus crédores, para entre si disputarem a preferencia, nomeando-se curador e administrador aos bens, durante o concurso, etc.

§ 514

Um devedor de boa fé, que se vê carregado de dividas; elle antes de executido e vexado pelos seus crédores, póde comparecer perante o juiz do seu domicilio, expondo em seu requerimento, que para evitar as quotidianas molestias e instancias de seus crédores, lhes dimitte todos os seus bens, direitos e acções, relatados na lista que apresenta, e quer jurar verdadeira, para que por elles se satisfaçam seus crédores, conforme as suas prerogativas, nomeando a todos os mesmos crédores, e pedindo se cite, para justificarem as suas dividas e disputarem as suas preferencias e graduações, Salgad., in *Labyr. Credit.*, P. 1, C. 1, n. 6 e 7; o menor, a republica, qualquer universidade, póde requerer se proceda em seus bens a este concurso geral, Salgad., n. 49; independente das solemnidades necessarias para a alienação de seus bens, Salgad., supra, § 2, tot.; o herdeiro a beneficio de

inventario, e curador da herança jacente, Salgad., C. 2, § un., Cod. Civ. do Imp. José II, § 73.

• Como o devedor que se sacrifica a este concurso se mostra pobre, pôde pelo privilegio da Orden., L. 3, T. 5, § 3, require-lo na correição do civil da côrte, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 2, n. 28 e 43. E tendo em seu favor muitos juizes, pôde eleger ou o do seu domicilio ou qualquer outro, Salgad., dito C. 2, Cod. Civ., supra.

§ 515

Para se formar validamente este concurso universal e preventivo pelo devedor contra os crédores, é preciso: 1.º, que o requeira em um dos seus proprios juizes; 2.º, que junte um inventario de todos os seus bens moveis e raiz, direitos e acções, verdadeiro e firmado com seu juramento, sem occultar dolosamente alguns, sob pena de não lhe valer, e sem a minima simulação; 3.º, que em uma lista nomeie todos os seus crédores e as quantias devidas a cada um, para pelo calculo se ver se é ou não solvavel; 4.º, que tambem esta lista seja jurada, não sendo obrigado confessar a verdade d'essas dividas, mas só que n'essas quantidades as pretendem os crédores; 5.º, que esses crédores todos certos se citem em pessoa, como partes formaes no concurso sobre os bens do devedor, não bastando citação por proclamas e editos; e se de alguns não tem certeza o devedor, se citam por editos; e pôde comminar-se aos crédores, que não comparecendo no termo assignado ficarão abandonados: • não concorrendo simultaneamente estes requisitos, é nullo o tal concurso. Tudo assim largamente prova o mesmo Salgad., Cap. 1, tot., e no Cap. 8.

• Só perdem o direito da prelação mas não o das suas dividas, Salgad., supra, P. 1, C. 8, a n. 4, 15 e 16. *Quid.* quanto aos que comparecem mas tarde? V. Salgad., P. 1, C. 8, a n. 8, Solan., Cog. 49, a n. 37.

§ 516

Esta especie de concurso universal com estes requisitos é praticado em toda a Hespanha, Salgad., dito C. 1, e § 2, n. 45. O imperador José II no seu Cod. Civ. no § 74, o admite a todo o devedor que comparece, dizendo-se insolvel, no juizo do mesmo devedor, ut § 72; annuncia-se por editos comminatorios e termos fixos, quanto aos crédores incertos, e os certos se citam em pessoa; procede-se a inventario, nomeia-se administrador dos bens e curador ad lites; Cod. Civ., supra, a §§ 76, 78 e 79. Se não comparecem, são privados dos seus direitos, conforme o mesmo Cod., § 99 (sed declara ut supra, Not., ao § 515), menos nos casos que exceptua o mesmo Cod., § 100. Uma vez citados a requerimento do devedor, não pôde este jamais retratar o concurso, menos que não satisfaça todos os crédores, Salgad., in *Labyr.*, P. 3, C. 16.

§ 517

Este é aquelle concurso *universal individuo* requerido pelo devedor; a esse juizo se devem avocar todos os crédores e todas as causas pendentes (excepto o fisco), Cod. Civ., supra, § 77; Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 2 e 3, e C. 4; o juiz do concurso as pôde avocar, Salgad., C. 5; a qualquer outra acção ou execução, que em outro juizo se proponha contra o devedor, obsta a excepção *concursum pendentis*, Salgad., C. 4, § 3, a n. 5, que se pôde oppor em qualquer parte do juizo, Salgad., P. 2, C. 2, n. 66; para não responder n'este juizo não ha privilegio, nem a favor da igreja, nem do clerigo, nem do menor, nem do estudante, Salgad., P. 1, C. 6 (e quanto ao estudante adde Peg., Tom. 13, ad Ordin., L. 3, T. 12, § 1, n. 12); e dimittido com pagamento o fisco torna a causa a esse juizo (§ 499). Id. Salgad., C. 1, a n. 42, *ubi ad omnia* (se aqui tem logar o privilegio da conservatoria dos inglezes, e outros taes nos termos dos assentos de 25 de

fevereiro de 1791 e 17 de março de 1792: tu cogita). A citação d'elles para o concurso não é *arctatoria*, ex Salgad., supra.

§ 518

Os crédores são aqui citados para dois fins: 1.º, para que provem e verifiquem as suas dividas nos termos assignados; 2.º, para que entre si disputem as preferencias e graduações, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 3, a n. 7, Cod. Civ. do Imperador José II, §§ 82 e 83, Boehm. ad Pand., Exerc. 88, § 2; aqui (em differença de outros particulares concursos) não é preciso que os crédores se habilitem com sentenças e penhoras; este juizo é como um juizo novo entre os crédores, e ordinario entre elles; se a alguns competia contra o devedor a via executiva, esta aqui perde a sua natureza; se algum já tinha sentença ainda em contradictorio contra o devedor, não prejudica aos mais; todos entre si disputam mutuamente a verdade e realidade das dividas uns contra outros, arguindo todos os seus defeitos; é um pleito debatido entre os crédores, um pleito ordinario, etc. Veja-se Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 3, a n. 12, e no C. 16, em todo, Cod. Civ., supra, § 83; uma só sentença decide da prova e verdade das dividas, e da graduação dos crédores, Salgad., d. C. 16, a n. 50. A sentença n'este caso é appellavel por qualquer crédor em ambos os effeitos, por ter sido ordinario o juizo, e pelas mais razões que dá Salgad., dito C. 16, a n. 64, em differença do concurso simples dos crédores, incidente na execução principiada por um só (de que tratarei na divisão 9.ª), em que ha o diverso direito de que Salgad., supra, n. 75, e de *Reg. Prot.*, P. 2, C. 7, a n. 127. No systema do Cod. Civ., citado a § 98, primeiro se provam as dividas e julgam as classificações dos crédores.

Nota: O mesmo Salgado, P. 2, C. 2, recapitulou as especialidades d'este concurso em differença dos mais; quaes 1.ª, admitir-se novo lanço na hasta em favor dos crédores; 2.ª, poder o devedor eleger para o concurso dos seus crédores a correição do civil; 3.ª, ou no juizo do seu domicilio; 4.ª, se

entra o fisco e leva a causa ao seu juízo, pago elle, volta o processo ao primeiro juízo; 5.^a, não poder declinar-se pelo estudante ou outro privilegiado; 6.^a, a união de todos os processos ou pretensões dos crédores; 7.^a, ficar o devedor sem acção alguma, nem liberdade de pagar ou alienar; 8.^a, serem aqui admittidos de presente os crédores que só o eram *in diem*, ou debaixo de condição; 9.^a, tambem os censuarios a repetir os capitães dos censos remiveis; 10.^a, em falta de lançadores receberem os crédores os bens em pagamento; 11.^a, expirarem logo todas as procurações antecedentes do devedor; 12.^a, retratarem-se as arrematações, logoque os lançadores não depositam; 13.^a, a excepção *concurso pendens*, obsta a toda outra acção contra o devedor, etc., etc.

§ 519

As utilidades que resultam ao devedor, que assim voluntario faz concurso com cessão universal, e assim requisitada não são poucas, em differença dos que, quando já vexados e executados, e sem aquella formalidade de concurso, fazem cessão de bens; poisque (1.^o) o devedor de que estou tratando, faz a cessão em liberdade, não é preso durante o concurso, quando aliás os mais devedores que querem fazer cessão de bens são presos, requerendo-o algum crédor, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 1, a n. 10; (2.^o) elles são exceptuados do procedimento criminal por devassa a que proceda contra elles o juiz como fallidos, porque a Orden., L. 5, T. 66, § 9, só mandou pôr devassa contra os negociantes fallidos, e nem ainda é praticavel no caso do § 10 da dita ordenação; (3.^o) logoque se forma este concurso universal, cessa o curso das usuras, como largamente demonstram Salgad., *in Labyr.*, P. 4, C. fin.; (4.^o) os devedores que têm privilegio em direito, *ne conveniantur ultra quam facere possunt*, são aqui providenciados com alguns alimentos, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 24, expondo a n. 118 o que, para se arbitrarem, se deve ter em contemplação e calculo; (5.^o) não são obrigados reconhecer a verdade das dividas dos crédores que dão em rol, nem confessa-las, em differença

dos que fazem cessão de bens, que são obrigados confessar-las verdadeiras, Salgad., P. 1. C. 1, n. 23 e 24, e n. 26; (6.º) não é necessario que o devedor chegue a ser demandado; antes de o ser póde requerer este concurso, Salgad., C. 1, a n. 46.

• É sem effeito o tal concurso, ou se o devedor occultou alguns bens sem os metter no deposito, ou se fáltou algum dos mais requisitos, Salgad., dito C. 1, n. 46, e a n. 45; e consequentemente não gosa d'aquelles beneficios, *imo* pela occultação de bens deve ser preso e não lhe vale a cessão. Isto podem *ante omnia* objectar os crédores, quando convocados a juizo pelo commum devedor á vista do inventario e processo, etc. Vid. § 489.

DIVISÃO IV

• O que é especial no concurso de crédores
a que se procede quando o devedor commum, tacita ou expressamente,
lhe cedeu os bens

§ 520

«Debitoris decocti fuga habetur pro dimissione bonorum creditoribus, quæ a Judice sequestrantur, et apud Administratorem deponuntur, et curator ad litem absentii, et fugitivo nominatur, cum quo acta geruntur, et creditores certi citantur, et quoad incertos publica proclamata fiunt, et inter omnes *el pleito de acreedores* formatur et usque ad finem prosequitur, ac si fallitas præsens foret, ut communiter, et quotidie practicatur.» Ita Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 1, a n. 51.

§ 521

Se o devedor é vexado e executado por alguns crédores, elle por via da regra • póde fazer cessão de bens a todos os seus crédores, mas em prisão, requerendo-o alguns, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 1, n. 5 e 10; elle

deve confessar as dividas de todos os que chama, e que ainda não têm sentenças, e os chama não para verificarem as suas dividas, mas para entre si disputarem as suas prelações, Salgad., n. 24, 25 e 26; elle deverá logo dar um balanço e relação de seus bens e dividas activas com juramento; deverá relatár seus crédores e requerer a citação d'elles, e obrigar-se a indemnisar os crédores de tudo o que faltar para a sua plena satisfação, a todo o tempo que venha a melhor fortuna, Cod. Civ. do Imperador José II, a §§ 376 e 379, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 33, Salgad., supra, et C. 4, n. 7.

• Só aquelle que por infelicidade, e sem alguma culpa da sua parte se achar fóra do estado de pagar suas dividas terá a faculdade de fazer esta cessão e concurso, e não o fugitivo, o que se occulta, o que não póde verificar que só por infelicidade se reduziu á insolvabilidade; nem o que depois de insolvavel contrahiu novas dividas, nem o doloso e fraudulento, Cod. Civ. do Imperador José II, § 383. Elle para evitar a prisão ou ignominioso da cessão deverá antes de citados os interessados, justificar que os seus negocios foram desarranjados por infelicidade; dando ao mesmo tempo uma veridica especificação de todos os seus bens, dividas activas e passivas, Cod. de Sardenha, L. 3, T. 33, § 6.

§ 522

Esta é outra especie de cessão de bens e de concurso, em differença do universal (Divis. 3). Aqui não é necessario se cite em geral todos os crédores, mas só os que vexam o devedor que faz a cessão, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 1, n. 53, bem que não fica prejudicando aos direitos dos não citados, ut optime et omnino videndus Fontan., de *Pact. Nupt.*, Claus. 5, Gloss. 8, P. 8, a n. 35, cum seqq., Solan., Cog. 49, a n. 35, Silv. ad Ordin., L. 4, T. 6, ad princ., a n. 15, Boehm., ad Pand., Exerc. 88, § 8; a este concurso particular tambem se cumulam os processos já pendentes, e se avocam dos juizos em que existem, e tambem se forma um juizo novo entre os crédores citados,

Salgad., P. 1, C. 4, a n. 6, os quaes disputam mutuamente as dividas e preferencias, *ad omnia* Boehm., ad Pand., Exerc. 89, § 2; quando se trata d'este concurso entendo eu os assentos de 15 de fevereiro de 1791 e 17 de março de 1792, para se poderem avocar aos juizes conservadores das nações privilegiadas quando é crédor ou devedor algum estrangeiro, que tenha conservador e gose do seu privilegio.

DIVISÃO V

Ô que é especial no concurso que entre si fazem os crédores, ou para conceder inducias ou remissão parcial ao commum devedor

§ 523

Este concurso tem as especialidades que muito bem expoz o doutissimo Pereira e Sousa, nas *Primeiras linhas sobre o processo civil*, Not. 294, e eu commentei nas *Segundas linhas*, e debaixo da mesma nota; que este concurso o é propriamente, e em que differe dos mais concursos se poderá ver em Boehm., ad Pand., Exerc. 88 e 89, ao que tudo me remetto, e melhor ao Cod. Civ. do Imperador José II, a § 367.

DIVISÃO VI

Concurso que os crédores podem requerer elles mesmos contra o devedor fallido, que es não preveniu com cessão, citação e chamamento

§ 524

Os crédores elles mesmos, ou alguns d'elles, vendo insolvel ao commum devedor podem provoca-lo, a que faça cessão de bens e concurso geral; o devedor se pôde oppor a este ignominioso procedimento; mostrando a sua solvabilidade, e é isto uma questão *prejudicial*, que até a sua decisão suspende o effectivo concurso, Boehmer., ad Pand.,

Exerc. 88, § 2. «E quando a abertura do concurso (diz o Cod. Civ., § 74), for demandada por um ou muitos crédores, sem que ahi se manifeste, que a demanda é mal fundada ou que ella não tende mais que a vexar o devedor, o juiz deverá para o exame do caso fixar o dia o mais breve que for possível, e ordenar ao devedor que, ou accomode e pacifique os crédores que tiverem demandado o concurso, ou formar e apresentar no dia fixo o seu balanço activo e passivo, isto é, o estado de seus bens e de suas dividas (§ 75), se o devedor não tem apaziguado devidamente os crédores que tiverem demandado o concurso, ou se elle não comparece ao dia assignado, ou se elle não apresenta ahi o seu estado ou balanço activo e passivo, ou enfim se elle não faz devidamente constar que elle está em estado de satisfazer a todos os seus crédores, o concurso deverá abrir-se sem mais demora».

Este concurso assim requerido pelos crédores, e n'estas precisas circumstancias decretado pelo inagistrado, se regula pelas mesmas regras do concurso universal pelo devedor, de que tratei na divisão terceira, como se nota no mesmo Cod. Civ. desde o § 76, sem differença alguma; só a de fazer-se aqui ao devedor um sequestro nos seus bens, em lugar do inventario jurado que elle deve dar, quando requer voluntario o concurso.

DIVISÃO VII

Especialidades no concurso de crédores, que a mulher casada por contrato convoca para fazer assegurar o seu dote

§ 525

É propriamente juizo de concurso de crédores aquelle em que a mulher casada por contrato, vendo seu marido caminhar á fallencia, e sem segurança o seu dote, convoca os crédores d'elles, para com a sua audiencia, e disputa sobre a fallencia do marido ou vergencia á pobreza, e usando do seu privilegio, pretende paga ou assecuração do seu

dote, Leyser., *ad Pand.*, Spec. 317, Med. 1, Boehmer., *ad Pand.*, Exerc. 88, § 2.

Nota: Aindaque a mulher casada por contrato pôde, nos casos que referi a § 287, embargar como terceira a execução feita nos bens dotaes, ou do marido reduzido á pobreza para salvar o seu dote precipuo; aindaque a L. de 20 de junho de 1774, § 40, dá privilegio de preferencia á mulher a respeito do dote estimado (que é o mesmo que vendido ao marido e ficar dotal o preço da estimação, ex Bagn., C. 22); aindaque ella, independente de convocar os crédores, pôde separadamente demandar o marido para que lhe assegure o seu dote (§ 290); comtudo é mais providente cautela fazer juntamente convocar para esse fim os crédores do marido. Mas ha ahi as differenças já expostas no § 290, e sua nota. Os crédores poderão objectar algum dos casos referidos a § 219, em que a mulher é obrigada pelas suas dividas, e não ter em consequencia prelação a segurança do dote com abandono d'elles; poderão objectar alguns dos mais casos em que cessa privilegio do dote, que refere Costa, *de Privileg. Credit.*, Reg. 2. Ampl. 6. Conf. Stryk., Vol. 12, Disp. 12, *Prælatione Dotis Fisci*, Cap. 2, a que me remetto, dispensando-me de uma extensa digressão.

DIVISÃO VIII

O que é especial no particular concurso de que trata a Orden.,
L. 4, T. 6, no princip., e § 1

§ 526

Sobre a fórma e effeitos do concurso particular nos termos d'esta Orden., escreveram largamente Silv., no seu commentario, e Solan., na inteira cogitação 49. Dos dois, Silva extravaganceou do caso, da letra e do espirito d'esta Orden., variando para decidir casos diversos; Solano tocou mais a lei, e penetrou o seu fundo; da lei pois e de Solano deduzo os seguintes especiaes n'este particular concurso.

§ 527

1.º Que o comprador da cousa, que a conjectura sujeita a alguma hypotheca e segurança de divida ou di-

vidas que o vendedor deva a alguns crédores, póde recorrer ao juiz, para que lhe mande consignar e depositar o preço da compra em juizo, nomeando-lhe depositario; e que se cite os crédores presentes no lugar do juizo em pessoa, e os absentes por editos; aquelles para que em seis dias, e estes até trinta, compareçam perante o mesmo juiz a propor e allegar seu direito ou hypotheca que tenham na causa assim comprada, com a comminação de passar livre da hypotheca ao comprador, e se entregar ao vendedor o preço depositado.

2.º Que estes suppostos crédores presentes e absentes hão de ser certos, e não incertos e ignorados, porque o mesmo § 1, tanto quer que ainda os absentes sejam expressamente nomeados nos editos, que diz; Segundo a distancia dos logares, *onde tiver por informação que os crédores são moradores*. Tal informação não póde haver quando são totalmente incertos e ignorados pelo comprador e juiz os crédores; e só está aqui o mysterio da lei, em attenção a brevidade que exige o caso, citarém-se, contra o regular, por editos os crédores certos, moradores nos logares certos. De fórma, que os seus proprios nomes e os logares da habitação se devem declarar nos editos, Silv., ad Ordin., L. 4, T. 6, in pr., n. 14, 15 e 16.

3.º Que a lei para este concurso particular sobre o preço da cousa vendida chama e faz vir os crédores citados, quaesquer que elles sejam, ao juizo do territorio, aonde a venda foi feita; considerando ao comprador, que requereu e fez o deposito, como um réu *coacto*, que previne a futura demanda com o mesmo deposito, ex Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 2, e como por argumento do todo para a parte, não admittindo aqui declinatoria, que aliás se não admittie no concurso universal (§ 517).

4.º Que accusadas as citações e assignados os termos legais, se os crédores não comparecem são lançados, e se entrega o preço ao vendedor; se comparecem alguns, e não outros, se lançam os que não comparecem, e entre

os que comparecem se forma por artigos o seu concurso, dando-se vista ao *vendedor* para os contestar, Solan., Cog. 49, n. 21 e 22. Se elle (que a mesma Orden. manda attender, permittindo-lhe embargar) nega a divida ou dividas, suspende-se o concúrso até ser demandado ordinariamente, jazendo entretanto o preço em o deposito, Silv., ao mesmo § 1, n. 7.

5.º Que se o vendedor confessa as dividas, e entra o concurso dos crédores, não é aqui necessario que se habilitem para elle com sentenças ou penhoras, como bem advertiu o citado Solan., a n. 8. Todos os crédores devem aqui ser ouvidos em um só processo, Solan., a n. 9, 11, 16 e 17. Se aqui se avocam autos, não pertence o processo ao escrivão da primeira penhora, mas ao do deposito, e que expediu o mandado ou precatorio para as citações, Solan., n. 19.

6.º Que n'este concurso deve cada um mostrar *claramente a sua divida* (palavras da lei), e o juiz deve julgar o preço depositado *áquelle que melhor direito tiver, porque deva preceder aos outros* (isto está conforme as regras das preferencias, que ao diante veremos), Solan., n. 23 e 24, Silv., n. 8.

7.º Que se os crédores assim citados não comparecem, e a cousa vendida passa livre ao comprador, entregando-se o preço ao vendedor, o unico resultado é perderem os crédores o seu direito da hypotheca, mas não o de demandar a divida ao vendedor, devedor seu, Solan., Cog. 49, a n. 29 e 37; bem como não perdem seu direito os crédores ignorados, e que como taes só foram citados por editos geraes, Silv., á Orden., L. 4, T. 6, in pr., n. 15 e 16.

8.º Que por mais que se pratique esta lei, não obsta aos que têm dominio na cousa assim vendida (ou ainda em hasta publica), Mor., L. 6, C. 13, n. 89, in fin., Solan., Cog. 50, n. 19, Silv., supra, n. 16, nem áquelle que n'esse predio tem a seu favor algum onus real, como fôro, censo, etc., Peg., 1, For., C. 3, pag. 156 e 157, Re-

pertor. da Orden., sub verb. *Comprador que compra alguma cousa obrigada*, etc.

9.º Que se esse predio estava tambem hypothecado expressa ou tacitamente á real fazenda, aindaque praticada a dita Orden., passa ao comprador livre da mais hypothecas, não passa livre d'aquella, Solan., Cogit. 50, a n. 21, Regim. da fazenda, C. 156 e 196.

DIVISÃO IX

Concurso incidente entre muitos crédores, que sem previa cessão do devedor, nem ser para esse fim citado, concorrem com diversas execuções nos bens d'elle, insufficientes para o pagamento de todos

§ 528

Este era o concurso particular de que tratava a Orden., L. 3, T. 91. Este é o mais frequente na praxe; é *incidente* entre os crédores, que cada um por sua parte ferverem sobre os bens dos devedores, sem serem alguns d'elles chamados pelos outros, nem pelo devedor common, Boehm., *ad Pand.*, Exerc. 88, §§ 8 e 13, Salgad., *in Labyr. Creditor.*, P. 1, C. 4, § 1. Este concurso é de inferior e diversa natyzeza, é um juizo particular em differença do universal; e aindaque pela opposição dos crédores induz *continencia e união das causas*, elle é só limitado aos crédores que entre si concorrem, nem a mais se estende nem a outros que litigam segregados sobre suas dividas em qualquer juizo, e só depois, pela mutua opposição aos bens do devedor, entra a *connexão da causa*, e o particular concurso de preferencias em um só juizo, Salgad., supra, dito C. 4, a n. 30, ad 37. Conf. Solan., Cogit. 50, a n. 30 ad 33, Boehmer., supra. O mesmo Salgad., C. 4, n. 53, argue aquelles que confundem a natureza do concurso *universal* com este *particular*, e os querem reger pelas mesmas regras.

§ 529

N'estes particulares concursos regulava-se a precedencia e preferencia dos crédores, não pelo privilegio de suas dividas ou prioridades de hypothecas, mas pela prioridade das penhoras, ex Orden., L. 3, T. 91. Os graves inconvenientes que da execução d'esta Orden. resultaram, foram o justo motivo por que a L. de 22 de dezembro de 1761, no Tit. 3, § 13, a revogou absolutamente, mandando que da sua publicação em diante *se não possam mais graduar as preferencias pela prioridade das penhoras, nem ainda a respeito dos crédores particulares*, etc. E á vista d'esta lei, longe de nós DD. Reinicolos, que escreveram na conformidade da dita Orden., L. 3, T. 91 que a estofaram, ampliaram e limitaram, junta á Orden., L. 4, T. 6, § 3, que debalde trabalharam conciliar. Tomaram os *particulares concursos* de que trato nova face, e nova e diversa natureza.

§ 530

Não é hoje preciso que o crédor concorrente se habilita com penhora feita nos bens do devedor, que para entrar em preferencia fazia precisa a dita Orden., porque pela prioridade da penhora é que ella dava a preferencia, não porque a penhora produzisse a favor do primeiro, que a fazia, o *penhor judicial*, como erradamente disseram alguns, mas porque a lei favoreceu assim a maior diligencia d'esse crédor, como demonstrei na nota ao § 478. Ainda menos é precisa a effectiva *filhada*, não bastando a nomeação de bens pelo devedor, para dar esta preferencia, como com outros defendeu Silva, e isto pelas rasões que ponderei desde o § 475 até 478. Pois se já a prioridade de penhora não é a que regula a preferencia, que importa que algum crédor sem fazer penhora entre no concurso? Ad quid penhoras sobre penhoras nos bens do devedor? O penhor *pretorio* por um fica *commum* a todos (§ 477).

§ 531

Tambem em consequencia posso afoutamente dizer, que n'este concurso particular nem ainda será preciso hoje que o crêdor se habilite com sentença obtida contra o devedor; porque *ideo* era ella precisa no tempo da dita ordenação, porque só a penhora regulava a prioridade da preferencia: e como sem sentença extrahida do processo, com os requisitos que expuz no Cap. 1, se não podia fazer a penhora que havia de regular a preferencia, vinha a ser *occasional* a sentença, como necessaria para essa penhora que havia de regular a preferencia.

Nota: Em nenhuma das oito especies de concurso de que tenho fallado houve jamais lei que exija nos crêdores sentenças nem ainda penhoras; porque nenhum d'elles se regulava por esta Orden., L. 3, T. 91. No de que tratei na divisão vii houve uma opinião que exigia sentença a favor da mulher que requeria em concurso assecuração do seu dote; mas tal opinião é reprovada (§ 290). Como pois só se exigia n'este concurso pelas rasões ditas (§§ 530 e 531), e estas têm cessado inteiramente (§ 529), é consequente que sem sentença e só com instrumentos legaes das dividas podem n'elle entrar os crêdores, como assim terminantemente Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 4, § 1, n. 36, Boehm., *supra*. A lei de 20 de junho de 1774, nos §§ 43 e 44, sim menciona sentenças, mas para que fim? É bem obvio. Para que as sentenças de preceito sem plenaria disputa não se reputem como escripturas publicas que possam entrar na classificação dos §§ 30, 31 e 32, e só n'essa classe e como escripturas publicas possam entrar as obtidas em juizo contradictorio, bem como no concurso com a real fazenda as admite a lei de 22 de dezembro de 1761, T. 4, § 14. Este o fim por que e para que são mencionadas, e não porque indispensavelmente precisas com subsequentes penhoras para se poder entrar n'este concurso particular. A mesma lei de 20 de junho desde o § 31 confirma esta idéa, satisfazendo-se com a habilitação dos crêdores juntando as escripturas, isto é, com os artigos de preferencia que formarem. A Orden., L. 4, T. 6, § 3, nem ainda exigia esse protesto mais que para o fim de ir a deposito o producto da execução feita por outro crêdor, e se disputar sobre elle a preferencia (passando a cousa salva ao

arrematante); mas n'esta preferencia mandava que «*sejam ouvidos os crédores com seu direito sobre o preço*», sem aqui exigir sentença como não a havia exigido no outro caso do § 1 da mesma ordenação. Emfim que especialidade poderá haver n'este concurso para ser hoje precisa n'elle sentença com penhora, não sendo necessarias nas outras oito especies de concursos? Só sim serão precisas sentenças como titulos nos crédores da terceira classe, de quo vide § 625.

§ 532

Tambem n'este concurso particular não são precisos os editaes geraes, que as leis fazem precisos em outros, especialmente, como nos da 1.^a, 2.^a, 3.^a e 8.^a divisões; não devemos cumular solemnidades aonde as leis não as exigem, como diz o assento de 23 de julho de 1811; e que com effeito não são precisos n'este concurso particular, Boehm., *ad Pand.*, Exerc. 88, § 8, e o suppõe o citado Salgad., C. 4, a n. 30 e 53, junto o C. 8.

Nota: Sim vemos em Silva, á Orden., L. 4, T. 6, in princ. n. 27, uma praxe de editos depois da arrematação a instancia do arrematante, para que a coisa lhe passe livre de toda a hypotheca; mas o mesmo Silva diz abusiva e superflua esta praxe, porque conforme, a mesma Orden., § 3, a coisa arrematada em hasta publica só por isso passa livre de todas as hypothecas ao arrematante, independente de outra citação edital, ut optime, Moraes, *de Execut.*, L. 6, C. 13, n. 89. Ainda no concurso *geral* em que essa citação é precisa, só prejudica os que foram citados em pessoa, Solan., Cog. 49, n. 31. No particular os que não concorreram não ficam privados nem ainda do seu direito da hypotheca; e sempre lhe fica regresso sobre o preço da coisa arrematada, se tem preferencia ao crédor que aliás, não tendo preferencia, o recebeu. Veja Salgad., P. 1, C. 8.

§ 533

Só sim n'este concurso particular deve haver cumulação dos processos, não pelo seu *individuo universal*, mas pela *conexção e continencia das causas*, ex Salgad., in *Labyr.*

Credit., P. 1, C. 4, § 1, n. 37; e se no tempo em que vigorava a Orden., L. 3, T. 91, e n'esse concurso particular pertencia a cumulação dos processos ao escrivão que fez a primeira penhora, Peg., For., C. 5, n. 12, Solan., Cog. 49, n. 19, hoje que absolutamente cessa a dita Orden., deve pertencer ao escrivão que foi o primeiro a escrever em causa sobre o mesmo objecto contra o devedor, Salgad., supra, C. 4, a n. 38, bem como cessava essa opinião no caso da Orden., L. 4, T. 6, em que não havia penhoras, Solan., supra. Será muito util que os crédores concorrentes façam (ou o devedor mesmo) chamar a esse concurso os outros, e requerer a cumulação das execuções, para que se não exponham aos contingentes, *de quibus* Salgad., dito C. 4, §§ 2 e 3, e sejam depois vexados com novas preferencias (como ignorantes d'essas, ou como *res inter alios*) pelos outros mais crédores que as queiram, como mais privilegiadas, disputar com os que n'essas (em que não foram chamados) ficaram graduados, ex Salgad., P. 1, C. 1, n. 34. Quid, quanto aos inglezes e outros estrangeiros que têm conservadores, e de que fallam os assentos de 15 de fevereiro de 1791 e 17 de março de 1792; n'esta especie de concurso têm sem a menor duvida, e devem ter observancia os ditos assentos, para se poderem avocar estas causas aos seus conservadores.

§ 534

Reduzidos a deposito os dinheiros productos dos bens do devedor commum, e cumulados os processos, restam os artigos de preferencia entre os crédores; não vejo rasão para que aqui o ultimo que vem, seja o primeiro articulante, como quiz Solan., Cog. 49, n. 21 e 22, antes (abandonada aqui a praxe dos terceiros oppositores, quando muitos, praxe que escrevi nas *Segundas linhas sobre o processo civil*, nota 348), parece-me mais bem ordenado que o primeiro articule o seu direito, que o segundo o seu, contestando o do primeiro, que o terceiro o seu, contestando

o dos precedentes, *et sic deinceps*, depdis dê todos repliquem e tripliquem successivamente, poisque (á excepção da primeira e segunda especie de concursos, que nas leis têm ordem especial nos seus processos, ut § 486 e a § 500), em todos os mais se deve proceder ordinariamente, poisque os preferentes se podem mutuamente combater e digladiar, disputando-se ainda mesmo a verdade das dividas por mais que algum tenha sentença ou privilegio executivo (§ 518); e só um conhecimento plenario d'este pleito (*propriamente entre crédores*) é que póde chegar a descobrir a verdade; os crédores aqui revestem a pessoa do devedor para contestar a verdade das dividas (não estando na mão do devedor declarar a prelação de algum d'elles, ex Salgad., P. 1, C. 4, ex n. 64, e C. 16, tot. e C. 10, a n. 43), e para oppor todas as suas excepções, ex Salgad., *in Labyr.*, P. 4, C. 1 e seguintes; e concluida a disputa ordinaria sobre a verdade das dividas, e preferencia entre os concorrentes, tudo se termina em uma só sentença, conforme a classificação que passo a expor no seguinte.

ARTIGO II

Classificação dos crédores

Prenção geral

§ 535

Não trato aqui da classificação no concurso em que entra a real fazenda, nem no concurso sobre os bens do negociante fallido, porque se regulam inteiramente pelas particulares leis que ficam expostas desde o § 486, e desde o § 500 até 513; trato sim das classificações dos crédores nas outras especies de concursos *particulares*, sobre os quaes especialmente (e em geral para todos estes) legislou a lei de 20 de junho de 1774, como ella mesma declara no fim do § 30.

Pelo Constit. 28 do electorado da Saxonia se formam no concurso dos crédores as oito classes, que dizem Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 4, Thes. 2, Berlich., P. 1, Concl. 63. Na Austria se formam seis classes pelo Cod. Civ. do imperador José II, a § 87; eu sigo a nossa legislação, conforme a qual (exceptuados sempre os casos referidos a § 486 e a § 500), os crédores concorrentes se reduzem a tres classes; na primeira se classificam os privilegiados especialmente na lei de 20 de junho de 1774, desde o § 34 até 41, e pela determinação d'este § 41: «Todos os mais casos que por força da identidade de razão (Conf. Cost., de Priv. Credit., Præl. 1, n. 20) se acharem comprehendidos dentro no espirito dos acima exceptuados (a § 34), segundo as regras estabelecidas para assim se julgar, na minha lei de 18 de agosto de 1769, § 11». Na segunda se classificam, desde o § 31, os crédores pela prioridade de suas hypothecas especiaes ou geraes, contrahidas por escripturas publicas, etc., até o § 33; na terceira classe se collocam os mais crédores não privilegiados. Esta é a mesma classificação, que, depois de enumerar as varias especies de crédores, estabeleceu Domat., L. 2, T. 1, Sect. 5, pag. 183, Art. 34, ut ibi:

«Resulta de todas as regras precedentes, que entre os crédores ha tres ordens. A primeira dos *privilegiados*, que precedem todos os outros, e vão entre elles *segundo as distincções das suas preferencias*; a segunda dos *hypothecarios*, que têm a sua ordem depois dos privilegiados, *segundo as datas das suas hypothecas*; e a terceira dos *chirographarios*, e outros puramente *pessoaes*, que não sendo distinctos, nem por privilegio nem por hypotheca, *vem por esta razão em concorrência e em contribuição ou rateio*».

Nota: Não entram em classificação alguma os senhores dos bens que os devedores detinham em nome d'elles, porque antes de outra classificação se deduzem dos bens dos devedores, salvos e precipuos, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 8, n. 38,

Berlich., P. 1, Concl. 64, a n. 1, cum seqq., Cod. Civ. do imperador José II, a § 86; e quando não se sepãrem e se arrematem, sempre ao proprietario fica salvo o direito da reivindicação, Berlich., supra (§ 527, * 8).

CLASSE I

Exornação do § 34, da lei de 20 de junho de 1774,
juntos aos §§ 35 e 36
Privilegiados que preferem a todos os hypothecarios

§ 537

N'estes §§ 34, 35 e 36 dá a lei o direito da primeira prelação: 1.º, ao crêdor, que concorrer *com materiaes ou dinheiro* para a *reedificação, reparação ou construcção dos edificios*, para que *a respeito das bemfeitorias* seja primeiro graduado que outro *qualquer crêdor*, a quem o solo ou edificio antigo tenha sido geral ou especialmente hypothecado; 2.º, ao que concorreu com *materiaes ou dinheiro* para se *refazer a nau, navio ou outra qualquer embarcação*, em concurso de outro crêdor mais antigo, que n'este caso deve ceder ao outro crêdor que com seus materiaes e dinheiros restituiu *e fez salva a causa da hypotheca*; 3.º, ao que concorreu com os *seus dinheiros* para se romper e reduzir á cultura qualquer paul ou terra inculta, para que *a respeito das bemfeitorias* seja primeiro graduado que outro qualquer crêdor, *por mais antigo e privilegiado que seja*. Confiram-se o alvará de 12 de maio de 1758, § 11 (V. § 507, na nota), e o alvará de 24 de julho de 1793, § 1 (V. § 507). Conf. Coccey, *Jus Civ. Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 13.

NOTA I

§ 538

Como o rei pôde perverter a ordem de preferencia estabelecida no direito romano, denegando-a a uns, e con-

cedendo-a a outros, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 5, n. 21, e Disc. 21, a n. 23, Rocc., *Selectar.*, C. 131, n. 36, já aqui notámos, que preferindo pelo direito romano o dote de todo o crédor, que concorria com dinheiros ou materiaes para refazer, conservar ou recuperar a cousa, Cost., *de Priv. Credit.*, Reg. 2, ampl. 5, a n. 26, Cancer. 1, Var., C. 9, n. 7 e 8, Gait., *de Credit.*, e outros, com os quaes Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 334 e 320; a nossa lei abandonou aqui qualquer outro crédor anterior hypothecario, *por mais antigo e privilegiado que seja*, e seguiu a opinião de Amat. Var., Resol. 3, a n. 23.

NOTA II

§ 539

Supposto que pela nossa lei compita a primeira prelação a esses crédores referidos no § 537; comtudo: «*Ut tale privilegium competat, debet pecunia esse expresse data in causam refectionis, et conservationis, vel elevationis domus cum nova fabrica: Debetque simul probari versio pecuniæ creditæ in causam refectionis, conservationis, vel meliorationis, ita ut cum pecunia credita pignoris causa salva facta sit, vel aucta, Conf. Egid., in L. ex hoc jure, P. 1, C. 7. n. 57.*» Constantin., supra, Art. 2, a n. 209. Conf. Rocc., *Select.*, C. 100, n. 22, e C. 138, n. 2; bem que, como continua o mesmo Constantin., n. 213: «*Sat est, quod probetur versio præsumptive, et adminiculative in causam expresse; deductam ex brevitatem temporis inter receptionem pecuniæ, et refectionem, vel emptionem rei, et ex qualitate debitoris, qui verisimiliter aliunde pecuniam erogatam habere non potuit.*» Conf. Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 1, n. 12, e Disc. 15, n. 5: «*Prouit probatur versio (continua Constantin., n. 215), ex quo ostendatur navim, domum vel aliam rem eguisse refectione, et fuisse reffectam.*» Conf. Pignat. Cons. For., Cent. 1, C. 26, n. 10, optime, et ad omnia, Amat. Variar., Resol. 3, a n. 57, *omnino videndus.*

Confirmam-se Stryk., *Us. mod.*, L. 12, T. 1, § 74, aonde que a versão do dinheiro para alguma causa admite prova conjectural; imita-se Antonell., *de Temp. Leg.*, ex L. 1, C. 53, aonde que a *identidade* do dinheiro empregado também se prova por conjecturas que ahí diz.

§ 540

Adverte mais o mesmo Constantin., n. 215: «Quod talis praelatio competit tantum, quantum apparet refectionem fuisse necessariam; et pro ea summa, quæ fuit excessiva, et non erogata in causam refectionis, nullum competit privilegium praelationis». Conf. Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 3, n. 13 e 14, Amat. Var., Resol. 3, n. 63, *ubi optime*; negaram muitos DD. esta prelação, quanto aos juros, quando para aquelles fins se empresta o dinheiro a juro, Rocc., *Select.*, C. 100, n. 23 e 24, plures apud Amat., supra, n. 73; porém que a mesma prelação compete também pelos juros se segue *in judicando*, Amat., supra, n. 73, Berlich., P. 1, Concl. 66, a n. 8, Constantin., supra n. 217 e 218, Pignatell., supra, n. 2. Quid se ao tempo do concurso não existem já essas bemfeitorias? V. Domat., pag. 180, Art. 8, Egid., supra, n. 57.

Este (§ 540) é a meu ver o espirito da lei nos tres paragraphos, porque só attendeu o despendido *necessariamente*, e não o superfluo, nem o que, pedindo-se com excesso para esse fim, se não despendeu todo, mas só parte, distrahindo o devedor o mais dinheiro pedido em outros fins. Deve portanto o crêdor, que n'esses casos e para esses fins concorre com dinheiros, ser providente e acautelado, informando-se com peritos sobre o necessario para a obra, fazer um deposito ou fazer pagamentos da sua mão aos obreiros e aos que subministram os materiaes; de outro modo se sacrifica a carcer do privilegio no excesso que o devedor lhe pedir, e necessariamente não empregar Constantin., supra, n. 215, Rocc., *Select.*, C. 138, n. 3, Amat., supra, a n. 53. E pelo que respeita á prelação pelos juros; a nossa lei n'estes tres §§ não se explicou pela palavra *emprestimo*, mas pelas genericas palavras *concorreu com dinheiro*; e assim devemos seguir a

mais provavel opinião, que dá prelação também pelos juros. Os mesmos requisitos, *que conste da necessidade das despesas, e que os dinheiros sejam empregados n'ellas*, exige o C. de Sardenha, L. 5, T. 16, § 5.

Elucidação de § 57 da mesma lei

§ 541

Este § dá também a primeira prelação ao crédor *que emprestar* o seu dinheiro para a compra *de qualquer fazenda*; para que constando da mesma escriptura do emprestimo *que elle se fez com esse destino*, e verificando-se a compra posterior, prefira o crédor *a respeito sómente das fazendas compradas* a outro qualquer crédor, posto que tenha hypotheca geral ou especial.

NOTA I

§ 542

Aqui suppõe esta lei que a hypotheca geral ou especial póde comprehender os bens futuros, como com effeito póde comprehender por direito romano, ex L. 1, ff. *de Pignor.*, L. fin., Cod. Quæ res pign. obl. poss., Mant., *de Tacit. et amb. Conv.*, L. 11, T. 4, latissime Merlin., *de Pignor.*, L. 2, T. 1, Q. 1, tot.; poisque, a não ser assim, mal se poderiam comprehender na hypotheca anterior, geral ou especial, os bens que o dévedor comprasse depois com dinheiros tomados de emprestimo.

NOTA II

§ 543

O alvará de 24 de julho de 1793, § 1, para conceder esta prelação e precipua nos concursos dos bens dos fal-

lidos, não exige tão escripturalmente essa expressão (§ 541) na escriptura do emprestimo, *que elle se faz com esse destino*; e se satisfaz com a extrinseca prova da concorrência dos dinheiros pelo crédor para a compra das casas ou outras fazendas do fallido. O moderno Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, § 4, também não exige *pro forma* tal expressão na escriptura, porque se explicou n'esta simplicidade: «Aquelles que emprestarem dinheiro para comprar alguns bens immoveis, e que não tiverem estipulado particularmente uma hypotheca-especial sobre os bens, *que constar terem sido adquiridos com os seus dinheiros*, não gosarão menos, e por preferencia de hypotheca privilegiada sobre estes bens, como se elles a tivessem expressamente estipulado». Este código abandonou aqui aquella seguida opinião, conforme a qual: «Credens pecunias ad emendam rem, ad hoc, ut possit frui privilegio prælationis in re empta ex suis pecuniis, debet *expresse* sibi cavere de hypotheca super re: secus est in illo, qui credit pecunias ad refectionem rei, qui absque alia reservatione hypothecæ acquirit prælationem, *ex quo pignoris causam salvam fecit*». Assim com Gracian., *Flor. de Men.*, Haberkon., *de Concurs. Cred.*, e outros, Constant., *de Stat. Urb.*, Annot. 30, Art. 2, n. 220: assim na França Domat., pag. 182, Not., ao Art. 22.

§ 544

Em que consiste pois o mysterio do dito § 37, em exigir que conste da escriptura do emprestimo, *que elle se faz com esse destino* da compra dos bens? Qual será a razão por que não exigiu essa expressão nos emprestimos dados para os mais fins de que tratou nos §§ 34, 35 e 36? Eu penso que o legislador ou os consultados para esta lei (que no fim do § 30 declara respeitar sómente as execuções particulares), tiveram em vista a distincção, que, em interpretação da celebre L. *Interdum*, ff. *Qui pot. in pig.*, fizeram os DD., com os quaes o Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 15, n. 3, ut ibi:

«Ubi enim agitur de credito ex causa refectionis, vel *conservationis*, aliarumque expensarum juxta terminos text. in L. *Interdum*, ff. Qui pot. in pign., non incumbit mutuanti necessitas de solitudine hypothecæ specialis ipsius rei reficiendæ, vel *conservandæ*, quinimo neque generales, quoniam etiam sine ea competit prioritas: Secus autem in altero casu *mutui ad rem emendam*, juxta terminos alterius L. *Licet*, Cod. Qui pot. in pign. hab.; quoniam tunc ultra duo requisita, utrique casui communia, *mutui* scilicet *in ipsam causam specialem*, et *versionis* requiritur etiam *hypotheca specialis ipsius rei emendæ*. V. Egid. in L. *Ex hoc jure*, P. 1, C. 7., sub n. 58 e 59. (Hypotheca especial *ipsius rei emendæ*; que a lei houve por constituida por isso mesmo, que se exprimiu o destino do emprestimo, dispensando outra formalidade de estipulação).

§ 545

«Cessante igitur *requisito*, quod pecunia *expresse detur in causam emptionis rei*, pecunia transit in dominium debitoris, qui illam recepit, et non intrat privilegium prælationis, licet probaretur erogatio pecuniæ in causam emptionis. . . *Quando enim dans pecunias non exprimit causam emendæ rei*, superfluum est investigare, quid de pecunia actum sit, et in quam causam versa sit, *cum nulla tunc competat prælatio pro pecunia libere data*.» Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 206 e 207. Conf. Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 1, n. 11, Amat. Var., Res. 3, n. 49, junto n. 32. Esta hypotheca quando assim se constitue com expressão do destino do dinheiro mutuado e na forma d'este § 37, tem preferencia ao dote e a qualquer outro crédor, como dá idéa o mesmo § 37, e antes o firmava Amat., Resol. 3, n. 23, que assim o confirma com uma lei da sua nação e um caso julgado (Conf. § 538). Ella é cessivel com a sua prelação, e com o mesmo privilegio passa ao cessionario, Luc. in Specil., *de Cess. Jur.*, Q. 65, a n. 4.

NOTA III

§ 546

Não cogitou esta lei dos bens comprados com dinheiro dos pupillos ou menores; foi caso omisso n'ella, mas expresso na L. *Ideoque est*, ff. qui pot. in pign. hab. (lei subsidiaria em falta de lei patria expressa). Na conformidade d'esta lei, ha esta commun distincção: Que se qualquer cousa foi comprada por qualquer pessoa, que não seja tutor, com dinheiro do menor, fica tacitamente hypothecada, e o menor prefere pelo seu dinheiro em concurso dos crédores formado sobre os bens d'esse comprador, independente d'outra expressão na compra. Se porém foi comprada pelo tutor, fica na eleição do menor, ou reivindicá-la, como adquirido a elle o dominio, ex LL. et DD., cum quib. Cost., *de Privil. Cred.*, Rég. 1, Ampl. 8, a n. 1, Guerra, ad Ordin., pag. 44, n. 4, Cod. Freder., P. 2, L. 2, T. 4, Art. 1, sub § 29, ou em concurso dos crédores sobre os bens do tutor entrar em preferencia pela sua hypotheca com os mais crédores, Amat., Var., Resol. 3, n. 66 e 67, Coccey, *Jus Civ. Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 4. Quid nos bens comprados pelo marido com o dinheiro dotal empregado n'essas compras? Vide Cost., supra, a n. 14, Cod. Freder., supra, * *Lorsqu'un mari*, etc.

Como, no caso d'este § 37, se deva verificar a versão do dinheiro na compra para a qual expressamente se pediu emprestado (que é outro requisito do mesmo §), vejã-se os DD. citados no § 539.

Nota 4, a todos os §§ 24, 25, 26 e 27

§ 547

«Inter credentem pecuniam pro emenda re, et illum, qui credit pro refectiōe vel *conservatione*, quoad privile-

gium praelationis nullum cadit discrimen, et pari passu ambulant.» Constantin., *ad Stat.*, Annot. 30, Art. 2, n. 219: «Et adverte, quod si plures crediderunt pecunias ad reficiendam vel conservandam rem; *tunc omnes in praelatione sunt æquales*, licet unus prior, vel posterior altero, ex quo non potest creditori super ipsa re aliquod jus acquiri nisi in ultimo puncto, et tota pecunia necessaria ad refectionem, et conservationem, etiam ab ultimo dante ad hoc pecunias; et sic censetur omnium unus contractus.» Assim citado Constantin. E aindaque alguns deram a prelação ao ultimo que emprestou o dinheiro para a perfeição da obra, essa opinião é reprovada pelas genuinas e fundamentaes razões que expende Constant., n. 223, 224 e 225. O indistincto e geral da nossa lei nos citados §§ é com effeito insusceptivel de tal distincção. Todos estes privilegios são restrictos ás bemfeitorias nas casas, nas naus, nos paúes, etc., e a nada mais se estendem, como fixou a lei e antes o havia advertido Domat., LL. Civ., pag. 183, Art. 31.

Exposição de § 38 da mesma lei

§ 548

«Exceptuo em quinto lugar (diz este §) os senhores dos predios *rusticos* ou urbanos, e os senhores directos, quando concorrem, para haverem de seus rendeiros, inquilinos ou emphyteutas as pensões, alugueres e fóros, para preferirem *n'este caso* pela sua tacita e legal hypotheca a outros crédores, posto que a tenham geral ou especial mais antiga.»

NOTA I

§ 549

Este § 38 não declara mais que a hypotheca legal competente aos senhores dos predios para haverem de seus

rendeiros, inquilinos ou emphyteutas as pensões, alugue-
res e fóros; e não declara (como nos §§ precedentes) o
sobre que recae, e a que se estende, e por quanto este
privilegio de prelação. E assim para a sua exposição nos
constituiu na necessidade de recorrer ás suas fontes ro-
manas e aos discursos dos interpretes, que me proponho
nas seguintes notas.

NOTA II

Quanto aos senherios dos predios rusticos dados de arrendamento

§ 550

«In prædiis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati; etiam si nominatim id non convenerit.» L. 7, ff. In quib. caus. pign. vel hypot., L. 3, Cod. eod.: esta parece ser a fonte da nossa lei. Na França diz o citado Domat., pag. 182, debaixo do Art. 12, que: «Esta preferencia deve entender-se, segundo o nosso uso, a respeito dos fructos que estão ou pendentes, ou ainda no poder do devedor; porque se elle os tiver vendido e entregues a um comprador de boa fé, elles não podem ser vindicados entre suas mãos. Assim aquelle que em um mercado compra o trigo de um arrendatario, não poderá ser demandado pelo proprietario do fundo, aonde se produziu esse trigo, para pagamento do preço do arrendamento, porque elle tem devido vigiar o seu pagamento. Este privilegio dos proprietarios para o preço do seu arrendamento compete áquelles mesmos que o não têm por escripto, porque basta que pareça que os fructos que elles vindicam sejam produzidos dos seus predios.»

A genuina rasão d'esta preferencia dá com o commun dos DD. Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, A. 1, a n. 25, ut ibi: «Cum dominus tales fructus percipiat potius *jure domini*, ac *solí*, quam *jure crediti*; et quia fructus rei sunt specialiter, ac tacite hypothecati cum *prælatione favore loca-*

toris, ac domini, ex quo tanquam nati in fundi locatoris considerantur uti pars fundi, cui cohærent; et sic nullus creditor potest super illis cum domino concurrere, etc.» Optime Pacion., *de Locat.*, C. 33, a n. 37.

§ 551

Por esta mesma razão (§ 550) o senhor do predio arrendado prefere pela sua pensão ao dote, Constantin., *supra*, a n. 29. Mas pela razão mesma esta hypotheca só surte effeito nos fructos pendentes, ou existentes no poder do arrendatario, ou no dinheiro producto d'elles, vendendo-se em concurso de crédores, Luc., *de Cred.*, Disp. 16, n. 10, Disc. 17, n. 5 e 6, et a n. 10, Constantin., *supra*, a n. 27 et 23; e só pela pensão d'esse anno, e não pela dos annos antecedentes, pela qual já não compete tal privilegio nos fructos d'esse anno, Constantin., n. 64 e 65, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 17, n. 9.

§ 552

Porém se entram em concurso o senhorio do predio pela pensão d'esse anno, e o crédor que concorreu com as sementes ou empréstimos de dinheiros para a cultura, qual d'elles deva preferir? Esta questão é gravissima, como se póde ver no citado Constantin., a n. 39; porém elle, desde o n. 51, dá a primeira preferencia ao crédor que concotreu com as sementes vendidas ou emprestadas, e com dinheiros ao colono para a cultura; citando Mant., *de Tacit.*, L. 11, T. 23, a n. 11, Merlin., *de Pignor.*, L. 3, Q. 5, a n. 46, Bonden., *Colluct.*, Leg. 20, Antonell., *de Temp. Legal.*, L. 4, C. fin., n. 116, Conciol., *ad Stat. Eug.*, L. 5, Rubr. 40, n. 2 e 3, Amat. Var., Res. 3, a n. 74 ad 81, Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 16, a n. 9, e outros mais, com os quaes Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 83, n. 16. Varias opiniões refere Rocc., *Select.*, C. 72, a n. 2, e fica indeciso quando a controversia é com o senhorio do predio.

§ 553

É porém questão assás controversa: *In prædium rusticum illata, in vectave an pignore tacito teneantur?* Esta questão trata ex professo Puttman., *Advers. Jur.*, L. 2, C. 6, defendendo a affirmativa; Voet., *ad Pand.*, L. 20, T. 2, § 3 attesta o costume do Belgio, debaixo de certas declarações; do mesmo costume no Belgio e na França attesta Groenneweg., *de LL. abrogat.*, ad L. 5, Cod. Locat., equiparando sem differença a hypotheca nos moveis introduzidos nas casas e nas quintas rusticas; Pacion., *de Locat.*, C. 40, a n. 11, segue o mesmo debaixo da condição de ser sciente o senhorio dos moveis introduzidos no prediõ rustico, em differença dos introduzidos no prediõ urbano em que a hypotheca se adquire ao senhorio ignorante. Harprectr., Disp. 82, a n. 48, referindo estas opiniões, cita uma lei do ducado Wurtembergico, que seguiu a primeira sem distincção, e isto pela genuina rasão, qual esta: «Cum enim fructus in prædio rustico, agro, vinea, prato nascentes non saltem facile, in ipso adhuc solo, vel post separationem variis casibus perire possint; vel etiam plerique Patres familias pro necessitate vel utilitate sua familiæ eos distrahant, vel consumant: Quo circa merito ut etiam talium prædiorum locatur plenius prospiceretur æquum nostris Serenissimis Principis visum fuit». Emfim Samuel de Coccey, *Jus Civ. Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 14, depois de a ter disputado, vem a concluir: «In foro nihil interesse invicta, et etiam ea quæ inferuntur in prædium, rusticum, hodie pignori esse, tradit Mev., P. 4, Dec. 127».

NOTA II

Quanto aos senhorios dos urbanos

§ 554

Concorda o seguinte alvará de 24 de julho de 1793, § 2, aonde os limites d'esta hypotheca se declaram, ut ibi: «Os crédores porém pelo aluguer das casas urbanas, os

quaes por todas as mais antigas leis têm especial hypothe-
ca nos moveis e trastes que o locador (aliás *conductor*) n'el-
las introduz para *commodidade e uso da habitação*, deverão
sómente a respeito do producto d'estes, e não de outros bens
e generos de commercio, ter preferencia para pagamento
dos alugueres, a quaesquer outros crédores do fallido.
Concordam a L. 7, § 1, ff. In quib. caus. pign. a L. 32,
in fin. ff. de Pign. et hypoth., com as quaes Domat.,
pag. 181, Art. 16, faz a mesma declaração.

À vista da declaração do dito alvará nas *e não de outros
bens, e generos de commercio*, cessam entre nós, e devem
cessar, as muitas distincções que com Merlin., *de Pignor.*,
L. 2, Q. 46, Menoch., *Adpisc. Remed.* 3, a n. 125, *tez Pa-*
cion., de Locat., C. 40, a n. 119. Só sim se se der de arren-
damento alguma casa, não para habitação, mas para arma-
zem, celeiro, adega, etc.; n'este caso parece que pede a ra-
são, que as mercearias ou quaesquer outros generos ahi in-
troduzidos, fiquem tacitamente hypothecados pelas rendas
ou alugueres, *Pacion.*, supra, a n. 121. Vide § 571.

§ 555

Esta hypothea compete, aindaque se não mostre escri-
pto de arrendamento, porque basta ver-se a casa do senho-
rio habitada por outro, Domat., supra, Not. ao Art. 14,
Mor., de Exec., L. 1, C. 4, § 1, n. 46, Silva, á Orden., L. 4,
T. 23, § 3, n. 18, contra o arrendatario, aindaque menor,
compete o mesmo privilegio, contra o sub-conductor, e nos
mais casos que com suas declarações se podem ver em Pa-
cion., *de Locat.*, C. 40, e em Silva, á Orden., L. 4, T. 23,
§ 3, a que inteiramente me remetto, e a Cost., *de Privil.*
Credit., Reg. 3, Ampl. 3, a Pereir., Dec. 127, a Britt.,
P. 2, rubr. *de Locat.*

NOTA III

Quanto aos senhorios directos

§ 556

«Aquelle que dá uma herdade a titulo de censo, ou por
prazo, tem um privilegio pelo seu censo, ou pela renda

sobre os *fructos pendentes d'esta herdade*, e tambem sobre o fundo em quaesquer mãos que elle possa passar; e se o possuidor d'esta herdade a vende ou hypotheca, ou a dá de arrendamento, ou d'ella dispõe de outro modo, ou que ella seja penhorada e vendida, o primeiro penhor será pago do seu censo ou da sua renda, *tanto sobre o fundo*, ou sobre os dinheiros que d'elle provierem *por preferencia a todos os crédores d'este possuidor*, como sobre os fructos que estiverem em natureza em suas mãos». Assim Domat., pag. 181, Art. 13, o que prova com a L. 15, ff. Qui pot. in pign., e com a L. 34, ff. de Pignor. et hypoth.

Nota: Esta lei suffocou a grande questão agitada entre os DD., sobre competir ou não ao senhorio a tacita hypotheca nos bens e fructos do prazo com o direito de prelação contra qualquer outro crédor, seguindo a opinião affirmativa, como mais fundada e seguida nos tribunaes, como se póde ver em Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, Art. 30, a n. 370, onde cita os DD. de ambas as opiniões, e tambem segue a mesma adoptada na nossa lei; mas deve receber as declarações a § 550.

Interpretação do § 39 da mesma lei

§ 557

«Exceptuo (diz o mesmo §) em sexto logar os crédores dos fretes, para preferirem *a respeito das fazendas que fizeram a carga da embarcação* a outro qualquer crédor, postoque munido com anterior hypotheca geral ou especial».

NOTA I

Por decreto de 6 de maio de 1769 (no Ind. Chronol.) se mandou pagar sem concurso, e do monte dos bens dos devedores as dividas dos fretes; decreto que alterou o § 22 do alvará de 13 de novembro de 1756, aonde os crédores dos fretes entravam no concurso sem distincção, e já havia sido alterado o dito § 22 pelo alvará de 10 de junho de 1757 (Vej. § 506).

NOTA II

§ 558

A rasão d'este § 39 e dos precedentes 34, 35 e 36 é porque todo aquelle que concorre com materiaes, dinheiros, industrias e serviços para o augmento, ou ainda só para a conservação da cousa, antes geral ou especialmente hypothecada a outro crêdor, tem a preferencia para satisfação dos seus materiaes, dinheiros, trabalhos e serviços a respeito da mesma cousa, para sobre ella ter a primeira preferencia, L. *Interdum*, ff. Qui pot. in pign., Egid., in L. Ex hoc jure ff. *de Just. et Jur.*, P. 1, C. 7, a n. 46 e 55, (aonde que esta divida tem a primeira preferencia), plenissime Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, Art. 2, tot., *signanter* Pereir., Dec. 45; e como os marinheiros pozeram o seu trabalho e industria para a conservação das mercearias e fazendas que fizeram a carga da embarcação, eis-aqui a fundamental rasão da nossa lei, adoptando a do direito romano. Adde Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 235, Zacch., *de Salar.*, Q. 99, n. 21, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 2, a n. 2.

NOTA III

§ 559

À vista das nossas leis (§ 557), que seguiram a mais depurada opinião (§ 558), cessa hoje o muito que em contrario tentou persuadir, como advogado, o nosso Mend. Arouc., Alleg. 27, tot.; comtantoque os pretendidos fretes não sejam excessivos das leis que os taxaram • (á excepção do Brazil, aonde são livres á convenção das partes, lei de 29 de agosto de 1720 e alvará de 27 de março de 1721).

• Quaes leis taxaram os fretes em varios casos e o quanto, se veja no moderno *Repertorio geral das leis extravagantes*,

debaixò da palavra *Frete*s, obra dignissima de seu auctor, em que mostra os seus infatigaveis trabalhos e assiduas applicações com lição de milhares de leis extravagantes.

Illustração do § 40 da mesma lei

§ 560

• Exceptuo em setimo logar (diz este §) o dote, quando consistir em *fazendas, e de ser estimado ao marido*, para preferir a *respeito d'elle* a mulher a outros quaesquer crêdores *anteriores ou posteriores* do mesmo marido, postoque sejam geral ou especialmente hypothecarios. »

NOTA I

§ 561

Contemplou aqui a lei o dote consistente em fazendas dadas *estimadas em certo preço* ao marido; qual é pois, e se deva julgar que é *dote estimado*? quando assim se deva subentender, se as fazendas dotadas se lotam em certo valor? Seria preciso que eu aqui copiasse ou substanciasse o C. 22, de *Bagn.*, Quaresma, onde em 210 numeros tratou toda a materia de *fundo inæstimato, vel æstimato, in dote* *dato*. Objecto de toda a disputa sobre o dote *estimado* ou *não estimado*, são a L. 10, ff. de *Jur. Dot.*, a L. 51, ff. *Solut. matr.*, a L. 50, e o dito Tit. a L. 5, Cod. de *Jur. Dot.*, a L. 1, Cod. *Solut. matr.*, a L. 21 e a L. 30, Cod. de *Jur. Dot.*, a L. 42, ff. e o dito T., a L. 14, a L. 17, ff. e o dito Tit., a L. 49, ff. *Solut. matr.*, a L. 10, L. 15, a L. 16, ff. de *Jur. Dot.*

NOTA II

§ 562

Se o dote se subentende *estimado* em certo preço, e assim dado ao marido, se reputa como vendido a ella *habita*

fide de pretio até o tempo da dissolução do matrimonio: o dominio passa ao marido, como passa para qualquer comprador, intervindo tradição, o dominio de qualquer coisa comprada, e só fica *dotal* o preço em que os bens foram estimados, sobre o marido recae todo o perigo d'elles, e a mulher só fica crédora do mesmo preço dotal, como que se o dote consistisse em dinheiro (este é o caso figurado no nosso § 40); se porém a estimação só teve por fim o valor do estado presente para se reintegrar a mulher, soluto o matrimonio, das culpaveis deteriorações causadas culpavelmente pelo marido, ou se ainda estimados os bens se addicionou o pacto de que os mesmos predios, soluto o matrimonio, se restituiriam á mulher ou seus herdeiros, n'estes dois casos os predios não se reputam *estimados*, elles ficam em si mesmos com a natureza de *dotaes*, e se n'elles se faz execução por dividas do marido, lá tem a mulher o remedio de embargar como terceira (ut a § 272 ad 290), e não é necessario entrar em concurso de crédores, como quando o dote em fazendas foi estimado, e só ficou dotal o preço da estimação, unico caso de que trata a nossa lei n'este § 40. Tudo o exposto, e quando o dote se deva subentender dado *estimado* para só ficar dotal o preço da estimação e ser praticavel o nosso § 40, ou se reputar *inestimado*, se póde ver o citado Bagn., aonde *non plus ultra*, em Conciol. For., All. 5 e 6, e em Guerra á Orden., L. 4, desde pag. 258 até pag. 268, e nos DD. que estes citam, porque seria extensissimo se me propozesse aqui essa grande digressão.

NOTA III

§ 563

Para ser pois praticavel o nosso § 40 é necessario: 1.º, que se junte no concurso de crédores a escriptura dotal; 2.º, que pelas clausulas d'ella, e applicadas as regras que indicam os citados DD. se mostre, que os predios do-

tados foram *estimados* com estimação, propriamente venda ao preço certo; 3.º, assim como para a mulher se habilitar em concurso de crédores, quando trata do seu dote constituído em dinheiro, é necessario provar a numeração e tradição d'elle ao marido, ex Peg. 3, For., C. 36, a n. 65, da mesma fórmula deve verificar a tradição effectiva dos bens dotados ao marido com essa estimação, em que subsiste o dote como vendidos ao marido, e por ficção de breve mão entregue por elle o dinheiro, preço d'elles á mulher, e recebe-lo outra vez da mulher como seu proprio dote.

NOTA IV

§ 564

Seria extensissimo se me propozesse esmiuçar os casos em que a mulher tem preferenciã pelo seu dote contra tanta diversidade que ha de crédores, e em tanta variedade de casos occorrentes; e portanto me comprimo fazer remissão a Stryk. Vol. 12, Disp. 12, *De praelatione dotis et fisci mutua in concursu creditorum*; a Cost., *de Privileg. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 6, em 418 numeros, aonde *non plus ultra*, a Constantin., *ad Stat Urb.*, Annot. 30, aonde tratando das preferencias de varias especies de crédores, entremistura logo os casos em que o dote lhe prefere ou não, os quaes DD. citam todos os mais, e discutem largamente as questões occorrentes nos concursos em que entra o favor dos dotes; só sim, e em summa lhe denego a preferencia nos casos seguintes.

§ 565

1.º Quando concorre com a real fazenda, conforme as distincções a § 486. 2.º Prefere a real fazenda nos bens que seu devedor adquiriu depois (§ 488). 3.º Nas contribuições publicas tambem prefere ao dote, Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 4, Thes. 10. 4.º Nos concursos dos negocian-

tes fallidos deduzem-se de todo o monte, com preferencia a quaesquer crédores por mais privilegiados que sejam, as dividas das alfandegas (§ 504), os emolumentos dos marinheiros e fretes (§ 506). 5.º O dote deve ceder a todo o crédor, que concorreu com materiaes ou empréstimos de dinheiro para as edificações e refeições de casas, naus, navios, para abertura de paues, etc., e a todo o crédor com cujos dinheiros ou serviços se augmentaram ou conservaram quaesquer bens hypothecados (§ 538). 6.º O senhorio do predio arrendado ou emprazado prefere nos fructos pendentes, como em cousa sua, ou dote, como por melhor opinião defende Constantin., supra a n. 27.

Analyse do § 41 da mesma lei

Proção

§ 566

Diz finalmente este § 41, ut ibi: «Exceptuo todos os mais casos, que por força de identidade da razão se acharem comprehendidos dentro no espirito dos acima exceptuados, segundo as regras estabelecidas para assim se julgar na minha lei de 18 de agosto de 1769, no § 11». Sendo pois certo que a tacita hypotheca não tem lugar senão nos casos expressos em direito, Arouc., All. 27, n. 8, Peg. 5, For., C. 36, n. 18, e que nem a glossa nem os DD. têm o livre arbitrio de multiplicar tacitas hypothecas aonde o direito não as determina, Urceol., For., C. 69, a n. 1, Noguier., Alleg. 1, n. 5, Harprectr., Disp. 28, in *Proloquio*, Castilh., dito Aliment., C. 45, n. 13; vemos comtudo n'este § 41, que o legislador a estendeu aos casos, que por identidade de razão se podessem comprehender nos figurados desde o § 34 até o § 40. Já antes d'esta lei muitos DD. haviam demonstrado que o privilegio da tacita hypotheca, concedido pelo direito romano em alguns casos, era ampliavel a todos os em que se identificasse á mesma

rasão, *Cost., de Privil. Credit., Prælud. 1*, a n. 14 e 20, *Constantin., ad Stat. Urb., Annot. 30*, n. 286 e 341, *Guerra, ad Ordin., pag. 121*; devemos portanto escrupulosamente examinar quaes outros casos se comprehendem por identidade de razão nas decisões dos §§ 34 até 40, que tenho illustrado; procedamos pois por partes.

DIVISÃO I

Quaes casos se comprehendem por identidade de razão
nos legislados nos §§ 34, 35, 36

§ 567

Todos estes §§ conspiram na regra (§ 558), que todo aquelle que concorreu com materiaes ou dinheiros para o augmento e conservação da cousa antes hypothecada, tem a primeira prelação, não tótalmente na mesma cousa com exclusão dos anteriores crédores, mas a respeito das bemefeitorias e a respeito do dinheiro que despendeu e se empregou utilmente na cousa (§§ 537 a 540 junto o § 558). Et adde *Zacch., de Salar., Q. 99*, n. 7, que com muitos DD. firma a mesma regra.

§ 568

D'aqui é consequente que por identidade de razão se comprehendem no valor e privilegio dos ditos tres §§ e da união d'elles os casos seguintes.

Primeiro: « *Infertur ex hoc, quod credentes lignamina, calcem, láteres, ferramenta, et alia materialia pro refectione domus, vel navis præferunt pro illorum pretio super domo, vel navi reffectas; ex quo cum illis domus vel navis conservata est; L. Hujus enim 6, Cod. Qui pot. in pign. hab., Cost., de Privil. Credit., Reg. 2, Ampl. 3, n. 8, et quidem concurrunt super pretio domus reffectæ, tam murarius, qui fecit illius parietes, quam faber ferrarius*

pro ferratis, clavibus, ac aliis ferramentis datis pro eadem refectione; et sine quibus domus non potuisset esse fruibilis: Hinc in quadam causa rejeci prætentionem fabri murarii, qui prætendebat prælationem contra fabrum ferrarium ex quo muri essent substantiales in domo, et ferramenta essent accidentalialia, cum sine his domus stare non posset, sed bene sine ferramenti ad aliquem usum cum solis parietibus, ex gloss. . . , attamen talis glossa solum dicit domum sine picturis ac alio ornatu posse ad aliquid servire, quod est verum, cum picturæ, et ornamenta in domo sint mere accidentalialia; at sine ferratis, seris clavibus, ac aliis ferramentis necessariis pro clausura portarum, ac fenestrarum, domus non dicitur perfecta, ac in esse fruibili: Unde causa fabri ferrarii pro ferramentis dicitur æqualis cum illa fabri murarii; et ita judicavi, etc. » Conf. Egid., in *L. Ex hoc jure*, P. 1, C. 6, n. 54, 55 e 56, ubi optime Constantin., n. 132, Harpr., Disp. 84, a n. 587.

Nota: O commum dos DD. limitava esta prelação ao caso da reedificação ou reparação da casa, da nau, etc., e que não comprehendia o caso da nova construção da casa, nau, etc., Egid., in *L. Ex hoc jure*, ff. *de Just. et Jur.*, P. 1, C. 7, a n. 47, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 3, n. 4, Pacion., *de Locat.*, C. 44, n. 17, Constant., supra, n. 229; porém a nossa lei reprovou esta opinião, porque no § 34 privilegiou, não só os que concorressem para a reedificação e reparação, mas para a *construção dos edificios*, etc. O § 35, *no mesmo espirito*, o crêdor que concorreu para se refazer a nau, etc. O § 36, o que concorreu com dinheiros para reduzir a cultura de novo a terra inculta; nem aqui se pôde dar diversa rasão, antes força de maior rasão, porque tanto interessa a causa publica em se reparar uma casa, uma nau arruinada, como, e muito mais, em se edificarem e fabricarem outras de novo, como se nota em toda a lei de 12 de maio de 1758, signanter Egid., supra, sub n. 60.

§ 569

Quid vero: Se um mestre de obras ajustar uma casa, receber do dono d'ella o preço da obra de empreitada, e

não pagar aos officiaes que n'ella o serviram e ajudaram; se posta em *concurso* a casa, têm os officiaes direito de preferencia pelos seus salarios que ahi mereceram, e o mestre da obra lhe não pagou. R. Se o dono da casa pagou ao mestre da obra, só contra este, e não contra aquelle, têm os officiaes acção, Luc., *de Credit.*, Disc. 73, n. 7, Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 44, Solan., Cog. 5, a n. 52. E consequentemente os officiaes não podem entrar em tal concurso sobre a casa em que trabalharam. Podem aqui ser applicaveis as razões de Arouc., Alleg. 27.

§ 570

Segundo: Todo aquelle que fez bemfeitorias uteis e necessarias no predio alheio, que detinha, como colono, inquilino, marido no fundo dotal, etc., entrando em concurso o predio bemfeitorisado, tem a primeira preferencia para ser pago das bemfeitorias, assim como aquelle que para ellas empresta dinheiro (§§ 34, 35 e 36 da mesma lei); e porque fez salva e augmentou a hypotheca, a que estava affecto o mesmo predio, Angel., *de Impens. et Meliorat.*, art. 5, Egid., *supra*, n. 54. Todo aquelle que concorreu para a perfeição da lagôa, do rio, do ribeiro, etc., em utilidade do predio sujeito á hypotheca, Harprectr., Disp. 84, a n. 617, vide optime Jul. Capon., Contr. 207, tot.

§ 571

Terceiro: • Ex eadem causa *conservationis* frumenti, vinilignaminum, fæni, et similium præfertur locator super frumento, vino, lignaminibus, fæno et similibus invectis, ac illorum pretio pro pensionibus horreorum, cellavinariarum, fænilium, magazzenorum, et similium stationum destinatarum ad conservandas res supra expressas, vel similes; cum tales res sint *tacite* hypothecatæ cum prælatione pro pensionibus favore locatoris, text. in L. *Hujus* in fin., ff. Qui pot. in pign. hab. . . *Et ita in concursu*

creditorum sæpe judicavi. » Ita Constantin., *ad Stat Urb.*, Annot. 30, n. 154. Conf. Egid., *supra*, n. 55, Pacion., *de Locat.*, C. 40, a n. 121, Amat. Var., Resol. 3, n. 5, Salgad., *in Labyr.*, P. 3, C. 9, n. 17. Mas isto se entende, quando separadamente se dão de aluguer os taes armazens para esses recolhimentos, e não quando as casas para a habitação, se n'ellas existem celleiros, adegas, logeas que sirvam de armazens, Amat., *supra*, n. 6, Gracian., For., C. 733. Com esta distincção parece que se deve entender a lei, ut § 554, nota.

§ 572

- Quarto: Pela mesma razão compete o direito da prelação e prioridade ao crêdor que emprestou as sementes, ou as vendeu ao que emprestou dinheiros para a cultura da vinha ou para as despesas da colheita, quando os fructos *d'esse anno* entram em concurso, porque estes crêdores foram a causa como primaria da producção d'esses fructos dos predios (que a hypotheca geral ou especial veiu a'comprender) Luc., *de Cred.*, Disc. 16, Amat. Var., Res. 3, a n. 74, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 46 e 64, e n. 230, e a n. 250. Veja-se Rocc., *Selectar.*, Cap. 72, aonde a este respeito mostra opiniões contrarias.

§ 573

Quinto: Pela mesma razão: « *Ob eandem rationem conservationis, super equis, ac aliis animalibus, ille qui dedit herbas, fœnum, ac alia necessaria pro illis alendis habet prælationem, ex quo illa conservati, et pignoris causam salvam fecit, aliàs perissent.* » L. 6, ff. Qui pot. in pign. hab., Constantin., n. 238, Amat., n. 13, Card. de Luc., *de Cred.*, Disc. 18, n. 3, etc.: « *Et generaliter dominus fundi pro pascuis datis præfertur super animalibus, qui pascua sumpserunt.* » Constantin., n. 239, Cost., *de Privileg. Cred.*, Reg. 2, Ampl. 2, n. 8, Luc., *supra*,

dito Disc. 18... «Talisque praelatio pro pretio pascuorum est debita, licet herbæ, vel fœnum expresse venditæ non fuerint in causam pascui pro animalibus, nec conventa specialis hypotheca super illis.» Constantin., n. 241, declarando porém que isto só procede, quando a venda do feno ou pastos é immediata ao dono dos animaes, e não quando a terceiro, que os comprou para negociar. Emfim, esta preferència compete ainda contra o crédor do preço dos taes animaes, Contantin., n. 244, Luc., *de Cred.*, Disc. 16, n. 15. Confirma-se Ansaldo., *de Commerc.*, Disc. 83, n. 30, Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 24, a n. 100.

Nota: Gracian., For., C. 25, a n. 22, que seguiu o nosso Arouc. 27, n. 9, é reprovado pelos DD. com os quaes Constantin., supra, n. 243.

§ 574

Sexto: «Ob eandem rationem *conservationis* præferuntur pastores, ac custodes animalium super illis pro eorum mercede.» Constantin., n. 248. Conf. Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 2, n. 9, Zacch., *de Salar.*, Q. 99, n. 19; ampliando no n. 20, que do mesmo privilegio gosam pelos seus salarios os institores e propostos a negociações, porque se reputam *quasi custodes et defensores rerum in negotiatione deductarum*. Conf. Rodrig., *de Concurr. et Privil. Credit.*, P. 1, Art. 3, n. 26, Gain., *de Credit.*, in Append., C. 4, n. 123; entre estes crédores connumeram os DD. os creados do devedor que trabalharam nos bens hypothecados, e por certo modo os *conservaram*, para por esta rasão preferirem a quaesquer outros crédores hypothecarios, Zacch., supra, n. 26, Larrea, Dec. 85, n. 4, Carlev., *de Judic.*, Disp. 28, n. 3, Salgad., *in Labyr.*, P. 3, C. 9, n. 15.

Nota: Neste sentido é que o alvará de 13 de novembro de 1756, no § 22, em concurso de crédores do negociante fallido, dá preferència *sem distincção alguma aos crédores* que o forem a *fretes, soldadas e salarios com todos os mais crédores privilegiados*. Bem que (agora advirto eu) que o

subsequente alvará de 40 de junho de 1757 (V. § 506), só especializou para a primeira preferencia as *equipagens dos navios mercantes*. E quanto aos mais *salarios* ou soldadas, de que fallou o dito § 22, no supposto d'elle, só devem entrar *em rateio* (como nos termos do mesmo alvará de 1756, § 22, todos os privilegiados); e assim, devem as *soldadas e salarios dos creados*, ser remettidos á terceira classe em que só é praticavel o rateio em todos os mais concursos, que não são tão especializados, como o são os dos negociantes fallidos pelo mesmo § 26; a excepção pelo alvará de 40 de junho de 1757 firma a regra em contrario, para deverem as soldadas entrar em rateio com os mais crêdores, e consequentemente na terceira classe: não havendo lei expressa, que os especialise para entrarem na primeira ou na segunda, nem sendo facil ampliar a elles as razões d'esta primeira (§ 566), firmemente creio que as soldadas (*quidquid dicant DD.*), não sendo das especialmente exceptuadas no alvará de 1757, devem entrar na terceira classe; não sei de outro modo interpretar e conciliar as nossas leis. Vide *Cost., de Privil. Cred.*, Reg. 2, Ampl. 2, n. 9, aonde só concede esse favor aos que trabalharam na *conservação* da cousa hypothecada.

§ 575

Setimo: «*Præferuntur pro eorum mercede artifices, et operarii super re eorum opera vel meliorata, vel ad perfectionem redactæ, cum per ipsos sit effecta pretiosior, et majoris valoris.*» *Constantin.*, n. 252, *Zacch., de Salar.*, Q. 99, n. 22, aonde amplia ao ferreiro, ao alfaiate, ao alveitar, ao escriptor, copista e outros semelhantes. *Conf. Rocc., Select.*, C. 238, n. 3. Não assim os mais artifices, que fizeram obras para a casa do devedor, que só vão entrar na 3.^a classe, *Berlich.*, P. 1, *Concl.* 64, a n. 73; mas o salario das mãos dos obreiros na bemfeitoria da cousa, antes hypothecada, tem tambem a primeira prelação no alvará de 12 de maio de 1758, § 10.

§ 576

Oitavo: Houve DD., que affeiçãoados alem do justo, quiseram honrar e favorecer aos advogados (contra mim fal-

lo) que lhe deram a primeira classe de preferencia pelos salarios das causas do seu cliente, cujos bens foram a concurso; taes são Florez de Men., Gracian., Barbos., a nossa Orden., Pedro Barbos., Amat., e outros muitos que referem Cost., *de Privil. Cred.*, Reg. 2, Ampl. 2, n. 7. Porém essa opinião ou é falsa, porque não ha lei, nem identidade de rasão que a fundamente na sua generalidade (§ 566), ou se deve entender no caso em que os advogados, procuradores e outros defenderam a herança, as cousas e os bens que estão no concurso; ou com os seus patrocínios e agencias as recuperaram dos terceiros possuidores, e por isso entraram no concurso. Só n'estes se dá precisamente a rasão d'esta preferencia (§ 567), porque d'algum modo cooperaram para a recuperação ou conservação dos bens em beneficio dos crédores, e ainda assim só é restricto o seu privilegio a esses bens, e não aos mais do devedor que estão no concurso. Não assim quanto aos salarios, de que aliás lhes era por outras causas devedor o fallido, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 271. Este é o bem claro sentido, em que falla Zacch., *de Salar.*, Q. 99, a n. 8, cum seqq., digno de ser visto. N'isto coincide o mesmo Cost., debaixo do n. 20, aonde depois de fallar em todos os referidos (§ 574 et hoc § 576) declara: «Quod nisi constiterit, hujusmodi personas in ipsa re, super qua controvertitur, laborasse, aut expendisse, eis tantum privilegium erit indulgendum adversus hypothecas tacitas, non vero expressas». O que acaba de declarar a mente de Costa e dos mais DD. Bem que o grande Harprectr., Disp. 28, a n. 25, largamente convince que os advogados nem ainda têm preferencia pelos salarios merecidos n'essas causas, em que veio a interessar o concurso digno de ser visto. Vide *infra*, § 620, no fim.

Nota: Não nego que n'esta classe devam entrar o salario do letrado quando se nomeia curador do fallido-absente, o do curador dado á herança jacente, o do administrador dos bens do concurso, e a este as despesas que fez na adminis-

tração dos bens e guarda d'elles, ex Salgad., *in Labyr.*, P. 3, C. 9; mas que aqui e n'esta classe entrem os honorarios dos medicos, que se lhe devam da ultima enfermidade, as despesas d'ella e as dividas aos boticarios, não o posso conceder, porque não vejo leis que lhes dêem tal preferencia, nem posso forçar o meu discurso a comprehender estas dividas por identidade de razão nas decisões dos §§ 34, 35 e 36 da nossa lei e n'esta primeira classe, attento o que prenotei, § 566, et maxime advertindo-se que taes dividas se não contemplaram nem lembraram nos concursos, em que entra a real fazenda ou sobre os bens dos devedores fallidos pelas respectivas leis, nem na de que tratámos de 20 de junho de 1774.

Corollarios e reflexões sobre o exposto a §§ 557 ad 576

§ 577

Primeiro: «Prælatio debita vigore tacitæ hypothecæ creditori ex causa refectionis, conservationis, vel meliorationis, vel mutuanti in dictas causas, transit in cessionarium, cum talis hypotheca tacita cum prælatione debita sit ratione causæ, non personæ, et sic ob causam culturæ, refectionis, ac meliorationis; unde uti inhærens causæ, non personæ, est cessibilis». Ita Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 281, citando Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 16, § un., n. 10, e Olea, *de Cess. Jur.*, T. 6, Q. 2, n. 11, cum seqq.

§ 578

Segundo: Como todos estes casos expressos na lei e ampliados a outros por identidade de razão, só cada um dos crédores prefere em particular e privativamente sobre essa cousa, que com sua concorrência, despeza, trabalho, etc., melhorou ou conservou; e dentro dos circumscriptos limites da mesma despeza, melhoramento e salario ou serviço, é bem consequente que nos crédores reduzidos a esta classe não ha nem póde dar-se rateio algum, e cada um prefere na particular cousa, antes hy-

pothecada, só a respeito do com que concorreu para o seu augmento ou conservação.

DIVISÃO II

Quaes casos se comprehendem por identidade de razão,
na disposição do § 37 da nossa lei

§ 579

Se este § 37 dá a primeira preferéncia ao que emprestou dinheiro, com o expresso destino de se empregar na compra de algum predio, executando-se n'ella o emprego d'esse dinheiro; se a lei n'este § e n'estas circumstancias sondou que a intenção do mutuante, com tal expressão, foi adquirir alguma especie de dominio ou especial hypotheca no predio mesmo, com preferéncia n'elle para satisfação do mesmo emprestimo; se isto é incontestavel, d'aqui e por identidade de razão ou força de maior razão:

§ 580

É consequente: 1.º, que o mesmo direito de prelação compete a qualquer vendedor, que vende sua fazenda com reserva do seu dominio até á plena satisfação do preço, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 5, Salgad., in *Labyr. Cred.*, P. 1, C. 11, a n. 14, Berlich., P. 1, Concl. 64, a n. 1, 33 e 43, Merlin., *de Pignor.*, L. 2, Q. 45, n. 7, Cod. de Sardenha, L. 5, T. 16, § 3. É consequente, 2.º, que a mesma primeira preferéncia tem o vendedor, que vendendo a sua fazenda *habita fide de pretio*, reservou sobre a causa mesma especial hypotheca até ser satisfeito do seu preço, Constant., supra, n. 6, Amat. Var., Resol. 3, n. 26 e 27, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 4. E isto aindaque antes da escriptura da venda, emquanto o vendedor reserva o dominio ou se constitue a hypotheca, haja feito tradição da cousa ao comprador, Amat., n. 50, Constantin., n. 7.

Nota: O citado Cod. de Sardenha, § 1, ainda é mais favorável ao vendedor, porque (diz elle): « Respeitar-se-ha sempre como reserva em o contrato da venda, e em toda outra sorte de alienação dos immoveis em favor do vendedor, ou d'aquelle que tem feito a alienação, a hypotheca especial para o preço total, ou para o restante do que lhe póde ser devido, ainda quando não houvesse convenção particular para este respeito, ou que o vendedor se tivesse contentado da promessa do preço, ou que tivesse concedido um termo para o pagamento d'elle »; junto o § 6.

§ 581

É consequente, 3.º, que vendendo qualquer alguma fazenda sem confidenciar expressamente o preço, e na esperança de o receber do comprador, se suppõe que não abdica de si o dominio até á satisfação do preço, e entrando em concurso a cousa assim vendida por dividas do comprador, tem o vendedor a primeira preferencia. Vide § 497, et adde Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 11.

§ 582

É consequente, 4.º, que o proprietario da cousa que se acha em poder de terceiro, como artifice, depositario, detentor, etc., se os bens d'estes entram em concurso tem n'esses bens a primeira preferencia o proprietario, em rasão do seu dominio sempre conservado, e nunca alienado, Constantin., a n. 14, Berlich., P. 1, Concl. 64, a n. 1; e geralmente em todos os casos em que qualquer como terceiro se póde oppor á execução, de quibus a § 303.

DIVISÃO III

Quaes casos se podem comprehender por identidade de rasão na disposição do § 38 da nossa lei, exornado desde o § 548 até 556

§ 583

A pensão ecclesiastica, ou se pague em fructos ou em dinheiro, é um onus real imposto nos redditos do bene-

ficio, Clericat., *de Pension.*, Discord. 4, n. 6, et Discord. 10, n. 4, com hypotheca tacita nos mesmos fructos, Salgad., in *Labyr. Cred.*, P. 1, C. 42, n. 15 e 17. O mesmo Salgad., n. 19 e 29, equipara esta pensão á do emphyteuse e do censo; se pois a pensão foi constituida na collação do beneficio, ou depois, mas antes que o titular contrahisse essas outras dividas, é certo, que formado concurso sobre os bens do titular do beneficio gravado com a pensão, tem o pensionario a primeira preferencia nos fructos do beneficio, assim como o senhorio nos fructos do praso, ut late Salgad., supra, a n. 23; e quando entram dois pensionarios ao mesmo concurso, prefere o primeiro até a satisfação da sua pensão, Salgad., a n. 38.

§ 584

Não comprehende o nosso § 38 expressamente o privilegio do senhorio do prazo, *quanto ao seu laudemio*, que se lhe deva pelo emphyteuta, e foi caso omisso. Esta questão pois *utrum pro laudemio, quod Domino directo debetur, tacita competat rei emphyteuticæ hypotheca, et cum onere ipso ad quemcumque transeat?* Esta questão, digo, é assás controversa, como se vê em Guerra á Orden., pag. 199 e 200; elle pela affirmativa refere muitos DD. a que eu posso acrescentar o Cod. de Sardenha, L. 5, T. 17, C. 3, § 8, e as palavras fugitivas da L. de 9 de julho de 1768 no § *Permitto mais* (que interpretei no meu *Tratado do direito emphyteutico*, a § 1042 ¹), e posso acrescentar as doutrinas de Fabr., in Cod. L. 4, T. 42, Def. 9, Britt., de *Locat.*, in C. *Potuit.*, § 5, n. 18, Pignatel., *Cons. Canon.*, Tom. 10, Cons. 206, n. 303, Gratian., For., C. 180, n. 10.

• Veja-se melhor o meu *Appendice do direito emphyteutico*, § 170, pag. 305.

§ 585

Porém, em contrario, que pelo laudemio não compete ao senhorio acção real hypothecaria, nem o possuidor da coisa

emphyteutica pôde ser demandado pelos laudemios preteritos, mas só compete ao senhorio acção pessoal contra aquelle que deve o laudemio, ou contra seu herdeiro o seguem outros DD. que cita Guerra, n. 2, a que addiciono Stryk., *de Action.*, Sect. 1, Membr. 6, §§ 55 e 56, aonde bem convence a opinião contraria, e Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 5, Ampl. 1, aonde magistralmente e ao nosso proposito convence a opinião contraria, adde Fulgin., *de Jur. Emphyt.*, in. T. *de Laudem.*, Q. 2.

Nota: A opinião affirmativa não é tão indubitavel como suppoz Sousa. Ha muitas e essenciaes differenças entre o canon emphyteutico e o laudemio, sendo erro o equipara-los, como bem mostra o citado Costa. E por isso, supposta esta essencial differença, justamente decidiu Stryk. (o filho), no Vol. 12, Disp. 12, C. 3, Thes. 14, ut ibi: «Excludunt nostri Laudemium; *quia ad onera et tributa annua non pertinet*: Jus autem ei tribuunt (aliqui) tacitæ hypothecæ, *sed absque prælationis beneficio*, etc.» Se está hoje assentado firmemente, que a obrigação do laudemio incumbe ao vendedor, e não ao comprador, como mostro no meu *Tratado do direito emphyteutico*, à § 1044, formo este dilemma: ou o concurso dos crêdores assenta sobre os bens do emphyteuta que vendeu o prazo; então não é exercitavel tal hypotheca, já porque o prazo em terceiro comprador não vem a esse concurso; já porque o emphyteuta vendedor não é possuidor, e assim só obrigado por uma acção pessoal, que não entra na 1.^a nem na 2.^a classe; ou o prazo da mão do comprador vae para o concurso dos crêdores, e então, como o senhor não é crêdor do emphyteuta vendedor pelo laudemio, não pôde entrar como crêdor em tal concurso (Vej. infra Not. ao § 588).

§ 586

Tambem o nosso § 38 não deu esse privilegio de primeira prelação aos dizimos ecclesiasticos: entra pois a duvida, se n'elles se verifica identidade de razão? O doutissimo Sousa, na sua nota 913, connumera na 1.^a classe esta divida de dizimos, citando a L. 5, ff. *de Censib.*, a L. 36, ff. *de Jur. Fisc.*, a L. 7, ff. *de Publican.*, et Voetig. Merlin.

de Pignor., L. 3, T. 1, Q. 6, e *Barbos.*, *de Paroch.*, C. 28, § 4, n. 11, a que se póde addicionar *Almeid.*, *Alleg.* 20, n. 37 e 43, *Harprectr.*, *Disp.* 83, a n. 71, *Stryk.*, *supra*, dito *Thes.* 14, e outros muitos mais que estes referem, e *Constantin.*, *ad Stat. Urb.*, *Annot.* 30, n. 298.

§ 587

Porém, 1.º, nós não devemos admittir tal privilegio, nem o da hypotheca, mais que por lei expressa ou por identidade da rasão d'ella (§ 566). Ora não temos lei patria que aos dizimos amplie esse privilegio; essas leis romanas citadas por Sousa são do tempo do paganismo, que não teve idéa dos nossos dizimos, nem os enunciou; identidade de rasão tambem aqui não póde dar-se, para se comprehenderem no nosso § 38; porque o senhorio entra nos fructos pendentes ou existentes *como seus* produzidos nos predios, de que tem o dominio pleno (quando dados de arrendamento), e o direito, quando emprazados; e da igreja diz *Berard.*, *Jus. Eccles.*, Tom. 1, Disc. 5, C. 5, pag. 200 (ediç. de Veneza): «Non dominii, non possessionis, non servitutis cujusquam, non hypothecæ jura, quæ sola realia essent, in fructum Leges publicæ clericorum gratia concesserunt. Nunquam Ecclesia jura hæc realia sibi vindicavit, neque enim poterat, utpoto cujus potestas in personas est, non in prædia, ut ajebat *Augustin.*, in *Can.* 1, *Dist.* 8, etc.» (Isto fallando do direito de exigir os dizimos ecclesiasticos.)

§ 588

Por outra parte, 2.º, não devemos confundir o direito da hypotheca competente pelos dizimos (que é o que concedem forçadamente esses DD., § 586), com o direito da primeira prelação, que é em si direito diverso (§ 585, na nota); a nossa lei mesma bem reflectida o persuade, porque classificando em primeiro logar os privilegiados (que aliás têm hypotheca legal) desde o § 34 até o 40, e am-

pliando no § 41 aos casos semelhantes por identidade de razão lá foi pôr na 2.ª classe os crédores expressamente hypothecarios com escripturas; logo, não é o mesmo ter qualquer crédor a seu favor a hypotheca para entrar com preferencia e na primeira classe; logo, aindaque os dizimos tivessem o privilegio da hypotheca por essa opinião, não se pôde seguir d'ahi que tenham o da prelação, e entrem na 1.ª classe, não se identificando na razão (§ 587) esta pensão dos dizimos com as dos senhorios dos predios, que especializou o dito § 38.

Nota: O privilegio da prelação e o da hypotheca, aindaque simultaneamente competentes á mesma pessoa, são em si diversos, como se vê em *Cast., de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 6, a n. 102, Merlin., *de Pignor.*, L. 4, Q. 432, n. 11, Carol. Anton. de Luc., *in Specil. de Cess. Jur.*, Q. 65, n. 2, Guerra, *ad Ordin.*, pag. 240, Col. 2, e pag. 332, n. 4, Stryk., *de Act. non Cessibil.*, C. 5, § 19. Logo, não se devendo confundir, como um só, o privilegio da prelação com o da hypotheca, e sendo em si diversos (ainda mesmo quando competentes á mesma pessoa, não se pôde inferir do da hypotheca para o da prelação na 1.ª classe, e só quando muito na segunda, uma vez que a lei clara ou por identidade de razão não dê ao hypothecario o privilegio da primeira prelação; logo, aindaque fosse certo competir pelo dizimo o privilegio da hypotheca para ser exercitavel pelos dizimos devidos de preterito contra o terceiro possuidor do predio, que é só o que dizem esses DD., § 586), não se segue que, *ad instar* das rendas de predios rusticos e urbanos, devam entrar na 1.ª classe.

§ 589

Quanto mais que, 3.º, contra essa opinião está outra, a meu ver, mais fundamentada, que seguem Rieg., P. 3, § 520, Canis., *de Decim.*, C. 4, a n. 3, Dunod., no *Tratado dos dizimos*, pag. 40, Leyser., *Jus Georg.*, L. 3, C. 23, n. 52, Zypaeus., *Cons. Canon.*, L. 3, Tit. *de Eccles. ædific.*, Cons. 1, pag. 231, Harprectr., Disp. 28, n. 4, Van-Esp., *de Jur. Ecoles.*, P. 2, Sect. 4, T. 2, C. 9, n. 14 e 25, optime Castr. Pal., Trat. 10, Disp. 1, *de Decim.*, Punct. 15,

n. 13, com Suar., L. 1, C. 38, e Fagund., *de Decim.*, L. 3, C. 6, Addit. ad Ferrar., verbo *Decima*, Art. 3, a n. 2: com os quaes, e com uma grande nota eu segui esta opinião no meu *Tratado dos dizimos*, § 34.

DIVISAO IV

Quaes casos se podem comprehender por identidade de razão
no § 39 da nossa lei

§ 590

Se este § 39 dá preferencia aos crédores dos fretes para preferirem a respeito das fazendas que fizeram a carga da embarcação: «Ob eandem rationem rei pretiosioris, et maioris valoris effectæ per transportationem illius factam de uno loco ad alium, *vector, mulio et nauia* pro eorum mercede *vecturæ*, ou nauti super rebus vectis habent prælationem». Assim com a L. *Hujus enim*, ff. *Qui pot. in pign. hab.*, Mant., *de Tacit.*, Gait., *de Credit.*, Cost. e outros, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 236; com outros DD. Harprectr., Disp. 13, *de Jure Aurigarum circa contractus*, C. 4, a n. 143, onde junta estas razões: «Tum (1.º) ex eo quod *Aurigæ* in rebus aliorum transvehendis multum laboris, et curæ, interdum, et noctu, subire teneantur, ut proinde æquum sit, ipsis vicissim pro sua mercede hoc modo prospectum esse; tum quod (2.º) ipsa etiam respublica ex operis aurigarum multum commodi percipiat; tum quod (3.º) vehiculum instar *Navis* se habeat, et consequenter, sicut *Navis* Magistro in mercibus transvectis pro conventa mercede tacita, *eaque privilegiata*, hypotheca conceditur per L. 6, § 1, *Qui pot. in pign.* . . . Ita etiam idem de *Auriga*, ratione eorum quæ vehiculo imponuntur, sentire debet, eo quod *ista duo a pari procedant*, etc». No n. 146 refere leis ou estatutos de Hamburgo e do ducado Marquico Badense, que assim o sancionaram: confira-se com outros DD. *Zaech.*, *de Salar.*, Q. 99,

n. 21, e Domat., pag. 181, Art. 11, aonde comprehende n'este privilegio, alem do soldo, o que o *carreiro* ou *almoceve* despendeu nas *portagens* e *alfandegas*, Harprectr., etiam supra, n. 144.

DIVISÃO V

Quaes casos se podem comprehender por identidade de razão
no § 40 da mesma lei

§ 591

Dá este § 40 o privilegio da prelação pelo dote *estimado* ou preço da sua estimação (§ 561): Quid vero, quanto aos bens da mulher que são *extradotaes*? (de quibus vide a § 275). N'estes é sem duvida, que supposto compita á mulher nos bens do marido, e para a sua satisfação, a hypotheca legal, não lhe compete comtudo o privilegio da prelação (e assim da intrancia na 1.ª classe), Cost., de Privil. Credit., Reg. 2, Ampl. 6, n. 327.

§ 592

Comprehende porém o mesmo § 40 o dote constituido e entregue ao marido em *dinheiro*, aindaque não em predios *estimados*. Pois se comprehende este, que só por uma ficção é dote constituido em dinheiro (§ 562), decidindo a lei o caso mais duvidoso, ou que o podia ser, com mais razão comprehende o caso de ser o dote realmente em dinheiro recebido pelo marido, em que o direito lhe dá esta prelação (alem da hypotheca legal) na celebre L. *Asiduis*, Cod. *Qui pot. in pign. hab.*

§ 593

Valendo em alguns casos (não geralmente, ex Bagn., C. 13, a n. 52) o argumento do *dote* para os *alimentos*, Barbos. et Tab., L. 1, C. 236, Ax. 7, entra aqui a duvi-

da, se a hypotheca e a prelação competente á mulher pelo dote é pelo nosso § 40 ampliavel aos alimentos que o marido deve prestar-lhe? Direito de prelação nenhum doutor jamais lhe conferiu. Se lhe compete o da hypotheca? Variam: Lauterb. no Compend., pag. 406, lh'o dá; e concordam alguns DD. que montouo Guerra, á Orden., pag. 335, n. 2. Porém a mais solida opinião lhe denega ainda mesmo o privilegio da *hypotheca* pelos *alimentos*, quaes os que refere e segue Guerra, supra, n. 1 e 3, Coccey, *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 12; (e muito mais o outro diverso da prelação e intrancia na 1.^a classe de que tenho tratado), aliter se a mulher pede alimentos prestados do seu dote, Merlin., *de Pign.*, L. 3, T. 1, Q. 1, n. 20, jisto é, pelos rendimentos d'elles, ex eod. Merlin.

Corolario, advertencia e conclusão da classe primeira

§ 594

Taes são a § 537 ad 595 os casos especializados na lei desde o seu § 34 até o § 40., e illustrados, em que ella concede o privilegio da prelação na 1.^a classe; taes são desde o § 566 até o § 593 os casos que, pela permisão do seu § 41, se podem comprehender (conforme o meu curto discurso) nas disposições d'aquelles §§ 34 até 40. O doutissimo Pereira e Sousa, esquecido da genuina e legal distincção (§ 588 e sua nota), confundiu os direitos da prelação na 1.^a classe com os da hypotheca, sendo diversos, e classificou menos pensadamente na 1.^a, como já vimos, a divida por laudemios (§ 585) e por dizimos, ut a § 586, sendo aliás duvidoso, se n'esses casos compete aos senhorios e aos dizimadores os direitos da simples hypotheca, ut a §§ 584 e 589. Puxou e arrastou para a mesma 1.^a classe o crédor dos honorarios geral e absolutamente, tendo as distincções e contradicções dos DD. (§ 576) ou das tenças da obra pia, que, se não podem ser penhoradas (§ 123), não yem entrar n'este laby-

rinto e ficam de fóra. Na nota 922, *ex proprio Marte*, sobre a transmissão do privilegio do dote, se esqueceu da distincção, que com varios DD. faz Guerra, á Orden., pag. 237, a n. 28, e sobre todos Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 6, a n. 102. Nas seguintes notas metteu na mesma 1.ª classe os crédores da *legítima* e dos *alimentos*, o *menor a respeito dos bens do tutor*, o *crédor das despesas funerarias*, casos que nem por lei, nem por identidade de razão, têm tal privilegio da prelação na 1.ª classe, e em alguns é duvidoso o direito da hypotheca ou dependente de varias declarações, e só pertencem á 2.ª classe dos crédores hypothecarios, aonde exporei os legitimos termos, em que n'essa 2.ª classe poderão entrar os crédores com essas hypothecas *tacitas* semelhantes ás expressas de que trata a lei, e põe em 2.ª classe nos §§ 31, 32, 33 e 42.

CLASSE II

Crédores hypothecarios

que têm a sua ordem depois dos privilegiados pela primeira classe

§ 595

A nossa lei nos §§ 31, 32 e 33, junto o § 42, regulou com toda a clareza e distincção a ordem das preferencias entre os crédores hypothecarios por escripturas publicas, quando expressas as hypothecas geraes ou especiaes, anteriores ou posteriores; enunciou as geraes ou especiaes *tacitas*, como admittindo n'esta 2.ª classe os crédores que concorrem, e n'estas se fundam, conforme as suas antiguidades, e como equiparando as *tacitas* nos casos em que por puro direito competem com as expressamente estipuladas; a clareza e distincção com que, quanto ás expressas, regulou a boa ordem, é insusceptivel de duvida alguma. Só sim para a sua illustração não devo omitir algumas notas, e depois tratarei dos casos em que verdadeiramente se possam dar essas *tacitas*, que a lei admitte 2.ª classe em paralelo das expressas.

• *Quod attinet ad temporis gradum, eadem est vis hypothecæ tacitæ, sicut expressæ*, Bersan., *de Pupill.*, C. 8, Q. 12, n. 4, Ansaldo., *de Commenc.*, Disc. 13, n. 21.

ARTIGO I

Hypothecas expressas

NOTA I

§ 596

A lei que exige escripturas publicas, ou de pessoas, cujos escriptos tenham essa equivalencia, suppõe os termos habeis de serem validas e legaes, Bagn., C. 3, a n. 8, com os requisitos que expuz nas *Segundas linhas sobre o processo civil*, nota 450 e seguintes

NOTA II

§ 597

Os crédores que, no concurso, alem dos seus proprios direitos, podem usar dos competentes ao devedor commum, ex Salgad., *in Labyr.*, P. 4, C. 1, elles se podem mutuamente disputar as validades, nullidades, simulações e outros vicios intrinsecos e extrinsecos das escripturas produzidas (§ 518).

NOTA III

§ 598

A prioridade da hypotheca em escriptura valida adquire-se por um momento; se apparecem duas no mesmo dia, prefere aquella, em que se declara a hora; se em nenhuma escriptura se declara a hora, e são feitas na mesma nota, attende-se a primeira na ordem; se em diversas notas no mesmo dia, mas com incerteza da hora, n'este caso deve haver rateio entre os crédores á proporção da grandeza

de suas dividas, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 288, Salgad., *in Labyr. Credit.*, P. 2, C. 4, a n. 137, 166 e 169, *optime et latissime Olea, de Cess. Jur.*, T. 8, Q. 3, a n. 1 e 52.

• A certeza da hora omissa nos instrumentos, para este e outros fins, se póde provar por testemunhas, Olea, n. 4; na mesma e total incerteza dão os DD. preferencia á escriptura dotal feita no mesmo dia, em que por outra se contrahiui a hypotheca, Constantin., n. 293, Olea, n. 17. Quid, quando concorrem o fisco e o particular com instrumentos celebrados no mesmo dia e com aquella incerteza? Vide Olea, n. 18, aonde varias opiniões.

NOTA IV

§ 599

Supposto que por direito commum a escriptura particular munida com tres testemunhas, em que se convenionasse a hypotheca, prevaleça á escriptura publica posterior, comtudo a nossa lei no § 33 só concedeu esse privilegio ás escripturas particulares escriptas pelas pessoas especialisadas na Orden., L. 3, T. 59, § 15, e ainda assim fez preciso, que as testemunhas sejam de inteira fé e conhecida probidade, que assignem com as mesmas pessoas devedoras, e os taes escriptos sejam reconhecidos por tabelliães publicos, *que os vejam escrever*. Isto mesmo deve regular nos escriptos particulares dos homens de negocio, no que respeita *sómente a seu commercio*, porque o § 42 não os auctorizou mais que aos escriptos das pessoas conteúdas na Orden., L. 3, T. 59, § 15.

NOTA V

§ 600

No concurso de crédores hypothecarios por escripturas prefere aquelle que relata a verdadeira numeração do di-

nheiro, áquelle que só contém confissão de o devedor o haver recebido, maximè sendo elle fallido, Constantin., n. 297, de quo vide late Merlin., *de Pignor.*, L. 4, T. 1, Q. 26, tot.

Seria infinito se me propozessem relatar as pessoas que validamente podem contrahir hypothecas, que bens se comprehendem nas geraes, em quaes bens possam subsistir, os modos como se extinguem, etc. Veja-se ex professo Merlin., *de Pignorib. et hypothec.*

ARTIGO II

Quaes dividas activas, em que casos, e com qual preferencia têm o privilegio da tacita hypotheca; na certeza de que as hypothecas tacitas anteriores preferem as expressas posteriores, Ansal., *de Commere.*, Disc. 13, n. 21

DIVISAO I

Alimentos

§ 601

O doutissimo Sousa, na sua Not. 924 dá (prescindamos da inadvertencia da classificação) o favor da hypotheca tacita ao crédor dos *alimentos*, e isto *simplesmente*, citando Merlin., *de Pignor.*, L. 3, T. 1, Q. 1, aonde cita os mesmos Pacif., *de Salvian.*, Negusant, etc. Porém: 1.º, já vimos (§ 563) que a mulher, pelos alimentos que lhe deve prestar o marido, não compete a tacita hypotheca; 2.º, conforme a melhor opinião, nem ainda compete ao filho pelos alimentos que o pae lhe deve, videndus cum reliquis Guerra, ad Ordin., pag. 147, Controv. 2, tot.; 3.º, o mesmo Merlin. no n. 5 refere opinião contraria, e sem duvida devendo-se os alimentos *ex solo judicis officio*, ut a n. 6.

§ 602

Só sim compete hypotheca pelos alimentos; ou (1.º) quando deixados em testamento; mas então só por effei-

to do legado (pelo qual compete a hypotheca), e não pela natureza dos alimentos, Merlin., n. 10, 11 e 12, Conciol., Forens., Alleg. 40, n. 11; ou (2.º) quando consignados em certo predio que o alimentario possuiu, e com expressa consignação; mas então pela hypotheca que esta produz, e não pela natureza dos alimentos, idem Merlin., n. 8 e 14, Conciol., n. 8, Salgad., in *Labyr.*, P. 1, C. 24, n. 98; ou (3.º) quando por dividas do pae se faz penhora no usufructo dos adventícios do filho, porque este pôde no concurso dos crédores fazer deduzir alimentos dos fructos dos seus bens adventícios, com preferencia aos crédores, não por direito de hypotheca, mas porque a lei dá o usufructo ao pae com a inherente obrigação de alimentar o filho; e este, em rasão do dominio que tem, deduz os alimentos, *como de cosa sua*, Merlin., a n. 15, Cost., de *Remed. Subsid.*, Remed. 4, Urceol., For., C. 14, a n. 16, Amat. Var., Res. 83, n. 5, Addit. ad Oliveir., de *Mun. provis.*, C. 3, n. 21, no fin., ubi judicatum, Constantin., ad *Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 366, quidquid dicat Arias, de *Mez.*, L. 3, C. 37, bem convencido por Constantin., n. 367; emfim (4.º) veja-se o meu *Tratado de morgados*, C. 17, §§ 11 e 12.

DIVISÃO II

**Hypotheca tacita competente ao menor nos bens do tutor,
e se ao absente nos do curador**

§ 603

Esta hypotheca do menor nos bens do tutor é legal, ex L. 20, Cod. de *Administrat. Tut.* D'ella trataram ex professó Bersan., de *Pupill.*, C. 5, Q. 12, e o nosso Guerreir., Trat. 3, L. 6, C. 27, com varias ampliações e declarações. Ella se amplia aos pro-tutores dos menores, aos tutores ou pro-tutores dos prodigos, furiosos e mentecaptos; • aos bens dos fiadores prestados pelos tutores para

a administração da tutela; aos dos feitores e propostos pelos tutores á administração dos bens dos tutelados, e contra os herdeiros d'estes (mas restrictamente nos bens, que do tutor passaram aos herdeiros). Comprehendem-se n'esta hypotheca não só os bens, que tinha o tutor ao tempo que entrou na administração, mas todos os que depois adquire; e tem a hypotheca principio e prioridade não do principio da má administração, mas do principio e dia em que a tutela se decretou, etc., Bersan. e Guerreir., supra, Castilh., *de Aliment.*, C. 45, a n. 34.

• Quanto aos curadores dos furiosos, prodigos e mentecaptos ha grave opinião contraria, Harprectr., Disp. 84, a n. 685; porém os estatutos Marchico-Badens. e Wurttemberg., equiparam todos, Harprectr., a n. 689.

§ 604

Porém esta hypotheca é simples, e não tem o direito da prelação para entrar na 1.^a classe (no que se equivocou Sousa), Bersan., supra, n. 2, com Merlin., Neguzant., Gait. e outros; ella sim dá preferencia ao menor em concurso dos crédores do tutor, *que sejam posteriores com hypothecas expressas ou tacitas*, mas não prefere aos anteriores crédores, Bersan., supra, n. 2, 4 e 5, Guerreiro, n. 21, ella, se compete ao menor contra os herdeiros do tutor (§ 603), não compete aos herdeiros do menor, aindaque seus filhos, por ser pessoal e intransmissivel este direito do menor, Guerreiro, supra, n. 40, e largamente o demonstrou Coccey. *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 2, Bersan., n. 30, Roder., *de Concurs. Cred.*, P. 1, Art. 4, n. 39, Guttierr., *de Tutell.*, P. 2, C. 16, n. 19, e não póde ceder-se a crédores, Stryk., *de Action. non Cessibil.*, C. 5, § 21.

§ 605

Quanto porém ao curador do absente, não compete a este a tacita hypotheca nos bens d'aquelle pela sua má

administração, como largamente sustentou Coccey. *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 3, e o attingiu Guerreiro, *supra*, n. 42.

Nota: Aindaque por via da regra esta e toda a acção hypothecaria não tenham exercicio de excutidos os bens do devedor, alem das limitações que dá o mesmo Guerreiro, *supra*, a propria n'este caso é, tratando-se do concurso dos bens d'esse devedor.

DIVISÃO III

Hypotheca tacita competente ás corporações que têm administradores

§ 606

«Competit quoque hypotheca *tacita* cum praelatione Ecclesiis, Hospitalibus, Monasteriis, Cœnobiis super pœnis eorum æconomi, et Administratoris a die cœptæ æconomix, et administrationis.» Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 333, Luc., *de Credit.*, Disc. 39, Berlich., Concl. 67, n. 48 e 55, P. 1, Guerreiro, Tr. 1, L. 4, C. 10, a n. 71: «Ratio quippe, cur favore pupilli Ecclesiæ, Hospitalis, Monasteriorum, ac aliorum locorum piorum detur talis hypotheca *tacita*, est fundata in eo, quod non possunt de per se legitime administrare, et exigere, et egent ex necessitate præcisa opera Tutoris, Curatoris, Administratoris, et Exactoris; et ratione dictæ necessitatis ob impotentiam administrandi per se, provida Lex voluit providere de hypotheca, quæ legis dispositio operatur effectum suum a die cœptæ administrationis, et suscepti mandati ad exigendum; tam in Administratore universali, quam particulari ob æqualem rationem; sicut in utroque casu operatur hypotheca expressa conventionalis cum *Lex non minus provideat, quam homo*, etc.» Constantin., n. 338; aindaque (diz o mesmo Constant., n. 340), não ha lei expressa a este respeito, como este privilegio é ampliavel pela identidade de razão (§ 566): «Sic, cum hypotheca tacita de jure competat *pupilli favore* in bo-

nis Tutoris *ea ratione, qui per se ipsum administrare non potest*, et sic eget de necessitate persona Tutoris; ita *ex eadem ratione* debet competere Ecclesiæ, et Locis piis in bonis Administratorum, Procuratorum, et Exactorum eorumdem, cum Ecclesia perfruatur omnibus privilegiis minorum, C. 1, *de integr. restit.*, etc. Constantin., n. 341 e 342. Com estatutos de algumas nações bem o confirma Harprectr., Disp. 84, a n. 670; e geralmente nos bens de todos estes, e dos mais responsaveis a prestar contas, Castilh., *de Alim.*, C. 45, n. 28.

§ 607

Tambem Sam. de Coccey. *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, propondo esta Q. 5: «An etiam civitates, et corpora in bonis debitorum propter onus publicum tacitum pignus habeant?» Responde affirmativamente: «quia civitates minorum jure utuntur, L. 4, Cod., *de Jur. Reip.*... quin et jure Fisci id eis est concessum... In genere etiam pignora tacita incipiunt ab initio obligationis», etc. Confirra-se com outros DD. Guerra, á Orden., pag. 347.

Nota: Não compete porém ao bispo, que por si póde administrar seus bens, nem a qualquer outra pessoa capaz de se administrar por si, nos bens de administrador que propo-nham a administração dos seus, menos que esse administra-dor não seja convencido, *doloso*, Gratian., For., C. 601, Cyriac., Contr. 182, Constant., supra, a n. 355.

ARTIGO IV

Se pela legitima compete a hypótheca tacita legal

§ 608

O respeitavel Sousa, na sua nota 923, não só escreveu que *as legítimas têm hypótheca legal*, citando Merlin.,

de *Pignor.*, L. 3, T. 3, Q. 97, e Fabr., in *Cod.*, L. 8, T. 2, Def. 13 (citação errada), mas metteu o filho como crédor na 1.^a classê dos privilegiados; porém é regra geral, que pela legitima não compete o direito da hypotheca, Maced., Dec. 10, n. 16, e o mesmo Merlin., n. 1, ibi: «Pro Legitima non competit privilegium tacitæ hypothecæ, sed tantum datur personalis actio, nempe condictio ex Lege». Só sim dizem e declaram os DD. que compete ao filho a hypotheca pela legitima, quando deixada pelo pae em testamento, mas então, só pela equiparação com o legado, pelo qual compete a hypotheca, Maced., n. 14 e 15, Merlin., n. 5. Ora tal limitação só teria applicação, segundo o antigo direito romano; porém se o pae testando é precisamente obrigado instituir o filho na legitima, se não testa é o filho herdeiro necessário, e não ha outro em caso algum (como no direito romano) contra o qual, e em cujos bens seja exercitavel a tal hypotheca, fica sendo chimerica no nosso reino. Quão pouco pensou aqui Sousa!

Nota: Se o pae enquanto vivo alienou os bens por titulo lucrativo ou oneroso, em fraude do filho, competem a este diversas acções *reaes*; se por titulo lucrativo, a acção *De Inofficios. Donat.*, ex *Cod.* L. 3, T. 29, e *Orden.*, L. 4, T. 65, acção pela qual, salva a doação (entre nós só no terço), pede o filho a legitima *nos bens do pae* e no *dominio d'elles* (retalhada a doação), *non beneficio patris, sed legis ministerio*, Brunne-man., in L. 3, d. T. *Cod.*; aqui demanda como seus esses bens dentro da legitima; e se antes d'esta acção se acham todos os bens do pae em poder do donatario e pelas dividas d'este vão a concurso de crédores, entra aqui o filho não como hypothecario, mas como reivindicante de bens proprios, e antes de toda a classificação de crédores (§ 536, Not.). Se o pae alienou os bens por titulo oneroso, em fraude do filho, participando da fraude o comprador, lhe compete tambem acção *Revocatoria*, ex Maced., supra, a n. 11, Cost., de *Privil. Credit.*, Reg. 1; Ampl. 7, sub n. 19, para reivindicar a legitima *como bens seus proprios*; se se trata de filho crédor do pae pela legitima materna, que o pae alienou, e ainda vive o pae, tem o filho, já emancipado, a eleição, ou de demandar

os tres possuidores da legitima materna ou ao pae pelo valor, ex Gnerreiro, Tr. 3, L. 2, C. 1, a n. 21 ad 23; se não demanda os tres possuidores, e quer demandar o pae, então sim lhe compete hypotheca nos bens do pae pelas leis para a satisfação da legitima materna, e *desde o dia que o pae principiou a administrar* a legitima do filho, como bem demonstrou Valeron., *de Transact.*, Tit. 4, Q. 4, a n. 21, que seguiram Peg., Tom. 7, á Orden., L. 1, T. 86, § 6, Gloss. 8, n. 18, e Guerreiro, supra, n. 22, e se ha concurso nos bens do pae entra como crêdor com esta hypotheca. Supponho que dissolvi o enigma de Sousa. Vej. Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 350, e Guerra, *ad Ordin.*, pag. 133.

ARTIGO V.

Despezas no funeral do defunto cuja herança entra em concurso dos crêdores,
e se os que o são d'aquellas despezas
têm a primeira prelação aos mais, ou só a tacita hypotheca

§ 609

Sousa não é digno de censura emquanto na sua nota 906 classificou na 1.^a ordem estas despezas, ampliando-as aos gastos da ultima doença do defunto, e restringindo-as ás necessarias, resecando as de ostentação e de pompa; porque tinha em vista os DD. que ahi citou, e podia cumular Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 1, e o grande numero dos mais, que concordantes refere Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 150, e podia ainda mais auctorisar-se com as leis da Saxonia, referidas por Stryk., Vol. 12, Disp. 12, C. 4, Thes. 2, e com o moderno codigo civil da Austria, § 87, que collocam estas despezas na 1.^a classe; e os mesmos DD. referidos por Constantin., concedem esta prelação, ainda contra todos os crêdores hypothecarios mais antigos, contra o fisco, contra o dote (menos contra os crêdores *mutuantes ad refectiorem, et conservationem rei*, de quibus a § 567), ut patet ex eodem Constantin., a n. 151.

§ 610

As razões d'esta resolução se reduzem a estas: 1.^a, que a sepultura dos mortos é causa pia e religiosa, sobre a causa publica; 2.^a, que as despesas funerarias e necessarias diminuem a herança do defunto, como que se tanto menos deixasse n'ella, Cost., supra, n. 1, Constantin., n. 152, Stryk., *Us., mod.*, L. 11, T. 7, § 55. As leis de que deduzem este privilegio da prelação são a L. *At si quis*, § 1, e a L. penult., ff. de *Relig. et sumpt. funer.*, que se vê concebida, ut ibi: *Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere cum bona solvendo non sint*; lei que parece clara.

§ 611

Porém eu não classifico na 1.^a ordem estas despesas; mas só as classifico na 2.^a e como qualquer outra hypotheca tacita. Poisque, 1.^o, vejo o grande Gotofred., na Gloss. á dita lei, nota 40, dando-lhe só a prerogativa *Pignoris taciti*; a mesma e unica lhe defendeu Roderiq., de *Privil. Cred.*, Art. 3, n. 6. E aindaque o citado Costa, a n. 2, o confutou, a rota romana, referida por Constantin., n. 156, o seguiu, reprovado Costa, e o mesmo Constantin., conclue: *Unde, ab hac opinione, cum qua procedit, Rota, non recedas*; 2.^o, reflectida a nossa legislação, já vimos (§ 490, na nota), que a lei no concurso, em que entra a real fazenda, não contemplou (como contemplavam os DD., § 609), taes despesas funerarias em classe alguma; já vimos (§ 536) que a nossa ultima lei só admite tres classes, que na 1.^a, a § 537 ad § 565, se não encontram taes despesas com direito de prelação, e se a mesma lei admite n'essa classe os casos em que se possa identificar a razão dos expressos (§ 566), eu não vejo que, nem ainda estendidos ao martello, se possam com esses casos identificar na razão estas despesas com os casos que a lei especializou e collocou na 1.^a classe. Sem lei clara,

patria, ou por identidade de razão, não pôde dar-se a primeira prelação; logo, e quando muito, se podem estas despesas funerarias classificar na 2.^a, em que a mesma lei classificou as hypothecas *tacitas* com as expressas (§ 595).

Nota: Á vista do exposto (§ 611) nem ainda sigo a distincção de Stryk., *Us. mod.*, L. 11, T. 7, § 55, emquanto disse, ut ibi: «Attamen diversa ratio est debitoris ante motum concursum, vel post eum decedentis: Priori casu, si impensæ funeris sunt factæ, hæ merito in concursu præferuntur: Sed si concursus jam motus, vivo debitore bonis cedente, nulla obligatio creditorum est, ut partem debiti remittant», etc. Se se seguisse essa opinião, que reprovo, se deveriam limitar as despesas ás unicas que declara a L. 14, § 3 e seguintes, ff. de *Relig. et sumpt. funer.*, e não a outras, quaes as de vestidos lugubres, Constant., supra, n. 163, ubi judicatum, e convence todos os DD. em contrario, nem ás de pompa e luxo, Stryk., supra, § 69, e só reguladas por um prudente arbitrio do juiz, Constantin., n. 171, Stryk., dito § 69.

§ 612

Pelo que respeita ás despesas da ultima enfermidade, que Sousa põe em paralelo (§ 609), ellas só entram como em paralelo com as funebres, e não por lei que lhes dê tal privilegio, mas por uma equiparação, *pela causa publica*, que interessa na conservação dos vivos, e *por favor dos medicos, boticarios e serventes* que cooperaram na ultima enfermidade, como largamente se pôde ver em Posth. Civil., Resol. 104, tot. Porém eu ao equiparado respondo o mesmo que ao equiparado respondi no § 611. E se as despesas funerarias com tacita hypotheca só podem entrar na 2.^a classe, o mesmo se deve decidir das equiparadas.

Nota: Essa opinião se fosse digna de se seguir (e que também auctorisam os muitos DD. que cita, e segue Constantin., n. 173, e auctorisou o codigo civil da Austria, § 87, n. 4), ella se deveria restringir ás despesas da ultima enfermidade pelas genuinas razões que dá Constantin., a n. 173, ou só ás despesas do anno antecedente á morte do defunto devedor, como restringe o mesmo codigo.

ARTIGO VI

Hypotheca tacita pelo dote

§ 613

Sousa, na sua nota 922, justamente collocou a satisfação do dote na 1.^a classe, conforme a lei de 20 de junho de 1774, § 40, mas emquanto restringiu esse privilegio só ao dote em estimadas fazendas, não espraçou o seu discurso ao caso semelhante já referido no § 592. Não lhe podia negar o privilegio da simples hypotheca (segundo a distincção que fiz na nota ao § 588) quanto aos bens extradotaes, ut § 591, a que addiciono Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 10, addè Guerra, á Orden., pag. 332, nem quanto aos bens do sogro, que prometteu o dote ao genro, nos quaes tem a mesma hypotheca, Coccey, supra, Q. 8; e emquanto Sousa escreveu: «Este privilegio do dote é transcendente a qualquer crédor d'elle, e procede ainda depois da morte da mulher, porque não é privilegio pessoal mas real, e concedido á causa»; dizendo-o assim *ex proprio Marte*, como *ex cathedra*, e como sem duvida alguma; supponho que estava entre mãos com outra applicação, ou *bonus dormitavit Homerus*.

§ 614

Poisque, e por uma parte, que o privilegio da hypotheca, que é real, possa ceder-se não ha duvida; mas não póde ceder-se o da primeira prelação competente á mulher pelo dote: basta-me citar dois por todos, quaes Stryk., *Dissert., de Action. non cessibilib.*, C. 5, § 19, Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 2, Ampl. 6, a n. 102, *ubi ad satietatem, et contrariis respondet argumentis*. Por outra parte: se o matrimonio se contrahe (como póde contrahir ex Ordin., L. 4, T. 46), com o pacto, de que os bens da mulher, ainda havendo filhos do matrimonio,

conservarão a natureza de dotaes, morta ella passa aos filhos herdeiros, mas não aos herdeiros estranhos, o privilegio da prelação, porque pessoal, *ut reliquis citatis*, Guerra, *ad Ordin.*, pag. 237, a n. 28, e pag. 239, n. 32.

DIVISÃO VII

Se ao successor do morgado compete a *tacita hypotheca* na herança do antecessor pelas damnificações que lhe causou?

§ 615

Figura-se que um administrador do morgado dissipou os bens d'elle, consumiu dividas e censos remiveis e fez outros estragos; morre carregado de dividas, a sua herança se põe em concurso de crédores; entra pois a questão: se ao successor do morgado compete a *tacita hypotheca* no equivalente das damnificações para entrar na classe dos hypothecarios? No meu *Tratado de morgados*, C. 17, a § 15, mostrei a obrigação dos administradores dos morgados em conservarem os bens d'elles e fazerem as refeições necessarias, e a transcendencia a seus herdeiros para deverem indemnizar aos successores de todas as damnificações que os antecessores occasionaram; e no C. 14, § 1, até o 6 e 7. Ahi no fim d'este § 7 toquei esta questão, referindo remissivamente os DD. oppostos sem maior discussão.

§ 616

A mesma questão para o objecto de que tratámos, qual o concurso de preferencias, se propoz disputar e disputou com todos os DD. por uma e outra parte Constantín., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 347, e seguindo a negativa contra a pretendida *hypotheca tacita*, a limita e declara que ella só procede se não intervier dolo no administrador do morgado ou fideicommisso que damnificou os bens d'elle; *aliter* verificado o dolo na dissipação dos bens, *ut* a n. 356, e declara no § 358 que: «Quando competit

prædicta hypotheca stante dolq, tunc illa incipit favore hæredis fideicommissarii a die aditæ hæreditatis, ne sit in facultate hæredis eludere fideicommissarium ».

DIVISÃO VIII

**Se o crédor que possue um penhor movel precioso
para segurança da sua divida,
tem preferencia aos anteriores crédores com hypotheca geral**

§ 617

Esta questão disputa largamente o citado Constantin., a n. 374, e aindaque n'este numero cita, a favor do crédor posterior, mas possuidor do penhor, o direito da preferencia n'elle, varios DD., como Antonell., *de Temp. Leg.*, L. 4, C. fin., n. 103, Luc., *de Credit.*, Disc. 22, Scacc., *de Commerc. et Camb.*, § 2, Gloss. 5, n. 438, Gait., *de Credit.*, C. 4, Quæsit. 8, n. 1067, e outros; comtudo o mesmo Constantin., desde o n. 375, defende nervosamente o contrario em favor dos crédores anteriores, contra o posterior pignoraticio.

DIVISÃO IX

**Se compete hypotheca tacita ao tutor nos bens do menor,
quando nas contas que aquelle presta
fica este devedor?**

§ 618

Esta questão é opinativa, como se vê em Merlin., *de Pignor.*, L. 3, T. 1, Q. 20. Elle segue a affirmativa, e a amplia ao salario do tutor (entre nós a vintena) e ao do curador do absente. A mesma opinião seguem Surd., *de Alim.*, T. 9, Q. 44, Salgad., *in Labyr.*, P. 3, C. 9, a n. 11. Em contrario, denegando ao tutor esta hypotheca, estão Pon., C. 14, n. 35, Guerra, á Orden., pag. 211. Esta é mais solida pela rasão que dá Guerra, n. 3, e seguida com outros DD. por Peg., Tom. 5, For., C. 96, n. 20, depois de referir a contraria de muitos e graves DD.

DIVISÃO X

Se ao menor compete a tacita hypotheca
em quaesquer bens comprados com o seu dinheiro

§ 619

Samuel de Coccey, *Jus Controv.*, L. 20, T. 2, Q. 4, afirma: se terceiro compra, ex L. 7, pr., ff. Qui pot., ainda que o comprador seja pupillo, ex L. 3, ff. de reb. eorum; se porém o tutor compra bens com dinheiro do menor, adquire este o dominio util e não tem necessidade do privilegio do penhor, interpretada assim a L. 2, ff. Quand. ex fact. tut.; vide late Bersan., *de Pupill.*, C. 1, Q. 24, ubi latissime, Amat., Res. 6, n. 66, Cost., *de Privil. Cred.*, Reg. 1, Ampl. 7, n. 92: quando as cousas compradas com dinheiro da herança ficam sujeitas à hypotheca geral em que estava comprehendido esse dinheiro? Vide distinguentem Merlin., *de Pignor.*, L. 3, T. 1, Q. 24; quando os bens comprados com dinheiro da igreja ficam hypothecados ao pagamento d'elle? Vide Merlin., supra, Q. 28; quando as cousas compradas com dinheiro do morgado? Vej. Salgad., *in Labyr.*, P. 2, C. 24, Noguer., All. 20, a n. 33; quando os bens comprados com dinheiro dotal? Vej. Peg. 7, For., C. 253, n. 1, 9 e 10; et ad omnia Cost., *de Privil. Credit.*, Reg. 1, Ampl. 8, Altim., *ad Rovit.*, L. 1, Obs. ad Cons. 38, Cod. Freder., P. 2, L. 2, T. 4, Art. 1, § 29, Tom. 2, pag. 80. Vide § 276.

Corollario

§ 620

Na segunda classe dos crédores hypothecarios equiparou a nossa lei (§ 595) os que gosam dos privilegios de terem com seu favor *tacitas* hypothecas legaes, com os que as têm expressas por escripturas; porque com effeito: «In eo, quod attinet ad temporis gradum, eadem est virtus hypothecæ tacitæ sicut expressæ». Bersan., *de Pu-*

pill., C. 5, Q. 12, n. 4, *Nagusant.*, *de Pignor.*, P. 2, Membr. 4, n. 2, *Gratian.*, *For.*, C. 935, n. 9 e 10, *Mant.*, *de Tacit.*, L. 11, T. 11, n. 9, *Covarruv.*, *Practic.*, C. 99, n. 4, *Harprectr.*, Disp. 84, n. 638, et Disp. 13, n. 21. E só ha a differença quanto á primeira prelação, que esta não compete pela tacita hypotheca senão nos casos em que as leis a concedem, ex *Mant.*, supra; por isso é que a nossa lei desde o § 34 até 41 concedeu ás *tacitas hypothecas* o direito da primeira prelação n'esses casos e nos em que se identificarem as suas rasões; e quanto ás mais *hypothecas expressas e tacitas*, as equiparou quanto á prelação em 2.^a classe *pelas suas anterioridades e prioridades*, sem differença nem especialidade entre umas e outras; as prioridades das contrahidas por escripturas se verificam pelas datas; e quando concorrem muitas no mesmo dia, vide § 598, as prioridades das *hypothecas tacitas* ficam declaradas relativamente a cada uma; e como a prioridade é a que em todas regula a ordem do pagamento integral, parece que não póde idear-se caso de concurso de crédores em igual ou mais forte privilegio (menos o dos casos referidos, §§ 598 e 547), e em outros não deu a lei rateio, é consequente que (á excepção dos casos, §§ 598 e 547, nas *hypothecas expressas ou tacitas*) em todos os mais se deve pela ordem das datas dar pagamento aos crédores, e só o que acrescer do primeiro cede para o segundo, *et sic de cæteris*. Não sei que outra possa ser a intelligencia da nossa lei, ex *Cost.*, *de Privil. Cred.*, Reg. 4, in *Præfat.* omnino videndus; *Harprectr.*, Disp. 84, n. 726.

Nota: A prelação que assim compete aos primeiros nas datas, comprehende os juros vencidos antes do concurso e as custas, ex L. *Qui balneum* 9, ff. *Qui pot. in pign.*, *Merlin.*, *de Pignor.*, L. 4, T. 1, Q. 42, L. *Lucius*, 18, ff. eod. *Tit. ubi Brunnem.*, n. 1, *Salgad.*, in *Labyr.*, P. 1, C. 24, a n. 93, e P. 2, C. 27, n. 70. *Conf. Portug.*, *de Donat.*, L. 3, C. 26, a n. 61.

E quanto ás custas: A regra é que tem a mesma preferen-

cia, Fabr., *in Cod.*, L. 8, T. 16, Def. 5 e 30, Posth., *de Subhast.*, Insp. 41, n. 18 e 20, Constant., *ad Stat. Urb.*, Annòt. 30, n. 406. Porém limita-se nas que occasionam os preferentes disputando entre si a prelação, porque estas recaem no vencido, e não saem do commum dos bens do devedor, Posth., a n. 10, Fabr., Def. 31, Constantin., a n. 407.

Por outra parte, não duvido que n'esta 2.^a classe possam e devam entrar os crédores anteriores (ou conforme a sua ordem) que tiverem sentenças contra os devedores obtidas em juizo ordinario e contradictorio, porque equivallem sem differença a escripturas publicas com hypothecas legaes e geraes, pelas rasões que se verão, §§ 626, 627 e 628.

Tambem não duvidaria collocar n'esta 2.^a classe os salarios dos creados domesticos e assalariados, porque tendo seguido no § 576, que só os creados que cooperaram para a conservação ou augmento dos bens hypothecados, se podem comprehender na 1.^a classe por unica identidade de rasão do § 39 da nossa lei, ut § 558, encontro em todas as nações favorecidos os mais creados *domesticos assalariados*, em umas com primeira, em outras com segunda graduação, Harprectr., Disp. 13, a n. 150, e Disp. 28, n. 84, a n. 514, com especialidade os creados lavradores que lavram as terras, os que cultivam as vinhas, os ceifadores e outros só empregados na cultura das fazendas, os quaes, diz Harprectr., dito Disp. 84, a n. 531, conservam e augmentam os bens do devedor; estes sim são dignos da 1.^a classe, ex § 558; porém os lacaios, os escudeiros, as aias, etc., estes quando muito podem entrar na 2.^a classe, porque não há rasão que os identifique na rasão do § 39 da lei, e só parece terem o favor da Orden., L. 4, T. 101, de que se infere uma tacita hypotheca que os colloca na 2.^a classe; os lacaios e outros creados que servem fóra de casa, e *vulgo a secco*, estes e outros são desterrados para a 3.^a classe, assim como outros artifices, os feitores habitantes fóra de casa, Berlich., P. 1, Conclus. 64, a n. 73, Harprectr., Disp. 13, n. 125.

CLASSE III

**Concurrencia dos mais crédores que não têm intrancia
na primeira e na segunda classe**

§ 621

Esta é a regra geral do direito, que os crédores excluidos da 1.^a e 2.^a classe, e que se não habilitam com hypothecas expressas ou tacitas, elles todos ficam na 3.^a classe sem privilegio algum, nem pela qualidade de suas dividas, ou estas provenham de escripturas particulares (menos as de que tratei no § 599), ou de livros de negociantes, ou se provem por testemunhas, e qualquer outro modo; e não chegando os bens para pagamento de todos, se faz rateio *soldo a livra*, e rebate conforme a maior ou menor divida de cada um dos crédores, o que bem explicam os DD., com os quaes Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 387 e 388, Pereir., Dec. 16, n. 1, e o que bem confirma o alvará de 13 de novembro de 1756, no § 22, aonde no concurso sobre os bens dos fallidos negociantes, depois de classificar alguns crédores, determinou: «O resto que ficar no deposito se repartirá pelos crédores do sequestrado, por um justo rateio mercantil, levando cada um d'elles o que proporcionalmente lhe couber, segundo a quantidade da divida, de que for crédor».

§ 622

Aqui não se attendem escripturas particulares em que os devedores confessem ter recebido essas quantias, em concurso dos crédores, que provam suas dividas com real numeração do dinheiro, Cyriac., Contr. 359, n. 27, Posth. Civil., Resol. 22, n. 4, Angelis, *de Confess.*, L. 3, Q. 8, n. 2 e 3, Constantin., supra, n. 394; porque em taes confissões respira toda a presumpção de fraude, e simulação em prejuizo dos mais crédores, ex DD. supra.

§ 623

Esta, a meu ver, é a razão por que a nossa lei no § 43 abandonou do juizo das preferencias: 1.º, as dividas contrahidas por escriptos simplesmente particulares (em differença dos que havia auctorisado nos §§ 33 e 42), mas, e a meu ver, só para taes crédores não terem intrancia na 1.ª e 2.ª classe, já porque, como diz a mesma lei no § 33, *as hypothecas de sua natureza pedem publicos instrumentos*, já porque em escriptos particulares se dá a presumpção da anti-data, ex Peg. 2, For., C. 19, n. 60, tanto assim, que para salvar esta presumpção, ainda nos escriptos das pessoas, que o favor de equivalerem as escripturas publicas, exige o mesmo § 33, que sejam munidos com tres testemunhas de probidade e reconhecidos logo por tabelliães publicos, que os vejam escrever, e quanto mais os escriptos de particulares, que não são auctorisados na Orden., L. 3, T. 59, § 15? Quanto mais os escriptos, que não bastam para prova de hypothecas, que de sua natureza exigem escripturas publicas? Quanto mais uns escriptos, que se presumem anti-datados?

§ 624

Estas a meu ver as razões por que, 2.º, o mesmo § 43, exclue do concurso de preferencias os crédores com sentenças de preceito havidas por confissões dos devedores communs, aindaque os crédores provem *aliunde* a verdade das dividas; isto porque taes confissões podem ser simuladas em prejuizo dos mais crédores (§ 622), não podem induzir hypothecas nem prioridade d'ellas de modo algum, porque o presumido vicio da confissão influe em todo o consequente d'ella, nem emfim podem confissões taes supprir a necessidade de escriptura, que a lei exige para prova da constituição da hypotheca, etc. Porém, bem advertido o mesmo §, isto procede sómente para serem crédores taes (com escriptos particulares, e sen-

tenças por confissões excluidos da 1.^a e 2.^a classe; mas não para ficarem excluidos da 3.^a, que, como fica prenotado (§ 621), admite todo o crédor que por qualquer modo se habilita com quaesquer provas legais.

§ 625

Comprova-se esta minha interpretação: 1.^o, porque o mesmo § 43 conclue: «E ordeno, que em um e outro caso (das dividas por escriptos particulares e sentenças de preceito), achando-se os crédores habilitados com sentenças sejam pagos por um rateio regulados pelas quantias dos creditos». Ora se tal *rateio* não é praticavel nos crédores da 1.^a e 2.^a classe (§ 620), mas só nos mais que entram na 3.^a (§ 621), é bem claro que este § só *excluiu* da 1.^a e 2.^a taes crédores; mas não da 3.^a, ainda que concorram com escriptos particulares ou com sentenças de preceito.

§ 626

Comprova-se a minha interpretação, 2.^o, com o § 44 da mesma lei, aonde exceptua as sentenças obtidas em juizo ordinario com plenaria discussão de provas, etc. Poisque, recorrâmos ao logar paralelo da lei (do identico legislador) de 22 de dezembro de 1761, Tit. 3, § 14, aonde no concurso da primeira preferencia, em que entra a real fazenda, só a faz ceder na sua prelação ás hypothecas antes contrahidas por escripturas publicas, ou sentenças obtidas em juizo plenario e contradictorio, e não de preceito; combinemos esta legislação e a do nosso § 44, com aquelle logar paralelo (regra da hermeneutica juridica), e devemos assentar que as sentenças por confissões dos devedores não são forçosas para introduzir os crédores na 1.^a ou 2.^a classe, com exclusão dos privilegiados e hypothecarios, e que para n'ellas entrarem os crédores só são forçosas as sentenças obtidas em juizo plenario e contradictorio, que anteriores excluem o fisco

mesmo; d'esta reflexão recebem melhor illustração as palavras do dito § 44.

§ 627

Comprova-se, 3.º, porque um devedor confessando, se não prejudica aos mais crédores, que provam as suas dividas com numerações reaes do dinheiro (§ 622), prejudica-se a si proprio e seus herdeiros, Angelis, *de Confession.*, L. 3, Q. 8, n. 1. Supponhamos que todos os concorrentes têm, ou só escriptos' particulares, que comprovam em falta de confissões, ou só por confissões e condemnações de preceito; por ventura hão de ficar totalmente abandonados do juizo do concurso na 3.ª classe, só porque não mostram sentenças obtidas em juizo ordinario e contradictorio? Hão de ficar ao devedor confidente os bens penhorados, livres de todo o concurso? Hão de ficar absolutos das obrigações em que, em prejuizo seu, os ligaram ás suas confissões? Poderá suppor-se na lei uma tal decisão?

§ 628

Só pois uma sentença obtida em acção ordinaria e juizo contradictorio póde aqui ter a efficacia, ou de collocar na 2.ª classe esse crédor, bem como, sendo anterior aos contratos com a real fazenda, a exclue (§ 626), ou uma tal sentença sendo forçosa para (conforme a materia sujeita) abrir ao crédor a porta para entrar na 1.ª ou 2.ª classe, muito mais o é para entre os crédores que entram na 3.ª (§ 621), lhe dar sobre todos a primeira preferencia, como a uma escriptura publica, porque na condemnação affectou os bens do devedor, ex Ordin., L. 3. T. 84, § 14, *et E se o que tiver bens de raiz*, e que ainda mesmo, sendo anterior aos contratos com a real fazenda, a exclue do concurso e do seu privilegio (§ 626); que mais força póde ter uma escriptura com hypotheca geral para dar intrancia na 2.ª classe, do que uma sentença tal? Logo uma divida que póde entrar na 1.ª ou 2.ª classe com total exclusão dos da 3.ª, entrando n'esta deve ter a primeira attenção;

mas d'ahi não se segue que os que só merecem entrar na 3.ª com iguaes escriptos, com iguaes sentenças de confissões e condemnações de preceito, devam ficar absolutamente abandonados para ao menos se não satisfazerem, mediante rateio pelos bens que restarem, pagos esses crédores que obtiveram sentenças em juizos ordinarios e contradictorios.

Nota: Não devemos suppor que a lei aboliu absolutamente a 3.ª classe juridica, em que entram os crédores não privilegiados nem hypothecarios, e que por qualquer modo se provem taes (§§ 536 e 621). Exceptuadas as referidas sentenças, depois de uma nervosa disputa, obtidas, e que nos concursos particulares não são jamais disputaveis (aliter nos universaes, ut § 518). N'estes particulares podem os crédores mutuamente disputar-se as verdades das dividas, as simulações das confissões, e cada um provar a verdade da sua divida (§ 518). Os que provarem a real numeração do dinheiro preferirão aos que só se fundarem em confissões (§ 622); mais, se os que se fundam n'estas, adminiculam a sua verdade, entram em paralelo com os que provam as effectivas numerações, Card. de Luc., *de Cred.*, Disc. 23, n. 25, Constant., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 397, Angelis, *de Confess.*, L. 3, Q. 8, n. 4, Cyriac., Contr., 546; mas todos por um rateio, sem prioridade ou privilegio de preferencia (§ 621).

§ 629

Parece que a mesma lei no fim do § 43 exige n'este concurso particular de crédores da 3.ª classe, que elles se habilitem com sentenças (não diz que com penhoras), taes ou quaes, por escriptos ou confissões, que é o thema em que falla no *† E ordeno*. Tenho notado nas mais especies de concursos que ahi não exigem as respectivas leis, e direito que os crédores se habilitem com sentenças, e é especial n'este a lei; ella não exige aqui que se citem todos os mais crédores do devedor cõmmum; supponhamos que se citam *ex abundanti*, e não comparecem no concurso, nem ainda protestam por seu direito até obterem sentenças, e que vá a deposito o producto dos bens arrematados para

n'elle concorrerem, n'este caso, sendo citados e não comparecendo perdem todo o direito, e quanto a mim, ainda da divida (*quidquid sit nos hypothecarios que só perdem o direito da hypotheca* (§ 515, nota e § 527, * 7), Cod. Civ. do imperador José II, § 99.

§ 630

' Se não são citados para este concurso os mais crédores (e ainda quanto aos citados), diz Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, a n. 410, que se deve praticar, ut ibi:

«Tertio notandum, quod in concursu debet præstari per creditores recipientes pecunias provenientes ex bonis concursus, cautio de restituendo prioribus, et potioribus creditoribus, *et de contribuendo cum aequalibus, et aequalia jura habentibus*, etiam quoad citatos, et ad omne mandatum judicis, ut in urbe cavetur in Const. 71, Paul. V, et advertit Card. de Luc., *de Credit.*, Disc. 53, et Disc. 54, n. 14.

«Et dicta verba, *quoad citatos*, præ se ferunt mirabilem effectum; quia potest dari casus, quod aliquis ex creditoribus concursus citatus in consignatione pecuniarum, sit anterior, vel potior illo, cui fit consignatio; sed ejus creditum sit adhuc illiquidum, et non bene probatum; quo casu fit consignatio pecuniæ alteri creditori liquido cum dicta cautione, quæ operatur, ut constito postea de liquiditate et certitudine crediti, sit locus restitutioni ejusdem pecuniæ consignatæ favore dicti concreditoris, licet citati in consignatione fata alteri; ex quo per talem cautionem pecunia cum illa consignata dicitur extare adhuc in concursu, et cautio est loco pecuniæ; illam recipiens cum cautione maius jus non acquirit, quam haberet ante consignationem, ad Text., in L. Procuratoris, § fin., ff. *de Tribut.*, ad Cresp. *de Valdaur.*, Obs. 58, n. 8, Rocc., *Selectar.*, Cap. 138, n. 10 e 11, Card. de Luc., *de Debit.*, Disc. 2, n. 2, seq. Rot., etc.»

Nota: Se alguns crédores não foram citados e tiveram provavel ignorancia do concurso; se o juiz não providenciou a caução em favor dos supervenientes ignorados; se elles tinham

direito para entrar na 1.^a ou 2.^a classe com preferencia a outros, que n'ellas foram graduados, já muitas vezes demonstrei, que lhe fica salva a acção para chamar a juizo esses crédores, disputar com elles a sua preferencia e avocar d'elles a sua divida (salva sempre a cousa arrematada ao arrematante); se os crédores, que se embolsaram eram dos da 3.^a classe, e os que não foram citados pertenciam á mesma, sempre e pelas mesmas razões lhe fica salvo o direito para chamarem a concurso os que entre si ratearam, para se confundir o rateio e esses não concorrentes entrarem com suas dividas e adquirirem o que lhes competir por novo rateio. Não ha (que eu saiba) lei nem doutor que aos não citados, et maxime ignorantes, prive d'este direito.

§ 631

Houve DD. a dizer que entre os chirographarios (e mesmo entre os creados pelas soldadas que não estipularam juros, e os que os estipularam ex Berlich., P. 1, Concl. 64, a n. 79), que convencionaram usuras, e os simples mutuantes sem usuras, preferem estes áquelles, Ansaldo., de *Commerc.*, Disc. 68, n. 37; porém tal distincção se não attende nos tribunaes, Ansaldo., n. 39, Bonden. Colluct., Leg. 10, n. 25, L. 1, nem a nossa lei a soffre na generalidade do § 43, * *E ordeno*, nem o alvará de 13 de novembro de 1756, § 22, o permite.

Corollario sobre as tres classes

Separção de bens do mesmo devedor para diversos concursos

§ 632

Figure-se o caso de se formar concurso em bens de um devedor por dividas proprias d'elle, e juntamente de outro devedor de que foi herdeiro, e os bens d'elle juntos com os da herança estão commixtos no concurso; havendo crédores d'este executado, e outros do defunto de que foi herdeiro, estes, *sendo-lhe conveniente* *, podem requerer separação de bens da herança e dos do actual devedor para seus respectivos pagamentos; de fórma que os crédores do defunto preferem nos bens d'elle, aindaque chirographarios, aos crédores do executado, aindaque hypothecarios, e só satisfeitos os crédores da herança do defunto pelos bens

d'ella passa o resto, se o ha, para os crédores do executado, como é expresso todo o Tit. ff. *de Separationib.*, direito romano que está em uso das nações, Stryk., *ibidem*, §§ 1 e 2, Constantin., *ad Stat. Urb.*, Annot. 30, n. 399, Rocc., *Select.*, C. 108, n. 33, Luc., *de Credit.*, Disc. 37, cum seqq., Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 9, Guerreir., Tr. 4, L. 8, C. 10, a n. 15, cum seqq.

• Sim, *sendo-lhe conveniente*; porque se os crédores do defunto pedirem separação da herança d'elle para satisfação de suas dividas, e não forem sufficientes os bens, só se poderão pagar pelos bens do herdeiro depois de satisfeitos inteiramente os crédores d'este, Salgad., n. 43, Guerreiro, n. 15.

§ 633

Esta separação póde o juiz do concurso mandar fazer, aindaque não expressamente pedida, Stryk., § 1; por direito romano devia requerer-se dentro de cinco annos, L. 1, § 13, ff. *de Separat.*, Salgad., n. 45, Guerreir., n. 26; porém, pelo uso das nações se póde pedir em todo o tempo Stryk., *supra*, § 1; os crédores porém não podem jamais requere-la, quando com o herdeiro renovaram as dividas, d'elle receberam fianças ou penhores, seguindo a fé e credito do herdeiro, Guerreir., n. 27, Salgad., n. 40, ex L. 1, § 8, cum seqq., ff. *de Separat.*

§ 634

Isto, quando o herdeiro addiu a herança sem beneficio do inventario, porque se com elle a addiu e o fez, ahi se separam os bens e crédores do defunto, dos bens e crédores do herdeiro, Salgad., a n. 26; n'este mesmo caso o herdeiro a beneficio, sendo crédores do defunto, e nomeado curador á herança, póde pela sua divida entrar no concurso com os mais crédores d'elle, Salgad., a n. 29 e 38.

§ 635

Da mesma fórma (diz Salgad., *in Labyr.*, P. 1, C. 9, a n. 48), ut ibi: «His, et proxima causa est illius, quæ ha-

bet administrationem, vel diversas administrationes, et societates, aut diversas negotiationes; etenim, si formaretur concursus inter suos creditores, separandi sunt a creditoribus administrationis, quam gerit, et societatis; iste namque debitor duas repræsentat personas, suam scilicet, et ad administrationis; et ideo contrahens intuitu, et contemplatione sua propriæ personæ, contractus nihil influunt in administrationem, nec societatem, sed unum quodque, sicut procedit a diversa, et separata causa, ita separatam, et distinctam habet rationem, et distinctos Libros, et contractus; atque creditores unius negotiationis non confunduntur cum creditoribus, et contractibus alterius negotiationis, societatis et administrationis, sed judicantur, ac si a diversis personis celebrarentur, etc.

«Atque ideo (Salgad., n. 53), ex diversitate negotiationum, administrationum, et societatum resultat, quod unus creditoris, alterius negotiationis creditores esse non possunt, nec socii unius sint obligati ad debitum alterius, etc.»

§ 636

«Prout, si debitor habeat diversas negotiationes, ut puta unam Romæ, aliam Mediolani, creditores Romæ, etiam chirographarii præferuntur creditoribus Mediolani in bonis Romæ existentibus; et illi præferuntur in bonis, quæ sunt Mediolani; cum quilibet creditor mercimonio, et negotiationi magis, quam debitori credidisse præsumatur. . . . talis conclusio non procedit, si debitor in diversis locis habeat bona, sed uno solo domicilium; tunc enim ratio personæ, et non bonorum creditum dicitur; nec certi loci aes alienum est; et sic omnes creditores chirographarii æqualiter concurrunt». Ita Constantin., ad Stat. Urb., not. 30, n. 400 e 401.

Non nobis Domine, non nobis, sed Nomini Tuo da gloriam

FIM

Ex 26/2
6/20/24



